

T R A T A D O
REGULAR E PRATICO
DE
TESTAMENTOS, E SUCCESSÕES,
OU
COMPENDIO METHODICO
DAS PRINCIPAES REGRAS, E PRINCIPIOS
QUE SE POBEM DEDUZIR
DAS LEIS TESTAMENTARIAS,
TANTO PATRIAS COMO SUBSIDIARIAS,
ILLUSTRADOS, E ACLARADOS COM AS COMPETENTES NOTAS,
POR
ANTONIO JOAQUIM DE GOUVEA PINTO,
Ex-Corregedor da Comarca de Portalegre.
QUARTA EDIÇÃO.



LISBOA,
NA TYPOGRAPHIA DE JOSÉ BAPTISTA MORANDO.
Rua do Moinho de Vento n.º 59.

—
1844.

Vende-se na Loja de Viuva Bertrand e Filhos, aos Martyres N.º 46.

..... e seguindo somente os meus Tribunaes, e Magistrados seculares nas materias temporaes da sua competencia as Leis Patrias, e *subsidiarias*, e os louvaveis costumes, e estylos legitimamente estabelecidos, na fórma, que por esta Lei tenho determinado.

§. 12. da *Lei de 18 de Agosto de 1769.*

ADVERTENCIA PREVIA

Da primeira Edição.

Não he sem razão que o A. deste Tratado apparece novamente a expôr á correcção do Público as suas curtas idéas, e debeis producções, que tendem a illustrar, e aclarar (a seu modo, que aprendêra da lição de seus doutos Mestres, e conservára á custa de hum constante estudo) huma nobre parte da Jurisprudencia, qual a *Testamentaria*, tanto necessaria, quanto vasta, e ambigua.

Ninguem ignora quanto o Direito Patrio, e o seu estudo está presentemente alterado do que antes fôra: as Leis dos dous ultimos Reinados, e a nova forma dada á Faculdade Juridica na Universidade de Coimbra pelo seu restabelecimento, devido ao Senhor Rei D. José, fizeram entre nós huma revolução a este respeito. As Leis alterarão os principios, de que se devia deduzir a Jurisprudencia; a Reforma da Universidade emendou os vicios, com que ella se ensinava, e huma e outra cousa fizeram quasi inúteis os nossos Escritores Juridicos, que anteriormente tinham vivido. Suas obras são dirigidas pelo gosto do tempo: os principios, de que nellas se deduzião as regras, são os adoptados pelas Leis, que estavam então em vigor; instituiu-se nova fonte, de que se derivasse o nosso Direito; reprovou-se a Escola, que reinava nesse tempo, e todas ellas ficarão quasi inúteis em grande parte pelas suas doutrinas, e no todo pela forma, com que as tratavão, sendo intoleraveis no que respeita á confusão, e falta de methodo.

He porém para admirar que d'entre mil outros genios muito superiores ao do A., de que abunda a Nação, e tem apparecido no Seculo, desde a publica-

ção do Código Filippino até hoje, não tenha apparecido hum só, que na lingua materna expozesse pelo methodo synthetico demonstrativo a importante, e vasta materia de *Testamentos, e Successões*, senão o A. das *Instituições de Direito Civil Lusitano*, que foi o primeiro que á maneira de Heineccio reduzio na lingua Latina, e propria das Escolas, esta materia a principios, e regras intelligiveis, tirando destas legitimas conclusões, e explicando muitas com as suas scientificas notas, para mostrar não só a alteração, que as nossas Leis, tanto antigas como modernas, fizeram nesta parte da Jurisprudencia, mas tambem para expôr, e aclarar algumas questões, que se lhe não offerecendo, ao passo que estabelecia as regras, e tirava os corollarios; e sendo por isso digno de louvor, se torna com tudo aquella excellente obra defeituosa, por se ter o seu A. apartado em muitos lugares não só do espirito, mas da letra, e conclusão da Lei, estabelecendo opiniões contrarias á prática constantemente seguida no Foro: o que com tudo não sendo executado com fins sinistros, mas (como se persuadem os criticos) para melhor se accommodar á parte do novo Código, em que trabalhava, vierão as suas opiniões novas a occasionar grande barulho no Foro, abraçando huns cégamente a opinião deste acreditado, e sabio A., e outros com mais criterio, e prática encostando-se a esta, que tinham seguido, e julgando a proposito que a sua opinião não constituia lei, continuarão a trilhar a estrada, que até alli tantas vezes tinham pizado.

Além disto, sendo de muita utilidade aos Pais de familias, e mesmo a qualquer Proprietario, o saber o modo como pôde dispôr das suas cousas a favor deste, ou daquelle, segundo a sua vontade, e faculdade que a Lei lhe dá; saber que solemnidades se requerem em qualquer Testamento; que pessoas

habilita; ou inhabilita a Lei para testar, ou succeder; que causas ha para a legitima desherdação, etc.; com tudo não temos, além das Ordenações, hum Tratado na lingua materna, que possamos apontar aos curiosos.

No meio pois daquelle labyrintho, e desta falta, parece fazer-se hum serviço ao Publico, apparecendo quem mostre não só hum caminho mais facil, e que nos conduza ao desejado fim, que he o de aplanar, e de aclarar esta materia quanto seja possivel, para que se diminuão, e não multipliquem os pleitos, mas que restitua muitas das suas questões ao estado, em que se achavão anteriormente, mostrando-se qual era a prática seguida, e qual parece ser a que se deduz da letra, e espirito das nossas Leis actuaes, tanto da Ordenação como Extravagantes, que tendo sido algumas suspensas, outras instauradas, limitadas, e declaradas, fazem com tudo excitar a curiosidade de entrar na exposição desta materia, que sendo util, e até necessario o seu conhecimento, ainda aos particulares ignorantes da Jurisprudencia, deverá ser tratada pelo methodo mais claro, e intelligivel, e reduzir-se aos principios, e regras mais simples, que for possivel; devendo com tudo estas serem explicadas com as Notas, que fação a bem da sua intelligencia, e que se dê finalmente huma norma prática, segundo aqual possa cada hum fazer o seu Testamento, ou se devão fazer, e approvar, a fim de evitar nullidades, que por ignorancia de quem os faz estão apparecendo todos os dias no Foro. He sobre huma semelhante exposição que o A. empregou o seu tempo, e trabalho, e he este o serviço, que com isto julga fazer ao Publico: principiando por dar huma idéa succinta sobre a historia do uso, que tem feito os Póvos dos Testamentos, para mostrar ao mesmo passo a sua origem, e Di-

reitos que tem regulado as successões, e dado a fórma aos Testamentos, o que se faz nos primeiros quatro Capitulos, principiando-se no quinto a expôr a materia dos *Testamentos*, *Codicillos*, *Heranças*, *Legados*, e *Successões legitimas*, ou *ab-intestado*; tudo na fórma indicada no seguinte Indice, e Tabella das Materias.



A D V E R T E N C I A

Sobre a segunda Edição.

TENDO, como julgo, merecido a acceitação do Publico a primeira Edição deste Tratado, que publiquei nos fins de 1813, de maneira que já no principio de 1819 se achava extincta; e o mesmo Publico desejoso de vêr humma segunda Edição, resolvi dar esta ao prélo quanto antes; mas para que satisfizesse melhor aos Leitores interessados, não só foi primeiramente expurgada de alguns erros, com que tinha sahido á luz a primeira, mas em parte refundida, e posta em melhor ordem, e finalmente augmentada tão consideravelmente, que fôrma hum volume duplicado daquella primeira Edição, apezar de irem quasi todos esses augmentos em notas de letra assaz miuda.

Nesta pois encontrarão os Juristas em augmento daquella, não só o Direito de algumas Nações mais civilizadas, e vizinhas (além do Romano subsidiario, que agora he exposto com mais profusão) analogo ás materias Testamentarias, mas tambem o que regulou as Successões legitimas, ou ab-intestado das mesmas Nações; taes são: = a *Hespanha, França, Sardenha, Prussia, e Inglaterra*, cujos Codigos me fôrão presentes. (1)

Acharão igualmente nesta de novo o Direito, que regula a *Successão do Reino de Portugal, dos Bens da Corôa, dos Morgados, ou Vinculos, dos Bens Emphyteuticos*, ou *Prazos* nas suas differentes espe-

(1) Note-se que o Codigo da Prussia, de que me servi, não he o Codigo de Frederico publicado em 1749, mas sim o geral dos Estados Prussianos de novo promulgado em 1794 com revogação daquelle.

cies; huma série da Legislação que temos sobre a *Successão prohibida aos Corpos de mão-morta, e Religiosos ainda Egressos*; huma exposição do Assento de 10 de Junho de 1817 sobre os Testamentos; e finalmente hum Appendice sobre as *Licitações nos Inventarios*, em resposta a outra, que se deo á Memoria, que publiquei em 1819 sobre o seu Direito, e melhor prática; e outro com tres Assentos da Casa da Supplicação sobre successão de Vinculos. (1)

Os benevolos Leitores, porém, desculpando os erros desta, supprirão ao mesmo tempo o que nella falta.



(1) Esta quarta edição, feita sobre a terceira, sahe accrescentada com o texto das duas Cartas de Lei de 30 de Abril de 1835, e 21 de Fevereiro de 1838; aquella permittindo aos Secularisados Egressos de Ordem Religiosa, e ainda aos mesmos Religiosos e Religiosas das Ordens extinctas, herdarem, testarem, &c. e esta estabelecendo hum imposto sobre a transmissão de propriedade por titulo benéfico.

INDICE

Dos Capítulos, e Parágrafos que contém este
Tratado.

	Pag.
CAP. I. <i>A que parte da Jurisprudencia pertence a Successão</i>	1
— II. <i>Da origem, e uso dos Testamentos desde que se conhecêrão até o principio da nossa Monarquia</i>	3
— III. <i>Uso, e antiguidade dos Testamentos entre nós</i>	9
— IV. <i>Que qualidade de Direito regulou as Successões, tanto Testamentarias, como legítimas, e a qual devão a sua origem</i>	11
— V. <i>O que seja Testamento, e diferentes espécies que delles temos em uso, comparadas com as estabelecidas por Direito Romano, e de outras Nações civilizadas, e vizinhas</i>	19
§. I. <i>Do Testamento Aberto</i>	32
§. II. <i>Do Testamento Cerrado</i>	34
§. III. <i>Do Testamento Nuncupativo</i>	38
— VI. <i>Abertura, publicação, e redução dos Testamentos</i>	41
— VII. <i>Dos Testamentos privilegiados</i>	47
1. ^o <i>O Testamento do Soldado</i>	ibid.
2. ^o <i>O Testamento Rural</i>	51
3. ^o <i>O Testamento de Pai para Filho</i>	52
4. ^o <i>O Testamento feito no tempo de peste</i>	53

5.º <i>O Testamento Marítimo</i>	55
6.º <i>O Testamento ad pias causas</i>	58
CAP. VIII. <i>Solemnidades internas dos Testamentos</i>	61
— IX. <i>Solemnidades externas dos Testamentos</i>	63
1.ª <i>Rogação das Testemunhas</i>	ibid.
2.ª <i>Assignatura, ou Subscripção do Testador</i>	64
3.ª <i>Em hum acto, e contexto</i>	66
4.ª <i>Assistencia de Testemunhas habéis</i>	67
— X. <i>A quem não he permittido fazer Testamento</i>	69
— XI. <i>Instituição de herdeiro, e regra a seu respeito</i>	79
— XII. <i>Que pessoas se não podem instituir por herdeiros</i>	81
— XIII. <i>Que pessoas se devem instituir, ou desherdar expressamente</i>	86
— XIV. <i>Causas por que se podem desherdar os Filhos pelos Pais</i>	90
— XV. <i>Causas por que os Filhos podem desherdar seus Pais</i>	94
— XVI. <i>Causas por que o Irmão póde desherdar o Irmão</i>	95
— XVII. <i>Por quem deve ser provada a desherdação</i>	96
— XVIII. <i>Em que tempo se requer a capacidade no herdeiro</i>	97
— XIX. <i>Das Condições das Instituições</i>	100
— XX. <i>Da Instituição contumeliosa, captatoria, e conferida ao arbitrio de outro</i>	105
— XXI. <i>Dos Pactos Successorios</i>	106
— XXII. <i>Das Substituições dos herdeiros</i>	109
— XXIII. <i>Do Testamento nullo, e injusto</i>	113
— XXIV. <i>Do Testamento rôto</i>	116

CAP. XXV.	<i>Do Testamento irritó</i>	119
— XXVI.	<i>Do Testamento inofficioso</i>	120
— XXVII.	<i>Do Testamento destituito</i>	122
— XXVIII.	<i>Dos Codicillos</i>	123
— XXIX.	<i>Da Clausula codicillar</i>	126
— XXX.	<i>Modos de adquirir a herança</i>	127
— XXXI.	<i>Obrigaçáo do herdeiro que addio a herança</i>	132
— XXXII.	<i>Do tempo, que tem o herdeiro para deliberar</i>	134
— XXXIII.	<i>Modo de proceder ao Inventario.</i>	137
— XXXIV.	<i>A quem pertence a execuçáo do Testamento</i>	149
— XXXV.	<i>Noções de Legados, e Fideicommissos</i>	151
— XXXVI.	<i>Que pessoas podem deixar Legados, e a quem</i>	155
— XXXVII.	<i>Que cousas se podem legar</i>	157
— XXXVIII.	<i>Do erro no nome do Legado, e da falsa demonstração, ou causa</i>	162
— XXXIX.	<i>Quando se podem pedir os Legados.</i>	163
— XL.	<i>Ações por que se podem pedir os Legados</i>	164
— XLI.	<i>Da repudição, e renúnciação dos Legados</i>	165
— XLII.	<i>Das Successões legitimas, ou ab-intestado</i>	167
1. ^o	<i>Da Successão dos Descendentes</i>	168
2. ^o	<i>Da Successão dos Ascendentes</i>	175
3. ^o	<i>Da Successão dos Collateraes</i>	176
4. ^o	<i>Da Successão dos Conjuges</i>	177
5. ^o	<i>Da Successão do Reino</i>	178
6. ^o	<i>Da Successão dos Bens da Corôa</i>	180
7. ^o	<i>Da Successão dos Vinculos, ou Morgados, e Capellas</i>	184

§. 8. ^o <i>Da Successão dos bens Emphyteuticos, ou Prazos, em as suas differentes especies . . .</i>	187
§. 9. ^o <i>Da Successão do Fisco, e Corôa . . .</i>	191
§. 10. ^o <i>Da Successão dos Mosteiros, Corporações, e Religiosos ainda Egressos . . .</i>	198
— XLIII. <i>Da computação dos grãos de parentesco para as successões, e a que grãos deste se entende passada a posse natural, com os effeitos de civil . . .</i>	216
— XLIV. <i>Dos grãos de successão ab-intestado conforme ao Direito das Nações mais vizinhas, e policiadas . . .</i>	220
1. ^o <i>Direito de Hespanha . . .</i>	221
2. ^o <i>Direito de França . . .</i>	224
3. ^o <i>Direito da Prussia . . .</i>	231
4. ^o <i>Direito de Sardenha . . .</i>	238
5. ^o <i>Direito de Inglaterra . . .</i>	240
6. ^o <i>Relativamente á Russia . . .</i>	251
— XLV. <i>Em que se descreve o Assento da Casa da Supplicação de 10 de Junho de 1817, tomado sobre a intelligencia da Ord. Liv. 4. tit. 80. §§. 1. e 2, e Assento de 17 de Agosto de 1811, e se fazem algumas explicações uteis. . .</i>	253
— XLVI. <i>Da Forma de hum Testamento cerrado, ou modo pratico de o fazer, e approvar. . .</i>	261
Appendice I. <i>A' Nota de pag. 171 sobre as Licitações nos Inventarios . . .</i>	265
Appendice II. <i>Com o teor de tres Assentos da Casa da Supplicação, sobre a successão dos Vinculos. . .</i>	275
Appendice III. <i>Com o teor de duas Cartas de Lei: huma permittindo aos Secularisados Egressos de Ordem Religiosa, e aos mesmos Religiosos e Religiosas das Ordens extinctas, testarem e herdarem; e a outra estabelecendo hum imposto sobre as transmissões de propriedade por titulo benefico . . .</i>	283

T R A T A D O

REGULAR E PRATICO

DE

TESTAMENTOS, E SUCESSÕES.

CAPITULO I.

*A que parte da Jurisprudencia pertence a
Successão.*

SENDO principio demonstrado pela maior parte dos Publicistas modernos que os Direitos, e Obrigações são as duas classes, a que se podem reduzir todos os objectos, a que he chamado o Legislador para distribuir entre os membros da sociedade; aquelles como vantagens, e beneficios para o que os goza, e estas como deveres, e onerosas cargas para o que as deve satisfazer, e cumprir, posto que na sua origem sejam simultaneas, e inseparaveis na sua existencia; devendo-se procurar nesta distribuição de Direitos, e Obrigações, ou, para o dizer mais claro, podendo-se reduzir todas as funcções da Lei a estes quatro subordinados fins = provêr a subsistencia, = entreter a abundancia, = favorecer a igualdade, = e manter a segurança, = em que sem dúvida entra como hum dos primeiros objectos a manutenção da *propriedade*, por isso que esta, e a Lei nascêrão juntamente, e tirada a Lei cessa a propriedade, pois que antes do estabelecimento das sociedades civis, a propriedade era antes hum facto que

Direito; entre os titulos que constituem a propriedade, ou meios de a adquirir, e transmittir encontramos a *Successão* (1) de que pertendo fallar neste Tratado, ou ella se verifique precedendo huma disposição Testamentaria, ou não existindo esta, tendo lugar a Successão legitima, ou *abintestado*; pois que pela morte de hum individuo começa outro a possuir, e a gozar a propriedade, que aquelle deixa.

Nós temos bens a reger, e a administrar, Direitos a exercer, obrigações a cumprir, e cargas a supportar, e o herdeiro he hum outro que nos vai representar na sociedade, quando perece a nossa existencia, e por isso goza de nossos bens, e Direitos, e satisfaz nossas obrigações, que não são personalissimas, por isso que estas acabão com a pessoa: seria até imperfeita a sociedade, ou Governo, se nelle não existisse hum meio de transmittir a propriedade da geração presente para a geração futura; e como não existão entre nós, e mesmo entre as Nações mais civilizadas, senão duas maneiras, ou especies de transmissões della por via de Successão, ou pela força da Lei que nos dá hum Successor, ou pela vontade do homem legítima, e sufficientemente declarada, que designa aquelle que nos deve substituir; por isso tomarei a meu cargo o expôr neste Tratado a materia, e a Legislação, que diz respeito ás duas especies de Successão, principiando pela Testamentaria, como materia, que apresenta á Nação o mais vivo cuidado, pela obscuridade em que se acha; e como esta proceda tambem da sua vastidão, eu a reduzirei aos principios, e regras mais simples, que me seja possivel, tratando-a pelo methodo, que se conhece mais claro.

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

Tomando sobre mim este peso, he de razão que primeiro de tudo procure a origem dos Testamentos, ou a época em que elles principiárão a conhecer-se, e o uso que delles tem feito as Nações até nós; o que passo a expôr nos termos mais breves.

CAPITULO II.

*Da origem, e uso dos Testamentos desde que se
conhecêrão até o principio da nossa
Monarchia.*

A Origem dos Testamentos se perde em a escuridão dos tempos. *Origenes*, e outros Authores de grande nota não duvidarão fazer remontar o uso dos Testamentos ao tempo dos primeiros Patriarchas. *Eusebio*, e depois d'elle *Cedreno* contão que Noé por determinação de Deos fizera seu Testamento, no qual dividia a Terra por seus tres filhos, assignando o Oriente a *Sem*, a Africa inteira a *Cham*, e a Europa com as Ilhas, e partes Septentrionaes da Asia a *Japhet*; e que, depois de ter regulado esta divisão, formára hum Escripto, que recitára a seus filhos, e sellára: quando porém se sente proximo da morte chama aos seus tres filhos, e entrega a *Sem* (o mais piedoso de entre elles) o Escripto, que continha suas ultimas vontades (1).

(1) Eis-aqui a passagem de *Cedreno* traduzida da Versão Latina de *Xilander*: = Em o anno da creação do mundo 2572, Noé, tendo de idade 930 annos, cedendo a huma inspiração divina, resolve a divisão do universo por entre seus tres filhos da maneira seguinte: = assigna a *Sem*, seu filho mais velho, e de 431 annos de idade, toda a parte da terra, que se estende em longitude da Persia, e Ba-

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

Porém que o uso dos Testamentos tivera lugar entre os Hebreos antes da Lei Moysaica, se prova mesmo das *Sagradas Paginas*, sem recorrer ao testemunho dos Historiadores, (ainda que Heineccio diga que não apparece vestigio algum no Antigo Testamento de Successões Testamentarias, para apoiar melhor a sua opinião sobre a sua origem) pois nellas vemos (1) que Abrahão, antes que tivesse hum filho, quizera fazer seu Testamento, propondo-se fazer seu herdeiro o filho de Eliezer seu servo, pelo exacto conhecimento que delle tinha.

Este mesmo Patriarcha em sua vida dá todos os seus bens a Isaac seu filho, e dá sómente legados particulares aos filhos de suas Concubinas. (2)

Jacob regula igualmente a ordem de succeder entre seus filhos, e dá a José huma parte dobrada á

triana até á India, e em latitude da India até á Cidade Rhinocorura no Egypto, isto he, todas as Provincias desde o Oriente até á Região meridional, a saber a Syria, etc. — Elle assigna a *Cham*, seu segundo filho, de 427 annos de idade, as terras situadas ao Meio-dia na Africa, e a parte do Occidente desde a Cidade Rhinocorura do Egypto, a Ethiopia, Africa, etc. — A *Japhet*, seu terceiro filho, de 425 annos de idade, designa o Paiz da Média até o Septentrião, e tudo o que se acha ao Occidente até Cádiz, as Ilhas Britannicas, a Armenia, Italia, França, Hespanha, Lusitania, etc. — Depois de ter feito esta divisão, para a fazer executar como hum acto da sua vontade, elle a consagra em seu Testemunho, para que fórme huma Lei domestica; e depois de a ter sellado a guarda em seu poder até o anno de 2592, em que falleceo. — Antes disto elle prohibe o invadir reciprocamente as Regiões, que tinha designado a seus filhos, ou prejudicarem huns aos outros; e para este effeito confia, e entrega a *Sem*, o mais recommendavel de seus filhos pela sua idade, e piedade, o Testamento, que havia de occasionar tantas discordias, e guerras entre elles. Veja-se *Calmet Diction. Histor. et Crit. de la Bible*, verb. *Testament*. *Selden. de Succes. in bon. defunctor.* cap. 24.

(1) Genes. Cap. 15: vers. 3. — (2) Genes. Cap. 25. vers. 6.

dos outros Irmãos, em contemplação de seus Netos. (1)

Da expressão de Isaías (2) se conclue bem qual foi o uso dos Testamentos antes da Lei Moysaica, pois diz: *Haec dixit Dominus: Dispone Domui tuae, quia morieris tu, et non vives.*

Não se podendo por tanto duvidar do uso dos Testamentos entre os Hebreos, á vista da prova dada, ha Authores que até referem que elles os tinham sujeito a certas regras: assim estabelecêrão que aquelles, que tivessem filhos, podessem dispôr livremente entre elles, excluindo com tudo os estranhos em quanto tivessem parentes proximos: não podião testar de cousas offerecidas por voto a Deos: não podião testar de noite: deixavão legados a pessoas estranhas, porém com a condição de que passando o anno do Jubileo os bens immoveis legados devião voltar para os filhos do Testador, ou para seus herdeiros, etc. (3)

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

Os Legisladores Gregos, que tinham viajado pelo Egypto, Povo civilizado, e sabio, de lá trouxerão as melhores Leis, e costumes, e assim se vê o uso dos Testamentos recebido em Lacedemonia, Athenas, e outras Cidades da Grecia, para o que basta citar a

(1) Genes. Cap. 48. vers 22. — (2) Isa. Cap. 38. vers. 1. Reg. 4. Cap. 20. vers. 1. Tudo isto comprova melhor, e com muitos exemplos *Pastoret* na sua *Histor. da Legisl.* impressa em París em 1817, em o Tom. 3. pag. 52, e 113; e no Tom. 1. pag. 111, 339, e 398; e Tom. 2. pag. 136, e 140.

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

authoridade de Plutarco (1), que diz : *Initio non erat jus, sed familiae defuncti pecunia, et hereditas relinquenda erat* ; cuja expressão nada mais quer dizer senão, que entre os Athenienses havia huma Lei, que restringia a ampla liberdade de testar nos Pais de familias, a qual lhes restituiu Solon, como melhor se vê de Demosthenes (2), que refere a sua Lei, e acrescenta : *Legem audivistis, quae testamento condere non sinit, si liberi sint germani*, sendo bastante para provar que em todos os Póvos da Grecia se usáram os Testamentos a authoridade de Isocrates (3), que falla assim : *Lex Graecis omnibus probata Testamentis suffragatur, cujus rei, maximum illud argumentum est, quod cum aliis de rebus dissentiant, de hoc statuunt idem omnes*.

Os Romanos tendo usado desde o seu principio dos Testamentos, como se colhe de Tito Livio (4), e de outros Authores mui célebres, authorizáram o seu uso pela Lei das doze Taboas, ou porque formáram este corpo de Legislação de Leis estrangeiras, quaes as da Grecia, onde já se usáram, como se tem dito, ou porque já antes da expulsão dos Reis, e no seu principio usáram deste costume reduzindo-o a Escripto, concedendo na Taboa V. aos Pais de familias hum pleno, e absoluto poder de dispôr cada hum de seus bens, nas palavras : *Pater familias uti legasset super familiae, pecuniae, tutelaevae suae rei, ita jus esto* (5).

Pelas Leis do Digesto, e Codigo de Justiniano se vê bem que este Direito continuou depois a existir entre os mesmos Romanos, com mais, ou menos modificações, de quem todas as Nações civilizadas tem recebido o uso dos mesmos Testamentos.

(1) In Solone p. 90. — (2) Demosth. Orat. 2. in Steph.

(3) In Aeginet. p. 773.

(4) Epitome de Tit. Liv. 41.

(5) Ulpian. Fragm. 11. 14. L. 53 ff. de Verb. Signif.

E assim em Roma no principio não havia senão duas especies de Testamentos, a que chamavão: *Calatis Comitiis*, e *in Procinctu*; aquelles os que erão feitos em tempo de paz, *jure ordinario et civili*, nos Comícios Calatos, ou Assembléa do Povo, á maneira de Leis, sendo por isso cada hum Cidadão, que queria fazer Testamento, obrigado a propollo ao Povo junto em Comícios, sendo assim válida, ou nulla a ultima vontade do homem, segundo o que os Comícios approvavão, ou reprovavão; e *in Procinctu* aquelles que erão feitos em tempo de guerra: *jure extraordinario et militari*; e assim só tinham lugar quando os Soldados já armados, e promptos a partir para alguma expedição, nomeavão o seu herdeiro, diante de tres, ou quatro testemunhas (1).

Esta fôrma de Testamentos se usou por muito tempo em Roma, e até o dos Jurisconsultos, em que, cahindo em desuso, introduzirão estes huma terceira especie, chamada *per aes et libram*, que era huma venda facticia da Successão feita ao futuro herdeiro, devendo assistir a esta venda cinco testemunhas (2).

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

Isto porém durou até o tempo do Imperador Theodozio o Moço, o qual inventou outra fôrma de Testamento, que era hum mixto de todas as tres fôrmas,

(1) Inst. tit. 10. do Liv. 2. *De Testam. ordin.*

(2) Veja-se Vinio á Inst. cit. Heinec. e principalmente Ferrière.

que d'antes se tinham usado, isto he, dos feitos nos Comícios do Povo, do *per aes et libram*, e do *Pretorio*; e assim se veio a requerer nos Testamentos por este novo a unidade do contexto, e rogação das testemunhas; o que foi deduzido do que era feito nos Comícios: requerião-se sete testemunhas, porque outras tantas se requerião no que se fazia *per aes et libram*: o Testamento devia ser assignado pelas testemunhas, e as assignaturas impressas pelo proprio, ou alheio annel, o que se requeria no Testamento do Pretor.

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

Introduzio-se tambem o Testamento *Militar* em favor dos Soldados, que estavam occupados em alguma expedição militar, em que se não requerião as solemnidades, que se requerião no *Pagão*.

Os Testamentos feitos pelos Pais a favor dos filhos podião por Direito novo, e de Justiniano ser feitos sem solemnidades, e bastava sómente que fossem escriptos, ou subscriptos pelos Pais, e que tivessem a declaração do dia, mez, e anno, em que erão feitos, e as partes, ou porções, em que erão instituidos os filhos.

E finalmente introduzirão-se os Testamentos *Rusticos*, isto he, os que erão feitos por pessoas do Campo; os feitos no tempo da *Peste*, e os que erão feitos a favor da *Causa Pia*, os quaes todos forão dispensados de certas solemnidades, e de que tratarei em seu lugar competente, onde se dirá se tem uso entre nós, ou não, e as solemnidades de que precisão em o nosso Foro, para serem válidos (1).

(1) Todas estas diferentes especies de Testamentos conhecidas por

CAPITULO III.

Uso, e antiguidade dos Testamentos entre nós.

Os nossos antepassados parece que recebêrão o uso dos Testamentos dos Romanos, e já desde aquelle tempo, em que estiverão sujeitos ao seu Imperio; o que se prova dos Codigos Theodoziano, e Alariciano, feitos no quinto seculo, e publicados a favor das Provincias de Hespanha, pois nelles se vêm muitas cousas dispostas a respeito de Testamentos, e ultimas vontades (1).

Nos tempos seguintes, e posteriores conservarão o seu uso principalmente os Wisigodos, os Germanos, e outros de que falla Heineccio (2), e Thomasio. (3)

Introduzido porém no Foro o Direito das Decretaes, e o Civil Romano, o uso dos Testamentos principiou a ser muito mais frequente; e assim o seu uso se deve procurar principalmente no seculo doze, posto que já anteriormente se usarão, por isso que os Povos, que antigamente habitarão a Hespanha, sempre usarão do Direito Romano; mas he certo que elle esteve em desuso muitas vezes (e por isso digo principalmente), e só no principio do seculo doze he que se principiou a ensinar o Direito Romano, e os

Direito Romano se podem ver nos Expositores do mesmo Direito ao tit. do Dig. *Qui testam. facer. poss.*, e no Tratado sobre a origem, e natureza dos Test. Cap. 21., e seguintes; e melhor em o Novo Furgole Cap. 2. e Vin. á Inst. Liv. 2. tit. 19.; e veja-se o Cap. 5 adiante.

(1) Gothofred. in Prologom. Cap. 3.

(2) Heinec. Elem. Jur. Germ. Liv. 2. tit. 7.

(3) Thomas. Disput. *De origine successionis Testamentariae.*

Principes a protegello, como foi Frederico I. nas Côrtes de Roncalia, a cuja imitação o Senhor D. Affonso Henriques, acclamado Rei no Campo da Batalha de Ourique em 25 de Julho de 1139, querendo dar Leis aos seus Vassallos, e supprir a falta de Leis, que tinha, sem que adoptasse as de Castella, adoptou o Direito Romano, por isso mesmo que elle cooperava muito para se firmar a Monarquia, o que não succederia adoptando as Leis de Castella; e por tanto com a introduccão do Direito Romano se introduzio o uso dos Testamentos, principalmente entre os Principes, e Illustres, depois entre os outros Nobres, e finalmente entre os plebeos, e de qualquer ordem.

Desde o principio da Monarquia até o Senhor D. Affonso V. quasi se não usou de Leis algumas Testamentarias, e sómente de costumes accommodados ao Direito Canonico, e Romano; e este Senhor D. Affonso V. he que foi o primeiro que fez reduzir a escripto estes costumes, accrescentando-lhes muitas cousas deduzidas do Direito Romano, e que poz no seu Codigo, e se achão no Liv. 4. tit. 97, e seguintes; o que depois foi passando para os Codigos Manoelino, e Filippino, como se vê dos seus titulos correspondentes, cuja materia se vai a expôr. (1)

(1) Veja-se sobre esta materia a erudita Memoria do Senhor Thomaz Antonio de Villa-Nova Portugal, que vem a pag. 327 do Tom. 5. das *Memorias de Litterat. Portug.*, premiada na Sessão Publica de Maio de 1791, na qual a pag. 416 podem os curiosos achar melhores idéas, e com mais profusão, e critica a este respeito.

CAPITULO IV.

Que qualidade de Direito regulou as Successões tanto Testamentarias, como legitimas, e a qual devão a sua origem.

ANTES de entrar na exposição do Direito dos Testamentos em cada huma das suas especies, não será fóra de proposito tocar de passagem a questão em que se batem Authores mui célebres, como Grocio, Puffendorffio, Thomasio, Fabro, Heineccio, e outros, affirmando huns que os Testamentos são de Direito Natural, e outros que são de Direito Civil.

Sem entrar em huma profunda discussão desta materia, (pois que por mão mais habil se acha já tratada *ex professo* (1)) provarei a minha opinião, que proponho para defender, deste modo: *A facção de Testamento, isto he, a liberdade de Testar; e que cada hum tem de dispôr de seus bens para depois de sua morte, não he conforme á simplicidade Natural, mas he muito conforme ao Direito das Gentes, ou Natural secundario, e regulada pelo Civil positivo; e as Successões legitimas são muito conformes aos principios da Razão, e Direito Natural.*

Não he conforme á simplicidade natural a facção de Testamento; porque a Natureza deo a terra em commum a todos os homens, e não assignou a cada hum tal, e tal porção; e antes do estabelecimento das sociedades a propriedade particular, que era re-

(1) Tratado sobre a origem, e natureza dos Testamentos, publicado em 1703.

putada como hum facto, não podia ter outra origem senão no Direito do primeiro occupante, ou do mais forte, e não durava senão pela posse; porque podia também ser destruida, e perdida por outra força, e sómente a sociedade civil, a cujo estabelecimento deve a sua verdadeira origem a propriedade, he que pôde garantir, e segurar a cada hum individuo aquillo que possui por justo titulo, sendo esta mesma segurança o fim principal da sociedade, e hum dos primeiros elementos da sua existencia.

Se pois o homem no estado da natureza não tem Direito de propriedade, elle o não pôde transmittir quando morre, porque não pôde dar, ou transmittir o que não tem; logo a transmissão de bens por Successão, ou Testamento não he conforme á simplicidade natural, ou primeiro estado da natureza, por isso que esta não admite propriedade duravel, e capaz de se poder transmittir por vontade declarada, a ponto de se poder respeitar, e guardar.

Ao estabelecimento pois das sociedades civis, ou ás Leis que as regularão he que se deve a origem dos Testamentos, ou Successões, por isso que com ellas sómente appareceo a propriedade garantida, e capaz de se poder transmittir ao nosso proximo. A sociedade só he que pôde segurar ao homem o terreno que cada hum tem agricultado, e que elle até alli não podia guardar: a propriedade não seria senão hum sonho, e huma pertença quimerica, se a sociedade lha não consolidasse, ou segurasse; e para cada hum ser livre de sua pessoa, e senhor de sua casa he que o homem foi posto em sociedade.

A detenção de facto pertence á ordem natural, e a ordem social não pôde reconhecer senão a legal; logo a sociedade he que deve regular o meio de adquirir, possuir, e transmittir a propriedade, a fim de evitar as desordens, que do contrario podião nas-

cer, e assim vemos desde os primeiros tempos reguladas as Successões, a occupação, as doações, os contratos, etc. permittindo-se com tudo a caça, a pesca, a occupação dos thesouros, e dos effeitos lançados na praia pelo mar, que ficando no estado da natureza, cedem ao primeiro occupante.

A facção de Testamento he muito conforme ao Direito das Gentes, ou Natural secundario, e regulada pelo Civil positivo; porque a Successão he huma especie de continuação do Dominio, que tinha o defuncto, em favor dos seus parentes, ou proximo, e opéra huma menor mudança que as doações entre vivos, ou quaesquer outras obrigações, e o Testamento não he outra cousa mais que hum acto, pelo qual se indica alguém como successor em os bens, que deixa por sua morte: este acto he por sua natureza hum signal da nossa vontade, ou dos nossos desejos; porque desde que nós indicamos alguém como successor dos bens, que deixamos, nós designamos, que os nossos desejos são de que succeda aquelle em nossos bens.

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

He conforme a todos os principios da razão natural que o homem he obrigado a empregar todos os seus talentos, e as suas faculdades para se conservar, e aperfeiçoar, e contribuir quanto lhe seja possivel não só para a sua conservação, e perfeição, mas dos

outros homens, e mais particularmente daquelles, que tem relações com elle, segundo estas são mais, ou menos intimas. Os sentidos do homem não devem, como os animaes, limitar-se unicamente ao presente; elles devem principalmente ter por fim as situações futuras. O homem não deve ser indifferente sobre a sua posteridade, e sobre o estado de seus amigos: em as acquisições que fizer, tudo deve tender a satisfazer, e cumprir os seus deveres, seja para consigo mesmo, seja para com sua familia, seja para com seus amigos, ou para com os outros.

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

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

Além disto a Lei não conhecendo os individuos, não póde accomodar-se bem á diversidade de suas necessidades, e o que mais se póde exigir della he de offerecer a melhor situação possível de corresponder a estas necessidades: he a cada proprietario que toca o conhecer as circumstancias, em que aquelles,

que dependerem d'elle, se acharão depois da sua morte, para corrigir as imperfeições da Lei nos casos, que ella não pôde prever: e assim o poder de testar pôde-se considerar como hum instrumento de authoridade confiado aos individuos, não só para prevenir as calamidades particulares, mas para animar a virtude, e prevenir o vicio em as familias: he verdade que se pôde abusar desta authoridade; mas felizmente algum caso, que possa acontecer, não pôde senão fazer excepção da regra geral. As paixões podem occasionar extravagancias, e desordens accidentaes; mas a Lei deve-se regular sobre o curso ordinario das cousas.

A virtude he o fundo dominante da sociedade, e vêm-se mesmo Pais viciosos, mas amantes da honestidade, e reputação de seus filhos, sendo communmente reputado o Pai de familias como hum Apostolo entre os seus Discipulos; e a este respeito he que cada proprietario pôde obter a confiança da Lei, e assim revestido do poder de testar (que he hum ramo de Legislação penal, e remunerativa), elle pôde ser tambem considerado como hum Magistrado proposto para conservar a boa ordem neste pequeno Estado, a que se chama Familia. Elle pôde na verdade prevaricar, por isso que não he contido pela publicidade, nem pela responsabilidade, e por isso tanto mais sujeito a poder abusar do seu poder; mas este perigo he mais que contrabalançado pelos laços do direito, e da affeição, que põem seus pensamentos de acordo com seus deveres. Sua união natural para com os filhos, e parentes he hum penhor da sua boa conducta, que offerece sem dúvida tanta segurança, como a que se pôde procurar sobre hum Magistrado Publico.

Por tanto á vista destas reflexões, parece que o homem não só tem Direito de testar, mas que elle

mesmo he a isto obrigado por hum dever geral, fundado sobre as Leis Naturaes as mais manifestadas; e que este Direito, sendo conforme ás Leis Naturaes, com tudo o Direito Civil Positivo he o que o tem regulado, estabelecendo as solemnidades com que cada hum deve dispôr de seus bens, a fim de evitar as fraudes, e litigios que por occasião disto podião existir.

Resta examinar se o Direito de testar, que as Leis Naturaes dão ao homem, he illimitado, de maneira que cada hum possa dispôr de seus bens com tal effeito, que qualquer que seja a sua vontade deva ser respeitada.

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

E posto que se diga que o homem naturalmente tem liberdade de fazer, ou não fazer isso que quer, e que ninguem tem Direito perfeito de o embarçar se obra mal, com tudo esta regra não se deve abraçar universalmente, pois se limita ás acções, que não offendem manifestamente as Leis naturaes; pois, se virmos hum homem disposto a perpetrar hum suicidio, não teremos nós direito de o embarçar, visto que vai fazer huma acção, para a qual não he authorizado? Logo, se ha direito de embarçar as acções, que são manifestamente contrarias ás Leis Naturaes, segue-se que o ha tambem para embarçar as disposições Testamentarias, que repugnão manifestamente aos principios, sobre os quaes se funda este Di-

reito; por exemplo: hum homem que possuia grandes cabedaes, que lhe tinham sido deixados por seu Pai, tinha hum Irmão unico, que teve a infelicidade de perder tudo por hum acaso, reduzindo-se por isso á mendicidade: o outro, bem longe de dispôr em seu favor, deixa tudo a huma concubina: deverá aquelle miseravel Irmão respeitar huma tal disposição? Eu creio que se deve fazer violencia, para dizer que sim.

Por tanto reflectindo-se bem no que fica exposto, póde ser que se ache que as Leis Civis, que permitem os Testamentos, que regulão, e prescrevem as fórmas necessarias para a sua validade, que limitão a faculdade de testar até hum certo ponto, não são tão arbitrarías como se inagina, e que são mais conformes aos principios de Direito Natural, do que parece á primeira vista.

Para provar finalmente a ultima parte da minha asserção, *Que as Successões legitimas são muito conformes aos principios da razão, e Direito Natural*, seria bastante o que acabo de dizer a respeito do Direito de testar, por isso que as Successões legitimas são hum Testamento tacito, provindo ellas de huma vontade, que se presume, de que todas as vezes que o defunto não fez Testamento, quiz que herdassem os seus bens os seus parentes mais chegados; mas notarei sómente mais, que as familias são como humas sociedades particulares, (e parece forão as sociedades primitivas) com seus interesses communs relativos a todos os individuos, que constituem cada huma dellas, entre os quaes se communicão os bens pela Successão: a natureza as produz, ella as constitue, as sustenta, as conserva, e parece lhes impoz certos deveres, e Leis proprias. A obediencia dos Filhos aos Pais, o amor destes aos Filhos, as relações entre os membros da familia com o Chefe,

ou ancião della, tem origem no Direito Natural, que lhes permite certos privilegios, e prerogativas; donde resulta que em quanto existe algum dos da familia, ella se não julga totalmente extincta, e o que della resta succede em todos os Direitos proprios da mesma familia; e destes Direitos communs das familias he que procedem as Successões *ab intestado*, de modo que aos Pais succedem os Filhos, e na falta destes os outros Descendentes, Collateraes, e Agnados, que pelo Direito da Agnação são membros da mesma familia, como Descendentes do mesmo tronco, cuja Successão tem por fundamento o amor natural, que se presume haver entre estes, pois que he bem sabido que os Pais, por isso mesmo que foram a causa efficiente de seus Filhos, nada tem mais amavel que os mesmos Filhos, e este mesmo amor se presume haver dos Filhos para com os Pais, Irmãos para com Irmãos, Sobrinhos para com Tios, e mais parentes, em razão da proximidade do sangue; e he por isso que as Leis presumem bem, que quando o defunto não deixou Testamento, isto he, quando não declarou o contrario da vontade presumida, he porque quer que seus bens vão áquelles, a quem o sangue faz amados, e que por isso os chama a Lei á Successão dos bens, que vai a deixar; o que me parece bastante para provar que as Successões legitimas a favor dos propinquos são muito conformes aos principios da razão, Direito Natural, e caridade Christã, e que conduzem muito para estabelecer a boa ordem, e harmonia entre as familias (1).

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

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

CAPITULO V.

O que seja Testamento, e differentes especies que delle temos em uso, comparadas com as estabelecidas por Direito Romano, e de outras Nações civilizadas, e vizinhas.

PARA procedermos com methodo, e clareza na exposição dos principios, que se deduzem das Leis Testamentarias, tanto Patrias, como Subsidiarias, devemos começar por dizer o que he *Testamento*, e quantas especies deste temos em uso, comparando-as, para melhor intelligencia, e illustração, com as que forão estabelecidas, e nos são conhecidas pelo Direito Romano, bem como com as que se achão hoje em uso pelos Codigos das Nações mais vizinhas, e cultas, como Direito Subsidiario sobre semelhante materia; pois que he innegavel que huma grande parte das Leis Testamentarias, estabelecidas pelo Direito Romano, e adoptadas peloCodigo das Nações civilizadas, nos estão servindo de subsidio para a decisão de innumeraveis questões, que occupão o Foro sobre a vasta, e complicada materia de Testamentos, e Successões; e por isso principiarei por dar a definição de Testamento.

Testamento (1), segundo o definio Modestino

(1) O Imperador Justiniano nas suas Instit. tit. 20. pr. nos deixou dito que esta palavra *Testamentum* se derivava de outras, que ali accrescentou: *Testamentum* (dizia elle) *ex eo appellatur; quod testatio mentis sit*: querendo dizer, que fora assim chamado o *Testamento*, por ser hum acto destinado a testemunhar a vontade de cada hum: sobre o que se póde ver *Scipião Gent. T. 2 pag. 469.*, e os mais acreditados Interpretes de Direito Romano: entre tanto *Blackstone, Com*

(1), *est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*: quer dizer que he huma disposição, ou declaração justa, ou solemne da nossa vontade, sobre aquillo, que queremos se faça depois da nossa morte.

Podendo-nos servir desta definição, porque exprime bem o que he *Testamento* entre nós, já que se não acha definido em o nosso Codigo, vejamos quantas especies de *Testamentos* se achão authorizadas pelo nosso Direito; para que depois de vermos as que erão conformes com o Direito Romano, e se estabe-

ment. das Leis Inglezas, no Tom. 3. pag. 441, nota de pueril esta etymologia, por ver hum substantivo derivado do verbo Testare, quando devia ser pelo contrario.

(1) Na L. 1. ff. *qui Testam. facere poss.* Porém para que esta definição fosse perfeita para com os Romanos, deveria conter mais as palavras — *heredis institutionem continens* — (como notão alguns Interpretes) para differencar o Codicillo do Testamento; mas pode-se responder que, como a palavra *justa* significa feita segundo as formalidades de Direito, como se vê da L. 1. ff. *De Injust. rupto Testam.* suppõe que ha instituição de herdeiro; porque era huma das fórmãs, e condições prescriptas pela Lei para a validade do Testamento: entre tanto que a palavra *Voluntatis* he que exprime ser a base da disposição, isto he, a vontade do Testador, a qual deve ser concebida em termos claros, e positivos, e não enunciativos, como se colhe da L. 72. §. ult. ff. *de Condit. et Demonstr.*, e L. 7. *Cod. de Testam. milit.*; querendo dizer a palavra *nostrae* que a vontade deve ter o seu principio em o espirito do Testador, que he o unico, que deve ordenar semelhante acto, e que ella não pôde depender de facto alheio, como se deduz da L. 32. ff. *de Her. Inst.*, nem ser extorquida por medo, ou violencia, na fórmula da L. 1. *Cod. Si quis aliq. test. prohib.*; e menos por dolo, fraude, ou suggestões artificiosas, como se vê do tit. do *Dig. de inoff. test.*, e teremos lugar de expôr em lugar competente. E finalmente de *eo quod quis &c.* nos fazem conhecer que a vontade do homem, sendo ambulatoria até á morte, o Testamento não deve ter effeito senão depois da morte do Testador, como nos diz a L. 4. ff. *de Adimend. vel trans. Legat.*; e desde este momento he que este acto era considerado, pela *Nov. 22. cap. 2*, como huma Lei domestica; pois que tendo o Testamento força de Lei, na conformidade da L. 14. ff. *qui Testam. facer. poss.*; e sendo a faculdade de testar de Direito publico, e não de Direito particular, L. 3. ff. *eodem*, ninguem por convenção se pôde privar desta faculdade. L. 52. §. ff. *Pro Socio*.

lecêrão pelos Codigos de differentes Nações civilizadas, possamos tratar separadamente de cada humas das que se achão em uso entre nós.

Pelo Direito da Ord. actual (1) temos em uso: 1.^o O *Testamento Aberto*, que pôde ser feito por Tabelião, ou pelo mesmo Testador, ou por hum particular a rogo do Testador: = 2.^o O *Testamento Cerrado, ou Mystico*, que tambem pôde ser feito pelo Testador, ou por hum particular a seu rogo, com tanto que tenha instrumento de Approvação no fim: = 3.^o O *Testamento Nuncupativo, ou Verbal*, feito á hora da morte: = 4.^o O *Testamento Privilegiado*, ou do Soldado.

Agora quanto ao *Direito Romano*, diremos que os seus Interpretes nos referem que os *Testamentos*, segundo aquelle, se dividião primeiramente em *Publicos*, e *Particulares*; aquelles os que se fazião, e subsistião por fé, e authoridade publica; e estes os que subsistião por fé, e authoridade particular.

Que dos *Publicos* havia duas especies: = 1.^a O que era feito *coram Principe*, enviando o Testador ao Principe, ou Imperador, o seu Testamento para este o confirmar, de maneira que huma vez que por elle fosse confirmado, valia por fé, e authoridade publica (2): = 2.^a O que era feito *apud Acta*, isto he,

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

(2) As nossas Leis não fazem menção desta especie de *Testamento Publico*; entre tanto como ao Soberano compete fazer executar as ultimas vontades, sendo-lhe offerecido hum Testamento (como já tem acontecido) ainda despidido de todas as solemnidades, huma vez que o autorize, he sem dúbida válido; mas no entanto, sendo hum caso extraordinario, não devemos suppor que elle approve hum Testamento, em que faltem as solemnidades principaes.

o que era feito perante o Juiz, ou Magistrado, como hum acto Judicial; e este era válido sem ter mais alguma outra solemnidade, e era *Público*, por ser munido com a fé, e authoridade publica. (1)

Como porém nos Particulares se devião observar as formalidades prescriptas pelas Leis (2); daqui formárão outra divisão de Testamentos *Solemnes*, e *Menos Solemnes*, ou *Privilegiados*; aquelles, em que erão necessarias todas as solemnidades, que o Direito requeria; e estes, em que por privilegio erão remittidas algumas destas solemnidades, como erão os dos Soldados: deduzindo daqui os mesmos Interpretes outra, ou 3.^a Divisão de Testamento *Militar*, e *Pagão*; aquelle o que era feito pelo Soldado; e este pelo Paizano (3).

E finalmente como os Testamentos podião ser feitos por escripto, ou de viva voz, daqui formárão hum 4.^a Divisão delles, chamando aos primeiros *Es-critos*, e aos segundos *Nuncupativos*; podendo aquelles ser *Abertos*, ou *Cerrados*, a que derão tambem o nome de *Mysticos* (4).

(1) Sobre esta primeira divisão de Testamentos veja-se a *L. 19. Cod. de Testament.*: e note-se que deste Testamento offerecido ao Juiz não temos exemplo que dar authorizado pela Lei Patria; mas se alguém offerecer ao Juiz hum Testamento, e este o julgar por Sentença, ou mande lançar nas Notas, será válido, tendo as formalidades que requer a Ord., e se poderá tambem chamar *Público*; mas o certo he que não está em uso, nem a Lei declara semelhante formalidade; e por isso só poderemos dar o nome de *Público* ao que he feito por Tabelação, por ser hum pessoa que tem fé, e authoridade publica, e por ser feito com notoriedade, e aberto.

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

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

(4) Mas note-se que todas estas differentes especies de Testamentos, ou divisões delles, são relativas ao Direito novo Romano; pois que já mostrámos no Cap. 2. que pelo Direito antigo, de que usárão os primeiros Romanos, se fizerão os Testamentos por differentes modos, e maneiras; o que pouco a pouco se foi alterando, como alli se notou; podendo nós agora dizer que pelo Direito novo só erão conhecidas duas

Pelo Direito de Hespanha (1) também o *Testamento* he *Solemne*, e *menos Solemne*, ou *Privilegiado*, sendo aquelle *Escripto*, ou *Nuncupativo*; e o *Escripto Aberto*, ou *Cerrado*; mas huns e outros sujeitos a differentes solemnidades, de que iremos tratando correspondentemente.

E quanto aos *Privilegiados*, tem o do *Soldado*; o que se offerece ao *Principe*, ou em que este só he Testemunha; o dos *Aldeãos*; e o do *Pai para com os Filhos* (2).

Pelo que pertence ao *Direito Francez*, deixando as differentes especies de Testamentos, que serão introduzidas pelas antigas Ordenanças, e suas formalidades (3), vejamos sómente o que a este respeito ordenou o Novo Codigo Civil dos Francezes: e segundo este, não achamos senão tres especies de *Testamentos solemnes*, ou em *Regra geral*; a saber: = 1.º O Testamento feito em fôrma *olographa*, que he aquelle Testamento Aberto, que he escripto pela mão do Testador (4): = 2.º O Testamento feito por *acto publico*, que he feito perante hum ou dous Notarios (5): = 3.º E o Testamento feito em fôrma *mystica*, que he o que nós chamamos Cerrado (6).

E quanto aos *menos Solemnes*, ou em *Regra Par-*

especies de Testamentos: o *Escripto Cerrado*, a que se assemelha o de que falla a nossa Ord. Liv. 4. tit. 80. §. 1. e 2., se bem que lhe prescreveo differentes solemnidades, como veremos: e o *Nuncupativo*, ou *Verbal*, semelhante ao de que trata a Orden. cit. §. ult., de que tratou o §. fin. da Inst. de Testam. Ordin. L. 21. ff. *Qui Testam. facer. poss.* e L. 21. §. 2. *Cod. de Testament. Ordin.*, de cujas solemnidades trataremos em particular, bem como diremos quaes erão os Testamentos *Privilegiados*, de que também usarão os Romanos.

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

(2) Veja-se o cit. tit. 1. Part. 6., e o A. cit.

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

(4) Cod. Civ. Art. 969, e 970. — (5) Art. 971, e 972.

(6) Art. 976. e seg.

ticular, tem destes outras tres especies; a saber: = 1.º O Testamento *Militar*, ou do Soldado (1): = 2.º O feito em tempo de Peste (2): = 3.º o Testamento Maritimo (3): de cujas formalidades fallaremos.

Pelas *Leis Inglezas*, como diz *Blackstone* (4), tambem os Testamentos são *Escriptos*, ou *Nuncupativos*; sendo os primeiros os que se reduzem a escripto; e os segundos os que se fundão em huma declaração oral, feita pelo Testador na ultima extremidade da sua vida perante hum numero sufficiente de Testemunhas, e reduzindo-se depois a escripto, como se dirá no §. 3. deste mesmo Capitulo, posto que em Inglaterra hoje tenham pouco uso os Testamentos *Nuncupativos*.

Para dar porém huma idéa da faculdade de testar concedida pelas *Leis Inglezas* aos *Inglezes*, será justo referir o que escreveo o seu melhor Commentador *Blackstone* (5), sobre a origem do uso de testar, sua antiguidade, e diferentes Estatutos dados naquella paiz a este respeito; o qual diz.

» Que antes da Conquista se podia dispôr de bens de raiz, ou de terras, por Testamento; mas depois do estabelecimento dos Districtos militares, se pizerão em esquecimento as disposições testamentarias sobre bens de raiz, o que era conforme á disposição da Lei Feudal, que não consentia, que alguma alienação se fizesse sem consentimento do senhor; o que era igualmente usado entre os Alemães, donde recebêrão semelhante uso.

» Este estabelecimento, continúa elle, teve por fim o embaraçar que os Pais, pelo seu capricho, ou por outro qualquer motivo, não fizessem passar seus

(1) Art. 981, e seg. — (2) Art. 985, e seg. — (3) Art. 989, e seg. — (4) *Comment. sur les Loix Anglaises*, Tom. 3. Cap. 32 pag. 442, e seg. — (5) Cap. 23 do tom. 3. pag. 236, e seg.

bens a pessoas estranhas, em prejuizo de seus verdadeiros filhos, de que elles acreditavão ter escandalos, ou para os punir de sua má conducta.

» Huma outra razão concorreo tambem para conter a disposição de bens por Testamento, e foi o manter a balança da igualdade dos possuidores de terras, e obstar a que huns viessem a possuir grandes cabe-daes, e se tornassem muito poderosos, e outros ficassem muito pobres.

» Tal foi o motivo, continúa elle, da Lei *Atheniense*, quando ordenou que os bens fossem sempre ao filho do defunto, e que na falta de linha directa passarião á collateral; o que servio de grande effeito para manter a igualdade entre os possuidores de bens.

» *Solon* he que depois tirou o effeito a esta Lei, quando permittio aos Pais, que não tivessem filhos, o dispôr de seus bens por Testamento; mas mui breve se conheceo o mal que produzio esta Lei, juntandose em hum só huma grande massa de bens: della se seguirão murmurações, odios, e dissensões, depois a tyrannia, e por ultimo a subversão das familias.

» Póde porém, diz o mesmo A., olhar-se como bem duro que para prevenir alguns abusos, se prive hum homem de dispor livremente de seus bens quando morre, e mesmo de regular seus negocios domesticos, e algumas vezes de pagar dividas.

» Mas nossas Leis, continúa elle, tem obviado os inconvenientes da Lei de *Solon*, estabelecendo a Successão por primogenitura, que os *Athenienses* não tinham conhecido. Desde o tempo da Lei Feudal se tem sentido o mal, que podia resultar da accumulção de hum grande numero de terras em o poder do mesmo possuidor: mas o remedio, que se lhe póde applicar, parece pouco conveniente a hum Paiz tão commerciante como o nosso, e ao qual importa mui-

to que as fortunas sejam moderadas, para que se esforcem a estender tanto mais o Commercio.

Depois da Conquista dos Normandos, diz elle, o Direito Consuetudinario não permittio dispôr de bens de raiz por Testamento, senão por alguns annos, isto he, do usufructo: exceptuando o Condado de Kent, e alguns outros antigos Lugares, onde a indulgencia Saxonia existe ainda, e onde, posto que os embaraços da Lei Feudal, quanto ás disposições Testamentarias, sejam ligeiros, elles se fazem com tudo perpetuos só pelo temor de fazerem os Testadores disposições fraudulentas.

De outra maneira pôde acontecer muitas vezes que, contra a intenção do Direito Consuetudinario, que he, que a traslação dos bens se faça a herdeiro apparente, por Testamento se faça ella a favor de hum homem, que não seja publicamente revestido desta qualidade, e onde por consequencia o Direito da propriedade não seja evidente.

» Mas a subtiliza do Clero, continúa elle, tendo estabelecido a doutrina do gozo, ou usufructo, como huma coisa distincta absolutamente da propriedade, admittio que o Legatario do usufructo possa pedir a execução do seu Legadô perante o Tribunal da Chancellaria. Mas quando o Estatuto dos *usos* reunio o usufructo á propriedade, fazendo-os inseparaveis, não foi mais possivel dispôr por Testamento de bens de raiz; o que occasionaria huma grande revolução em as disposições testamentarias, se cinco annos depois não viesse o Estatuto das *Disposições*. Foi o 32 de Henrique VIII., a que se seguiu o 34 do mesmo Rei, que estabeleceo, que os Particulares, excepto os filhos, as mulheres em poder do marido, os idiotas, e os que são destituídos de razão, podião dar por disposição Testamentaria, excepto ás Corporações, os dous terços de seus bens de raiz; o que

mesmo se entrou a praticar nos Feudos, á excepção dos bens, que respeitão de hum a outro Feudo.

» Que tendo a experiencia mostrado quanto era perigoso para o bem publico o desviarem-se das regras prescriptas pelo Direito Consuetudinario, por isso que o que tinha estabelecido o Parlamento, tinha engendrado huma grande multidão de fraudes, e feito dar infinitos juramentos falsos, porque no Tribunal de Justiça não era necessario senão apresentar por escripto a ultima vontade de hum Testador, para que fosse olhada como hum acto sufficiente para se julgar válida; por isso he que o Estatuto 29, das *fraudes*, e dos *falsos juramentos*, de Carlos II., ordenou que para o futuro todos os Legados feitos de bens de raiz serião não só escriptos, mas assignados pelo Testador, ou por outras quaesquer pessoas, que tivessem assignado por elle em sua presença, como Testemunhas, cujo numero seria de quatro, ou pelo menos de tres.

» Segundo o mesmo Estatuto, o Testamento, ou acto que o revogasse, devia começar assim = : *Eu F. . . declaro que esta he a minha ultima vontade, e meu Testamento.* = Este escripto sendo da mão do Testador, não era necessario que o assignasse; entretanto era melhor que o fizesse. Era igualmente ordenado que, posto que as Testemunhas devessem todas vêr assignar o Testador, ou ao menos reconhecer sua assignatura, elle com tudo podia fazer seu Testamento em diferentes tempos. Os Juizes entretanto são muito severos a respeito da credibilidade, ou antes da competencia legal das Testemunhas; porque elles não permitem que o Legatario, ou Crêdor, seja Testemunha onde he considerado como interessado. O Estatuto 24. Cap. 6. de Jorge II., para tirar a dúvida, que havia a respeito dos domesticos, a quem se devião Soldadas, o Boticario, o Procura-

dor, a quem se devessem serviços, ou o Ministro da Parochia, a quem se devessem dizimos, ordenou que todos estes podessem servir de Testemunhas nos Testamentos, mas que não poderiam receber alguns Legados pelo Testamento, a que assistissem, a menos que elles anticipadamente não tivessem renunciado suas dividas; mas a attestação de tres Testemunhas, que se achavão crédoras, era olhada como Legal, e sufficiente em o caso, em que os bens erão encarregados do pagamento das dividas.

» Deve comtudo fazer-se differença de que, quando he legado sómente o uso da cousa, ou se legão bens moveis, não tem necessidade de assistencia de Testemunhas, e mesmo da assignatura do Testador, se se provar que he feito por elle; posto que o partido mais seguro he que seja assignado pelo Testador, e publicado perante as Testemunhas.» como diz o mesmo A. no Cap. 32. pag. 445. do Tom. 3., em cujo Cap. expõe não só a origem, e antiguidade dos Testamentos, mas quaes são as pessoas, que em Inglaterra podem fazer Testamento, a natureza deste, o que seja Executor, e Administrador de hum Testamento, como se deve nomear, e quaes sejam os seus deveres; podendo-se vêr no Cap. 33. varias regras uteis para a interpretação das ultimas vontades. »

Examinando porém o *Codigo de Sardenha*, achamos no Liv. 5. tit. 1., que aquelles, que não quizerem fazer Testamento segundo as regras de Direito Commum (Romano), o podem fazer da maneira seguinte :

Feito o Testamento pela mão do Testador, apresenta-o pessoalmente ao Senado, e pede que se lhe faça Acto de declaração de ser aquella a sua ultima vontade. O Senado reconhece primeiramente se a pessoa, que se lhe apresenta, he a mesma; e logo que esteja identificada, manda lavrar o requerido

Acto, que he assignado pelo Presidente do Senado, e pelo Secretario, e se lhe põe o Sello Real; ficando assim tão validamente feito, como se fosse feito segundo o Direito Commum.

Se porém o Testador não pôde vir pessoalmente ao Senado, neste caso vai hum Senador, com o Secretario, a casa do Testador receber-lhe o Testamento, remettendo-o logo ao Senado, depois de se examinar se elle está capaz de testar; porque não estando, se lhe não toma o Testamento.

Estes Testamentos assim feitos ficão no Archivo do Senado fechado com duas chaves, das quaes huma fica em poder do Presidente, e outra do Secretario; mas não pôde ser aberto senão em presença dos Senadores, quando morre o Testador, ou este o reclama em sua vida.

E finalmente, examinando a fôrma de testar pelo Direito do *Codigo da Prussia*, achamos que os Testamentos, e Codicillos são *Judiciaes*, ou *Extrajudiciaes*. Os primeiros, aquelles que são entregues ao Juiz, ou Tribunal do Districto para serem por elle approvados; e os segundos, os que são feitos pelo Testador sem intervir nelles a authoridade Judicial. O *Testamento Judicial* pôde ser feito publicamente, isto he, *Aberto*, ou *Fechado*. O *Testamento Aberto* he feito pelo Testador, ou por outro de seu mandado, e entregue ás mãos da Justiça, ou declarado ao Secretario, ou Escrivão; e, se não pôde apresentar-se pessoalmente, requer que o Juiz lho vá tomar ao seu domicilio; o que requer por meio de hum requerimento por elle assignado, ou por duas pessoas deputadas pelo Testador para este fim. (1)

O Tribunal para receber os Testamentos deve ser

(1) *Code général pour les États Prussiens*, Tom. 1. tit. 12. Art. 65. e seg. Sobre o Extrajudicial veja-se o Art. 161. e seg.

composto ao menos de hum Juiz, e Escrivão, e na falta deste de dous homens ajuramentados; mas se o Testador se não pôde apresentar na Audiencia, ou perante o Tribunal; então o Presidente he que nomeia os Deputados, que devem ir ao domicilio do Testador receber-lhe a sua disposição; e sem commissão especial cada hum dos Membros do Senado por si só não pôde praticar semelhante acto validamente.

Nas pequenas Villas, onde as Justiças são compostas de hum Juiz Ordinario, e dous Assessores ajuramentados, podem, com assistencia do Escrivão ajuramentado, validamente receber os Testamentos, quando não ha lugar de se poder ir testar perante o Juiz do Cantão, sendo com tudo aquelles transmittidos sem perda de tempo ao Juiz do Cantão respectivo. (1)

Se porém o Testador quer fazer o seu Testamento *fechado*, pode-o assim entregar ao Tribunal, ou ao Juiz para isso deputado; mas he necessario que elle seja assignado pelo Testador, ou feito por elle; o que deve examinar o Juiz. Neste caso o Juiz deve pertender saber qual he a sua disposição, pondo-lhe sómente o Sello do Tribunal nas costas do Testamento; e formando o Processo verbal de tudo, o assigna com o Testador. (2)

Se o Testador quizer declarar a sua vontade oral ou nuncupativamente, o pôde fazer tambem, declarando verbalmente a sua vontade ao Escrivão, formando este com o Juiz hum Processo verbal, em que se declare a disposição, assignando-o o Testador, e o Juiz, que tambem lhe põe o Sello do Tribunal, ou o d'elle Testador, se este quizer. (3)

(1) Art. 82. e seg. — (2) Art. 100. e seg.

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

Estes Testamentos assim feitos são guardados em o Archivo do Tribunal, e ao Testador se dá hum Conhecimento deste Deposito. (1)

Alem destes Testamentos *Solemnes* tambem tem os *Privilegiados*, nos quaes se não exigem as formalidades, que se requerem naquelles; taes são o Testamento do Soldado, cujo privilegio compete ainda aos que em razão de guerra, e molestia contagiosa, não podem recorrer aos Tribunaes, ainda que sejam pessoas do Estado civil; (2) e basta para sua validade, que seja assignado pelo Testador, ou feito por elle, e achado na sua mochilla, ou despojo; (3) e se o não tiver assignado por não saber, ou não poder, basta que assigne hum Testemunha, com tanto que tenha as qualidades necessarias para merecer fé. (4)

Para poderem testar os *Surdos*, e *Mudos*, que sabem escrever, he necessario apresentar-lhes por escripto o que devem fazer. (5)

Quando o Testador não he entendido pelo Juiz, ou Tribunal, por fallar differente lingua, se chamão dous Interpretes para isso; para o que se dá juramento a estes. (6)

Quando o Juiz deve ser o herdeiro do Testador, elle deve enviar a este perante outro Tribunal, aonde deve ir declarar sua vontade. (7)

Com estas noções passamos a tratar de cada hum das especies de Testamento, que temos reconhecidos pelas nossas Leis, indicando as solemnidades, que particularmente requerem, e notando ao mesmo tempo a diversidade dos que estabelecerão as Leis dos indicados Codigos Estrangeiros.

(1) Art. 112. — (2) Art. 177. e seg., e Art. 198.

(3) Art. 183. — (4) Veja-se o Art. 185. e seg.

(5) Art. 123. — (6) Veja-se o Art. 124. e seg.

(7) Póde vêr-se o Art. 133. e seg.

§ I.

Do Testamento Aberto.

O Testamento *Aberto*, como fica dito, pôde ser feito pelo Tabellião Publico em o Livro das Notas, na fôrma da Ord. Liv. 4. tit. 80. pr. (1), ou pelo mesmo Testador, ou por hum particular a seu rogo, conforme o §. 3 da Ord. cit.

Se elle he feito pelo Tabellião, além da fé, e authoridade, que recebe por ser feito por huma pessoa publica, requer nelle a cit. Ord. as seguintes solemnidades: = 1.^a que seja escripto pelo Tabellião em as Notas, como outro qualquer Instrumento publico: = 2.^a que assistão a elle cinco Testemunhas, além do Tabellião, todos varões, maiores de 14 annos, e livres, ou reputados por livres (2): = 3.^a que estas Testemunhas assignem todas com o Testador, e que não sabendo este escrever, ou não podendo por causa de molestia, deverá então ser assignado por hum das Testemunhas a rogo do Testador, declarando logo — *que assigna a rogo do Testador; por não saber (ou não poder) escrever.* — (3)

(1) Naquelles lugares, ou aldeas, onde houver Escrivão de Testamentos nomeado pela Camara, na fôrma da Ord. Liv. 1. tit. 98 §. 20. o Livro deste equivale ao Livro de Notas, e o Escrivão ao Tabellião Publico neste particular, e objecto: e note-se, que este Testamento, que se pôde chamar tambem *Publico Aberto*, ainda que não he tão usado como o Cerrado, a Lei com tudo o authoriza, e se pratica fazendo como outro qualquer Instrumento Publico, exigindo-se somente neste maior numero de Testemunhas, cuja formalidade se vê no fim deste Tratado.

(2) Depois do Alv. de 19 de Setembro de 1761, que aboliu a Escravatura neste Reino, torna-se escusada esta ultima circumstancia da Liberdade, que a Lei requer.

(3) Pelo Direito Novo Romano se requerião sete Testemunhas, que tivessem facção de Testamento, §. 3. e 6. *Inst. de Testam. ordip.*;

Por tanto devemos ter por válido o *Testamento*, em que intervierem estas Solemnidades *externas*, se com tudo tiver as *internas* de que havemos de tratar; e por nullo, se lhe faltar alguma das que as nossas Leis declararão: devendo ter esta conclusão como huma Regra Geral para decidir os casos occurrentes: pois que temos, que a Ord. cit. no §. 1. vers. — *E não sabendo*. . . annulla o Testamento pela simples falta da Testemunha, que assigna a rogo do Testador, não declarar que assigna a seu rogo, e a razão porque.

Se porém o *Testamento Aberto* for feito pelo Testador, ou por hum particular a rogo do mesmo, então, além de deverem assistir á sua factura as mesmas cinco Testemunhas, ou seis com o Testador, ou particular, que o fez, devem estas assignar depois de lhes ser lido, na fôrma da Ord. cit. §. 3. vers. — *As quaes*. . . . (1)

cujó numero foi adoptado pelo Direito de Hespanha L. 1. tit. 1. Part. 6.; mas pelo Art. 971, e 972 do Cod. Civ. dos Francezes, o Testamento feito por *Acto Publico* deve ser feito perante dous Notarios, e na presença de duas Testemunhas, ou por hum Notario, e perante quatro Testemunhas, sendo dictado pelo Testador, e escripto por hum: e entre os Codigos das Nações estranhas he esta especie de Testamento, que achamos mais semelhante ao nosso *Aberto* feito nas Notas do Tabellião, posto que com differente numero de Testemunhas; pois que o *Testamento Judicial* usado na *Prussia*, já notado, he mais semelhante ao que por Direito Romano se veio a chamar *apud acta*, feito perante o Juiz, ou Magistrado, como hum acto judicial, cuja particularidades, e circumstancias se podem vêr no Tomo 1. do Cod. dos Estad. da Pruss. a pag. 405. tit. 12. Sec. 1. Art. 66. e seguintes; e note-se que pelo *Direito novo de Hespanha* L. 1. e 2. tit. 4. Liv. 5. da Recopil. se reduziu o numero das Testemunhas a tres, sendo o Testamento feito perante o Tabellião, ou Escrivão, e a cinco sendo feito aberto pelo Testador, conservando as sete para o *Cerrado*.

(1) Ainda que a Lei não requer esta clausula de ser lido perante as Testemunhas, quando o Testamento he feito por Tabellião, ella será util, se se praticar, para evitar as fraudes, que se podem seguir desta falta; e he a esta especie de Testamento Aberto, escripto pelo Testador, que os Juristas chamão *Olographo*.

Este Testamento como não está munido com a authoridade, ou fé publica, deve depois da morte do Testador ser publicado por authoridade da Justiça, citando-se para isto as partes interessadas para se examinarem os signaes das Testemunhas, a subscripção do Testador, o estado em que estava quando fez aquella disposição, se aquella era com effeito a sua ultima disposição, e mais cousas que são necessarias para a validade de taes Testamentos; e isto porque este Testamento não he feito por Tabellião, que tem fé publica, nem tem Instrumento de approvação nas costas, como declara a Ord. Liv. 4. tit. 80. §. 3. (1)

§. II.

Do Testamento Cerrado.

O Testamento *Cerrado*, a que tambem chamão *Mystico*, de que falla a Ord. Liv. 4. tit. 80. §. 1. e 2. póde ser feito pelo Testador, ou por hum particular a seu rogo. (2)

(1) Ainda que esta redução de Testamento em muitas partes não tenha uso, pelo apresentarem sómente ao Parocho, que sem authoridade lho principia a dar execução pelo que respeita ao hem da Alma, e os herdeiros á imitação deste, pelo que pertence aos bens; com tudo, isto só tem lugar quando não ha quem lho contradiga; porque havendo, se deve seguir o que declara, e ordena a Ord. cit.; e por tanto bem á maneira dos Testamentos Nuncupativos he necessaria Sentença do Juiz, que o julgue por bom, para se poder dar á execução tal Testamento, como se dirá:

(2) Pelo Cod. Civ. da França Art. 976 e seguintes foi tambem admittida esta especie de Testamento *Cerrado* ou *Mystico*, com o fim de prevenir o abuso, que resulta do conhecimento prematuro, que chega aos herdeiros, dos Direitos que lhes podem vir a pertencer sobre os bens do Testador depois da sua morte, e para evitar o spectaculo afflictivo dos odios, e dissensões, que causa entre as familias a sciencia da vontade do Testador antes da sua morte: elle tambem póde ser alli feito ou pelo Testador, ou por outra pessoa a seu rogo; e se apresenta

As solemnidades, que requer a Lei cit. no §. 1. para a validade deste Testamento, são: = 1.^a que feito o Testamento pelo Testador, ou por outra pessoa a seu rogo, o deve assignar com a declaração que faz a cit. Ord., que, se elle he feito pelo proprio Testador, não tem necessidade de o assignar, por isso que a sua letra tem a mesma fé, que lhe pôde dar a assignatura: se porém he feito pelo particular a seu rogo, então deve-o assignar o Testador, sabendo escrever; e não sabendo, ou não podendo, será assignado pela pessoa, que lho fez, declarando que assigna a seu rogo: = 2.^a depois de assim feito, o entrega o Testador fechado, e cosido ao Tabellião diante de cinco Testemunhas (1) varões, e maiores de

tambem fechado, e sellado a hum Notario em presença de seis Testemunhas, e deve ser assignado pela mão propria do Testador, se sabe, ou pôde escrever; porque aquelles que não sabem ler, ou escrever, ou não podem, lhes não permite a Lei testar em forma *Mystica*, Art. 978; vindo por consequencia a requerer este Testamento para sua validade sete formalidades: = 1.^a assignatura do Testador: = 2.^a que o papel seja sellado: = 3.^a apresentação do papel ao Notario, e das Testemunhas: = 4.^a declaração do Testador ao Notario de que aquelle he o seu Testamento, escripto por sua mão, ou alheia, ou que está por elle assignado, se o não tem podido fazer por sua mão; sendo esta declaração feita em alta e intelligivel voz do Testador: = 5.^a o acto da subscripção pelo Notario (a que chamamos approvação): = 6.^a assignatura das Testemunhas, e do Notario: = 7.^a que a 3.^a 4.^a 5.^a e 6.^a formalidade se executem *uno contextu*. = Porém pelo *Direito de Hespanha* são necessarias sete Testemunhas para o Testamento *Cerrado*, devendo ficar parte do papel em branco para se pôr a subscripção do Testador, e das Testemunhas; dizendo a estas que aquelle he o seu Testamento, e rogando-lhes sejam suas Testemunhas, as quaes assignarão com o Testador, se souber escrever, e não sabendo, ou não podendo, outro a seu rogo: o que he feito perante hum *Escrivão*. L. 1. e 2. tit. 1. Part. 6., e Liv. 2. tit. 4. lib. 6 da Recap.

(1) Por Direito Romano requerião-se neste Testamento sete Testemunhas; o nosso Direito actual porém requer sómente cinco, vindo a ser seis com o Tabellião; antes porém da Compilação *Affonsina*, pelos costumes, era válido hum Testamento tendo nelle intervindo a assignatura do cinco Testemunhas, ainda que fossem mulheres, como se vê da dita Ord. Liv. 4. tit. 103. pr.; porém este costume foi de-

14 annos, na presença das quaes deve o Tabellião perguntar ao Testador se aquelle he o seu Testamento, e se o ha por bom, firme, e valioso, (pois não he necessario que se lêa ás Testemunhas este Testamento), e dizendo o Testador que sim, principia o Tabellião o Instrumento de approvação na presença das mesmas Testemunhas. = 3.^a Este Instrumento de approvação, como declara a Ord. cit. no §. 1., e 2., deve o Tabellião começa-lo na mesma folha, ou parte em que acabou o Testamento, a fim de evitar as falsidades, que podião introduzir-se nos Testamentos; pois de outra maneira podia acontecer que se tirasse aquelle Testamento, e se juntasse outro ao Instrumento de approvação, e por isso requer mais a Lei que, não restando papel algum quando se fizer o Testamento para nelle se lavrar a approvação, o Tabellião ponha o seu signal publico em qualquer parte do Testamento, do que fará menção na confirmação (1); e o Tabellião, que o contrario fizer,

clarado no §. 1. desta Ord., para que em todo o Testamento assim aberto feito por Tabellião, como cerrado com Instrumento de Approvação, interviesssem seis Testemunhas com o Tabellião, e todas varões; o mesmo se declarou na Ord. Manoel. Liv. 4. tit. 76. pr., e §. 1. donde foi copiada a Philippina Liv. 4. tit. 30., cujo costume foi expressamente abrogado pela Ord. Filip. L. 4. tit. 30. §. 1. nas palavras: *E isto sem embargo de qualquer costume que em contrario haja, em algum lugar, ou lugares.* O que já tambem tinha declarado a Manoelina no tit. 76. §. 1.: e serve para firmar a regra estabelecida, de que qualquer Testamento será válido em nelle intervindo assolemnidades, que requerem as nossas Leis actuaes, e nullo em lhe faltando.

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

(1) O modo pratico de fazer este Testamento, e a sua approvação.

perderá o officio; e o Instrumento de approvação será nullo na fórma dos §§. 1. e 2. já cit., Ord. Liv. 1. tit. 78. §. 4., e 19. (1): = 4.^a No fim do Instrumen-

se pôde vêr no fim deste Tratado; pois deve nesta declarar o Tabellião, se nelle achou algumas entrelinhas, ou borrões; que o Testador lhe entregára aquelle Testamento, e o houve por seu, bom, e firme; as laudas, ou folhas, em que estava escripto o Testamento, quando o Testador lho entregou; e se este estava, segundo o seu parecer, em perfeito juizo, etc. E note-se que os Praxistas questionão se esta clausula, que a Lei requer na Ord. cit. §. 2. he necessaria *pro forma*, ou, se saltando ella, o Testamento fica nullo. Alguns, como Mendes a Castro, mostram que a nossa Legislação, ou modo de julgar he muito vacillante, e apontão casos identicos decididos nas Relações, cujas decisões derão humas vezes o Testamento por nullo, por isso mesmo que faltou o ser confirmado no mesmo papel, em que tinha acabada o Testamento, e outras vezes declarando não ficar nullo, por isso que no fim do §. 2. da Ord. cit. só se impõe ao Tabellião pena de perdimento de officio quando lhe esquecer esta clausula, e não a de nullidade de Testamento. O A. das Inst. de Direito Civil Lusit. não aponta esta questão, esquecendo-se até de notar a clausula, que requer o mesmo §. 2. de quando não restar papel algum no Testamento para continuar-se o Instrumento de approvação, que o Tabellião deverá pôr o seu signal publico em qualquer parte do Testamento, fazendo disso menção na approvação. No entanto como temos a regra, que faltando alguma das solemnidades prescriptas pela nossa Lei o Testamento fica nullo, devemos dizer o mesmo a respeito da sobredita clausula, que faltando ella se invalida o Testamento; e não vale o argumento tirado das palavras finais do §., porisso que ha muitos lugares da Ord. em que impondo-se ao Tabellião a pena de perdimento do officio por algum erro, os Actos por elle feitos são nulos; quando a respeito deste caso já se deixa declarado no §. 1. da Ord. cit., no fim, e muito mais tendo agora o Assento de 10 de Junho de 1817, que tira toda a duvida a semelhante respeito, como será melhor explicado no fim deste Tratado, onde se verá por extenso o mesmo Assento.

(1) Note-se que a questão ventilada sobre ser, ou não ser válido o Testamento, que foi feito pelo Tabellião como particular, e approvado por elle mesmo como Tabellião publico, se acha decidida pelo Ass. 4. de 23 de Julho de 1811, em que se assentou a proposito que não havia nullidade alguma proveniente desta causa, e que quaesquer Testamentos escriptos na fórma da Lei por qualquer Tabellião, e depois approvados pelo mesmo, fossem válidos; porque não havendo Lei que o prohibisse, se não devião irrogar nullidades em actos, que a não tem.

to de approvação deve o Tabellião fazer assignar as Testemunhas, e o Testador, se souber, ou poder assignar; e não sabendo, ou não podendo, assignará por elle humas das Testemunhas, declarando junto do signal, que assigna por mandado, ou rogo do Testador, por não saber, ou não poder assignar; e de outra fórma não será válido o Testamento, como declara a Ord. cit. §. 1., e Ass. de 10 de Junho de 1817. (1)

§. III.

Do Testamento Nuncupativo.

O Testamento *Nuncupativo*, ou de viva voz, de que falla a Ord. Liv. 4. tit. 80. §. 4. he feito tão-sómente pelo Testador, declarando por palavra ao tempo da sua morte, o que quer que se faça depois della.

O que a Ord. cit. diz sómente a respeito desta especie de Testamento he, *que qualquer poderá testar de seus bens por palavra ao tempo da sua morte, sem disso fazer Escriptura, com tanto que a esta disposição assistão seis Testemunhas, ainda que sejam mulheres; mas que convalescendo o Testador desta doença, que o poz em estado de não poder fazer Testamen-*

(1) Note-se, que posto que o Ass. de 17 de Agosto de 1811 tomou sobre a intelligencia da Ord. Liv. 4. tit. 80. §. 1. vers. *E de outra maneira não será válido o Testamento*, por se duvidar se este Decreto irritante se devia limitar á disposição mais proxima, que he, *E não sabendo, ou não podendo*, declarasse que o dito Decreto comprehendia todas as fórmas substanciaes do mencionado §. na pena de nullidade, porque assim serão decretadas para evitar as falsidades perigosissimas em taes casos, não devendo, nem podendo antepôr-se, nem pospôr-se, ou substituir-se por equipolencia as fórmas prescriptas pela Ord. cit., com tudo, isto foi declarado, posteriormente, pelo Ass. de 10 de Junho de 1817, como se mostrará.

to por escripto, e só de viva voz, o tal Testamento sera nullo, e de nenhum effeito. (1)

(1) Das palavras da Ord. cit. §. 4. se vê bem, que não só o Legislador quiz adoptar esta especie de Testamento conhecido entre os Romanos, mas que tambem quiz declarar positivamente que sómente concedia este beneficio áquelles, que, em razão da molestia, não podião dispôr de outra maneira, declarando tambem que a convalescença fazia invalidar semelhante Testamento: á vista do que, não parece digna de se adoptar a opinião daquelles, que quere[m] que o Testamento se póde fazer nuncupativamente, ou de viva voz, em outro qualquer tempo, sem ser em artigo de morte, com tanto que as Testemunhas sejam todas varões, como he o A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. Liv. 3. tit. 5. §. 9. em a nota, e isto não só porque a nossa Ord. falla unica, e expressamente do caso em que o Testador estiver em artigo de morte, declarando que a sua convalescença o torna inválido; mas porque as nossas Leis em parte nenhuma permittem fazer Testamento solemne de viva voz; antes pelo contrario descrevem miudamente como deve ser feito por escripto; e se nestes mesmos ha tantos litigios, quantos mais não haveria se testassem de viva voz, ficando por isso sujeitos os Testamentos a mais enganos, e falsidades? Nem póde servir de argumento o não se achar na Ord. Manoel. Liv. 4. tit. 76. §. 4, e na Aff. Liv. 4. tit. 103. §. 3. o *ψ*. Porém, e dizer-se que fora accrescentado contra as Leis, e costumes patrios, de que dantes se usava; porque o Legislador pedia muito bem fazer esta nova declaração, muito principalmente encaminhando-se ella ao fim de evitar a multiplicidade de pleitos; nem as Leis Extravagantes citadas pelo referido A. podem servir de apoio á opinião contraria, por isso que estas Legislarão geralmente, e não derogarão esta Ord. em especial, fallando ella tão claro, nem o deverião fazer; porque se prohibissem fazer Testamento áquelles, que se achão atacados com hum doença perigosa, ou por lhes succeder hum desastre, tempo em que não podem chamar Tabellião para lho fazer, ou approvar, casos unicos em que sómente se póde dispôr deste modo, viria a pôr os homens na necessidade de muitas vezes morrerem sem Testamento, por não terem quem lho fizesse, e irem recahir os bens em pessoas, que bem pouco lho tivessem merecido, vindo a morrer com este dissabor; e até parece haver contradicção no sobredito A. em dizer primeiro, que não vale o Testamento *Nuncupativo* depois da molestia, ainda que nelle intervenhão Testemunhas qualificadas; pois se elle admite tal Testamento fóra da molestia, qual ha de ser a razão porque deva valer este, e não aquelle, sendo assistido de Testemunhas qualificadas? E de mais, sendo os Testamentos *Nuncupativos* sujeitos a muitas fraudes, e podendo occasionar muitos juramentos falsos, como bem mostra *Blackstone* commentando as Leis Inglezas, deve haver todo o cuidado, e escrupulo na

He por tanto necessario para se poder fazer válidamente este Testamento: = 1.º que o Testador esteja em perigo de vida, e que a molestia lhe não dê tempo para fazer seu Testamento solemne por escripto: = 2.º que o Testador morra daquella molestia, não tendo tempo intermedio para poder dispôr solememente; porque convalescendo, esta mesma convalescença, e tempo que tem para dispôr de outro modo, he causa da sua invalidade: = 3.º que sempre intervenhão seis Testemunhas; mas permite a Lei para maior facilidade, e beneficio do Testador, que possam entrar mulheres naquelle número, pois que muitas vezes acontece, principalmente no campo, casaes, e terras pequenas, não apparecerem senão mulheres, e por isso muito bem providencia a Lei este caso

sua admissão; e eis-aqui porque elles não forão adoptados pelos novos Codigos da *França*, e da *Prussia*; e porque na mesma *Inglaterra* estão quasi em desuso, apesar do Estatuto 29. de Carlos II. Cap. 3., que ordenou, para evitar aquellas fraudes, e inconvenientes, que nenhum Testamento escripto podesse ser alterado, ou revogado por Testamento Nuncupativo subsequente, huma vez que não fosse reduzido a escripto pelo Testador, approvando-o, e se não fosse certificado pelo juramento de tres pessoas ao menos; e de mais, que nenhum Testamento Nuncupativo valeria, quando o objecto legado excedesse o valor de 30 libras; quando as Testemunhas não tivessem a capacidade requerida pelo Estatuto 4., e 5. da Rainha Anna, Cap. 16.; e quando não fossem especialmente chamadas pelo Testador para semelhante fim; que não valeria, senão para o caso de artigo de morte; que seria reduzido a escripto dentro em seis dias, e aprovado durante 15 dias depois da morte do Testador, notificando-se primeiro a viuva, ou parente delle para o contestar, se o julgasse a proposito. He assim, que aquella Legislação obviou as fraudes, que se podem praticar em taes Testamentos, exigindo tantas circumstancias, que por isso tem cahido em esquecimento, não se fazendo alli delles uso, senão quando o Testador se acha violentamente atacado de molestia: e por tanto devemos concluir que só no caso, e do modo que o admite a nossa Ord. se deverá praticar semelhante Testamento, que o Direito Romano introduziu para os que não podessem testar de outro modo em artigo de morte, e do modo que declara a L. 21. ff. *qui testam. facer. poss.* L. 21. §. 2. Cod. *de Testam.* e §. ult. *Inst. de Testam. Ord.*

com a sobredita disposição: = 4.º he finalmente necessario para inteira validade, e cumprimento deste Testamento, que elle se reduza a publica fórma, citando-se para isto os que podem ter interesse; e do modo que se vê no Capitulo seguinte.

CAPITULO VI.

Abertura, publicação, e redução dos Testamentos.

EM que tempo se deva abrir, e publicar, ou reduzir o Testamento se não acha declarado em as nossas Leis, e por isso será util expôr aqui o modo pratico de proceder nesta materia, usado nas Cidades, e Villas mais notaveis, a fim de desterrar a prática abusiva de ser aberto pelo Parocho da terra, ou por outro qualquer, sem distincção de qualidade de Testamento, expondo-o a varias falsidades, embaraçando o seu devido cumprimento, e tirando os emolumentos, que competem ás Justiças Ordinarias, e seus Officiaes por semelhante abertura, e publicação.

Por tanto devemos dizer que todo o Testamento Cerrado deve ser aberto perante o Juiz de Fôra, Ordinario, ou de Vintena daquelle Districto, como bem se infere na Ord. Liv. 3. tit. 18. §. 9. em quanto diz: *Que o Juiz no tempo de Férias poderá ouvir qualquer Feito, movido sobre a publicação, e abertura de algum Testamento*; e melhor da correspondente Affons. Liv. 3. tit. 36. §. 7. que diz: *Item. Se fosse sobre preito de Testamento que pedisse algum, que houvesse direito de lho fazer, que ho abrissem, e mostrassem.* Donde se colhe, não só que a abertura, e publicação dos Testamentos he hum dos actos que pôde ser

praticado no tempo das Férias, de que falla a sobre-dita Ord., por não admittir demora; mas que ao Juiz da Terra, ou Districto, compete este mesmo acto; e a prática, e modo de proceder a esta abertura, que tenho observado em algumas Villas, onde a prática he menos abusiva, he summarissimo, e da maneira seguinte :

Apresentado o Testamento Cerrado ao Juiz, este o abre na presença do Escrivão a que vai distribuido, e pondo-lhe o *Cumpra-se* (salvo o prejuizo de terceiro) manda se registre : faz depois o Escrivão o Auto de abertura, que assigna com o nome inteiro, e o Juiz com o seu appellido; regista-se no Livro do registo dos Testamentos, e tira-se hum Instrumento para se dar á Parte interessada, cuja prática, além de ser conforme ao espirito da nossa Legislação, se torna necessaria, ao menos muito util para o melhor cumprimento das ultimas vontades, porque se vai immediatamente fazer publica aquella disposição Testamentaria pela solemne abertura, e pelo seu registo no Livro proprio, por onde os Fiscaes dos Testamentos podem vir no conhecimento de quaes se achão cumpridos, e quaes não; o que não póde acontecer com tanta facilidade onde são abertos particularmente, e por isso seria para desejar que em todas as povoações houvesse a mesma prática, que reputo por boa, e mais proficua.

Se porém o Testamento he feito por mão particular, ou seja pelo mesmo Testador, ou por outro a seu rogo, sem Instrumento de approvação, como se estriba em authoridade particular, deve ser aberto, e publicado judicialmente perante o Juiz Ordinario, ou de Fóra, daquelle Districto, (1) pelo qual devem

(1) O A. das Inst. de Dir. Civ. Lusit. Lív. 3. tit. 5. §. 10. diz que a abertura deste Testamento he hum acto de Jurisdicção volun-

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

O modo prático de proceder nesta redução he o seguinte: Tanto que o Testador morre (1), requer o herdeiro instituido ao Juiz do Districto, dizendo que F. dispuzera desta, e daquella fórma na presença de

taria, e que por isso póde ser aberto pelo Juiz Ordinario do lugar, ou por outro qualquer; porém parece que não mostrou toda a exactidão nesta parte; porque, segundo elle mesmo diz sobre a maneira por que o Juiz deve proceder nesta abertura, devendo citar-se as Partes, examinar, ou perguntar Testemunhas, o estado em que estava o Testador, etc. isto não são actos de Jurisdicção voluntaria, mas contenciosa, e propria do Juiz Ordinario do Districto, por isso que as Partes interessadas, e que podem herdar *ab intestado*, como são ouvidas, podem embargar a execução do Testamento, e aqui temos hum Processo Ordinario depois de recebidos os Embargos, com réplica, e tréplica; donde parece que podendo-se reduzir estas Acções a Causas Ordinarias, são de Jurisdicção contenciosa, e não voluntaria, e todas as Acções Ordinarias devem ser tratadas perante o Juiz Ordinario, ou do Districto, e não por qualquer outro, como quer o referido A. E posto que em algumas partes não ha este costume de reduzir, e publicar este Testamento, com tudo, como já se notou, he só em quanto não ha quem se opponha, e contradiga, por ser opposto á Lei.

(1) Posto que em as nossas Leis se não declare o tempo, dentro do qual se deva requerer esta redução, ou publicação do Testamento, com tudo da Nov. 115. Cap. 5. §. 1., e da Ord. Liv. 3. tit. 9. §. 9. se infere que não deve ser antes dos nove dias do nojo; dentro dos quaes não podem ser demandados, ou chamados a Juizo, nem perguntados por Testemunhas os parentes do morto, que a cit. Ord. declarou serem o Marido, ou Mulher, quando fallecer hum, o Pai, Mãe, Irmão, ou Irmã, e Filho, ou Filha, declarando por nulla a citação feita dentro dos ditos nove dias, que parece serão limitados a oito pelo Alv. de 17 de Agosto de 1761. E note-se mais, que a publicação do Testamento se faz só para prova; e por isso se as Testemunhas estiverem ausentes, ou não existirem, podendo-se provar de algum modo que ellas assignarão, se póde dar á execução, como testificação Autores de boa nota, como Strykie ao Liv. 29. tit. 3. §. 4. das Pand.

taes Testemunhas; e porque quer reduzir o Testamento a publica fôrma na conformidade da Lei, pede seja servido mandar citar os interessados, que são F., e F., para a sua publicação: o Juiz assim o manda, e seguem-se os mais termos, citando-se as Partes, perguntando-se as Testemunhas em quanto ás suas assignaturas, e o estado em que estava o Testador quando fez o Testamento, e fazendo-se o mais que se requer na redução do Testamento Nuncupativo, como se vai a expôr; e havendo Embargos, devem-se receber, se contiverem materia relevante, seguindo o curso ordinario dos mais Embargos. (1)

(1) Almeida e Sousa na Dissert. 6.^a da Collecç. dellas em Supple-
mento ás Seg. Linh. a pag. 177. segue, que a Lei Patria não exige a
solemnidade da *Abertura, e Publicação dos Testamentos*, quando são
cerrados, esómente quando são feitos por pessoas particulares sem Ins-
trumento de Approvação; e que pela falta de abertura se não torna
nullo o Testamento: = porém concordando com elle, em que a nossa
Lei não exige expressamente, e em lugar competente a abertura do
Testamento Cerrado, e que semelhante falta não torna sem dúvida nullo
o Testamento, porque a mesma Lei o não declarou, o que já segui no
que fica estabelecido neste Capitulo, com tudo direi que esta materia
carece de ser tratada com mais clareza; e para isso deveremos primei-
ramente fazer distincção de *Abertura, a publicação de Testamento*; por-
quanto *Abertura* chamo eu aquelle acto, que he praticado pelo Juiz,
ou pelo Parocho (conforme o costume das Terras) sobre o Testamen-
to, que o Testador deixa fechado, cosido, e lacrado; cortando-se as
linhas, para se saber qual he a disposição do Testador, principalmen-
te a que respeita *ao bem d'Alma*: = e esta *Abertura* he que costuma
ser feita pelo Juiz do Lugar, ou pelo Parocho, por isso que a Lei se
não tem expressado com clareza, ainda que da Ord. Liv. 3. tit. 18.
§. 9. se infira que deva semelhante acto da *Abertura*, bem como o da
Publicação do Testamento ser praticado perante as Justicas Ordinarias,
como fica mostrado; e o que se deveria praticar em todos os Lugares,
visto que não o devendo fazer os herdeiros, e interessados, para não
dar lugar a fraudes, e devendo ser este negocio praticado perante hu-
ma pessoa, que possa dar fé publica do que nelle se praticar, sendo-
elle aberto perante o Juiz, e Escrivão do Lugar, temos removida qual-
quer suspeita que haja a este respeito, huma vez que se pratique o
que fica ponderado neste mesmo Capitulo. A *Publicação* porém, que
exige a Ord. Liv. 4. tit. 80. §. 3. a respeito do Testamento feito pelos

Finalmente em quanto ao modo prático de proceder na reducção, ou publicação do Testamento Nuncupativo, he a mesma que no antecedente; e assim,

particulares sem Instrumento de Approvação, e do *Nuncupativo* no §. 4., he muito differente da *Abertura*, e esta exige a Lei precisamente que seja feita perante as Justigas Ordinarias, cuja pratica está estabelecida neste Capitulo, e cuja falta faz sem dúbida com que não valha o Testamento; porque tanto hum como outro tirão a sua força de semelhante Publicação, e sem ella serão nulos, cujo acto he o que nós chamamos *reduzir a publica fórma*; e assim se pela morte de hum Testador apparecer hum Testamento cerrado feito por elle, ou por outro a seu rogo na fórma da Ord. Liv. 4. tit. 89. §. 3. ainda que seja aberto solemnemente pelo Juiz do Lugar, esta abertura não tem outro fim mais do que saber-se por hum modo solemne o que elle quiz dispôr; mas no entanto elle não recebe a necessaria validade, se não fôr reduzido a publica fórma, com citação dos interessados, e por meio de Sentença do Juiz, proferida sobre os ditos das Testamannhas, que assistirão á disposição, e ouvirão lêr o Testamento, depondo por isso sobre a sua identidade; mas note-se que ainda que algumas Testemunhas não possam ser perguntadas por terem morrido, nem por isso se invalida semelhante Testamento, huma vez que se prove que assistirão. Mello, Liv. 3. tit. 6. §. 10. = O Direito Romano que ha a este respeito pôde-se vêr no tit. do Digesto: *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, et describantur*. Liv. 29. tit. 3., e no Codigo, no tit. 32. do Liv. 6., que se inscreve *Quemadmodum Testam. aperiant. insp. et. describ.* sobre o que se pôde vêr a cit. Dissert. de Almeida e Souza, querendo passar além do Direito, e prática, que se acha estabelecida neste Cap., podendo então vêr tambem a Nov. 82. de Leão; sendo com tudo de notar as decisões especiaes daquelle Direito, que se achão na L. 2. §. 7 e 8. ff. *Testam. quemadmodum aperiant.*, e L. 3. sobre o possuidor do Testamento, podendo ser obrigado o exhibillo, e podendo-se até reivindicar, como as outras cousas pertencentes á herança; sobre o que se poderá vêr a L. 3. Cod. eod. = O modo da apresentação de hum Testamento ao Juiz de Paz em França para a sua publicação se pôde vêr no Art. 916. e 920. do Code de Procédure Civile = e sobre o modo da publicação dos Testamentos em Inglaterra, veja-se Blackstone no Tomo 3. pag. 442. e seguintes, requerendo-se esta tanto no Testamento Nuncupativo (como já se disse) como no Escripto, por isso que pôde ser feito sem intervir nelle Official de fé publica; havendo com tudo de particular entre elles, que havendo muitos Testamentos sobre a mesma herança, huma nova publicação de hum dos primeiros revoga hum de data posterior, por isso que desta publicação he que recebe a sua validade.

morto o Testador, aquelle que foi instituido herdeiro de viva voz requer ao Juiz Ordinario, ou dos Orfãos (pertencendo a este por haver menores) dizendo, que F., estando para morrer, fizera neste acto Testamento de viva voz, em que o instituio por herdeiro, ou deixou tal legado diante de seis Testemunhas, que são F., F., e F., dizendo que aquella era a sua ultima vontade, e sem convalescer morrêra daquella doença; e porque quer reduzi-lo a publica fôrma, e tratar da sua disposição, pede seja servido admittir o Supplicante a justificar o deduzido, citando-se os interessados. O Juiz assim o manda, e determina o dia em que se hão de perguntar as Testemunhas.

Feita a citação accusa-se em Audiencia; e sendo apregoados os citados, não apparecendo, ficão esperados até á segunda Audiencia, e não apparecendo ainda, se assigna o dia para o inquérito das Testemunhas, e as pergunta com o Escrivão a quem he distribuida a acção; feito o que, se fazem os Autos conclusos, e o Juiz julga a disposição por Sentença, achando-a conforme a Direito.

A parte contraria pôde embargar, huma vez que he citada, na primeira, ou segunda Audiencia, pedindo vista para embargar a materia da Petição, que lhe foi noticiada; mas estes Embargos só se admittem depois de dadas as Testemunhas, podendo estas tambem ser contradictadas de palavra. (1)

Admittidos os Embargos, corre a causa summariamente, e assignão-se dez dias, dentro dos quaes se hão de propôr; e dentro deste tempo he que a Parte pôde oppôr contra a Sentença, que reduzio o Testamento a publica fôrma; e depois de propostos, e feitos conclusos, ou o Juiz os recebe, ou não; se os recebe, manda que a Parte prove o deduzido dentro

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

de dez dias, e manda metter o herdeiro na posse da herança; e se os não julga prováveis, assim o determina; e contrariando a Parte os Embargos, já ha réplica, e tréplica, e passa a causa finalmente a ser ordinaria.

CAPITULO VII.

Dos Testamentos privilegiados.

1.º O Testamento do Soldado.

ENTE OS Testamentos *Privilegiados* se deve contar em primeiro lugar o do *Soldado*, que estiver em expedição, isto he, quando vão em suas companhias para a guerra, ou estão no Arraial, como se expressa a Ord. Liv. 4. tit. 83. §. 5; porque então poderão fazer seu Testamento com duas Testemunhas sómente, homens, ou mulheres, por que se prôve como lhes ouvirão o que dispozerão, ou lho virão escrever, com tanto que as ditas Testemunhas sejam chamadas para o tal acto; e estando no conflicto, poderão fazer Testamento de palavra, ou por escripto, ainda que seja no chão com a espada, ou nos escudos, ou nas espadas com o sangue das feridas, ou em qualquer outra cousa, com tanto que se prove com as ditas duas Testemunhas, como o fizerão, ainda que não sejam chamadas, mas se acharem por acaso ao fazer do Testamento. Ord. cit. §. 5.

Das palavras desta Ord. fica claro, que são bastantes duas Testemunhas para próva do Testamento dos Soldados, podendo ser estas tambem mulheres, e que devem ser chamadas, não estando no conflicto da batalha, e que podem elles dispôr de viva voz, ou

por escripto de qualquer modo; e não requer mais solemnidade alguma. (1)

(1). Póde-se dizer que tudo, ou quasi tudo o que se acha na Ord. Liv. 4. tit. 83. foi deduzido do Direito Romano; mas note-se que não he a impericia dos Soldados a causa deste privilegio, mas o perigo imminente em que se achão na occasião em que lhes he concedido; porque estando em arraiaes de Inverno, e fóra do perigo, devem testar segundo as formalidades que se requerem nos Testamentos dos Paizanos, como declara o §. 9. da Ord. cit. Nem esta clausula se deve entender tão geralmente como se expressa o A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. Liv. 3. tit. 5. §. 15. *quomodo velint, et quomodo possint, testari licet*, pois que tem algumas restricções, como se vê no dito tit., e se expõe acima. Tambem não parece dizer bem, em quanto diz em a nota, que este privilegio parece foi mais concedido em odio, que em favor dos Soldados, por isso que em todas as pessoas foi sempre olhada a faculdade de testar como hum beneficio por poder livremente dispor de seus bens em vida, e muito principalmente para depois da morte: he verdade que cercados dos perigos da guerra em que se lhes concede esta liberdade, não podem ter a razão apurada para poderem dispor perfeitamente, mas no entanto não são inibidos, huma vez que escapem, de revogar a sua vontade, e as mesmas Leis os dão por inválidos, depois de hum anno, não morrendo os Testadores na batalha; entretanto sempre he hum beneficio, que se lhes concede, e como tal se deve contemplar. Alem de que todas as Nações civilizadas tem concedido aos seus Soldados este privilegio, em consideração dos perigos a que ficão expostos na guerra, adoptando-o primeiramente dos Gregos, onde fôra introduzido, e adoptado depois pelos Romanos, sendo *Julio Cesar* o primeiro que entre estes o admittio, a quem seguirão *Tito, Domiciano*, e seguintes Imperadores, como se colhe das Leis dos Titulos do Digest. e Codig., e mesmo da Inst. de Testam. Milit., declarando que o Soldado podesse testar como quizesse, ou podesse. = O *Direito de Hespanha*, que se acha no Liv. 4. tit. 1. Part. 6., e L. 1. tit. 4. Liv. 5. da Recopil. adoptou o mesmo privilegio a favor dos Soldados, conforme ao que se acha disposto em a nossa Ord. = Pelo *Direito Francez* do novoCodigo, que adoptou nesta parte a Ordenança de 1735, requerendo mais formalidades que o Direito Romano, se concede não só aos Soldados este privilegio de testar me nos solemnemente; mas tambem aos mais individuos, que se achassem no Exercito, Art. 981.; mas são necessarias quatro circumstancias a observar, para que elles possam testar militarmente: = 1.^a que estejam em expedição, que quer dizer no momento da batalha: = 2.^a quando se acharem fóra do territorio francez, em quartel, ou guarnição: = 3.^a quando estiverem prizioneiros entre os inimigos: = 4.^a quando se acharem em huma praça cercada, ou Cidadella,

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

E posto que este privilegio seja tambem concedido ás pessoas, que se acharem empregadas no Exercito, ainda que não sejam Soldados, com tanto que estejam nas circumstancias destes, com tudo os Tes-

no territorio francez sem communicação por causa da guerra. Art. 982. = Porém o Testamento deve com tudo ser escripto pelo Testador, se sabe escrever, ou ao menos assignado por elle; e não sabendo, ou não podendo, como elle deve ser entregue ao chefe do Batalhão em presença de duas Testemunhas, ha de se declarar a causa por que não assigna; podendo com tudo testar verbalmente, quando estiverem nos Hospitales doentes, ou feridos, declarando sua disposição ao Official de Saude em chefe, assistido do Commandante Militar encarregado da Policia do Hospital. Art. 982, e 998.; mas taes disposições são nullas seis mezes depois de se acharem os Soldados em lugar onde possam fazer o seu Testamento solemne. O Novo Codigo dos *Estados da Prussia* tambem adoptou o mesmo privilegio, declarando no Art. 177, e seguintes do tit. 12., que em tempo de guerra as disposições de ultima vontade dos Soldados são izentas das formalidades prescriptas pelo mesmo Codigo; que este privilegio tem lugar para as Tropas de terra, desde o momento, que ellas deixão a guarnição para entrar em Campanha, ou quando estão acomettidos na guarnição pelos inimigos: e para as Tropas de mar, desde que ellas entrão a bordo do Navio; que este privilegio dura até o fim da guerra, e não he interrompido, nem pela retirada das tropas para as Fortalezas, ou Quartéis de Inverno, nem pela assignatura de huma Suspensão d'Armas, ou Armisticio; que este privilegio he concedido a todas as pessoas que estão em o Exercito, posto que não estejam em serviço militar effectivo; e ainda aos prisioneiros de guerra, e que estão em poder do inimigo; que para validade do Testamento militar, basta que elle seja escripto, ou assignado pelo Testador, e se ache assim em seu despojo militar; e se não sabe escrever he necessario então que assigne hum Testemunha, e que intervenhão as mais miudas, e acertadas circumstancias, que se expressão nos Art. 185, 186., e seguintes.

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

tamentos, que assim fizerem, serão válidos sómente morrendo elles na batalha, como declara a Ord. cit. §. 3.

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

Tambem em razão do mesmo privilegio poderá o Soldado condemnado á morte natural fazer Testamento livremente de todos os seus bens castrenses, como se condemnado não fora, como se declara no §. 2. da Ord. cit.

Em razão do mesmo privilegio podem tambem os Soldados morrer em parte com Testamento, e em parte *ab-intestado*, como he expresso na Ord. cit. §. 3.; bem como se entenderá haver duas heranças, quando o Soldado deixar a hum seus bens castrenses, e a outro os que o não são, como se vê da Ord. cit. §. 4., onde se póde vêr o modo de fazer o pagamento das dividas do Testador neste caso.

Finalmente como os Soldados não gozão do sobre-dito privilegio, quando estão fóra do Exercito, ou expedição, e conflicto de guerra, em suas casas, ou em outra parte, os que estiverem em Presidios, ou Fortalezas, e os moradores, e fronteiros dos lugares de Africa não gozão tambem do dito privilegio, salvo se os ditos Soldados de Presidios, e Fortalezas estiverem de cerco, porque então poderão fazer Testamento como os Soldados em Campanha, Ord. cit. §. 9.

Advertencia.

He bem sabido que pelas nossas Leis não temos mais algum Testamento privilegiado; porém como o Direito de algumas Nações deduzido das Leis Romanas tenha adoptado alguns mais, como o Testa-

mento *rural*, o feito de Pai para Filhos, o feito no tempo de *peste*, o marítimo, e *ad pias causas*, direi pela sua ordem o que ha a respeito destes, e se tem uso entre nós.

2.º O Testamento Rural.

O Testamento *rural*, e feito no campo, ou lugar despovoado, em que por Direito Romano se requeria, ou bastavão para sua validade cinco Testemunhas, se não se podessem achar outras, como se vê da L. ult. *Cod. de Testam.*, o que também se acha na Ord. Aff. L. 4. tit. 103. §. 4., e na Manoel. L. 4. tit. 76. §. ult. com a declaração do serem necessarias sómente tres Testemunhas, dizem os Interpretes que tem uso entre nós, deduzindo-o das palavras da Ord. Liv. 4. tit. 86. §. 2., que fallando dos *Codicillos* faz a differença dos feitos nas Cidades, ou povoações pequenas, sendo estes válidos sómente com tres Testemunhas, quando nas Cidades, e povoações grandes he necessario que sejam assignados por quatro; julgando por isso os Interpretes que, como as nossas Ord. fizeram esta differença a respeito dos *Codicillos*, também se póde julgar ser a sua mente o fazer-se a respeito dos Testamentos, quando também forem feitos em povoações pequenas.

Porém nós não temos lugar algum da Ord. actual, que o declare a respeito dos Testamentos, antes parece que os Compiladores muito de proposito o não quizerão declarar, por isso que se achava já estabelecido, e adoptado o Direito Romano nesta parte pelos Codigos anteriores; e portanto devemos dizer que não sendo exceptuados pelas nossas Leis actuaes, os não devemos nós também exceptuar, ficando sujeitos estes Testamentos ás mesmas solemnidades, que se requerem nos feitos em povoações grandes, por isso

que a Ord. não o declarou no seu lugar competente; nem vale o argumento deduzido dos Codicillos, por isso que, além de serem estes humia disposição menos solemne, elles se reputão como parte do mesmo Testamento, a que se referem, recebendo d'elle toda a sua força, e validade. (1)

3.º O Testamento de Pai para Filho.

O Testamento feito pelo Pai para com o Filho, que os Praxistas tem feito introduzir na prática como privilegiado, deduzindo do Direito Romano o que este dispunha a seu respeito, sendo bastante o constar da vontade do Testador, ou por Escriptura escripta, ou subscripta pela sua mão, com a declaração do dia, mez, e anno, e partes, em que são instituidos, não se acha authorisado, nem admittido por Lei alguma Patria; e só querem os Praxistas deduzir a sua introducção, ou authorisa-la com a Ord. liv. 3. tit. 59. §. 11., onde nos contratos, que devem ser lavrados por Escriptura publica, se exceptuão os contratos, e convenções feitas entre os Pais, e Filhos, e entre parentes, podendo valer sem Escriptura publica, para cuja prova basta o dito das Testemunhas, argumentando assim, que se a nossa Ord. admittio nos contratos *inter vivos* feitos entre Pais, e Filhos, valessem sem ser necessaria Escriptura publica, muito mais o ha de admittir a respeito das ultimas vontades. O A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. liv. 3. tit. 5. §. 16. adopta tambem a opinião dos Praxistas;

(1) Entre os Codigos das Nações mais civilizadas não achamos o Testamento rural, ou dos Aldeãos em o numero dos privilegiados, e sómente na Hespanha pela L. 6. tit. 1. Part. 6., e L. 1. e 2. tit. 4. Liv. 5. da Recop. se lhes concede o faze-lo com cinco Testemunhas, seguindo ao Direito Romano.

mas reconhece que taes Testamentos não são admitidos pelas nossas Leis: á vista do que, como, segundo a regra estabelecida, todos os Testamentos, que não tiverem assolemnidades, que as Leis requerem, são nulos, excepto os que forem privilegiados tambem pelas nossas Leis, não se achando este exceptuado, segue-se que tambem os Testamentos, que os Pais fizerem a favor dos Filhos, não tendo as solemnidades que se requerem nos outros Testamentos, serão nulos, e então herdão os filhos *abintestato*, como se não houvesse Testamento. (1)

4.º O Testamento feito no tempo de peste.

Este Testamento, que tem lugar quando em tempo de peste alguém quer dispôr de seus bens, e pela

(1) Esta especie de Testamento privilegiado tambem foi conhecida entre os Romanos, onde pela L. 21. §. 1. *Cod. de Testam.*, e Nov. 107. Cap. 1. foi concedido aos Pais, que testassem a favor de seus Filhos, o poderem-no fazer ainda sem assistencia de Testemunhas, sendo o Testamento por escripto; e sendo verbal, com a assistencia sómente de duas, como se deduz da L. 12. ff. *de Test.*; cuja disposição com tudo, diz *Heinecio*, differe da *divisão Paterna*, a qual vale de qualquer modo que seja feita, e ainda *ab intestato*, se o Pai distribuir igualmente os seus bens, sem que com tudo deteriore a porção legitima, e assignem o Pai, e os Filhos esta divisão, na fórma da L. ult. *Cod. fam. ercisc.* e *Novell.* 18. Cap. 7. = O *Código de Frederico*, part. 2. liv. 7. art. 2. adoptando o Direito Romano nesta parte, faz huma excellente explicação sobre as particularidades deste Testamento de hum Pai para com seus Filhos, entretanto o *Novo Código dos Estados da Prussia* não adoptou o mesmo; por isso que não declarou semelhante Testamento como privilegiado, ou isento das formalidades geraes. O mesmo fez o novo *Código Civil de França*, que tambem o não declarou como privilegiado. Só pelo *Direito de Hespanha*, que se acha na L. 7. tit. 1. Part. 6., e L. 2. tit. 4. Liv. 5. da *Recap.*, ou L. 3. do *Touro*, se admittio que o Pai podesse testar a favor dos Filhos, com assistencia sómente de duas Testemunhas; porém com a declaração, que aquillo que se deixasse em tal Testamento aos estranhos não valeria.

despovoação, que esta causa, não pôde achar número sufficiente de Testemunhas, parece que o uso o tem feito privilegiado, como asseverão alguns Praxistas; admittendo-o, ou dando-lhe validade sómente com o número de tres Testemunhas, que lhe requeria o Direito Romano, não podendo apparecer mais, como depõem os mesmos Praxistas. Felizmente não posso dizer se a prática o tem authorisado, e permitta o Ceo que nos não vejamos em a necessidade de fazermos, ou julgarmos semelhantes Testamentos; entretanto devemos dizer delles o mesmo, que do antecedente, que elle se não acha adoptado, ou exceptuado pelas nossas Leis. (1)

(1) O Direito Romano na *L. 8. Cod. de Testam.* só dispensou a respeito deste Testamento a unidade do Contexto; mas requeria com tudo o completo numero de Testemunhas, que erão sete. Os Interpretes lie que sem authoridade entrarão a dispensar mais algumas solemnidades a seu respeito, o que não podião fazer, por não terem poder legislativo. Entretanto varias Nações civilizadas tem privilegiado semelhante especie de Testamento, e com razão; e assim vemos, que pelo *Cod. Civ. da França* nos Artigos 985, e 992, dispensando a respeito de semelhante Testamento algumas formalidades, elle o sujeitou sómente a quatro, depois de declarar que este só tem lugar, quando o Testador está contagiado, e em hum lugar, cuja communicação esteja interceptada, seja por causa de peste, seja por motivo de outra doença contagiosa: = 1.^a que seja dictado pelo Testador ao Juiz de Paz, ou Official municipal, em presença de duas Testemunhas: = 2.^a que seja assignado por duas Testemunhas, ou por huma dellas, declarando-se a causa por que a outra não assigna: = 3.^a que seja assignado pelo Testador, se souber, e não sabendo, ou não podendo, assim se declare: = 4.^a que seja assignado pelo Official, que recebeo, ou escreveo o Testamento. = Também o *Novo Codigo dos Estados da Prussia* no Tom. 1. P. 1 tit. 12. art. 108 e seguintes concedeo o privilegio de testar militarmente aos que se achassem em risco de huma doença contagiosa; e deo validade a taes Testamentos durante hum anno depois de levantado o cordão, que embaracava a communicação do lugar, e restabelecimento da Justiça, ou seu curso no mesmo.

He certo, como fica dito, que as nossas Leis não dispensarão solemnidades algumas a respeito deste Testamento; porém eu, fundado naquella Lei, ou regra de Direito, 182. ff. de Reg. Jur. = *Et si nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen, ubi equitas evidens pos-*

5.º O Testamento Marítimo. (1)

Posto que pelas nossas Leis se não faça menção dos Testamentos da gente do mar, nem tão pouco os tenham como Privilegiados, sendo de bastante dureza

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

(1) Vendo em a *Nota 191 das Primeiras Linh. sobre o Processo. Orphan.* combatida a minha opinião declarada a pag. 171 da 1.ª Edição desta Obra, sobre os Testamentos Marítimos, devo declarar, ou adiantar mais os meus sentimentos a semelhante respeito, sem que com tudo a minha opinião faça regra, para por ella se julgar em o Foro civilisado. Eu já tinha dito a pag. 42 da mesma Edição, que não tínhamos, pelas nossas Leis, mais algum Testamento privilegiado, que o do Soldado; e que privilegiar, ou não privilegiar se não devia reputar caso omisso: he verdade que as pessoas, que embarção, deverião fazer seu Testamento antes de entrarem em a Embarcação; mas se hum, ou outro tem a lembrança de que naquella viagem póde morrer, outros muitos a não tem; e quantos são obrigados a embarcar, sem lhes darem para isso tempo? Em os nossos mesmos dias o vimos, quando em 1807 precipitadamente embarcou no Porto de Lisboa, não só a Familia Real, mas milhares de pessoas que a seguirão, sem que a invasão dos inimigos lhes desse tempo para disporem a respeito de suas cousas: e por ventura deverião morrer intestados por falta de meios, e necessarias pessoas para poderem testar solemnemente todas aquellas, que então embarcárão coactamente, ou que embarcárão sem terem disposto em terra por algum motivo attendivel? He pois destes que eu fallo, e a respeito destes he que apresento as minhas idéas á consideração dos Julgadores, que muitas vezes tem de julgar sobre circumstancias, por isso que a Lei nem sempre falla; nem pela falta de expressão della o Julgador deve deixar de julgar. He aqui que eu applico a Sentença de Marcello na L. 183. ff. de *Reg. Jur.* quando diz: = *Et si nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen, ubi æquitas evidens poscit subveniendum est.* = Posto que nos não seja permittido mudar, ou alterar as formalidades, que a Lei requer, algumas vezes se póde supprir o defeito, quando a equidade o exige. *Quod Legibus omissum est, non omittetur religione judicantium.* L. 1. ff. de *Test.* = Supponhamos pois que hum homem sobre o mar, por hum caso previsto se vio em a necessidade de fazer o seu Testamento, e que fazendo-o conforme ao Direito estabelecido em huma Nação vizinha a

o negar aos navegantes, e gentes das Embarcações a faculdade de testar no mar, com o pretexto de que podião fazer o seu Testamento em terra, quando aliás se vejão muitas vezes em evidente perigo de vida, devendo-se reputar este caso como omisso, por isso que a Ord. no L. 4. tit. 80. §. 4. se esqueceo accrescentar esta circumstancia ao artigo de morte por causa de molestia, para poderem então testar de viva voz; pelo que lembrando-nos da providencia da L. de 18 de Agosto de 1769 no §. 9., que em materias maritimas manda recorrer ás Leis das Nações Christãs, e civilizadas mais vizinhas, na falta das patrias,

civilizada, morre sem que o podesse fazer conforme o que o Direito Portuguez estabelece; que deveria julgar o Juiz, a quem este Testamento fosse apresentado? Eu julgaria válida a disposição com semelhantes solemnidades externas, se com tudo se provassem as internas, e pelos fundamentos seguintes: — 1.^o por não reputar isto privilegio; mas sim necessidade, que carece de Lei: — 2.^o pela regra deduzida da *L. cit.* 183. *ff. de Reg. Jur.*, e mais que lhe correspondem: — 3.^o pelo disposto no §. 9. da L. de 18 de Agosto de 1769, como materia maritima; pois que tendo nós esta regra expressa em a nossa Legislação, e provando-se que não fôra em razão de privilegio concedido aos Maritimos, mas por necessidade, em que se achou o Testador de fazer o seu Testamento, tendo aliás precisão de o fazer para socregar a sua consciencia, e espirito inquieto, apparecendo o Testamento com as solemnidades, que a Lei vizinha requer, em não teria dúvida em o julgar válido; entretanto sendo o juizo dos homens vario, póde ser vario o modo de julgar a este respeito. — Mas para aquelles, que pensarem como eu, apresento as solemnidades, que o novo Codigo dos Francezes requer a respeito de tal Testamento; e são oito: = 1.^a que o Testamento seja recebido pelo Official Commandante da Embarcação, e na sua falta pelo que fizer as suas vezes; = 2.^a que seja assignado pelo Testador, se souber, ou poder, e não sabendo, ou não podendo, que se dê esta causal: = 3.^a que seja assignado tambem pelo que o recebe: = 4.^a que estejão presentes duas Testemunhas, assignando ao menos huma: = 5.^a que se fação dous originaes: = 6.^a indo abordar a Paiz estrangeiro, que se entregue hum dos originaes ao Consul respectivo, se ali o houver, indo fechado, para o remetter ao Ministro da Marinha do seu Paiz: = 7.^a que o outro original seja entregue na volta ao Paiz, á Justiça competente: = 8.^a que se faça menção de semelhante Testamento no Rol, ou Registo do Navio.

estando-se por isso julgando no Foro em semelhantes materias pelas Ordenanças da Marinha de França feitas no Reinado de Luiz XIV, em 1681, diremos o que estas dispõem ácerca dos Testamentos dos marítimos, e que formalidades lhes exigem ellas para sua validade, bem persuadido de que as gentes do mar devem gozar de algum privilegio na factura dos seus Testamentos, quando se virem em perigo de vida, bem como pela Jurisprudencia Romana se lhes concedia o privilegio militar, como se vê da L. un. §. 1. ff. de bon. poss. ex testam. milit., para o effeito de poderem testar no curso da navegação, sem fazerem o seu Testamento com as formalidades requeridas para as mais classes de Cidadãos.

Pelo Art. 1. do tit. 11. do Liv. 3. das citadas Ordenanças se diz expressamente « que os Testamentos feitos no mar por aquelles que morrerem nas viagens, serão reputados válidos, se forem escriptos, e assignados pela mão do Testador, ou recebidos pelo Escrivão do Navio em presença de tres Testemunhas (1), que se assignarão com o Testador; e se o Testador não poder, ou não souber assignar, far-se-ha menção da causa, pela qual não tiver assignado. »

Este privilegio, como depõe o A. dos Principios de Dir. Mercant. T. 6. Cap. 25., tem lugar não só nas viagens de longo curso, declaradas no L. 3. tit. 6. Art. 59. das cit. Ord., e nas de grande cabotagem, mas até nas de pequena cabotagem, que se fazem de porto a porto a consideravel distancia de terra; e tambem pertence não só aos Officiaes, e Marinheiros, senão tambem aos Passageiros do Navio, ou Embarcação; mas a validade de taes Testamentos só procede se o Testador falleceo no mar, e o Navio

(1) O Codigo Civil da mesma França limitou este numero a duas Testemunhas sómente, como se vê do Art. 988.

não arribou a algum porto da Nação, onde houvesse Tabellião, ou Official público de Notas, que tivesse a faculdade de fazer, ou approvar taes actos, como se deduz do cit. Art. 1.

Por tanto se o Testador chega a desembarcar em terra, o seu Testamento feito no mar se constitue logonullo; considera-se porém ser morto o Testador em viagem, posto que falleça a bordo, tendo já o Navio entrado no porto, se elle não chegou a pôr o pé em terra.

Nos Navios, em que não houverem Escrivãos, pertence ao Capitão fazer os Testamentos dos marceantes; e, se este fallecer, ao primeiro Official do Navio, isto he o Piloto, fará as vezes do Escrivão, como determinão as cit. Ord. Liv. 2. tit. 4. Art. 6.

As tres Testemunhas requeridas para a assignatura do Testamento devem ser maiores de 14 annos, não legatarios, e com os mais riquisitos, que requer a nossa Ord. no Liv. 4. tit. 80.; e não apparecendo as tres que saibão assignar, bastará que o Escrivão assigne por ellas, fazendo menção desta circumstancia. (1)

6.º O Testamento *ad pias causas*.

Este Testamento, que segundo a Constituição de Alexandre III. *in Cap. Relatum 11 de Testam.* podia ser feito ainda sem as solemnidades de Direito Civil, bastando sómente a assistencia do Parocho com duas Testemunhas, sendo em favor de obras pias, como Mosteiros, Confrarias, Hospitaes, etc., nunca foi approvado pelas nossas Leis, nem tão pouco pelas Romanas, em cujo Direito não foi conhecido; e por

(1) Veja-se a Nota retrò sobre as formalidades, que requer o Novo Código dos Francezes em os Artigos 988 e seguintes. Veja-se o Código da Prussia L. 1. tit. 12. Art. 205. e seguintes.

isso diremos que também não tem uso entre nós, e que sendo feito algum Testamento a favor das sobre-ditas causas pias, deve ter as mesmas solemnidades, que se requerem nos Testamentos ordinarios, ainda que alguns Praxistas, pela muita authoridade, que tem tido entre nós o Direito Canonico, o tenham contado em o número dos Testamentos privilegiados, tendo-se por isso usado, e praticado, não vendo que as nossas Leis não exceptuáram estes Testamentos, e que o Direito Canonico não pôde ser adoptado, sendo opposta a sua disposição ás nossas Leis. (1)

1.^a CONCLUSÃO.

Não sendo por tanto entre nós recebido, e approvado pelas nossas Leis como Testamento privilegiado mais que o do Soldado, e devendo-se reputar o uso, e costume em contrario como abusivo, por isso que nelle não concorrem os tres requisitos, que exige a Lei de 18 de Agosto de 1769, e por isso que he contra Direito escripto; nem se podendo dizer que he caso omisso, porque privilegiar, ou não privilegiar,

(1) Note-se, que o Testamento feito entre os conjuges, a que chamão de *não commum*, e que he aquelle em que os conjuges se instituem mutuamente, não he privilegiado, nem fallão delle as nossas Leis, e somente os Praxistas, como Valasco Cons. 7.; mas a prática o tem introduzido, e se está usando frequentemente, por isso que he feito com todas as solemnidades, que as Leis requerem, tendo somente de especial o poderem-se fazer em hum só papel, ou Escriptura, posto que sejam dous Testamentos, e ser por isso somente necessario o número de Testemunhas, que se requer em hum: no entanto he necessario que seja assignado por ambos os conjuges; e de mais, quando for feito perante Tabellião deve este perguntar na presença das Testemunhas a ambos, se aquelles são os seus Testamentos, o que deverá declarar no Instrumento de approvação; e no caso que hum, ou ambos não possam assignar, assignará huma Testemunha a rogo, declarando por quem assigna, podendo qualquer delles revogar este Testamento quando lhe parecer.

não se deve reputar como cousa omissa, com tudo no caso de peste, ou sobre o mar, em attenção ao que fica ponderado competentemente, parece que os nossos Julgadores deverão ter em consideração a necessidade, e circumstancias para não deixarem intestado, a quem pelas circumstancias imprevistas se achou em estado de não poder testar solemnemente.

2.^a CONCLUSÃO.

Devemos tambem concluir que dos Testamentos solemnnes não temos mais adoptados pelas nossas Leis que o *Aberto*, o *Cerrado*, e o *Nuncupativo*, sendo com tudo o que mais se acha em uso o *Cerrado* com Instrumento de approvação, por isso que he o mais conforme ás idéas ordinarias dos Testadores, que he o de fazerem Testamento, mas deixarem esta disposição em segredo, requerendo com tudo a approvação para lhe estabelecer a sua força, e validade, a fim de que se guarde inviolavelmente a sua disposição em morrendo; não deixando tambem de ter uso frequente os Testamentos *Nuncupativos*, pela razão de que de ordinario nos não desenganamos que podemos morrer de toda a idade, e só quando nos achamos atacados com alguma molestia que pareça mortal, he que nos lembramos de dispôr de nossos bens, não podendo por isso muitas vezes testar até de viva voz, e virem a servir os bens de objecto de mil questões, e litigios perniciosos a todo o respeito, que nós outros podiamos evitar, se delles dispozessemos em tempo opportuno com as solemnidades, que as Leis requerem, indicando quem nelles devia succeder; o que acontece principalmente quando não ha herdeiros, que sejam conhecidamente reputados legitimos, em cujo caso não posso deixar de dizer que não só são uteis os Testamentos, mas até necessarios.

Vamos por tanto a vêr quaes são as solemnidades internas, que devem acompanhar os Testamentos para serem válidos, para depois vermos quaes são as externas, que requerem as nossas Leis, além das ponderadas, e necessarias para a fôrma do Testamento.

CAPITULO VIII.

Solemnidades internas dos Testamentos.

As solemnidades internas dos Testamentos devem-se ir buscar principalmente á pessoa do Testador, e modo de testar, e são em summa: = 1.º Que o Testador quando fizer o Testamento esteja em seu perfeito juizo; não sendo preciso que esteja com saude, pois que póde testar até o ultimo momento da vida, huma vez que saiba dar a razão por que dispõe, e conserve o seu juizo em perfeição, como se deduz da Ord. Liv. 4. tit. 80. §. 4., e tit. 81. pr. §. 1., e 2. (1) = 2.º Que tenha liberdade de vontade, como

(1) Entre as solemnidades, que as Leis das Nações civilizadas requerem para a validade dos Testamentos, as principaes são, da parte do Testador a inteireza do seu entendimento, e do herdeiro a sua capacidade, assim natural, como civil, para poder ser instituido, cujas solemnidades por serem tiradas da natureza do acto se chamão *intrinsecas*, ou *internas*, as quaes em Direito Civil Romano se explicão, e comprehendem debaixo dos termos facultativos de *facção activa*, e *passiva* do Testamento. Hum dos actos mais serios do homem he o seu Testamento, porque nelle dispõe de huma vez, e para sempre de seus bens, casa, e familia, na certeza de que esta disposição só tem effeito depois da sua morte, tempo em que não póde arrepender-se. Por esta razão o Testamento pede no Testador huma inteireza de juizo, e certeza de vontade tão evidente, e manifesta, que não possa contestar-se. Muitas Nações antigas, e modernas, famosas pela sabedoria de suas Leis, não presumião esta inteireza, ou integridade nos doentes, nem

bem se deduz da Ord. cit. tit. 84.; porque como os Testamentos são humas doações, estas não são válidas senão em quanto são espontaneas, por isso que nada ha mais contrario ao consentimento que a força, ou medo: he preciso que o Testador teste livremente, por ser o Testamento hum acto de vontade livre. (1) = 3.º Que tenha capacidade civil; por isso que a facção de Testamento só compete áquelles, a quem as Leis civis a facultão, como veremos, e se vê da Ord. Liv. 4. tit. 81. §. §. 3. 4. 5. e 6. (2)

naquelles, que preferião os estranhos aos seus; eis-aqui porque a L. de 25 de Junho de 1766 no §. 1. e 6. invalidou as disposições feitas á hora da morte, e porque a L. de 9 de Setembro de 1769 legislou sobre os bens deixados a estranhos; mas como esta legislação se ache suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, seguiremos a regra que fica estabelecida. E quando tratarmos das pessoas, que não podem fazer Testamento, dilucidaremos esta materia, sobre a qual se pôde vêr *Foderé Médecine Légale* Tom. 1. §. 183, e seguintes, aonde distingue as moléstias, que fazem suppôr que hum Testador estava, ou não, são de espirito, quando fez seu Testamento, em occasião de doença, ou mesmo em a velhice adiantada. O Direito Romano, sem embargo de favorecer, por systema, as ultimas vontades, na Lei 2. ff. *qui testam. facer. poss.*, e em outros lugares põe a regra: = *in eo, qui testatur, ejus temporis, quo testamentum facit integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est*; determinando pelas palavras = *integritas mentis* = que no Testador não só se requer juizo, mas inteireza, ou integridade de juizo, ou sinceridade, isto he, pureza de entendimento, como se explica a L. 3. *Cod. qui testam. facer. poss.* Toda a inteireza do seu espirito diz o Cod. Civ. da França no Art. 901. Sendo esta a primeira condição, que tambem requer para a validade de hum Testamento o mesmo Código, bem como todos os das mais Nações civilizadas.

(1) Esta segunda condição he deduzida da mesma definição de Testamento = *voluntatis nostræ justa sententia*: = requerendo-se por isso, que a vontade tenha seu principio em o espirito do Testador, e que isto seja hum effeito de seu proprio movimento, e da sua deliberação; donde se segue que todas as disposições extorquidas, e captadas por dolo, artificio, e induções fraudulentas, e muito mais sendo extorquidas por medo, ou violencia, tornão nulla a disposição, como he de Direito Romano, e se pôde vêr em a L. 1. *Cod. Si quis aliq. testat. prohib. vel coeger.*, e a L. 2. e 3. ff. *cod.*

(2) Não basta que qualquer Testador esteja em perfeito juizo, e

Tambem pertence para o modo de testar a instituição, ou desherdação expressa no Testamento do Pai para com o Filho, como melhor adiante se verá.

CAPITULO IX.

Solemnidades externas dos Testamentos.

FALLANDO geralmente das solemnidades externas, que são precisas para a validade dos Testamentos, será justo recopilal-as aqui, e vermos ao mesmo tempo a razão, por que se não achão em uso muitas, que requeria o Direito Romano, por isso que os Praxistas não tem sido exactos nesta parte, quando aqui he que se requer toda a clareza; e esta a razão, por que repito aqui como em recapitulação as solemnidades, que em geral se fazem necessarias, além das internas, para a validade dos Testamentos.

1.º Rogação das Testemunhas.

Pelo nosso Direito, e Ord. Liv. 4. tit. 80. se não requer a rogação das Testemunhas, como era necessario por Direito Romano, porque, ainda que se achem por acaso, fazem prova, com tanto que entendão o que diz o Testador, e estejam presentes; isto he, com a razão, e espirito, e saibão a razão, por que assistem, e fim para que; esó achamos hum caso especial, em que se requer a rogação das Testemu-

que disponha com livre vontade; he tambem necessario que tenha capacidade civil, isto he que a Lei lhe conceda a faculdade de testar: pois que pelo Direito de todas as Nações civilizadas a faculdade de testar he restricta a certas pessoas, como se verá no Cap. X.

nhas, que he o da Ord. Liv. 4. tit. 83. §. 5. no vers. *Com tanto que as ditas Testemunhas sejam chamadas para o tal acto*, o que requer a Ord. no Testamento dos Soldados, quando vão em suas companhias para a guerra, ou estão no arraial; não he porém já assim no que he feito pelos mesmos Soldados no acto, ou conflicto da batalha, como declara a mesma Ord., donde tiramos argumento de que não he necessaria nos Testamentos solemnes, muito principalmente não o declarando as nossas Leis, e por tanto segundo a regra estabelecida de não ser nullo o Testamento, que tiver assolemnidades, que as nossas Leis requerem, se as Testemuuhas não forem rogadas, ou convocadas positivamente para a facção do Testamento, ou approvação delle, não fica por isso nullo o Testamento. (1)

2.º *Assignatura, ou subscripção do Testador.*

Para a validade dos Testamentos tambem se re-

(1) Esta formalidade da rogação das Testemunhas, que requeria o Direito Romano, e se vê na L. 21. §. 2. ff. *qui testam. facer. poss.* era deduzida da antiga fórma de testar feita nos Comicios Calatos, ou ajuntamentos do Povo, porque como para estes havia rogação dos Magistrados, daqui deduzirão a rogação das Testemunhas, que quer dizer o serem chamadas de proposito para aquelle acto, e não bastava, que ellas apparecessem casualmente, mas que expressa, e positivamente fossem chamadas; aliás não valia o Testamento; e daqui deduzirão que era necessario que as mesmas Testemunhas estivessem presentes com o corpo, e espirito, isto he, que soubessem do que se tratava, e vissem o Testador, como se vê da L. 8. e 9. Cod. *de Testam.* e L. 20. §. ult. ff. *qui Testam. facer. poss.* Porém esta formalidade da rogação das Testemunhas não tem sido adoptada pelos Codigos modernos das Nações civilizadas, e só nas Leis das Partidas de Hespanha L. 1. tit. 1. P. 6. a encontramos deduzida do Direito Romano, sem critica; porque o motivo dos Romanos he mui differente, e particular delles, e não póde ter applicação ás outras Nações; e eis-aqui porque não encontramos em as nossas Leis esta solemnidade, nem seja necessaria, muito principalmente depois do Assento de 10 de Junho de 1817, onde se

quer a subscripção, ou assignatura do Testador, se souber escrever; e, não sabendo, assignará (1) por elle huma das Testemunhas, declarando que assigna a rogo delle, como se vê da Ord. cit. tit. 80. pr., fallando do Testamento publico aberto. E sendo o Testamento cerrado, e feito por mão do Testador, não he necessaria a subscripção delle; e, não sabendo escrever, será assignado pela pessoa, que lho escrever, bem como deve assignar o Instrumento de approvação com as Testemunhas; e não sabendo, ou não podendo, huma das Testemunhas a rogo do Testador, como declara a Ord. cit. §. 1., e Ass. de 10 de Junho de 1817. E sendo o Testamento feito por mão particular sem Instrumento de approvação, deve além disto ser lido diante das Testemunhas, Ord. cit. §. 3. (2)

enumerão exactamente quaes são as solemnidades necessarias para a validade dos Testamentos, e entretanto não encontramos alli a sobredita.

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

(2) Por Direito Romano, quando o Testamento era feito *mystica*, e solemnemente, devia o Testador assignar o seu Testamento, como se vê da L. 21. Cod. de Testament., e §. 3. Inst. de Testam. Ord. cit.: porém se elle não sabia escrever, se chamava huma outra Testemunha, que por elle assignava, L. 28. §. 1. Cod. de Testam.; excepto se elle era escripto pelo Testador, porque então não era necessaria a sua subscripção, o que foi adoptado pela Ord. L. 4. tit. 80. §. 1., e se acha declarado, e confirmado pelo Assento de 10 de Junho de 1817, não sendo com tudo, pelo nosso Direito, necessario chamar outra Testemunha para assignar pelo Testador, que não sabe escrever; massim huma das Testemunhas presentes póde assignar a rogo do Testador, declarando com tudo que assigna por mandado do Testador *por elle não saber* (ou não poder) escrever. Já nos Cap. 6. e 7. fica notado o Direito de outras Nações a este respeito, e sobre o que se póde vêr *Desquiron Traité des Testam.* a pag. 80. do Tom. 1. O que porém resta examinar he, se quando o Testador não sabe escrever, e costuma assignar de cruz, bastará que assim assigne, ou he indispensavel, que por elle assigne huma Testemunha a seu rogo? E

3.º. *Em hum acto, e contexto.*

Ainda que alguns Praxistas digão que o Testamento deve ser feito em hum só acto, e contexto, como era necessario entre os Romanos, com tudo, isto não he applicavel para o acto da Escriptura, porque qualquer Testador pôde gastar muitos dias com a factura do seu Testamento, mas sómente para a assignatura das Testemunhas, e approvação do Tabellião, isto he, quando quer ajuntar todas as solemnidades apresentando o Testamento ao Tabellião, e lhe diz que aquelle he o seu Testamento, deve logo seguir-se a approvação delle. e a assignatura das Testemunhas. (1)

se a omissão da Testemunha, que assim assigna pelo Testador, de não dizer ao pé do seu signal que assigna por este não saber, ou não poder escrever, anulla o Testamento, huma vez que o Tabellião haja declarado no Instrumento de approvação, que tal Testemunha assignou a rogo do Testador, por este não saber, ou não poder? Estas questões são propostas pelo acreditado A. do Manual do Tabellião a pag. 217, dizendo que ainda o citado Ass. as deixára por decidir; porém veja-se a sua resolução amplamente feita no fim deste Trat. nas reflexões ao mesmo Assento, que ahi se transcreve para maior clareza, e no entanto veja-se sobre a assignatura de cruz a eruditissima Dissertação 9.ª a pag. 15. P. 2. Tom. 3. das Dissertaç. Chronolog. e Crit. do douçissimo Desembargador João Pedro Ribeiro.

(1) O A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. liv. 3. tit. 5. §. 13. diz que em quanto se está testando se podem fazer doações, contratos, e mais actos, que chamão estranhos, e prova isto com a Ord. Liv. 1. tit. 62. §. 7.; porém devo dizer que ainda que a doutrina seja verdadeira, he insufficiente a prova, porque a cit. Ord. não prova semelhante cousa.

He certo que por Direito Romano, e conforme a L. 21. §. ult. ff. qui testam. facer. poss. o Testamento devia ser feito *uno contextu, et uno tempore*, como declara a L. 21. Cod. de Testam. e §. 3. Inst. de Testam.; o que se deve entender, que o Testamento se não devia interromper por algum acto estranho; solemnidade esta, que tambem era deduzida do Testamento feito nos Comícios Calatos. Esta mesma disposição foi adoptada em França pelo Direito antigo, como se vê da Ordenança de 1735, a quem seguiu o Novo Código no Art. 976.;

4.^o *Assistencia de Testemunhas habeis.*

Ficando já notado o número de Testemunhas, que devem assistir á factura de cada huma das especies de Testamento, que temos em uso, devemos aqui expôr quaes são as pessoas, que não podem ser Testemunhas nos Testamentos, estabelecendo como regra, que podem servir de Testemunhas todas as pessoas, que não forem expressamente prohibidas. (1)

mas relativamente ao acto da subscrição do Testamento *Mystico*, como já se notou, que era applicavel sómente a respeito da 3.^a 4.^a 5.^a e 6.^a formalidade: e o mesmo vêmos adoptado pelo *Direito de Hespanha* na L. 3. tit. 1. Part. 6. e L. 1. tit. 4. Liv. 5. da Recop. Porém o nosso Direito não adoptou semelhante solemnidade, nem ha razão sufficiente, para que se adopte: por isso que nada concorre para maior segurança de semelhante acto. Ella tambem não he requerida pelo sabio, e novo Codigo da Prussia, nem pelas Leis Inglezas.

(1) Já vimos que por Direito Romano em o Testamento solemnne erão necessarias sete Testemunhas na fórma da L. 23. ff. *qui testam. facer. poss.* E posto que pela *Nov. de Leão* 41. se não exigissem mais que cinco, com tudo, como nota *Vinio*, este Direito não foi adoptado senão no Imperio do Oriente; mas foi a esta ultima disposição, que seguirão os nossos Legisladores, requerendo tambem cinco Testemunhas, todas varões, e maiores de 14 annos, livres, ou reputados por livres, e isto tanto no *Aberto*, como no *Cerrado solemnne*; porém o *Direito Francez*, como tambem vimos, já fez differença; porque se he feito por acto publico, bastão só duas Testemunhas, assistindo dous Notarios; ou quatro, se assiste só hum Notario; e se he *Mystico*, então são necessarias seis Testemunhas além do Notario; e se o Testador não sabe, ou não pôde assignar, então he necessario mais huma setima, que assigne, e expresse a causa, porque o Testador não assigna, e fôra chamada, na fórma dos Artigos 971, 976, e 977 do *Cod. Civ.* O *Direito de Hespanha* adoptou o *Romano* fazendo necessario o número de sete Testemunhas para o Testamento *Cerrado*, requerendo com tudo sómente cinco para o *Aberto*, além do *Escrivão*, L. 1. e 2. tit. 4. Liv. 6. da Recopil. No Testamento *Cerrado* não he necessario que as Testemunhas entendão a lingua do Testador, como diz a L. 20. §. 9. ff. *qui testam. facer. poss.*, pois basta que concebão o que se trata: não he assim porém em o *Nuncupativo*, ou *Aberto*. As Testemunhas devem assignar o seu nome, se sabem; e não sabendo, fazer o signal de cruz. Entre os Romanos não só devião assignar o seu nome,

São prohibidas: = 1.º As mulheres, excepto no Testamento Nuncupativo, ou feito em artigo de morte, em que devem assistir seis Testemunhas, ainda que sejam mulheres, segundo a Ord. Liv. 4. tit. 80. §. ult., ou no do Soldado, na fôrma da Ord. Liv. 4. tit. 83. §. 5.º: = 2.º Os menores de 14 annos, Ord. cit. pr., e §. 1., ainda que seja Soldado, Ord. cit. tit. 83. §. 1.; sendo mulher não pôde tambem ser Testemunha sem ter doze annos, Ord. cit. tit. 85. pr.: = 3.º O furioso, o surdo, o mudo, o cego, o prodigo a quem he tolhida a administração de seus bens, o escravo, excepto se era reputado por livre, Ord. cit. tit. 85. pr. (1): = 4.º O herdeiro escripto,

L. 22. §. 4. ff. eod., mas pôr os seus sellos, em que tinham huma figura esculpida, e não o tendo seu, devião servir-se de hum emprestado. O mesmo foi adoptado pela L. 1. tit. 1. Part. 6. de *Hespanha*; mas não foi recebido em França, onde como em Portugal basta a assignatura das Testemunhas. = Entre os Romanos as mulheres, os furiosos, os mudos, os surdos, os prodigos, e os que não podião fazer Testamento, nem o Pai, ou o Filho familias do Testador, ou do herdeiro, nem o Irmão deste podião ser Testemunhas (como se pôde vêr em Heinec. ad Pand. Tom. 2. §. 14.), cujo Direito seguio a nossa Ord., e tem adoptado as Nações civilizadas; pois que em *Hespanha* tambem se achão, pela L. 9. tit. 1. Part. 6. e L. 1. e 2. Liv. 5. da Recop., prohibidas as mesmas pessoas, e além disso os Réos de furto, homicidio, libello famoso, e outros semelhantes, bem como o Apostata; declarando na L. 6. que o hermafrodita, tendo mais assignalado o sexo varonil, pôde ser Testemunha em o Testamento. O Art. 980 do Cod. Civ. dos *Franceses* tem declarado, que as Testemunhas chamadas para assistir á factura de hum Testamento devem ser varões, maiores, nacionaes, e que gozem dos Direitos civis; e quaes sejam estes se declara no Art. 7. e seguintes do mesmo Cod., e quem quizer vêr esta materia circumstanciadamente, veja *Desquiron*, ou o *Novo Furgole*, T. 1. pag. 98, bem como a pag. 105, sobre as pessoas, que não podem ser Testemunhas em *França*. O defeito da capacidade de huma só Testemunha torna nullo o Testamento, L. 12. Cod. de Testam.

(1) *N. B.* que no caso de ser a Testemunha servo, mas reputado por livre, não deixa de valer por isso o Testamento, não porque o erro commum, como diz a Ord. cit., faça Direito, mas pela provavel ignorancia de facto, e porque a equidade de Direito parece pedir que subsista hum acto, que he tratado em boa fé. O mesmo se deve dizer,

ou nomeado de viva voz, nem os Filhos, que tiver debaixo de seu poder, nem o Pai, sob cujo poder o tal herdeiro está, nem os Irmãos do herdeiro instituído, se todos estão debaixo do poder de seu Pai; porém os Irmãos emancipados, a Mãe, e Avó, podem servir de Testemunhas, e os Legatarios também podem servir, e os que estiverem debaixo do seu poder, como declara a Ord. Liv. 4. tit. 85. §. 1. (1)

CAPITULO X.

A quem não he permittido fazer Testamento. (2)

TENDO-SE estabelecido como Direito certo, que no Testador se requer juizo, entendimento, e inteira

que o Testamento se não infirma, se o menor, ou a mulher, que for chamada para Testemunha fingir a idade, ou o sexo, ou se o que não for Tabellião for tido por tal ao tempo da facção do Testamento, como diz Gouvea, Liv. 1. var. lect. Cap. 6.; e Cujac. liv. 10 das observ. Cap. 13. *in fine*, mas he necessario que o Testador não concorresse para este engano, porque então fica nullo o Testamento.

(1) Note-se que os Filhos-familias, os Clerigos, e os Frades não são prohibidos por Lei alguma de serem Testemunhas em Testamento, ou escreverem os Testamentos dos outros: não vale com tudo o legado, ou herança, que o Testador deixa ao Mosteiro, ou Corporação sendo escripto pelo Religioso, que a esta pertença; entendendo-se com tudo só nesta parte a nullidade do Testamento, subsistindo o mais, segundo o Alv. de 26 de Março de 1634, ampliado, ou declarado pelo de 2 de Março de 1647, e Cap. 8. das Côrtes de 1641, e Lei de 25 de Junho de 1766, §. 1., que se não acha revogada nesta parte, porque confirma o Direito antigo; e note-se mais, que por esta Lei, a herança, ou legado deixado aos parentes do Clerigo, ou Leigo, dentro do quarto grão, que escreveu o Testamento por outro, era nullo; porém como esta Lei foi abrogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, hoje vale tanto a herança como o legado, se com tudo não houver dolo.

(2) Sabendo-se quaes são as pessoas, que não podem fazer Testamento, fica sabido quaes são as que o podem fazer. Deve porém sa-

capacidade, se segue deste axioma, que não podem testar: = 1.^o *O varão* menor de quatorze annos, e a *fomea* menor de doze, como he expresso na Ord. Liv.

ber-se que a *capacidade* a respeito dos Testamentos se divide em *activa*, e *passiva*; a 1.^a consiste em a faculdade de testar, e a 2.^a em a faculdade de receber por Testamento; da 1.^a he que se trata neste Cap., e da 2.^a trataremos no Cap. XII. Pelo *Direito Romano*, e das *L. das Doze Taboas* só se concedia a faculdade de testar aos Pais de Famílias, ou *sui juris*. Não he o mesmo em *França*, onde o menor não emancipado pôde dispôr por Testamento de huma porção dos seus bens, segundo o Art. 904. do Cod. Civ. Pela L. 13. tit. 1. Part. 6. de *Hespanha*, e L. 4. tit. 4. Liv. 5. da Recop. se acha disposto o mesmo, que entre nós a este respeito. Nem a velhice extrema, nem as doenças do corpo prohibem a faculdade de testar, se o Testador tem as mais qualidades que se requerem, e sobre tudo a perfeição do juizo. L. 9. ff. *qui testam. facer. poss.*, e L. 3. *Cod. eod.* As mulheres não são exceptuadas pelo nosso Direito de testar; bem como o podem fazer em *França*, pelo Art. 226 do Cod. Civ.; mas em *Inglaterra* não pôde a mulher sendo casada testar, nem mesmo se acha disposto o consentimento do marido, segundo os Estatut. 34, e 35 de Henrique VIII. Cap. 5.: de resto todas as pessoas, que entre nós podem fazer Testamento o podem alli fazer tambem, podendo o varão maior de 14 annos, e a mulher de 12 testar, como entre nós, como se pôde vêr em *Blackstone*, T. 3. pag. 437, e seg. Pelo *Direito Francez*, Art. 904 do Cod. Civ. a respeito do menor, faz differença de dar *inter vivos*, ou dispôr por Testamento: no 1.^o caso requer que elle tenha 21 annos, e no 2.^o 16, podendo só nesta idade dispôr da ametade dos bens, de que a Lei permite aos maiores. Os condemnados a huma pena infamante podem tambem testar, posto que não possam servir de Testemunhas, L. 1. *Cod. de secund. Nupt.* Os Ausentes por causa da Republica, como os Embaixadores, tambem não são prohibidos de testar L. 13. §. 1. ff. *qui testam. facer. poss. Grotio, de Jur. Bel. et Pac. Liv. 2. Cap. 13. §. 8.*, e veja-se o Art. 13. do Cod. Civ. dos Francezes. Os Ecclesiasticos, como Cidadãos, tambem podem fazer Testamento sobre os bens temporaes. Os filhos naturaes, de qualquer especie, os incestuosos, e adulterinos podem igualmente dispôr de seus bens; por isso que a sorte de seu nascimento lhes não indaiz incapacidade para isso; *Baquet, Droit de Bâtardise, Cap. 6.* O mesmo o que commetteo hum crime capital; porque se elle morre antes da sua condemnação, morre *integrè status*, L. 9. ff. *qui testam. facer. poss.* Art. 26. e seg. do Cod. Civ. dos Francezes, e se elle mesmo morrer depois da sua condemnação, tendo interposto Appellação della. L. 13. §. ult. ff. *qui testam. facer. poss.*, e L. 6. §. 8. ff. *de injust. rupt.* A faculdade de testar deve ser considerada em dous tempos, isto he, ao tem-

4. tit. 81. pr., por se julgar muito a proposito, que estes não tem huma razão perfeita para poderem dispor de suas cousas, e por esta razão he que não podem tambem testar: = 2.º *O mentecapto, e furioso*, que tiver furor contínuo, porque tendo intervallos, ou luas, valerá o Testamento, que se provar fôra feito no tempo, em que estava quieto, bem como o que tivesse feito antes de se ter tornado furioso, ou mentecapto, Ord. cit. pr., e §. 1. Se porém se duvidar se o Testamento foi feito pelo furioso no tempo, em que estava em furor, ou em que tinha dilúcidos intervallos, se apparecer o Testamento bem ordenado, e com as solemnidades da Lei, valerá este Testamento; e pelo contrario não apparecendo con-

po da facção do Testamento, e da sua morte natural; e como a faculdade de testar he de Direito publico, ninguem pôde usar della sem que a Lei o autorize; e he por isto, que nós vemos no *Cod. Civ. dos Francezes*, ter declarado em o Art. 902. «que todas as pessoas podem dispor, e receber por via de Testamento, excepto aquellas, que a Lei tem reputado incapazes». Estas são de tres classes: = a 1.ª comprehende os menores, com as excepções, que se achão nos Art. 903, 904, e 1095 do *Cod. Civ.*: = a 2.ª comprehende os estrangeiros, cujo estabelecimento do Domicilio não he authorisado; os que tem concorrido para a morte civil; e os que deixarão a França sem animo de voltar: = a 3.ª comprehende aquelles, que não gozão das qualidades do espirito, e corpo, para poderem regular sua vontade; sobre o que veja-se *Desquiron*, Tom. 1. pag. 112, e seguintes. Mas note-se que por Decreto de 14 de Julho de 1819, (que vem na *Gazeta Portugueza*) se revogárão os Art. 736, e 912 do *Cod. Civ. dos Francezes*, facultando aos Estrangeiros o Direito de herdar, testar, e receber heranças, nos mesmos termos, que os Francezes em toda a extensão do Reino; e que no caso de huma herança haver de repartir-se entre coherdeiros Estrangeiros, e Francezes, adjudicar-se-hão a estes dos bens situados em França huma parte de igual valor, que os bens situados em Paizes estrangeiros, de que seão excluidos por qualquer titulo que for, em virtude das Leis, e costumes de París. Se os *melancolicos* por doença podem, ou não fazer Testamento, veja-se a *Allegação Juridica de Mello Freire*, publicada por seu Sobrinho em 1816, onde segue a negativa, depois de fazer varias distincções mui judiciosas sobre semelhantes doenças.

forme áquellas, será nullo, Ord. cit. §. 2; e quando se prouve que foi feito no tempo do furor contínuo sem intervallo, não he válido, ainda que o Testamento esteja bem feito, como declara a Ordenação cit. §. 1.º = 3.º *O filho familias*, que he aquelle, que está debaixo do poder do Pai, de qualquer idade que seja, não póde fazer Testamento, ainda que o Pai lho permita, e consinta, excepto dos bens castrenses; porque destes poderá livremente dispôr, ainda que o Pai lho não consinta, tendo a idade legitima, Ord. cit. §. 3, e tit. 83. §. 1. e 91. §. 1. (1): = 4.º *O pródigo*; mas a respeito deste deve-se fazer differença se está já declarado pela Sentença do Magistrado, ou não, pois no primeiro caso não póde fazer Testamento, por isso que está privado da administração de seus bens, e reputa-se furioso; e no segundo caso, ainda que seja reputado por todos como pródigo, póde fazer seu Testamento válidamente, por isso que a Sentença do Magistrado ainda o não declarou como tal, e conserva por isso a administração de seus bens, pois a Ord. cit. no §. 4. diz assim: *Nem o pródigo a que he defeza, e tollida a administração de seus bens, nem outros semelhantes a estes*: = 5.º *O Herege, ou Apostata*, Ord. cit. §. 4. = 6.º *O mudo, e surdo* de nascença; mas a respeito destes deve-se fazer differença, e vêr se estes dous defeitos concorrem juntos, ou sobrevierão depois juntos, ou separados: no primeiro caso, como não póde ter idéa clara das cousas, e falta-lhe em consequencia o raciocínio, não póde por isso dispôr, ou testar: no segundo caso porém, quando estes defeitos são supervenientes, estão

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

habeis para fazer Testamento, o que farão por escripto se souberem, e não sabendo, não tem outro meio senão por acenos; porém como estes podem estar sujeitos a muitos enganos, e serem falliveis, por isso a nossa Ord. no §. 5. do tit. cit. não admitte taes Testamentos, senão intervindo a authoridade do Principe, impetrando para isso licença, bem como era necessaria por Direito Romano, ainda que as razões, que para isso havia entre os Romanos, fossem diversas das que ha entre nós: os que fallão, ou ouvem com difficuldade podem com tudo fazer seu Testamento, como declara o mesmo §. 5. da Ord. cit. (1):

(1) Se o cego póde, ou não fazer Testamento he importante o saber-se. He certo, que as nossas Leis não deelararão que o cego podesse fazer Testamento, mas tambem lho não prohibirão, como fizeram a respeito dos outros; e deste silencio devemos tirar a necessaria conclusão de que lho permitirão fazer Testamento; nem ha razão alguma para se dizer, que o cego não póde testar, muito mais permitindo a nossa Lei que hum terceiro assigne a rogo do Testador, quando elle não saiba, ou não possa escrever; e quanto mais vendo nós não só que por Direito Romano podia o cego fazer Testamento vocalmente, com tanto que em lugar d'elle se chamasse huma oitava Testemunha, ou Tabellião, como se vê da *L. 8. Cod. de Testam.*, e §. 4. *Inst. eod.*, mas que todas as Nações civilizadas tem adoptado este mesmo Direito. E temos em primeiro lugar o *Direito de Hespanha*, que no *L. 14. tit. 1. Part. 6.*, e *L. 2. tit. 1. Liv. 5. da Recop.* adoptou o mesmo que dispoz o Direito Romano. Temos em segundo lugar a *Ordenança de 1735 Art. 47.*, que em *França* adoptou o mesmo: e finalmente o *Novo Cod. dos Estados da Prussia*, que nos *Artigos 113.*, e *114 da 1.^a P. tit. 12.* lhe concede tambem a faculdade de dispôr de seus bens, por meio de Testamento, oral, ou vocalmente. Porém a questão, que póde haver entre nós he, se para o Testamento do cego valer he necessaria mais huma Testemunha além das cinco, como se requeria por Direito Romano, e requer pelo Direito de Hespanha, e França? Porém eu julgo que não; porque além de não o declararem as nossas Leis, e deixarem por isso semelhantes Testamentos sujeitos ás regras geraes, não vejo razão plausivel de differença entre o cego, e o que não sabe escrever; antes pelo *Codigo da Prussia* os vejo iguaes; e em iguaes circumstancias, ou lugares parallelas as nossas Leis o tem assim supposto, e admittido; excepto quando dispozer como nuncupativamente, que então devem assistir seis Testemunhas, na fórma da *Ord. Liv. 4. tit. 80. §. 4.*

= 7.º *O Escravo* tambem não pôde fazer Testamento; porém hoje, como já se notou, apenas pôde apparecer algum, que esteja nas circumstancias de que falla a Ord. no §. 4. do tit. cit., por não serem já olhados como cousas, nem terem os Senhores dominio sobre elles, como entre os Romanos; pois pela Lei de 19 de Setembro de 1761 lhes foi dada a liberdade, huma vez que aportassem a estes Reinos; mas no entanto ainda ha alguns entre nós, e destes he que falla, ou se deve entender aquella Ord. (1): = 8.º *Os condemnados á morte natural*, podendo estes sómente dispôr da terça parte de seus bens para causas pias, huma vez que na Sentença não haja huma plena confiscação de bens, e então não tem lugar o disposto na Ord. cit. §. 6, o que he permittido aos Juizes declarar-lhes por sua Sentença de condemnação. Se porém forem condemnados á dita pena pelo crime de heresia, traição, ou sodomia, então pela dita Ord. lhes he tolhida a mesma faculdade de testar até da terça, e o Testamento que tiver feito o que for con-

(1) Os Captivos na guerra não são reputados como escravos, nem entre nós são tratados com deshumanidade, como o erão entre os Romanos, e o mais que se tem feito he pedir o preço da redempção. Tambem não ha entre nós differença de degradados a desterrados, pois qualquer que seja o degredo, ja mais incorrem na perda de Direito de Cidade: o mesmo já se não pôde dizer dos desnaturalizados, os quaes perdem o Direito de Cidade, porém isto he quando na mesma Carta Regia se lhes tolhem os Direitos de Cidadão, como aconteceu aos Senhores de Mello, pelo Decreto de 25 de Agosto de 1770, os quaes forão ao depois restituídos pelo de 7 de Agosto de 1777, tendo sido desnaturalizados da familia, sendo-lhes tirados os Morgados, e Direitos competentes á mesma familia, e não os Direitos de Cidade, e em consequencia podião fazer Testamento. Para o que se pôde tambem trazer como exemplo o Alvará de 2 de Junho de 1803, pelo qual foi degradada da familia em que nasceo D. Eugenia José de Menezes, Dama do Paço, e excluida de succeder, não só nos bens da Coroa, e Ordens, mas em heranças ab-intestado, vinculos, e prazos familiares, como se houvesse nascido na infima plebe, extinctos todos os Direitos do sangue.

demnado á morte natural, se torna nullo pela força da mesma Sentença, que o condemna á morte, por isso que o faz servo da pena, e por consequencia he privado de todos os actos civis, como o he o Testamento, passando por consequencia os seus bens aos herdeiros legitimos, ou para o Fisco, conforme o Direito disposto nas Ordenações, e Direito Subsidiario, como declara a Ord. cit. §. 6: = 9.º Os *Religiosos professos* tambem não podem fazer Testamento, Ord. cit. §. 4. (1), nem ainda os que se achão *Secularizados*, Res. de 26 de Dezembro de 1809 (2): = 10.º Os

(1) Note-se, que Religioso professo se entende todo aquelle, que pela profissão fez os tres votos de obediencia, castidade, e pobreza; e que os Novícios podem fazer Testamento, por isso que antes da profissão são tidos por Leigos, e não tem feito votos, Covarruv. ao Cap. 2. de Testam; porém se tiverem feito Testamento, e professarem, já o não podem revogar, por isso que neste estado lhes he prohibido fazello, e revogar hum Testamento he dispôr de seus bens indirectamente, Barbos. *de Offic. et potest. Episcop.* P. 3. Alleg. 99. n. 14. Valasc. *Prax. Partit. et Collat.* Cap. 16. n. 18.; e note-se mais, que posto que o Religioso professo não possa revogar o Testamento, que tenha feito antes, nem por isso a herança, ou legado deixado nelle se póde pedir logo que professa o Religioso, cuja profissão se chama morte civil, mas se ha de esperar pela morte natural, e o Mosteiro he que no entanto administra estes bens, e faz seus os fructos em razão do Religioso, que faz parte da Corporação do mesmo Mosteiro. Aegid. L. 1. *Cod. de Sacros. Eccles* P. 4. §. 2. an. 5. Boehmer. ao tit. *de peccul. Clericor.* §. 19.

(2) Achando-se por extenso no fim deste Tratado a Resolução de Consulta de 26 de Dezembro de 1809, que suppoz como Direito certo, que os *Religiosos Egressos* não podião herdar, nem testar; e havendo alguns AA. que duvidem ainda de semelhante Direito, dizendo que semelhante Regia Resolução não deve considerar-se como Lei geral, como he o aliás mui digno A. *das Primeir. Linh. sobre o Processos Orphanolog.* em a nota 77, pag. 33. da 2.ª Edição, deverei defender a minha primeira opinião declarada a pag. 166 da 1.ª Edição deste Tratado do modo seguinte: Que huma Resolução de Consulta he hum artigo de Legislação entre nós, onde a Lei he a vontade do Principe, eu o mostro melhor, e com exemplos em nota á cit. Res., e já, com a sua costunada energia, o mostrou o A. da Introducção ao Nov. Codigo em o principio da Collecção Systematica: mas a respeito desta

Clerigos podem com tudo fazer Testamento não só dos bens patrimoniaes, mas ainda dos Clericaes, e profecticios; isto he, dos que adquirirem *intuitu Ec-*

ha mais huma razão, qual a de se fundar em Direito já estabelecido, e por tanto não fez mais que declarar o antigo Direito. Já pelo §. 10. da L. de 9 de Setembro de 1769, que se acha em seu vigor, se tinha declarado que o Religioso, ou Religiosa, pelo acto de sua respectiva profissão, ficasse morto para com o mundo, não podendo por isso testar, nem herdar mesmo as legítimas paternas, e não ha Lei, que declarasse que o Religioso secularizado, ou egresso da Religião, pudesse herdar, ou testar, ou fosse dispensado da sanção daquella Lei, pelo Breve, e Indulto da Secularisação, que não faz mais do que relaxar, ou moderar alguns effeitos do voto da Profissão Religiosa. Por tanto não podendo o Religioso herdar, ou testar pelas Leis do Reino estabelecidas, e não se achando estas revogadas, ou declaradas a respeito do Egresso, não tendo este expressa faculdade do Soberano para o poder fazer, fica claro que o que adquirir pertence para a Coroa, como declara a mesma Resolução, e não para captivos, como diz o A. do Manual do Tabellião da pag. 172, fundando-se ella no §. 17, e 19 do tit. 26. Liv. 2. da Ord., reputando-se semelhantes heranças como bens vagos, ou possuidos por pessoas, que o Direito não tem authorizado para semelhante fim; pois que não podendo pertencer ao seu Convento, porque pela secularização acabou a obediencia religiosa, e se dissolvêrão os vinculos de fraternidade, que havia entre hum e outro; nem podendo pertencer aos seus parentes, porque pela morte civil da profissão acabou tambem a parentela civil do Religioso para com os seus Parentes, não lhe podendo por isso succeder; nem podendo dispôr dos adquiridos a favor de estranhos, ou mesmo da sua parentela natural, porque a Lei coherentemente sempre o reputou morto, nem lhe deo a faculdade de testar; fica claro que tudo, quanto elle adquirir no seculo em razão de seu emprego, e mesmo por lhe ter sido deixado, ou doado, pertence á Real Coroa, como possuido por pessoa incapaz aos olhos da Lei, sem que obstem as razões produzidas em contrario, que se não fundão em Lei escripta, e muito mais á vista do Decreto de 16 de Setembro de 1817, que apesar de dispensar sómente as Ordens Religiosas sobre a possessão dos bens, que possuissem contra a prohibição da Lei, nas Leis da amortização, de nenhuma sorte falla a respeito dos egressos; e antes pelo contrario manda que para o futuro fiquem em seu vigor, bem como as que prohibem herdar, ou succeder; tanto para as Ordens em commum, como para os seus individuos. Nem obste o ter dispensado o Breve da Secularização a prohibição de adquirir, e dispôr; porque esta dispensa no Foro Civil só terá validade, se o Principe, quando lhe concede o seu beneplacito, lhe declarar especificadamente que fica habil para succeder, e testar; e

clesiae, com tanto que os deixem a pessoas Leigas, e da Jurisdição Real; porque deixando-os á Igreja, ou Mosteiro, ou a alguma pessoa Ecclesiastica, ou Religiosa, se perdem para a Corôa, segundo a Ord. Liv. 2. tit. 18. §. 5, e 7. (1): = 11.º Os Cavalleiros das tres Ordens Militares, ou *Freires*, *Commendadores*, *Vigarios*, e *Coadjuutores* podem testar (o que d'antes não podião fazer) tanto dos seus bens, como dos que lhes provém dos fructos, e rendas dos mesmos bens das Ordens, pelas Bullas, de Julio II, que principia: *Ad pia et meritoria opera*, dada em 1505, e *Honestis* de Clemente VIII. de 14 de Outubro de 1600, além dos Estatutos, e Leis particulares das mesmas Ordens (2): 12.º Os Cavalleiros de Malta

não de outra maneira, porque se oppõe á Lei geral, que o prohibe; e até porque além dessa concessão se oppor aos Direitos, e interesses da Coroa, ella se opporia aos interesses dos parentes do egresso, se se lhe concedesse o Direito de successão, porque pela sua profissão, e renuncia da sua legitima, tinham adquirido direito a ella, e por isso devião ser ouvidos para tal concessão.

(1) *N. B.* Que valem os Testamentos feitos pelos Clerigos ainda dos bens adquiridos *intuitu Ecclesiae*, se com tudo concorrem nelles as solemnidades prescriptas pelas Leis civis; no que pertence ao foro externo, como diz Riegger §. 598, e não como quer Valasc. na Cons. 74. n. 13., que julga serem bastantes duas, ou tres Testemunhas, pela razão inepta de que os Clerigos estão sómente sujeitos ás Leis Divinas, ou Canonicas, e não ás Constituições Civis; pois que ainda que o Senhor D. João III. pela Extravagante de 6 de Setembro de 1553 parece approvar o Direito Canonico, pelo qual foi prohibido aos Clerigos o testar dos bens adquiridos *intuitu Ecclesiae*; com tudo, isto não passou para a Ord. Filip. já cit., e os nossos Legisladores olhãrão só para o Foro externo, não porque quizessem alterar a ordem das disposições Ecclesiasticas, pois a respeito de taes bens se deverião regular pela determinação dos Canones, que prohibião aos Clerigos testar dos bens adquiridos *intuitu Ecclesiae*; mas porque tiverão sempre em vista o socego publico, e a paz, e por isso permittirão aos Clerigos dispôr de taes bens, segundo as solemnidades prescriptas pelas nossas Leis.

(2) Vejão-se os Estat. da Ord. de Christo, tit. 7. §. 2., e tit. 19. pr., os Estat. de Ord. d'Aviz, tit. 3. Cap. 17, e 20., tit. 4. Cap. 12., e tit. 5. Defun. 13., e os Estat. do Ord. de S. Tiago Cap. 16.,

porém não podem testar sem licença do Grão-Mestre, Stat. 1. tit. 18. *Delle proibizioni, e delle pene*, Stat. 20. tit. 8. *Del Maestro*, o qual só lha costuma conceder a respeito dos bens patrimoniaes, ou hereditarios; e assim dos adventicios, ou adquiridos por outro modo, não podem elles testar. Gallemart. *ad Trid.* Sess. 25. *de regularib.* Cap. 1. 2. Discurs. 34. n. 15. Luc. *de Testam.* Supplem. Liv. 16. P. 3. Discurs. 91. n. 2. (1): = 13.^o Os Bispos não podem testar dos bens adquiridos em razão da Igreja, Cap. 7. *de Testam.*, e L. 42. §. 2. *Cod. de Episc. et Cleric.* (2); porém por dispensa do Summo Pontifice po-

que em consequencia das ditas Bullas lhes dão esta faculdade, huma vez que paguem as meias annatas, que são tres quartos sendo da Ordem de Christo, e metade, sendo da Ordem d'Aviz, e S. Tiago, da renda de hum anno da Vigairaria, Beneficio, Coadjutoria, Commenda, ou Tença, que com o habito lhes seja dada.

(1) Note-se porém, que o Rescripto do Grão-Mestre se não pôde dar á execução sem placito Regio, como he expresso na Ord. Aff. Liv. 2. tit. 9. ibi.: *Que as letras que vem da Corte de Roma, ou do Padre Santo, ou do Gram Mestre de Rhodes, e dos Desembargadores do Santo Padre, nam sejam publicadas sem Carta d'El Rei*; e posto que pela Bulla de Paulo IV. se concedesse aos Ecclesiasticos o dispoem sem solemnidades, como os nossos Soberanos a não approvãrão, não tem validade alguma; pois temos a regra, que todos os Testamentos que não forem conformes ás solemnidades prescriptas pela Lei, serão nulos.

(2) Note-se tambem, que as nossas Leis não se expressão a respeito dos Testamentos dos Bispos, mas que o costume, que houve em Castella, e Portugal de poderem dispôr dos bens, e rendas Ecclesiasticas, tanto *inter vivos* como *causa mortis*, só se deve entender dos Clerigos inferiores, e não dos Bispos; podem com tudo fazer Testamento dos bens adquiridos antes de terem o Bispado, ou depois por titulo méramente leigo, segundo a Nov. 131. Cap. 13, e Cap. 1. 2. 7, e 9. de Testam.; e a razão de differença parece ser porque os Bispos são mais raros, e por consequencia mais facil de distinguir os seus bens patrimoniaes daquelles, que se adquirem *intuitu Ecclesiae*; porém todos os bens, que tem os Bispos ao tempo da morte, se presumem ser da Igreja, excepto se se provar o contrario pelos herdeiros, principalmente não tendo procedido a Inventario antes de ter entrado no Bispado. Gama. Decis. 313.

dem dispôr não só os Bispos, mas outros Prelados maiores, dos bens Ecclesiasticos para usos não pios em favor dos parentes, como mostram Riegger §. 402, e outros, com tanto que o Rescripto Pontificio seja confirmado pelo Principe, sem o que não tem authoridade alguma no Foro. Ord. Liv. 2. tit. 13, e 15. (1)

CAPITULO XI.

Instituição de herdeiro, e regra a seu respeito.

A INSTITUIÇÃO de herdeiro, que por Direito Romano era indispensavel no Testamento, como cabeça, e fundamento do mesmo, para sua validade, e sem a qual era nullo o mesmo Testamento, entre nós se não faz necessaria, e póde ser válido hum Testamento sem ella, por isso que as nossas Leis não prohibem que cada hum distribua a sua herança em Legados, sem que por isso se possa deixar de chamar Testamento esta disposição. He verdade que na Ordenação Liv. 4. tit. 86, em que se falla da fôrma de solemnizar os Codicillos, se diz que os Codicillos são huma disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro, donde se deduz á primeira vista que no Testamento he necessaria para sua validade, como era por Direito Romano, e que esta he huma das differenças que ha de Testamento a Codicillo; mas como entre as solemnidades prescriptas no tit. 80, não achamos esta, não será necessaria, pela regra estabelecida muitas vezes; além de que a praxe quasi

(1) Quaes sejam as pessoas, que por Direito Romano não podião fazer Testamento, se vê com clareza em Heinec. *ad Pand.* Tom. 2.^o §. 8. e seguintes.

universal das Nações tem admittido o poder-se dispor por Testamento, seja debaixo do titulo de Instituição de herdeiro, seja debaixo de Legado, seja debaixo de outra denominação propria a manifestar a sua vontade; praxe esta que vemos recebida entre nós desde os primeiros tempos da Monarchia, como vemos em Brandão P. 4. no App. onde refere o Testamento do Conde Martinho Gil de Sousa feito em 23 de Novembro de 1300, que sómente constava de Legados; vendo-se ainda hoje muitos destes exemplos, o que he conforme aos principios da razão. (1)

No caso porém de haver em hum Testamento instituição de herdeiro, como succede ordinariamente, vamos a vêr a regra, que devemos ter em vista sobre as pessoas, que se podem instituir por herdeiros: e são, em regra, todos aquelles, que podem succeder no Direito do defunto, e receber a herança por Testamento, gozando de facção de Testamento pas-

(1) Posto que por *Direito Romano* não fosse válido o Testamento sem instituição de herdeiro, como se vê das *LL. 3. ff. de iis quæ testam. delent. L. 1. §. 3. ff. de vulg. et pupil. subst. L. 10. ff. de Jur. Codicillor.*, e outras; com tudo as nossas Leis não tem declarado que para validade de hum Testamento seja ella necessaria; o que está confirmado pelo uso, e prática, e he adoptado pelo Direito das Nações mais civilizadas, como acontece em *França*, pelos Artigos 895, 967, e 1002 do Cod. Civ. O mesmo se vê adoptado pelo *novo Cod. dos Estados da Prussia* nos Art. 261, 262, e seguintes da 1. Part. tit. 12. pag. 429, podendo tanto em huma como em outra Nação os Testadores repartir toda a sua herança em Legados, instituir hum, ou muitos herdeiros, e dispor de parte, ou de toda a herança. Não acho razão no A. do Manual do Tabellião, em dizer a pag. 169, que a Instituição de herdeiro he essencial no Testamento, muito mais citando a Mello Liv. 3. tit. 5, §. 29., o qual fundado em a opinião de varios AA., no *Direito de Hespanha*, na L. 1. tit. 4. Lib. 5. da Recop., e exemplos tirados dos nossos Historiadores, segue o contrario, e que se pôde bem dividir toda a herança em Legados; e se Pegas, e outros Reinicolas disserão o contrario, foi porque sem critica seguirão nesta parte ao Direito Romano, que teve diferentes motivos para assim o determinar, cujos não existem entre nós.

siva, todos aquelles, que se não achão prohibidos, especialmente pelas nossas Leis, e costumes, exceptuados os quaes, he totalmente livre ao Testador, na falta de descendentes, ou ascendentes, a quem se deve a porção legitima, preteridos os agnados, instituir a quaesquer herdeiros estranhos, e dispôr de quaesquer bens livres por Testamento, ou Codicillo. (1)

CAPITULO XII.

Que pessoas se não podem instituir por herdeiros.

ESTABELECIDA a regra que se podem instituir por herdeiros todos aquelles, que se não acharem expressamente prohibidos (2), he necessario especificar aqui

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

(2) Sobre quaes fossem as pessoas, que por Direito Romano se podião, ou não instituir por herdeiros, se pôde consultar *Heinec. ad Pand.* ao tit. de *Hered. Inst.*, onde com clareza, e precisão trata esta materia: bem como o *Novo Furgole Traité des Testam.* Tom. 1. pag. 149. e seguintes; e tambem o Art. 902. do Cod. Civ. dos *Francezes*, onde se mostra igualmente quaes são as pessoas incapazes de receber liberalidades por Direito Francez: podendo vêr-se no Art. 36. e seguintes da 1. P. tit. 12. do Cod. *Prussiano*, o que este dispoz a semelhante respeito; e na L. 1. e seguintes do tit. 3. Part. 6., e tit. 4. Lib. 5. da Recop. de *Hispanha*, o que alli se estabeleceo sobre o

quaes são aquelles, que pelas nossas Leis são prohi-

mesmo objecto, aonde os curiosos podem recorrer, já que não servindo nesta parte de Leis subsidiarias as disposições dos sobreditos Codigos, se não expõem com miudeza; pois que para se julgar qualquer excluido, ou prohibido para herdar, ou receber legados por Testamento he necessario que a Lei o declare; e por isso só destes he que trato no presente Cap., reputando o resto das pessoas por capazes de poderem ser instituidas por herdeiros; devendo com tudo fazer-se differença da *incapacidade á indignidade*, visto que a huns tem a Lei declarado como incapazes de succeder, e a outros como indignos; porque em regra o que he deixado ao incapaz se reputa como não escripto, e vai aos herdeiros legitimados; e o que he deixado aos indignos pertence ao Fisco, se as Leis não permittem o contrario expressamente, Ord. Liv. 2. tit. 26. §. 19. que concorda com o Regimento da Fazenda, Cap. 137, confirmado, e declarado hum e outro lugar pelo Ass. de 17 de Novembro de 1791. = Em consequencia destes principios eu não reputarei como incapaz de ser instituido por herdeiro o Filho de *coito damnado, e punivel*, como reputa o dignissimo A. do *Manual do Tabelião* a pag. 175, fundado na opinião de Almeida, e Souza, que no Trat. das Acq. Sum. §. 184 seguiu a mesma opinião, que já tinha seguido *Guerreiro, Pegas*, e outros, adoptando cegamente o rigor do Direito Romano a semelhante respeito, e pelo qual muitas vezes se tem julgado; mas com bastante difficuldade eu me vejo obrigado a expôr a minha opinião, e a confessar que ha muito estou convencido que aquella não he a intenção do Legislador, e que semelhante opinião he contraria ao espirito geral das nossas Leis. Eu vejo na Ord. Liv. 4. tit. 92. §. 1. a regra, = que qualquer Pai, não tendo Descendentes, ou Ascendentes, poderá dispôr de seus bens como quizer: = podendo ainda neste caso dispôr da terça de seus bens a favor de quem quizer, como he expresso no pr. do mesmo tit., e tit. 82. pr. Vejo mais em o tit. 90. do mesmo Liv. especificarem-se os casos em que o Irmão pôde querellar do Testamento do Irmão, e não se apontar o caso d'elle instituir filhos de *damnado coito*. E vejo mais a Ord. Liv. 4. tit. 93., que tratando da successão desta especie de filhos, quando morrem ab-intestados, não manda recorrer ao Direito commum, como o faz na falta de Lei Patria a respeito dos Filhos nascidos de illegitimo, mas não *damnado coito*. Logo então, tendo nós aquellas regras sobre a liberdade de instituir herdeiros, ou deixar legados, pelo Direito Portuguez, com differença do Romano, e não declarando as nossas Leis os filhos adulterinos, ou incestuosos, como incapazes de receber liberalidades *inter vivos*, ou *causa mortis*, para que havemos de julgar a semelhante respeito pelo Direito Romano? Só pelo motivo de serem excluidos da successão abintestado? Não; porque tambem o filho natural não pôde succeder ao Pai nobre, fallecendo este abintestado;

bidos de se poderem instituir, e são = 1.º *O Religioso professo*, Ord. Liv. 4. tit. 81. §. 4, e Lei de 12 de Maio de 1778. (1) = 2.º *O desnaturalizado*, por

e entre tanto não tendo filhos legítimos, da terça lhe pôde deixar legados. O Direito Romano era tão rigoroso a este respeito, que pela *Authent. Ex Complex. Cod. de Incest. et injust. Nupt.* lhe negou os alimentos do Pai, cuja dureza foi modificada pelo Direito Canonico no Cap. *Extr. de eo qui duxit in matrimonium*, etc., pois conformando-se com o Direito da natureza, que obriga a todo o Pai a alimentar seus filhos, lhes concedeo Acção para pedir alimentos tanto ao Pai, como á Mãe; o que tem sido adoptado entre nós, e o foi igualmente pelo Art. 762 do *Cod. Civ. dos Franceses*. As Leis das *Partidas de Hespanha* em a L. 4. tit. 3. Part. 6. tendo adoptado o vigor do Direito Romano, foi corregido, e modificado pela L. 6. e 7. tit. 8. Liv. 5. e L. 1. e 2. tit. 4. Liv. 5. da *Nov. Recop.* No Cod. moderno da *Prussia* P. 1. tit. 12. Art. 1. e 36. se estabelece a regra = que o homem em caso de morte pôde dispôr á sua vontade de tudo aquillo, que elle pôde alienar; e que se podem deixar heranças, e legados a toda a pessoa, que tenha capacidade, e authorisação necessaria para adquirir bens em o Estado. = Estas mesmas regras podemos nós estabelecer, em conformidade das enunciadas deduzidas das nossas Leis, com as restricções declaradas pelo mesmo nosso Direito; porque para se declarar hum Portuguez por incapaz de receber liberalidades, não o havemos de ir procurar ao Direito das Nações estranhas, nem reputar-se como caso omisso; e como as nossas Leis não tenham declarado positivamente que os filhos de damnado coito não podem ser instituidos herdeiros por seus Pais, ou receber destes liberalidades, sou de opinião que o podem ser, quando os Pais não tiverem herdeiros necessarios, ou tendo-os, da sua terça, deixando-lhes legados. Pelas mesmas razões expostas me não posso conformar com a opinião de *Almeida e Sousa* declarada no §. 181. do seu *Trat. de Acq. summar.*, em quanto diz = que o filho espurio he incapaz de ser instituido herdeiro =, porque elle funda-se para isto na opinião de *Pegas e Furgole*, que ambos adoptarão em seus escriptos o Direito Romano sem critica; sendo o ultimo *A. Francez*, que nada diz sobre o nosso Direito, que não faz tal declaração; e o contrario estamos vendo na prática. O mesmo direi a respeito das liberalidades deixadas pelos Amasios ás suas concubinas, quando não ha herdeiros necessarios, ou Irmãos, que querellem do Testamento do Irmão por tal principio, contra a opinião do mesmo *Almeida e Sousa* declarada no §. 183. do cit. lugar, e em huma longa Dissertação que fez sobre este objecto.

(1) Note-se, que posto que no §. 10. da L. de 26 de Junho de 1766 se podessem deixar aos Religiosos professos Legados de alimentos, com

isso que esta Successão he de Direito Civil, de cujo gozo fica aquelle privado, como já se notou; pelo contrario os degradados, ou desterrados, ou o desterro seja perpétuo, ou temporaneo, huma vez que por este desterro não perca o *Jus civilatis*, e os bens, *Authent. Omnes peregrini Cod. Commun. de Success.*, Stryk. *Diss. de Jur. Peregr.*: os que são simplesmente condemnados á morte, e banidos, de que falla a Ord. Liv. 5. tit. 127. §. 7, podem ser instituidos herdeiros, por isso que morrem livres, e Cidadãos. Thomas. *Not. ao tit. da Inst. de Capt. de min.*, Stryk. *us. modern. ao tit. de hered.* §. 2. : = 3.º O

tanto que fossem vitalícios, e que não excedessem o valor de 50 \$ 000 réis annuaes nas Provincias da Estremadura, e Alem-Tejo, e 20 \$ 000 réis nas outras, Reino do Algarve, e Ilhas adjacentes, e 60 \$ 000 réis nos Dominios d'Africa, America, e Asia; com tudo elle ficou suspenso pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, que deixou ao arbitrio dos Pais, Testadores, ou Doadores deixarem-lhes os alimentos, ou Tenças vitalicias, que em sua vida lhes quizessem determinar; mas veja-se o Ass. de 21 de Junho de 1777, sendo, como se disse, Religioso professo, ou aquelle, em que concorrem os tres votos. O A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. prova o sobredito com a Ord. Liv. 4. tit. 84. §. 4.; mas neste §. não se falla em tal, e talvez seja erro da imprensa, e quizesse citar o §. 4. do tit. 81., que diz que o Religioso não póde fazer Testamento; porém isto por si só não o póde provar, porque por não ter a facção de testamento activa, não se segue que não tenha a passiva tambem: he verdade que consultando a Lei de 9 de Setembro de 1769 no §. 10., se vê que os Religiosos não podem succeder aos Pais, não pedir Legados, e esta Lei mostra que até áquelle tempo era permittido aos Religiosos a facção de Testamento passiva, porque se não estivesse em uso, não haveria esta determinação; sendo certo que na Collecção Filippina se não acha hum só lugar, em que se prohiba aos Religiosos a facção de Testamento passiva: da Extravagante de 12 de Maio de 1778 he que se póde colligir, que o Religioso não podia succeder; pois por ella, confirmando, declarando, e ampliando os privilegios da Ordem de S. João de Jerusalem, se dispensa a Lei de 9 de Setembro de 1769 a favor dos Cavalleiros da mesma Ordem para succederem *ab-intestado*, e por Testamento no uso fructo de quaesquer bens, que não sejam da Coroa, ou de vinculo, cujo privilegio parece firmar a regra contraria; e em consequencia todos aquelles que se não acharem munidos de tal privilegio, não podem ser herdeiros.

hereje, Ord. Liv. 5. tit. 1. pr., e L. 4, e 5. Cod. de *Heret.* : = 4.º *O Apostata*, Ord. §. cit. pr., e L. 3. Cod. de *Apost.* (1) : = 5.º *Os filhos, ou netos dos Réos de leza Magestade*, Ord. Liv. 5. tit. 6. §. 13; pelo contrario as filhas podem herdar por Testamento, ou succeder *ab-intestado*, com tanto que as pessoas, a quem houverem de succeder, não sejam culpadas pelo dito crime, porque então são todos os seus bens confiscados, Ord. cit. §. 14 : = 6.º *O Clerigo* não póde ser instituido por outro Clerigo para ter herança mais de hum anno, Ord. Liv. 2. tit. 18. §. 7. (2) : = 7.º *Os Collegios*, ou Corporações ainda licitas, ou sejam Ecclesiasticas, ou Seculares, como *Igrejas, Mosteiros, Ordens Militares, Confrarias*, etc. são prohibidos de receber alguma cousa por Testamento; não porque não possam addir a herança, mas porque pelas Leis da amortização, promulgadas desde o principio da nossa Monarquia, erão privados das heranças, Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 10. (3)

(1) Ainda que a Ord. cit. do Liv. 5. tit. 1. pr., não falle expressamente, com tudo como aos condemnados pelos crimes de Heresia, e Apostasia se manda confiscar os bens, bem como aos Sigillistas, pela Lei de 12 de Junho de 1769, se infere desta disposição, ou Legislação, que não podem ser instituidos herdeiros, quando a L. 5. e 4. Cod. de *Heret.* o declaram a respeito dos Herejes.

(2) *N. B.* Que o Clerigo rigorosamente não se póde dizer prohibido de facção de Testamento passiva, como quer o A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. Tit. 5. do Liv. 3. §. 31. por isso que elle póde conservar os bens herdados hum anno, e no fim, ou dentro d'elle vendellos, para não cahirem em amortização; logo não he inhibido de herdar.

(3) Que houverão Leis de amortização desde o principio da Monarquia, se prova não só da Historia, mas da Legislação antiga, e por isso nella vemos, que o Senhor D. Affonso Henriques por hum especial privilegio dispensou ao Abbade de Lorvão para que podesse adquirir bens por Testamento. O Senhor D. Sancho I. concedeo ao Mosteiro de Alcobaga poder succeder nas heranças dos seus Monges. O Senhor D. Affonso II. prohibio a compra dos bens de raiz ás pessoas, e Corporações Ecclesiasticas, para se não enriquecerem em prejuizo dos seus Vassallos; havendo abuso, o quiz remediar o Senhor D. Diniz

CAPITULO XIII.

Que pessoas se devem instituir, ou desherdar expressamente.

QUANDO tratámos das solemnidades internas do Testamento, vimos que para estas pertencia a Instituição, ou desherdação expressa nos Testamentos dos

nas Côrtes de Coimbra de 21 de Março de 1291, e estendeo a disposição da Lei do Senhor D. Affonso II. a todo o genero de acquisições, como Doações, Testamentos, Legados, etc., renovando estas disposições o Senhor D. Fernando nas Côrtes de Lisboa de 1371, e o Senhor D. Affonso V. em 1447, determinando que os bens, que dalli em diante adquirissem as Communidades fossem para a Coroa: o Senhor D. Manoel estabeleceo o mesmo na Ord. Liv. 2. tit. 8, o que passou para a Ord. Filip. Liv. 2. tit. 10. Philippe III. depois disto promulgou tres Leis a este respeito, entre as quaes he a mais notavel a de 30 de Julho de 1611, em que se mandou, que todos os bens adquiridos pelas Communidades desde o Senhor Rei D. Affonso V., os quaes de Direito devião perder-se para a Coroa, fossem alheados dentro de hum anno, por qualquer titulo que elles os tivessem. Esta Lei foi sempre illudida, bem como a tinham sido as outras, não obstante o conceder-lhe ElRei em 1612 mais seis mezes, e em 1613 mais hum anno. A Lei de 25 de Junho de 1766 no §. 10, que ficou em seu vigor pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 concedeo, como fica dito, Legados de alimentos vitalicios aos Filhos, Irmãos, Primos com-Irmãos, ou Sobrinhos filhos de Irmãos, que estiverem em Communidades seculares, ou regulares, não excedendo a somma já declarada. A Lei de 4 de Julho de 1768 fallando principalmente de prazos de Communidades, e consolidações dos Dominios uteis com os Direitos dos prédios, declara-as nullas por serem realmente acquisições, concedendo-lhes com tudo hum anno para aforarem os que tivessem adquirido assim; o que se confirma pela Lei de 12 de Maio de 1769. E finalmente pela Lei de 9 de Setembro de 1769 no §. 10, que tambem se acha em vigor, como declara o sobredito Decreto, suscitando a observancia de todas as Leis antigas de amortização, se determina, que todos os Religiosos, ou Religiosas que professarem ainda naquellas Communidades, que podem possuir bens em commum, fiquem inteiramente excluidos, e excluidas, não só de serem herdeiros *ab-intestado*; mas tambem das heran-

Pais para com os Filhos; e por isso diremos que devem ser instituídos, ou desherdados expressamente: = 1.º Os Filhos (1) existentes, ou por nascer; isto he, se ao tempo do Testamento que fez o Pai, ou a Mãe não tinha filho legítimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era disso sabedor, e he vivo ao tempo da morte do Pai, ou Mãe, pois sendo preteridos rompem, e annullão o Testamento, tanto pelo que pertence á Instituição delle, como dos Legados, que nelle erão deixados, como declara a Ord. Liv. 4. tit. 82. §. 5. (2), porque se presume que o Tes-

ças, e legítimas paternas, ou maternas, por isso que os Direitos do sangue se julgão totalmente extinctos com os votos da profissão Religiosa, que os faz morrer para o mundo; revogando assim a Ord. Liv. 2. tit. 18., ou outras Leis, e disposições, que authorizem aos sobre-ditos as referidas Successões: no §. 11. se declara a mesma prohibição de succederem em Morgados não só os Religiosos, ou Religiosas, mas os Sacerdotes seculares. A' vista pois desta série de Legislação, se vê manifestamente, que as Corporações, e Collegios não podem, sem licença Regia, adquirir bens immoveis seja por titulo oneroso, ou lucrativo, e por consequencia, pela Legislação actual não podem ser instituídos por herdeiros. Veja-se esta materia adiante onde se expõe com mais vastidão este Direito.

(1) Debaixo desta palavra filhos neste lugar, se comprehendem os Filhos, Netos, e Netas, nascidos, ou por nascer, seus, ou emancipados, e todos estes de qualquer idade, ordem, grão, ou sexo devem ser instituídos, ou desherdados nomeadamente, tanto pelo Pai, como pela Mãe, de maneira que sendo estes preteridos, ou desherdados sem se declarar a causa, ou com injuria, se torna nullo o Testamento, valendo com tudo os legados que couberem na terça parte dos bens do Pai testador. Ord. Liv. 4. tit. 82. §. 1, e 4., cuja Ord. dispõe quasi o mesmo que ordenou Justiniano na L. ult. Cod. de Libér. Preter. §. 5. da Inst. de exher. Libér. Auth. ex caus. Cod. de Libér. preter. Nov. 115. Cap. 3.

(2) Tambem he nullo o Testamento tanto pelo que pertence á instituição, como aos Legados, quando o Pai, ou Mãe preterio o filho já nascido, não o instituindo por herdeiro, pelo julgar morto, como declara a Ord. cit. §. 3. = E note-se sobre os filhos posthumos, que quando os Pais de famílias tiverem conhecimento, ou desconfiança que ainda depois da sua morte hão de ter filhos, os devem instituir, se quizerem que o Testamento valha, ou então declarar que ainda que

tador não imaginava que teria filhos, e então não disporia desta maneira, mas os instituiria *in totum*, o que não succede a respeito dos filhos, que já estão nascidos, que não fazendo menção delles, mas dispondo os Pais sómente da terça, sabendo que tem filhos, senão invalida semelhante Testamento como declara a Ord. cit. pr. (1). = 2.º Os Pais, ou outros

tenham filhos depois da sua morte, dispõem da sua terça, deste, ou daquelle modo; porque não se annulla o Testamento em quanto aos Legados, por isso que a Ord. §. 5. falla do caso, em que o Testador não era disso sabedor, e ignorava se teria o posthumo, não fazendo por isso menção delle; e se a Ord. não figura o caso de quando o desherdasse sem causa, he porque parece que não se podia figurar caso em que o filho fosse ingrato a seu Pai antes de nascer, porque aliás disporia sobre este caso do mesmo modo que dispoz a respeito dos já nascidos, por isso que a todos estes se deve a porção legitima.

(1) *N. B.* Que desta Ord. cit. tit. 82. pr. se vê que ainda que os filhos devão ser instituidos, ou desherdados nomeadamente, com tudo não he necessario que esta instituição seja expressa a respeito da porção legitima que lhes he devida, e por isso quando os Pais dispõem sómente da terça, e não fallão na legitima, se julgão os filhos instituidos nella: se porém dispoz de todos os seus bens, sem fazer menção dos Filhos, ou os desherdou sem declarar a causa de desherdação, então he nullo o Testamento, sómente em quanto á instituição de herdeiro; e note-se finalmente que os Filhos, pelo que pertence á porção legitima, que lhes he devida por todo o Direito, devem ser instituidos puramente, e que sendo instituidos debaixo de alguma condição, (ainda que seja potestativa, isto he, que esteja no seu poder, e vontade o cumprilla, porque sempre traz gravame, por não receber a legitima em quanto se não cumpre a condição) se reputa por não escripta; por isso que a legitima não póde ser gravada de algum modo, L. 32. Cod. de *inoffic. Testam.*; porém aquillo que o Pai deixar ao Filho, além da legitima, como a terça, ou parte della, como a póde deixar a hum estranho na fórma da Ord. Liv. 4. tit. 82. pr. e 92. pr., lho póde deixar onerado com qualquer condição das que se podem pôr aos estranhos, Stryk. *us. mod.* ao tit. do Dig. de *Cond. Inst.* §. 3.; por isso que neste caso não está o Pai obrigado a instituir os Filhos: Legislação esta que se vê recebida pelos antigos costumes, sendo o Senhor D. Affonso V. o primeiro que a reduziu a escripto, e firmou com a Lei que se acha na sua Ord. Liv. 4. tit. 97., o que depois passou para as mais Compilações; porém a Lei de 9 de Setembro de 1769 no §. 2. fez distincção de ser a terça dos bens herdados, ou ad-

ascendentes devem igualmente ser instituídos, ou desherdados nomeadamente, Ord. L. 4. tit. 82. §. 4. (1). Estas as pessoas, que as nossas Leis querem que se instituão por herdeiros nomeadamente, ou se desherdem com expressão de causa; e por isso vamos a vêr as causas por que se podem desherdar os Filhos, Pais, e Irmãos. (2)

quiridos, determinando que sendo de bens herdados, devia deixalla a hum dos Filhos, ou descendentes, que lhe havia de succeder *ab-intestado*; se fosse porém de bens adquiridos, então podia dispôr della a favor de pessoas estranhas; porém este §. ou a sua disposição achase suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

(1) Esta doutrina que he expressa na Ord. cit. he conforme ao Direito Romano, que aquelle direito que tem os Filhos, e Netos á porção legitima, esse mesmo compete aos ascendentes, quando não ha descendentes, devendo aqui entender-se por ascendentes não só o Pai, e Mãe, mas Avó, e Avô, e por isso sendo preteridos, ou desherdados injustamente, ou sem declaração de causa, rompe-se o Testamento, e se torna nullo, Ord. cit. §. 4. vers. *E isso mesmo*; o que se deve entender a respeito dos Pais, e mais ascendentes, e não a respeito dos Irmãos, porque a respeito destes temos a Ord. Liv. 4. tit. 91. §. 1., que diz, que onde houver ascendentes não herdará o Irmão; e só no tit. 90. §. 1. se concede ao Irmão poder fazer revogar o Testamento do Irmão, sendo preferido por pessoa torpe, vil, e de máos costumes, entretanto que no principio da Ord. cit. se estabelece, que o Irmão pôde desherdar seu Irmão sem declarar a causa porque o desherda; e que se entende desherdado não fazendo menção delle no Testamento.

(2) O que dispoz o Direito Romano sobre esta materia pôde vêr-se no Liv. 27. tit. 2. ff. de *Liber. et Posthum. inst. vel. exher.*, e no Cod. L. 6. tit. 28. de *Liber. preter. vel. exher.*, e tit. 29. *Posthum. hered. inst. vel. exhered.*, bem como na Inst. Liv. 2. tit. 13. e Nov. 115. Cap. 3. e 4. — E o que se acha adoptado pelo Direito Francez, veja-se nos Art. 913., e 920., e seguintes do Cod. Civ., segundo o qual não he necessario, para a validade dos Testamentos, que os Filhos sejam instituídos expressamente, por isso que elles não podem ser privados pelo Testador dos direitos que a Lei lhes tem assignado; e por isso pelo Direito moderno a desherdação não he permittida em França, como era pelo Direito antigo; e ainda que o Cod. Civ. fosse mudo a este respeito, com tudo como ella tinha sido abrogada pelo modo o mais positivo pelas Leis de 5 Brumaire, e 17 Nivose, ella se tem assim julgado, como testifica Desquiron *Traité des Testam.* Tom. 2. pag. 97., onde trata largamente desta materia. — O Direito de

CAPITULO XIV.

Causas, por que se podem desherdar os Filhos pelos Pais.

COMO os Pais não podem desherdar seus Filhos a seu arbitrio, mas sómente tendo alguma das causas, que aponta a Ord. Liv. 4. tit. 88, sendo necessario declarar a causa legitima, por que os desherda, na fórma da Ord. Liv. 4. tit. 82. §. 1, devemos aqui enumera-las, e são as seguintes: = 1.^a A injúria real feita pelo Filho contra seu Pai, Ord. Liv. 4. tit. 88. §. 4: = 2.^a A injúria verbal feita ao mesmo, principalmente em lugar público, ficando com tudo ao arbitrio do Julgador se as palavras forão leves, ou graves, Ord. cit. §. 5: = 3.^a A accusação criminal fei-

Hespanha quasi adoptou em esta parte o Direito Romano, podendo alli os Pais desherdar seus Filhos pelas causas que aponta *D. Vicente Viscain. Perez, Tom. 1. tit. 30.* citando as *Leis das Part. tit. 7. Part. 6. e tit. 4. do Liv. 5. da Recopil.* = e o mesmo he admittido, e seguido pelo Direito de *Sardenha*, como se póde vêr no Liv. 5. tit. 1. Art. 22. e seg. do seu Codigo, e tit. 3. do mesmo Liv. = No *Codigo da Prussia* achamos disposições a este respeito muito differentes, e por isso quem quizer vêr a ordem de Successão alli observada, e Direitos reciprocos dos Pais para com os Filhos, veja a 2. P. tit. 2.; e a respeito do que se observa em *Inglaterra* ao mesmo respeito veja-se *Blackstone, T. 3. Cap. 14.* parte do que se notará quando tratarmos da ordem da Successão: — e note-se que pelo *Direito novo de França* o Testador não póde dispôr senão da ametade dos seus bens, se elle deixa hum Filho legitimo; de hum 3.^o se deixa dois; e de hum 4.^o se deixa tres, ou mais Filhos. Art. 913. do Cod. Civ.; e o mesmo a respeito dos outros Descendentes, que representam os Filhos; e se deixa só Ascendentes, póde dispôr da ametade dos bens; e não deixando Ascendentes, ou Descendentes, póde dispôr de todos. Art. 914, 915, e 916.

ta pelos Filhos contra seus Pais, não sendo crime perpetrado contra o Estado, Ord. cit. §. 6 (1). = 4.^a A familiaridade com os feiticeiros, ou uso que os Filhos possam fazer de feiticaria, Ord. cit. §. 7 (2): = 5.^a A traição armada á vida de seus Pais, e isto por qualquer modo que attentarem contra a sua vida, ainda mesmo quando attentárão, e não houve effeito, Ord. cit. §. 8 e 9.: = 6.^a O incesto com a Madras-ta, ou Concubina do Pai, ou Padrasto, ou barregão da Mãi, Ord. cit. §. 10 (3): = 7.^a A delação, ou informação famosa á Justiça a respeito dos Pais, quando desta denúncia lhes resultar algum prejuizo, seja contra a sua vida, seja contra a sua honra, ou bens, Ord. cit. §. 11: = 8.^a Se o Filho varão não deo fiança pelo Pai, ou Mãi, estando presos por dividas, sendo para isso requerido, Ord. cit. §. 12. (4): = 9.^a Se o Filho tolheco seu Pai, ou sua Mãi de fazerem

(1) *N. B.* Que esta excepção, e que não nota o A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. no §. 43. do tit. 5. Liv. 3. faz com que o Filho possa accusar seu Pai impunemente, por se tratar de hum bem, e muito maior, que he a conservação da Patria; e por isso não querem as Leis que o Filho soffra algum prejuizo em consequencia desta accusação, antes o procurão premiar, e por isso vemos na Ord. cit. a sobredita excepção.

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

(3) Se olharmos para as palavras da Ord. cit. §. 10, parece que não basta que seja com a simples Concubina, mas que a tenha em casa teúda, e manteúda o Pai, devendo-se dizer o mesmo do barregão da Mãi, para o que faz tambem o disposto no Alv. de 26 de Setembro de 1769, que prohibio o tirar-se devassa do Concubinato simples, podendo-se somente devassar dos Concubinatos com Concubinas teúdas, e manteúdas, com público, e geral escandalo; porque do contrario se seguirião as mesmas perniciosas consequencias, que quiz acatular este Alvará.

(4) Este caso depois da providente Lei de 20 de Junho de 1774 raras vezes se poderá verificar, porque segundo o §. 19. desta Lei, e declaração d'elle feita pelo Ass. de 18 de Agosto de 1774, não tem lu-

seu Testamento á sua vontade, em cujo caso, morrendo o Pai nesse meio tempo sem Testamento, fica o Filho, ou Filha excluído da herança por esse facto; e, não morrendo logo, o poderá desherdar, Ord. cit. §. 13. (1): = 10.^a Não tendo cuidado no Pai desasistido, Ord. cit. §. 14, e 15. (2): 11.^a Se o Filho, ou Filha forem negligentes em remir seu Pai, ou Mãe, estando estes captivos, podendo-o fazer, porque então são excluídos da herança, morrendo os Pais no cativeiro por culpa dos Filhos negligentes, e desherdados, chegando ao estado de poderem testar, Ord. cit. §. 16: = 12.^a Também poderá o Pai, ou Mãe, que forem Catholicos Christãos desherdar seus Filhos herejes, ou que se desviarem do que ensina, e crê a Santa Madre Igreja, Ord. cit. §. 17: = 13.^a Se a Filha ainda menor se fizer meretriz pública, ou concubina, também pôde ser desherdada, Ord. cit.

gar a prisão por dividas-civeis, e sómente pelas fiscaes he que esta se poderá verificar, bem como nos devedores dolosos, que a sobredita Lei não quiz com razão favorecer.

(1) Note-se o que a este respeito diz a Ord. Liv. 4. tit. 84. §. 2. a qual declara que, quando os herdeiros instituídos impedirem ao Testador a que revogue o Testamento que já tiver feito, não valha tal Testamento, e que a herança se applique para a Coroa, como deixada a pessoas indignas.

(2) O §. 14. da Ord. cit. figura o caso de quando o Pai, ou Mãe perdeo o siso, ou juizo natural, e o Filho, ou outro que lhe devesse succeder *ab-intestado*, foi negligente em o curar, e lhe assistir, podendo ser neste caso desherdado livremente, tornando o Pai assim doente ao seu juizo natural; e ficando privado da herança, se morreo no estado de imperfeição de juizo, por se presumir que se fizesse Testamento o não instituiria, pela ingratição, que com elle tinha praticado; e o §. 15. fórma outra especie, e he quando alguma pessoa estando desasistida não for bem tratada, e assistida por aquelles que lhe devião succeder por Testamento, ou *ab-intestado*, havendo neste caso hum estranho, que lhe requeresse o bom tratamento, e este requerido o não fez, praticando o requerente este acto de humanidade, lhe succederá na herança, e o herdeiro instituído, ou que devia succeder-lhe *ab-intestado*, será excluído della.

§. 1. (1): = 14.º E do mesmo modo se a Filha se casar sem consentimento dos Pais, ou ignorando estes, Ord. cit. §. 1. 2. e 3. (2). Estas as causas justas, por que os Pais podem desherdar seus Filhos (3): se-

(1) Note-se que a Lei de 19 de Junho de 1775, §. 4., veio de certo modo a corroborar o disposto nesta Ord. §. 1., em quanto determina, que as filhas-familias, que estiverem debaixo de Tutela, ou Curadoria de seus Pais, e parentes, se se deixarem corromper, além de ficarem inhabeis para delles herdarem, ou haver delles alimentos, ficão pelo mesmo facto desnaturalisadas das familias; e sobre esta Lei veja-se o Ass. 4. de 20 de Julho de 1780, que declara quando o Pai pôde pedir em vida a desherdação de sua filha.

(2) A filha menor de 25 annos, que casava contra a vontade dos Pais, ou ignorando-os estes, era desherdada por huma Lei do Senhor D. Diniz de 1339, e por este Direito nem o Pai ainda que quizesse a podia fazer herdeira; porém esta Lei foi declarada pelo Senhor D. Afonso V. na sua Ord. Liv. 4. tit. 99., permittindo ao Pai instituir sua Filha por herdeira não havendo outras Filhas, mas, existindo estas, por consentimento dellas. Pela Ord. do Senhor D. Manoel, Liv. 2. tit. 72. §. 2. se estabeleceu outra excepção á Lei do Senhor D. Diniz, não se julgando desherdada a Filha, que casou dignamente, admittendo-se á successão com os outros Filhos, não lhe podendo tirar o Pai toda a porção legitima, mas sómente ametade, o que passou depois para a Ord. actual, tit. 88. §. 3., onde se faz huma declaração do estabelecido no §. 1., dizendo: *Que se alguma Filha antes de ter 25 annos dormir com algum homem, ou se casar sem mandado de seu Pai, ou de sua Mãe não tendo Pai, por esse mesmo feito será desherdada... posto que não seja por elles desherdada expressamente; cuja disposição se acha corroborada, e declarada pelos §§. 4., e 5. da Lei de 19 de Junho de 1775, 29 de Novembro deste anno, e 13 de Novembro de 1651, privando da herança a todos os Filhos que casarem clandestinamente, e sem consentimento dos Pais, na fórma declarada nas sobreditas Leis: no §. 3. porém da Ord. cit. se exceptua o caso de ter casado com hum homem digno, podendo neste caso os Pais, se quizerem, desherdalla sómente da ametade da legitima, que lhe pertencia pela morte de cada hum delles, e não a desherdando succede como que se casasse por consentimento dos Pais, e isto, haja ou não mais Filhos, ou Netos; tendo-se já declarado no §. 2. da Ord. cit., que no caso de ter-se deshonestado a Filha, ou casado contra a vontade dos Pais, se ao tempo da morte destes houver outros Filhos legitimos, não poderão instituir aquella Filha por herdeira contra a vontade destes Filhos, excepto se os não houver, ou Netos, porque então a poderão instituir os Pais, por ter sido feita a injuria sómente a estes.*

(3) Se além destas causas, por que podem os Pais desherdar os

gue-se vermos as causas, por que o Filho poderá desherdar seu Pai, e o Irmão a seu Irmão.

CAPITULO XV.

Causas, por que os Filhos podem desherdar seus Pais.

POR sete causas podem os Pais ser desherdados pelos Filhos, que aponta a Ord. Liv. 4. tit. 89, sendo quasi as mesmas, por que os Pais podem desherdar os Filhos; e são as seguintes: = 1.^a Se o Pai, ou Mãe armasse traições á vida do Filho, tratando por si, ou por outra pessoa o procurar-lhe a morte, Ord. cit. §. 1: = 2.^a Se o Pai tiver ajuntamento carnal com a mulher de seu Filho, ou com sua barregã, que tenha, ou tivesse por teúda, e manteúda, Ord. cit. §. 2. (1): = 3.^a Se o Pai, ou Mãe impedio ao Filho fazer Testamento, Ord. cit. §. 3: = 4.^a Se o Pai der veneno á Mãe do Filho, ou esta o der ao Pai, Ord. cit. §. 4. (2): 5.^a Se o Filho, ou Filha perdesse o en-

Filhos, e que são expressas em as nossas Leis, ha outras, he questão que não decidem do mesmo modo os Interpretes: he certo que por Direito Romano havia outras, e que as que vemos na Ord. cit. forão deduzidas da Nov. 115. Cap. 3; porém como a Ord. não aponta mais, he porque não quiz admittir as outras, e por tanto diremos que não podem ter uso.

(1) A nossa Ord. no lugar cit. não se limita só ao caso em que o Pai teve cópula carnal com a nora, ou barregã do Filho, mas authorisa o Filho a desherdar a Mãe, quando esta commetteo incesto com o marido, ou barregão da Filha; mas isso se deve entender quando o Filho sabia que era Madrasta sua, ou concubina do Pai, e o mesmo se deve dizer na 6.^a causa por que o Pai póde desherdar o Filho, como se notou já.

(2) Note-se que este caso he diferente do §. 1., e verifica-se não quando o Pai deo veneno ao Filho, mas quando o Pai deo veneno a sua mulher Mãe do Filho, ou quando esta o deo, ou attentou de ou-

tendimento natural, e o Pai, ou Mãe não o quizessem curar, ou tratar d'elle, Ord. cit. §. 5. (1) : = 6.^a Se o Filho, ou Filha, estando captivos, não forão remidos pelos Pais, podendo-o fazer, Ord. cit. §. 6 : = 7.^a Se o Filho, ou Filha fossem Catholicos Christãos, e os Pais herejes. Ord. cit. §. 7.

CAPITULO XVI.

Causas, por que o Irmão póde desherdar o Irmão.

Posto que seja permittido geralmente ao Irmão desherdar seu Irmão, sem declarar a causa por que o desherda, e se entenda ser desherdado ainda quando d'elle não faça menção no Testamento, não podendo, ou não tendo Direito o Irmão desherdado para contradizer, e fazer revogar o Testamento, em que assim for desherdado, como he expresso na Ord. Liv. 4. tit. 90. pr., com tudo esta regra tem sua excepção, e he quando o Irmão instituir huma pessoa infame, com infamia de Direito, ou facto, como se este fosse reputado entre os bons por vil, e torpe, e de máos costumes, por ser bebado, taul, ou de outra semelhante torpeza, porque então poderá o Irmão intentar a querela do Testamento inofficioso contra o Testamento do Irmão, se aquelle, que foi desherdado, não for tambem vil, e torpe, como o instituido, como declara a Ord. cit. §. 1, ou se tiver o desherdado sido ingrato para com seu Irmão, porque

tro modo contra a vida de seu marido; porque nestes casos poderá o Filho desherdar o Pai, que assim se portou.

(1) Deve-se aqui dizer o mesmo, que se notou á causa 10.^a porque o Pai póde desherdar o Filho.

então ainda que seja instituida huma pessoa vil, e torpe, não poderá contradizer tal Testamento, com tanto que a ingratidão seja commettida por cada huma destas causas: = Se ordenou por alguma maneira a morte ao Irmão, = ou lhe dormio com sua mulher, = ou lhe fez alguma accusação crime, = ou lhe procurou perda da maior parte de seus bens, ou de todos. Ord. cit. §. 2. (1)

CAPITULO XVII.

Por quem deve ser provada a desherdação.

TENDO-SE exposto as causas, por que se podem desherdar tanto os Filhos, como os Pais, e Irmãos he necessario vêr por quem deve ser provada a causa legitima da desherdação. A Ord. Liv. 4. tit. 82 §. 2. o declara a respeito do Pai para com o Filho, dizendo que o Pai deve declarar no Testamento a causa, por que desherda seu Filho, e o herdeiro escripto he que deve provar a causa, e razão, por que o Filho foi desherdado, ser verdadeira, como no Testamento foi expressa, e declarada, e que he legitima, expressa, e sufficiente para o Filho por ella poder ser desherdado (2); e isto que se diz a respeito dos Pais,

(1) Veja-se a Nota no fim do Cap. 13., e note-se que as mais causas da desherdação inventadas pelos DD. não podem ter lugar entre nós, visto que a interpretação extensiva não tem lugar nas Leis penaes.

(2) Já se notou, que quando o Pai não desherdou o Filho expressamente, instituindo outro herdeiro em seu lugar, o Testamento fica nullo na fórma da Ord. cit. tit. 82. § 1., e então neste caso, note-se agora, que ainda que o herdeiro instituido queira allegar, ou provar alguma causa legitima, huma vez que não seja expressa pelo Testador, não vale, nem será admittido a provalla; no caso porém dito do

he transcendente aos Filhos; porém pelo que pertence aos Irmãos, como a respeito destes não he necessario declarar a causa por que hum Irmão desherda a outro, como he expresso na Ord. cit. tit. 90. pr., podendo-o desherdar ainda sem fazer menção d'elle, excepto se for preferido por pessoa torpe, neste caso pôde querellar do Testamento do Irmão nos termos expressos na Ord. cit. §. 1, e 2. (1)

CAPITULO XVIII.

Em que tempo se requer a capacidade no herdeiro.

SENDO certo que os herdeiros, que hoje estão habeis para addir a herança, ámanhã o não pôdem estar por

Testador declarar a causa, então pertence ao herdeiro instituido pro-
valla, como he expresso na Ord. cit. §. 2.; mas no entanto em que se entra neste exame o Filho he que deve estar na posse dos bens, porque sempre se presume sem culpa, e dever-se-lhe por consequencia a legitima; mas pôde-se figurar hum caso, em que com tudo o Filho fique privado da herança, e sua posse, e he quando o Filho foi citado a requerimento do Pai para provar sua ingratidão, porque provando-a o Pai, o herdeiro instituido, pela morte do Testador, entra logo na posse da herança, sem ser necessario provar.

(1) A Ord. cit. §. 1. e 2. não diz mais a respeito da prova desta desherdação, que o *Irmão poderá contradizer o Testamento do Irmão em que for desherdado*; isto não quer dizer outra cousa mais que poderá o Irmão desherdado offerecer hum Libello em Juizo para este fim, o qual não pôde ter outro objecto mais que a infamia do instituido; porém este tem tres maneiras para o contrariar; 1.^a Que não tem a infamia que allega; 2.^a Que esse Irmão he igualmente infame, e por isso excluido pela Ord. cit.; 3.^a Que posto elle seja infame, com tudo o Irmão desherdado commetteo algumas das causas de ingratidão, que aponta a Ord. cit. no §. 2. segundo o qual deve ser desherdado; donde temos que a hum e outro pertence provar a final o que poder, conforme as razões, que se offerecerem, fundadas no que dispõe a nossa Ord. nos §§. cit. por onde se deve regular esta materia.

algun motivo superveniente; e pelo contrario, os que hoje não são capazes o podem ser amanhã, he preciso vermos o tempo, em que se requer a facção de Testamento passiva no herdeiro; isto he, quando estão habéis para adquirir o que se lhes deixa em Testamento, por isso mesmo que não podem ser instituidos por herdeiros senão aquelles, que tiverem facção de Testamento passiva; em consequencia do que, diremos que a capacidade no herdeiro não só se requer ao tempo, em que lhe he deferida a herança (1),

(1) He certo que pelo nosso Direito se não acha definido, e declarado o tempo, em que se requer a capacidade no herdeiro para adquirir a herança, e por isso se costuma julgar este pelo que dispunha o Direito Romano, Inst. § 4. *de hered. qualit. et differ.* e L. 49. ff. *de hered. Inst.*, que requer no herdeiro a facção de Testamento passiva em tres tempos: = 1.^o Ao tempo da facção do Testamento: = 2.^o Ao da morte do Testador: = 3.^o Ao da addição da herança: = e na instituição condicional, ao tempo da existencia da condição, L. 49. §. 1. ff. *de her. Inst.*, e §. 4. Inst. já citada. Ao tempo da facção do Testamento, porque se não fosse capaz o herdeiro, então era nullo o Testamento, ainda que depois se fizesse habil pela regra Catoniana estabelecida na L. 1. ff. *de reg. Cat.*, e L. 29. ff. *de Reg. Jur.* *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* Ao tempo da morte do Testador, porque se não fosse capaz então, reduzia-se o herdeiro ao estado, em que não podia principiar, e estavamos na outra regra, *res incidebat in casu, in quo incipere non potest*, e o mesmo era ao tempo da addição da herança, e existencia da condição, porque então he que succede o herdeiro no Direito do Testador; não obstava porém se deixasse de ter a facção de Testamento passiva nos tempos intermudios, se com tudo a tivesse nos tempos marcados. Alguns interpretes da Jurisprudencia Romana, como Vinio, accusão a Justiniano por contar mal os tres tempos, requerendo-se sómente em dous; porém he certo que as Leis cit. requerem, ou fallão nos tres tempos. O A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. no Liv. 8. tit. 5. §. 37. diz que he bastante que o herdeiro tenha facção de Testamento passiva ao tempo, em que lhe he deferida a herança, como determinou o Cod. da Prussia, P. 1. tit. 12. Art. 43, não querendo que entre nós tenham lugar as razões, e principios, que obrigavão aos Romanos a requererem a mesma facção de Testamento nos tres tempos ditos; e acrescenta em a nota, que posto que obste a regra Catoniana á sua opinião, com tudo ella falla em muitas cousas, mesmo entre os Romanos, pois não pertence para as Leis novas, e Instituições condicio-

mas tambem ao tempo da facção do Testamento,

naes, nem para as heranças, e legados, cujo día não cede a morte *Testatoris*, mas depois de addida a herança, L. 3. 4. e 5., ff. de reg. Cat.: no Testamento do Soldado tambem cessa, §. 4. Inst. de Test. milit., e nos contratos de boa fé, L. 41. ff. de Pignor. act., e que tendo tantas excepções por Direito Romano, por que razão não ha de ser admittida em o nosso Direito em toda a sua extensão? devendo sómente ter lugar nos actos solemnes por Direito, e naquelles negocios, em que só podemos querer huma vez, ou em que as Leis mandão sómente *pro forma* olhar para a condição, qualidade, e estado presente da pessoa, e por isso vemos não convalescer o Testamento que fez o impubere, o filho familias, o mentecapto, etc. ainda que se emancipe, se faça pubere, etc. por isso que a Lei, ou Ord. Liv. 4. tit. 81. só concede fazer Testamento aos Pais de familias, e aos que estiverem em perfeito juizo. Porém, não dizendo que a sua opinião he má, diremos com tudo, que ella se aparta do espirito da nossa Legislação, e praxe estabelecida até este tempo, porque aquella procura coarctar a liberdade ampla de testar que tinham os Romanos, e esta vê-se estabelecida, e adoptado aquelle Direito por todos os Praxistas, que requerem a capacidade do herdeiro em os tres tempos; e como não ha razão alguma para nos devermos afastar desta praxe, que he muito conforme ao Direito recebido, e não he contra a razão, não estando declarado em o nosso Direito, parece estar incluído na disposição da Lei de 13 de Agosto de 1769, e não vogar a opinião daquella A., que parece se não deve adoptar, e muito menos o que continúa a dizer em a nota, que aquelle que ao tempo da facção do Testamento, e morte do Testador não tiver Direito de receber a herança, se já a tiver ao tempo em que lhe for deferida, não deve ser della privado, por isso que se o Testador conheceu que não era capaz, e prevaleceu nesta vontade até á sua morte, he porque queria que este lhe succedesse; pois, direi a este respeito o contrario, que se o Testador sabia da incapacidade do herdeiro, mais inválido se torna por isso o Testamento, porque queria huma cousa contra a Lei; só se declarasse que sabia que elle era incapaz de presente, mas que queria que lhe succedesse, se ao tempo da sua morte fosse capaz, porque he como huma instituição condicional; e em quanto ao que argumenta com a regra *Catoniana*, diremos, que quando foi recebida entre nós, o foi tambem com as suas excepções, e nós podemos estabelecer mais huma regra sobre os negocios, em que tem lugar a regra *Catoniana*, e qual em que o não tem, segundo o que refere Cocco nas Not. a Grot. Liv. 2. Cap. 4.º §. 11., onde diz que se deve fazer differença daquillo, que he substancial, áquillo que he accidental em negocios: quando são viciosos logo do principio, e este vicio versa a respeito da sua substancia, não valem; porém se he accidental póde valer o mesmo negocio.

isto na instituição pura; e na condicional ao tempo, em que se verificar a condição.

CAPITULO XIX.

Das Condições das Instituições.

TENDO-SE tratado até aqui das solemnidades dos Testamentos tanto internas como externas, e do que pertence á instituição, ou desherdação dos herdeiros, resta fallar das condições, que se podem juntar ás instituições, e das que vicião a mesma instituição.

Dos principios estabelecidos até aqui se vê manifestamente, que qualquer Testador (não dispondo da porção legitima, porque esta se deve deixar sem onus, ou condição) tem a vontade livre de dispôr das suas cousas a favor de quem lhe parecer, com tanto que as Leis lhe não obstem, e por isso pôde instituir herdeiro puramente, ou debaixo de condição, ou em certa cousa, e dar a herança desde tal dia até tal (1), posto que se tenha por superfluo o mencionar-

(1) Note-se, que no caso de ser instituido o herdeiro desde tal tempo até tal, passado este, ou antes que elle chegue, a herança se defere ao herdeiro legitimo, Gundeling. *de Jur. Nov.* Liv. 2. Cap. 6. Vin. ao §. 6. n. 7., e §. 9. n. 6. *Inst. de her. Inst. Stryk. us. mod.* ao dito tit. §. 7., e 8. E por tanto entre nós nenhuma applicação tem os seguintes principios, ou regras de Direito Romano: = 1.^a Que era ignominioso morrer sem herdeiro, §. 1. *Inst. qui, et quib. ex caus.*, ainda que isto não era em todo o caso, mas só quando o Testador onerado de dividas, morria, mettendo-se de posse dos bens os crédores, e erão vendidos em hasta publica em nome do mesmo, o que na verdade era ignominioso entre os Rom.; e para evitar esta ignominia manumettião hum dos seus servos em Testamento para lhe succeder na herança, para que os bens fossem vendidos em nome deste: = 2.^a Que ninguem podia morrer *pro parte testatus, et pro parte intestatus*, L. 7. ff. *de Reg. Jur.*, e isto porque os herdeiros successo-

coisa certa, ou accrescentar dia no Testamento, e assim diremos que os herdeiros estranhos podem ser instituidos debaixo de qualquer condição possível;

res do defuncto representavão em tudo a pessoa deste: = 3.^a Que a herança não se podia dar *ex die, vel ad diem*, e accrescentado, ou posto este, se tinha por não escripto, §. 9. *Inst. de her. Inst.*, pela regra de Direito da L. 87. ff. *de Reg. Jur.*: *utile per inutile non viciatur, in favorabilibus*: = 4.^a Que toda a herança accresce ao herdeiro instituido em hum predio sem companheiro, não se fazendo menção do predio, L. 1. §. 4. ff. *de her. Inst.* O A. das *Inst. de Dir. Civ. Lus.* liv. 3. tit. 5. §. 32. mostra em a nota a futilidade destes principios, dizendo que não tem uso entre nós, o que prova com o preambulo da Lei de 9 de Setembro de 1769, em que se reputão estes principios subli dos Romanos como supersticiosos, e indignos de se adoptarem, a qual diz o A. fora abrogada até á publicação do NovoCodigo pelo Decreto de 17 de Julho de 1778; porém he certo que fora derogada, e não abrogada, pois ainda ficárão subsistindo alguns dos seus §§. como já se notou, e outros como os §§. 18. 19. e 21. forão restituídos pelo Alv. de 20 de Maio de 1796; e por tanto pôde-se dizer que o espirito das Leis Testamentarias se poderá regular por aquelle preambulo, e Lei de 18 de Agosto de 1769, e por isso em quanto á 1.^a regra de Direito Romano, diremos que entre nós não tem uso, por não ser ignominioso entre nós o morrer, ou deixar de morrer sem Testamento, sendo aliás este principio meramente civil, e proprio dos Romanos, que as Nações civilizadas não tem adoptado. = Em quanto á 2.^a regra, tambem não he admissivel entre nós, como absurda, e propria dos Romanos, e o A. cit. prova a verdade desta asserção com dois exemplos: = 1.^o Com os bens emfiteuticos, que segundo a sua instituição se devem devolver a quem pertencerem, ficando livre ao Testador dispor de todos os outros bens a sen arbitrio, e o mesmo podemos dizer dos Morgados, o que tudo se collige da Ord. Liv. 4. tit. 36. pr., e o mesmo se deduz da Lei de 9 de Setembro de 1769 no seu preambulo: = 2.^o He o que se deduz da Ord. Liv. 4. tit. 82. pr., pela qual se permite ter herdeiro testado, e herdeiro ab-intestado, em quanto permite ao Pai dispor da terça a favor de hum estranho, na qual succede por Testamento, e os Filhos na legitima ab-intestado. Obsta porém a Ord. Liv. 4. tit. 83. §. 3. em quanto diz que os Soldados podem morrer em parte com Testamento, e em parte ab-intestado, o que parece fazer admissivel a regra dos Romanos, e conceder-se a excepção aos Soldados por privilegio; porém diremos, que he verdade que a Ord. reputa este privilegio como valioso, mas he só no Testamento em que elles dispõem dos bens castrenses, e quasi castrenses, e de nenhum modo nos outros, e de mais nós não temos Lei alguma que declare taes Testamentos nullos, antes temos a Ord. citada tit. 82. pr.,

pois que a impossível, torpe, ou irrisoria vicia a instituição, e esta se deve ter por nulla, e ridicula, e como se fosse posta por hum homem louco (1); do mesmo modo torna nulla a instituição de herdeiro quando for instituido debaixo da condição de juramento, apesar de ser honesta por sua natureza, e prohibida sómente por haver muitos homens faceis em dar juramentos falsos, e outros tímidos em os prestarem (2): pelo contrario as condições = Se não casar; = Se per-

donde se deduz o contrario, como fica dito, e por consequencia todas as sobreditas regras são tidas entre nós por inadmissiveis, e supersticiosas, e como taes sem uso, segundo o espirito da Legislação moderna.

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

(2) Esta condição do juramento por *Dir. Rom.* se tinha por não escripta, ficando salva a instituição, *L. 9. ff. de cond. Inst.*; porém nós diremos que segundo os principios estabelecidos, e que segundo a nossa Legislação tal condição torna nulla a instituição, porque estabelecendo-se na *Ord. Liv. 4. tit. 73*, que todos, e quaesquer contratos, em que entrar semelhante condição sejam nullos, e sendo este o unico lugar, em que se reprovão taes condições, reputando-se em nenhum outro por não escriptas, temos que tal condição torna nulla a instituição, e com muita mais razão o deve ser nas ultimas vontades, que nos contratos, como temos visto.

manecer no estado de viúva: = Se viver honestamente: = Se abraçar o Estado Ecclesiastico: = como estas condições são possíveis, se não devem reputar por não escriptas, mas sim postas para o fim de se cumprirem; e não as cumprindo o herdeiro instituído, perde o que lhe foi deixado debaixo de tal condição (1): não são assim as condições ineptas, futeis,

(1) O A. nas Inst. de Dir. Civ. Lusit. Liv. 3. tit. 5. §. 34, diz que taes condições se tem por não escriptas, e que a herança, ou legado deixado debaixo de taes condições he válido, e se pôde pedir ainda que não as cumpra o herdeiro, ou legatario; porém isto he inadmissivel, e contrario ao que observamos no Foro, sobre o que se pôde vêr o que a respeito de taes, e semelhantes condições escreveu o douto Lobão no seu Tratado de Morgados, Cap. 9, pois que a razão que aquelle A. dá, de serem as Nupcias licitas, e o Celibato não ser recommendado por Lei alguma, seguindo nisto ao Direito Romano, não convence; e assim diremos que como em nenhum lugar da Ord. se considerão por não adjectas taes condições, juntando-se aos Testamentos, se devem reputar por escriptas: pois he certo, que, segundo os costumes modernos, huma vez que foi deixado hum legado a qualquer debaixo da condição de abraçar a vida Ecclesiastica, não lhe poderá ser deferido em quanto não fôr Ecclesiastico, o que sempre se tem seguido no Foro, porque se ao Testador he livre deixar os seus bens a este, ou áquelle, pôde muito bem deixallos com alguma das sobreditas condições, se imaginar que por meio dellas podem melhor verificar-se as suas vistas, e tenções para o futuro, ou para melhor arranjo dos seus parentes, e familia; e como não ha Lei que obrigue a casar, nem a conservar-se neste, ou naquelle estado, se o herdeiro instituído quizer receber a herança, ou o legatario o legado com aquelle onus, faz por cumprir a condição, aliás vai a herança, ou legado aos herdeiros, que lhe devião succeder *ab-intestado*. Quem quizer consultar o Direito Romano a respeito das condições juntas ás Instituições, pôde vêr no Liv. 28. do Digest. o tit. 7. de Condit. Instit. e no Cod. o tit. 25. do Liv. 6. de Instit. et subst. et caus. et restitut. sub cond. fact., o tit. 44. de fals. caus. adject. Legat. vel Fideicom., o tit. 45. de his quæ sub mod. legat. vel Fideicom. relinq., o tit. 46. de Condit. incert. tam Legat. quam Fideicom. et libert.; hem como no Dig. o tit. 1. do Liv. 33. de Condit. et demonstrat. et caus. et mod. eor. quæ in testam. scribunt, Liv. 2. tit. 14. da Inst. de her. Inst., L. 22. §. 1. ff. de Reg. Jur., L. 135. ff. eod., L. 161. e L. 195. ff. eod. Muitos AA. tem dividido as Condições por diferentes modos; e fundado a sua doutrina segundo as suas formulas; e como Desquiron no seu Trat. de Testam. Tom. 1, pag. 359. trata muito particularmente desta materia, tanto por Di-

inuteis, frivolas, e exóticas, porque estas sendo juntas á instituição não a vicião, mas ficam frustradas, e se reputão por não escriptas, como se deduz da

reito Romano, como pelo Direito Francez, direi em summa a divisão que elle faz das mesmas Condições em 13 membros: = 1.^o Que a condição he *Potestativa*, *casual*, ou *mista*: *Potestativa* a que depende do facto, e poder daquella a que he imposta: *Casual* aquella, cujo acontecimento depende da fortuna, ou acaso: *Mista* a que depende de hum e outro: = 2.^o *Voluntaria*, ou *necessaria*: *Voluntaria* aquella sem a qual o acto pôde subsistir, e procede unicamente da vontade do que a impõe; e *necessaria* a que provém da natureza do acto: = 3.^o *Suspensiva*, ou *resolutiva*: *Suspensiva* a que faz suspender o effeito, e a validade da disposição até o seu acontecimento; e *resolutiva*, a que não suspende o effeito da disposição, mas cujo resultado depende de hum acontecimento futuro: = 4.^o *Affirmativa*, ou *negativa*: *Affirmativa* aquella que he concebida em termos positivos, e affirmativos; e *negativa*, a que he concebida em termos negativos; e nada embaraça que ella seja *Potestativa* casual, ou *mista*: = 5.^o *Divisivel*, ou *Indivisivel*: *Divisivel* a que tem por objecto hum facto divisivel: e *indivisivel*, a que rola sobre hum facto indivisivel: = 6.^o *Possivel*, ou *impossivel*: *Possivel* a que pôde acontecer sem offensa da natureza, ou das Leis; *impossivel* pelo contrario: = 7.^o *Honesta*, ou *deshonesta*, e *contra os bons costumes*: *Honesta* aquella que depende de hum facto, que não he contrario aos bons costumes; e *deshonesta* pelo contrario: = 8.^o *De presente*, *preterito*, ou *futuro*, que he facil de conceber: = 9.^o *De facto*, ou *de Direito*: *De facto* a que tem por objecto factos affirmativos, ou negativos impostos pelo Testador; *de Direito* aquella que a Lei suppre, e se subentende pela vontade presumida do Testador, ou pela natureza da cousa: = 10.^o *Expressa*, ou *tacita*: *Expressa* a que he exprimida em o Testamento; e *tacita* a que se subentende, como a de Direito: = 11.^o *Util*, ou *superflua*, e *inutil*: *Util* a que opera seu effeito natural; *inutil*, ou *superflua* a que não opera algum effeito, e que he olhada como não escripta: = 12.^o *Verdadeira*, ou *falsa*: *Verdadeira* a que existe; e *falsa* pelo contrario: = 13.^o *Momentanea*, ou *successiva*: *Momentanea* a que depende de hum simples facto, ou acontecimento momentaneo para se preencher; e *successiva* a que tem hum tracto successivo, como a pensão mensal, ou annual. Os Exemplos, e Direito analogo a cada huma destas especies, se podem vêr no citado A. a pag. 360, e seguintes; pertencendo para esta materia os Art. 900., e 1169., e seguintes do Cod. Civ. dos Francezes. E no Cod. da Prussia, vejão-se os Art. 61. até 477., e seguintes da 1. P. T. 1. tit. 12. onde se trata esta materia com vastidão; hem como no tit. 26. da Part. 6. de Hespanha, exposto por Viscaín. Perez.

Lei de tres de Agosto de 1770, §. 10. (1), que assim o reputa a respeito dos Morgados.

CAPITULO XX.

Da Instituição contumeliosa, captatoria, e conferida ao arbitrio de outro.

SENDO livre a qualquer dispôr das suas cousas como bem lhe parecer, pôde muito bem reprehender a qualquer que institue por herdeiro, e ainda chamar-lhe nomes affrontosos; o que com tudo não faz esta instituição, assim feita, viciar o Testamento, e o herdeiro se quizer pôde addir a herança, que assim lhe he deixada. (2)

A Instituição que chamão *captatoria*, que he feita por aquelle que pertende haver a herança de outro, e se concebe deste, ou semelhante modo: *Ins-*

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

(2) O A. das Inst. de Dir. Civ. Lusit. Liv. 3. tit. 6. §. 36. diz que a instituição feita com palavras contumeliosas annulla o Testamento, por se reputar o Testador estar galanteando, e a escarneccer, mas faz differença de herdeiros estranhos a legitimos, fundado na L. 48. §. 1. *de her. Inst.*, que diz que vale a Instituição, em que o Filho for instituido com palavras injuriosas; porém he certo que no Direito Romano se não faz tal distincção, e antes a disposição daquella Lei parece transcendente ás mais Instituições, e por tanto não fazendo tambem distincção de herdeiros estranhos a legitimos, diremos que taes instituições não annullão o Testamento, não só pelo que fica dito, mas porque como a injúria he feita só ao herdeiro, não a levará muito a mal, porque recebe em consequencia della, muito principalmente sendo feita por pessoa que já não existe, e porque não ha Lei que annulle semelhantes Instituições; e por tanto parece que se não deve seguir a sua opinião nesta parte.

tituo a Pedro por meu herdeiro em tanto, quanto elle me deixar no seu Testamento, he válida (1); e nada impede tambem que a instituição conferida ao arbitrio de hum terceiro, v. g. *se Pedro quizer, seja meu herdeiro Paulo*, seja válida entre nós. (2)

CAPITULO XXI.

Dos Pactos Successorios.

PODEMOS estabelecer em regra, que tanto os pactos

(1) Por Direito Romano era nulla semelhante instituição, pela capção do Testamento, e perigo de procurar a morte alheia por esta causa; porém como entre nós cessa este perigo, que receavão os Romanos, de que apenas pôde apparecer exemplo, valem taes Testamentos, bem como os reciprocos, ou de mão commum, que fazem os conjuges, e outros no mesmo papel, o que se está vendo muitas vezes no Foro, e isto porque não são tambem expressamente prohibidas taes instituições, pois que mesmo por Direito Romano não erão reprovadas senão aquellas instituições captatorias, em que entrava violencia ou dolo, como se vê da *L. 3. ff. si quis aliq. testat. prohib.*; porque as Instituições captatorias provocadas por afeições mutuas não erão reprovadas, como se vê da *L. 70. ff. de her. Inst.*; e melhor da cit. *L. 3. ff. si quis aliq. test. proh.* E em consequencia disto, e do que achamos no tit. 84. do Liv. 4. da Ord. tambem devemos reputar nulla a Instituição extorquida por força, violencia, ou dolo. Veja-se esta materia em *Desquiron*, Tom. 1. pag. 129. *ubi bene.*

(2) Por Direito Romano era permittido instituir ao arbitrio de hum terceiro, porém era só indirectamente, porque se fosse directamente era nulla a instituição, *L. 68. ff. de her. Inst.*, e *L. 32. ff. eod.*; porém entre nós pôde ser conferida a arbitrio de hum terceiro tanto tacita, ou indirectamente, como directamente, *primò* porque não ha Ord. que a prohiba, *secundò* porque nada pôde obstar a isto, huma vez que disponhão com as solemnidades prescriptas pelas Leis. O A. cit. diz que o Testamento *ad pias causas* por *commum*, e recebida Sentença se não pôde conferir ao arbitrio de hum terceiro, citando Brunneman., e Egid.; porém diremos que entre nós se estende o estabelecido a todos os Testamentos. Veja-se, sobre esta especie de Instituição, *Desquiron*, Tomo 2. pag. 41., e seguintes, onde trata não só desta, mas de outras semelhantes.

de succedendo, como de non succedendo (1), são por

(1) Note-se, que os pactos que se podem fazer a respeito da herança, são de dois modos, ou para haver de succeder na mesma herança, ou para não succeder nella aquelle que a espera. A respeito dos primeiros diz a Ord. cit. no §. 3: «Que quando o contracto for por Direito reprovado, de maneira que por juramento não possa ser confirmado, assim como se algum homem promettesse a outro sob certa pena de o fazer herdeiro, em parte, ou em todo... ou fosse feito contracto sobre a herança de pessoa viva, por que aquelle que não devia ser seu herdeiro o seja sob certa pena, porque taes contractos são assí illicitos, e por Direito reprovados, que não podem por juramento ser confirmados, e por consequente as penas em elles postas se não podem pedir, nem demandar. — E a respeito dos segundos diz a Ord. cit. no §. 4: «E sendo os contractos taes que posto que sejam contra o Direito, podem ser confirmados por juramento... assi como se fosse feito contracto entre dois, ou mais que esperavão ser herdeiros por morte de alguem, que ainda seja vivo, que por sua morte algum delles não herdasse em sua herança, ou se algum delles fizer convença com aquelle de cuja herança se trata, porque não possa herdar nella, ou em outro semelhante caso, por que ainda que tal contracto em alguns casos por Direito não valha, pôde-se confirmar por Direito Canonico por juramento por não ser tão reprovado, como os outros de que acima se faz menção. E por tanto bem se pôde pedir, e levar a pena promettida entre elles, se se não cumprirem.» A' vista desta disposição se vê que os pactos de *succedendo* são illicitos, e reprovados por Direito, e por consequencia nulos, como declara a Ord. cit. no §. 3. Em quanto porém aos pactos de *non succedendo*, he que ha questão. O A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. Liv. 3. tit. 5. §. 36. em a nota, diz que semelhantes pactos, ainda que não sejam acompanhados com juramento, são válidos, para o que dá as suas razões, e provas; porém parece que esta sua opinião senão deve abraçar pelo que vou a expôr; pois quando ha Lei expressa, não se deve recorrer á razão. A Ord. cit. §. 4. deixa vêr duas especies: = 1.^a Quando são dois, ou mais os pactuantes á herança, e hum pactua com outro de não succeder: = 2.^a Quando o senhor da herança pactua com o legitimo herdeiro, ou algum delles, não succeder, e em ambas estas hypotheses accedendo o juramento se pôde pedir a pena. Ora da rubrica do tit. desta Ord., que se inscreve: *Das penas convencionaes, e judiciais, e interesses, e em que se poderão levar*, se vê, que quando a Ord. diz que taes pactos podem ser confirmados com o juramento, não os approva, por lhe obstar a Ord. Liv. 4. tit. 73. em que se annullão todas as convenções em que ha juramento, o qual sempre tem vigor; porém o Direito que ella dá, he o exigir a pena; mas não o Direito de exigir em juizo a execução da

Direito reprovados, e como taes não valiosos, como se deduz da Ord. Liv. 4. tit. 70. §. 3., e 4.

taes contractos; e este he o parecer de Valasco, confirmado pela praxe actual, e por tanto parece que em caso nenhum são valiosos taes contractos, não obstante as razões que dá o A. cit. de que entre nós se não podem tener os perigos que temião os Romanos, porque algumas vezes tem acontecido, além de outras razões que produz para firmar a sua opinião, ou interpretação, que tão longe de ser conforme á disposição da Lei de 18 de Agosto de 1769, como elle quer fazer vêr, he contraria á mesma Lei, que reprova todas, e quaesquer interpretações, que os nossos Advogados, e Jurisconsultos quizerem dar ás Leis, contra o seu espirito, e letra, a fim de evitar a confusão na Legislação. Não he de esperar que haja quem duvide que esta he a interpretação obvia, que se tira da letra dos sobreditos §§. da Ord., e que o que pôde fazer dúvida são as palavras da mesma Ord. no §. 4. *porque ainda que tal contracto em alguns casos, por Direito não valha,* das quaes se pôde inferir que em alguns casos são válidos; porém como não achamos lugar algum das Ord. em que elles se approvem, antes vêmos no principio do mesmo §. estabelecer que taes contractos são contra Direito, dando a entender que esta mesma determinação tem vigor entre nós do mesmo modo que por Direito Romano, direi á vista do exposto, e do que passo a deduzir deste Direito, que em regra os pactos successorios tanto *de succedendo*, como *de non succedendo* são reprovados por Direito, e inadmissiveis em o nosso Foro como torpes, e contrarios não só ao Direito commum, mas á razão, e Direito Natural, como dizem as palavras da Ord. actual, e as correspondentes Aff., e Manoel. que tiverão por fonte a L. ult. Cod. *de Pactis*, e outras, das quaes se deixa bem vêr que regularmente a esperança da futura herança não pôde servir de objecto a pactos, ou convenções dos que esperão herdar, e tanto assim que chegando ella aos pactuantes, se applica para o Fisco, como tirada a pessoas indignas, L. 2. §. fin. ff. *de his quæ ut indign. aufer.*, L. 29., e 30. ff. *de Donat.*; porque não ha herança de homem vivo, L. 1. ff. *de heredi. vel act. vend.*, o L. 94. ff. *de acquir. vel amit. hered.*; nem se pôde inverter a ordem da successão legitimamente estabelecida, ou tirar o direito que compete ao verdadeiro herdeiro por vontade, e convenção dos particulares, L. fin. ff. *de suis et legit. her.*; por isso vêmos que o Irmão não pôde dispôr da herança de outro sem a adquirir primeiro para si, L. 7. Cod. *de Jure deliber.*; nem tão pouco he válido o pacto de não succeder na legitima, feito por hum Filho com os outros Irmãos para não levar senão o dote, estando ainda vivos os Pais, L. 3. Cod. *de Collat.*; e menos para dividirem a herança entre si, tirando assim ao Pai a liberdade de testar, Lei 15. Cod. *de Pact.*, excepto se o Pai, ou o senhor da herança que se espera, consentir, e persistir neste con-

CAPITULO XXII.

Das substituições dos herdeiros.

TENDO-SE tratado até aqui das instituições dos herdeiros, e finalmente declarado que a respeito dellas se não póde pactuar, segue-se vermos se nas instituições podem haver substituições de herdeiros, e principiando por dar a definição de substituição, que dá a Ord. Liv. 4. tit. 87. no pr. (1), diremos que não

sentimento até á morte, L. ult. Cod. de Pact., e eis-aqui hum caso em que se podem verificar válidamente semelhantes pactos; e tanto assim que nem tem lugar neste caso o Fisco, dita L. ult., e Gam. D. 365. n. 5., e 6., podendo com tudo revogar até á morte este consentimento; porque semelhante pacto só se confirma com a mesma morte, ainda que o dito consentimento fosse firmado com juramento; *Portugal de Donat.* Liv. 3. Cap. 31. n. 62., e seg.: bem como são licitos semelhantes pactos, quando em huma sociedade feita geralmente se ajustou de dividir qualquer herança que tocasse á mesma de pessoas incertas, L. 3. §. 2. ff. pro socio; havendo além destes outros casos, que se podem deduzir da interpretação que Alciato dá á cit. L. ult. Cod. de Pact.; e eis-aqui por onde julgo que se devem entender aquellas palavras da Ord. cit.; sendo certo, que póde haver casos em que semelhantes pactos se possam admitir, huma vez que não haja contra elles as razões que os fizerão prohibir, o que no entanto ficará ao arbitrio do bom Julgador: veja-se o Cap. 24. p. 93. not. Almeida e Souza em huma Dissertação especial na Collecç. ás seg. Linh. a pag. 532. concilia os §§. 3. e 4. do tit. 70. com o tit. 73. com o §. 87. do Regino. do Desembargo do Paço, que permite dispensar com causa esta ultima do tit. 73., dizendo que por isso o Legislador naquelles §§. do tit. 70. fizera aquellas distincções, para nos contractos confirmaveis com juramento se exigir a pena, quando a dita Ord. no tit. 73. se dispensasse pelo Tribunal Palatino, para se confirmarem com juramento cases contractos. Os curiosos correrão melhor sobre semelhante materia, que por ser tratada com bastante profusão pelo cit. A. nada mais direi a semelhante respeito, só que destes pactos, ou contractos sobre heranças trata o Cod. da Prussia no Art. 617. tit. 12.

(1). Esta Ord. Liv. 4. tit. 87. he especial, e não se acha nos cu-

he outra cousa mais, *que a instituição de herdeiro feita pelo Testador em segundo grão*. Estas substituições se dividem em cinco especies; a saber: *Vulgar, Reciproca, Pupillar, Exemplar, e Compendiosa*.

Vulgar he a que se faz communmente em esta fórma: *Instituo a Pedro por meu herdeiro, e se não o for, seja Paulo* (1), ou, *se Pedro não quizer ser meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo* (2). E he válida esta substituição, e tem lugar se o herdeiro instituido não acceitar a herança, por não querer, ou não poder; porque se o herdeiro instituido acceitar a herança, então logo expira a substituição vulgar, como he expresso na Ord. cit. §. 3. (3)

tros Codigos, mas esta Ord. diz tudo quanto he necessario para esta materia, a qual foi copiada do Direito Romano, por onde se decidião as questões em o nosso Foro relativas ás Substituições, antes de adoptado expressamente por esta Ord. E quem quizer consultar o Direito Romano a este respeito veja além de Heinec. o Liv. 28. tit. 6. do Dig. de *Vulgar. et pupil. substit.*, e o Liv. 6. tit. 25. do Cod. de *Instit. et Substitut.*, e tit. 20. de *impubr. et aliis substit.*, e na Inst. o tit. 15. e 16. de *Vulg. et pupil. subst.* — Veja-se no Cod. Civ. dos Francezes o Art. 896. e seg. a este respeito. E no Cod. da Prussia, veja-se o Art. 458. da P. 1. tit. 12.; e sobre o Direito de Hespanha, veja-se o Viscaín. Perez, Tom. 1. tit. 27. pag. 178.; pois, como temos Lei escripta em que circunstanciadamente se trata desta materia, he escusado especificar a disposição daquelles Codigos. Se as Instituições de Morgado se podem fazer com substituições, ou não, veja-se o Tratado de Morgados de Almeida e Souza, Cap. 9. §. 16. e seguintes, pag. 127. da 2.^a edição.

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

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

(3) Note-se tambem, que se o herdeiro for menor de 25 annos, ou Filho familias instituido por seu Pai testador, tendo acceitado a herança, como por particular privilegio lhe he concedido mudar de

Substituição reciproca, que he a que comprehende, e contém muitas substituições differentes, por causa das pessoas entre as quaes ella se faz, e se chama assim, porque nella se substituem reciprocamente entre si muitos herdeiros instituidos, se faz desta maneira: *Instituo por meus herdeiros a Pedro, Paulo, e Francisco, os quaes substituo entre si*, ou por outras semelhantes palavras ordena o Testador que succedão huns aos outros. Ord. cit. §. 5. (1).

Substituição pupillar, que he aquella que seu Pai faz a seu pupillo, que tem debaixo de seu poder, se faz da maneira seguinte: *Se meu Filho Pedro morrer dentro da idade pupillar, seja meu herdeiro Paulo*, Ord. cit. §. 7. (2); mas para valer esta substituição he necessario que o Pai faça primeiro seu Testamento, e institua herdeiro em seus bens, porque

vontade, ácerca da acceitação da herança, usando do tal privilegio, irá a herança ao substituto vulgar, posto que já estava della excluido; e da mesma sorte se o Soldado fizer Testamento, se nelle fizer substituição militar conforme ao privilegio que lhe he concedido, nem por isso deixará o substituto de ter lugar, antes vindo o tempo, ou acontecendo o caso em que a tal herança he deixada, será a ella admittido. Ord. cit. §§. 3., e 4.

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

(2) Como he da substancia desta substituição que se faça a pessoa que esteja em poder do Testador, não o póde por isso fazer a Mãe a seu Filho, nem o ascendente a seu descendente, porque conforme a Lei os Filhos, e Filhas pelo casamento ficão fóra do poder de seus Pais, e por conseguinte os Netos, que de tal Filho, ou Filha nascerem, não ficão debaixo do poder de seus Avós, ou outros ascendentes por parte do seu Pai, nem tambem se poderá fazer ao Filho emancipado. Ord. cit. §. 7.

não o fazendo não valerá esta substituição feita a seu filho. Ord. cit. §. 8. (1)

A Substituição exemplar, assim chamada porque se faz a exemplo da pupillar, he aquella que hum ascendente faz a seu descendente, por não poder fazer Testamento por causa de algum impedimento natural, e perpétuo (2), e se faz desta maneira: *Instituo a meu Filho, ou a meu Neto Pedro por meu herdeiro, e se fallecer durando o furor que tem, seja seu herdeiro Paulo.* Ord. cit. §. 11.

A Substituição compendiosa, assim chamada porque debaixo de hum compendio de palavras contém em si muitas substituições de differente natureza, he a que hum Testador faz ao herdeiro que instituo, quando quer que elle fallecer, e se faz da maneira seguinte: *Instituo por meu herdeiro a Pedro, e quando quer que elle fallecer, ou depois da sua morte, ou por sua morte, seja seu herdeiro Paulo,* Ord. cit. §. 12. = Isto pelo que pertence ás substituições; vamos

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

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

avêr agora os differentes modos por que se invalidão os Testamentos, e como o Testamento se diz nullo, roto, injusto, irritado, inofficioso, e destituido por Direito Romano: para significar os differentes modos por que os mesmos Testamentos se vicião, e de que nos podemos servir, mostraremos por sua ordem qual he o Testamento que se chama nullo, roto, etc. (1)

CAPITULO XXIII.

Do Testamento nullo, e injusto.

TESTAMENTO *nullo*, que he aquelle, que não subsiste logo desde o seu principio, por ser feito contra as formalidades de Direito, se póde tornar tal, e sem effeito por differentes modos, e causas: = 1.^a Pela inhabilidade do Testador, quando não tem Direito de testar, como se vê da Ord. Liv. 4. tit. 81: = 2.^a Pela falta de liberdade da vontade do mesmo Testador, Ord. cit. tit. 84: = 3.^a Pela falta de solemnidades internas do mesmo Testamento, como se deduz da Ord. cit.: = 4.^a E pela falta de algumas das solemnidades externas, que a Lei requer *pro forma*.

Em consequencia da 1.^a causa por que se torna nullo o Testamento, pela inhabilidade do Testador, he nullo o Testamento do menor de quatorze annos, do furioso, do mentecapto, do filho familias, do heredeiro, do servo, do Religioso, do pródigo, do mudo,

(1) Entre nós tambem póde deixar de valer o Testamento por todos estes principios, que não valião por Direito Romano; porém apesar de não termos tit. na Ord. especial que trate desta materia, com tudo em alguns lugares della se faz menção de todos estes modos, pelos quaes se invalidão os Testamentos, como se irá notando.

e surdo de nascença, e do condemnado á morte natural, como melhor se declara na Ord. Liv. 4. tit. 81, e já fica exposto.

Em consequencia da 2.^a causa, que he a falta de liberdade do Testador, he nullo o Testamento que for extorquido por força, medo, dolo máo, ou engano, por isso que nada ha mais contrario á vontade que a força, ou medo, Ord. Liv. 4. tit. 84. (1). Pelo

(1) Tudo o que se acha disposto nesta Ord. tit. 84. foi adoptado dos Romanos, e se acha em o tit. do Dig. Liv. 28: *de inj. rupt. irrit. fact. Testam.*, e Liv. 2. tit. 17. da Inst. *quib. mod. Testam. infirm.*, e ahi se vê o que se deva entender por força, e medo, e a pena que tem os que impedirem fazer Testamento a alguém, e em que casos fica nullo o mesmo Testamento; e assim vemos. = 1.^o Que aquelle que por força, ou engano impedir a outro fazer seu Testamento, por si, ou por interposta pessoa, sendo herdeiro que deva succeder *ab-intestado*, he havido por indigno, e applicada a herança para o Fisco: o que se entende não só quando embarçou claramente ao Testador de declarar a sua vontade solememente, mas quando impedio com ameaças o Tabellião, ou pessoa que lhe devia escrever seu Testamento para não entrar onde o Testador estava, ou mesmo se fizer com que as Testemunhas não possam assistir a esse acto, como declara a Ord. cit. pr., e §. 1., e todo o tit. do Dig. e Cod. *Siquis aliq. test. prohib.*: = 2.^o Que se aquelle que tendo já feito Testamento o quizer revogar, e os herdeiros instituidos lho impedirem, ficará nullo o que estava feito, e a herança irá tambem para o Fisco, como tirada a pessoas indignas, Ord. cit. §. 2.; ainda que pelos principios já dados se devia devolver aos herdeiros legitimos, menos no caso de que elles concorressem para isto, o que ficará ao arbitrio do bom julgador, por não ser bastante razoavel aquella Ord. em fallar tão genericamente, pois não he justo que os proximos agnados, ou herdeiros a quem pela natureza he devida, se privem della pelo facto alheio: = 3.^o Que querendo algum fazer Testamento, e deixar alguém por herdeiro, ou deixar-lhe algum legado, e hum terceiro lho tolber por força, medo, ou engano, provando o instituido a quantidade que lhe era deixada, e a força, medo, ou engano, lhe dará o dobro aquelle, que impedio o Testador que dispozesse; não valendo o Testamento em proveito do que commetteo tal medo, ou engano, Ord. cit. §. 3.; = 4.^o Que o que fica dito manda a Ord. cit. no §. 4. applicar para aquelle, que constringer a alguém com força, medo, ou engano a que faça Testamento, e o institua por herdeiro, ou quem elle quizer, ou lhe deixe algum legado. Veja-se o Cap. 20. e sua nota.

contrario se o Testador for induzido com brandos carinhos, e palavras brandas, como se deduz da Ordenação citada, §. 4. (1)

Em consequencia da 3.^a causa, que he a falta de solemnidades internas, vemos ser o Testamento nullo, em que o Pai, ou Mãe não instituio, ou desherdou expressamente o Filho, ou Neto, preterindo-o, e não declarando a causa da sua disposição, como se vê da Ord. Liv. 4. tit. 82, por todo elle, ou quando o Filho não instituio, ou desherdou seu Pai sem declarar a causa, por que o desherdava, como se vê da Ord. cit. tit. 89, e já fica exposto em seu lugar. (2)

Finalmente he nullo aquelle Testamento em que se omitirão as solemnidades externas, que essencial-

(1) Esta Ord. §. 4. estabelece o caso, em que a mulher tendo feito Testamento, em que não deixasse cousa alguma ao marido, ou pelo contrario o marido á mulher, por offensas, e discordias que entre elles tivesse havido, e cada hum delles applacasse o animo do outro com palavras brandas, a ponto de o mover a fazer outro Testamento, em que lhe deixasse toda, ou parte da herança, porque neste caso manda que valha este segundo Testamento. Mas note-se, que o Testamento em que alguém induzir ao Testador com assíduas persuasões, instancias insupportaveis, suggestões importunas, ou supplicas armadas, ou ameaças dos ricos, e poderosos, he nullo, como testifica Phæb. 1. P. D. 25., e Barbosa á Ord. Liv. 4. tit. 84. §. 4., e pelo perigo das suggestões he que as Leis prohibirão que valesse o Testamento escripto pelo Religioso, a respeito das cousas que são deixadas ao seu Mosteiro, valendo com tudo as outras cousas, que se deixão em Testamento, por isso que o util se não vicia pelo inutil, como já se expoz, e o declaram os Alv. de 20 de Março de 1634, 2 de Março de 1647, e Cap. 8. das Côrtes do Senhor D. João IV. de 1641. E note-se finalmente, que tudo o que se disse a respeito do Testamento escripto, sobre a força, e medo, se deve applicar ao Testamento Nuncupativo.

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

mente se requerem na Ord. cit. tit. 80. para a validade dos Testamentos, e que se expozerão, também em seu lugar; porém devemos distinguir do Testamento *nullo* o *injusto*, assim chamado, porque foi feito ao principio *non rite, et jure*, que, (como diz Heineccio) he aquelle, que não valia logo desde o principio, não em razão de lhe faltarem algumas solemnidades internas, mas por lhe faltarem algumas das externas. (1)

CAPITULO XXIV.

Do Testamento rôto.

TESTAMENTO *rôto*, que he aquelle, que sendo feito com todas as solemnidades, se vicia por hum impedimento superveniente, permanecendo o Testador no mesmo estado, se pôde dizer tal por dous motivos, ou pela agnação do posthumo, ou por outro Testamento posterior feito com a intervenção de todas as solemnidades, que a Lei requer; e assim os Filhos, ou Netos nascidos depois do Testamento, tendo sido preteridos, rompem o Testamento, e todo elle se invalida, tanto em razão da instituição, como dos legados nelle deixados, Ord. Liv. 4. tit. 82. §. 3. (2),

(1) V. gr. se fosse feito sómente com quatro Testemunhas, sendo escripto, se não fosse approvado por Tabelião, etc. chamava-se *injusto* para differença do *nullo*, o que também pôde ter lugar entre nós. Sobre as solemnidades externas veja-se no fim o Ass. de 10 de Junho de 1817, e o que depois d'elle exponho, e noto. O Art. 1001 do Cod. Civ. da França também annulla os Testamentos em que faltão as solemnidades que a Lei lhas requer.

(2) Porém isto era quando o Testador ignorava que teria ainda posthumos, e os preterio, porque se elle o sabia, então não vale o Testamento em quanto á instituição; mas vale em quanto aos legados cabendo na terça. Ord. cit. §. 1.

e 5., como já se disse. Se porém estes Filhos, ou Netos morrerem, vivo o Testador, torna o Testamento a revalidar-se, Ord. cit. §. 5. no vers. = *E he vivo*, etc., e L. 12. ff. de *injust. rupt. irrit. fact. Testam.* Que o Testamento se pôde revogar por outro feito solemnemente se prova da Ord. Liv. 4. tit. 84. §. 2., ainda que o primeiro contenha a clausula revogatoria da vontade posterior, porque he ambulatoria até á morte, L. 6. §. 2. ff. de *Jur. Cod.* L. 4. ff. de *adim. vel transf. leg.* (1), e ainda mesmo se diz rôto o Tes-

(1) Note-se que a simples revogação feita na presença de tres Testemunhas, posto que tenham passado dez dias depois de feita, não rompe o Testamento, por isso que não está em uso a Const. de Just. na L. 27. *Cod. de Testam.*, como testifica Groeneweg. de *Leg. abrog.* á mesma Lei. O Testamento principiado, e não acabado, ou o informe, não rompe o precedente, L. 34. §. 1. e 2. ff. de *Testam. Milit.* Se porém o pacto feito com o herdeiro de não revogar o Testamento impede ao Testador a que o possa revogar, he que pôde haver dúvida. O A. das Inst. de Direit. Civ. Lus. Liv. 3. tit. 5. §. 49. figura duas especies: = 1.^a Quando o pacto foi feito simplesmente; isto he, quando não interveio alguma cousa em doação para conservar o pacto; e diz o A. que o Testador o pôde revogar, fundado na L. ult. *Cod. de Pact.*, por isso que as Leis quizerão favorecer a liberdade dos homens até á sua morte: = 2.^a Quando no pacto interveio alguma dadiwa da parte do pactuante, e então diz o A. que não pôde mudar a vontade, e em a nota explana esta materia, e especie, trazendo para firmar sua opinião a authoridade de *Sckitt.* exercit. 39. ás *Pand.* §. 57., e de *Stryk.* us. mod. ao tit. de *inj. rupt.* §. 2. e seg., e exemplifica isto com o Testamento de mão commum, dizendo que ainda que estes Testamentos sejam valiosos, podem ser revogados por qualquer dos conjugues naquella parte que lhe toca, ainda mesmo quando entre si pactuassem de não revogarem a vontade; se porém elles se instituirão mutuamente, e em falta delles nomeassem hum terceiro, e promettessem de o não revogar, então diz o A. que valia este pacto, ainda que *Valasco* seja de opinião differente; porém nós diremos que pelo que pertence á primeira, não ha dúvida alguma; em quanto porém á segunda de quando se instituirão mutuamente, declarando que depois da sua morte se devolvesse a hum terceiro, e o que sobrevivesse deveria estar obrigado pelo pacto, não posso estar por essa opinião, porque já fica na classe de pactos successorios, e por consequencia reprovados pela Ord.; para o que basta estabelecer as duas seguintes regras, pelas quaes he facil de decidir esta opinião: = 1.^a Que o homem não pôde impôr Lei a si

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

mesmo, e que a sua vontade he revogavel até á morte: — 2.^a Que todas as vezes que parecer intervirem pactos successorios, he tudo nullo. Veja-se a nota ao Cap. 21.

(1) Em regra sempre se deve presumir, que fora por vontade do Testador, com tanto que o Testamento esteja na sua mão, e for na parte essencial do Testamento; porque se for na menos essencial, então se não julga roto: e isto tudo he a respeito do Testamento cerrado; porque se for do feito *apud acta* nas notas, para este se riscar he necessario que intervenhão as mesmas solemnidades que se requerião para se fazer, apparecendo na presença do Magistrado com as Testemunhas necessarias, e Escrivão competente, o qual lavrará hum termo de que se apresentou o Testador com as mesmas Testemunhas para o riscar, e apagar; e posto que sobre esta materia as nossas Ordenações não fallem, com tudo he isto o que se está observando em todas as Nações civilizadas, e só do rôto pela agnação do posthumo he que se faz menção na Ord. Liv. 4. tit. 82. §. 6., e no §. 2. do que se rompe pela facção de Testamento posterior; sobre o que basta notar, que existindo dous Testamentos ao tempo da morte do Testador, he sómente valioso o que ultimamente foi feito, por isso que Testamento he a ultima vontade. Se o Testamento, que se acha aberto, rotas as linhas, tirado o lacre, ou quando se ache rasgado, riscado, rasurado, e mudado em todo, ou em parte, se presume ter sido revogado pelo Testador, e não valha no todo ou na parte riscada, etc., he a materia de hum *Dissertação de Almeida e Souza*, que vem a pag. 177. das *Dissert. sobre as seg. Linh.* onde se pôde vêr a sua opinião, e principios a este respeito; pois que semelhante materia, ou questão, deve decidir-se conforme as circumstancias, que acompanharem os factos, e segundo as differentes especies de Testamento: e os judiciosos, na falta de Lei Patria, recorrerão conforme aos principios estabelecidos por *Direito Romano*, e moderno das Nações; vendo entre outras Leis daquelle Direito a L. 1. §§. 10. e 11. ff. *de Bon. posses. secund.*

CAPITULO XXV.

Do Testamento irrito.

TESTAMENTO *irrito*, que he aquelle, que se invalida por sobrevir algum impedimento ao Testador, depois deste ter feito Testamento, verifica-se quando o Testador, por exemplo, tendo feito Testamento com liberdade, se fez servo, ou foi condemnado á morte, ou se fez Filho familias; porque nenhum destes póde fazer Testamento, e veio a recahir no estado, em que não podia principiar. (1).

Tab., a L. 1. §. 3. ff. *Si Tabul. Testam. null. ex Tab.*, a L. 30. *Cod. de Testam.*, a L. 22. §. 3. ff. *qui Testam. fac. poss.*, a L. 1. ff. *de his que in Testam. dent. et ins.*, etc., donde podemos tirar a geral conclusão, que o Testamento cerrado se entende revogado, logo que o Testador corta as linhas com que foi cosido, provando-se que fora aberto assim pelo Testador; mas não se sabendo por quem fora feita esta abertura, e sendo achado em poder de quem tinha interesse na revogação, deve presumir-se, que he obra deste, e não do Testador; porque se este o quizesse revogar, o rasgaria, ou riscaria de fórma que se não lesse. Pelo Direito do *Cod. Civ. dos Francezes* nos Artigos 1035, e seguintes, os Testamentos não se podem revogar em parte, ou em todo, senão por outro posterior legalmente feito, e de huma maneira a mais expressa, ou por hum acto feito perante Notarios; em que se declare a mudança da sua vontade: veja-se porém *Desquiron*, *Nov. Furgole*, Tom. 2. Cap. 9. pag. 492, e seguintes, onde se trata mui bem esta materia. Pelo Direito do *Cod. da Prussia* tambem os Testamentos se revogão em parte, ou em todo, por outro posterior, que póde fazer-se até á hora da morte, Art. 563. da P. 1. tit. 12. e seguintes. O *Direito de Hespanha* a este respeito póde vêr-se no *Compend. das Leis do Viscaín Perez*, Tom. 1. tit. 31. pag. 196, e no tit. 8. da Part. 6., e tit. 8. do Liv. 5. da *Recopil.* Tambem pelas *Leis Inglezas*, a revogação expressa de hum Testamento por outro posterior, ou pela superveniencia de Filhos, faz annullar, e romper o primeiro Testamento, *Blackstone* Tom. 3. Cap. 32. pag. 446.

(1) Note-se, que entre nós apenas póde ter lugar nos que forem

CAPITULO XXVI.

Do Testamento inofficioso.

TESTAMENTO *inofficioso*, que he aquelle, que sendo feito com as solemnidades de Direito, o foi contra os officios da piedade, tem lugar quando forão desherdados injustamente, ou preteridos sem causa aquelles, a quem se deve a porção legitima, e de que falla a Ord. Liv. 4. tit. 82. (1) Do que se segue,

condemnados á morte, que em Direito são chamados servos da pena; porque a escravidão está extincta entre nós, e as legitimações, ou perfilhamentos, ainda que pareça deduzir-se terem lugar da Ord. Liv. 1. tit. 3. §. 1., com tudo parece não terem uso presentemente; porém para clareza desta materia devemos estabelecer as seguintes regras: = 1.^a Que se desfazem aquellas cousas, que sendo feitas com as devidas solemnidades vem a cair no caso, em que não podem principiar, L. 93. ff. *de verb. oblig.*, e a L. pen. *cod.*: = 2.^a Que aquellas cousas, que huma vez se fizerão utilmente, se não infirmão ainda que venhão a cair no caso, em que não podem principiar, §. 14. *Inst. de Legat.* Estas regras que interpreta *Fin.* ao dito §. parecem oppostas entre si, porém concilião-se com outras, e vem a ser, que a segunda regra tem lugar nos casos, ou negocios que logo no seu principio são de todo perfeitos, e não precisão de alguma circumstancia para a sua ultima perfeição, v. gr. os contractos, e convenções; e a primeira nos negocios cuja perfeição depende de algumas circumstancias, v. gr. os legados, Testamentos, fideicommissos, que se não podem dizer logo aperfeiçoados, porque dependem de acontecimentos futuros para se ultimarem. Tambem se deve attender á natureza do caso, que sobreveio, se impede, ou não a execução do negocio, v. gr. se soffrer mudança de estado o Testador: pelo contrario se se fizer mentecapto, ou furioso, porque tendo-o feito antes, vale, porque aqui não houve mudança essencial.

(1) Deste Testamento falla a L. 2. e 3. ff. *de inofficios. Testam.*, e com elle se rescinde, por isso que he válido *summo jure*; por isso lhe chamão tambem Testamento *rescivo*, porque se não infirma *ipso jure* como os outros, mas he necessario sentença do Magistrado que o declare inválido, depois de se intentar a querella de nullidade contra

que não tem lugar quando o Filho foi preterido pelo Pai, ou Mãe, ou desherdado sem causa, ou não se declarou esta, e do mesmo modo quando succedeo o mesmo ao Pai, pelo Filho, ou Filha; porque este Testamento não se póde chamar inofficioso, mas nullo por ser feito contra a fôrma prescripta na *Nov. 115. Cap. 3*, donde foi tirada a cit. *Ord. §. 1*; por cujo motivo só tem lugar entre os ascendentes, e descendentes, quando estes por justa causa, mas falsamente declarada no Testamento forão desherdados, ou sendo entre os Irmãos, por serem preferidos por pessoa torpe, e então tal rescisão feita pela querella do inofficioso Testamento vicia sómente a instituição, porém não os legados, que couberem na terça, e mais partes do Testamento, como se vê da *Ord. cit. (1)*

os herdeiros instituidos, com o pretexto de estar o Testador em estado de loucura, como já se notou; porém devemos dizer que esta querella do inofficioso Testamento vem a ser inutil no Foro, porque ainda quando os ascendentes, ou descendentes são desherdados com causa, succedem na herança *ab-intestado*, e o herdeiro instituido, como temos dito, e o declara a *Ord. cit. §. 2.* deve provar a causa da desherdação, para que sejam excluidos os legitimos; e por tanto não tem lugar a querella, porque não he necessario que o herdeiro legitimo ponha acção em Juizo; e ainda mesmo que o herdeiro legitimo não estivesse de posse da herança, não seria util usar da querella, porque posto que possa usar della, tem outra acção mais proficua, qual a petição da herança, e por tanto escusa usar della, que só poderá ter lugar no Irmão desherdado, preferindo-lhe pessoa torpe, o qual Testamento sendo por Direito valioso, foi com tudo feito contra os officios de piedade.

(1) O nosso Direito seguiu nesta parte o Direito novo Romano estabelecido na *Nov. 115. Cap. 4. §. 9*; pois que pela *L. 28. ff. de inoffic. Testam.*, sendo provado o Testamento como inofficioso, ficava nullo em toda a sua extensão. A *Lei Glicia* dada em Roma em o anno de 504 foi a que introduziu esta querella a favor de todos os ascendentes, e descendentes, que estivessem em grão de succeder, e mesmo aos Irmãos, como se vê da *L. 1. ff. cod.* Pelo Direito antigo tambem os Irmãos podião intentar a querella de inofficioso Testamento em todos os casos em que fossem preteridos pelos Irmãos; mas o Direito novo estabelecido na *L. 27. Cod. de inoffic. Testam.*, e *§. 1. Inst. cod.* só lhes compete em o caso = *Si scripti heredes infamiae, vel turpitu-*

CAPITULO XXVII.

Do Testamento destituito.

TESTAMENTO *destituito*, assim chamado por não nascer d'elle herdeiro, tem lugar quando não existe herdeiro, que haja de addir a herança; o que póde acontecer por não querer o herdeiro addi-la, ou por ter morrido, ou por faltar á condição, com que foi instituido. (1)

dinis, vel levis notae macula aspergantur: = • que foi adoptado pela nossa Ord. Liv. 4. tit. 90, onde depois de estabelecer a regra, que o Irmão póde desherdar seu Irmão posto que não declare a causa por que o desherda, no §. 1. he que explica os casos em que póde querellar de semelhante Testamento; isto he quando o herdeiro instituido fosse reputado entre os bons por vil, e torpe, e de máos costumes, por ser bebado, tãful, ou de outra semelhante torpeza; cujas ultimas palavras, por serem muito geraes, e ambiguaes, tem dado causa a muitos pleitos, e darão, em quanto não forem entendidas authenticamente, ou legalmente declaradas. Pelas Leis modernas de *França* os collateraes, quaesquer que elles sejam, não podem pertender alguma cousa da successão dos seus parentes; pois que no Art. 916. do Cod. Civ. se estabelece a regra, que na falta de descendentes, ou ascendentes, as liberalidades por actos *inter vivos*, ou Testamentarios, poderão esgotar a totalidade de seus bens. O mesmo que se acha estabelecido por Direito novo Romano, e foi adoptado pelo nosso, seguiu o *Direito de Hespanha*, na L. 2. e 3. tit. 8. Part. 6., como se vê no *Viscain. Perez*, tit. 31. pag. 107. *As Leis Inglezas* não admittirão a *querella infamosi Testamenti*, que as Leis dos Romanos estabelecerão, como diz *Blackstone*, Cap. 32. pag. 446. do Tom. 3., podendo com tudo ser por ellas annullado o Testamento de tres modos: = 1.^o Sendo feito por alguma pessoa incapaz: = 2.^o Por outro com data posterior: = 3.^o Cassando-o, ou revogando-o, não sendo por Testamento Nuncupativo, que não póde revogar o Escripto, cit. lugar pag. 443.

(1) Em a nossa Ord. não se declara isto, mas sim no §. 7. da *Inst. de hered. quæ ab intest. def.*, o que tem lugar entre nós, e por isso aquelle Testamento, que sendo válido do principio, e até á morte do Testador não perdeu a sua força, mas não apparece herdeiro, que

CAPITULO XXVIII.

Dos Codicillos.

TENDO-SE tratado até aqui dos Testamentos, como os Codicillos são huma parte delles, e considerados como huma especie de Testamentos, por isso segue-se agora tratar delles; e segundo diz a Ord. Liv. 4.

queira addir a herança por não querer, ou não poder, ou elle morresse em vida do Testador, ou depois, mas antes de addir a herança, se chama tal Testamento *destituto*, o que he claro se não verifica senão a respeito dos herdeiros estranhos, e não dos legitimos, porque estes são *ipso jure* herdeiros, e por consequencia adquirem logo a herança, passando aos seus herdeiros, porém aquelles só adquirem pelo facto da addição; e note-se que o Testamento por esta destituição, e desamparo não fica totalmente nullo, porque os legados devem ser cumpridos pelos herdeiros legitimos, se os estranhos a não quizessem addir; e se os legitimos se absteriverem da herança, então devem ir os legatarios perante o Juiz competente requerellos; e posto que por Direito Romano antigo era determinado o contrario, como se vê do §. 2. Inst. de Leg. Falc., com tudo não ha razão para que elle se adopte nesta parte, como quer o A. das Inst. de Direit. Civ. Lus. tit. 5. §. 54. do L. 3. O Direito Romano, que respeita a este Cap. acha-se no Liv. 29. tit. 4. do Digesto. *Si quis omiss. caus. Testam. ab intest. vel alio mod. poss. heredit.*, e no Liv. 6. tit. 39. do Cod. *Si omiss. lit. caus. Testam.* He livre a cada hum renunciar a instituição, ainda mesmo que lhe seja vantajosa, mas esta renuncia nunca pôde prejudicar os legatarios. L. 13. ff. *Si quis omiss. caus.*, e L. 17. ff. *eod.* Pelo Direito Francês, como a validade de hum Testamento não depende da instituição do herdeiro, mas só da acceitação do instituido, elle sempre vale como tal, e as disposições ahí declaradas devem ser executadas por qualquer, que tenha interesse na successão, Art. 895. 967. 1002. e 1035. e seg. do Cod. Civ., como acontece entre nós. Tambem pelo Direito do Cod. da Prussia o herdeiro instituido pôde renunciar a herança, mas deve-o fazer com as formalidades requeridas no Art. 389. e seg. do tit. 9. P. 1.; e o que determina o Direito de Hespanha sobre a acceitação, ou repudição da herança, veja-se no Viscain. Percz., Tom. 1. pag. 250. e L. 1. e seg. das Part. tit. 6. Part. 6. e tit. 3. Liv. 5. da Recop.

tit. 86. pr., não he outra cousa mais o Codicillo que *humã disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro*, e por isso se chama Codicillo, ou cedula por diminuição; que quer dizer pequeno Testamento. (1)

(1) Note-se que a palavra *Codicillo* entre os Latinos he o mesmo que Epistola, ou Carta, como se vê não só dos AA. classicos, como Cícero *ad Fam.* IV. 12. VI. 18. Seneca *Epist.* LV., mas dos Jurisconsultos, como se vê da L. 89. pr. ff. de *Leg.* 2. II. 41. §. 2. ff. de *Leg.* 3., etc. porém propria, e rigorosamente a palavra *Codicillo* significa entre os Latinos Carta pequena, ou bilhete, e chama-se assim como humã diminuição de *Codex*, porque o Testamento era o *Codex* grande, e o Codicillo era como hum pequenino Testamento: porque, como diz Heineccio, costumavão os Testadores depois de fazerem seus Testamentos escreverem bilhetes aos herdeiros instituidos, aos quaes se ordenava alguma cousa, como humã especie de advertencia feita aos herdeiros, sem que ali entrasse alguma cousa que pertencesse á instituição de herdeiro, e por isso vemos disposto no §. 2. *Inst. de Cod.* que a herança se não podia dar, nem tirar nos Codicillos, o que passou para a nossa Ord. tit. 86. pr. Ora estes bilhetes, ou Codicillos, (como diz Heineccio nas suas *Inst.* §. 679.) antes de Augusto não tinham validade, e os Testadores não podião pôr obrigação ao herdeiro senão por meio de Testamento, e se lha punhão o herdeiro podia não satisfazella, por não ser válida, e só no tempo de Augusto he que se deo validade aos Codicillos, dando occasião a isto o Consul L. Cornelio Lentulo, que sendo Consul no seu tempo pelos annos 761 com M. Valerio Mesalino, sendo então mandado Proconsul para a Asia fez o seu Testamento antes de partir, em que instituiu por herdeira sua Filha, e lue deo por coherdeiro o Imp. Augusto; o Proconsul antes de partir, ou depois, fez varios Codicillos, ou escreveo a sua Filha, e ao Imperador varios bilhetes, nos quaes fazia algumas declarações, e deixando alguns legados: ora he certo que pelo Direito estabelecido não havia obrigação de os cumprir, porém o Imp. Augusto propondo aos Jurisconsultos Romanos este caso, isto he, se estava, ou não obrigado a satisfazer os legados, estes assentirão que se devião satisfazer como disposições deixadas em modo de Testamento, e por não só serem conformes aos principios de Direito Romano; mas muito uteis, principalmente pelas muitas peregrinações, que fazião os Romanos; sendo C. Terbacio hum dos Jurisconsultos que mais se esforcou para isto, como se vê de Heineccio cit., e pr. da *Inst. de Cod.*, ficando depois disso admittidos como os Testamentos; e por isso vemos na Ord. cit. §. 6. (que foi toda copiada do Direito Romano) que podem fazer Codicillos todas as pessoas, que podem fazer Testamento: no §. 1. re-

Podem os Codicillos, bem como os Testamentos, ser feitos por escripto, ou de viva voz nuncupativamente, e serem abertos, ou feitos por Tabellião pu-

quer que tenham as mesmas qualidades as Testemunhas, que requer no Testamento, só com a differença do número, e sexo, por ser disposição menos solenne; podendo ser também escriptos, ou Nuncupativos, tendo com tudo estes sómente lugar á hora da morte, infirmando-se no caso de convalescença do Testador, se o não reduzisse a escripto; e posto que a Ord. tit. 86. se não expresse também a este respeito, com tudo assim se deve entender, porque a mesma razão, que ha nos Testamentos se dá também nos Codicillos, bem como o poderem ser feitos, tanto por aquelle, que fez Testamento, como por aquelle, que o não fez. O Direito Romano relativo a esta materia he tratado no Liv. 29. tit. 7. ff. de Jur. Codicill., e no Cod. Liv. 6. tit. 36. de Codicillis; bem como na Instit. Liv. 2. tit. 25. de Codicillis; onde se acha a regra, que para se poder fazer Codicillos he necessario que se possa fazer Testamento = *Codicillos isdemum facere potest, qui et testamentum facere potest.* = L. 6. §. 3. ff. de Jur. Codicill. donde foi deduzida a Ord. Liv. 4. tit. 86. §. 5. = O Direito Francez estabelecido no Cod. Civ. não fez differença entre Testamento, e Codicillo, tendo cada hum a faculdade de instituir herdeiro, seja por Testamento, seja por Codicillo, não legislando a respeito deste separadamente. = Na L. 1. tit. 12. Part. 6. de Hespanha se diz que o Codicillo he *humma breve escriptura feita antes, ou depois do Testamento*: requer nelle cinco Testemunhas sem serem rogadas; podendo nelle augmentar-se, ou diminuir-se os legados, sem instituição de herdeiro. = Pelo Cod. da Prussia, Art. 5. tit. 12. da P. 1. se chamão os Codicillos *as declarações particulares de vontade, pelas quaes cada hum, em caso de morte, dispõe sómente de partes, sommas, Direitos, ou obrigações isoladas, e determinadas*. E pelo Art. 7. do mesmo tit. os faz válidos sem Testamento; mas em geral no Art. 8. requer as mesmas solemnidades no Codicillo, que requer para o Testamento. = Pelas Leis Inglexas, segundo diz Blackstone, Tom. 3. pag. 442, o Codicillo, a que chamão pequeno Livro, Caderno, ou Supplemento do Testamento, ou addição feita pelo Testador ao seu Testamento, he julgado como parte do Testamento, e tanto que elle só serve entre elles para mudar, accrescentar, ou cortar alguma parte das disposições do Testador no seu Testamento; podendo ser também, como entre nós Escripto, ou Nuncupativo. = O Codice de Sardenha referio-se nesta parte ao Direito Romano, contentando-se de declarar no Liv. 5. tit. 1. Art. 20., que se ponha nos Testamentos a clausula Codicillar, de que se o Testamento não valer como tal, valha como Codicillo, ou Doação *causa mortis*, ou de qualquer modo que possa valer.

blico, ou cerrados com instrumento de approvação nas costas, ou feitos, e assignados pelo Testador, ou por outra alguma pessoa particular; por isso que são considerados como huns Testamentos pequenos, como se diz na Ord. cit. pr., e §. 1. Devemos com tudo notar tres differenças, com que os distingue a Ord. cit. dos Testamentos: = 1.^a Que no Codicillo se não pôde dar a herança, ou tira-la directamente, Ord. cit. pr., como se faz nos Testamentos (1): = 2.^a Que nos Codicillos basta que intervenhão quatro Testemunhas, além do Escrevente, quando nos Testamentos são necessarias cinco, Ord. cit. §. 1. = 3.^a Que neste número de Testemunhas podem entrar tambem mulheres, quando no tit. 80, onde se requerem as cinco Testemunhas nos Testamentos solemnes, se diz sejam varões, não fazendo tambem distincção de serem grandes, ou pequenas as povoações.

CAPITULO XXIX.

Da Clausula Codicillar.

A CLAUSULA *Codicillar*, de que os Romanos usavão nos Testamentos, tambem tem lugar, e uso entre nós, e esta pôde ser especial, ou geral: especial, v. gr. quando o Testador diz no seu Testamento: *Quero que este meu Testamento valha ao menos como Codicillo, se não valer como Testamento.* E geral he a que se pôde fazer deste modo: *Quero que o meu Testamento valha por qualquer modo, que possa valer.* (2)

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

(2) Alguns Praxistas dizem, que tambem ha huma clausula que

O effeito destas clausulas he fazer com que valha aquelle Testamento, que não podia valer por falta de solemnidades externas, como Codicillo, se com tudo tiver as solemnidades, que requerem os Codicillos; vindo por consequencia a valer, por força desta clausula, o Testamento, que tiver cinco Testemunhas assignadas, ainda que entrem neste numero mulheres. (1)

CAPITULO XXX.

Modos de adquirir a herança.

TENDO-SE tratado até aqui tanto dos Testamentos, como dos Codicillos, pelo que pertence á sua fôrma, e causas que os invalidão; tendo-se tambem já fallado na sua abertura, e publicação; segue-se vermos os modos, por que a herança se adquire, ou repudia, para o que he necessario vermos primeiro o que seja herança, que não he outra cousa mais que o *Patri-monio do defuncto com seus onus* (2). Esta se se compre-

chamão tacita, que he aquella, que se pôde deduzir das palavras do Testador, ou a que se deduz do costume geral de pôrem os Tabelliães esta clausula; porém eu assento que se não deve entender esta sem se expressar, e por consequencia não pôde haver tal clausula tacita, e só expressa, geral, ou especialmente posta pelo Testador, ou mandada pôr, e declarada por fé do Tabellião, reportando-se á vontade do Testador.

(1) *N. B.* Que esta clausula não tem lugar, ou não faz com que valhão todos os Testamentos; porque se o Testamento he nullo pela preterição dos descendentes, ou ascendentes, se for *roto, irritado, ou destituido*, ou se assistirem a elle Testemunhas, que são prohibidas, então não se torna válido por esta clausula, pois tem sómente lugar no caso em que tenham intervido no Testamento as solemnidades, que a Ord. cit. requer intervenhão nos Codicillos, como se pôde vêr no §. 57. das Inst. de Dir. Civ. Lus., e AA. ahí citados.

(2) Esta definição he a que dá Grocio, e que se pôde produzir, por

hende sómente na legitima, que he devida não sómente aos Filhos, mas também aos Pais, se adquire

compreender huma universalidade tanto de bens, como Direitos, onus, e obrigações tanto activas, como passivas, apartando-nos da que se dá na L. 24. ff. de V. S., e L. 62. ff. de Reg. Jur., onde se define: *Successio in universum jus, quod defunctus habuit*, e isto porque a successão he acto pelo qual o herdeiro entra de posse dos bens, e não a herança, que antes he o objecto da successão, como nota Vin. ao pr. da Inst. de Reb. corp. et incorp. n. 4., e §. 7. Inst. Per quas pers. cuiq. adquir. n. 3. De differente modo se define o Direito á herança, que se define por Heineccio fundado nas Leis citadas assim: *Jus succedendi, in universum jus seu patrimonium quod defunctus tempore mortis habuit*, e ainda que elle applique esta definição á herança, ella com tudo não he exacta, porque a herança he huma cousa corporal, e o Direito a ella he cousa, mas incorporeal; desta definição porém se vê o que seja herdeiro, e he *aquelle que tem este Direito de succeder no patrimonio do defuncto*: se succede por Testamento chama-se *Testamentario*; se o defuncto morreu sem elle, e succede *ab-intestado* chama-se herdeiro *legitimo*; e note-se que posto que entre os Romanos havia herdeiros *necessarios*, e *seus e necesarios*, com tudo como já não temos servos, e não só por Direito natural, mas civil patrio he livre ainda aos Filhos addir, ou deixar de addir a herança do Pai, por isso hoje são entre nós todos os herdeiros voluntarios, não havendo differença entre os herdeiros seus, e emancipados, haja, ou não haja Testamento, por isso que a todos passa a herança *ipso jure*, logo pela morte do Testador, sendo inuteis entre nós todas as ficções, e subtilidades de que usavão os Romanos a respeito da herança jacente, pois que não sendo esta considerada entre nós como cousa *nullius*, se lhe dá hum Curador em quanto não he addida por algum, por haver impedimento de que falla a Ord. Liv. 1. tit. 90., cujo Curador não só deve defender, e curar os direitos, e bens do defuncto, mas no entanto representa a pessoa deste; nem também ha hoje differença nos Filhos em quanto ao modo de adquirir a herança, porque o emancipado he herdeiro *ipso jure*, e adquire a herança sem addição como o Filho que está debaixo do patrio poder, o que se deve entender com tudo sómente a respeito da legitima, por lhe pertencer não por disposição, ou vontade do Pai, mas por disposição da Lei, Surdo, Cons. 343. Menoch. Cons. 994. n. 34.; vindo por consequencia a applicar-se para todos os Filhos, o que o Direito Romano dispunha sómente a respeito dos herdeiros seus, na Lei 14. ff. de Suis et Leg. her. Groenew. de Leg. abrog. á dita Lei; e chamavão-se por Direito Romano herdeiros *necessarios* aquelles, que, quizessem, ou não quizessem, erão obrigados a ser herdeiros; e erão os servos proprios instituidos pelo seu senhor: *Seus, e necesarios* aquelles que o Testador era obrigado a ins-

por estes, a quem he devida *ipso jure*, sem ser necessario praticar facto algum, que induzâ a addição da herança. Se porém ella he deixada a herdeiros estranhos, he preciso que elles declarem, por palavras, ou factos, que querem addi-la, e se he por palavras que elles declarão querer ser herdeiros, se chama *addir a herança*, e se por factos *pro herede gerere*. E por estes mesmos modos se repudia a herança pelos herdeiros estranhos, porque os herdeiros seus, ou legitimos propriamente, não addem a herança, nem a repudião, mas *se immiscent, vel abstinent*. (1)

Porém todos os herdeiros, ainda os estranhos, morrendo antes de addirem, ou repudiarem a herança, transmittem-na para os seus herdeiros, passando para elles não só todos os Direitos, que são transmissiveis, e que não são personalissimos, mas até a posse, o

tituir, ou desherdar; porque estes sendo instituidos tambem são obrigados a ser herdeiros; e estes são os Filhos que ao tempo da morte do Testador estavam de tal modo debaixo do seu poder, que não tinham de recahir no poder de outro, chamados *seus*, porque são como herdeiros domesticos; e *voluntarios* aquelles que tinham no seu arbitrio addir, ou não addir a herança; e são aquelles que não estavam no poder do Testador, e por isso lhes não podia impôr Lei pelo Testamento, §. 1. 2., e 3. *Inst. de Hered, qual. et diff.*

(1) Estas são as palavras, de que os Jurisconsultos Romanos se servião para explicar a addição, ou repudição da herança, fallando dos herdeiros seus, ou voluntarios; dizendo que aquelles são herdeiros *ipso jure*, e os voluntarios *hereditatem adeunt*; aquelles *se immiscent*, estes *pro herede gerunt*; aquelles *abstinent*, e estes *repudiant*. E posto que em nenhuma parte do nosso Direito se mande usar destas palavras proprias, de que usavão os Romanos, nada impede a que deixemos de usar dellas, não no sentido do Direito Romano, que era relativo á suidade, mas porque tomadas no seu sentido natural, e obvio servem para significar os differentes modos de adquirir, ou repudiar a herança, tanto a respeito dos herdeiros legitimos, como dos estranhos, de maneira que hoje apenas se pôde conceber differença entre o beneficio de abstenção de herança concedida aos Filhos, e repudição della, de que não usavão senão os estranhos, ou immixção dos herdeiros seus, e gestão dos estranhos.

que se declarou pelo Alvará de 9 de Novembro de 1754 (1). E morrendo o herdeiro depois da morte do Testador, pendendo a condição, debaixo da qual tinha sido instituído, se transmitta para os herdeiros do fallecido, não a herança, porque ainda a não ha deferida, mas o *jus hereditario*, ou a esperança, que tinha o herdeiro fallecido á mesma herança (2). E pôde-se finalmente fazer a addição de toda a herança, ou sómente de parte della, e por si o herdeiro, ou por Procurador, e não só puramente, mas debaixo de condição (3); e isto tanto por meio de pala-

(1) Note-se, que se o herdeiro morre antes do Testador, não ha transmissão de herança, por não haver que transmittir, e não haver herança de homem vivo: porém morrendo o herdeiro depois da morte do Testador antes de addir a herança, por Direito Romano tambem a não podia transmittir aos seus herdeiros, e só depois de a ter addido, por isso que só a adquiria pelo facto da addição, havendo differença de contratos a ultimas vontades, como se vê da L. 57. ff. *de Verb. obligat.*, e a L. 4., e 5. §. 2. ff. *Quando dies Leg. Ced.* Tambem por Direito Romano o herdeiro instituído adquiria todos os direitos do defuncto, mas não a posse, porque para a adquirir era necessaria apprehensão corporal, por ser considerada mais como cousa de facto, que de direito; porém entre nós não he assim, ao menos depois do Alv. cit. de 9 de Novembro de 1754, que determinou que a posse dos bens passasse com todos os effeitos de natural aos herdeiros nos bens livres, e nos vinculos ao Filho mais velho, ou Neto do Filho primogenito, e faltando estes ao Irmão, ou Sobrinho, e nos prazos, e vinculos de nomeação aos nomeados pelos Testadores, ou pela Lei, sobre o que se deve vêr o Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

(2) O A. das Inst. de Dir. Civ. Lusit. Liv. 3. tit. 6. §. 13. em a nota illustra esta materia, dizendo que por Direito Romano sómente nos contractos, e não nas instituições, ou ultimas vontades se transmittia para o herdeiro do fallecido a esperança do que se pertendia adquirir, mas que julga se deve estender tambem para as ultimas vontades, o que se acha disposto na L. 47. ff. *de Verb. oblig.* §. 4. Inst. *cod.*, e §. 25. Inst. *de Inutilib. Stip.* a respeito dos contractos; porém não se poderá isto estabelecer como doutrina, que se deva receber em toda a sua extensão, deixando-se com tudo ao arbitrio do bom Julgador o decidir conforme as circumstancias, que occorrerem.

(3) Entre os Romanos a herança devia ser addida toda, e não parte, por causa da regra fundada nos principios proprios dos mesmos Ro-

bras, como por meio de factos, ou *pro herede gerere*, com tanto que mostrem que o seu animo he addir a herança, como se cultivasse os predios pertencentes á mesma herança, pagasse dizimos, exigisse foros, pagasse as dividas do Testador, etc., porque por estes factos adquire immediatamente a herança, quando não declare o contrario, devolvendo-se para elle todos os encargos, e obrigações, que tinha o defuncto (1), não podendo repudiar a herança, que huma vez addio. (2)

manos, que ninguem podia morrer *pro parte Testatus, et pro parte intestatus*; mas esta regra, não tendo applicação aos nossos costumes, se acha por uso, e por Lei, inadmissivel em o nosso Foro; por uso, porque sempre se permittio ao Testador dispôr só de parte da herança, para se devolver aos herdeiros instituidos, e de parte não, para se devolver aos herdeiros legitimos; e por Lei, porque temos a de 9 de Setembro de 1769, que abroga todas as subtilizas, e superstições do Direito Romano, e assim se se pôde dispor só de parte da herança, nada implica á razão o poder-se addir só parte, e parte não. Tambem entre os Romanos não podia ser addida por Procurador, por ser a addição de herança acto legitimo, que por sua natureza não admittie Procurador, dia, ou condição; porém isto não tem lugar entre nós: mas não basta qualquer Procurador, com procuração geral, mas he necessaria especial para este mesmo fim, e assim pôde tambem ser addida puramente, ou debaixo de condição, *in diem, ou ex die*, porque tudo pende do arbitrio do herdeiro, excepto se isto for restringido pela pessoa do Testador, o qual sendo considerado como hum Legislador no seu patrimonio, a sua vontade he que deve regular, e valer, huma vez que se não opponha ás disposições da Lei.

(1) He porém necessario advertir que para estes factos serem sufficientes, he necessario que sejam praticados com animo de ter a herança, porque se os praticar com animo declarado de não ser herdeiro, não a adquire, nem competem contra elle acções algumas.

(2) Excepto sendo menor de vinte e cinco annos, porque este por privilegio pôde mudar de vontade ácerca da acceptação da herança, ainda depois de accepta, Ord. Liv. 4. tit. 87. §. 3. que tambem falla dos Filhos de familia, ou que estão debaixo do patrio poder, cuja Ord. abraçou nesta parte a disposição do Direito Romano, como na mesma se declara; por tanto todos os que não forem estes não podem repudiar a herança, que huma vez declararão sufficientemente ter acceptado; pois pelo facto da addição contrahirão hum quasi contrato com os Crédores, Legatarios, e Fideicommissarios para lhes pagar, e satisfa-

CAPITULO XXXI.

Obrigações do herdeiro, que addio a herança.

Como o herdeiro representa a pessoa do defuncto, e succede em todos os seus direitos, Ord. Liv. 4. tit.

zer tudo o que se lhes deve, ou foi deixado em Testamento; pois que aquelle herdeiro, qua addio a herança sem fazer declaração alguma, suppõe-se addir toda, e não parte della, como he assentado por todos os Praxistas; e note-se, que os furiosos, os mentecaptos, os pupillos, e menores, como não podem declarar sufficientemente a sua vontade, podem addir a herança por Procurador, ou pelos seus Pais, L. 18. Cod. de Jur. deliber., e L. ult. §. 3. Cod. de Curat. furios. O Filho familias, porém, tendo a idade legitima, já a pôde addir por si, e a seu arbitrio; deve com tudo requerer o consentimento de seu Pai; mas se este lho negar, não perde por isso a herança; mas adquire nella hum plena propriedade, Ord. L. 4. tit. 98. §. 3. Pelo Art. 778. do Cod. Civ. dos *Franceses* a acceitação, ou addição da herança tambem he expressa, ou tacita; expressa, quando se toma a qualidade de herdeiro por acto authenticico, e privativo; e tacita, quando o herdeiro faz hum acto, que suppõe necessariamente animo de acceitar, e que não teria direito de fazer senão na qualidade de herdeiro; e nos Artigos seguintes se fazem explicações concernentes á mesma materia, que se podem vêr; estabelecendo-se como principio, e regra, que hum vez feita a acceitação da herança por hum herdeiro maior, não a pôde mais revogar, segundo a maxima, = *qui semel hæres, semper hæres* =, e nem ainda com o pretexto de lesão; tal he a precisa disposição do Art. 783., tendo estabelecido o Art. 775 que ninguém he obrigado a acceitar hum successão, e no Art. 774 que ella pôde ser acceitada pura, e simplesmente, ou a beneficio de Inventario. O Direito estabelecido noCodigo de *Sardenha*, Liv. 5. tit. 5. declara que a posse dos bens da herança do defuncto, passa, e he julgada transferida *ipso jure* á pessoa do herdeiro tanto Legitimo, como Testamentario, sem que seja necessario que elle faça algum acto de posse, cujo Direito foi adoptado entre nós pelo Alv. de 9 de Novembro de 1754; mas por aquelle Direito he necessario que o herdeiro dentro em trinta dias declare judicialmente, que não acceita a herança, se lhe não faz conta acceitá-la, procedendo dentro em outros trinta dias a Inventario de

84. §. 3, e pela addição não só consegue, e adquire todos os Direitos hereditarios, mas ainda a posse, posto que a não apprehenda corporalmente, na forma do Alv. cit. de 9 de Novembro de 1764, segue-se que o herdeiro he obrigado a cumprir todos os contratos, que o defunto tenha celebrado, Ord. Liv. 4. tit. 42. *in fin.*, e tit. 45. §. 1. 2., e 3. (1), passando para o herdeiro aquelles direitos que são transmissiveis, como os de que falla a Ord. Liv. 3. tit. 11. §. 2. tit. 38. §. 6., e tit. 59. §. 12. (2); e ficando por consequencia obrigado a satisfazer todas as dividas, a que o defunto estava obrigado, huma vez que não faça inventario dos bens, que pertencerem á herança, excedão, ou não as forças da herança, cujo beneficio de Inventario produz o effeito de se não confundirem os bens do Testador defunto com os que tinha o herdeiro. (3)

todos os bens perante a Justiça competente; ao contrario elle he reputado herdeiro; porém se este não tem usado da herança, então tem hum anno para deliberar; no tit. 5. que trata do Inventario legal, declara, que o herdeiro, que quizer gozar deste beneficio, não poderá servir-se de algum effeito da herança, nem fazer algum acto, que possa induzir a addição. Sobre o Direito de *Hespanha* a respeito da acceitação da herança, veja-se o *Viscain. Perez. T. 1. pag. 256, e seg.*, e *L. das Part. tit. 6. Part. 6.*, e da *Recop. tit. 4. Liv. 5.*; e quanto ao Direito da *Prussia*, veja-se *P. 1. tit. 9. Art. 389, e seg. do seu Codigo.*

(1) Note-se que a hypothese do §. 2. da Ord. cit. se acha declarada pelo Alv. de 3 de Novembro de 1763 em quanto manda, que todos os arrendamentos que não forem perpetuos, ou por mais de tres vidas, se considerem como contratos de locação ordinaria, passando de dez annos, não passando por consequencia o dominio util para os herdeiros neste caso, o que não notou o *A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. no §. 7. do tit. 6. do Liv. 3.* fallando desta materia, e citando o sobre-dito §., quando aliás he necessaria semelhante declaração.

(2) *N. B.* Que ha certos Direitos que por serem personalissimos não passam do defunto ao herdeiro, como os que se vêm na Ord. Liv. 3. tit. 25. §. 19., e Liv. 4. tit. 63. §. 9., e outros.

(3) Este beneficio de Inventario, inventado primeiramente por Justiniano na *L. ult. Cod. de Jur. deliberandi*, para o fim de se não

CAPITULO XXXII.

Do tempo que tem o herdeiro para deliberar.

COMO a herança nem sempre he cómoda, porque muitas vezes vem onerada com mais dividas do que

confundirem os bens do defunto com os do herdeiro, e não ser este obrigado a pagar as dividas do defunto, senão até onde chegarem os bens, ou heranças deste, diz o A. das Inst. de Dir. Civ. Lusit. no §. 9. do tit. 6. cit., que nunca fora recebido entre nós por Lei, ou costume; tendo já dito também no §. antecedente que o herdeiro não pôde ser obrigado além das forças da herança, ainda que não faça Inventario: porém sendo nova a sua opinião, e contraria á pratica, parece não estar nos termos de se adoptar; porque pelo que pertence a ser, ou não ser o herdeiro obrigado além das forças da herança, he pratica constante de ficar sujeito a satisfazer as dividas do defunto hum vez que não faça Inventario da herança: he verdade que hum das razões dos Romanos era da representação civil da pessoa do defunto, porém não era só esta, e pôde-se apontar hum razão deduzida mesmo do Direito Natural, o qual não representa o herdeiro como pessoa do defunto, mas como successor de todos os Direitos, e acções, que o defunto tinha, e assim o representa igualmente em todos os encargos do mesmo. De mais, he presumpção de Direito, que hum vez que se addio a herança, se recebeu utilidade; e se he principio de Direito Natural, que aquelle que percebe o commodo se deve sujeitar ao incommodo, devem em consequencia recahir sobre ella os encargos da herança; he igualmente certo, que a presumpção deve ceder á verdade, e que por tanto se o herdeiro mostrasse que na herança não ha com que pagar as dividas, não as deveria elle pagar pelo seu patrimonio; porém como daqui resultariam immensas demandas, e fraudes, dizendo que a herança não era bastante para a sua satisfação, o que causaria grandes detrimientos, a mesma razão natural pede se evitem, e sejam coarctados pelas Leis civis, para o que se introduzio no Foro o beneficio de Inventario, pelo qual se podem atalhar todas as demandas, que daqui podião nascer; porque se o herdeiro não quer usar delle, com razão fica sujeito a todas as dividas do defunto, e esta tem sido a praxe constante em o nosso Foro; e querer o A. provar o contrario com os costumes dos Póvos Wisigodos, he ir encontrar-se com

monta a herança, se concede ao herdeiro instituído

os dos Romanos, que tendo mais luzes, sempre souberão regular as acções dos seus subditos, e o mesmo Heineccio reconhece ser este o costume dos Francos; e em quanto ao que diz o A. cit. a respeito dos Soldados Romanos, isto foi hum privilegio concedido a favor da milicia, e por se reputarem ignorantes do Direito; e finalmente em quanto a outro argumento de que se serve a respeito do Fisco, não conclue: = 1.^o Porque he hum privilegio concedido a favor da Fazenda Real: = 2.^o Porque nunca o Fisco entra na posse de semelhantes bens sem primeiro serem inventariados. Acrescenta elle, que não ha Lei que authorize este beneficio: he verdade, porém pelo uso, e costume introduzido a favor dos herdeiros, jámais Julgador algum o deixou de admittir no seu Foro; não julgando os nossos Legisladores dever fallar de huma causa que tanto estava em uso. A mesma opinião de Mello vejo/agora adoptada pelo aliás digno A. das Prim. Linh. sobre o Process. Orphan. no t. 83. da 2.^a Edição; mas sem razão sufficiente, e contra a pratica recebida em todo o Reino, desde que o Direito Romano foi adoptado em Portugal; pois que a simples razão de dizerem, que os nossos Monarcas não adoptarão expressamente aquelle beneficio, não convence, porque são infinitos os exemplos que temos de semelhantes disposições de Direito Romano adoptadas unicamente pela pratica do Reino; e se as nossas Leis o não julgassem, ou suppozessem adoptado, era escusado dizer-se na Ord. Liv. 4. tit. 87. §. 3., que ao menor se concede privilegio sobre a acceitação da herança, de poder mudar de vontade; porque se o herdeiro não ficasse sujeito ás dividas do defuncto, não fazendo Inventario, sempre a herança se devia reputar lucrativa pela administração, e então era escusado aquelle privilegio, e deveria proscrever-se do Foro a pratica de se acceitar a herança a beneficio de Inventario. Nem aquellas novas opiniões se podem conciliar entre si mesmas, quando dizem, que o herdeiro não fica sujeito ás dividas do defuncto, ainda que não faça Inventario; porque qual será então o meio, que se deva adoptar para se não confundirem os bens de hum e outro? A pratica não conhece outro senão o Inventario, mandado praticar por diferentes Leis Patrias todas as vezes que se querem separar os bens; taes são por ex.: o Alv. de 20 de Março de 1756, §. 6., o Alv. de 13 de Novembro de 1756, §. 15., as L. de 31 de Janeiro de 1823, e de 2 de Março de 1855, etc. De mais este beneficio tendo sido olhado como muito providente tem sido adoptado por todas as Nações civilizadas para o mesmo fim; e assim o vemos adoptado na *Hispanha* pela L. 5. e seg. do tit. 6. da Part. 6. Já vimos no Cap. antecedente, que o he também pelo Direito de *Sardenha*, e mesmo pelo da *Prussia*, como se vê do seu Cod. Art. 434. da 1. P. tit. 9. e seg., onde se fazem excellentes declarações a semelhante respeito, e finalmente pelo novo Cod. Civ. dos *Franceses*, onde se vê

tempo para deliberar (1) sobre a acceitação da heran-

igualmente adoptado, como se vê do Art. 1053, e seg., tendo-se estabelecido no Art. 877. que o herdeiro representando a pessoa do defuncto, he consequencia que, acceitando a herança, he responsavel pelas dividas, a que ella está obrigada: vendo-se adoptado por aquelle mesmo Codigo, quasi em tudo, o Direito Romano sobre o Direito de deliberar, e beneficio de Inventario, como se pôde vêr largamente tratado em Desquiron, *Nouv. Furgole*, Tom. 2. pag. 390, e seg., sendo alli tambem o beneficio de Inventario hum privilegio concedido pela Lei ao herdeiro presumptivo, cujo principal effeito he não comprometter a sua fortuna particular, isto he, os bens do mesmo herdeiro. Nos Art. 793, e 794. se declara o modo como deve ser requerido; e no Art. 795. se declara o tempo que o herdeiro tem para fazer este Inventario, que são tres mezes, contados do dia da abertura da successão; havendo mais humna dilação de 40 dias para deliberar sobre a acceitação, ou renuncia da herança; o que he conforme com a antiga Ordenança de 1667, Art. 7.; e no Art. 798 se declara, que se na herança ha objectos susceptiveis de corrupção, ou dispendiosos para a sua conservação, o herdeiro pôde requerer, que se vendão pela Justiça, sem que disto se presuma a acceitação da herança, e por tanto produz este beneficio em França os mesmos effeitos, que elle produzia em Roma, que erão: = 1.^o De não ser o herdeiro obrigado ao pagamento das dividas da herança, senão até onde chegassem os bens, que della tivesse recolhido, e aproveitado; e mesmo de se descarregar do pagamento das dividas, abandonando todos os bens da successão aos Crédores, e aos Legatarios: = 2.^o De não confundir seus bens pessoasas com os da successão, e de conservar contra ella o Direito de reclamar o pagamento de seus creditos, ou dividas activas, como se vê no Art. 302., e seguintes, como melhor expõe o cit. Desquiron, a pag. 463. — A' vista pois do exposto, e adopção, que de semelhante beneficio tem feito as Nações civilizadas, haverá quem negue a sua admissão em o nosso Foro, tendo elle sempre sido praticado entre nós? Mas veja-se a Dissert. de Almeida e Souza, que agora vejo a pag. 56. T. 2. das Acq. Sum.

(1) Este *Beneficio*, ou *Direito de deliberar* sobre a acceitação da herança por Direito Romano antigo era sómente concedido aos herdeiros voluntarios, mas depois tambem se concedeo aos herdeiros seus, depois que o Pretor lhes concedeo o Direito de se poderem abster da herança paterna, o que antes disto não podião fazer, porque, quizessem, ou não quizessem, havião de addir a herança; cujo beneficio de deliberação foi inventado pelo Pretor Romano, como se vê da L. 23. §. 1. ff. de *Her. Inst.*, e L. 1. §. 1. ff. de *Jur. deliber.*; mas sem declarar o tempo, que era necessario para o herdeiro deliberar, vindo por consequencia a ser arbitrario por Direito antigo, não se conceden-

ça, o qual posto que não esteja definido, e declarado pelas nossas Leis, com tudo o uso, e prática tem admittido pertencer aos Julgadores, ou Juizes da terra assignar certo tempo ao herdeiro para dentro d'elle deliberar, sendo requerido pelos Crédores, Legatarios, e herdeiros substituidos, que lhe costuma assignar para esse fim oito, ou dez dias, passados os quaes, se a não addio o herdeiro, se julga a herança repudiada, passando a quem por direito deve passar, ou vendendo-se para satisfação das dividas, ou legados.



CAPITULO XXXIII.

Modo do proceder ao Inventario.

TENDO-SE mostrado que o *Beneficio de Inventario*

do com tudo menos de cem dias; porém por Direito novo fez-se differença de ser concedido pelos Imperadores, ou pelos Magistrados; se era por aquelles dava-se hum anno, se por estes nove mezes, como se vê da Lei ult. §. 13. *Cod. de Jur. deliber.* He certo que entre nós se não acha este beneficio expressamente adoptado, nem as nossas Leis declaram o tempo, dentro do qual o herdeiro deve fazer a declaração sobre a acceitação, ou repudição da herança; entretanto a prática tem admittido, que quando não ha Parte, que requeira, tem o herdeiro o tempo, que lhe parecer para addir, ou deixar de addir a herança; mas havendo Parte, que requeira por ter interesse na declaração, então o faz ao Juiz da terra para que este assigne ao herdeiro o tempo, que lhe parecer conveniente para addir a herança, pena de que não o fazendo se julgar repudiada, e por não acceita; e neste caso o Juiz costuma assignar oito, ou dez dias, os quaes sendo noticiados ao herdeiro, e publicados em Audiencia, se este a não declara addida no tempo marcado, se fazem os Autos conclusos, e o Juiz julga a comminação por Sentença; porém isto he pelo que pertence ao Substituto, ou Legatario, porque sendo os Crédores os que requerem, passados os dias, que se assignarão não se julga repudiada, mas como jacente, á qual se nomeia hum Curador para pagar as dividas, a que ella estiver sujeita; e não havendo isto, então tem o tempo marcado na L. ult. *Cod. de Jur. deliber.* já citado. Veja-se a nota no Cap. antecedente.

fora sempre adoptado em o nosso Foro, e fazendo-se este tanto a requerimento de Parte, como *officio Judicis*, será útil dizer o modo d'elle se fazer, nos termos mais breves. (1)

Devem fazer o Inventario todos aquelles, que administram bens alheios, ou aquelles, que querem dar boa conta da sua administração, e não perigarem os seus bens, para que a todo o tempo conste o que pertence aos bens administrados; e para aqui pertence o Inventario, que devem fazer os herdeiros testamentarios, ou legitimos, se não quizerem pagar dividas além das forças da herança. Deve tambem fazer Inventario o marido, ou mulher, que vivo ficar por morte de hum, ficando-lhe Filhos, ou Netos menores de 25 annos, dentro de dous mezes, não tendo procedido a elle o Juiz dos Orfãos, na forma da Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 8.

O Juiz dos Orfãos porém *ex officio* deve mandar fazer Inventario (a que deve assistir): = 1.º Quando vier á sua noticia, que morre alguma pessoa, que deixe Filhos, herdeiros, orfãos, ou menores, Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 4. : = 2.º Quando lhe for noticiado que está alguem ausente, por estar captivo, ou não se saber onde está, e os seus bens estiverem por isso desamparados, por não ter mulher, ou Pai sob cujo poder estivesse ao tempo que o captivárão, ou se deixou de ter d'elle noticia, deve tambem fazer-lhe Inventario, não só quando lhe for requerido, mas noticiado por algum do Povo, dando-lhe Curador a esses bens, na forma da Ord. Liv. 1. tit. 90. pr. : = 3.º Tambem deve fazer Inventario dos bens vagos; isto he, quando por morte de alguem não ficar her-

(1) Não somos muito extensos, nem circumstanciados neste artigo, visto que esta materia se acha bem tratada nas *Primeiras Linh. sobre o Processo Orphan.*, e por isso só notaremos as differenças capitães.

deiro, ou que não queira acceitar a herança, nem mulher que a queira haver, no caso que o Mampos-teiro Mór dos Captivos não mandasse tomar conta da herança, depois do Juiz lho ter noticiado, dando-lhe neste caso Curador á mesma, Ord. cit. §. 1. (1):
 = 4.º Do mesmo modo deve fazer Inventario, quando fallecer alguma pessoa, que deixe Netos menores, sendo já morto o Pai, ou Mãe, que devia herdar, se vivo fosse, representando a sua pessoa, Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 8.: = 5.º Quando tambem por morte do defunto ficarem alguns Filhos naturaes, que lhe devão succeder, Ord. Liv. 4. tit. 92. pr.: = 6.º Quando lhe constar que no seu districto ha alguma pessoa, que dissipa como não deve seus bens, e fazenda, por causa da sua loucura, prodigalidade, bebedice, ou outros vicios, pelos quaes deva ser privada da administração de seus bens, Ord. Liv. 4. tit. 103. pr. §. 1., e 6.: = 7.º E finalmente mandará o Juiz dos Orfãos fazer Inventario, todas as vezes que a algum menor pertencer herdar, ou haver algum interesse pela morte de alguma pessoa, Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 7.

Tem o Juiz dos Orfãos a indispensavel obrigação de fazer Inventario nos sobreditos casos dentro de hum mez, contado do dia do fallecimento do defunto; e fazendo o contrario, tem a pena estabelecida na Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 4. 6. e 7. (2)

(1) Note-se que a Lei de 4 de Dezembro de 1775 aboliu os Officios de Mampos-teiros dos Captivos, e commetteo a sua jurisdicção ás Justicas Ordinarias, principalmente aos Provedores, como se vê do §. 11. da dita Lei, de quem se deve entender a Ord. cit. tit. 90. §. 1.

(2) *N. B.* Que os Inventarios, em que intervierem menores, pertencem ao Juiz dos Orfãos, na fórma do seu Regim. tit. 88. Liv. 1.; bem como lhe pertencem os dos bens dos ausentes, e vagos, na fórma do tit. 90. do Liv. 1., e tambem os dos prodigos, e mentecaptos, Ord. Liv. 4. tit. 103.: não sendo porém sobre bens destes, os de pessoas maiores de 25 annos pertencem aos Juizes do Cível, quando esta Ju-

Esta mesma obrigação de fazer Inventario tem o Conjuge por morte do outro, só com a differença de que a Lei prescreve a estes o termo de dous mezes, ficando aliás privado da herança dos Filhos, e pela mesma razão o Avô da dos Netos, Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 8., sendo com tudo necessario que fosse citado para lhes competirem as ditas penas na fôrma do Assento de 20 de Julho de 1780, e por isso, como diz Valasco *de Part.* Cap. 8. o Cabeça do casal, que ficar em posse dos bens, ou seja Mãe, Mulher, ou Filho mais velho, ou estranho, não requerendo Inventario no termo da Lei, podem requerello os interessados; e não o fazendo no tempo comminado, se procede á revelia, ficando então sujeitos ás penas, que lhes impõe a Lei, e declara a Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 8.

Findos pois os dias do nojo, de que falla a Ord. Liv. 3. tit. 9. §. 9., mas que forão limitados a oito dias pela Lei de 17 de Agosto de 1761 §. 3., he notificado o Viuvo, ou Viuva, no caso d'elle não requerer Inventario, para comparecer na presença do Juiz.

risdição anda desligada, e aos Escrivães do Geral por distribuição, excepto se o Inventario de maiores for de dependencia de outro que se tenha feito no Juizo dos Orfãos, como o que he feito em consequencia de segundo matrimonio, que então pertence por dependencia ao Juiz dos Orfãos, na fôrma do Ass. de 17 de Junho de 1651, que refere Pona no Cap. 1. n. 79. Os Inventarios porém dos Bispos pertencem aos Corregedores das Comarcas; e, morrendo em Lisboa, ao Corregedor do Cível da Corte, Cab. D. 84., Per. D. 95. n. 16.; ainda que ao Soberano pertence nomear Juiz, como se vê do Ass. de 28 de Março de 1643, que se tomou sobre as duvidas, que houverão no tempo do Senhor D. João IV. pela morte do Arcebispo D. Rodrigo da Cunha; e o Escrivão deve ser nomeado por distribuição dos mesmos da Correição do Cível. E note-se que por Provis. de 9 de Novembro de 1784 se declarou, que o Escrivão dos Inventarios fica sendo o mesmo, ainda que se nomeie Juiz de Commissão, e que o dos Orfãos tem intenção fundada na Lei, para escrever nos Inventarios, e Causas dos menores,

dos Orphãos, e se dar principio ao Inventario dos bens do casal.

A formalidade, com que se costuma fazer o Inventario (segundo a prática quasi geral) he da maneira seguinte: Estando presente o Juiz, Escrivão, e Cabeça de casal se dá principio ao Inventario, pon-do-se logo no frontispicio o nome do defunto, com quem he continuado, os nomes dos herdeiros, e suas idades, em que dia morreu o defunto, e em que se dá principio ao Inventario; do que se forma logo hum Auto com estas declarações feitas pelo Cabeça do casal, em que tambem se deve declarar se o defunto falleceo com Testamento, ou sem elle, para se juntar, cujo Auto se deve assignar pelo Juiz, Escrivão, e Cabeça do casal.

Depois deste Auto feito, dá o Juiz juramento dos Santos Evangelhos ao Cabeça do casal, para em virtude d'elle declarar bem, e verdadeiramente todos os bens, e dividas do defunto; do que se faz termo, que he tambem assignado por todos os tres ditos, como se deduz da Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 4. 6., e 8.

Depois passa-se a fazer nomeação do Curador *ad litem*, cuja deve fazer o Juiz em hum Advogado de conhecida probidade, na forma da Ord. Liv. 3. tit. 41. §. 8., o que se faz tambem por termo, que assigna o Curador, se acceita o patrocínio, acceitando a herança a favor dos Orfãos, a beneficio do presente Inventario.

Segue-se depois a citação dos herdeiros, Curador, e Cabeça do casal, para se louvarem em avaliadores intelligentes para avaliarem os bens do casal, não os havendo nomeados pela Camara para esse effeito, de cuja citação dá fé o Escrivão, e passa-se ao termo de louvação, que fazem o Cabeça do casal, Curador, e herdeiros, que todos assignão, e depois se la-

vra o termo de juramento aos Louvados, que assigna o Juiz, Escrivão, e Louvados. (1)

Feito isto passa-se a fazer a descripção dos bens, escrevendo primeiramente os bens móveis, com separação, e signaes, que os distinguão a todo o tempo, Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 4., indo logo com o seu valor correspondente, que lhes derem os avaliadores, na fórma da Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 5., e Lei declaratoria de 21 de Junho de 1759.

Devem-se depois descrever os bens de raiz separadamente, declarando os sitios das propriedades, e suas confrontações, e logo os seus respectivos valores, como declara a Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 4. vers. *E dará*, e §. 5. vers. *E sejam*. (2)

Segue-se a descripção das dividas tanto activas, que são as que se devem ao casal, como as passivas, que são as que este deve. Ord. cit. §. 4. vers. *E assim*.

E finalmente deve-se fazer declaração no Inventario das Escripturas, que pertencereim aos Orfãos, declarando-se sómente a quantia de cada huma, o nome do Tabellião que a fez, e o dia, mez, e anno, em que foi feita, dito §. 4. *in fine*.

(1) Se ha suspeição contra os Louvados, toma della conhecimento o Juiz summariamente; e vendo que a suspeição he *de jure*, passa a nomear outro, Ord. Liv. 3. tit. 17. §. 1., bem como nomeia á revelia, quando as Partes não nomeião; e note-se que estes Louvados devem ser peritos, e á proporção das cousas que avalião; porque se são móveis de prata, e ouro, devem ser Ourives, se são de pão, officiaes proprios, etc. na forma do Alv. de 20 de Junho de 1774, §. 10., e L. de 14 de Outubro de 1773, e Alv. de 25 de Agosto de 1774, §. 30, segundo o qual se devem avaliar os predios urbanos, o que se não explicou em a nota 127 das Prim. Linh. sobre o Proces. Orphan.

(2) O Juiz dos Orfãos, antes de entrar na avaliação dos bens de raiz, deve mandar vir perante si os titulos, a que referem as propriedades, para que segundo a sua natureza, qualidade, estado, e rendimento sejam avaliadas por intelligentes, devendo estas ser vistas, e examinadas pelos Louvados na presença do Juiz, e Escrivão, na fórma da L. de 14 de Outubro de 1773, §. 1.

E se o Juiz achar no casal alguns bens alheios, como emprestados, depositados, etc. deve declarar pelo Escrivão a qualidade delles, de quem são, e a razão por que se achavão no poder do defunto, e se os Orfãos tem nelles algum Direito. Ord. cit. §. 4. vers. *E se algumas...*

Depois de feita assim a descripção de bens, segue-se o termo de declaração, que faz o Cabeça do casal de não ter mais que dar ao Inventario, cujo termo deve assignar, ou outro a seu rogo. (1)

Havendo dotes a conferir, se trazem á collação primeiramente os bens móveis, e depois os de raiz, e não querendo, ou não existindo, o seu valor que tinham ao tempo que lhe foram dados; bem como trará os fructos, e novidades dos bens, que lhe foram dados, e renderem depois da morte dos Doadores, e em regra tudo o que houve de seu Pai, ou Mãe, ou que delle procedesse na fôrma da Ord. Liv. 4. tit. 97. pr. §. 13. 14, e 15. (2), e desta conferencia de

(1) A formalidade deste termo, bem como dos mais, pôde-se vêr no Tratado Orphanologico de Morgado; e note-se, que se o Cabeça do casal occultou alguma cousa por dolo, ou malicia, fica sujeito á pena da Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 9., que he de perjuro, perda do sobrenome, e debro da sua valia.

(2) *N. B.* Que pelo que pertence aos moveis, de que falla o §. 15. cit. se devem avaliar no estado, em que se acharem, e, não existindo, se trará á collação o preço que valião, quando foram dados: pelo que pertence aos bens de raiz de que falla o §. 13. cit., se os tiver, deve trazellos á collação, e não os tendo já, trará á collação o preço, que valião ao tempo que lhe foram dados, na fôrma do §. 14. cit.; mas supponhamos que tem feito nelles benfeitorias, ou os tem damnificado? Se huma cousa, e outra exceder a quarta parte do preço, que os bens valião ao tempo que lhe foram dados, ficará á escolha do doado, no caso de benfeitorias, e dos Irmãos no caso de damnificação, para trazer á collação o predio, ou preço que tinha quando foi doado, e vindo á collação com benfeitorias devem paga-las os Irmãos, bem como o doado deve dar-lhes a estimação do damno, que tiver soffrido o predio, na fôrma da Ord. cit. §. 13. — Mas note-se que o dotado sómente deve entrar com ametade do que lhe foi dado,

dotes, ou casamentos se faz termo, que assigna o Juiz, Escrivão, e os Conferentes.

por morte de hum dos Conjuges, e entrar com a outra ametade por morte do outro, querendo entrar á herança do que falleceo, Ord. cit. §. 1; mas se o herdeiro, a quem tiver sido feita a doação em razão de casamento, ou por outro motivo, não quizer entrar á herança, não será obrigado a tornar a seus Irmãos o que lhe foi dado, só no caso em que a doação exceda a sua legitima, e terça, porque então será obrigado a entregar o excesso a seus Irmãos executivamente; porque as terças do Pai, ou Mãe até onde chegarem são obrigadas a prefazer os casamentos, e doações, ainda que os defuntos ordenem outra coisa a respeito das terças; e querendo trazer á collação, ou partilha a doação, o póde fazer, ainda que os outros Irmãos não queirão, visto que quer entrar á herança, Ord. cit. §§. 3., 5., e 6.; e para se dizer que a doação he grande, e excede a legitima, e terça, póde escolher o Donatario a valia, que os bens tinham ao tempo da doação, ou ao tempo da morte do Doador, Ord. cit. §. 4.; mas he necessario advertir, que se a doação exceder a quantia de 360\$ sendo feita por varão, ou 180\$ sendo feita por fema, he necessario ser insinuada, e confirmada pelo Desembargo do Paço, aliás não vale quanto ao excesso. Ord. Liv. 1. tit. 62. pr. e Alv. de 16 de Setembro de 1814, mandada observar pela Lei de 25 de Janeiro de 1775, e ainda mesmo as doações dos Pais para com os Filhos, Ass. de 21 de Julho de 1797, quando se transfere logo o uso-fructo para os Filhos, como succede na nomeação dos prazos com traspasso em vida dos nomeantes, segundo a Res. de 10 de Novembro de 1775; o que com tudo não he necessario na doação *causa mortis*, como declarou a Res. de 10 de Outubro de 1805. — É sobre a conferencia das doações feitas pelo Avô, ou Avó aos Netos, veja-se a Ord. Liv. 4. tit. 97. §. 20., e 21. Sobre a conferencia dos Prazos, vejão-se os §§. 22., e 23. da Ord. cit. — E note-se tambem, que o Filho que está vivendo com o Pai, ou Mãe, ou ambos, governando-se com os bens delles, se ganhar alguma coisa com esses bens, quer antes de casado, quer depois, recebem os Pais o lucro, e por sua morte se deve partir tudo entre o que ficar vivo, e mais Irmãos; porém ainda que o Filho se governe com os bens do Pai, ou da Mãe, se com os seus bens não fizer o dito lucro, ou ganancias, não será obrigado a trazellas á collação, Ord. cit. §. 16. — E quando o Filho, vivendo com seu Pai, ou Mãe, e estando debaixo do seu poder, houver delles alguns bens, ou que delles procedessem, a que se chama *peculio profecticio*, e estando ainda debaixo do seu poder, fallecer o Pai, ou Mãe, trará á collação a seus Irmãos tudo o que assim houve, e igualmente todos os ganhos, que dos ditos bens procederão, Ord. cit. §. 17.; se porém o Filho já depois de ser casado receber alguma coisa de seus Pais para ir á guerra, e gastar no Paço, o trará á collação,

Feita esta Conferencia, passa o Escrivão logo a escrever a declaração dos Louvados de terem avaliado todos os bens, que lhes forão mostrados, e erão descriptos neste Inventario, cujo termo assignão; feito o que, se as Partes pedirão vista do Inventario, se lhes continuará por vinte e quatro horas, a cada huma, que a requeresse, e se a não pedirão, ou depois de dizerem, e licitarem (1), tendo requerido a licitação na occasião das vistas, ou por meio de requerimento avulso, passa o Juiz immediatamente a fazer a Partilha. (2)

salvo se for para se fazer Cavalleiro, Ord. cit. §§. 7. 8., e 9.: = Não trará porém á collação os bens, que ganhára por motivo de guerra, ou letras, a que se chama *peculio castrense*, ou *quasi castrense*, de que falla a Ord. cit. §. 18. por serem proprios do Filho; nem tambem as mercês, ou officios dados pelo Principe na forma do §. 10; nem finalmente trará á collação os bens, que houve o Filho por outro modo, a que chamão *adventícios*, na forma da Ord. cit. §. 19.

(1) Quem quizer vêr a fundamento o verdadeiro Direito, que regulou as licitações, e a melhor prática, que se pôde adoptar sobre essas usadas no Fôro, veja a minha Memoria impressa em 1819 a este respeito.

(2) Tendo o A. das Prim. Linh. sobre o Processo Orphanolog. no §. 119. dito, que a Deliberação da Partilha he o *Despacho*, pelo qual o Juiz determina o modo, por que devem ser divididos os bens da herança: = accrescentando em a nota correspondente 197, e seg., que parece incrível ter-se sustentado a opinião de não dever intimar-se aos coherdeiros o despacho da deliberação da Partilha. . . . e no §. 122. que de semelhante despacho se pôde aggravar por Petição, ou Instrumento =, e tendo eu seguido na 1.^a Edição deste Tratado que a deliberação da Partilha se deveria fazer por huma Interlocutoria, tendo seguido sem maior reflexão a pratica, que ensinava Fernandes Morgado; depois de meditar nesta materia, e pela pratica vim a conhecer, que semelhante pratica he contraria á Lei, e contraria ao que antigamente se seguia em o nosso Foro, sendo a sua adopção muito prejudicial á brevidade, que se requer na facção dos Inventarios. He contra a Lei; porque esta manda impreterivelmente, que a Partilha seja feita na presença do Juiz, e Partidores; e por consequencia admittida a pratica de se ordenar por hum despacho, ou Interlocutoria o modo como os Partidores devem fazer a Partilha, he dar a entender, que ella não he feita na presença do Juiz, o que não admite a Lei; e por consequencia este despacho, em que se costuma deliberar a Partilha,

Para isto se fôrma hum Auto de Conta, e Partilha na presença do Juiz, Partidores, e Escrivão,

lie hum abuso inadmissivel, porque não tem fundamento na Lei, antes esta lhe resiste, não consentindo ella, que cada hum mande a si mesmo. Se a Lei dêsse faculdade ao Juiz para dar commissão aos Partidores sobre semelhante objecto, então poderia elle ordenar-lhes o modo como a devião fazer, e então não era despacho; mas o Juiz deve assistir: logo, a quem se refere semelhante deliberação? He contra a pratica antiga, porque mai modernamente tem os Juizes introduzido esta pratica, para se pouparem ao trabalho da assistencia da Partilha; e por isso tantos abusos se tem introduzido com ella; mas se examinarmos os Cartorios antigos (como já notou o A. da Pratica dos Juizes Divisorios) não acharemos vestigios della. Eu vi há pouco hum Inventario feito na Gollegã em 1722, sendo alli Juiz de Fôra José Borges Carvalho Monteiro, e Escrivão José Duarte e Albuquerque, em o qual se vê a determinação da Partilha feita por hum Termo, em que o Escrivão declarava, que viera a casa do Juiz com os Autos de Inventario para elle vêr, e determinar a Partilha como lhe parecesse de Direito, os quaes sendo vistos por elle, mandou. . . , e assim houve por determinada esta Partilha de que se fez este Termo, que assignou com o Escrivão. E logo se seguia, que pelo dito Juiz fôra mandado aos Partidores, que perante elle fizessem a somma, e repartição dos bens, o que por elles fora satisfeito, na fôrma seguinte: = Achou elle Juiz, e Partidores, que somnavão os bens, etc. = Esta pratica pois sendo mais conforme com a Lei, parece a mais digna de adoptar-se, não se fazendo logo pelo Juiz, e Partidores sem precedencia de semelhante Termo; posto que deva haver huma intimação aos Partidores para comparecerem; mas nunca por despacho, a que se possa dar o nome de Deliberação da Partilha, não só para se não embaraçar com algum recurso, mas porque a Lei lhe resiste. = Note-se mais, que na adjudicação dos bens, que deve fazer o Juiz, deve ter em vista os titulos dos bens de raiz, para vêr a sua natureza; porque se são allodiaes, ou livres, deve-os adjudicar guardando inteira igualdade; se forem bens da Coroa deve regular-se pelo disposto na Ord. Liv. 2. tit. 36. Liv. 4. tit. 95., e as Leis de 14 de Outubro de 1766, e 23 de Novembro de 1770, e Alv. de 2 de Maio de 1647. = Se forem bens de Morgado, e vinculados, deve ter em vista a Ord. Liv. 4. tit. 95., e 100., a Lei de 9 de Novembro de 1754, a Lei de 9 de Setembro de 1769, §. 11., e §. 22., a Lei de 3 de Agosto de 1770, e Assentos de 20 de Dez. de 1770 e 9 de Abril de 1772. = Se forem Prazos de nomeação, ou familiares, observará o disposto na Ord. Liv. 4. tit. 36., e 37., e Leis de 4 de Fevereiro de 1765, §. 5., de 16 de Janeiro de 1773, 9 de Setembro de 1769. §§. 25., e 26., e Ass. da Supplicação de 27 de Agosto de 1611.; e finalmente se forem Prazos perpétuos, se regulará

(depois de citados o Cabeça de casal, herdeiros, e Curador dos Orfãos, ausentes, mentecaptos, etc.) no qual Auto se principia pela partilha do movel, depois se passa á dos bens de raiz, e depois ás dividas activas, tirando a meação do Cabeça de casal para se lhe adjudicar, e finalmente a do defunto, para se repartir pelos Filhos, não tendo disposto da terça; porque tendo, então se adjudica na fôrma determinada no Testamento; e concorrendo Netos, ou Sobrinhos com os Filhos, se guarda o disposto nas Leis citadas. (1)

Feitas pelo Escrivão as entregas aos herdeiros, e Viuva, ou Cabeça de casal, na forma das cotas ordenadas pelo Juiz, as deve assignar logo pelo mes-

pela Ord. Liv. 4. tit. 96. §§. 23., e 24, tit. 97. §§. 23., 24., e 25. Assento de 16 de Fevereiro de 1786, Alv. de 9 de Novembro de 1754, e Alv. de 6 de Março de 1669. = N. B. Que não devem ser os Avaliadores de hum Inventario Partidores no mesmo, como he de razão, e o declara a Lei de 21 de Junho de 1759.

(1) Notem-se as seguintes regras: = 1.^o O funeral, e dividas do defunto (sendo legitimadas pelos proprios Crêdores, e pelos meios, que o Direito prescreve) se devem abater no monte principal da herança, visto que a não ha senão *deducto acro alieno*. = 2.^a Havendo Testamento, em que disponha da Terça o Testador, se deve esta tirar sómente dos bens de sua meação, ficando os dous terços sendo o monte partivel entre os herdeiros: = 3.^a Havendo dotes a conferir, se devem juntar por ametade á meação partivel do defunto, porque a outra ametade deve o herdeiro entrar com ella por morte do outro Conjuge: 4.^a Se os dotes excederem as legitimas, o excesso lhe deve ficar preenchido em terça, formando-se esta da meação partivel do defunto; e excedendo a terça, deve repôr o resto para se juntar á dita meação, e partir-se entre os mais herdeiros; e o mesmo procede nos herdeiros, que se levantárão com os seus dotes, ou casamentos: = 5.^a Os bens da terça se achão obrigados a todos os legados tanto pios como profanos; mas em primeiro lugar devem prefazer os dotes, ou casamentos: = 6.^a Na adjudicação dos bens deve haver toda a igualdade recommendada por Direito, tanto na quantidade, como na qualidade, principiando pelo móvel, e depois pelos bens de raiz, que se não devem dividir, ou partir por glebas, quando se podem dar inteiros aos herdeiros; depois se passa á partição das dividas activas, o que tudo se deduz da Ord. Liv. 4. tit. 96, onde se vê o mais.

mo Juiz, e Partidores, na fôrma da Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 18.; o que assim praticado, lhe fará o Inventario concluso para julgar as Partilhas por sua Sentença definitiva (1), em que deve deixar direito salvo aos herdeiros, e Viuva para as acções competentes, depois de haver por firmes, e valiosas as Partilhas, condemnar nas custas aos Interessados á proporção, e nomear Tutor dos Orfãos o seu parente mais chegado, que for idoneo, mandando ao Escrivão notificallo, para receber juramento, e assignar o Termo de tutela, e isto quando a Viuva não tenha Provisão para ser Tutora de seus Filhos (2); e esta Sentença depois de publicada se deve notificar ás Partes, e Curador: feito o que, se mettem os herdeiros de posse das suas respectivas porções, em virtude dos formaes de Partilhas, que para este effeito se lhes hão passado, Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 22; e sendo os herdeiros menores, mentecaptos, ausentes, etc., toma por elles posse o seu Tutor, ou Curador *adbona* (3). Isto pelo que pertence ao Inventario dos

(1) Desta Sentença, como Definitiva, pôde-se appellar, ou aggravar ordinariamente; porém nem estes recursos, nem os Embargos, com que possam vir á mesma Sentença, impede que os herdeiros entrem na posse dos seus quinhões. Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 22.

(2) O Juiz não deve entregar a Tutoria á viuva, sem que lhe apresente Provisão, ou Sentença de Tutela do Juizo da Provedoria, porque a este he que pertence este negocio, sem necessidade de Provisão, não excedendo as legitimas dos Orfãos sessenta mil réis, porque passando desta quantia deve haver Provisão do Desembargo do Pago, preparando-a no mesmo Juize, como na mesma Provisão se declara, e he expresso na Ord. Liv. 1. tit. 62. §. 37, e a mesma provisão se requer para os bens do ausente na fôrma da Ord. cit. §. 38, excedendo a quantia de cem mil réis, como se declara tambem no Reg. dos Desembargadores do Pago, §. 50.

(3) As Viuvas, sendo Tutoras, devem dar contas da sua administração de dous em dous annos aos Juizes dos Orfãos, na fôrma da Ord. cit. §. 37: aos Tutores, e Curadores dativos tomará o Juiz contas tambem de dous em dous annos; e aos legitimos, ou Testamentarios de quatro em quatro annos, Ord. Liv. 1. tit. 88. §. 49; mas constando

menores, Orfãos, ausentes, pródigos, e mentecaptos, que pertencem todos ao Juiz dos Orfãos, como fica notado; porém ha outro Inventario, que he feito pelos herdeiros, que são maiores, os quaes podem fazer suas Partilhas já judicial, já extrajudicialmente; porém este Inventario dos maiores he só feito a requerimento de Partes, e pelo Juiz Ordinario, ou do Cível; não sendo porisso necessarias todas as solemnidades, que se requerem nos dos Orfãos, como a nomeação de Curador *ad litem*, nem *ad bona*. (1)

CAPITULO XXXIV.

A quem pertence a execução do Testamento.

A EXECUÇÃO do Testamento deve ser feita por aquel-

ao Juiz que huns e outros regem mal as Tutorias, e Curadorias, os privará logo dellas, e entregará a outro, fazendo satisfazer ao Tutor removido todas as perdas, e damnos, Ord. cit. §. 50; e por isso quando não houver Tutor dado em Testamento, deve o Juiz procurar o parente do Orfão mais chegado, e capaz, e quando não tenha parente, o Juiz nomeará hum homem bom do lugar, e digno de fé, e este será obrigado a ser Tutor por tempo de dous annos, e o continuará a ser, querendo, e tendo administrado bem a Tutela, Ord. Liv. 4. tit. 102; e o mesmo procede a respeito dos pródigos, mentecaptos, etc. Ord. cit. tit. 103. Quando for nomeado alguem para Tutor, ou Curador, e se quizer escusar, deverá o Juiz examinar se a sua escusa he das comprehendidas na Lei, ou Ord. Liv. 4. tit. 104, e sendo, lhe deferirá; aliás o obrigará a servir.

(1) Mas he necessario que se distribua este Inventario a hum dos Escrivães do Geral, que se cite o Cabeça de casal para dar á escripta todos os bens, de que estiver de posse, e souber da sua existencia, que se inventarêem, e descrevão pela mesma ordem, que se observa nos dos menores, tendo precedido o juramento do Cabeça de casal, e Louvados; porém havendo alguma dúvida sobre a Partilha, o Juiz não prosegue, em quanto se não determinar; e huma vez decidida continúa, proferindo a final Sentença, que approve as Partilhas, havendo tudo por valioso.

le, ou aquelles, que são para isso nomeados no Testamento, a que se chama vulgarmente *Testamenteiros*; e não os havendo nomeados no Testamento se deve cumprir o disposto no Testamento pelos herdeiros; tendo os Bispos, e Provedores (1) obrigação de lhes fazer dar execução dentro do tempo determinado pelo Testador, na fôrma da Ord. L. 1. tit. 62. §. 1., ou não o determinando este, dentro de hum anno, e hum mez, contado da morte do Testador, Ord. cit. §. 2. E estas contas são obrigados a dar os Testamenteiros, posto que os Testadores digão em seus Testamentos que querem que seus Testamenteiros não sejam obrigados a dar conta. Ord. cit. pr., e devem dar as contas no Foro do domicílio, como se vê da Ord. cit. §. 4. (2)

(1) Pela Ord. Liv. 1. tit. 62. §. 4. pertencia tanto ao Juízo Ecclesiastico como ao da Provedoria o tomar contas dos Testamentos, admittindo-se a prevenção entre elles, de maneira que aquelle, que primeiro mandasse citar os Testamenteiros, esse he que lhes tomava as contas, e conhecia de taes Feitos; porém como daqui resultavão inconvenientes, e desordens, foi determinado por huma Concordata, que vem na L. de 3 de Novembro de 1622, que houvesse a alternativa feita entre os Escrivães Ecclesiasticos, e Seculares ácerca das contas dos Testamentos, o que a dita Lei confirmou, ficando por isso a pertencer o cumprimento dos Testamentos dos que fallecessem em Janeiro ao Juízo Ecclesiastico, e dos que fallecessem em Fevereiro ao Secular, e assim nos mais mezes alternativamente: — Enote-se que em Lisboa ha officio proprio, e privativo para o Registo dos Testamentos da Cidade, e Termo, creado por Alv. de 2 de Dezembro de 1604, a que se lhe deo Regimento em 7 de Janeiro de 1692, onde devem ir-se registar dentro de dous mezes, ainda que as contas pertençam ao Juízo Ecclesiastico: nas mais terras do Reino, aonde não ha Escrivão privativo, vai aos do Geral por distribuição.

(2) Note-se, que a Ord. Liv. 1. tit. 62. prescreve não só as obrigações dos Testamenteiros, mas as dos Provedores a respeito destes; e assim ao Provedor pertence tomar conhecimento dos Testamentos, e legados nelles deixados, a fim de os fazer cumprir, mas isto he no caso do Testamento não ser combatido, porque havendo disputas para so annullar, então sem se decidir a dúvida não póde d'elle conhecer, mas não a havendo pertence lhe fazer cumprir os legados, devendo os her-

CAPITULO XXXV.

Noções de Legado, e Fideicommisso.

TENDO-SE tratado até aqui do que pertence geralmente aos Testamentos, e heranças nelles deixadas,

deiros, ou Testamenteiros apresentar perante elle o Testamento, e Certidões, que mostrem o seu cumprimento; e havendo-as por verdadeiras lhes abona as contas, passando-se quitação de abunção; e não tendo Certidões, ou recibos idoneos, se está pelos seus juramentos, até o valor de dous marcos de prata, ou pelo dito de duas Testemunhas dignas de fé, como declara o §. 21. da Ord. cit., e não lhe levará em conta as despesas, que fizer o Testamenteiro com o cumprimento do Testamento, senão as que forem escriptas perante hum Tabellião, ou pessoa, que o defunto ordenasse, Ord. cit. §. 20, e isto ainda que as despesas sejam feitas fóra do anno, e mez já declarado, com tanto que sejam feitas antes de serem citados para darem contas; e achando que os Testamenteiros não dispendêrão bem, serão removidos na fórma da Ord. cit. §. 12. E note-se mais, que os Testamenteiros não tem premio algum declarado por Lei, mas que o podem pedir ao Juiz, e dar-se-lhes ao seu arbitrio, no caso de estar a execução do Testamento junta á administração dos bens, *Reinoso*, Obs. 55. n. 23. E posto que pela Ord. cit. §. 2. se podia dar esperas aos Testamenteiros, recorrendo ao Desembargo do Pago, com tudo pelo §. 117. do seu Regimento se prohibio o concederem-se: = E sobre a execução dos legados não cumpridos a favor do Hospital Real de S. José se podem vêr o Alv. de 3 de Setembro de 1609, e Bulla a elle junta, o Alv. de 15 de Março de 1614, mandado observar pelo de 22 de Outubro de 1642, o Alv. de 5 de Setembro de 1786, o de 9 de Março de 1787, o Aviso de 3 de Novembro de 1803, e Provisão de 2 de Maio de 1806. A pratica sobre a tomada das contas aos Testamenteiros pôde vêr-se na Pratica dos Juizos Divisórios do Desemb. Menezes, Tom. 1. pag. 141, e seg., e veja-se tambem o Man. do Tabell. a pag. 180. §. 212. A execução da ultima vontade dos homens tem sido considerada em todos os tempos, como huma cousa sagrada: e os Legisladores de todas as Nações cultas tem legislado a semelhante respeito. A Lei põe ao Testador no meio de sua familia como hum Legislador, cujas disposições devem ser observadas como Lei. Quintiliano, fallando desta vontade, diz = *quo nihil potentius apud nos, nihil nostro animo sacratius*.

segue-se tratar dos *Legados, e Fideicommissos*, por serem deixados em Testamento, constituindo porisso huma parte essencial da materia testamentaria; e

esse debet. = e L. 4. ff. *Testam. quemadmod. aper.* diz = *Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere*; e a L. 1. Cod. de *Sacr. Eccles.* *Nihil est quod magis hominibus debeatur, quam ut suprema voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus: et licitum quod iterum non reddat arbitrium.* = Para procurar de huma maneira segura, e prompta a execucao das ultimas vontades, he que o Imperador Justiniano, que poz a ultima mão á Jurisprudencia Romana, forneceo tantos meios para conseguir aquelle fim; já permittindo aos herdeiros de tomar posse da herança, pela L. ult. Cod. de *Ed. Div. Adrian. toll.*; já concedendo muitas açoes aos Legatarios, e Fideicommissarios pela L. 1. Cod. Com. de *Legat.*; e já pronunciando pela Nov. 1. Cap. 1. a pena de privação, e de indiguidade contra os herdeiros refractarios, e que recusassem o exercer a vontade dos Testadores, como melhor se póde vêr em *Desquiron.* Tom 2. pag. 464, e seg. O mesmo Imperador Justiniano, tendo dado aos Bispos o poder de fazer executar as disposições feitas em favor dos pobres captivos pela L. 28. Cod. de *Sacros. Eccles.*, ha por isso alguns textos Canonicos, que tratão de semelhante materia, como são especialmente o Cap. 17, e 19. extr. de *Testam.* e Cap. ult. de *Testam.* in 6.^o, e a Clementina unica de *Testam.*; podendo-se vêr tambem a este respeito a L. 49. §. 2. Cod. de *Episc. et Cler.* e Nov. 131. Cap. 11. Nov. 117. Cap. 1. Nov. 68., a L. 91. §. 3., e L. 107. ff. de *Leg.* 1, L. 17. ff. de *Leg.* 2., a L. 3. e 9. ff. de *alim. et cib.* *Legat.*, e a L. 12. §. 4 ff. de *Relig. et Sumpt. Funer.* Foi destas Leis, que os *Hespanhoes* deduzirão os principios, que estabelecêrão a este respeito nas Leis das Part. tit. 10. Part. 6., e tit. 4. Lib. 5. da Recopil. onde se acha especificado o poder, que tem os Testamenteiros para cumprir os mandos do Testador; que elles devem cumprir literalmente a sua vontade; os casos em que podem demandar em Juizo os bens do Testador: o tempo que tem para isso, etc., como se póde vêr no Comp. do Viscain. Perez, T. 1. pag. 230, e seg. Tambem os *Francezes* no Cod. Civ. seguirão muitas disposições, que os Romanos já tinham estabelecido, como se vê dos Art. 1025., e seg., segundo o qual, o Testador póde nomear hum, ou muitos Testamenteiros. Elle tem considerado a Testamentaria como hum verdadeiro mandato, huma vez que o Testamenteiro se tenha della encarregado; e por isso o faz apossar dos Sellos. Se ha herdeiros menores, ou ausentes, deve fazer Inventario dos bens, quando o herdeiro he presumptivo, vigiar para que o Testamento seja executado, e intervir para sustentar a sua validade, e dar conta da sua administração, ou gestão. O que não póde ser Procurador, ou que se não póde obrigar, não póde em regra ser Testamen-

principiando por dar a definição de huma e outra cousa, diremos que *Legado* não he outra cousa mais que o *desfalque*, ou *porção da herança deixada pelo Tes-*

teiro; e assim a mulher sem authoridade do marido, ou da Justiça, não o pôde ser; o menor sem authoridade do Tutor, ou Curador, etc. = O *Código da Prussia* no Art. 557., e seg. do tit. 12. 1. P. e Sec. 1. do tit. 13. dispõe largamente sobre esta materia; e ahi estabelece logo a regra de que se o Testador tem commettido a alguém a execução da sua vontade, este Executor deve ser considerado como hum mandatario do Testador, e a disposição Testamentaria como o seu mandato, Procuração, ou instrução; e que se a execução se acha ao mesmo tempo unida á administração da successão em todo, ou em parte, o Executor deverá ser considerado a este respeito como hum Administrador de bens d'outro, de que trata o tit. 14. Sec. 2., etc. = *Blakstone* commentando as *Leis Inglezas*, no Tom. 3. a pag. 447, falla largamente dos Executores Testamentarios, sendo estes os principaes pontos, que podemos tirar de semelhante Legislação. = Que todos os que podem testar, podem ser Executores de hum Testamento; e ainda mais, como as mulheres casadas, os filhos pupillos, e ainda os que estão no ventre da Mãe, mas que como até á idade de 17 annos não pôde exercer este acto validamente, a administração deve ser entre tanto confiada a outro, *durante minore aetate*, como se pôde tambem conceder, *durante absentia*, quando o Executor está fóra do Reino, ou quando hum Processo tiver começado no Tribunal Ecclesiastico sobre a validade do Testamento. Que a nomeação do Executor do Testamento he essencial nelle; e pôde-se fazer expressamente, ou por termos, que indiquem esta nomeação. Mas se o Testador faz seu Testamento sem nomear Testamenteiro, ou se nomeia pessoas incapazes, ou se os Testamenteiros nomeados recusão a execução mandada, neste caso as Justiças Ordinarias devem confiar a administração, *com Testamento annexo*, a algum outro. Se porém o Testador morrer *ab-intestado*, sem ter feito Testamento, nem nomear Testamenteiros, neste caso, segundo o Estatuto de Eduardo III, e Henrique VIII, passa o Ordinario a nomeallos; segundo estas regras: = 1.^a Que sendo os bens da mulher, deverá ser entregue a administração ao marido, ou aos representantes deste: e sendo do marido á viúva, ou ao parente mais proximo; podendo conceder a sua administração a hum só, ou a dois, como lhe parecer: = 2.^a Que entre os parentes, os mais proximos *ab-intestado* devem ser preferidos, e que se elles estiverem no mesmo grão, o Ordinario escolherá: = 3.^a Que esta parentella não será regulada pelo Direito Canonico, mas pelo Direito Civil, cujas disposições adoptou a Lei de Inglaterra em a Successão dos bens reaes: = 4.^a Se algum dos parentes se não quer encarregar da administração, o costume authorisa hum Crédor a encarregar-se della: = 5.^a Se o Exe-

tador a alguém por título singular (1): e Fideicommisso tudo aquillo que era deixado pelo Testador com palavras precativas, e rogativas. (2)

autor recusa, ou morre ab-intestado a administração pôde ser concedida ao Legatario universal, com exclusão do parente mais proximo; e em fim antes do Estatuto de Eduardo III, o Ordinario na falta de todos aquelles podia commetter a administração a quem lhe parecesse capaz; mas hoje a Corte, ou Tribunal competente dá para isto huma Carta Patente, e á vista della he que o Ordinario dá a administração.

(1) Posto que se encontrem nas Leis Romanas mais definições de Legado, com tudo esta, que he deduzida da L. 116. pr. ff. de Leg. 1., he a que achamos mais propria, e accommodada ao nosso uso; vindo esta denominação de *Legado* do modo por que erão deixados entre os Romanos, que era *modo legis*, parecendo o Testador dar Lei sobre suas cousas, quando deixava alguma cousa a titulo de legado, por serem deixados com palavras Latinas, e imperativas, no que differião dos Fideicommissos, que erão deixados com palavras obliquas, e precativas.

(2) Esta he a definição que dá Ulp. nos seus Frag. XXV. 1., e estes, ou erão *universaes*, ou *singulares*, segundo era deixada toda, ou parte da herança por palavras rogativas; e dos legados havia diferentes especies, segundo a formula com que erão deixados, como se pôde vêr em Heineccio, e outros, ao tit. de Legat.; porém Justiniano depois de tirar a differença entre Legados, e Fideicommissos (fallo dos singulares) como se vê da L. 2. Cod. de Leg. et Fid., e §. 8. Inst. de Legat., tirou tambem a differença de legados entre si, como se vê da L. 15. Cod. de Testam., e L. 1. Cod. Com. Leg. et Fid., podendo por Direito novo ser deixados por quaesquer formulas, e palavras, sem differença de Legados a Fideicommissos. Entre nós ainda que não tenhamos titulo algum na Ord., que trate de Legados, ou Fideicommissos, temos com tudo sempre usado delles: e o seu Direito, isto he, o que lhes applicarão os Romanos, principalmente depois de Justiniano, tem sido quasi geralmente recebido em o nosso Foro; e por isso vemos ainda hoje conservada a differença de Legado a Fideicommisso, em quanto a ser deixado aquelle com palavras imperativas, e este com rogativas; posto que em quanto ao seu effeito sejam os Fideicommissos o mesmo que Legados, usando delles mais por costume que por Lei; podendo-nos servir de exemplo a disposição da Rainha Santa Isabel, que deixando a sua Coroa de esmeraldas á Rainha D. Beatriz sua Nora, lhe roga que a deixe á Infanta D. Maria sua Filha, Sousa, Hist. Geneal. T. 1. Liv. 2. n. 16.; mostrando-se com isto, que o uso dos Fideicommissos he muito antigo, e que já no sec. 13. estavão em uso entre nós; porém note-se que não são necessarias estas palavras rogativas, ou imperativas para a validade da disposição, porque em quanto

CAPITULO XXXVI.

Que pessoas podem deixar Legados, e a quem.

SENDO Legado entre nós o mesmo que Fideicommisso singular, e sendo estes deixados em Testamento,

ao seu effeito he o mesmo; mas fallo dos Fideicommissos singulares, porque a respeito dos universaes ha outro direito, pois se considerão como herança deixada debaixo de condição, v. gr. deixo a minha herança a Pedro, e no caso que não tenha Filhos, a entregue a Paulo; o que se vê na verdade adoptado; e praticado entre nós, e a ser olhada humia semelhante disposição como Fideicommissos universaes, attendendo ás palavras, com que he deixada a herança, as quaes entre nós se devem entender pela indole, e natureza da nossa linguagem, sem com tudo differirem entre nós as heranças deixadas directamente, ou por modo de Fideicommissos; differindo com tudo as instituições de Morgado, e bens de Capella dos Fideicommissos perpétuos dos Romanos, com que se assemelham muito; não tendo por consequencia entre nós uso a disposição dos dous Senatusconsultos Trebelliano, e Pegasiano, e a alteração, que fez Justiniano destes dous, comprehendendo-os em hum só; bem como o não tem a *Lei Falcidia*, porque entre nós pôde o Testador deixar a herança, e reparti-la em Legados, e Fideicommissos; e assim se o Testador deixar a herança, mandando-a restituir a outro, não pôde aquelle tirar a quarta Trebellianica, e o mesmo se a distribuisse em Fideicommissos particulares, também não pôde tirar a quarta Falcidia, por serem os principios, em que se fundão as suas disposições proprias da politica, e costumes dos Romanos, e de nenhuma sorte applicaveis ao systema das nossas Leis, e costumes, como melhor se pôde vêr no §. 21. e 22. das Inst. de Dir. Civ. Lusit. Liv. 3. tit. 7. Deve-se porém sempre examinar a força das palavras por que o Testador se explica, pois pôde deixar ao herdeiro a escolha das cousas, que he rogado a entregar, e então fica ao arbitrio deste a sua entrega. Observe-se mais o que diz o A. das Inst. cit. §. 20. que o herdeiro Fiduciario, que foi rogado a restituir a herança, restituida esta já não he herdeiro, e por consequencia já não pôde demandar, nem ser demandado por causa das dividas da herança, ou por outra cousa, que lhe respeite, sendo o contrario por Direito Romano, §. 3. Inst. de Fid. heredit., e L. 88. ff. de Her. Inst.; isto

ou Codicillos, segue-se que só podem deixar Legados, ou Fideicommissos aquelles, que podem fazer Testamento, ou Codicillo, (se exceptuarmos o con-

pelas razões, que ali aponta, que se conformão com a justiça, e equidade natural, devendo sómente ter lugar entre nós a disposição do Direito Romano, quando o herdeiro Fiduciario renunciasse espontaneamente a herança; porém entregando-a por isso mesmo que he obrigado pela Lei, está claro que não pôde estar sujeito aos encargos da mesma, como se prova bem da doutrina de Schilt. *Exercit. 40. ad Pand. §. 34.* E note-se finalmente a respeito dos Fideicommissos singulares, que não só podem ser deixados em Testamento, e Codicillos, por isso que estão equiparados aos Legados, mas que até por contractos *inter vivos*; o que he não só conforme ao Direito Civil, mas aos costumes modernos; e não temos Lei alguma, pela qual se prohiba semelhante contracto; e realmente he huma especie de Fideicommisso, como se vê da especie, que figura Scevola na L. 37. §. 3. ff. de Leg. 3., que he terminante para este caso, como nota o A. das Inst. já cit. §. 19. A materia de Legados, e Fideicommissos pôde vêr-se em as Leis Romanas no Liv. 30. tit. 1. de Legat. et Fideicom.; no Cod. no Liv. 6. tit. 37. de Legat.; no tit. 42. de Fideicom.; no tit. 43. Commun. de Legat. et Fideicom.; e na Inst. Liv. 2. tit. 20. de Legat. no tit. 23. de Fideicommissar. haeredit. et ad S. C. Trebel. no tit. 24. de singul. reb. per Fideicom. relict., e Nov. 39. Cap. 1., e Nov. 108. e 159; e posto que na L. 1. ff. de Legat. 1. se diga: *Per omnia exaequata sunt Legata Fideicommissis*, = isto procede de hum erro, ou descuido manifesto dos Compiladores; porque esta igualação de Legados a Fideicommissos foi feita por Justiniano na Lei 2. Cod. Commun. de Legat. et Fideicom., como nota o A. do *Dictionnaire du Digeste*, Mr. Lesparat, verb. *Legs.* onde se pôde vêr o resumo de toda a Legislação Romana a este respeito, bem como a correspondente ao Cod. Civ. dos Francezes, que são principalmente os Art. 843, 844, 871, 1011, 1013, 1014, e 1024, nos quaes se adoptou quasi em tudo o Direito Romano, exceptuando aquellas cousas, que se não podem accommodar aos costumes modernos. O Direito de Hespanha sobre as Mandas, ou Legados, pôde vêr-se nas Leis das Part. tit. 9. Part. 6., e tit. 4. L. 5. da Recopil., e em resumo no Comp. do Viscain. Perez, T. 1. tit. 32. pag. 199. e seg., que tambem adoptou quasi em tudo o Direito Romano. Esta mesma materia de Legados he tratada amplamente no Cod. da Prussia T. 1. tit. 12. Art. 288; e seg., onde se estabelece logo em começo a regra de que a propriedade das cousas, e Direitos legados por Testamento passam em regra ao Legatario desde o dia da morte do Testador; e depois passa a regular mais particularmente este Direito, adoptado parte do Civil Romano, e parte dos costumes, e Direito já estabelecido, accumulando-lhe declarações mui

demnado á morte, que segundo a Ord. Liv. 4. tit. 81. §. 4., sendo tolhido da facção do Testamento, póde com tudo dispôr da terça de seus bens para legados de obras pias), e que se podem deixar a todos aquelles que podem receber alguma coisa por Testamento, ou Codicillo, como se prova da Ord. L. 2. tit. 26. §. 23., (se exceptuarmos o Religioso, que não podendo fazer Testamento na fôrma do §. 4. do tit. 81., assim como succeder na herança de alguém, como se collige da L. de 12 de Maio de 1778, com tudo pelo §. 10. da L. de 25 de Junho de 1766 se lhe podem deixar legados de alimentos vitalícios, como já se notou); e por tanto, sabendo-se quem póde fazer Testamento, e a quem se não póde por elle deixar a herança, se sabe quaes são os que podem deixar legado, e a quem, na consideração das sobreditas excepções. (1)

CAPITULO XXXVII.

Que cousas se podem legar.

PODEM-SE deixar em Legado, ou Fideicommisso todas as cousas que estão em commercio, e podem prestar utilidade, bem como se não podem legar as que

convenientes. Pelo Direito de *Inglaterra*, quasi que se não faz differença de heranças a Legados; e por isso as mesmas regras, que se applicão áquellas se podem applicar a estes, como se póde vêr em todo o Tom. 3. de Blackstone. O Código de *Sardenha* não se empregou em tratar em particular dos Legados, por ser esta materia ampla no Direito Romano, que tem seguido.

(1) E note-se que não havendo Filhos legítimos, ou herdeiros necessários, póde o Testador dividir toda a sua herança em Legados, ou Fideicommissos, por se não achar a sua liberdade restringida pelas nossas Leis a este respeito.

não existem, nem podem existir, §. 4. *Inst. de Leg.*, e por consequencia podem-se legar: = 1.º Ainda as cousas futuras, como os fructos que estão pendentes ou para nascer, §. 7. *Inst. de Leg. L. 24. pr. ff. de Leg. 1.*, e L. 17. *ff. de Leg. 3. (1)*: = 2.º Tambem as cousas alheias, sabendo o Testador que o erão, §. 4. *Inst. de Leg. (2)*, em tanto mais vale, suppon-

(1) Não só as cousas, que estão em commercio, isto he, que podem recahir em o nosso dominio, estar no nosso patrimonio, e servir para os nossos usos, e necessidades, e as que existem, se podem legar, mas ainda as que não existem, mas estão em faculdade de existirem, como os fructos, que ainda hão de nascer; porém note-se que este legado he puro, e não condicional, por isso que se transmite logo para os herdeiros do Legatario, L. 25. §. 1. *ff. Quand. dies leg. ced.*, mas deve-se fazer differença de transmissão do legado á prestação d'elle; e em quanto á transmissão devemos dizer que he puro, na forma da L. cit., porque logo a morte testatoris passa para os Legatarios o dominio para o effeito de passar aos herdeiros: em quanto á prestação do legado, fazia-se differença de quando era deixado *demonstrationis causa*, ou *taxationis causa*, se no 1.º caso, não era condicional o legado, e ainda que não nascessem os fructos, o herdeiro tinha obrigação de os prestar aliunde; se porém era deixado *taxationis causa*, era condicional, e se não nascessem os fructos, não se prestava o legado, como se vê das Leis 12. *ff. de Alim. Leg. L. 13. Tril. vin. ol.*, e L. 6. *cod.*, o que tudo se collige das palavras por que o Testador se explica; porque se elle declarou o prédio onde devião nascer os fructos, não nascendo não se deve o legado; e pelo contrario se não declarou o prédio, porque então sempre o herdeiro tinha obrigação de os prestar ao Legatario, por se julgar legada aquella quantidade, e não ser restricta aos fructos que produzisse aquelle prédio.

(2) Porém deve-se notar, que este legado não tira o Direito ao senhor da cousa, nem fica privado do dominio della por esta declaração do Testador, porque ninguem pôde dispôr senão do que he seu, mas com o effeito do herdeiro prestar a estimação dellas, que julgar o arbitrio do Juiz, ou de as resgatar comprando-as ao senhor dellas, na forma do §. 4. cit., mas isto he no caso do Testador saber que he cousa alheia; porque se não sabia que era alheia, então não vale o legado, nem o herdeiro tem obrigação de o prestar; isto porque se julga que estando em erro, não queria deixar aquelle legado, interpretando as Leis mais a favor do herdeiro do que do Legatario, e assim temos o legado da cousa alheia válido, que injustamente reprova o Direito Canonico, por não entender o effeito com que o julga válido o Direito Romano. Se porém forem legadas cousas alheias pelo Testa-

do que era alheia sendo sua, §. 11. *Inst. eod.* == 3.º Pela mesma razão de se poderem legar as cousas alheias, se podem também legar as que estão na mão, ou poder do Testador empenhadas, ou que este tinha empenhadas no poder de outro, se o Testador souber que ellas estavam empenhadas, L. 54. ff. *de Leg. 1.*, e L. 6. *Cod. de Fideicom.*, e L. 10. *de Legat. eod.* (1): == 4.º Ainda as mesmas cousas do Legatario se poderão legar, se o Testador, ou hum ter-

dor, e em sua vida as adquirir o Legatario, sempre o herdeiro lhe deve dar a estimação, adquirindo-as o Legatario por titulo oneroso, como compra, troca, etc. §. 6. *Inst. de Leg.*; pelo contrario sendo por titulo lucrativo, por não poderem concorrer em o mesmo homem duas causas lucrativas, dito §., e L. 108. §. 4. ff. *de Leg. 1.*, e L. 82. pr. ff. *de Leg. 1.*, e daqui vem, que sendo a mesma coisa legada a hum em dois Testamentos, aquelle que recebeu a coisa pelo primeiro Testamento não pôde pedir a estimação pelo segundo, pela mesma razão de não poderem concorrer no mesmo homem duas causas lucrativas, e assim quando adquirio a coisa, adquirio quanto quierão os Testadores, porque a vontade dos Testadores era que adquirisse aquella coisa, e por isso conseguindo a estimação pelo primeiro Testamento, pôde ainda pedir a coisa pelo segundo; porque não estava satisfeita a vontade do Testador com a aquisição da estimação, como se vê do §. 6. *Inst. eod.*, o que na verdade procedia da escrupulosidade dos Romanos sobre a inteira observancia das vontades dos Testadores.

(1) Neste caso deve o herdeiro satisfazer o empenho, se a divida não exceder ás forças da herança, L. 57. ff. *de Leg. 1.*; porém se o Testador não sabia que erão empenhadas, então como se collige das Leis citadas, não succedia como no legado da coisa alheia, não sabendo o Testador que o erão; porque neste caso de não saber serem empenhadas valia o legado, mas o herdeiro não tinha obrigação de pagar a divida, mas sim o Legatario, se quizesse receber o legado, o que se pôde presumir que o Testador sabia, se fossem legadas muitas cousas, e huma destas estivesse obrigada, ou empenhada, L. 15. ff. *de Dat. praeleg.* — E note-se que não se extingue o legado pela sua alienação, com tanto que o Testador não fizesse isto com animo de tirar-lhe o legado, o que se presume se a alienação for voluntaria, e não necessaria, §. 11. *Inst. de Leg.*, L. 11., e 12. ff. *de Leg. 3.*, e L. 18. ff. *de Adm. vel Transf. Leg.*, o que se deve entender, quando vendeo, sem ter dividas; porque se vê, que lhe quiz tirar o legado; devendo-se com tudo olhar para o modo com que procedeo, nesta alienação.

ceiro tiver algum direito nellas, porque no primeiro caso se julga remittido pelo Testador, legando-lhe o que era seu, e no segundo deve ser satisfeito pelo herdeiro, L. 71. §. 5., L. 88. pr. *de Leg.* 1. (1):= 5.^o Podem-se igualmente legar não só as cousas corporaes, como são móveis, e semoventes (2), mas

(1) Fóra destes casos era inutil o legado da coisa propria, pela regra de que aquillo que he meu não pôde ser mais meu, e isto ainda que o Legatario alienasse a coisa legada, se não devia o legado, por lhe obstar a regra Catoniana §. 10. *Inst. de Leg.*; por isso, e porque do legado sempre deve resultar utilidade ao Legatario, legando-se-lhe huma divida, que o Testador devia ao Legatario, era inutil este legado, §. 14. *Inst. de Leg.* Com tudo os AA. figurão alguns casos, em que o legado da divida pôde ser válido, por conter utilidade, v. gr. se legasse huma divida, que tivesse o Testador contrahido por longo tempo, porque recebia utilidade em a receber mais cedo, ou se fosse huma divida de dinheiro, ou quantia incerta; porque por esta confissão torna a divida segura ao Legatario. Porém se o Devedor legar ao Crêdor não a sua divida, mas outra coisa, julga-se neste caso deixado o legado com animo de compensar a divida, sem se fazer differença entre divida voluntaria, e que traga a sua origem do contracto, e facto do homem, á necessaria, e que se deva por disposição da Lei; por isso que toda a divida he necessaria, e por consequencia sempre se presume no animo do Testador a compensação, como se deduz da *Ord. Liv. 4. tit. 31. §. 11.* onde se estabelece a especie de que se o defunto deixar ao criado, ou criada que o servisse, algum legado, não declarando nelle que lho deixa liberalmente além da sua satisfação, se descontará na sua soldada, e salario, que o tal criado havia de haver, como se o Testador assim o declarasse, presumindo-se antes o livramento da divida a que estava obrigado, que doação.

(2) Note-se aqui o que diz o A. das *Inst. de Dir. Civ. Lusit. Liv. 3. tit. 7. §. 10.*, que posto que debaixo do nome de móveis, na significação de Direito, se entende o dinheiro, e dividas, e ainda os semoventes, com tudo no uso commun de fallar se não entende por móveis senão o que pertence á mobilia de casa, e por isso legando-se os móveis, se entende ter legado sómente o que pertence a trastes de uso ordinario de huma casa; e não = 1.^o Os frutos ainda que estejam já recolhidos, e existentes, por isso que estes vulgarmente se chamão frutos, e não móveis: = 2.^o O dinheiro que está na gaveta por qualquer causa depositado, que sempre se distinguio dos móveis: = 3.^o As acções, Direitos, e dividas dos Devedores, porque estes constituem a terceira especie de bens, distincta dos móveis, e immoveis: = 4.^o Os bois, bestas, e mais animaes, que se chamão semoventes: = 5.^o Os

ainda as cousas incorporaes, como Direitos, e Acções, porque tudo pôde causar utilidade; e pela mesma razão os factos, com tanto que sejam licitos em si, L. 112. §. 3. ff. *de Leg.* 1., e L. 113, e 114. §. 11. ff. *cod.* : = 6.º Ainda as cousas litigiosas, sendo neste caso o herdeiro obrigado a seguir a demanda começada com o defunto até o fim; e vencendo, entregar ao Legatario a coisa vencida, na fôrma da Ord. Liv. 4. tit. 10. §. 11. : = 7.º Não só huma, mas muitas cousas, e neste caso perecendo huma, se deve outra (1), §. 17. *Inst. de Leg.*, e L. 62. ff. *de Leg.* 1.

vasos de ouro, e prata destinados para a meza, e cozinha : = 6.º O linho, a lã feita, e por fazer, e outras cousas deste genero; entendendo-se com tudo por móveis os trastes do uso de huma casa, como cadeiras, mezas, espelhos, tremós, tapetes, e mais aliaças de casa; devendo-se fazer esta interpretação conforme o uso commum de fallar; e devendo por isso o Julgador recorrer aos usos, e costumes das terras, que são o melhor interprete nesta materia, pois em cada Provincia, e lugares della ha hum dialecto particular, e he de presumir que o Testador se explicasse segundo os usos da terra; assim como, se o Testador for Professor de Direito, se presume que elle usaria de tacs palavras no sentido juridico.

(1) He certo que perecendo a coisa que faz objecto do legado, se extingue o mesmo legado, e se não deve prestar pelo herdeiro, pela impossibilidade em que fica de verificar a sua entrega; no entanto devemos fazer differença attendendo ao tempo em que a coisa legada pereceo, se foi em vida do Testador, ou depois da sua morte: no primeiro caso extingue-se o legado, e não ha direito algum a exigillo; se porém foi depois da morte do Testador, devemos vêr se foi por dolo, ou malicia do herdeiro, ou por acaso, e no primeiro caso está obrigado a restituir ao Legatario a sua estimação, ficando sujeito o herdeiro não só á culpa lata, e leve, mas ainda á levissima; porque de outro modo podia haver muitas fraudes a este respeito. Se porém sendo legadas muitas cousas, perecer huma dellas, se se devem as mais he que he questão, que desenvolve largamente o A. das *Inst. de Dir. Civ. Lus.* Liv. 3. tit. 7. §. 17. nota, e diz que para sua solução se deve fazer differença, que se as cousas legadas forem igualmente principaes, perecendo huma devem-se as restantes; pelo contrario sendo huma a principal, perecendo esta, se não devem as outras como seu accessorio, e dá para isto os exemplos que traz o §. 17. da *Inst. de*

CAPÍTULO XXXVIII.

Do erro no nome do Legado, e da falsa demonstração, ou causa.

ESTABELECIDO como regra que huma vez que conste da vontade do Testador, se deve esta cumprir: segue-se que ainda que haja, da parte deste, erro no nome, ou sobrenome do Legatario, ou no nome proprio da cousa legada (1), vale o legado; sabendo-se

Legat., e L. 49. ff. de *Leg.* 2.; porém he de parecer, que se não attenda á sobredita distincção, e que sendo legadas muitas cousas, ou huma universalidade dellas, como por exemplo hum rebanho de gado, perecendo huma, ou mais, se devem as restantes, §. 18. *Inst. de Leg.*, devendo-se com tudo procurar a vontade, ou modo com que o Testador as deixou, donde depende a decisão de semelhante questão; por isso que as razões que produzem os AA. para o desenvolvimento desta doutrina, pela sua subtilidade são mais proprias para os argumentos das escolas, do que para se admittirem no Foro; sendo com tudo mais simples a regra que estabelece no fim da nota do §. cit. *Ut quae non valent modo, quo fiunt, valent modo, quo valere possunt, et voluntas, quae in totum non potest sortiri suum effectum, sortiatur ea parte, qua possit.* Pelo que parece semelhante Sentença, e doutrina digna de se adoptar, e seguir no Foro, por se accommodar ao espirito das nossas Leis, e modo de julgar.

(1) Por Direito Romano havendo erro no nome appellativo das cousas, como se dissesse linho por lã, vinho por azeite, etc. o legado não tinha effeito, como se vê da L. 4. ff. de *Leg.* 1.; porém o A. das *Inst. de Dir. Civ. Lusit.* no lugar cit. §. 9., diz que não concebe differença entre erro do nome, e vocabulo, posto que a Lei cit. diga que os vocabulos das cousas são immutaveis, e os dos homens são mutaveis; porém o A. parece ter toda a razão, segundo a qual devemos dizer que olhando para os principios da boa Logica, não tem os Jurisconsultos Romanos razão, e que por tanto a obrigação do Interprete neste caso he observar qual foi a mente, e vontade do Testador; sabendo-se qual fosse esta, deve valer o legado, e pouco importa que usasse de hum termo differente para designar a cousa, que queria legar; o que he conforme aos principios da razão, e como tal admissivel esta doutrina por ser caso omisso.

com tudo quem, e o que queria nomear o Testador, §. 29. *Inst. de Leg.* Também não vicia o legado a falsa demonstração, §. 30. *Inst. de Leg.* (1). Nem tão pouco a falsa causa, §. 31. *Inst. cod.*, e tanto a impulsiva, como a preterita (2). L. 72. §. 6. *ff. de Cond. et demonstrat.*

CAPITULO XXXIX.

Quando se podem pedir os Legados.

SE o legado he puro, cede o seu dia *a morte Testatoris*, e por isso se póde logo pedir (3); e, se he con-

(1) V. gr. se o Testador deixar a Pedro hum relógio que tinha comprado a Paulo, ainda que o não tivesse comprado a este, sempre vale o legado; pois constando qual era o relógio que queria legar, pouco importa a falsa demonstração; por isso que o que se accrescenta pelo Testador a fim de mostrar melhor a cousa legada, he superfluo, como se vê da L. 1. §. 8. *ff. de Dot. praeleg.*

(2) V. gr. se deixasse a Pedro cem moedas em razão de o ter servido em varios negocios da administração da sua casa, quando não era assim, este engano, ou erro, apesar de ser esta cousa legada intervindo causa impulsiva, não deve prejudicar ao Legatario; excepto se da sua vontade se conhecesse o contrario.

(3) Os Jurisconsultos Romanos fazem differença de *ceder*, a *vir* o dia do legado para o effeito da sua transmissão para os herdeiros; e assim ceder o dia do legado he o mesmo que começar-se a dever, isto he, quando o Legatario adquire o Direito ao mesmo legado, e quando o herdeiro instituido principia a ter obrigação de o pagar, e por consequencia o Legatario já o póde transferir para os seus herdeiros; e *vir* o dia do legado, segundo a L. 213. *ff. do V. S.*, he o mesmo que começar a poder pedir-se, differindo da expressão ceder o dia, por não poder pedir effectivamente o legado, nem transmitillo aos seus herdeiros, fazendo differença de legados puros a condicionaes; porém entre nós não tem lugar a differença das sobreditas expressões em quanto á transmissão dos herdeiros do Legatario; porque ainda quando o legado he deixado debaixo de condição possível, morrendo o Legatario antes della existir, pendente a qual se não póde pedir, passa

dicional, não cede senão pela existencia da condição; e por isso o Legatario só adquire direito ao legado quando se verificar a condição, debaixo da qual foi deixado (1). Sendo porém deixado hum legado com declaração da causa final, por que se deixa (2); ou debaixo de condição potestativa negativa (3), se póde pedir logo, prestando caução de que o ha de restituir, não se verificando a condição. Sendo o legado annual, ou mensal, cede o dia do legado todos os annos, ou mezes, sendo puro o do primeiro anno, ou mez, e condicional o dos seguintes, L. 12. pr. e §. 1. e 3. ff. *quand. dies leg. ced.*

CAPITULO XL.

Ações por que se podem pedir os Legados.

PODE o legatario pedir o legado deixado, ou pela acção de *reivindicação*, por isso que esta nasce do dominio, na forma da L. 23. ff. *de reivindicat.*, cujo

aos seus herdeiros este Direito eventual, que competia ao Legatario depois da morte do Testador; não se devendo julgar por este modo nullo o legado, como por Direito Romano, isto por não se poder dar huma razão de differença entre contratos, e ultimas vontades (como já se notou a respeito das heranças), e ser contrario aos principios da Jurisp. Universal, como nota o A. das Inst. de Dir. Civ. Lusit., Liv. 3. tit. 6. §. 13., e tit. 7. §. 15.

(1) Note-se que os legados podem ser deixados debaixo das mesmas condições, que vimos podião ser deixadas as heranças, e que as mesmas, que vicião as Instituições de herdeiro, vicião os legados, e Fideicommissos. A. cit. tit. 7. §. 14.

(2) V. gr. deixando hum legado a Pedro com a obrigação de lhe fazer hum mausoléu, póde logo pedillo dando caução para o fazer.

(3) V. gr. se não mudar de Religião, tambem o póde pedir debaixo da caução chamada Muciana, de que falla a L. 7. ff. *de Cond. et dem.*

domínio passa logo para o Legatario pela morte do Testador, L. 80. ff. *de Leg.* 2. e L. de 9 de Novembro de 1754, ou pela acção *pessoal* nascida do Testamento, por isso que o herdeiro addindo a herança, *quasi contrahe com os Legatarios*, §. 5. *Inst. de oblig. quae ex quas. cont.*, ou pela acção *hypothecaria*, por isso que os bens hereditarios estão tacitamente obrigados em penhor aos Legatarios, e Fideicommissarios, L. 1. *Cod. Comm. de Leg.* Póde-se com tudo usar de outra acção mais proficua, qual a da *assignação de dez dias*, que he mais summaria, e de que se falla na Ord. L. 3. tit. 25, por ser divida constante de huma escriptura pública, qual o Testamento. (1)

CAPITULO XLI.

Da repudição, e renunciação do Legado.

TENDO-SE mostrado que o herdeiro póde repudiar, e renunciar a herança, muito mais poderá o Legatario repudiar, ou renunciar o legado, não só *in totum*, mas *in parte*, por isso que sendo huma liberalidade, ou beneficio, se não deve este conferir ao invicto, ou contra vontade a algum; e isto ainda que seja deixado debaixo de condição, ou certo dia, antes que

(1). Posto que o legado, que se deve, se possa pedir pelas tres acções enumeradas, com tudo o seu uso he raro, como affirma o A. das Inst. de Dir. Civ. Lusit., Liv. 3. tit. 7. §. 5., e por isso aconselha a acção de Assignação de dez dias; e ainda que a sua doutrina pareça oppor-se ao §. final da Ord. cit. tit. 25., por não ter lugar esta acção senão nos proprios contrahentes, com tudo procede, porque ainda que não houve verdadeiro contrato entre o herdeiro, e Legatario, sempre houve hum quasi contrato, e por huma Escriptura pública conio o Testamento.

este venha, ou se preencha a condição (1), e neste caso de repudição, renúncia, ou falta de Legatário, vai o legado ao herdeiro como pessoa mais favorecida do Testador. (2)

(1) Note-se porém que esta renúncia do legado não pôde prejudicar aos encargos postos nos legados, porque então pôde ser obrigado a acceitallo, não para lhe conferir este beneficio contra a sua vontade, mas para satisfazer estes encargos a elle inherentes, ou não o querendo acceitar declarar que o repudia, recahindo então esta obrigação no herdeiro; excepto se o Testador declarar que se o Legatário não quizer receber o legado, poderá só receber a parte que lhe parecer, deixando mesmo a onerada, pois a vontade do Testador he que nos deve regular, não sendo contraria á Lei; não havendo porém esta declaração do Testador, e não repudiando o legado o Legatário, está obrigado a satisfazer os encargos inherentes ao legado, porque quem tem o commodo deve ter o incommodo: em quanto porém á renúncia do legado antes de se verificar a condição, he que podia haver dúvida, attenta a razão de Direito Romano, que em quanto se não verifica a condição não tem direito ao legado, e em consequencia não tinha que renunciar, L. 45. §. 1. de Leg. 2.; porém ainda que seja verdade, que em quanto se não verifica a condição se não vence o legado, com tudo, como diz o A. das Inst. de Dir. Civ. Lusit. Liv. 3. tit. 7. §. 16, nota, não havendo Lei alguma que prohiba renunciar o direito futuro, e eventual, se pôde tambem renunciar o direito, que se espera ter no legado condicional, o que prova tambem com a L. 1. Cod. de Pactis, da qual se tira, que se pôde fazer transacção sobre os Fideicommissos deixados debaixo de condição; e se se pôde fazer transacção, tambem se podem renunciar os legados.

(2) Entre nós não tem lugar a disposição de Direito Romano sobre o direito de accrescer, e que tinha lugar nos legados, Fideicommissos, e ultimas vontades, quando faltava hum dos Collegatarios, ou Coherdeiros, para salvarem o principio, e regra, que ninguem podia morrer *pro parte testatus*, e *pro parte intestatus*, e por isso figuravão varias especies, donde nascêrão disputas, que fizerão esta materia muito difficil, e obscura; porém basta-nos saber, que tendo semelhantes disposições por fundamento razões supersticiosas, e falsas, devemos ter como regra a vontade do Testador; porque quando elle determina a porção ao herdeiro, e Legatário, he unicamente com tenção de beneficiallo naquella parte, e não em toda, pois tem a faculdade de substituir herdeiro, e não usando della vai aos herdeiros *ab-intestado*; e em quanto aos legados, se hum dos Collegatarios não acceitar o legado, sempre se presume que o Testador quer que vá ao herdeiro, visto que he a pessoa mais favorecida do Testador, como se pôde vêr melhor no §. 23. e sua nota do tit. 7. do Liv. 3. das Inst. de Dir. Civ. Lusit.

CAPITULO XLII.

Das Successões legítimas, ou ab-intestado.

TENDO-NOS proposto tratar das Successões, tanto por Testamento, como *ab-intestado*, e tendo tratado até aqui das Successões Testamentarias, e do que pertence aos Testamentos, segue-se finalmente tratar das Successões legítimas, ou que tem lugar quando não existe Testamento, que as dirija, e regule; e tendo nós cinco grãos, ou ordens de successão ab-intestado, quaes a dos *Descendentes*, *Ascendentes*, *Collateraes*, *Conjuges*, e *Fisco*, passamos a tratar de cada hum de per si pela sua ordem. (1)

(1) Note-se que pelas nossas Ordenações se não prescreve clara, e precisamente toda esta ordem de successão *ab-intestado*; por isso que suppozerão como fundamento principal desta materia o Direito Romano estabelecido não só na Novella 118., mas em outras mais, que alterarão o Direito antigo, cuja disposição, por ser muito conforme á razão e natureza, tem sido adoptada em quasi todas as Nações da Europa, como observa Grot. *de Jur. Belli et Pacis*, Liv. 2. Cap. 73. tendo sómente estas alterado algumas cousas, que se não apropriavão bem aos costumes, e principios adoptados em este, ou naquelle Paiz; mas geralmente fallando foi adoptado nesta parte o Direito novo de Justiniano, quasi do mesmo modo como se acha estabelecido na Novella 118 e outras, de que se passa a fallar, e por isso nós vemos que as nossas Ordenações não fazem outra cousa mais do que determinar alguns pontos, que não estavam declarados por Direito Romano, ou estabelecer alguns casos, que erão, ou devião ser differentes do Direito Romano: os titulos da nossa Ord. em que se faz menção destas successões *ab-intestado*, são no Liv. 4. os tit. 91., 92., 93., e 94.; porém nestes titulos não se determina ampla, e declaradamente, o que se observa nestas successões; porque suppozerão os Compiladores que já estava determinado por Direito Romano, empregando-se só em ampliar, e declarar o Direito Novissimo de Justiniano sobre as successões *ab-intestado*; e por isso deverá ser proveitoso o descrever aqui a cada hum dos grãos, ou ordens de successão, o que a seu respeito dispõem tanto o Direito

§. I.

I. *Da Successão dos Descendentes.*

Sendo o fundamento desta Successão não a conservação das familias, mas os vinculos do sangue, que fazem presumir qual seria a vontade do Testador se tivesse disposto de seus bens pela affeição, e amor que se deve suppor entre o defunto, e seus conjuntos, e em que se funda a vontade de beneficiar, não tendo os Pais cousa mais amavel que os Filhos, por serem a sua causa efficiente, he claro que os descendentes he que devem constituir o primeiro gráo, e ordem de successão, quando o defunto não tiver feito disposição testamentaria, entre os quaes sem duvida devem occupar o primeiro lugar os Filhos; e por isso fallecendo algum *ab-intestado* tendo Filhos, são estes os primeiros, que a Lei chama á successão, e depois os mais descendentes, mas por esta ordem: — 1.º Todos os Filhos legitimos, Ord. Liv. 4. tit. 82., e 96. pr. (1), e tambem os natu-

Romano, como as nossas Leis: e que entre nós estão admittidos os mesmos grãos de successão, que por Direito Romano se estabelecião, se prova da Ord. Liv. 4. tit. 96. pr., onde se trata das Partilhas, que devem ser feitas entre os herdeiros, prescrevendo-se ahi os primeiros tres grãos, ou ordens de successão; e dos outros dous se falla no Liv. 4. tit. 94. §. unico; e assim vemos adoptados os mesmos grãos de successão, que estabeleceu Justiniano, tomando por principio, e fundamento o direito do sangue, deferindo-se as heranças áquellas pessoas, a quem se póde presumir que a vontade do Testador era deferir-lhes a herança; pois que pelas Leis das doze Taboas, como tinham tomado por principio a conservação das familias, vinhão a succeder muitas vezes os de grãos mais remotos, excluindo os mais proximos.

(1) Para melhor intelligencia desta successão he necessario expôr as differentes qualidades, que ha de Filhos em Direito, por isso que nem todos são chamados pela Lei á successão; e são huns *legitimos*, outros *naturaes*, e estes *legitimados*, e *illegitimos*, havendo destes ainda

raes, sendo o Pai peão, Ord. Liv. 4. tit. 22. pr. (1), e ainda os legitimados pelo seguinte matrimonio,

quatro especies. *Legítimos* são aquelles que nascem de solemnnes, e justas nupcias, de que falla a Ord. Liv. 4. tit. 26. pr., seguindo ao Direito Romano; *Naturaes* aquelles que nascem de pessoas, em que não havia impedimento para casarem, ou sejam tidos de huma, ou muitas concubinas, como se deduz da Ord. Liv. 4. tit. 92., que adoptou nesta parte o Direito Canonico, e não o Romano, a quem seguiu o Cod. Affons. Liv. 4. tit. 98., que só tinha por naturaes os Filhos tidos de huma unica concubina retida em figura de mulher por homem solteiro, Portugal de Don. Liv. 3. Cap. 18. n. 36.; *Legitimados* aquelles, que não nascendo de justas nupcias forão depois reduzidos ao Patrio poder, por meio da legitimação, que segundo a Ord. Liv. 2. tit. 35. §. 12. se póde fazer de tres modos: = 1.^o Por autoridade Real, isto he, por Carta, ou Provisão do Desembargo do Paço, de que falla a Ord. Liv. 1. tit. 3. §. 1. = 2.^o Pela nomeação de Filho feita em Testamento pelo Pai, cit. tit. 35. §. 12. = 3.^o É pelo seguinte matrimonio, §. 12. cit. *Illegítimos* são aquelles, que méramente são Filhos pela natureza, sem ser em consequencia de justas nupcias, assim chamados em contraposição dos legítimos, e destes ha quatro especies, que he necessario declarar por terem diferentes considerações em Direito, que passon para as nossas Ordenações; e assim temos os *Espúrios*, ou *vulgo quaesitos*, que são aquelles, que por serem Filhos de meretrizes publicas não tem Pai certo, bem como os que nascem de Pais, entre os quaes era prohibido o matrimonio; ainda que fossem certos, como diz Portugal cit. n. 66., e de que falla a Ord. Liv. 4. tit. 93., que seguiu o Direito Romano; e destes que nascem de damnado, e punivel coito, como se explica a Ord. cit., he que fazem mais tres especies de Filhos illegítimos. *Adulterinos*, que são aquelles, que são tidos de pessoas casadas, em consequencia de hum adulterio. *Incestuosos*, os que são tidos entre pessoas conjunctas em tal gráo de parentesco, que não possam casar sem dispensa, assim chamados por nascerem em consequencia de hum incesto. *Sacrilegos*, os que são tidos de pessoas, que renunciáráo o celibato, e são havidos em consequencia de hum sacrilegio, como são os Filhos de Clerigo, Religioso, ou Religiosa. Veja-se Domat, T. 1. P. 2. Liv. 2. tit. 1.

(1) Os Filhos *naturaes* (que pelo nosso actual Direito são os havidos geralmente entre pessoas, que não tem impedimento para casarem, esteja, ou não retida como concubina) não succedem *ab-intestado* ao Pai Cavalleiro, ou Escudeiro, o que quer dizer, que tenha algum gráo de nobreza, salvo se for peão no tempo que os Filhos naturaes nascêrão, porque então succedem ao Pai, como se fosse peão; e posto que tenha ordens menores não será por isso havido por Cavalleiro, quanto a este caso, Ord. Liv. 4. tit. 92. §. 1., e 2., salvo sendo já Be-

Ord. Liv. 4. tit. 96: pr., e Liv. 2. tit. 35. §. 12. (1); e todos estes concorrendo sós succedem em iguaes

beneficiado, como se deduz da Ord. Liv. 1. tit. 91. §. 8. Porém o Cavalleiro, que tiver sómente Filhos naturaes, e não legitimos, nem outros descendentes legitimos, e tiver ascendentes legitimos, poderá deixar a terça aos Filhos naturaes; e não tendo descendentes, nem ascendentes legitimos, lhes poderá em Testamento deixar toda, ou parte da herança, na fórma da Ord. cit. §. 3. Differentemente succede no prazo de que falla a Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 4. segundo a qual, não havendo descendente legitimo do foreiro, posto que haja ascendente legitimo, haverá o foro esse Filho natural se o tiver, posto que seu Pai fosse Cavalleiro; porém na administração de bens de vinculo ainda que sejam legitimados não podem succeder com exclusão dos actuaes administradores, e possuidores delles. Provis. de 18 de Janeiro de 1799, e veja-se adiante §. 7. = E note-se que pela resolução de 27 de Maio de 1738 se declarou, que entre peão, e Escudeiro se não deve considerar estado medio, na fórma do Alv. de 6 de Abril de 1539, = e que pelo Decr. de 10 de Julho de 1694 se declarou que os Cavalleiros feitos pelos Cavalleiros de Africa, de que falla a Ord. Liv. 2. tit. 33. §. 29., não gozão de nobreza, por essa razão sómente, e lhes succedem os Filhos naturaes. Veja-se *Domat*, 2. P. T. 1. tit. 1. Sec. 2. Art. 8.

(1) *N. B.* Que os Filhos legitimados pelo Rescripto, ou Provisão Regia, ou por outro modo sem ser pelo matrimonio subsequente, não succedem ao Pai *ab-intestado*, e sómente estes excluem os Filhos illegitimos, e collateraes, como assevera ser Direito recebido o A. das Inst. de Dir. Civ. Lus. Liv. 3. tit. 8. §. 14. fundado no que diz Gama, Cabedo, e Phabro, ao que podemos acerescentar, que isto mesmo se deduz da Ord. Liv. 2. tit. 36. §. 12. em quanto os exclue da successão dos bens da Coroa, com differença aos legitimados pelo seguinte matrimonio; porém isso se deve entender quando nas cartas de legitimação se não declarou que podião succeder *ab-intestado*, como tambem se vê da Ord. cit. §. 12., e mesmo porque ao Principe pertence ampliar, ou restringir os Direitos dos differentes Filhos, e por consequencia para a decisão desta questão devemos recorrer ao modo por que forão passadas as cartas de legitimação. Em quanto aos legitimados pelo seguinte matrimonio para succederem juntamente com os legitimos, he preciso que concorrão nelles os requisitos, que estabelece o cit. §. 12., sendo por isso necessario que o casamento fosse celebrado precedendo licença do Prelado competente, e que esse Filho fosse tal, que com Direito podesse ser legitimado, o que com profusão, e erudição se explica na 1.^a Dissertação das cinco anonymas, que se imprimirão em 1808, para onde remetto os Leitores, e só acerescentarei o modo de impetrar as cartas de legitimação, que em summa he recorrendo á Meza do Desembargo do Paço por huma Petição á qual

porções, sendo os bens allodiaes, sem differença de sexo, idade, ou familia; succedendo por isso o Filho juntamente com a Filha (1), o menor com o maior, o que está debaixo do poder do Pai, com o que está fóra, como o casado, o emancipado (2), e

vai junta huma Escriptura pública, e então a Meza manda responder, e consultar os herdeiros que devem succeder *ab-intestado*, o que encarega aos Provedores das Comarcas: e não havendo nesta Consulta inconveniente, manda a Meza passar a Carta de legitimação, onde se declara o mesmo que se supplicava na Petição, que lhe succederão *ab-intestado*; e nellas se declara tambem que apezar da opinião de qualquer Doutor os mesmos Filhos gozem de todos os direitos de successão, o que se deve exceptuar quando os Pais pedirão só para lhes succederem por Testamento: o que tem feito dúbida a alguns Interpretes he que ellas sempre levão a clausula de succederem sem prejuizo dos mais herdeiros, julgando alguns que estes legitimados erão preferidos não só pelos descendentes, e ascendentes legitimos, mas até pelos Collateraes até o decimo grão; porém o A. das Inst. no lugar cit., e os mais que ahi nomeia estendem o sentido destas palavras somente aos descendentes, e ascendentes, e não aos Collateraes; porque de outra maneira seria inutil esta graça, e vinhão só a preferir o conjuge, e o Fisco.

(1) Note-se o que diz o A. das Inst. no lugar cit. §. 4., que o direito que tem a Filha de succeder juntamente com os Irmãos na herança dos Pais, sendo os bens allodiaes, e que se observou desde o principio da nossa Monarquia, posto que fora alterado a respeito das Filhas dos Nobres, ou Illustres, pelo Alv. de 17 de Agosto de 1761 (ordenando no §. 1, que ás Filhas das casas mais distinctas, e de que se trata nesse Alvará, se não adjudicassem as porções legitimas), com tudo fora reduzido ao antigo estado pelo D. de 17 de Julho de 1778, suspendendo a sua disposição; mas deve além disto notar-se que sendo dois os Alv. de 17 de Agosto, o sobredito Decreto suspendeo a disposição dos §§. 1., 2., e 3., e declarou a do 7. do Alv. que trata das successões das Filhas Illustres, e suspendeo a do §. 2. do outro Alv. que trata de casamentos entre pessoas de maior qualidade, ficando a disposição dos mais §§. em seu vigor.

(2) Como se collige da Nov. 118. Cap. 1. por isso que Justiniano tirou a differença de cognação, a agnação, suidade, e gentilidade, chamando a todos os que estivessem, ou não, debaixo do patrio poder, ou fossem, ou não emancipados, por isso que já não havia necessidade da *bonorum possessio unde liberi*, ou *contra tabulas*, no caso que elle tivesse feito Testamento, e da mesma sorte não necessitavão os Filhos da disposição do S. C. Orficiano para succederem, porque a herança já não era dada em razão da agnação, mas sim da cognação.

o Clerigo, (1) e isto tanto na successão testamentaria, como na legitima, por isso que as Ord. cit. não fazem esta differença, o que se comprova pela prática; e não só succedem os Filhos, que tem o mesmo Pai, e a mesma Mãe, isto he, os do primeiro matrimonio, mas ainda os do segundo, com tanto que se-

(1) Posto que na nossa Ord. se não declare, que os Clerigos podem succeder aos Pais como os outros Filhos, com tudo nenhuma dúvida pôde haver a este respeito, porque esta he a prática, e por serem Clerigos não deixão de ser Cidadãos, e Filhos; pelo contrario os Religiosos professos, que não podem testar, nem succeder *ab-intestado*. Ord. Liv. 4. tit. 31. §. 4., e L. de 9 de Setembro de 1769 §. 10., que não foi suspenso pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, bem como succedia aos Maltezes, por terem professado os tres votos, antes do Alv. de 12 de Maio de 1778, que dispensou a prohibição da Lei de 9 de Setembro de 1769 cit. a favor dos Cavalheiros de S. João de Jerusalem para poderem succeder *ab-intestado*, e por Testamento no usufructo de quaesquer bens, que não sejam da Coroa, ou de vinculo: e o mesmo se pôde dizer do Religioso egresso, ou secularizado, que ainda que impetire Rescripto da Santa Sé Apostolica para poder herdar, e testar, não pôde ter execução sem beneplacito Regio, devendo-se-lhe negar semelhante faculdade, na conformidade das razões, que se allegão na Resolução de 26 de Dez. de 1809, datada no Rio de Janeiro, e que se acha registada no Liv. 24., que serve de registrar os Decretos, que vem á Casa da Supplicação de Lisboa a folh. 45., e que se vê por extenso, com o Aviso que a fez registrar, no Cap. 42. deste Tratado, §. 10. Ao Clerigo porém que morre *ab-intestado* succedem os parentes mais proximos, na fórmula da Ord. Liv. 2. tit. 18. §. 7., ou elles deixem bens patrimoniaes, ou adquiridos *intuitu Ecclesiae*; exceptuando o que vem aos Bispos dos Parochos a titulo de *luctuosa*, que he hum móvel, ou semovente, que aquelles podem escolher do espolio destes que fallecerem na sua Diocese, onde houver este costume, segundo o que se deduz da Lei de 8 de Maio de 1715, em que o Senhor D. João V. recommenda aos Bispos não levem mais do que o uso, e costume lhes permite, posto que a Provis. de 21 de Fevereiro de 1729 declarou, que no Brazil não levassem os Bispos *luctuosa* por morte do Clerigo que não era Paroco; e note-se que a historia disto, que se chama *luctuosa Ecclesiastica*, se pôde vêr na Constituição de Viseu, e não a nota do §. 11. do tit. 3 das Inst. de Dir. Civ. Lus., que confunde a *luctuosa civil* com a *Ecclesiastica*, que tem o seu fundamento nas Concordatas, que os Bispos fizeram com os Parocos, podendo por isso os Bispos pedilla onde houver este costume, na fórmula da Lei cit.

ção legítimos, Ord. Liv. 4. tit. 96. pr. (1), e tit. 91. §. 2. Os illegítimos porém succedem sómente á Mãi, se não tem Filhos legítimos, ainda que esta seja illustre, no caso de serem espúrios, ou *vulgo quaesitos*, L. 5. *Cod. ad Senat. C. Orph.*, *Vin.* ao §. 3. *Inst. eod.* (2), porque se os Filhos são de damnado,

(1) Não ha dúvida que os Filhos do primeiro matrimonio concorrem com os do segundo pela morte do Pai *commum*, que succedem os do primeiro nos bens adquiridos, o que he conforme ao Direito Romano, mas para isto se entender he necessario expôr as hypotheses, que figura a Ord. Liv. 4. tit. 91. §. 2., que tratando da successão dos Pais nas heranças dos Filhos, diz que o Conjuge, que passar a segundas nupcias tendo Filhos do primeiro matrimonio, perde a propriedade dos bens destes Filhos, e que por isso se algum fallecer sem descendentes, lhe não succede a Mãi, que assim passou a segundas nupcias senão no uso-fructo, passando por morte desta os ditos bens aos outros Filhos do primeiro matrimonio, se os tiver, sem que passem aos do segundo matrimonio; porém se fallecendo a Mãi não ficarem Filhos do primeiro matrimonio, ainda que fiquem Netos, já não tem lugar a sobredita disposição, e succede então como se não tivesse casado segunda vez; mas ficando Filhos do primeiro matrimonio, e algum Neto do filho morto, o dito Neto concorrerá na successão do Tio morto, com o Tio vivo, isto he no caso de não ter feito Testamento, porque tendo feito Testamento se guarda a disposição de Direito *commum*, que he a *Authentica Ex testamento Cod. de secund. nupt.*, segundo a qual o Conjuge, que passa a segundas nupcias está na razão dos estranhos para poder ser instituido pelos Filhos do primeiro matrimonio, de cuja *Auth.*, e L. 2. §. 1. *Cod. eod.* se tirou o disposto na Ord. cit. §. 2., que tem lugar tanto no Pai, como na Mãi, como se vê do §. 3., e 4. da mesma Ord., só com a differença do Pai não ser obrigado a dar fiança, como a Mãi, quando succede no uso-fructo dos móveis, ou dinheiro dos Filhos do primeiro matrimonio, cuja Legislação se não acha presentemente alterada apesar de o ter sido pelos §§. 27., e 29. da L. de 9 de Setembro de 1769, e L. de 27 de Novembro de 1770, por terem sido suspensos pelo Decr. de 17 de Julho de 1778.

(2) Já se notou que o Filho natural só succede ao Pai peão, e não ao nobre, na fórma da Ord. Liv. 4. tit. 92.; porém he de notar, que os espúrios, ou *vulgo quaesitos*, como não tem Pai certo, succedem á Mãi, ainda que seja nobre, mas he sómente no caso de não ter Filhos legítimos; pelo contrario os Filhos de damnado coito, porque estes não succedem nem á Mãi, ainda que não tenha Filhos legítimos, nem naturaes, na fórma das Leis citadas; pois ainda que não tenhamos Lei

e punível coito, como os adulterinos, incestuosos, e sacrilegos, não succedem ao Pai, nem á Mãe, *Auth. ex complexu de incest. et inutilib. nupt.*, Ord. Liv. 4. tit. 93, e Nov. 89. Cap. ult. : = 2.^o Na falta de Filhos, que, segundo as regras estabelecidas, podem succeder, são chamados em segundo lugar os Netos, Ord. Liv. 4. tit. 82. §. 4, e tit. 96. pr.; mas podem os Netos concorrer á successão do Avô, ou sós, ou juntamente com os Filhos, seus Tios, com a differença, que os Filhos succedem *in capita*, e os Netos *in stirpes* pelo direito da representação (1); e na

especial, que o declare, com tudo temos as Leis subsidiarias, e os seus Interpretes, que o declarão; nem isto se oppõe de modo algum á razão, antes he muito conforme a ella; e pelo que pertence aos outros, temos a Ord. Liv. 4. tit. 92., e 93. por onde se devem decidir as questões, que se originarem a respeito delles; notando-se com tudo, que o que se diz a seu respeito, he só relativo á successão legitima, e não á testamentaria; pois todos elles podem succeder por Testamento, e serem instituidos herdeiros, não existindo herdeiros necessarios: e note-se finalmente que o Filho espurio póde ser legitimado por Provisão Regia, para poder succeder *ab-intestado*, e como tal fica habilitado para poder haver o foro, como o natural, na falta de descendentes, como he expresso na Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 4., o que já se não verifica nos Morgados, por se requerer nestes huma ordem regular, e na realidade a vocação de bastardos he irregular, e contraria á ordem das successões, segundo a Ord. Liv. 4. tit. 100., e L. de 3 de Agosto de 1770, que só admittie descendentes legitimos de matrimonio legitimo.

(1) A successão, ou he *in capita*, ou *in stirpes*: *in capita* se ella se faz segundo o numero das pessoas, dividindo a herança em iguaes porções, succedendo cada hum na sua *jure proprio*, *et quasi jure sui capitis*, Nov. 118. Cap. 3.: *in stirpes*, quando o que está em grão mais remoto se acha em grão mais proximo, entrando no lugar do que havia de succeder *jure proprio* em grão mais proximo, se fosse vivo, pelo Direito da representação, que finge a existencia daquelle, que se vai representar; e assim o Neto representa seu Pai entre os Irmãos deste, e succede com estes não *jure proprio*, mas pelo Direito da representação *in stirpes*, e por isso ainda que sejam muitos os Netos, Filhos de hum dos Irmãos, que vão a succeder com estes, não levão senão huma porção igual á que leva cada hum dos ditos Irmãos do Pai. E note-se que este Direito de representação, tendo lugar nos descendentes

falta dos Netos succedem pelo mesmo modo os Bisnetos, e mais descendentes.

§. H.

II. Da Successão dos Ascendentes.

Na falta de Filhos, Netos, e mais descendentes, se devolve a herança dos Filhos, que morrerem abintestado, para os descendentes; isto he, para os Pais se os tiverem, e na sua falta para os Avós, ou Bisavós, com exclusão dos Irmãos germanos, e seus Filhos. Ord. Liv. 4. tit. 91. (1)

tes até *in infinitum*, nos Collateraes não tem lugar senão até o terceiro grão, Nov. 118. Cap. 3.; e por consequencia só se estende até os Filhos dos Irmãos, e não a outros mais distantes do terceiro grão; notando-se tambem que não tem lugar este Direito de representação na Entfeuse familiar, como se deduz da Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 4., e tit. 37. §. 6., havendo-o com tudo na successão de Morgado. Ord. Liv. 4. tit. 100. pr.

(1) Pela Nov. 118. Cap. 2. concorrião os Pais juntamente com os Filhos Irmãos do defunto, e Filhos daquelles á sua herança; porém pelo Direito dos Wisigodos, Liv. 4. tit. 2. L. 2. as ascendentes preferião a todos os Collateraes, o que os nossos antepassados sempre seguirão por costume, e depois passou a ser Lei escripta, e por isso vemos na Ord. Liv. 4. tit. 91. pr. excluir o Pai, ou Mãe expressamente aos Filhos, Irmãos do defunto, e no §. 1. expressamente o mesmo a respeito do Avô, ou Avó, e mais ascendentes, o que com tudo se deve entender, que o mais proximo exclue sempre o mais remoto, por isso que nos ascendentes não tem lugar a representação, Nov. 118. Cap. 2., que he o mesmo que dizer, que havendo Pai não succede o Avô, e havendo Avô, não succede o Bisavô, e assim he facil de decidir qualquer questão, que sobre esta successão se possa mover (se porém existirem Avós paterno, e materno no mesmo grão, então succedem em linhas, ou *in capita*); o que he questão debatida entre os Reimcolas he se o Pai, e Mãe succedem sem differença de bens igualmente, por isso que nem as nossas Leis nem as Romanas o decidirão. O A. das Inst. de Dir. Civ. Lusit. na nota do §. 16. do tit. 8., diz que lhe parece melhor a opinião de Baldo contra Bartolo, por quanto diz este que deve haver differença dos bens paternos, ou maternos, que os Avós paternos succederão nos bens, que os Filhos tiverão da parte do

§. III.

III. Da Successão dos Collateraes.

Na falta de todos os descendentes, e ascendentes, se devolve a herança ab-intestado aos collateraes, entre os quaes tem o primeiro lugar os *Irmãos germanos, e os Filhos destes* (1): = 3.º Não existindo estes são chamados em segundo gráo os Irmãos unilateraes (2), e os Filhos destes, e succedem como os

Pai, e os Avós maternos nos bens adquiridos da parte da Mãe; mas esta questão parece só ter lugar nos casamentos feitos por dote, e arrhas, e não nos feitos por costume do Reino, onde ha humra perfeita communhão de bens, e por consequencia não se póde saber quaes são os paternos, e quaes os maternos, e esta a opinião que seguem a maior parte dos Reimicolas; pois se o Filho adquirindo estes, podia delles testar livremente; sem se fazer distincção de serem paternos, ou maternos, igualmente a não deve haver quando lhe succederem os ascendentes; além disto, como as nossas Leis os chamão á successão sem fazerem tal distincção, tambem nós a não devemos fazer. E note-se que pela mesma razão que os Filhos illegitimos não succedem aos Pais, por essa mesma lhes não succedem estes, por ser successão reciproca, Nov. cit. Cap. 3. No caso porém de ter o Pai, ou Mãe passado a segundas nupcias, observe-se o que dispõe a Ord. cit. tit. 91. §. 2., como já se notou no §. antecedente, nota. E observe-se finalmente o que dispõe a Ord. no §. 1., que fallecendo o Filho, ou Filha com Testamento, tendo idade para o poder fazer, quer esteja no poder do Pai, quer fóra delle, deve deixar necessariamente duas partes de seus bens a seus Pais, se os tiver, e não os tendo a seus Avós, podendo sómente dispôr da terça a favor de quem lhe parecer; e fazendo o contrario sem expressão da causa, fica o Testamento nullo, na forma que já se notou, Ord. Liv. 4. tit. 82. §. 4.

(1) Entre a ordem dos *collateraes*, que são aquelles que não estão na linha dos que gerão, e forão gerados, mas que procedem dos mesmos, occupão o primeiro lugar os Irmãos germanos, que são os Filhos do mesmo Pai, e da mesma Mãe, em que entra o Direito da representação; de sorte que os germanos succedem *in capita*, e os Filhos destes, ou concorrão sós, ou com os Tios, *in stirpes*, e nunca *jure proprio*.

(2) *Unilateraes* são aquelles que são Irmãos só pela parte de hum

bilateraes sem differença dos bens serem paternos, ou maternos: = 4.º Se porém não existirem Irmãos germanos, ou unilateraes, se devolve a herança ab-intestado aos seguintes parentes mais proximos, que succedem sempre *in capita*, segundo a prerogativa do grão, na forma da Nov. 118. Cap. 3. (1)

§. IV.

Da Successão dos Conjuges.

Na falta de descendentes, ascendentes, e collateraes, ou parentes até o decimo grão, contado na forma do Direito Civil, succedem os conjuges entre si, fallecendo ab-intestados na forma da Ord. Liv. 4. tit. 94; mas para que o conjugue, isto he, o marido, ou mulher, que ficar vivo, possa succeder na meação, ou herança do fallecido, he necessario que ao tempo da morte elles estivessem vivendo juntos, sem que tivesse havido separação de thalamo, ou meza, e que o matrimonio tivesse sido legitimamente contrahido; porque estando separados succede o Fisco. (2)

dos Pais, v. gr. sendo Filhos do mesmo Pai, mas de differentes Mães, sendo estes chamados na falta dos bilateraes, para succederem sem differença de bens paternos a maternos, *Cocc. Jur. Civ. controv.* ao Liv. 38. das Pand. tit. 15. q. 8., tendo ainda neste lugar o Direito da representação.

(1) Note-se que quando na falta de Irmãos bilateraes, e unilateraes, e seus Filhos, succedem os parentes mais proximos, não tem já lugar o Direito de representação, e não se attende senão á prerogativa do grão, de sorte que o que se achar mais proximo exclue o mais remoto, e sempre succedem *in capita*, apesar de que sejam muitos no mesmo grão; porque o Direito de representação só tem lugar nos Filhos dos Irmãos. Os Filhos illegitimos nascidos ainda de damnado coito são herdeiros tambem legitimos dos Irmãos, e parentes da parte da Mãe, succedendo entre si na forma da Ord. Liv. 4. tit. 93. §. 4. *Inst. de Succ. Cognat.*

(2) Veja-se adiante no Cap. 43. o modo de computar os grãos tan-

§. V.

Da Successão do Reino.

Pelas Leis fundamentaes de Portugal (1), a Suc-

tor por Direito Canonico, como por Direito Civil. E note-se que esta quarta ordem de successão, que se acha adoptada pela Ord. Liv. 4. tit. 94., foi primeiramente estabelecida a instancias do Povo nas Cortes d'Elvas, no tempo do Senhor D. Pedro I., o que depois passou para as Ordenações, declarando o Senhor D. Affonso V., que estando hum dos conjuges separado ao tempo da morte, lhe não succederia o outro, mas sim o Fisco, na fórma da L. un. ff. *Unde vir et uxor*; no que depois accrescentarão os Interpretes, que se o conjugue não dêsse causa a essa separação, que então deverá excluir o Fisco, succedendo ao conjugue fallecido; o que na verdade he conforme á razão, pois não he justo, que aquelles que não tem dado causa á separação sejam privados de hum Direito, que já lhes competia pela Lei, *Portug. de Don. Liv. 3. Cap. 19. n. 55., e 56., e Barbosa á Rub. de soluto matrim. 2. P. n. 58., 59., e 60.* — Isto pelo que pertence á successão dos bens livres, ou allodiaes: vejamos agora o modo de succeder em as outras especies de bens: e sendo util saber o como se succede em o Reino, vejamos em primeiro lugar a sua successão.

(1) A's Cortes de Lamego convocadas no principio da nossa Monarquia para regular a successão do Reino, he que costumamos dar com primazia o nome de *Leis fundamentaes*, e em segundo lugar ás de Lisboa de 12 de Abril de 1698, em que foi abrogado hum Artigo das de Lamego, em que se determinava «que o Filho do Irmão do Rei não podesse succeder no Reino, senão congregando-se Cortes» *quod non sit Rex filius fratris Regis si non fecerunt Episcopi, et Procurantes, et nobiles Curiae Regis*: o que deo occasião a esta Lei foi, que succedendo o Senhor D. Pedro II a seu Irmão o Senhor D. Affonso VI, para que seus Filhos podessem succeder no Reino era necessario convocar Cortes, porém vendo-se a difficuldade que nisto havia, se estabeleceu por Consulta, que não era necessario convocallas para esse fim, visto que já se tinha praticado o mesmo com o Senhor D. Diniz, que sendo Filho de Irmão de Rei, veio a succeder no Reino sem que se convocassem Cortes; e posto que alguns queirão reputar como Leis Fundamentaes as Cortes de 11 de Dezembro de 1669, e as de 23 de Novembro de 1674, tratando aquellas de hum caso especial, em que se dispensou a prohibição das Cortes de Lamego a respeito do casamento com Principe Estrangeiro, e estas da Tutella dos Reis ainda impuberes, não se podem considerar como Leis Fundamentaes, por não tratarem da successão do Reino.

cessão do Reino he hereditaria deferida *jure sanguinis*, como acontece em os nossos Morgados, representando como tronco commum o Senhor D. Affonso I; e assim succedem no Reino com o titulo de Reis: = 1.º Os Descendentes, observada a prerogativa do sexo, e grão (1): = 2.º Na Linha descendente tem lugar a representação até o infinito (2): = 3.º Só depois de extincta huia Linha passa a successão a outra (3): = 4.º Não havendo Filhos, ou Filhas, succedem então os Collateraes (4): = 5.º O varão na mesma Linha sempre prefere á femea (5): = 6.º A Filha prefere com tudo aos Collateraes, e varões de outra Linha, e ordem (6): = 7.º São com tudo excluidos os Bastardos, e Legitimados, por isso que a Lei os não contemplou debaixo da denominação de Filhos, nem o Pai pelo seu reconhecimento podia tirar o Direito adquirido pelo Povo, e Successor. (7)

(1) Quer dizer, que succedem os varões com preferencia ás fêmeas, excluindo sempre o grão mais proximo ao mais remoto, *jure hereditario*.

(2) He isto o que vemos felizmente verificado em ElRei Nosso Senhor D. João VI. actual Reinante, o qual está representando ainda o Senhor Infante D. Duarte, em razão da Senhora D. Catharina, Duqueza de Bragança, e tambem ao Senhor D. Affonso I.

(3) He isto o que temos visto constantemente em o nosso Reino, e vemos verificado no tempo do Senhor D. João II, que apesar da predilecção que tinha a seu Filho natural o Senhor D. Jorge, vendo que estava extincta a sua linha, chamou para a successão o Senhor D. Manoel, Duque de Béja, que era Primo do Senhor D. João II.

(4) Pelas Cortes de Lamego, como fica dito, só o Irmão do Rei he que podia succeder em sua vida; mas este artigo foi alterado.

(5) Eisto ainda que haja Filhas mais velhas; o que tem sido hum costume inalteravel.

(6) He isto o que vimos verificado na Rainha a Senhora D. Maria I., que apesar de haverem Collateraes, como era o Senhor D. Pedro III., passou a successão para ella, sendo este Rei em razão de casar com a mesma Senhora.

(7) Este Artigo não he das Cortes de Lamego, nem de Lisboa; mas foi estabelecido pelo costume, como se vê verificado no Senhor D. Manoel, Duque de Béja, que excluiu ao Senhor D. Jorge; e posto

§. VI.

Da Successão dos Bens da Corôa.

Costumando os nossos Soberanos, por huma prática inalteravel, remunerar, e compensar aos seus Vassallos os distinctos, e não vulgares serviços feitos em beneficio commum da sociedade, e do Estado, satisfazendo a estes officios por varios modos (1), e entre elles por Doações, e Mercês dos bens da Corôa (2), será util tratar tambem neste lugar do modo como se succede em taes bens pelo nosso Direito, e que se acha estabelecido principalmente na Ord. Liv. 2. tit. 35, onde se acha a Lei do Senhor D.

que o Senhor D. João I. succedesse no Reino apesar de ser Bastardo, com tudo, isto foi por nomeação feita em as Cortes feitas em Coimbra. As palavras das Cortes de Lamego são as seguintes: = *Vivat Dominus Rex Alfonsus.... Si habuerit filios varones, vivant, et habeant Regnum..... Cum fuerit mortuus, filius habeat, postea nepos, postea filius nepotis, et postea filius filiorum in saecula saeculorum per semper.... si fuerit mortuus primus filius, secundus erit Rex, si secundus, tertius, si tertius, quartus, et deinde omnes per istum modum. Si mortuus fuerit Rex sine filius, si habeat fratrem sit Rex in vita ejus.... Etiam filiae Domini Regis sunt de lumbis ejus, et volumus eas intrare in Regno.... Si Rex non habuerit masculum.... de isto modo: non accipiet virum nisi de Portugal, etc.*

(1) Os nossos Monarcas não só tem remunerado os serviços Militares, e Civis de seus Vassallos, mas até permittido a faculdade de pedir a remuneração delles, e de os transmittirem em pessoas benemeritas, e de succederem nelles os Ascendentes em qualquer grão, e os transvsaes até o segundo: veja-se o A. do Dir. Civ. Lusit. Liv. 2. tit. 2. §. 8. not.

(2) Nem isto se limita a respeito dos bens destinados expressamente para semelhantes remunerações, taes como as Commendas das Ordens Militares, principalmente depois das Bullas de Adriano VI. de 14 de Abril de 1522, e Julio III. de 30 de Dezembro de 1550, que unirão o Grão Mestrado das Ordens á Corôa de Portugal, mas se estende aos mesmos bens domaniaes, ou propriedades da Corôa, e isto por hum costume tão antigo como a mesma Monarquia.

Duarte, denominada *Mental* (1), e pela qual se determinou que todas as terras, bens, e herdamentos da Corôa (2) doados a quaesquer pessoas para elle, e seus descendentes, ou seus herdeiros, e successôres, ficassem sempre inteiramente por morte do possuidor de taes bens, e terras a seu Filho legitimo varão maior, que delle ficasse, §. 1. da Ord. cit. (3),

(1) Esta Lei se veio a chamar *Mental*, porque vindo o Senhor D. João I., que muitas doações erão inofficiosas pela absoluta, e irreversivel alienação, e pela independencia em que os Donatarios ficavão da Corôa a este respeito, e querendo por huma parte remediar estes males, mas por outra conhecendo, que as circumstancias do tempo o não permittião fazello abertamente, como he facil de suppôr, formou na sua mente huma certa norma, segundo a qual regulava intellectual, e intencionalmente os Direitos do Donatario sobre os bens doados, e sobre a fôrma, e modo das successões; como se vê da Ord. Liv. 2. tit. 35. Querendo depois o Senhor D. Duarte, seu Filho, conformar-se com as intenções de seu Pai, o Senhor D. João I., fez patente, e publica em a Lei de 8 de Abril de 1434 a mesma norma intellectual projectada por seu Pai, a qual faz o objecto do cit. tit. desde o principio até o §. 7. inclusivê: e a 30 de Junho fez outra Lei, ou varias decisões sobre varias duvidas, que se movêrão sobre a intelligencia da primeira; o que se comprehende desde o §. 10. até o §. 26.

(2) Ord. Liv. 2. tit. 26. §. 24.

(3) Os Compiladores da Ord. Filippina accrescentarão ao §. 1. o vers. = *e não ao Neto* = até o fim do mesmo §., assim como todo o §. 2., cujo contexto se não acha na Ord. Manoel. Liv. 2. tit. 17, donde os Filippistas copiarão o tit. 35; entendendo estar a vocação de Filho literalmente, e exclusiva dos Direitos de representação, como se vê das palavras = *e não ao Neto, Filho de Filho mais velho já fallecido*, = cuja declaração limitarão, tendo o Pai morrido na Guerra, §. 1. in fine, isto he, na batalha, ou das feridas nella recebidas, §. 2. Porém no espirito da Lei Mental tinha sem duvida lugar a representação, como se prova do §. 4. das Decisões do Senhor D. Duarte: porque contemplando os Netos na vocação dos successores nos bens da Corôa, §§. 13. 19. e 20., no §. 14. mostra, que elles succedem por via de representação do Pai, em quanto exclue o Neto varão Filho de fêmea; porque *a terra não pôde fazer salto ao seu Descendente varão*. Porém o Senhor D. João IV. pela L. de 2 de Maio de 1647 determinou claramente, que os Netos succedessem por via de representação de seus Pais; e assim na falta de Filho pôde succeder o Neto, e, sendo Filho do primogenito, deve preferir ao Filho segundo do ultimo possuidor, não sendo algum destes Clerigo, ou Beneficiado, porque no systema

e que não fossem partidos, nem em alguma maneira alheados, §. 3. da Ord. cit.

Não succedem porém os Filhos illegitimos, ainda que legitimados pelo Pai, ou pelo Principe (1), nem os adoptivos, §. 12. da Ord. cit., nem as Filhas, posto que legitimas, Ord. cit. §. 4. (2), e menos os Filhos varões destas §. 14, nem os ascendentes, §. 16. (3), ou Irmãos, ainda que sanguineos, §. 12. (4), nem mesmo o Filho segundo, morrendo o Filho primogenito depois do Pai, §. 13. (5); succedem porém os Filhos legitimados pelo seguinte matrimonio, §. 12. (6)

Não pôde porém o Donatario da Corôa deixar os bens della ao Filho segundo, preterido o primeiro, §. 11, nem doar-lhos em vida, ainda mesmo para casamento, §. 18. (7), nem empenha-los para seguran-

da nossa Legislação daquelle tempo erão izentos da jurisdicção do Rei, §. 1.

(1) Não sendo expressamente declarado na Provisão Regia, que possa haver as terras da Corôa, sem embargo da Lei Mental, §. 12., em cujos termos pôde succeder nellas, não tendo o Donatario Filho legitimo, posto que nascido depois da perfilhação, §. 13.

(2) Salvo por especial mercê, cit. §. 4.

(3) Exceptua-se desta prohibição o caso de quando os ascendentes tivessem sido Donatarios, e tivessem dado as terras a seu Filho, ou Neto, que morresse sem ascendente varão, cit. §. 16.

(4) Veja-se o exemplo que aponta a Ord. Manoel. no §. 12.

(5) O que ainda assim procede, posto que o Filho primogenito não tenha tomado posse dos bens da Corôa; porque por morte do Pai destes se lhes transferem *ipso jure*, §. 12. da Ord. cit. e Alv. de 9 de Novembro de 1754, em cujos termos, passando os bens ao Filho segundo, viria este a succeder a seu Irmão mais velho contra a Lei Mental.

(6) Os Filhos legitimados pelo seguinte matrimonio são reputados em Direito, como legitimos, Nov. 12, 18, e 74. Não basta porém contrahir-se o matrimonio entre o Pai, e a Mãe; mas he necessario que o Filho possa legitimar-se por essa conjunção, o que não succede principalmente ao Filho adulterino, L. 5. e 6. Cod. de *Natur. Liber.*; sobre o que se pôde vêr a Dissert. 1.^a das anonymas impressas em Lisboa em 1808, e são de Almeida e Souza.

(7) Não tendo o Donatario mais que huma terra da Corôa, para

ça de Dote, ou arrhas. §. 20. (1), nem parti-los entre os mesmos Filhos, §. 3. e 17. (2), nem vende-los, ou escamba-los, §. 19. (3), nem affora-las além da sua vida, §. 25. (4); podem porém os Donatarios, ainda que tenham Filhos, a quem as terras se devão volver, vende-las ao Rei, ou troca-las com elle, §. 21. da Ord. cit. (5)

a poder dar ao Filho segundo he necessario, além da authoridade Regia, o consentimento do Filho primogenito, §. 19.

(1) As terras doadas com authoridade do Rei para segurança do Dote, e arrhas, dissolvido o matrimonio por morte do Donatario, devem descontar-se os fructos liquidos, que a viuva receber para satisfação do dote, ou das arrhas, §. 20.

(2) O que se entende posto que nas doações lhe seja expressamente concedido, que os possa vender, cit. §. 19.

(3) Tendo authoridade Regia para as escambar por outras terras da Coroa, vale o escambo, não valendo humas menos que a terça parte das outras, o cit. §. 19.

(4) Não são porém nulos os afforamentos, porque dependem do facto dos Reis o revogallos, ou approvallos, quando os bens tornarem para a Coroa, §. 25. da Ord. cit.; mas veja-se o §. 19. do Alv. de 23 de Maio de 1775, que os prohibio; excepto se forem baldios, na conformidade do §. 10. do Alv. de 27 de Nov. de 1804, o que se confirmou pelo Alv. de 11 de Abril de 1815.

(5) Por isso mesmo que as doações da Coroa são dependentes do arbitrio dos Reis, e o fim da Lei Mental foi o de reunir á Coroa os bens doados; e por isso que os Filhos não succedem em taes bens *jure hereditario*, mas por vocação do Príncipe, á maneira que os successores dos Morgados succedem por vocação dos Instituidores, Mello, Liv. 2. tit. 3. §. 21.; sendo de notar a Disposição do Decreto de 5 de Junho de 1651, que recommenda aos Ministros principalmente de Correição tomem posse dos bens da Coroa, que vagarem por morte de seus Donatarios, visto = *o seu descuido de os deixarem gozar a seus Filhos muito tempo depois, sem confirmarem as doações, contra o que pelas Leis do Reino erão obrigados.* = E note-se finalmente, que por bens da Coroa não se entendem sómente as terras, foros, censos, Jurisdicções, e Direitos, segundo se vê do tit. 26. do Liv. 2., mas tambem os titulos, Alv. de 4 de Julho de 1789, Offícios, Alv. de 23 de Novembro de 1770, Padroados §. 5. tit. 35, e tudo o que o Rei doa, concede, ou transfere; são só porém comprehendidos na Lei Mental os incorporados, não sendo móveis, §. 22. cit. tit.

§. VII.

Da Successão dos Vinculos, ou Morgados, e Capellas.

Attendendo sómente á ordem natural moderna (1) da successão dos Morgados, ou Capellas, que prescreveo a Lei de 3 de Agosto de 1770, e se acha estabelecida na Ord. Liv. 4. tit. 100, conforme a Lei Fundamental da Successão do Reino, e pela qual se deve regular a dos Morgados, diremos que a linha descendente he a primeira chamada á successão destes; assim he a ella chamado. = 1.^o O Filho primogenito do Administrador, e que foi juntamente possuidor do Morgado, Ord. Liv. 4. tit. 100 pr. (2);

(1) Posto que tenhamos poucas Leis, que tenham regulado a successão dos Morgados, e não tivéssemos algumas ao principio; pois que no Codigo Affonsino, e Manoelino se não acha algum titulo que a regulasse, e sómente no Philippino he que temos o tit. 100. do Liv. 4., que foi deduzido das Leis do Touro de Castella dadas em 1505 pela Rainha D. Joanna, e do tit. 7. Liv. 5. da Nov. Recopil., e das duas Extravagantes de 15 de Setembro de 1557. do Senhor D. Sebastião, cuja Legislação se conforma tambem com a L. 2. tit. 15. Part. 2. de Castella, com tudo hoje temos a L. de 9 de Setembro de 1769, §. 11., e a de 3 de Agosto de 1770, que vierão estabelecer humia ordem certa, e regular, por onde se deve determinar a successão dos Morgados, ou Capellas; pois que até esta nova época era deferida com muitas irregularidades, que forão abolidas por esta Legislação novissima, que tambem restringio a vontade dos Testadores, e Instituidores, estabelecendo certas regras por onde se devem regular não só os Instituidores, mas os successores dos mesmos Morgados, ou Capellas; mas como esta materia se ache bem tratada, e com profusão pelo inculto Mello, Liv. 3. tit. 9. e 10., e pelo douto Almeida e Souza no seu Trat. de Morgados, limitar-me-hei a estabelecer as principaes regras de successão regular dos nossos Morgados, que he unicamente o que respeita ao objecto proposto.

(2) E isto ainda o que nasceo antes da Instituição do Morgado, ou antes que a seu Pai se deferisse a successão delle, com tanto que seja na realidade o primogenito, e Filho de legitimo matrimonio,

com exclusão absoluta do que for Clerigo, ou Religioso, L. de 9 de Setembro de 1769, §. 11, e do Réo de lesa Magestade Divina, ou Humana, e seus Filhos, Ord. Liv. 5. tit. 6. §. 15, e L. de 3 de Agosto de 1770, §. 11. e 12. = O Neto, e mais descendentes legítimos, na falta do primogenito, que tivesse sido possuidor do Morgado, por isso que a Representação tem lugar na linha descendente até o infinito, Ord. L. 4. tit. 100. pr., e L. de 3 de Agosto de 1770, §. 26. (1): = 3.^o O Filho segundo, não po-

capaz de succeder, Almeida e Souza, Cap. 9. §. 2., pois que os Filhos illegítimos, ou bastardos, não succedem regularmente, como se vê da Ord. Liv. 4. tit. 100. pr. = Filho, ou Neto, ou Descendentes legítimos. = L. 1. tit. 5. Part. 2. L. 40. do Touro, e L. 11. tit. 7. Liv. 5. da Recopil., excepto se forem legitimados pelo seguinte matrimonio, Ord. Liv. 2. tit. 25. §. 12., porque então são equiparados aos legítimos; ou mesmo se forem legitimados pelo rescripto do Principe, com audiência do immediato successor, e Procuradores Regios, e se na Graça da legitimação se lhes facultar expressamente o poder de succeder nos bens de Morgado, porque de outra maneira se julgariam admittidos á successão contra os interesses da Real Coroa, que pelo §. 8. do Alv. de 14 de Janeiro de 1807 tem dominio fundado, e inherente nos bens vinculados para se devolverem logo aos proprios na falta de successores legítimos. Seria necessário formar hum tratado especial só para desenvolver esta materia, e expor as opiniões que a respeito da successão dos bastardos, e Filhos illegítimos tem seguido diferentes AA.; mas sendo bastante o que escreveo Almeida e Souza no seu Trat. de Morgados no §. 55., e seguintes do Cap. 11., e Mello, Liv. 3. tit. 9. §. 21., he escusado repetillo aqui, e só direi, que a minha opinião he a que fica exposta em esta nota, ainda que na pratica de julgar se tenham muitas vezes admittido bastardos, ou Filhos naturaes á successão dos vinculos na falta de Descendentes legítimos; mas isto he contrario á Legislação estabelecida, que regulou a ordem da successão dos mesmos Morgados á semelhança da successão do Reino, e Lens da Coroa, e contra o que declarou a Provis. de 18 de Janeiro de 1799; não se podendo negar, que a vocação dos bastardos, ou Filhos illegítimos torna irregular a successão, e se oppõe aos interesses da Real Coroa; porém isto acha-se hoje decidido pelo Alvará de 29 de Julho de 1830, que excluiu os Bastardos, ou filhos illegítimos da successão dos Morgados, e Capellas, na conformidade do que fica exposto.

(1) Quer dizer, que ainda que o Pai do Neto do Instituidor, ou

dendo succeder o primogenito, ou fallecendo sem descendencia; mas precedendo sempre o varão á femêa, ainda que esta seja mais velha. Ord. Liv. 4. tit. 100. §. 1.

Extincta a linha direita de descendencia, não succedem os Ascendentes senão no caso de serem do sangue do Instituidor, como mais proximos do Filho ultimo possuidor, com exclusão de outro sanguineo mais remoto, nos termos da Ord. Liv. 4. tit. 100. §. 2. ibi. = *Succederá o parente mais chegado ao ultimo possuidor, sendo do sangue do Instituidor* : = cuja regra serve de regulamento para a successão tambem dos collateraes, que succedem na falta de descendentes, e ascendentes, de que fallamos, succedendo sempre o mais proximo em gráo, fazendo-se esta computação segundo a norma do Direito Civil, como melhor recapitula o Ass. de 15 de Fevereiro de 1786. (1)

ultimo possuidor morra, o Neto, por isso que succede em lugar do Pai, tem direito de entrar na administração por morte do Avô, ainda que o Pai deixasse Irmãos; pois que apesar de serem estes mais proximos ao Administrador, com tudo como o Pai pelo seu nascimento adquire o direito de succeder, transmitta ao Filho este Direito de representação, e por consequencia exclue o Tio apesar de estar mais proximo do Administrador; e posto que esta questão fosse muito debattida antigamente, foi com tudo terminada pela Extravagante do Sr. D. Sebastião de 15 de Setembro de 1557; sendo ultimamente declarada pelo §. 26. da Lei de 3 de Agosto de 1770, e Ass. de 9 de Abril de 1772, em que se declarou, que nos Morgados instituidos por transveraes se julgasse a representação sómente entre Irmãos, e Filhos de Irmãos, tanto do Instituidor, como do ultimo possuidor; sobre o que se póde vêr o que escreveo largamente Almeida e Souza em Supplemento no fim do seu Trat. de Morgados da 2.^a Edição; e note-se, que he tão privilegiado o direito de primogenitura dos Morgados, que ainda que o Filho mais velho seja menor, furioso, ou mentecapto não perde o direito da successão, Mello, Liv. 3. tit. 9. §. 19. Acontecendo porém nascerem dois gemeos, e não se saber qual delles nasceo primeiro; se olharmos para a decisão do Alv. de 9 de Janeiro de 1773, parece que devem succeder ambos; mas veja-se o cit. Mello, §. 20., pois que o Alv. só confirmou o contracto feito entre os interessados.

(1) Não havendo herdeiro do sangue, e linha do Instituidor, de-

§. VIII.

Da Successão dos Bens Emphyteuticos, ou Prazos, em as suas differentes especies.

Concedendo-se a Emphyteuse *in perpetuum*, a que se chama *Afforamento* em *Fatiota*, ou *Fateosim*, ou *ad tempus*, a que se dá o nome de Prazo *em vidas* (1), donde vem a primeira divisão de Emphyteuse em *Perpetua*, ou *Temporaria*; e dividindo-se esta em *Hereditaria* (2), *Familiar* (3), e de *Nomeação* (4); e tanto a Hereditaria, como a Familiar, em *Pura*, e *Mixta* (5), bem como a de Nomeação em *Livre* (6), e *Familiar*, será util o mostrar de que modo se succede nos bens respectivos a cada huma destas especies de Emphyteuse.

volve-se a successão dos Morgados, ou Capellas, para a Real Coroa, como se mostrará; e veja-se sobre a successão dos Morgados o Ass. novissimo de 18 de Agosto de 1819, bem como o de 15 de Julho de 1820.

(1) Ord. Liv. 4. tit. 36. pr., e L. de 3 de Nov. de 1757.

(2) Se ella se concede a alguma pessoa para si, seus herdeiros, e successores, Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 7., e tit. 96. §. 23., a qual se costuma chamar de *pacto*, e *providencia*, ou ella seja familiar, ou de nomeação.

(3) Quando he concedida a alguém, e sua familia, Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 24., isto he, = *para ti, e teus Filhos, ou descendentes.* =

(4) Quando se concede eleger, ou nomear successor, Ord. Liv. 4. tit. 36. pr., e tit. 37. pr.; e ordinariamente se concede pela vida de tres pessoas, com a faculdade da primeira nomear a segunda, e esta a terceira.

(5) A *hereditaria pura*, que he a que se concede por ex. = *a Pedro, e seus herdeiros, ou successores* = nada mais requer no successor, que seja herdeiro, ou successor do Emphyteuta; e a *Mixta*, que he a que se concede, por ex. = *a Pedro, e aos herdeiros que dello descenderem, ou aos seus herdeiros varões* = admite tão sómente aquelles que são herdeiros, e tiverem a outra qualidade requerida na concessão. A *familiar pura* nada mais requer em o successor, que o requisito de ser da familia; a *Mixta* porém a qualidade junta á concessão, como a de masculinidade, ou legitimidade.

(6) Na de nomeação *livre* póde o nomeante declarar por successor

Principiando pois pela *Perpetua*, ou *Fateosim*, diremos, em regra, que nella succedem os que são herdeiros, do mesmo modo que vimos se succede *ab-intestado* nos bens livres, ou *allodiaes*: succedendo: = 1.º os Descendentes (1): = 2.º os Ascendentes: = 3.º os Collateraes: = 4.º os Conjuges: = 5.º o Fisco (2); só com a differença do que o Prazo se não divide, devendo ser adjudicado a hum dos herdeiros, partindo-se o preço por todos elles. (3)

Se porém a Emphyteuse he *Temporaria*, ou em vidas, devemos primeiramente fazer differença entre a Emphyteuse *hereditaria mixta*, da *familiar pura*, e *familiar mixta*: Quanto á 1.ª = Se ella foi concedida tão sómente aos Descendentes, que procederem da mesma familia, succedem sómente estes; e não existindo algum da mesma familia, volta ao senhorio directo: se porém for concedida a alguém, e seus herdeiros varões, só o varão he que succede, com exclusão da femca; e na falta de varão se devolve ao senhorio directo. Quanto á 2.ª = Succedem nella em regra todos os da mesma familia, ainda que não sejam herdeiros, Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 24; e assim succedem primeiramente os Filhos tanto varões, como femeas, Ord. Liv. 4. tit. 37. §. 6, e ainda os

a quem bem lhe parecer; e na *familiar* ha de nomear alguém da sua familia.

(1) Veja-se a Ord. Liv. 4. tit. 36. §. ult., e tit. 96. §§. 23. e 24.: não succede porém o Legatario instituido em cousa certa, nem o Filho desherdado segundo os termos da Ord. Liv. 4. tit. 88., nem aquelle que se absteve da herança, ou a repudiou.

(2) O Fisco porém só succede no caso de se confiscarem os bens por delicto, ou se for instituido herdeiro indigno por qualquer causa, Ord. Liv. 2. tit. 26. §. 17. e 21. Liv. 4. tit. 48., e Liv. 5. tit. 1. §. 1., e tit. 6. §§. 17. e 18.; pois que no caso de não haver herdeiro volta ao senhorio directo, Ord. Liv. 2. tit. 1. §. 6., donde se tira este argumento.

(3) Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 1., e tit. 96. §. 23. mandada observ-

naturaes, posto que o Pai seja nobre, e muito mais sendo legitimados, Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 4. (1); e succedem os mesmos desherdados, por isso que a Emphyteuse não está nos bens do Pai. Prefere porém sempre o varão á fêmea, e o mais velho ao mais novo, Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 2., e na falta de Filhos succedem os Netos, e mais Descendentes, excluindo sempre o mais proximo ao mais remoto; por isso que nesta successão não tem lugar o Direito de representação, Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 2. e tit. 37. §. 6. Succedem depois em segundo lugar, e na falta de Descendentes, os Ascendentes, Ord. cit. §. 4; e na falta destes, os mais parentes em quanto os houver da mesma familia (2): = Quanto á 3.^a Se ella for concedida a alguma pessoa, e seus Filhos, e Descendentes varões, neste caso são excluidas as fêmeas, e sómente admittidos á successão os varões, ainda que nascidos de fêmea, tendo lugar entre elles as regras, que ficão estabelecidas a respeito da familiar pura: se porém he concedida a certa pessoa, e a seu Filho, ou descendente primogenito, só este succede nella, com exclusão dos outros Filhos, ou Descendentes; posto que o Filho segundo se deva reputar primogenito, se ao tempo da morte do possuidor

var pelo Alv. de 6 de Março de 1669, e não se podendo ajustar, manda a Ord. cit., que se venda, e que o preço se reparta pelos coherdeiros; e se nada disto fizerem dentro em seis mezes, manda a Ord. do tit. 36. §. 1., que se devolva ao senhorio, se elle quizer usar do seu direito.

(1) Não succedem porém os Espurios, ou nascidos de damnado coito, Ord. cit. §. 4., nem o estranho, Ord. Liv. 4. tit. 37. §. 6.

(2) Não tem porém aqui lugar a successão dos conjuges, nem a do Fisco; porque na falta de herdeiros da familia, volta ao senhorio a Emphyteuse, sobre o que se póde vér a Ord. Liv. 5. tit. 1. §§. 2. e 3., tit. 6. §§. 15. e 18., e tit. 3.: se porém a Emphyteuse for tomada na constancia do matrimonio, então tem ametade o conjuge, que sobrevive, e a outra os herdeiros do fallecido, isto he, do valor, por que a Emphyteuse vai ao Filho. Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 24.

não existir já o primogenito, por cuja razão deve preferir ao Neto Filho deste, arg. da Ord. Liv. 2. tit. 35. §. 1., Liv. 4. tit. 36. §. 4., e tit. 37. §. 7.

Agora pelo que respeita a Emphyteuse de *livre nomeação*, como pela falta desta se não devolve logo para o senhorio directo, mas sim passa para os herdeiros legítimos, que succedem *ab-intestado*, estes se achão expressamente declarados no Ass. de 15 de Fevereiro de 1786, e são: = 1.º Os Descendentes na conformidade da Ord. L. 4. tit. 36. §. 2; isto he, excluindo sempre o mais proximo ao mais remoto, o mais velho ao mais novo, e o varão á fema, Ord. cit., e §. 3: = 2.º Os Ascendentes, pela mesma ordem, segundo a mente, e contexto do §. 4, que prefere a estes os Filhos naturaes, e só na falta dos referidos Ascendentes chama ao Filho espurio, sendo legitimado pelo Principe, em tal fôrma, que possa succeder *ab-intestado*, e não de outra maneira: = 3.º Os transversacs em quanto os houver, a respeito dos prazos, que forem de Corporações, ou de pessoas, que não podem consolidar hum com outro dominio; e a respeito das que forem aptas para a consolidação, se entende chamados os parentes até o quarto gráo, contado segundo o Direito Canonico, na conformidade do §. 26. da L. de 9 de Setembro de 1769, que ficou em seu vigor pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 (1). Só na falta destes he que volta a Emphyteuse ao senhorio directo. Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 2. (2)

(1) Almeida e Souza no seu Trat. de Direito emphyteut. T. 1. §. 137. segue, que esta moderna Legislação por isso mesmo que fallou dos Prazos de simples nomeação se não deve entender dos familiares, em os quaes fallecendo o Emphyteuta em a primeira, ou segunda vida ainda sem parentes no quarto gráo, mas com outros em ulterior gráo de familia contemplada, e chamada no Emprazamento, devem nella succeder sem devolução ao senhorio directo.

(2) Nestes não succede o Fisco, nem o conjuge, senão no caso já

§. IX.

Da Successão do Fisco, e Corôa.

Não havendo finalmente herdeiros Descendentes, nem Ascendentes, nem parentes até o decimo grão, contado segundo o Direito Civil, nem Conjuges, que possam succeder *ab-intestado* nos bens livres, ou allodiaes, se devolve a sua herança ao Fisco (1) co-

figurado de ser trocado, ou comprado na constancia do matrimonio, em que o conjuge, que sobrevive, tem a metade do valor, e bemeito-rias, Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 2. *in fine*, e tit. 96. §. 23. — Notem-se as seguintes regras, que estabeleceo o cit. Almeida e Souza no §. 139. e seguintes sobre a duração das vidas, ou direito de renovação dellas: — 1.^a Na morte do Emphyteuta em primeira, ou segunda vida se deve regular a successão, pela investidura, ou vocação das pessoas para a segunda, e terceira, etc.; — 2.^a Sendo o Prazo de nomeação livre, ou mixto, succede o consanguineo mais proximo ao Emphyteuta, ainda que não seja da linha donde provem o Prazo, etc. — 3.^a Fallecendo o Emphyteuta em terceira vida, e sendo familiar o Prazo, succede no direito da renovação aquella pessoa em que concorrem as qualidades necessarias para succeder na duração das vidas: e sendo de nomeação ou mixto, se regula segundo a ordem do Edicto successorio: isto he, o parente mais proximo agnado, ou cognado, conforme as prerogativas do grão, sexo, e idade, etc.

(1) O Fisco, que está na quinta ordem de successão dos bens livres deixados sem Testamento, ou ainda existindo este, quando não apparece herdeiro, e se reputa por isso os bens vagos, ou herança jacente, he hoje representado pela Real Fazenda dos Captivos, a quem os Senhores Reis destes Reinos fizeram doação de semelhantes bens, como se vê da Ord. do Senhor D. Manoel de 1526, e Regim. de 11 de Maio de 1560, e L. de 4. de Dezembro de 1775, bem como lhe pertencem os bens dos ausentes em parte incerta, de que não consta haver herdeiros, segundo as Provis. de 1572, e de 1618 que refere Barbosa á Ord. Liv. 1. tit. 28. §. 1. n. 3. Como porém forão abolidos os Mampositeiros-môres dos Captivos, seus Escrivães, e mais Officiaes, e sua Jurisdicção foi conferida aos Provedores das Comarcas pela Lei de 4 de Dezembro de 1775, são estes hoje quem arrecadão os seus bens nas Comarcas, e em Lisboa e seu Termo o Provedor dos Resíduos, perante quem se devem habilitar os herdeiros, ou Crêdores de semelhantes heranças para serem pagos pelos seus productos, na fórma

mo bens vacantes, Ord. Liv. 2. tit. 26. §. 17, e Liv. 4. tit. 94. *in fine*; bem como succede quando os herdeiros não querem acceitar a herança, e esta fica jacente. Regim. de 11 de Maio de 1560, §. 8., Ord. Liv. 1. tit. 90. §. 1., Liv. 3. tit. 18. §. 9., L. de 4 de Dezembro de 1775, Alv. de 23 de Janeiro de 1788, e Alv. de 26 de Agosto de 1801. (1)

Succede igualmente o Fisco nos bens deixados a indignos, de que falla a Ord. Liv. 2. tit. 26. §. 19. (2), bem como os que são deixados por acto de ultima

da L. cit., e Alv. de 28 de Janeiro de 1788, e 26 de Agosto de 1801; pois que não se devendo julgar haver herança senão depois de deduzidas as dividas, e porque quem succede nos commodos deve succeder nos incommodos, por isso passa sim ao Fisco semelhante herança, mas este deve satisfazer as dividas, e impostos a que estava obrigado, Grot. de *Jure Bel. et Pac.* Liv. 3. Cap. 2. §. 1.; e por isso se lhe deve nomear hum Curador á mesma herança, para representar o Devedor, para defender seus bens, e direitos. Ord. Liv. 1. tit. 90. §. 1., e Liv. 3. tit. 18. §. 9.

(1) Não se devolvem porém ao Fisco estes bens sem que conste primeiro, que lhe pertencem: e por isso devem ser citados primeiramente todos aquelles que se julgar terem direito a taes bens, seguindo-se depois Sentença, que assim o declare, L. 7. Cod. de *Jur. Fisc.* e Brunem. a esta L. n. 8. sobre o que se póde vêr a L. 1. e 4. Cod. de *Bon. vacant.*, Mello; L. 3. tit. 5. §. 19., e Almeida e Souza nas Acç. Sum. §. 155. e seguintes; veja-se tambem o Aviso de 19 de Dezembro de 1785, que manda remetter ao Juizo dos Residuos as heranças *ab-intestado* sem certeza de herdeiro, cit. no Ind. Chron. T. 1. pag. 152. E sobre o modo de proceder na arrecadação dos bens dos ausentes fallecidos nos Dominios Ultramarinos, justificações, e entregas, veja-se o Alv. de 27 de Julho de 1765, e ultimamente o Alv. de 23 de Setembro de 1815, pelo que pertence a semelhantes diligencias no Brazil.

(2) O mesmo se acha ordenado no Regim. da Fazenda, Cap. 137. vers. = *Item todas as cousas, etc.*, o que se acha declarado pelo Ass. de 17 de Novembro de 1791 em quanto diz, que as heranças Fideicommissarias, e legados se não devolvem ao Fisco senão nos casos de vacancia, e de contravenção aos Testamentos, qualificada por Direito com nota de indignidade; e por tanto temos, que a nossa Legislação fez Direito Real, e devolveu ao Fisco os bens deixados a indignos assim reputados por ella, ou Direito Commum. Veja-se Almeida e Souza nas Acç. Sum. §. 170.

vontade a algum herdeiro, Testamenteiro, Legatário, ou Fideicommissario, e he rogado tacitamente pelo Testador de os entregar depois da sua morte a alguma pessoa incapaz. Ord. Liv. 2. tit. 26. §. 23. (1)

(1) O mesmo dispunha o Direito Romano na L. 10. ff. *de his, quae ut indig. aufer.* L. 46. ff. *de heredit. pct.*, e veja-se Almeida e Souza Acq. Sum. §. 191. e seguintes; e sobre a differença, que ha de *indignidade*, a *incapacidade* veja-se o mesmo A. no §. 171.; posto que a applicação do que elle ahi estabeleceu, tirado de diferentes AA., se deva fazer com critica para o nosso uso do Foro; pois que ainda em regra o que he deixado ao *indigno* se applica ao Fisco, e o que he deixado ao *incapaz* se defere aos herdeiros *ab-intestado*, com tudo isto tem varias limitações, que se achão pelo corpo das nossas Leis: e assim reputa elle por *incapazes*: = 1.^o Os Estrangeiros: = 2.^o Os Religiosos professos: = 3.^o Os Cavalleiros de Malta: = 4.^o Os Corpos de mão morta: = 5.^o A Alma: = 6.^o O Filho esurio: = 7.^o Os que nos Testamentos escrevem heranças, ou legados para si e seus Filhos: = 8.^o As concubinas: = 9.^o Os Condenmados por crimes de lesa Magestade Divina, ou Humana, e seus Filhos, etc., como tudo se pôde vêr em o cit. A. desde o §. 177. até 185., dos quaes todos já tratámos em lugar competente; mas ahi vimos, e se mostrará melhor adiante que falha aquella regra estabelecida por Almeida e Souza no que he deixado ao Religioso, ainda Egresso, ou Corpo de mão morta, que pertence á Corôa, e não aos herdeiros legitimos: e por *indignos* reputa elle, desde o §. 185. até o 212. além dos que declara a nossa Ord., e ficão apontados: = 1.^o O homem que matou outro: = 2.^o o que attentou á vida da pessoa a que elle devia succeder: = 3.^o o herdeiro legitimo, ou Testamentario, que attentou á honra daquelle a quem devia succeder: = 4.^o o herdeiro que omitta accusar os culpados na morte daquelle a quem devia succeder: = 5.^o o que argue o Testamento de falso, e fica vencido: = 6.^o o Filho que intenta a querêla de inofficioso Testamento, e fica vencido: = 7.^o o que dispõe da herança de homem vivo: = 8.^o aquelle que o Testador declarou por indigno: = 9.^o o que he instituido herdeiro pelo Testador na supposição de ser seu Filho: = 10.^o o que coabitou com a Viuva, Filha, Mãe, ou Irmã daquelle que o instituiu por herdeiro; posto que elle não approva esta causa de indignidade por não haver Lei, que a declare, e com razão; porque declarando a Ord. Liv. 2. tit. 26. §. 19. por indignos sómente aquelles, que pelas Ordenações, ou *Direito Commum* se reputão taes, não devemos estender a indignidade a outras pessoas; mas de resto todos os outros casos apontados são declarados nas Leis Romanas, como se pôde vêr no cit. A., sendo escusado repetir-se aqui; devendo com tudo notar-se o cit. Ass. de 17 de Novembro de 1791, que declarou, que as heranças Fideicommissarias, e Legados não se

O mesmo acontece quando qualquer impede a outro que faça seu Testamento, por força, ou engano que lhe faça por si, ou interposta pessoa, sendo herdeiro que pertenda succeder *ab-intestado*, cuja parte, em que devia succeder, pertence á Corôa, Ord. Liv. 4. tit. 81. pr.; e assim tambem se o Testador quizer revogar o seu Testamento, e os herdeiros instituidos lho impedirem, Ord. cit. §. 2. Succede igualmente a Real Corôa nos bens, que algum Clerigo deixa a outro Clerigo, ou alguma Igreja, ou Mosteiro, ou a qualquer pessoa Religiosa, Ord. Liv. 2. tit. 18. §. 5. (1), ou mesmo não dispondo os Clerigos, ou Beneficiados, e succedendo outros *ab-intestado*, no caso da Ord. cit. §. 7.

O mesmo procede a respeito dos bens deixados a alguma Igreja, ou Corporação de mão-morta, não os alienando dentro do anno, e dia, ou não obtendo licença Regia para os possuirem. Ord. Liv. 2. tit. 18. §. 1. (2)

devolvem ao Fisco, senão nos casos da vacancia, e de contravenção aos Testamentos, qualificada por Direito com nota de indignidade; o Ass. de 20 de Julho de 1780, que declarou, que annullado o Testamento por ser nelle a Alma instituida por herdeira, são successores legitimos os parentes proximos ao tempo que se defere a herança pela nullidade, e não os proximos ao tempo da morte do Testador; e o Ass. de 5 de Abril de 1770, pelo qual foi declarado, que o herdeiro *ab-intestado* não deve entrar na posse dos bens, por se ter julgado nullo o Testamento antes da liquidiação dos bens da mesma herança; e sobre as Confiscações, que se fazem por crimes, mas que não respeitão de perto ás successões de que tratamos. Vejam-se as Ord. do Liv. 2. tit. 26. §. 18. 21. e 22., e Liv. 5. tit. 1. tit. 6. tit. 12. tit. 13. et tit. 17., L. de 17 de Janeiro de 1759, e de 3 de Agosto de 1770, §§. 11. e 12.

(1) Explicando-se a Ord. pelas palavras = *Clerigos de Ordens Sacras, ou Beneficiados* = pôde entrar em duvida se o Clerigo *in minoribus* pôde ser instituido herdeiro por outro Clerigo de Ordens Sacras, ou succeder-lhe; mas esta duvida parece se dissolve com as Ord. do Liv. 1. tit. 91. §. 8. e Liv. 4. tit. 92. §. 1., pois que esta não equipara o Clerigo *in minoribus* ao Cavalleiro, e aquella sim ao Beneficiado.

(2) O mesmo se deduz da L. de 30 de Julho de 1611, Provis. de

Tambem succede a Real Corôa nos bens encapellados, ou vinculados, que vagão por Commissio (1), ou por falta de successão regular, e legitima (2). Ord. Liv. 2. tit. 26. §. 17, e L. de 23 de Maio de 1775 §. 18, e Alv. de 14 de Janeiro de 1807, §. 3. (3)

13 de Agosto de 1612, Alv. de 23 de Novembro de 1612, e 20 de Abril de 1613; mas note-se que a cit. Ord. só se entende a respeito dos bens livres; porque a respeito dos Prazos temos a doutrina expressa na L. de 4 de Julho de 1768, que foi declarada pela L. de 12 de Maio de 1769; e quanto ás Capellas, e Morgados temos a L. de 9 de Setembro de 1769, §. 11., que prohibe aos Religiosos ou Religiosas, e Sacerdotes Seculares succeder em taes bens, o que foi confirmado pela successão regular, que se estabeleceu pela L. de 3 de Agosto de 1770; e por consequencia sendo estes chamados para a successão de taes bens, ficão logo devolutos para a Corôa por Commissio. E note-se que o Alv. de 20 de Julho de 1793, posto que permittio a retenção de bens immoveis, Capellas, e Juros Reaes ás Irmandades do Santissimo Sacramento, com tudo declarou as mais Irmandades, e Confrarias sujeitas á disposição geral estabelecida no §. 21. da L. de 9 de Setembro de 1769, o que melhor se acha na Res. de 4 de Dezembro de 1802, impressa em 20 de Março de 1820, que declarou que o mesmo Alv. de 20 de Julho de 1793 a respeito das Irmandades do Santissimo Sacramento se não deve ampliar a novas aquisições, como se mostrará melhor adiante, quando tratarmos da successão dos Mosteiros, Corporações, etc.

(1) Verifica-se o Commissio quando a vocação de Administrador para Capella, ou Morgado, recae em pessoa prohibida pela Lei, como, se he chamado para a successão, corpo de mão morta, ou he instituido o Morgado para andar sempre em Clerigo. Ord. Liv. 2. tit. 18. §§. 1. e 5., e L. de 9 de Setembro de 1769 §. 11.

(2) Verifica-se a falta de successão legitima, e regular, quando não ha parentes para succederem nelles do sangue do Instituidor, na conformidade da Ord. Liv. 4. tit. 100. §. 2., e do já declarado, quando tratamos da successão dos Morgados.

(3) Declarando o §. 3. deste Alv. de 1807, que a Real Corôa tem dominio fundado e inherente nos bens vinculados, e de Capellas vagas por Commissio, ou extincção de legitimos successores, por cujos factos se devolvem logo taes bens para os Proprios, segue-se, que quando a Corôa, ou o que denuncia taes bens, trata de os reivindicar de qualquer possuidor, a este he que pertence provar a successão legitima, ou Direito por que lhe pertencem, e não á Corôa, por ter o seu direito fundado na vacancia, como mui legal, e justamente declarou o Alv. de 29 de Julho de 1830, para remover as duvidas, que ainda havião;

E finalmente succede tambem a Real Corôa nos Offícios assim de Justiça, como de Fazenda, pelo

não se podendo provar legitimamente a successão senão por meio de Certidões legaes de Baptismo e Casamento, que são as que podem provar a filiação ou parentesco, como se deduz do Alv. de 9 de Agosto de 1769, e L. de 22 de Dezembro de 1761, tit. 2. §. 2.; e não basta provar hum ou mais grãos da parentela, he necessario que se provem todos sem interrupção, como se pôde vêr em Almeida e Souza Trat. de Morg. Cap. 13. §. 18. — E note-se que, posto que pela Provis. de 26 de Junho de 1769, que vem no Ind. Chron. T. 2. pag. 83. se mandou exceptuar dos sequestros, que se mandarão fazer nos bens que possuissem os Corpos de mão morta, as Capellas instituidas antes de 1640, com tudo o Decreto de 8 de Julho de 1802 mandou que se tomassem denuncias de Capellas ainda instituidas antes de 1651, sem embargo da suspensão interina do Decreto de 2 de Janeiro do mesmo anno; e que se sentenciassem no Juizo das Capellas da Corôa os ditos Autos, aonde pertencem, bem como as denuncias sobre bens de Morgado pela L. de 23 de Maio de 1775. E note-se tambem que pelo Decreto de 5 de Novembro de 1706 (que vem a pag. 208. da 4. Part. das Dissert. Chronol. e Crit. do Des. J. P. Ribeiro) se declarou, que não promovendo os denunciante das Capellas ou Vinculos as primeiras denuncias dentro de anno, e dia, percaõ o direito, que por ellas adquirirão, e que se não admitta segunda denuncia das mesmas Capellas, mas que se continuem no estado em que estiverem com o Procurador da Corôa, exceptuando o caso em que, por motivos attendiveis, este consinta na segunda denuncia; podendo o mesmo possuidor intruso ser admittido a denunciar; o que foi confirmado pelo §. 2. da L. de 23 de Maio de 1775 requerendo o Alv. de 14 de Janeiro de 1807 tambem a assistencia do Procurador da Fazenda do Reino em taes processos, como já tinha mandado o Decreto de 7 de Maio de 1678; mas quando concorre o Procurador da Corôa com o da Fazenda, falla primeiro este, Decreto de 22 de Outubro de 1667. O que só havia sido declarado pela C. R. de 17 de Dezembro de 1626, que dava hum anno para se tirar o Alvará da denuncia, e se proseguirem os termos desta, tomando-se por parte da Corôa passado elle: vendo-se na C. R. de 22 de Setembro de 1627 a forma por que devião ser passados taes Alvarás. E note-se mais, que pelo Ass. de 11 de Abril de 1829, se declarou que os Donatarios, ou Administradores de Capellas, ou Vinculos da Real Corôa, não podem reivindicar para si bens que não entrãrão na Doação; por pertencer este Direito sómente á Real Corôa: que o Alv. de 7 de Março de 1791 declarou, que o rendimento dos bens denunciados pertencem aos Denunciante desde a data da Mercê: e que os Ministros, que podem contrahir certeza de Juiz, ou de Procurador, não podem por si, ou interposta pessoa, denunciar Capellas ou Vinculos, na con-

fallecimento, ou crime daquelles a quem são concedidos, L. de 23 de Novembro de 1770. (1)

formidade das C. R. de 28 de Setembro de 1629, e 12 de Novembro de 1338, e Decretos de 5 de Março de 1709, e 7 de Janeiro de 1788. Porém se os Bens são livres, e se denuncião como vagos, pertence o seu conhecimento ao Juízo dos Resíduos, como se pôde vêr em a nota 1004, e 1018 das Prim. Linh. do Process. Civ. de Pereira e Souza, e Almeida e Souza nas Acç. Sum. §. 159. e seg. onde mostra que também se podem denunciar, quando vagos = os Reaes Padroados, na fórma do Alv. de 26 de Setembro de 1791, hem como os Benefícios das Ordens, na conformidade do Decreto do 1.º de Setembro de 1791: = as Commendas: = as Barcas em Rios publicos: = os Bens sonegados nas Confiscações: = os Alveos, Cómoros, ou ribanceiras deixados pelos rios, que pertencem ao Summo Imperante, etc. = E note-se finalmente que na Apostilla de 23 de Julho de 1656, feita ao Alv. de 9 de Dezembro de 1652, se declara que as Capellas da Corôa, como bens vacantes, são proprias do Rei, e não da Corôa, nem sujeitas á Lei Mental. Veja-se porém o que se acha disposto no Alv. de 10 de Dezembro de 1825,

(1) Ainda que depois desta L. de 1770 se dirijissem ao Conselho da Fazenda os Avisos de 3 de Setembro de 1777, e de 20 de Novembro de 1795, para se consultarem com effeito os requerimentos de todos os Filhos, e Netos dos Proprietarios, que por sua morte pertendessero os mesmos officios, como já tinha sido recommendado ao Desembargo do Púgo por C. R. de 6 de Setembro de 1616; e se declarasse pelo Decreto de 5 de Junho de 1793, que a Mercê, que se tinha feito de hum officio de Fazenda, só podia ter lugar não existindo Filho do ultimo Proprietario, com tudo, como o dominio dos officios reside no Soberano, e aos officiaes só se concede o exercicio, e administração, como melhor se declara na cit. L. 2. Cap. 13. n. 9. e L. de 22 de Dezembro de 1761, nas quaes se estabelece que os officios são personalissimos, e que se entendão sempre dados sómente em vida, fica claro, que pela morte dos Encartados nelles succede a Corôa, para fazer com elles Mercê a quem hem lhe parecer; com a differença de que se o Proprietario tem Filhos, ou Netos, costuma preferir a estes o Soberano, se são habéis; se porém ha só transversaes, como nos bens da Corôa não succedem estes, já se não costumão attender seus requerimentos: = e note-se o Alv. de 18 de Outubro de 1614, que determinou que nenhum official de Justiça, condemnado por erros de officio em alguma pena, ainda que depois o torne a servir, de nenhum modo se admitta Petição em que peça o officio por sua morte para seu Filho, ou para casamento de Filha, ou poder nomear em outra pessoa. A Ord. Liv. 1. tit. 96. prohibe a venda dos officios sob pena de perdimento, não intervindo authoridade Regia; e na Collecç. 20.

§. X.

Da Successão dos Mosteiros, Corporações, e Religiosos ainda Egressos.

Posto que em as notas ao Cap. 12. deste Tratado fiquem apontadas as razões por que se não podem instituir por herdeiros as Corporações, Collegios, Mosteiros, Confrarias, etc., nem tão pouco os Religiosos; mostrando-se ao mesmo tempo a série da Legislação, que temos sobre o Direito de *Amortização*: com tudo para mostrar que nem as Corporações, nem os Religiosos ainda egressos podem succeder *ab-intestado* nos bens de seus membros, e parentes, recopilarei em summa o que alli fica dito, e accrescentarei o que alli faltou, e he necessario saber-se sobre semelhante, e importante materia, tratada até agora com pouca clareza.

Principiemos pois por saber o que he hum *Corpo de Mão-morta*; e segundo a definição, que appresentão os AA. da *Encyclopedia Methodica*, verb. = *Main-morte* =, he toda aquella Corporação, ou Comunidade, tanto Ecclesiastica, como Leiga, que he perpetua, e que por huma subrogação de pessoas, que se julgão sempre as mesmas, não produzem alguma mudança pela morte de alguma dellas, ou de seus membros. = E assim são comprehendidos debaixo deste nome de *Corporação de mão-morta*: = 1.º As Communidades tanto Regulares, como Seculares; isto he, as Religiões, e Conventos, ou Mosteiros de hum e outro sexo, as Collegiadas, Igrejas,

tit. 97. do Liv. 1. se podem ver varios Decretos, que prohibem a retenção de dois officios debaixo da mesma pena de perdimento; e se elles se podem, ou não denunciar, veja-se Almeida e Souza Acq. Sum. §. 185. pag. 154. e seg.

Cabidos, Commendadeiras Conventuaes, Freiras das Ordens Militares tambem Conventuaes, etc. = 2.^o Os Hospitaes, Hospicios, Albergarias, Misericordias, Confrarias, Irmandades, Fabricas de Igrejas, e outras semelhantes: = 3.^o As Communidades Seculares, como as Camaras das Villas, e Cidades, as Universidades, as Corporações de Officios, os Collegios, as Companhias de Negocio, e Commercio, os Habitantes de qualquer Cidade, Villa, ou Lugar, os Tribunaes, e outras semelhantes Corporações, cujos membros se reproduzem pela substituição de outros, de maneira que se julgão sempre as mesmas pessoas. E chamão-se estas Corporações *Corpos de Mão-morta*, porque os bens, que adquirem, ficão em amortização, e fóra do Commercio Commum, como inherentes ás mesmas Corporações, ou Casas: = *Societates illae, e quarum manibus bona semel adquisita ad rempublicam, et commercium non iterum redeunt, manus mortuae adpellantur*, = diz Gmeiner. Inst. Jur. Pub. Eccles. §. 294. do Tom. 1.

Este mesmo A. no §. 296. estabelece a these, ou principio de Direito Publico Ecclesiastico: = *Civitati est noxium, si bona mobilia in majori copia in manibus mortuis existunt*. E no §. 298. estabelece outra: = *Civitati est noxium, si manibus mortuis bona immobilia illimitate adquirere est licitum*.

Este mesmo A. mostra com a sua costumada elegancia os damnos que podem resultar á sociedade, e ao Estado, quando se impede a necessaria circulação do dinheiro, e giro do Commercio; e o prejuizo que causa ao publico, e ao mesmo Estado a permissão illimitada de adquirir bens immoveis pelos *Corpos de mão-morta*: e estabelecendo os principios mais sólidos de Direito Publico, que os modernos tem adoptado a semelhante respeito, e respondendo ao mesmo tempo ás objecções, que se podem oppôr contra

a equidade da Lei da Amortização, tira por conclusão: *que toda a alienação de bens immoveis feita a Corpos de mão-morta, seja por ultima vontade, seja por acto inter vivos, sem consentimento do Principe, he nulla e irrita.*

E que ao Principe compete o poder de prohibir estas illimitadas, e perniciosas acquisições, elle o mostra pelo seguinte raciocinio. = O Imperante tem Direito de vigiar, para que a Republica não receba algum damno (como mostrou no §. 259): á Republica he muito pernicioso que seja licito aos Corpos de mão-morta adquirir illimitadamente bens immoveis (na fôrma do §. 298): logo o Imperante tem Direito de prohibir, e mandar que sem seu consentimento se não transfiram bens immoveis para os Corpos de mão-morta.

A Constituição pois, em que he promulgada semelhante prohibição, he geralmente chamada *Lei de Amortização*; cujo poder se não pôde negar aos Principes, ou Soberanos, sem manifesta offensa dos principios mais sólidos, e incontestaveis de Direito Publico, que se podem vêr em o citado A., no *Code de l'Humanité*, art. *Les main-mortes*, na *Encyclop. de Jurisp.* art. *Amortissement*, e na *Historia Jur. Civ. Lus.* §. 45. e seg.

E pôde-se dizer que esta Lei he geralmente recebida em todos os Paizes civilizados, e principalmente na Hespanha (1), na França (2), na Inglaterra (3), na Prussia (4), etc., trazendo ella a sua origem, como diz o cit. Gmeiner em a nota ao §. 299, da de-

(1) Sandoval, Chron. de Aff. VII. Cap. 51. Hist. Jur. Civ. Lusit. §. 55. onde refere as palavras das Côrtes de Coimbra de 1291 = *que eu pozesse tal postura, e tal Lei, qual se usa em muitas terras.* =

(2) Art. 909. e 910. do Cod. Civ. dos Francezes.

(3) Blackstone, Tom. 3. Cap. 18. pag. 96.

(4) Tom. 1. P. 1. tit. 12. do Cod. dos Est. da Prussia.

masiada propensão dos Fiéis para dotar, e fundar Mosteiros; pois que os Monges antigamente no Egypto (1) vivião do trabalho quotidiano de suas mãos, applicando o que lhes crescia para o sustento dos pobres, e necessitados; porém tornando-se os Mosteiros pouco e pouco ricos, e opulentos, pelas oblações, e liberalidades dos Fiéis, que lhes fazião sem restricção, e conhecendo-se que ellas se oppunhão aos interesses dos Principes, e dos Leigos, foi necessario occorrer a este mal, e restringir de algum modo a illimitada liberdade, que havia de dar não só aos Mosteiros, mas aos Corpos de mão-morta em geral.

E eis-aqui porque em Roma ao principio tambem foi prohibido ás Corporações o herdar alguma cousa por Testamento; e posto que ao depois se lhes concedesse esta faculdade, houverão razões politicas, proprias do tempo, para isso, e que se podem vêr em a nota ao §. 55. da Hist. Jur. Civ. Lus., onde se achão as alterações, que houverão em *Roma*, e na *Italia* a este respeito; podendo ver-se as que houverão em *França* na Encyclopedia Method. de Ju-

(1) Conta S. Jeronymo de S. Macario de Alexandria (como se lê na vida deste), que fallecendo hum dos Monges seu Companheiro, que deixára cem escudos, que tinha ajuntado a fazer tecidos, e juntando-se os Solitarios para deliberar sobre o destino de semelhante dinheiro, dizendo huns que se desse aos pobres, outros á Igreja, outros aos parentes do morto, Macario com outros que se chamavão os Padres, querendo prevenir as consequencias de hum tal exemplo, ordenarão que se enterrasse com o morto aquelle dinheiro, dizendo estas palavras = *que o dinheiro morra contigo* =. Este facto fez ver quanto esta severidade era justa, e sabia; porque fez tanta impressão a todos os Monges do Egypto, que olhavão como hum crime deixar sómente hum escudo depois da sua morte. Eis-aqui porque vemos na Regra de S. Bento, Cap. 48., as seguintes palavras: = *Ociositas inimica est animae, et ideo certis temporibus occupari debent fratres in labore manuum*. E S. Domingos, estando proximo da morte, entre outras cousas, que recommendou a seus Filhos Religiosos, foi que não introduzissem na Ordem possessões temporaes.

resp. Art. *Amortissement*: e em Blackstone, Tom. 3. Cap. 18. as que houverão em *Inglaterra*, onde se acha huma completa historia de semelhante Jurisprudencia alli estabelecida, e a que por diferentes vezes foi necessario estabelecer para occorrer á demasiada avareza, e subtiliza do Clero, e Corporações Religiosas até o tempo da sua extincção: não sendo permittida em caso algum, pelo Direito de todas estas Nações, aos Corpos de mão-morta aquisição alguma de bens sem a Licença necessaria do Imperante.

Em Portugal pois são tão antigas as Leis da *Amortização*, como o mesmo Reino. O Senhor D. Affonso II. foi o primeiro, que nas Côrtes de Coimbra de 1211 prohibio a compra de bens de raiz ás pessoas, e Corporações Ecclesiasticas, para se não enriquecerem em prejuizo dos seus Vassallos; mas não mandou cousa nova, porém approvou o Direito já praticado no Reino, como já se mostrou em a ultima nota do Cap. 12. (1)

(1) Não sei se a cegueira dos tempos, se o orgulho que então dominava o Clero, e Regulares he que arrojará ao celebre Soeiro Gomes, Prior da Ordem dos Prégadores, a que, esquecido do que lhe ensinára o seu Santo Fundador, não só declamasse contra a sabia Lei do Senhor D. Affonso II., mas até publicasse huma Proclamação contra a mesma Lei, como se póde ver em Brandão Monar. Lusit. Liv. 13. Cap. 22. e App. Estevão Soares Arcebispo de Braga não commetteo menor excesso contra a authoridade Real, quando excommungou os Ministros do Rei por observarem a referida Lei; e o mais he que Honorio III. em 1221 chegou a escrever com menos respeito sobre esta materia ao Senhor D. Affonso II., e a ameaçallo de absolver os Vassallos do juramento de fidelidade, e de conceder as suas terras, e dominios, como cousa *nullius* a quem as occupasse! Hist. Jur. Civ. Lusit. §. 46. nota. E ainda no tempo de Filippa IV. o Colleiitor Apostolico Alexandre Bispo de Nicastro aos 16 de Março de 1636 se arrojou a dogmatizar contra a Ord. actual, Liv. 2. tit. 18., declarando-a feita em odio de Deos, excommungando todos os Ministros do Rei, e todas as mais pessoas, que exigissem a sua observancia; e sendo obrigado a revogar este Edicto por Carta do dito Rei de 1637, e por Sena-

O Senhor D. Diniz confirmou, e declarou mais este Direito em as Côrtes de 1286, e 1291, estendendo a Disposição do Senhor D. Affonso II. a todo o genero de aquisições, Testamentos, e Legados, cujas disposições forão renovadas pelo Senhor D. Fernando nas Côrtes de Lisboa de 1371, e o Senhor D. Affonso V., em 1447, determinando que os bens, que dalli em diante adquirissem as Communidades, fossem para a Corôa: e esta Legislação he que hoje faz o fundo das Ordenações Affonsina Liv. 2. tit. 14. e 15, Manoelina Liv. 2. tit. 8, e Filippina Liv. 2. tit. 18, e das Extravagantes de 30 de Abril de 1611, de 25 de Junho de 1766, §. 10., de 4 de Julho de 1768, de 12 de Maio de 1769, e de 9 de Setembro do mesmo anno, no §. 10.; pois que todas estas Leis, no que toca á prohibição de adquirir bens de raiz pelos Corpos de mão-morta, não forão suspensas pelo Decreto de 17 de Julho de 1778. (1)

Se porém pelas Leis antigas, e publicadas até o tempo do Senhor D. José I, revogadas pelo §. 10. da Lei de 9 de Setembro de 1769, podião os Mosteiros, e outras Corporações de mão-morta succeder *ab-intestado*, ou receber por Testamento legados, ou ainda heranças, he que resta, e convém examinar.

tença do Juizo da Corôa de 26 de Março do mesmo anno, novamente publicou outro a respeito das Capellas em 24 de Junho de 1639, authorizado por Bullas do S. P. Urbano VIII.; porém o mesmo Rei cassou semelhantes Editaes, e fez expulsar do Reino este Colleiitor, como se pôde ver na Deducç. Chronolog. Divis. 7. §. 210. e seg., e Cart. Reg. á Ord. Liv. 2. tit. 18.

(1) He bem para admirar, que o Senhor D. João IV. pelo Decreto de 2 de Janeiro de 1651 suspendesse a authoridade da Ord. Liv. 2. tit. 18. pelo que pertence ás Capellas possuidas pelas Igrejas e pessoas Ecclesiasticas, até se concordar com a Sé Apostolica! Porém o outro de 8 de Julho de 1802, considerando justamente como interina semelhante suspensão, mandou tomar as Denuncias de Capellas instituidas antes de 1651, sem embargo da dita suspensão.

He certo que das palavras da L. do Senhor D. Affonso II. de 1211 referidas por Brand. Liv. 17. Cap. 3., e na Hist. Jur. Civ. Lus. §. 55. em a nota, se vê, que aos Religiosos fôra prohibido comprar herança alguma, ou bens de raiz, sem licença d'El-Rei; mas que lhes fôra permittido o pode-los adquirir por anniversarios, ou por outro modo *sem preço*, isto he, por titulo lucrativo (1); mas pelas Leis do Senhor D. Diniz, que se achão no Codigo Affonsino Liv. 2. tit. 15., se estendeo semelhante prohibição a todo o genero de aquisição, prohibindo-se positivamente o deixar alguns herdamentos, ou possessões, ás Ordens, como se vê do §. 3. da Ord. cit.

Havendo porém duvidas sobre a execução, se declarou depois, como se vê dos §§. 6. e 7. da mesma Ord., que o que fosse deixado aos Religiosos, ou Religiosas, por seus Pais ou parentes, depois daquella Lei, o possuissem em sua vida; e se o quizessem dar, ou vender, o não podessem fazer senão a pessoas Leigas; mas que quando os Mosteiros precisassem para a sua manutenção de alguns destes bens, que ganhassem os sobreditos, os vendessem até a hum anno, do dia em que morressem os ditos Religiosos, e não o fazendo assim os ditos Mosteiros, se perdessem para os seus parentes mais chegados, na fórma do §. 8; mas no caso destes os não virem requerer dentro de seis mezes, se perdessem para a Corôa, §. 9. da Ord. cit.; deixando determinado o mesmo Senhor D. Diniz, pela Lei de 1324, que se acha na Ord. Affons. tit. 14. do mesmo Liv. 2, que não podendo as Igrejas, e Ordens haver em pagamento de dividas bens de raiz, vendessem todos os

(1) Isto mesmo se prova das formulas de varios Testamentos antigos, ou feitos nos primeiros tempos da Monarquia, que refere J. P. Ribeiro, nas suas Dissert. Chronol. e Crit. Tom. 1., 2., e 3., onde se podem ver.

que tivessem comprado, desde o dia de Santa Maria de Agosto a hum anno; cuja prohibição foi depois confirmada pelo Senhor D. Fernando nas Côrtes de Lisboa de 1371, como se vê na Hist. Jur. Civ. Lus. §. 60. not., e na Ord. do Senhor D. Manoel, Liv. 2. tit. 8; o que tudo passou para a Ord. Philippina, Liv. 2. tit. 18. (1)

Por esta Ord. pois, e pela anterior, he prohibido totalmente aos Corpos de mão-morta adquirir por titulo algum bens da Corôa, Ord. cit. §. 2. e tit. 35. §. 10; nem por outro titulo que não seja o da successão legitima podem adquirir bens nos Reguen-gos tributarios, ou foreiros á Corôa, §. 6. e tit. 17. da mesma Ord.; nem tão pouco os bens que sejam de pessoas Ecclesiasticas, e que não pertençam por Direito á Igreja; pois que pelo §. 5. da Ord. cit. as pessoas Ecclesiasticas não podem por titulo algum

(1) Note-se porém, que posto que pela Ord. Affons. os Corpos de mão-morta não podessem adquirir bens de raiz sem licença d'ElRei, com tudo parece que pela Manoel. §. 8. se lhes não impoz esta obrigação, mas que prohibio sómente aos Ecclesiasticos de dar *inter vivos*, ou por ultima vontade, alguns destes bens a algum Mosteiro, Igreja, ou Confraria, como nota o A. da Hist. Jur. Civ. Lus. em a nota ao §. 89.; porém lendo-se o pr. daquella Ord. (que concorda com a actual, Liv. 2. tit. 18., em tudo, á excepção do ultimo vers. do §. 5. e do ultimo do §. 7.) vê-se della o contrario, e que sem licença de ElRei não podem por titulo algum adquirir bens; sendo com tudo de notar, que o accrescento, que se acha na Ord. cit. §. 5. he deduzido do Alv. do Senhor D. João III. de 6 de Setembro de 1553, que fez differença entre os bens patrimoniaes, e adquiridos *intuitu Ecclesiae*, podendo estes ser adquiridos pela Igreja, e Ordens, por qualquer titulo gratuito; e que o accrescento que se acha no §. 7.^o de que os parentes mais chegados, por um costume geralmente recebido succedem ao Clerigo *ab-intestado*, tanto nos bens patrimoniaes, como nos adquiridos *intuitu, seu occasione Ecclesiae*, foi tirado do Direito Canonico, ou das Decretaes Cap. 1. 7. 12. *de Testament.*, como notou o cit. A. da Hist. Jur. Civ. Lus. ao cit. §. 89.; e para conciliar a opinião deste sobre o não ser necessaria a licença Regia para acquisição dos bens pela Ord. cit., devemos entender isto sómente da posse delles dentro do anno, e dia.

traspassar os seus bens de raiz ás Igrejas, Ordens, ou pessoas Ecclesiasticas, o que com tudo se entende do titulo que depende do facto do homem; porque podem com tudo adquirir-los por successão legitima dos seus Confrades, §. 7. da Ord. cit., com tanto que os vendão dentro de hum anno; porque não os vendendo, ou não os demandando os seus parentes mais chegados dentro de seis mezes, contados do dia que o anno fôr acabado, se perdem para a Corôa.

Isto mesmo se deduz das palavras da L. de 30 de Julho de 1611, em quanto diz: — *Que sendo Eu informado, que os Mosteiros, e outras Communidades do Reino, não podendo conforme as Leis delle comprar bens de raiz sem licença minha, e sendo obrigados quando herdassem alguns, ou os houvessem por qualquer titulo, de os venderem dentro d'anno e dia a pessoas Leigas.* —

Por tanto temos, que pelas Leis d'Amortização publicadas até o tempo do Senhor D. José, e que elle revogára no §. 10. da L. de 9 de Setembro de 1769, apezar de não poderem os Mosteiros, e outras Corporações de mão-morta reter, e conservar os bens immoveis, que adquirissem por qualquer titulo oneroso, ou lucrativo, mais que o anno e dia, que a Lei lhes concedia, sendo obrigados a aliena-los dentro d'elle, com tudo não podemos dizer, que por tal Legislação os Corpos de mão-morta erão incapazes de succeder por Testamento, ou *ab-intestado*; antes pelo contrario dellas se infere, que não só se lhes podião deixar Legados, mas até heranças.

Para prova desta asserção temos, além da Legislação estabelecida, e declarada, o Alv. de 26 de Março de 1634, que declarando nullos os Testamentos, que fossem feitos por algum Religioso, em que fosse herdeira, ou legataria a sua Corporação, ou Mosteiro, vem daqui a inferir-se, que o não erão

sendo feitos por outra pessoa; e muito principalmente por não ser prohibido a qualquer Religioso o fazer Testamento a outras pessoas, e só neste caso, pelo perigo da suggestão: o que também foi depois providenciado pelo Cap. 3. das Côrtes de 1641, e declarado pelo Alv. de 2 de Maio de 1647, e mesmo pela L. de 9 de Setembro de 1769; e mais do Senhor D. José se vê, que até o seu tempo era permittido não só deixar Legados, mas até heranças aos sobre-ditos Mosteiros, e Corporações; porque aliás não faria elle expressa revogação no §. 10. da cit. Lei do Senhor D. Diniz, e da Ord. Liv. 2. tit. 18. com todas, e quaesquer outras *Leis, Disposições, e Doutrinas, que permittião, e authorizavão nos Religiosos, e Religiosas as successões ab-intestado, ou das heranças paternas, e maternas*, de cujas expressões se vê, que até succedião *ab-intestado*, por via dos Religiosos da sua Corporação, até aquelle tempo, como também se mostra pela L. de 25 de Junho de 1766, no pr.

Vejamos por tanto quaes são os termos da Legislação actual para vermos a conclusão, que devemos tirar a final sobre semelhante materia.

Temos primeiramente a L. de 25 de Junho de 1766, que apezar de ser suspensa pelo Decr. de 17 de Julho de 1778, deixou com tudo em seu vigor o §. 10, que sómente permite deixar aos Religiosos legados de alimentos vitalicios até certa quantia, e sendo deixados pelos Testadores a seus Filhos, Irmãos, Primos Co-irmãos, ou Sobrinhos Filhos de Irmãos, o que se confirmou, e declarou pelo Ass. de 21 de Junho de 1777.

Pelo §. 10. da L. de 9 de Setembro de 1769, que também se acha em seu vigor, se declarou que os Religiosos, e Religiosas que professarem, ficassem inteiramente excluidos, não só de serem herdeiros

ab-intestados, mas também das heranças paternas, e maternas, reputando-os como mortos pelo facto da profissão.

Pelo §. 21. da sobredita Lei, que tendo sido suspenso se instaurou pela Lei de 20 de Maio de 1796, se determinou, que todas as convenções, ou disposições *causa mortis*, ou *inter vivos* em que fosse instituído a alma por herdeira, sejam nullas, e de nenhum effeito.

O Ass. 1.^o de 29 de Março de 1770 declarou, que se deve julgar instituída a alma por herdeira, no caso de ser instituída por herdeira alguma Ordem, Irmandade, ou Corporação; o que se firmou, e declarou pelo Ass. 4. de 5 de Dezembro de 1770, sendo ultimamente declarado pelo Ass. de 21 de Julho de 1797.

E finalmente a respeito do Religioso egresso, ou secularizado, temos a Novissima Resolução (1) data-

(1) Sendo as Resoluções, no sentido exacto, as determinações em que o Principe resolve deferindo ás Consultas, que lhe fazem os Tribunaes, e sendo esta a accepção em que as tomamos neste lugar, porque, fallando geralmente, Resoluções são todas as determinações do Soberano, ninguem se atreverá a negar que as Resoluções fazem huma Lei para o caso de que trata a Consulta, porque são a vontade do Principe declarada a esse respeito, para que se guarde, e participada ao Tribunal que ha de deferir sobre o negocio, cuja participação faz as vezes de publicação; nem tão pouco haverá quem negue, que ellas são Leis geraes, e que fazem huma parte da nossa Jurisprudencia, para o que basta citar a Res. de 3 de Junho de 1615, que interpretou a Ord. Liv. 1. tit. 84. §. 12., e 14., a de 16 de Dezembro de 1754, que ampliou o §. 2. do Alv. de 7 de Fevereiro de 1752, a de 8 de Outubro de 1648, illustrando o Decr. de 30 de Abril de 1646, e outras muitas. Nas mesmas Cartas Regias, Alvarás, e Decretos se falla das Resoluções, como se ellas fossem parte da nossa Jurisprudencia, para o que basta citar, entre outros, o Decr. de 6 de Agosto de 1761, que suppõe estabelecido por huma Resolução o soldo dos Ajudantes supra dos Terços Auxiliares. Ellas são bem á semelhança dos Rescriptos dos Imperadores Romanos, que fizeram huma grande parte da Jurisprudencia Civil, e que ainda hoje se vem no Codigo de Justiniano,

da no Rio de Janeiro em 26 de Dezembro de 1809, que por se não achar impressa, e sómente registada no Liv. 24. do Registo dos Decretos da Casa da Supplicação a f. 45, a transcrevo aqui na fôrma que me foi dada por Certidão sobscripta pelo Guarda-mór da Supplicação Roberto Gonçalves Coelho aos 17 de Maio de 1813, em consequencia do competente despacho, ou mandado do Sr. Regedor.

Aviso.

O Principe Regente Nosso Senhor manda remetter a V. S. a cópia inclusa da sua Real Resolução de 26 de Dezembro de 1809, tomada em Consulta da Meza do Desembargo do Paço, datada de 25 de Agosto do dito anno, sobre o requerimento de Gonçalo Xavier Teixeira, Presbytero secularizado da Terceira Ordem da Penitencia, em que pedia o Regio Beneplacito para a execução de hum Rescripto da Santa Sede Apostolica, pelo qual se lhe permittia o poder herdar, e testar: E he servido que vendo V. S. o seu conteúdo, faça constar na Casa da Supplicação a sobredita Regia Resolução. Deos guarde a V. S., Palacio do Governo, em 1.º de Dezembro de 1812. João Antonio Salter de Mendonça. Senhor

ainda que os Imperadores os costumavão dar sobre quaesquer supplicas, e cartas dos Magistrados, Juizes, e particulares; quando as Resoluções dos nossos Principes são dadas sempre em resposta ás Consultas dos Tribunaes, que tem authoridade de consultallas, e se a materia envolve questões de facto, os Tribunaes procedem a informar-se dellas antes de as levar á presença do Soberano, e por isso tanto mais credito, e authoridade lhes devemos attribuir. Por tanto devemos concluir, que a sobredita Resolução constitue Lei geral para o caso de que se trata, muito principalmente á vista da intimação de que trata o Aviso junto, e que em consequencia se algum Religioso egresso quizer testar de seus bens, o não poderá fazer sem que obtenha huma licença expressa do Soberano, por se achar geralmente prohibido de herdar, e testar.

Chanceller da Casa da Supplicação, que serve de Regedor. Compra-se, e registe-se. Lisboa 4 de Dezembro de 1812. Como Regedor, *Salter.*

Resolução.

Havendo o Principe Regente Nosso Senhor mandado consultar pela Meza do Desembargo do Paço hum requerimento de Gonçalo Xavier Teixeira, Presbytero secularizado da Terceira Ordem da Penitencia, em que pedia o Regio Beneplacito para a execução de hum Rescripto da Santa Sede Apostolica, em que lhe permittia o poder herdar, e testar: A Meza depois de ter ouvido sobre este requerimento o Desembargador Procurador da Corôa, consultou ao mesmo Senhor, que não devia conceder o Regio Beneplacito a este Rescripto: Por quanto ficando o Supplicante pela Profissão Religiosa espiritualmente ligado ao seu voto, ficava ao mesmo tempo, e por esse mesmo facto ligado ao preceito das Leis do Reino, que o inhihem de herdar, e testar; e que supposto que a graça da secularização moderasse, ou relaxasse alguns effeitos do mesmo voto, não podia com tudo alterar os effeitos, e a sancção das Leis Civis, e meramente temporaes; devendo por tanto reputar-se hum tal Rescripto alcançado, ob, e subrepticamente; porque em quanto á faculdade *de herdar*, era esta não só opposta ás expressas Leis do Reino, e ao Direito por ellas estabelecido, e adquirido por terceiros na ordem das successões hereditarias, mas tambem aos Direitos da Corôa no caso de vacancia por falta de outros herdeiros; e que em quanto á faculdade *de testar*, com igual resistencia a outras Leis do Reino, ainda mais se oppunha aos Direitos da Corôa; porque não podendo o Convento succeder a este Supplicante depois de secularizado, e não poden-

do elle igualmente testar pela inibição legal, devia vagar para a Corôa a sua herança. Que aos Soberanos Imperantes pertencia conservar illesos os Direitos da Corôa, e a sua authoridade, mantendo o bem do Estado, e dos Vassallos, cujo socego, e felicidade depende da fiel observancia das Leis, que não podem ser derogadas, ou arguidas pelos Summos Pontífices em materia temporal, alheia da inspecção do Sacerdocio, esó propria, e privativa dos mesmos Imperantes. E tendo subido á Real presença esta Consulta, foi S. A. R. servido por Sua Real Resolução de 26 de Dezembro de 1809, tomada na Côrte do Rio de Janeiro, resolver *que não havia que deferir*. João da Silva Moreira Paizinho. Registado. Lisboa 5 de Dezembro de 1812 = Roberto Gonçalves Coelho. =

A' vista pois desta série de Legislação, que está em seu vigor, e d'outra qualquer que tenha relação para aqui, como o Alv. de 12 de Maio de 1778, que dispensou a L. de 9 de Setembro de 1769 a favor dos Cavalleiros de Malta para succederem *ab-intestado*, e por Testamento, no usufructo de quaesquer bens que não sejam da Corôa, ou de vinculo, he facil de vêr que as Corporações, Mosteiros, Irmandades, etc. não podem hoje succeder *ab-intestado*, nem ser instituidas herdeiras pelas expressas prohibições, que tem de adquirirem por este modo pelas sobreditas Leis; e por isso vemos que para haver de adirem algum legado, he necessario impetrar para isso Provisão Regia, que lhes conceda essa faculdade, a fim de evitar as fraudes, que por este titulo, e modo se podião fazer, quando aliás as Leis não são tão expressas a respeito dos Legados deixados ás Corporações, e só sim a respeito dos deixados ao Religioso, na fórma de §. 10. da L. de 25 de Junho de 1766. Devendo-se por tanto tirar por conclusão geral, que

os Mosteiros, e Corporações de mão-morta, os Religiosos, e ainda os egressos, ou secularizados, não podem herdar, nem testar; e que para poderem adquirir alguns bens, ou adir algum Legado, não sendo de alimentos vitalícios, deixados aos Religiosos pelos parentes, precisão de Licença Regia, succedendo sómente os Mosteiros aos Religiosos da sua Corporação, posto que a isto impropriamente se chame successão, por possuírem em commum, e não terem os membros da Corporação, ou Mosteiro cousa propria, e como sua, e que os bens que tiver adquirido o Religioso secularizado cedem para a Corôa (1).

Tendo porém entrado em duvida se as Leis citadas, e que prohibem a todas as Corporações, Ordens, Igrejas, e Mosteiros adquirir bens de raiz, comprehendem ou não as Irmandades do Santissimo Sacramento, e as Misericordias; por isso que pela Provisão de 13 de Fevereiro de 1770, e Alv. de 20 de Julho de 1793, quanto ás Irmandades do Santissimo, se ordenára, que se não admittissem denuncias dos bens que estas possuissem; e quanto ás Misericordias, que pelo 2.^o Alv. de 31 de Janeiro de 1775 se permittio dispôr de alguns bens a favor da Misericordia de Lisboa, e dos Hospitaes della, e Decreto de 15 de Março de 1800, que mandou pôr silencio nas Causas de Denuncias sobre os bens que possuião as Casas de Misericordia, e Hospitaes, deve-

(1) Veja-se a Nota 2. a pag. 87. deste Trat. onde fica desenvolvido o Direito estabelecido na Reg. Res. cit. de 26 de Dezembro de 1809, que se deve entender sómente a respeito dos Religiosos egressos, e não dos que annullarão os votos da sua profissão; porque estes podem herdar e testar, bem como os mesmos Religiosos Egressos, huma vez que obtenhão Bulla Pontificia de dispensa, com o competente Beneplacito Regio, que dispensa as Leis civis, e canonicas, de que se acha exemplo nas Res. de 28 de Julho de 1817, e 28 de Setembro de 1825.

mos também soltar semelhante duvida á vista da Legislação existente.

Sendo certo, que os Soberanos de Portugal em todos os tempos fundarão muitas Misericórdias, e Hospitaes, e protegêrão particularmente outras que os Fieis havião fundado, especialmente depois que em Lisboa no mez de Agosto de 1498 foi fundada a Misericórdia pela Senhora Rainha D. Leonor, á imitação da qual se fundarão outras quasi em todas as Villas de Portugal, que forão tomadas debaixo da protecção Regia de tal modo, que até prohibirão os Soberanos que dellas conhecessem não só os Prelados Ecclesiasticos, mas os seus mesmos Ministros, como se vê da Extravag. de 2 de Março de 1568, §. 8., fonte da Ord. Liv. 1. tit. 62. §. 42.; não he menos certo, que apesar desta protecção, sempre as Misericórdias forão consideradas como Corpos de mão-morta, entrando na regra geral das mais Corporações para o effeito da aquisição de bens sem Regia Licença.

He isto o que se deduz do cit. Alv. de 31 de Janeiro de 1775, que se explica assim: = *Por quanto entre os bens deixados, ou doados á sobredita Misericórdia (de Lisboa), e Hospitaes della, póde haver alguns que se não possam reter sem faculdade Minha: Para os possuirem por mais tempo do que o determinado pela Lei do Reino: Hei por bem (por puros movimentos da Minha Regia Piedade) que possam conservar no seu Dominio: Primeiramente Padroões de juro em qualquer dos Almoxtarifados, e Alfandegas destes Reinos: Em segundo lugar propriedades de casas na Cidade de Lisboa. . . . E ordeno que sendo vendidos dentro do anno e dia todos os mais bens de raiz de outra natureza, se empreguem os productos delles em terrenos da mesma Cidade. . . . {Pelo que pertence porém a todas as sobreditas novas, e futuras*

acquisições, se me pedirão para tomadas, e cada huma dellas novas Licenças pela Meza do Desembargo do Paço, para mas Consultar. Palavras estas de que se prova, que as Misericordias estão sujeitas ás Leis da Amortização, bem como as mais Corporações.

Havendo porém omissão nos Administradores de semelhantes Casas sobre a retenção dos bens, e falta de Regia Licença para os possuirem, e multiplicando-se as Denuncias a respeito delles, veio o Decreto de 15 de Março de 1800, que pelos attendiveis, e louvaveis motivos, que nelle se expressão, *incorporou na Real Corôa os Padrões, e mais bens de raiz, livres, ou vinculos, que possuíão contra a prohibição das Leis as Casas da Misericordia, e Hospitaes; e da administração destes bens, assim incorporados na Corôa, fez Mercê S. M. ás ditas Casas, com as declarações nelle expressas; impondo perpetuo silencio nas Causas de Denuncias, que não estivessem julgadas.* a

Por outros iguaes motivos de Religião, e Piedade, já tinha S. M. pelo Alv. de 20 de Julho de 1793 *exceptuado, como fica dito, da sanção das Leis, que prohibem em geral debaixo da pena de Commissão, a retenção, e Administração dos bens immoveis, Capellas, e Juros Reaes, as Irmandades do Santissimo Sacramento, prohibindo a admissão de Denuncias dos bens possuidos por estas.*

Porém entrando em duvida se esta prohibição se estendia aos bens adquiridos depois deste Alv., ou se tratou sómente dos que possuissem até alli, appareceo a Res. de 4 de Dezembro de 1802 (que se imprimio em 20 de Março de 1820), *que declarou que o sobredito Alv. de 1793 se não devia entender a respeito de novas, maiores, e illimitadas acquisições, ainda que sejam em beneficio das Misericordias, para dotes de Orfãs, criação dos Expostos, sustento de Enfermos, e esmólas para pobres; por isso que a L.*

de 20 de Maio de 1796, que instaurára o §. 21. da L. de 9 de Setembro de 1769, não exceptuára encargos alguns; tendo-se já resolvido pela Res. de 26 de Junho de 1801, que se devião observar literalmente as Leis estabelecidas, e existentes, não seguindo praticas, nem usos, ou estilos em contrario, como a respeito dos vinculos tinha declarado a Res. de 3 de Novembro de 1801.

E finalmente temos a L. de 18 de Outubro de 1806 no §. 2. que diz = *Hei por bem confirmar a Mercê que fiz ás Misericordias pelo Decreto de 15 de Março de 1800, para conservarem os bens, e Capellas de que estavão de posse, até á data do mesmo Decreto, não obstante as Leis, que prohibem a amortização. Esta graça porém se não estenderá a novas acquisições sem expressa Licença Minha, nem ainda para aquellas, em que já anteriormente á referida data tinham vocação, legado, ou contracto; porém de que ainda não tinham posse natural. Deverão com tudo as pessoas, que compõem o Governo das Misericordias requerer-me a Licença nos casos occurrentes; e a Meza do Desembargo do Paço mas poderá consultar, havendo justa causa para se conceder, e tendo as Misericordias menos rendas do que for necessario para a satisfação dos seus encargos, e justas applicações* = e no §. 3. diz = *Ficará por esta Mercê, que fiz ás Misericordias de as relevar do Commissio, em que tinham incorrido para a Minha Corôa muitos dos seus bens, etc.*

Quem não vê pois, que á vista desta série de Legislação as Misericordias, e Irmandades do Santissimo, Hospitaes, e mais estabelecimentos pios, estão sujeitos ás Leis geraes da Amortização, e muito principalmente da clara expressão deste providentissimo ultimo Alvará?

Pela razão louvavel dos Soberanos terem muitas

vezes relevado do Commissio os bens, que possuião estas Corporações, não se segue que ellas estejam izentas da Lei geral da Amortização, nem que depois de semelhante Mercê fiquem habilitadas para fazer novas aquisições sem a necessaria Regia Licença, expedida pelo Tribunal competente da Meza do Desembargo do Paço; como tem acontecido com as Corporações Regulares, ou Ordens Religiosas, que pelo Avis. de 22 de Julho de 1790 *se prohibio até nova Ordem expedirem-se pelo Desembargo do Paço Alvarás de Mercê sobre bens que estas possuissem, e fossem denunciados, e dispensando-se ultimamente, pelo Decreto de 16 de Setembro de 1817, as Leis da Amortização sobre os bens, que possuissem na data deste; ficando com tudo para o futuro em observancia as mesmas Leis, e prohibição de alienar, ou adquirir, herdar, ou succeder, tanto para as Ordens em commum, como para os seus individuos, e ficando sem effeito as Denuncias, em que não tivesse havido Sentença passada em julgado.*

CAPITULO XLIII.

Da computação dos grãos de parentesco para as Successões, e a que grãos deste se entende passada a posse natural com effeitos de civil.

SENDO ordinariamente deferidas as successões aos parentes mais proximos, he importante o conhecer bem os grãos de parentesco para saber a quem se deve adjudicar huma successão, quando he contestada entre muitos parentes; cujo conhecimento he tambem muito necessario para se saber entre que pa-

rentes são prohibidos, ou permittidos os casamentos.

Dois são os modos de contar os grãos de parentesco, que he por Direito Civil, e Direito Canonico. Em hum e outro Direito o parentesco he composto de duas linhas; a saber, directa, e collateral; aquella comprehende todos os descendentes, e todos os ascendentes, esta os collateraes, isto he, todos os que não são descendentes, ou ascendentes, como Irmãos, Tios, etc. Na linha recta se contão os grãos do mesmo modo, tanto por Direito Civil, como por Direito Canonico; e nesta he facil de computar os grãos, porque depende de hum a só regra, e he contando tantos grãos quantas são as pessoas da geração, exceptuando hum individuo; e assim o Pai, e o Filho fazem o primeiro grão, porque não ha senão duas pessoas, das quaes he preciso tirar hum a: o Avô, e o Neto fazem o segundo grão, porque ha tres pessoas; a saber, Avô, Neto, e Pai, que está no meio: o Bisavô, e Bisneto fazem o terceiro grão, e assim por diante contando por gerações, porque cada geração faz hum grão.

Para contar os grãos na linha collateral he preciso, por Direito Civil, procurar de ambas as partes o tronco commum donde descenderem os parentes de que se quer saber o grão, e contar tantos grãos quantas pessoas ali se acharem, á excepção daquella que faz o tronco commum que nunca se conta; e daqui vem que por Direito Civil não ha primeiro grão na linha collateral, porque para se saber em que grão estão dois Irmãos entre si, se vem tres pessoas; a saber, os dois Irmãos, que fazem o segundo grão, e o Pai, que por ser o tronco principal se não conta. Se se quer saber o grão do Tio, e Sobrinho, he preciso ir procurar o Avô do Sobrinho, que he o Pai do Tio, e seu tronco commum, e se acharão tres

pessoas sem contar este tronco commum; por consequencia o Tio, e o Sobrinho estão no terceiro gráo. O Avô he tambem o tronco commum dos Primos carnaes; e para chegar a elles por ambos os lados, se achão quatro grãos, sem o contar, o que faz que os Primos carnaes, ou germanos estão em quarto gráo; cujos exemplos servem para os mais grãos.

Para contar porém os grãos, segundo o Direito Canonico, na linha collateral, he preciso observar duas regras: = 1.^a Que se aquelles de que se procura o gráo estão igualmente distantes do tronco commum, he preciso contar tantos grãos entre elles, quantos ha de hum delles ao tronco commum; assim dois Irmãos estão no primeiro gráo, porque cada hum delles não está mais distante do Pai commum que hum gráo: os Primos carnaes, ou Filhos de Irmãos estão no segundo gráo, porque cada hum delles está distante dois grãos do Avô, que he o tronco commum: = 2.^a regra: Que se aquelles de que se quer saber o gráo não estão igualmente distantes do tronco commum, então he preciso contar os grãos daquelle que está mais distante, assim o Tio, e o Sobrinho estão no segundo gráo, porque o Sobrinho está distante dois grãos de seu Avô, Pai do Tio, que não tem de distancia senão hum gráo: o Filho do Sobrinho está distante tres grãos de seu Bisavô, Pai do Tio irmão do Avô; e por consequencia estão elles no terceiro gráo, e assim por diante.

Com tudo, quando os grãos são designaes, para melhor explicar o parentesco se contão algumas vezes os dois lados, e assim se diz, por exemplo, que o Tio, e o Sobrinho estão de primeiro a segundo gráo, e que o Filho do Sobrinho, e o Tio irmão do Avô são parentes a terceiro gráo.

A' vista do exposto já se vê a quem se deve adjudicar a successão ab-intestado, tendo em vista as

cinco ordens de successão estabelecidas no Cap. 42. §§. 1., 2., 3., 4., e 9., o que tudo se deve entender a respeito dos bens allodiaes, e livres, em que se comprehendem tambem os moveis; porque a respeito da successão dos bens da Corôa, dos bens Emphyteuticos, e dos Morgados se tratou nos §§. 6., 7., e 8. do mesmo Cap.

E resta sómente notar a explicação que fez o Assento de 15 de Fevereiro de 1786 sobre a disposição do Alvará de 9 de Novembro de 1754, que manda que as posses nos casos expressos no mesmo Alvará fiquem transmittidas ás pessoas, que a referida Lei contempla com toda a força de tomada corporal, e civilmente; pois duvidando-se até que gráo de parentesco se devia estender a disposição da sobredita Lei sobre a transmissão da posse natural com força de civil nos herdeiros *ab-intestado*, se decidio por aquelle Assento: = Que sendo a herança de bens allodiaes na linha directa dos Descendentes, ou Ascendentes, se estendia o parentesco para a transmissão da posse *in infinitum* a todos os grãos; e na linha collateral, além dos Irmãos, e Filhos dos Irmãos, aos mais proximos parentes até o decimo gráo, contado segundo o Direito Civil, que tiverem hum direito certo, e indubitavel á herança do defunto a que devão succeder *ab-intestado*, porque todos se reputão herdeiros legitimos: Que sendo de bens de Morgado na linha descendente, não póde deixar de comprehender a Lei o Neto, o Bisneto, o terceiro Neto, e os mais seguintes, os quaes são indubitavelmente chamados pelas Leis do Reino para a successão dos Morgados; e na linha collateral, além do Irmão, e Sobrinho por identidade de razão, e força de comprehensão, se deve estender a disposição da Lei ao parente notoriamente mais proximo do ultimo Administrador, sendo do sangue do Instituidor, ou o

que tiver hum parentesco proximo, e indubitavel com hum dos dois, vindo todos pela mesma linha por onde vem o Morgado, por se mostrarem igualmente chamados pela Ord. Liv. 4. tit. 100. §. 2., o fin. para a successão dos bens vinculados, e mais razões que expressa o sobredito Assento.

Que em quanto aos Prazos, sendo de vidas, faltando a nomeação na primeira, e segunda, faz a Lei transmissivel a posse delles ás pessoas chamadas pelas Leis destes Reinos, as quaes se entendem ser em primeiro lugar os Descendentes na conformidade da Ord. Liv. 4. tit. 36. §. 2.: Em segundo lugar os Ascendentes pela mesma ordem, segundo a mente, e contexto do §. 4., que prefere a estes os Filhos naturaes, e só na falta dos referidos Ascendentes chama ao Filho espurio, sendo legitimado pelo Principe em tal fórma que possa succeder ab-intestado, e não d'outra maneira: Em terceiro lugar os transversaes, em quanto os houver, a respeito dos prazos que forem de Corporações, ou de pessoas que não podem consolidar hum e outro dominio; e a respeito das que forem aptas para a consolidação, se entendem chamados os parentes até o quarto gráo, contado segundo o Direito Canonico, tudo em perfeita execução do §. 26. da L. de 9 de Setembro de 1769, que ficou em seu vigor pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

CAPITULO XLIV.

Dos grãos de successão ab-intestado conforme ao Direito das Nações mais vizinhas, e policiadas.

TENDO-SE mostrado até aqui quaes sejam os grãos de successão, que temos adoptados em o nosso Foro,

para por elles deferir as heranças *ab-intestado*, e o modo de computar estes grãos, em conformidade quasi tudo com o Civil Romano, cumpre, para maior illustração desta materia, fazer huma breve exposição do Direito estabelecido a semelhante respeito em as Nações vizinhas, e mais cultas; por ser muitas vezes necessario saber-se em o Foro Portuguez, e não termos até agora quem tomasse a si esta empreza.

§. 1.^o *Direito de Hespanha.*

E principiando pelo *Direito de Hespanha*, como Nação mais vizinha, temos, que por este Direito, estabelecido no L. 1. tit. 13. Part. 6. se póde morrer *ab-intestado* por quatro modos: = 1.^o Se o que morre não fez Testamento: = 2.^o Se o não fez perfeitamente: = 3.^o Se se rompeo pelo nascimento de hum Filho posthumo, ou por arrogação, ou adopção do Testador: = 4.^o Se o herdeiro escripto repudiou a herança; o que concorda com a L. 1. tit. 4. Liv. 5. e L. 12. tit. 8. *cod.* da Recopil.

Que tres são os grãos de parentesco: a saber Ascendentes, Descendentes, e Collateraes, ou transversaes. L. 2. tit. 13. Part. 6., e L. 5. tit. 7. Liv. 5. da Recopil.

Nesta conformidade, bem como acontece entre nós, morrendo o Pai ou Avô sem Testamento, vem a succeder-lhe o Filho, ou Neto, preferindo sempre o mais proximo em grão; porém se o defunto deixa Filho, e Neto de outro Filho já fallecido, succede com o filho o Neto em lugar de seu Pai; e se são muitos Netos, não tem mais que a parte, que seu Pai teria se vivesse; mas se hum Filho tiver hum Neto, e outro Filho muitos, tanto terá aquelle hum, como os muitos. L. 3. tit. 13. Part. 6., e L. 1. 5. tit. 8. Liv. 5. da Recopil.

Morto o Descendente, isto he o Filho, ou Neto, sem Testamento, succede o Pai, e a Mãi juntamente com os Irmãos do defunto por cabeças; e se não tem Irmãos, succedem os Pais; faltando estes, são admittidos os Avós por huma e outra linha; e tanto terá hum Avô se he só por sua parte, como os dois pela outra; e os Ascendentes succedem com os Irmãos por cabeças, e o mesmo acontece com os Filhos dos Irmãos, L. 4. tit. 13. Part. 6.; porém pelas L. 1. e 4. tit. 8. Liv. 5. da Recopil. se corrigio esta Legislação, mandando, que os Irmãos não herdassem juntamente com os Pais, mas só estes; como foi regulado tambem pelo nosso Direito, já apontado.

Porém á successão do Irmão são chamados os Irmãos com os Filhos de outros Irmãos já fallecidos por estirpes; porém se não vive algum dos Irmãos, succedem os Filhos dos Irmãos por cabeças; mas preferem-se os Irmãos conjunctos de hum e outro Pai defunto, ou seus Filhos, tanto aos outros Irmãos de Pai, ou Mãi, como aos Filhos destes Irmãos. L. 5. tit. 13. Part. 6., e L. 12. tit. 8. Liv. 5. da Recopil.

Se o defunto tem Irmão por parte do Pai e outro por parte da Mãi, cada hum'delles succede em os bens, que por sua linha provierão ao defunto: em os adquiridos de outra maneira succedem por igual; porém não existindo Irmão, succede o parente mais chegado até o decimo gráo; e não o havendo succede o consorte; e se não ha conjuge, o Fisco. L. 6. tit. 13. Part. 6., L. 6. tit. 4. Liv. 5., e L. 12. tit. 8. Liv. 5. da Recopil.

Se se contrahe publicamente matrimonio sem dote, e a mulher não tem depois da morte do marido de que viva honestamente, succede ao marido, ainda que tenha Filhos, em a quarta parte, com tanto que ella não exceda a mais de cem libras d'ouro; porém

se tem de que viver, não succede, nem herda ao marido. L. 7. tit. 13. Part. 6., L. 3. 4. e 5. tit. 2., e L. 5. e 6. tit. 9. Liv. 5. da Recopil.

Se o defunto não tem Descendentes, nem Ascendentes, succede o Filho natural da Concubina na sexta parte, que se ha de dividir igualmente com sua Mãi; porém em sua vida, ou em Testamento bem póde o Pai doar-lhe todos os seus bens: mas se tem Filho legitimo, tão sómente lhe póde dar hum onça, ou parte de doze; se tão sómente tem Ascendentes, deixando a estes a legitima da herança (que he a terça parte) póde deixar o resto ao Filho natural; e se o Pai se não lembrou delle, está o herdeiro obrigado a alimentallo. L. 8. tit. 13. Part. 6., L. 1., 8., e 9. tit. 8., L. 11. tit. 6., e L. 7. tit. 3. Liv. 5. da Recopil.

A mulher do defunto não impede, que o Filho natural succeda a seu Pai em duas partes da herança, por isso que nascendo antes do consorcio lhe não faz prejuizo, nem o que se havia de tirar ao Filho natural se havia de applicar á mulher. L. 9. tit. 13. Part. 6., L. 1., 7., e 8. tit. 3. do Liv. 5. da Recopil.

O Pai não póde dar ao Filho nascido de damnado coito, isto he incestuoso, ou adulterino, nem *inter vivos*, nem *mortis causa*; e se o faz, podem os Irmãos legitimos, ou Tios, ou Avós revoga-lo, não sendo confirmado pelo Rei; e se o não reclamão dentro de dois mezes, ou não ha quem reclame contra semelhante doação, pertence ao Rei. L. 10. tit. 13. Part. 6., e L. 7. tit. 8. Liv. 5. da Recopil.

Como a Mãi sempre he certa, os Filhos espurios são admitidos com os legitimos á successão, excepto os incestuosos tidos de parentes dentro do quarto gráo, ou de damnado coito, ou sendo a mulher de nobre linhagem, a quem não succede o espurio com os legitimos. L. 11. tit. 13. Part. 6. corrigida pela

L. 7. tit. 8. L. 5. da Recopil., que he a 9. do Foro, segundo a qual, havendo Filhos legitimos, não succedem os naturaes.

Morrendo o Filho natural *ab-intestado*, sem Filhos, e Mãe, succedem os Irmãos por parte da Mãe, excluidos os Irmãos por parte do Pai tão sómente; porém não havendo Irmãos uterinos, ou da parte da Mãe, succedem os Irmãos consanguineos, ou da parte do Pai sómente, aos quaes se prefere o que delles fôr legitimo, e natural. Não tem porém os Filhos naturaes direito de succeder *ab-intestado* aos legitimos, nem aos consanguineos por parte do Pai tão sómente; mas sim aos parentes por parte da Mãe. L. 12. tit. 13. Part. 6., e L. 1., 7., e 8. Liv. 5. da Recopil. Veja-se o Viscaín. Perez. Tom. 1. pag. 243., e a pag. 80., onde traz hum a Arvore genealogica, com as regras sobre a computação dos grãos, de que podemos usar.

§. 2.º *Direito de França.*

Pelo Direito moderno de *França*, as successões são deferidas tambem: = 1.º Aos Filhos, e Descendentes do defunto: = 2.º Aos Ascendentes: = 3.º Aos seus parentes collateraes. Art. 731. do Cod. Civ.

Pelo mesmo Direito, em conformidade do Romano, para se regular a successão, não houve contemplação com a natureza, nem com a origem dos bens. Art. 732. do Cod. Civ. (1)

(1) Note-se porém, que o posterior estabelecimento dos Morgados a favor dos Filhos mais velhos dos Dignitarios do Imperio, pelo Senatus-Consulto de 14 de Agosto de 1806, veio a fazer hum excepção da regra geral estabelecida no cit. Art. do Cod. Civ., e que os dois Decretos do 1.º de Março de 1808, relativos aos Titulos de *Duque*, *Conde*, *Barão*, e *Cavalleiro*, estabelecerão, que os bens, que formão os Morgados, são inalienaveis, e que não podem ser empenhados, ou penhorados; que os Titulares os não podem vender, dar, ou alienar;

Toda a successão se divide por ametade entre os parentes paternaes, e maternaes. Os parentes uterinos, ou consanguineos não são excluidos pelos germanos, mas elles não tomão parte senão em sua linha (salvo o que dispõe o Art. 752.); porém os germanos tomão parte em ambas as linhas; e nunca se faz devolução de huma linha para outra, senão quando já não existir algum Ascendente, nem collateral de huma das duas linhas. Art. 733. do Cod. Civ. (1)

A proximidade da parentela, pelo mesmo Direito, se estabelece pelo número das gerações; e cada geração se chama hum gráo. Art. 735. do Cod. Civ.

Na linha directa contão-se tantos grãos, como ha de gerações entre as pessoas; assim se o Filho está a respeito do Pai em primeiro gráo, o Neto está em segundo, e reciprocamente do Pai, e do Avô a respeito dos Filhos, e Netos. Art. 737. do Cod. Civ., seguindo nesta parte ao Direito Civil, e não ao Canonico.

E fazendo differença entre linha *directa*, e linha *collateral*, chamando áquella a serie dos grãos entre as pessoas, que descendem huma da outra na fôrma do Art. 736.; e a esta a serie dos grãos entre pessoas, que não descendem humas das outras, mas que descendem de hum Author commum (Art. cit., e como já vimos pelo nosso Direito), elles distinguirão ainda outra linha, que chamarão *paternal e maternal*.

E assim os parentes da linha paternal são aquel-

e que se a descendencia masculina, e legitima se acaba, ficão os bens livres a favor de outros herdeiros, como se pôde vêr em Martin, *Traité des Successions*. T. 1. pag. 301.

(1) Quer dizer, que ametade da successão deferida pela Lei á linha paternal, ou maternal, não he devolvida á outra linha, senão quando não ha em alguma das linhas algum parente capaz de succeder até o decimo segundo gráo; porque além deste gráo não succedem. Art. 756 do Cod. Civ.

les, que se achão parentes do defunto da parte de seu Pai; e os da linha maternal, os que se achão parentes do defunto por parte de sua Mãe.

Em vista do estabelecido, formão as seguintes regras: = 1.^a Que toda a successão se divide em duas partes iguaes, huma para os parentes da linha paterna, e outra para os parentes da linha materna. Art. 733. do Cod. Civ. = 2.^a Que os parentes uterinos, ou consanguineos não são excluidos pelos germanos, como fica dito: = 3.^a Que se não faz devolução de huma linha para outra, senão quando já não ha Ascendentes nem collateraes de huma das linhas, como tambem já se notou.

Sobre a *representação*, que segundo o Art. 739. he huma ficção da Lei, cujo effeito he fazer entrar os representantes em o lugar, gráo, e direitos do representado, estabelecêrão as seguintes regras:

1.^a A representação tem lugar em a linha directa descendente até o infinito. Art. 740.

2.^a A representação he admittida, seja concorrendo os Filhos de hum defunto com os Descendentes d'outro Filho já morto; seja no caso de todos os Filhos do defunto terem morrido antes deste, e se achem Descendentes dos sobreditos Filhos em grãos iguaes, ou desiguaes, Art. 740. Porém na linha collateral a representação he admittida em favor dos Filhos, e Descendentes dos Irmãos, e Irmãs do defunto, ou elles concorrão á successão com os Tios, ou Tias, ou por terem fallecido todos os Irmãos, e Irmãs do defunto a successão se ache devolvida a seus Descendentes em grãos iguaes, ou desiguaes. Art. 742. do Cod. Civ.

Em todos os casos em que he admittida a representação, se faz a divisão por tronco, ou *stirpes*: se hum mesmo tronco tiver produzido muitos ramos, a subdivisão se faz tambem por tronco em cada ramo;

e os membros do mesmo ramo dividem entre si *per capita*, isto he, conforme as cabeças. Art. 743. Cod. Civ. (1)

Successão deferida aos Descendentes.

Os Filhos, ou seus Descendentes succedem a seu Pai, e Mãe, Avôs, Avós, e outros Ascendentes sem distincção de sexo nem de primogenitura, e ainda que sejam tidos de differentes casamentos. Elles succedem por iguaes porções e por cabeça, quando estão todos no primeiro grão; e succedem pelo tronco, ou *stirpes*, quando vem todos, ou em parte pela representação. Art. 745. do Cod. Civ.

Successão deferida aos Ascendentes.

Se o defunto não deixa posteridade, ou descendencia, nem Irmão, ou Irmã, nem Descendentes destes, a successão se divide por ametade entre os Ascendentes da linha paternal, e os Ascendentes da linha maternal; e o Ascendente, que se acha em grão mais proximo, recolhe a metade pertencente á sua linha, com exclusão de todos os outros. Art. 746. do Cod. Civ.

Os Ascendentes succedem com exclusão a todos os outros herdeiros nas cousas por elles dadas a seus Filhos, ou Descendentes, que morrem sem descendencia; e quando não existão essas cousas, devem receber o preço; bem como succedem na acção que podia ter o Donatario. Art. 747. do Cod. Civ.

(1) Os exemplos de similhantes divisões formados em Arvores genealogicas podem-se vêr no citado Martin, *Traité des Successions*, T. 1. pag. 326. e seg.

Successão dos Collateraes.

No caso de morrer primeiro o Pai, e Mãe de huma pessoa que fallece sem descendencia, seus Irmãos, Irmãs, ou seus Descendentes são chamados á successão, com exclusão dos Ascendentes, e dos outros collateraes; e succedem, ou por si, ou pela representação (conforme o que está regulado pelos Art. 739. e seg. do Cod. Civ.). Art. 750. do Cod. Civ. (1)

Se o Pai, e Mãe da pessoa morta sem descendencia lhe tem sobrevivido, seus Irmãos, Irmãs, ou seus representantes não são chamados senão a ametade da successão; e se o Pai, ou a Mãe sómente tem sobrevivido, são chamados a recolher os tres quartos. Art. 851. do Cod. Civ.

A divisão da ametade, ou dos tres quartos devolvidos aos Irmãos, ou Irmãs, nos termos do precedente artigo, se faz entre elles por iguaes porções, se elles são todos da mesma cama; se porém são de differentes camas, a divisão se faz por ametade entre as duas linhas paternal, e maternal do defunto; os germanos tomão parte em as duas linhas, e os uterinos consanguineos cada hum em sua linha sómente; e finalmente se não ha Irmãos, ou Irmãs senão de huma parte, elles succedem em a totalidade, com exclusão de todos os outros parentes da outra linha. Art. 752. do Cod. Civ.

Na falta de Irmãos, ou Irmãs, ou Descendentes delles, e na falta de Ascendentes de huma e outra linha, a successão se defere por ametade aos Ascendentes, que sobrevivem, e a outra ametade aos pa-

(1) Quem quizer vêr doze exemplos de similhantes divisões, veja o eit. Martin, Tom. 1. pag. 388. e seg.

rentes mais proximos da outra linha. Art. 753. do Cod. Civ.

E se concorrem parentes collateraes no mesmo gráo, a dividem por cabeças. cit. Art.

No caso do precedente artigo, o Pai, ou a Mãe que sobrevive, tem o usufructo do terço dos bens, em que não podem succeder em propriedade. Art. 754. do Cod. Civ.

Os parentes além do duodecimo gráo não podem succeder; mas na falta de parentes em hum gráo capaz de succeder succedem em tudo os parentes de outra linha. Art. 755. do Cod. Civ.

Successões irregulares.

As successões irregulares são deferidas: = 1.º Aos Filhos naturaes reconhecidos por seu Pai, e Mãe: = 2.º Na sua falta ao conjuge, que sobrevive, não divorciado: = 3.º Na falta do conjuge ao Estado.

Os Filhos naturaes não são herdeiros: a Lei não lhes dá direito sobre os bens de seus Pais fallecidos, senão quando elles tem sido legalmente reconhecidos; e sobre os bens dos parentes de seus Pais, e Mães lhes não dá direito. Art. 756. do Cod. Civ.

O direito do Filho natural aos bens de seu Pai, ou Mãe fallecidos he regulado da maneira seguinte:

Se o Pai, ou a Mãe tem deixado Descendentes legitimos, este direito he de hum terço da porção hereditaria, que o Filho natural teria tido se elle fosse legitimo: elle he da ametade quando o Pai, ou Mãe não deixão Descendentes, mas sim Ascendentes, ou Irmãos, ou Irmãs; e elle he de tres quartos quando o Pai, ou Mãe não deixão nem Descenden-

tes, nem Ascendentes, nem Irmãos, ou Irmãs. Art. 757. do Cod. Civ. (1)

O Filho natural tem direito á totalidade dos bens quando seu Pai, ou Mãe não deixão parentes em gráo succedível. Art. 758.

E no caso de morrer primeiro o Filho natural, seus Filhos, ou Descendentes, podem reclamar os direitos fixados pelos artigos precedentes. Art. 759. (2)

As disposições dos Artigos 757. e 758. não são applicaveis aos Filhos adulterinos, e incestuosos; pois que a Lei lhes não concede senão alimentos (Art. 762. do Cod. Civ.), regulados segundo as faculdades do Pai, e da Mãe, e numero, e qualidade dos herdeiros legitimados. Art. 763.

Quando o Pai, ou Mãe do Filho adulterino, ou incestuoso lhe tiverem feito ensinar alguma arte mechanica, ou quando algum delles lhe tiver satisfeito alimentos em sua vida, o Filho não poderá intentar alguma reclamação contra sua successão. Art. 764.

A successão do Filho natural, morto sem descendencia, se devolve ao Pai, ou Mãe, que o tiver reconhecido; ou por ametade para cada hum delles, se tiver sido reconhecido por ambos. Art. 765.

No caso porém de morrer primeiro o Pai, e Mãe do Filho natural, os bens que elle tivesse recebido passam aos Irmãos, ou Irmãs legitimados, se se achão em especie na successão; e se não existem, as acções, ou o preço dos bens alienados. Todos os outros bens passam aos Irmãos, ou Irmãs naturaes, ou seus Descendentes. Art. 766.

Quando porém o defuncto não deixa parentes em gráo succedível, nem Filhos naturaes, os bens de

(1) Veja-se Martin. cit. T. 1. pag. 453. e seg.

(2) De que modo, e quando devem conferir os Filhos naturaes o que receberão de seus Pais, vejão-se os Art. 760. e 761. do Cod. Civ.

sua successão pertencem ao conjuge não divorciado, que lhe sobrevive. Art. 767.

E na falta de conjuge succede o Fisco, ou Thezouro do Estado. Art. 768.

Resta finalmente fazer aqui menção do Decreto de 14 de Julho de 1819, de que já fizemos menção a pag. 82. nota, pelo qual em *França*, revogando os Art. 726. e 912. do Cod. Civ. se facultou aos Estrangeiros o direito de herdar, testar, e receber heranças nos mesmos termos que os Francezes em toda a extensão do Reino; e no caso de huma herança haver de repartir-se entre coherdeiros Estrangeiros, e Francezes, se adjudicarão a estes dos bens situados em França huma parte de igual valor, que os bens situados em Paizes Estrangeiros, de que sejam excluidos por qualquer titulo que fôr, em virtude das Leis, e Costumes de París. (1)

§. 3.º *Direito da Prussia.*

Consultando agora o *Direito* estabelecido pelo novo *Codigo dos Estados da Prussia*, achamos na 2.ª Part. tit. 2.º Sec. 5., que trata da herança deferida aos Filhos, e outros parentes em linha descendente, o seguinte:

Art. 271. Os Direitos dos Filhos sobre a successão de seus Pais serão regulados por contractos, ou na sua falta, por disposições testamentarias, ou não existindo estas, por Estatutos ou Leis Provinciaes.

Art. 272. Se os Estatutos ou Leis Provinciaes não contiverem disposições, ou se ellas forem insufficientes, se procederá na conformidade dos regulamentos seguintes.

(1) Póde vêr-se na Gazeta Portugueza de 1819, N.º 200.; e note-se que pela Convenção de 21 de Abril de 1778, feita entre Portugal, e França, se tinha já abolido mutuamente o *Direito d'Aubaine*.

Art. 273. Primeiro que tudo os Feudos, os Fideicomissos (ou Morgados) e outras partes de bens, que, segundo as Leis, ou convenções de famílias, pertencem a huma ordem de successão particular, serão separadas da successão, na conformidade do tit. 1. Art. 502. até 539.

Art. 274. Se existe hum Esposo vivo, seus próprios bens lhe serão restituídos, conforme os regulamentos do tit. 1. Art. 544. e seg.

Art. 275. Se o Pai fallecido tiver tido a administração dos bens proprios dos Filhos, cada hum destes deve levar de mais, como divida da successão, o que lhe pertence.

Em a separação dos bens dos Filhos á cerca da successão paternal, se devem ter em vista os principios estabelecidos em o tit. 1. Art. 544. e seg. (1)

O que se estabelece pelos Art. 383. e seg. sobre a faculdade dos Pais disporem dos seus bens relativamente a seus Filhos se não entende a respeito da legitima destes, que segundo o Art. 392. he, quando não ha senão hum ou dois Filhos, de hum terço; da ametade quando ha tres ou quatro; e de dois terços quando ha mais de quatro Filhos.

Herança dos Descendentes.

Depois de tirados todos os bens, que não pertencem á herança, todos os Filhos tidos do casamento da mão direita, são chamados a recolher o resto a titulo de herança, Art. 300. do tit. 2.; e herdão os bens de seus Pais em porções iguaes. Art. 302.

Porém a successão he repartida entre os Filhos, ou parentes proximos até o sexto gráo na falta des-

(1) Vejo-se os Art. 277. e seg. do tit. 2., Part. 2., sobre a separação dos bens dos Filhos.

tes, e o esposo que sobrevive. Art. 621. e 622. do tit. 1. P. 2.

E se o defunto deixa parentes em a linha descendente, o Esposo que sobrevive não he herdeiro senão do quarto da herança. Art. 623. do tit. cit.; e se ha mais de tres linhas de descendentes, o Esposo que sobrevive não herda senão huma parte de hum Filho. Art. 624. do tit. cit. (1)

Os Netos, e seus Descendentes de grãos ulteriores herdão segundo as linhas, por que descendem do Testador. Art. 348. do tit. 2. P. 2.

Se pois existem Filhos do primeiro grão, e Netos, ou Bisnetos tidos de outros Filhos mortos antes do primeiro Pai, devem fazer-se tantos quinhões ou partes, quantas são as linhas provenientes do Pai commum. Art. 349. do cit. tit.; e o mesmo acontece quando não existem Filhos do primeiro grão; mas simplesmente descendentes de grãos mais remotos. Art. 350. e seguintes.

Herança dos Ascendentes.

Na falta de parentes em linha descendente, o Pai, e Mãi do defunto herdão a herança legal, com exclusão dos Irmãos, e Irmãs. Art. 439. do tit. 2. P. 2.

Se o Pai, e a Mãi são ainda vivos, elles herdão porções iguaes. Art. 490. Se não existe senão hum delles, recolhe este toda a herança. Art. 491.

Se porém hum e outro são mortos, os outros parentes em linha ascendente são excluidos pelos Irmãos, ou Irmãs do mesmo leito, ainda que existão outros Ascendentes. Art. 492.

(1) Sobre a igualação entre os Filhos relativamente ás doações, e outros contractos, veja-se o Art. 303. e seg. da P. 2. tit. 2.

Mas se o defunto não deixa senão meios Irmãos, e Irmãs, ou Descendentes destes, estes herdão juntamente com os parentes em linha ascendente; e consequentemente aquelles tomão ametade da successão, e os parentes em linha ascendente tomão outra. Art. 493., e 494. do cit. tit.

E se o defunto não deixa meios Irmãos, e Irmãs, nem Descendentes destes, seus parentes em linha ascendente são só herdeiros com exclusão de todos os outros collateraes. Art. 495.

Entre os parentes em linha ascendente, ou elles herdem sós, ou com os meios Irmãos, o mais proximo em gráo exclue sempre o mais remoto, Art. 497; e se são muitos em o mesmo gráo, divide-se a successão conforme as linhas. Art. 498.

Em regra a legitima dos Ascendentes he, por cada parente em linha ascendente, sem distincção do numero, a ametade da parte que se lhe devolve pela herança legal, Art. 502; e os Filhos não podem diminuir, pôr condições, ou gravar com encargos esta legitima. Art. 503, e seg. (1)

Tudo o que se tem dito em geral a respeito dos Filhos legitimos, ou de casamento da mão direita, he applicavel aos Filhos de casamento da mão esquerda, exceptuando as disposições que lhes são particulares; mas em os casos exceptuados elles não podem adquirir os direitos de Filhos legitimos senão pelo seguinte matrimonio, ou legitimação. Art. 555. e 556.

Elles não tomão o nome do Pai, mas sim de sua Mãe; não entram em a familia d'elle, nem podem for-

(1) Quem quizer vêr em que podem consistir as disposições testamentarias dos Filhos, veja o Art. 500. e seg.; bem como o Art. 399. e seguintes sobre a desherdação dos Filhos, suas causas, Art. 506. e seg.; e sobre a legitima dos Filhos de Pais divorciados, Art. 467. e seg.

mar alguma pertença sobre os seus privilegios, lugar, ou dignidade. Art. 557., 558. e 559.

Podem com tudo taes Filhos pedir alimentos para a sua criação, e educação, tanto a seu Pai, como a sua Mãe, Art. 562, e seguintes, pelos quaes se regula miudamente semelhante prestação, repartição, e successão.

Tem porém os mesmos Filhos hum direito igual á successão da Mãe, como o legitimo. Art. 586.

Se porém os Filhos provém de huma cohabitação sem casamento, se a Mãe por Sentença Judicial he declarada Esposa de quem tem concebido, os Filhos adquirem todos os direitos de legitimos, Art. 592; e mesmo quando elle a recebe sem precedencia de Sentença Judicial, Art. 596, e seg. Se pois não forão legitimados pelo seguinte Matrimonio, ou Sentença Judicial, não podem exigir do Pai mais que alimentos para a sua criação, e educação, Art. 612. e seg.; e estes Filhos não entrão na familia do Pai, nem da Mãe, Art. 639. e seg., mas succedem á Mãe, com os legitimos, Art. 656, o que não acontece com o Pai; e reciprocamente huns aos outros. Art. 658. e seg.

Successão dos Conjuges.

Além do que já se notou a respeito do Esposo, que sobrevive, relativamente á sua successão com os Filhos, e Descendentes, diremos agora, que se o Esposo morto não deixa senão parentes em linha ascendente, Irmãos, ou Irmãs, ou Filhos destes em primeiro grão, o Esposo que sobrevive herda o terço. Art. 625. do tit. 1. P. 2.

Se não ha senão parentes em grãos mais remotos, o Esposo que sobrevive herda ametade. Art. 626. E se não existe algum parente proximo até o sexto grão, o Esposo que sobrevive herda toda a suc-

cessão. Art. 628. A metade da porção hereditaria fixada pelas Leis ao Esposo que sobrevive, deve ser olhada como huma legitima, Art. 631; e por isso hum dos Esposos não póde diminuir esta legitima do outro, ou priva-lo della senão pelas faltas, que podem authorizar a requerer o divorcio. Art. 632.

Successão Collateral.

Entre os collateraes, os Irmãos, e Irmãs são chamados em primeiro lugar á herança legal, Art. 31. do tit. 3. P. 2; mas elles podem ser excluidos inteiramente por contracto, ou Testamento, Art. 32. Os Irmãos, e Irmãs não podem exigir hum do outro huma legitima, Art. 33; e já fica notado até que ponto elles excluem os parentes em linha ascendente, ou herdão com elles. Art. 34.

Os Irmãos, ou Irmãs da mesma cama, e seus descendentes excluem os de diferentes camas. Art. 35.

Os Irmãos, ou Irmãs da mesma cama dividem a herança entre si por cabeças, Art. 36; mas se algum delles, ou todos são fallecidos, e deixão descendentes, a herança he dividida em linhas. Art. 37.

A porção de cada linha he dividida entre as linhas secundarias, segundo as regras prescriptas em o Art. 351. e seg. do tit. 2. Art. 39. e seg.

Se porém não existem Irmãos, ou Irmãs, nem descendentes destes, os Irmãos, ou Irmãs de diferentes camas, e seus descendentes se tornão herdeiros, seguindo a mesma ordem de successão, que fica estabelecida a respeito dos Irmãos da mesma cama. Art. 41., 42. e seg.

E finalmente se não existem parentes em linha descendente, ou ascendente, nem Irmãos, ou Irmãs, ou seus descendentes, os outros collateraes são

chamados á successão, Art. 46 (1); e sempre o grão mais proximo exclue o mais remoto. Art. 48. e 49.

As pessoas que estão no mesmo grão herdão em porções iguaes, Art. 51; e não importa que os collateraes sejam parentes do defunto por parte do Pai, ou da Mãe, ou que elles sejam tidos da mesma camã, ou de muitas. Art. 52. e seg. (2)

Successão do Fisco, ou Estado.

Quando alguém morre sem deixar herdeiro certo, ou porque o não designou em seu Testamento, ou outro qualquer acto, ou porque segundo as Leis não tem herdeiro certo, a successão se devolve ao Estado. Art. 16. P. 2. tit. 16.

Do mesmo modo quando o herdeiro nomeado legalmente não pôde, ou não quer ser herdeiro, ou perde seu direito como indigno, e não ha quem faça as suas vezes na qualidade de herdeiro legal. Art. 17.

A simples inhabilidade, ou indignidade de herdeiro, seja testamentario, seja legal, não dá ao Estado direito de lhe succeder em seus bens. Art. 18. e seg.

Estas as principaes regras sobre o direito de succeder estabelecido pelo Novo Codigo da Prussia, onde he muito mais amplo, e circumstanciado.

(1) Em o Art. 662. do tit. 1. e seg. Art. se declara em que circumstancias os collateraes herdão com os Esposos que sobrevivem, ou são excluidos.

(2) Em quanto á ordem de successão dos Fideicommissos de familia perpétuos, Senhorios, e Morgados, veja-se a P. 2. tit. 4. Art. 134. e seg. em a qual sempre preferem os machos ás fêmeas, como entre nós; só com a differença de que extincta a successão, e não tendo o Instituidor declarado a quem devem pertencer os bens neste caso, ficam livres.

§. 4. *Direito de Sardenha.*

Passando agora a vêr o que dispõe ao mesmo respeito o Código de *Sardenha* achamos primeiramente, que segundo o Art. 17. do tit. 1. Liv. 5. quando os Conjuges tiverem Filhos, ou outros descendentes seus, ou de hum anterior casamento, elles não podem deixar nada mutuamente, e sómente o usufructo; mas exceptuão-se com tudo os ganhos nupciaes, as doações *causa dotis*, e a quarta parte da herança segundo a Lei (bem como he entre nós a terça.) (1).

O herdeiro tem a liberdade de pagar a legitima em dinheiro contado, ou em bens immoveis pela sua justa avaliação, com tanto que huma e outra coisa corresponda á porção que lhe he devida a título de legitima. Art. 1. Liv. 5. tit. 3.

Quando o Filho, que fallecer primeiro que a Mãe, tiver instituido hum estranho, neste caso a Mãe tem a título de legitima o terço da herança; mas se elle tiver instituido hum, ou muitos de seus Irmãos, ou com alguns delles hum, ou muitos estranhos, ella divide o dito terço só com os Irmãos instituidos, sem que o coherdeiro estranho, ou os Irmãos preteridos tenham alguma parte; o que igualmente se observa entre os Netos, e Avós. Art. 3. tit. 3. Liv. 5.

Os Filhos, que são incapazes de ter parte na herança, não podem fazer numero para reduzir o terço á ametade da legitima devida em a herança de seus Ascendentes. Art. 6.

(1) No tit. 2. do Liv. 5. trata das Primogenituras, ou Substituições Fideicommissarias, a que chamamos Morgados, donde as nossas Leis modernas tirarão muitos principios, e por isso quasi que com elles se conformão os nossos: elles com tudo não passam alli além do quarto grão, etc.

Se algum morre ab-intestado sem deixar Descendentes, nem Ascendentes paternaes, os Filhos dos Irmãos succedem por cabeça, e não *in stirpes*; e se elle deixa algum Irmão, e com elle Filhos de outro Irmão, os Sobrinhos succedem *in stirpes*, e não por cabeça; o que tem lugar tanto nas successões masculinas, como femininas. Art. 1. do tit. Liv. 5.

As successões ab-intestado são sempre deferidas áquelles parentes, que estão não só em gráo de succederem, mas que pelo seu estado estejam habéis para conservar, e perpetuar as familias, e que viverem no seculo; pois que todos os outros são excluidos das successões. Art. 2. do cit. tit. (1).

Agora pelo que pertence ao Direito que regula a successão, e disposições testamentarias, quando Vassallos *Portuguezes* se acharem em os Estados de Sardenha, ou pelo contrario os *Sardos* em Portugal, achasse estabelecido na Convenção de Amizade de 10 de Novembro de 1787, que no Art. 1. declarou “que huns e outros Vassallos terão inteira liberdade de dispôr de seus bens, quaesquer que sejam, por Testamento, Doação, ou outro qualquer acto reconhecido válido, e legitimo a favor dos Vassallos de hum e outro Dominio, como bem lhes parecer; e os seus herdeiros de hum e outro Estado poderão recolher as successões abertas a seu favor nos Estados respectivos, tanto de terra firme, como outros quaesquer, ou seja *ab-intestado* ou em virtude de Testamento, ou outras disposições legitimas. . . . sendo os ditos herdeiros tratados neste particular, naquelle dos dois Estados, onde as successões referidas se acharem, tão favoravelmente, como os proprios, e naturaes

(1) Sobre a successão dos Agnados com exclusão das mulheres, veja-se o tit. 7. do Liv. 5.; e no mais conformou-se com o Direito Romano,

delle; bem entendido, que sejam obrigados ás mesmas Leis, formalidades, e Direitos a que estes ultimos estão sujeitos.» E no Art. 2. se declara «que os bens que vierem a huns e outros por titulo de Legado, Doação, ou successão testamentaria, ou *ab-intestado*, não sejam obrigados a Direitos alguns a titulo de *Detracção*.»

E finalmente no Art. 4. se estabeleceo «que no caso de se excitarem algumas contestações sobre a validade de hum Testamento, ou de outra disposição, serão decididas pelos Juizes competentes, na conformidade das Leis do Lugar onde as disposições tiverem sido feitas, etc.» (1)

§. 5.º *Direito de Inglaterra.*

Vejamos finalmente a este respeito o *Direito de Inglaterra*, que segundo o que nos refere Blackstone no Comment. ás Leis Inglezas, T. 3. a pag. 8. e seguintes, e pag. 429. e seg. o podemos reduzir aos seguintes principios.

A consanguinidade ou he directa, ou collateral. Directa, a que existe entre as pessoas que descendem humas das outras em linha directa, como Pai, Avô, Bisavô, etc. Pai, Filho, Neto, Bisneto, etc. sendo simples, e clara a doutrina a respeito da consanguinidade directa.

A collateral porém posto que se conforme com a directa nisto, que os collateraes descendem do mesmo Pai commum, ella com tudo differe desta nisto, em que elles não descendem huns dos outros em linha directa, mas transversal; mas entretanto deve-se observar cuidadosamente, que a essencia da con-

(1) Sobre a abolição do Direito d' *Aubaine* no Reino das duas Sicilias, veja-se a Gazeta de 1819 N.º 199.

sanguinidade collateral consiste na descendencia do mesmo Pai. (1)

Conformando-se com o Direito Canonico na computação dos grãos, para regular a successão, estabelece o mesmo A. differentes regras, quaes as seguintes :

Regra 1.^a = *Que a herança desce até o infinito directamente aos descendentes daquelle que fallece, e que ella jámais sobe directamente.* =

Esta regra deduzida da Lei Feudal, cuja expressão he = *Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt* = estabelece hum Direito proprio, e privativo das Leis Inglezas; pois que ainda que seja regra admittida entre todas as Nações de succederem os Descendentes em linha directa, por ser fundada no principio natural de que as possessões dos Pais, devem ir depois da morte a seus Filhos, cujas necessidades devem prover, com tudo na parte em que exclue os Ascendentes, se não conformarão com a Lei da successão Judaica, que concedia a herança ao Pai quando seu Filho morria sem descendencia, com exclusão dos Irmãos; nem com a Romana, a qual em tal caso mandava dividir a successão entre os Pais, e Irmãos; posto que pela Lei das doze Taboas a Mãe fosse originariamente excluida por causa de seu sexo.

(1) Em o cit. 3.^o Tom. a pag. 14. faz o mesmo A. esta reflexão, que se deverá notar: a Escriptura Santa nos ensina que todo o genero humano procede de hum só homem, e de huma só mulher, e por consequencia todos os homens são parentes em algum grão. Suponhemos, que cada ajuntamento, ou casamento de nossos antepassados tem deixado dois Filhos, e que cada hum destes deixou igualmente dois, acharemos, que nós que vivemos actualmente, temos quasi 270 milhões de parentes em o decimo-quinto grão.

Grita-se muito, diz o mesmo A., contra esta Lei Ingleza, que exclue a parentela ascendente, como alheia das maximas da equidade natural: entretanto, continua elle, ella não tem nada de injusto, nem de absurdo, e pelo contrario he fundada na razão, huma vez que se examine bem a sua natureza, e motivos que houve para se introduzir.

He principio certo, e já estabelecido, que a successão dos bens he obra da Policia Civil, e Direito positivo; porque o direito de propriedade ganhado pelo occupante se não estende naturalmente além da vida do actual possuidor: as terras depois da sua morte deverião, segundo a Lei da natureza, tornar para a communhão, e cederem ao primeiro occupante. Mas a Sociedade para prevenir as desordens, que resultarião infallivelmente de huma doutrina, que seria a origem de tantas questões, e disputas, estabeleceo o uso das cessões, dos Testamentos, e successões, por meio das quaes a propriedade adquirida, ou occupada originariamente pela posse, se transmite de hum para outro, segundo as regras que ella tem julgado a proposito prescrever.

Porém como os argumentos para defender a justiça daquella Lei são deduzidos em parte da Lei Feudal, como se póde vêr no cit. T. 3. pag. 22; que não tem applicação alguma aos nossos costumes, será ocioso referi-los,

Regra 2.^a = *Que o que nasce varão prefere e he admittido á successão com preferencia á femea.* =

Esta preferencia, posto que seja conforme á Lei das successões dos Judeos, usada nos Estados da Grecia, e Athenienses, ella foi desconhecida dos Romanos, entre os quaes os Irmãos, e Irmãs erão admittidos em iguaes porções á herança; o que na

Inglaterra foi tambem introduzido, contra a Lei Romana, em consequencia da mesma Lei Feudal; porque segundo esta Lei as Filhas são incapazes de succeder nos Feudos, por não poderem fazer serviços militares a que são obrigados. Entretanto as Leis Inglezas não excluem totalmente as Filhas, como faz a Lei Salica; mas ellas são sómente preferidas pelos varões, e succedem com tudo na falta destes, com exclusão dos parentes collateraes.

Regra 3.^a = *Quando ha dois, ou muitos varões no mesmo gráo, o mais velho herda só, ao passo, que as Filhas dividem entre si, sendo muitas.* =

Este direito de primogenitura em os varões parece ter tido lugar entre os Judeos, entre os quaes o Filho mais velho tinha huma porção dobrada em a herança; porém os Gregos, os Romanos, os Saxonios dividião igualmente as terras entre todos os Filhos; e assim o Direito de Inglaterra tem tambem fundamento na Lei Feudal a semelhante respeito, que para se não dividir o serviço militar em prejuizo do Estado, e evitar os inconvenientes, que resultão da divisão dos bens, adoptou aquella medida.

Regra 4.^a = *Na linha descendente ha representação até o infinito, isto he, que o descendente vivo occupa o lugar do que já não existe.* =

Assim o Filho, Neto, e Bisneto, seja macho, ou fema, do Filho mais velho succede com os Filhos mais novos; e estes representantes não levão mais nem menos, mas tanto como herdaria aquelle, que elles representam: se ha por exemplo duas Irmãs, Maria, e Anna, e morre Maria deixando seis Filhos, e seu Pai João morre depois sem alguma linha, os

seis Filhos de Maria tirão da successão tanto, como Maria teria tirado se vivesse, isto he, ametade dos bens de João: de sorte que se estes se dividissem em doze porções, Anna sua Irmã teria seis, e cada hum dos Filhos de Maria huma.

Esta maneira de herdar, que se chama *in stirpes*, teve tambem lugar entre os Judeos; mas era differente entre os Romanos, que não conhecerão o direito de primogenitura. Se por exemplo os herdeiros mais proximos de João erão seis Sobrinhos, tres nascidos de huma Irmã, dois de outra, e hum de outra, a Lei Romana dividia a herança em seis partes, e dava huma a cada Sobrinho: mas a Lei Inglesa neste caso não faz senão tres partes, e as distribue *in stirpes*, a saber: hum terço ás tres Filhas, representando huma Irmã; hum terço ás duas, representando a segunda; e outro á que representa a terceira.

Se todos os Filhos das tres Irmãs fossem chamados a succeder em Inglaterra *per capita*, sem attender ao tronco donde tinham sahido, e que estes Filhos fossem parte varões, e parte femeas, o mais velho excluiria não sómente os Irmãos, e Irmãs, mas toda a descendencia das duas outras Filhas; d'outro modo a Lei, neste exemplo, seria inconsequente, e se desviaria da preferencia, que ella dá constantemente aos varões, e ao primeiro nascido, quando os Filhos estão em o mesmo gráo. E dividindo-se a herança *in stirpes*, a regra da descendencia conserva sua uniformidade. O que nasce do Filho mais velho exclue todos os outros pertendentes, como o faria o proprio Filho, se fosse vivo; mas os Filhos das Filhas dividem a herança, como o terião feito as Mães se vivas fossem.

Regra 5.^a = *Na falta de Descendentes directos, ou da linha da pessoa, que possuiu em ultimo lugar, a herança desce ao sangue do primeiro proprietario.* =

Se Antonio compra huma terra, que elle passa a seu Filho João, e que João morre sem descendencia, o que ha de succeder nesta herança ha de ser do sangue de Antonio primeiro comprador da familia. Este primeiro comprador he aquelle, que primeiro adquire os bens da familia, seja por compra, seja por Doação, ou por outro qualquer modo, á excepção daquelle de descendencia.

Esta regra he sem duvida particularissima das Leis Inglezas, desconhecida dos Judeos, Gregos, e Romanos; e suas Leis não fingirão outra cousa mais, que a pessoa unida á sua propriedade, nomeando-lhe hum herdeiro, sem considerar qual seja seu titulo, e seu antepassado. A Lei antiga da Normandia dispunha o mesmo; porque ambas tinham por fonte, e origem a Lei Feudal.

Quando os Feudos começárão a ser hereditarios, se ordenou que o herdeiro que lhes devia succeder seria do sangue do primeiro Feudatario, ou adquiridor, isto he, que delle descendeo directamente; e em consequencia o Feudo novo, ou de propria aquisição, não podia descer senão á sua linha, e não ao Irmão do adquiridor, porque elle não descende do adquiridor; mas se elle já vem de seus antepassados, e o Irmão descende do primeiro adquiridor, já póde succeder nelle; como acontece com os nossos Morgados. = *Frater fratri sine legitimo herede defuncto, in beneficio quod eorum patris fuit, succedat: sin autem unus e fratribus a Domino feudum acceperit, eo defuncto sine legitimo herede, frater ejus in feudum.*

non succedit = diz o cit. A.; e que a verdadeira razão da Lei Feudal he, que isto que se dá a hum homem por serviços pessoaes, não deve pertencer senão aos seus herdeiros directos. (1)

Regra 6.^a = *O herdeiro collateral da ultima pessoa proprietaria será o collateral mais proximo.* =

Este direito pois deve ser ou pessoalmente, ou *jure representationis*, e calcula-se esta proximidade segundo os grãos de consanguinidade; e assim o Irmão estando em primeiro grão, elle e seus descendentes excluem o Tio, e seus descendentes, que estão em segundo grão.

E assim se João morre sem Filhos, seus bens passam a Francisco, seu Irmão, que descende directamente de seu Pai Antonio, e na falta de Irmãos ou Irmãs de sua linha, passarão ao Tio de João, o descendente directo de seu Avô Manoel, e assim até o infinito.

Semelhante era a Lei dos antigos Alemães, em quanto dispunha: = *haeredes successoresque sui cuique liberi, et nullum Testamentum: si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui, avunculi.* =

Não he porém necessario que o herdeiro seja absolutamente o parente mais proximo, mas sómente *sub modo*, quero dizer, que seja o mais proximo de sangue inteiro; porque ainda que haja hum parente de meio sangue ou uterino mais proximo, elle he excluido pelo de sangue inteiro, ainda que mais remoto. (2)

(1) Veja-se o mais sobre a successão dos Feudos em o cit. A. Tom. 2. pag. 35. e seg.

(2) Chama-se parente de sangue inteiro aquelle, que descende não só do mesmo antepassado, mas da mesma união de antepassados, por isso que o sangue do homem se compõe dos seus antepassados.

Esta exclusão total das pessoas de meio sangue he particular tambem da Lei Ingleza; e diz o cit. A., que he olhada como estranha para aquelles que não sabem a razão, mas que ella he necessaria para facilitar a execução das outras regras, como explica a pag. 44. do cit. Tomo.

Regra 7.^a = *Em as heranças collateraes o ramo macho preferirá ao da femea, quero dizer, que os parentes, que descendem do antepassado varão, são admittidos á successão antes dos que descendem de femea, com tanto que as terras não provenhão effectivamente de femeas.* =

Os parentes do Pai são admittidos até o infinito, antes que se admitta algum da parte da mulher; e esta Lei he conforme nisto com a dos Judeos, e Athenienses, segundo refere Selden. e Petit. Entretanto os Gregos desde o tempo de Hesiodo, quando hum homem morria sem mulher nem Filhos, distribuíão todos os bens entre os parentes, sem distincção alguma.

E pela Lei Romana os Agnados, ou parentes do Pai erão preferidos aos Cognados, ou parentes da Mãe, até que o Edicto do Imperador Justiniano abollio toda a distincção entre elles.

Porém a antiga Lei da Normandia se conformava com a Ingleza.

Hum dos meios de adquirir a propriedade pelas Leis Inglezas he (como diz o cit. A. a pag. 333. do T. 3.) o casamento; pois que os effeitos, ou bens que erão da esposa passão em virtude da Lei para a pessoa do marido, com o mesmo gráo de propriedade, e os mesmos poderes, que a mulher tinha nelles; o que he inteiramente fundado em a noção de unidade, que ha entre o marido, e mulher, que em juizo são olhados como fazendo huma só pessoa.

E assim em os bens reaes o marido adquire sómente o direito ás rendas, e proveitos durante o casamento; porque a respeito dos immoveis, sendo governados pelos principios Feudaes, ficão inteiros á mulher depois da morte do marido, ou voltão a seus herdeiros, se ella morre antes d'elle, a menos, que pelo nascimento de hum Filho se não torne possuidora em vida; mas quanto aos outros bens, elle pôde dispôr delles como lhe parecer, se elle tiver acceitado a sua posse; porque se ficárão na da mulher, então pertencem a esta, ou a seus herdeiros.

Granvil (como diz o cit. A. a pag. 429. do T. 3.) nos ensina, que segundo o costume usado em o reinado de Henrique II, os bens de huma pessoa se dividião em tres partes iguaes; das quaes huma era para os herdeiros ou descendentes em linha recta, outra para a mulher, e da terceira podia dispôr como quizesse. Se porém morria sem ter mulher, podia dispôr da ametade, e outra era dos Filhos; e se não tinha Filhos, a mulher tinha ametade, e podia legar a outra; mas se morria sem mulher nem Filhos, ficava o total á sua disposição. As partes que pertencião á mulher, e Filhos se chamavão — razoaveis. —

Este Direito estava ainda em uso no reinado de Eduardo III, e Henrique Finch diz, que no reinado de Carlos I. era a Lei geral do Paiz; mas ella insensivelmente se foi mudando de maneira, que no tempo em que o cit. A. escreveu, qualquer pessoa podia legar todos os seus bens por Testamento; mas que o antigo costume ainda se usava na Provincia de Yorck, em o Principado de Galles, e na Cidade de Londres.

Mas em tempos mais modernos, para favorecer o poder de legar, e pôr o Reino todo em igual uso, se publicárão tres Estatutos, hum de Guilherme, e Maria o 4.º e 5.º, Cap. 2. explicado pelo 2. e 3. de Anna Cap. 5. para a Provincia d'Yorck; outro 7.º

e 3.º de Guilherme III. Cap. 38. para o Principado de Galles; e outro o 11.º de Jorge I. Cap. 18. para Londres sómente: pelos quaes se declarou, que as pessoas sujeitas a este districto, e submettidas a estes costumes, podem livremente dispôr de todos os seus bens pessoaes por Testamento, sem algum respeito aos direitos da viuva, Filhos, ou outros parentes; e assim hoje pôde qualquer dispôr com tanta liberdade em Inglaterra de seus bens em totalidade, como antigamente podia dispôr da terça, ou da metade; sendo só obrigado em alguns districtos a reconhecer o seu Senhorio, e a Igreja, em a disposição de seus bens, deixando-lhe os dois melhores trastes, que tivesse, a que se dá o nome de — *heriots, e mortuaries*. — (1)

No caso porém em que alguma pessoa não dispunha de seus bens, ou em parte, ou em todo, e morria ab-intestado, o Rei por hum antigo costume se apoderava do direito da successão, como Pai da Patria, e Administrador geral do Reino, exercendo este poder pelos seus Ministros de Justiça; cujo privilegio fôra também concedido a muitos Senhores de Terras, e a outros que ainda hoje tem o direito de conceder huma administração para os seus Vassallos intestados.

Depois a Corôa deo ao Ordinário a administração de taes bens, para se applicarem para usos pios, e os Prelados não eram obrigados a dar conta delles senão a Deos; porém o abuso que disto se fez se pôde vêr na Glosa do Papa Innocencio IV., dada em o anno de 1250, que estabeleceo como huma regra de Direito Canonico a seguinte: — *in Britania tertia*

(1) Veja-se sobre este costume de Inglaterra o Cap. 28. no T. 3. pag. 315. do cit. Blackstone, o que quasi corresponde ás nossas luctuosas,

pars bonorum descendentium ab-intestato, in opus Ecclesiae et pauperum dispensanda est. —

Por este motivo o Clero se entrou (debaixo do nome de Igreja, e pobres) a apoderar de todos os bens que os defuntos deixavão, depois de tiradas as *partes razoaveis*, ou legítimas, que erão os dois terços da mulher, e dos Filhos, sem pagar mesmo as dividas a que estavão obrigados.

Foi por isto, que o Estatuto 2. de Westminster decretou, que o Ordinario pagasse as dividas do intestado, até onde chegassem seus bens, como erão obrigados os Executores, no caso do Testador ter feito Testamento.

Mas como ainda o restante das dividas, ou *Residuum*, lhe ficava ainda em suas mãos, veio o Estatuto 31. de Eduardo III. Cap. 11., que ordenou, que no caso de que morresse intestado, o Ordinario nomearia os parentes mais proximos do defunto, para administrar seus bens, cujos administradores forão igualados primeiro nos processos, como nas contas, aos Executores, ou Testamenteiros nomeados pelo Testamento. Tal he a origem dos Administradores, que hoje se vêm em Inglaterra, e que se dão aos bens, que deixão os defuntos, os quaes devem ser sempre os parentes mais proximos do defunto (quando são nomeados pelo Juizo), e ainda mesmo a viuva, em conformidade do Estatuto 21. de Henrique VIII. Cap. 5. (1)

Pelo Art. 7. do Trat. de Alliança entre *Portugal e Inglaterra*, de 19 de Fevereiro de 1810, se estipulou, que houvesse huma perfeita reciprocidade entre os Vassallos de huma e outra Nação, e liberdade de dispôr da propriedade pessoal de qualquer qualidade, ou denominação por venda, doação, tro-

(1) Veja-se no T. 3. pag. 447. e seg. do cit. A. o que o Direito de Inglaterra dispõe sobre taes Executores, ou Administradores.

ca, ou Testamento, ou por qualquer outro modo, sem que se lhe ponha o mais leve impedimento, ou obstaculo.

§. 6.º *Relativamente á Russia.*

Não tendo presente o Codigo, que regulou as successões no Imperio da *Russia*, mas tendo á vista o Tratado de Amizade feito em Dezembro de 1787, entre *Portugal* e aquelle Imperio, diremos o que no Art. 38. delle se estabeleceo reciprocamente entre hum e outro Estado, relativamente ás successões, ou Direito *d'Aubaine*; pois que se estipulou nelle « que os bens moveis, ou immoveis, que pela morte de algum dos respectivos Vassallos ficassem nos Estados da outra Potencia contractante, pertencerião sem o menor obstaculo aos seus legitimos herdeiros, ou por Testamento, ou *ab-intestado*; os quaes depois de haverem satisfeito legalmente as formalidades prescriptas no Paiz, poderião logo tomar posse da herança, ou por si mesmos, ou por Procuração; podendo os herdeiros dispôr como lhes parecesse da herança, depois de pagos os direitos estabelecidos pelas Leis do Paiz, em que existisse a dita herança. Se porém os herdeiros estiverem ausentes, ou forem menores, se fará Inventario perante os Juizes, ou Tribunaes competentes, e na presença do Consul respectivo, na conformidade das Leis, e costumes do Paiz. Concluido o Inventario, se deposita a herança na fórma do ponderado no mesmo Artigo, até ser entregue a seus legitimos donos.

Movendo-se porém contestações entre muitos pretendentes á sobredita herança, os Tribunaes do Lugar, em que se achar a herança do fallecido, sentenciarão, e decidirão a causa segundo as Leis do Paiz.» (1)

(1) He de notar finalmente, para intelligencia desta Legislação,

CONCLUSÃO.

ESTAS as principaes regras, e principios que os Codigos das Nações mais civilizadas, e vizinhas tem estabelecido para regular a successão das differentes especies que ha de herdeiros, e por quem devem ser repartidos os bens dos que morrem sem Testamento; podendo os curiosos consultar os mesmos Codigos, nos lugares indicados, sobre o resto, onde acharão circumstancias mais particulares, que, para não fazer mais volumosa esta obra, se não accrescentão, sem com tudo se omitir o principal sobre as differentes ordens de successões, para que os Juristas,

que os Estrangeiros, a que os Francezes chamão *Aubains*, são em regra incapazes de todas as successões, tanto testamentarias, como abintestado, o que já vem do tempo dos Romanos, como se vê na L. 6. §. 2. ff. de *Her. Inst.* e L. 1. Cod. *cod.*; e assim se o Rei não tem concedido ao Estrangeiro o Direito de naturalidade, ou se não tem havido Tratados de Amizade em que se declare abolido este Direito entre as Potencias contractantes, succede o Rei nos bens do Estrangeiro que fallece no seu Estado, cujo direito de succeder, se chama *Direito d'Aubaine*, o qual se funda não só em o cit. Direito Romano, mas em a ordem natural, que distingue a Sociedade dos Homens em diversos Estados, Reinos, ou Republicas. Veja-se *Domat*, Tom. 1., P. 2. tit. 6. Sec. 2. Porém parece que em Portugal não setem usado deste Direito, principalmente a respeito dos Vassallos, e Subditos de Nações com quem tem celebrado Tratados: e por isso com a Hespanha desde o Tratado de paz feito em 1432, se não praticou jámais este Direito em Portugal, nem na mesma Hespanha, succedendo mutuamente os Vassallos de ambas as Nações, huns aos outros, e os mesmos entre si, posto que falleção em Reino estranho. A França no Tratado, on Convenção que fez com Portugal em 21 de Abril de 1778, tambem declarou não existir entre huma, e outra Nação o *Direito d'Aubaine*. O mesmo se declarou no Tratado de 11 de Setembro de 1787, entre Portugal, e o Reino de Sardenha: o mesmo entre Portugal, e o Imperio da Russia, pelo Tratado de 9 de Dezembro de 1787: e o mesmo entre este Reino, e o das duas Sicilias, pela Convenção de 31 de Maio de 1819; e isto para removerem qualquer duvida, que podesse haver, fundada no Direito Publico universal.

e Curiosos fação as combinações, que mais lhes agradarem, e saibão com mais facilidade, quando lhes fôr necessario, o Direito de taes Nações sobre semelhante objecto, por não ter sido até agora semelhantemente tratado por algum nosso Patricio, ou Reinicula.

CAPITULO XLV.

Em que se descreve o Assento da Casa da Supplicação de 10 de Junho de 1817, tomado sobre a intelligencia da Ord. Liv. 4. tit. 80. §§. 1. e 2., e Assento de 17 de Agosto de 1811, e se fazem algumas explicações uteis. (1)

Aos dez dias do mez de Junho de 1817, em Meza grande, sendo presente o Senhor João Antonio Salter de Mendonça, do Conselho de Sua Magestade, Desembargador do Paço, Procurador da Real Corôa, Secretario do Governo da Repartição dos Negocios do Reino, e Fazenda, Chanceller que serve de Regedor da Casa da Supplicação, foi proposto, que para remover as duvidas, que se tem suscitado com muito prejuizo da validade, e firmeza dos Testamentos, e inquietações das familias, e fé publica dos Tabelliães, sobre a intelligencia dos §§. 1. e 2. da Ord. Liv. 4. tit. 80., e Ass. de 17 de Agosto de

(1) Como o A. do *Manual do Tabellião* em a nota a pag. 217 se não dê ainda por satisfeito com as decisões do presente Assento, dizendo, que ainda não está restituída a paz ás familias, por se não haverem decidido formalmente as duvidas, que elle propõe a pag. 216, e haja outros que o sigão, será util fazer algumas reflexões sobre o mesmo Assento, para mostrar, que entendido elle, e a Ord. a que se refere, estão decididas todas as questões que possa haver sobre a formalidade dos Testamentos.

1811, era indispensavel determinar: = 1.º o lugar do Testamento Cerrado, em que ha de começar o Instrumento da sua approvação quando o Testamento acaba não nas costas, e verso da ultima folha escripta, mas em parte desta; conciliando-se os ditos §§., que parecem antinomicos: = 2.º como se hão de entender as palavras do dito Assento, que *prohibem antepôr, pospôr, ou substituir por equipolencia as fórmãs prescriptas pela mesma Ord.*

Assentou-se pelos Desembargadores de Aggravos, e do Conselho de Sua Magestade para este fim convocados, quanto á primeira parte: que o Tabellião não podendo começar o Instrumento de approvação dentro do Testamento Cerrado, e cosido, que não acaba no verso da ultima folha escripta, mas em parte desta, como pôde começar, quando acaba nas costas, e verso da mesma Folha, deve principiar o Instrumento logo, e immediatamente no fim do Testamento, cerrando-o, e cosendo-o depois de concluido o mesmo Instrumento, na fórmula da prática geral, e sempre observada, que he a melhor interprete da Lei, e neste caso necessaria para conciliar a disposição do §. 2. com a do §. 1., á vista da impossibilidade de se escrever dentro de hum Testamento que se acha cerrado, e cosido. (1)

(1) Esta aliás veneranda, e authentica Decisão, parecendo desnecessaria á vista da expressa, e providente disposição da Ord. Liv. 4. tit. 80. §§. 1. e 2. que em nada são oppostos, talvez que para o futuro venha a fazer duvida aos que não estiverem ao facto do que se pratica a este respeito, podendo inferir destas ultimas palavras do Assento, que quando se faz o Auto de Approvação de Testamento este está cerrado, e cosido, o que não he assim, nem ellas o querem dizer; e por isso nenhuma antinomia ha entre hum e outro §. A pratica, que se observa geralmente nas approvações dos Testamentos Cerrados, he a mesma que se deduz da letra dos dois §§. da Ord. cit.; a saber: Logo que o Testamento he feito, e acabado pelo Testador, ou por outra pessoa a seu rogo, se o Testamento he dos que em Direito se chamão *Cerrados*, ainda que o Tabellião esteja alli logo prompto

Quanto á segunda parte, se assentou por huma quasi uniformidade de votos, (como aconteceu quan-

para o approvar, sempre se cumpre com a formalidade, que exige a Ord. no §. 1.º, isto he, cerra-o, ou dobra-o o Testador, ou a pessoa que lho fez a seu rogo, e cosendo-o com dois ou tres pontos de linha, eu retroz, o entrega assim o Testador ao Tabellião perante as cinco Testemunhas, e então he que o Tabellião lhe pergunta se aquelle he o seu Testamento, e se o ha por firme, e valioso; e dizendo o Testador que sim, corta o Tabellião com hum canivete, ou tisoura os fios com que fora cosido, e cerrado o Testamento; e abrindo-o lança os olhos por todo elle para vêr se tem algum borão, ou entrelinha, para assim o portar por fé no Instrumento de Approvação, no qual se costuma dizer *vi, e não li*; e feito isto he que principia o Auto de Approvação, que o §. 1.º diz que se fará nas costas do Testamento, que he o que tem feito duvida a muitos, sem advertirem, que no §. 2.º he que se explicou melhor onde o Tabellião devia principiar o Auto, *para se evitarem as falsidades que se poderião fazer nos Testamentos*, dizendo, que o faça, ou comece em parte de alguma das folhas, em que alguma parte do Testamento seja escripto, quer dizer, que coinece o Auto, onde acabou a escripta do Testamento, ou assignatura deste, como geralmente se pratica; e acontecendo, que todas as folhas estejam escriptas, á excepção daquella em que está envolto (que na expressão vulgar quer dizer embrulhado) ou cosido o Testamento, declare como nelle fica o seu Signal publico, por não ter folha limpa em que começasse o Instrumento de Approvação, para que se não possa tirar o Testamento verdadeiro, e juntar outro ao Auto de Approvação, de maneira que a Ord. cit. no §. 2.º dá todas as providencias necessarias para se fazer o Auto de Approvação sem que dê lugar, a que a este se possa juntar outro Testamento que não seja o que fora approvedo; e por isso com justa razão manda que o Tabellião ponha o seu Signal publico em todas as folhas do Testamento; declarando-o assim no Instrumento de Approvação; e depois deste acabado, e assignado pelo Testador, o Tabellião o torna a fechar, ou cerrar, e cosendo-o com linhas, ou retroz á maneira das Inquirições que vem do fóra fechadas, lhe deita sobre os pontos humas pingas de lacre, e tantas como tiver declarado no Instrumento de Approvação, e fazendo-lhe o sobrescripto em que declare de quem he o Testamento, e quando foi approvedo, o entrega ao Testador para este o guardar: e sendo esta a pratica geralmente recebida, e expressamente mandada observar nos §§. 1.º e 2.º da Ord. cit. he ella mesma que manda observar o Assento, que por não ser ainda entendido por alguns (como se vê no fim das Prim. Linh. Orphanolog. da 2.ª Edição), e ser tão necessaria a sua observancia para evitar as fraudes, que costumão praticar-se se expõe com tanta individuação.

to á primeira parte): que as palavras adoptadas pelo Ass. de 17 de Agosto de 1811, que declarando a L. deste tit. 80. §. 1. da Ord. prohibem antepôr, pospôr, ou substituir por equipolencia as fórmulas prescriptas na Ord., nunca devem entender-se de hum observancia supersticiosa da Lei, a qual olhando só para a letra destrua a sua verdadeira intenção; mas sim das formalidades substanciaes do Testamento, as quaes se não podem, nem devem confundir com anteposição, posposição, ou substituição de palavras, que tenham a mesma significação, designadas pela palavra equipolencia, ou com a ordem que parece ser determinada pela expressão do Assento. (1)

Huma vez pois que no Acto solemne de se approvar o Testamento se satisfaz aos requisitos da L., a saber: = 1.º com a presença de cinco Testemunhas a todo o Acto com as qualidades declaradas no §. 1. do tit. 80. referido: = 2.º com a tradição do Testamento feita pelo Testador ao Tabellião (2): = 3.º

(1) Tambem esta Decisão era escusada para os bons interpretes, e que tenham entrado no verdadeiro espirito do Ass. de 17 de Agosto de 1811, estando com estes de acordo os Tribunaes, e bons Julgadores; e por isso não servio senão para enganar aquelles, que afferrados a hum interpretação literal entendião pelas *formas prescriptas pela Ord.*, e de que fallou o dito Assento, todas e quaesquer; quando este só tratou expressamente das *substanciaes*, e que positivamente requer a Ord. Que poderá influir para a validade do Testamento, perguntar primeiro o Tabellião ao Testador, se aquelle he o seu Testamento, ou dizello primeiro o Testador, antes do Tabellião lho perguntar? O ponto está em se dizer perante as Testemunhas pelo Testador, que aquelle he o seu Testamento, para que ellas saibão o que he aquelle papel, porque se não lê perante ellas, e se entrega cerrado. Quando eu escrevi em 1813 a 1.ª Edição desta Obra, e apresentei nella o formulario do Auto de Approvação, já eu tinha assim entendido aquelle Assento, e fiquei espantado, quando soube que assim se não tinha entendido por alguns, e que era necessario outro Assento!

(2) Porém para satisfazer ao preceito da Ord. cit. §. 1. nas palavras — e será cerrado, e cosido, e elle Testador o entregará ao Ta-

com a declaração do Testador de que he o seu Testamento, que ha por firme, valioso, e bom; ou nesta falta de declaração, com a resposta do Testador ao Tabellião, dada ás perguntas declaradas no §. 1: = 4.º com o Instrumento de Approvação lavrada na fôrma declarada no 1.º quesito: = 5.º com a assignatura do Testador, ou de alguma Testemunha por elle, na fôrma da Lei, isto he, declarando ao pé do signal, que assigna por mandado do Testador por elle não saber, ou não poder assignar (1): = 6.º com a assignatura do Tabellião, e das cinco Testemunhas presenciaes a todo este Acto desde o seu principio até o fim, fica consequentemente firme, e conforme á Lei o Acto de Instrumento de Approvação do Testamento: por quanto huma vez que o Testador declare perante as Testemunhas, e o Tabellião, entregando-lhe o seu Testamento, que aquelle he o seu Testamento, que o ha por bom, firme, e valioso, e o Tabellião fizer o Instrumento da Approvação na parte do Testamento, na fôrma acima declarada, fica o mesmo Testamento válido, e do mesmo modo firme, e bom, que se respondesse ás perguntas, que o Tabellião lhe deveria fazer, se o Testador assim o não tivesse anticipadamente declarado: que o mesmo deve entender-se dos mais requisitos da Lei, cuja intenção he, que a elles se não falte; mas huma vez que o Tabellião, Official publico, e de sé pela Lei, porte por sé no mesmo Instrumento de Approvação, que perante as Testemunhas alli presentes, e declaradas, forão satisfeitos todos os requisitos da Lei, especificados na mesma Lei, e especificando-os elle no

bellião —, deverá praticar-se tambem esta formalidade de o entregar assim ao Tabellião, ainda que pareça desnecessario, como fica dito, por ser Testamento Cerrado, ou Mystico.

(1) Veja-se adiante, se o Testador póde assignar de cruz, ou não, quando não seuber escrever.

mesmo Instrumento, está observado o que a Lei requer, e manda se observe a bem da liberdade de testar. (1)

E para cessarem todas, e quaesquer duvidas a estes respeito, acautelando-se novas demandas, que possam perturbar a tranquillidade das familias, se tomou este Assento declaratorio não só da L., de cuja interpretação se trata; mas igualmente do Assento a que se refere o 2.º quesito, que o mesmo Senhor Chancellor, que serve de Regedor mandou tomar, e assignou com os Desembargadores de Aggravos, e do Conselho de Sua Magestade que nelle votárão. Como Regedor = Salter. = Dr. Guião. = Ferreira Castello. = Dr. Valasques. = Leite. = Faria Guião. = Fonseca Coutinho. = Veiga. = Gomes Teixeira. = Dr. Figueiredo. = Costa Ferreira, etc.

Resta porém desenvolver a questão, que propõe o A. do Man. do Tabell. a pag. 217, e o A. das Linh. Orphan. no Append. a pag. 3. sci-

(1) Como ainda apesar da clareza desta Decisão haja quem suscite duvidas sobre as suas palavras, e generalidade dellas, dizendo, que se por exemplo esquecer á Testemunha que assigna por este não saber, ou não poder, e o portar por fé o Tabellião no Auto de Approvação, que fica válido o Testamento, por isso que o Tabellião assim o portou por fé, será necessario responder a esta questão, em que sigo a negativa, que o Testamento não fica assim válido; porque esta formalidade não a pôde supprir o dito, e fé do Tabellião; porque he necessario que conste, e se veja ao pé da assignatura da Testemunha que assigna a rogo, a razão porque assignou a rogo; pois que assim o manda expressamente a Ord. cit. §. 1. nas palavras = *declarando ao pé do signal, que assigna por mandado do Testador, por elle não saber, ou não poder assignar, e de outra maneira não será válido o Testamento* =, nem a generalidade das palavras do Assento no vers. = *mas huma vez que o Tabellião etc.*, quizerão comprehender senão as que se podem supprir pela fé do mesmo Tabellião: e até no fim dos §§. 1. e 2. se põe pena ao Escrivão, que não lavrar o Instrumento de Approvação da forma alli declarada, e não fizer assignar o Testador, e Testemunhas no fim do mesmo Instrumento da maneira que fica ordenado nos mesmos §§.

licet: se o Testador, não sabendo escrever, pôde assignar de cruz, como costuma em outros actos, ou não?

A decisão desta questão he facil; e ainda que na 1.^a Edição desta Obra eu disse, que o Testador podia assignar de cruz, agora declaro, que este dito foi com menos consideração, e sem profundar esta materia; pois que não sabendo o Testador escrever, necessariamente ha de assignar por elle huma Testemunha, e esta declarar a razão por que não assigna o Testador; isto não só porque a Ord. Liv. 4. tit. 80. pr. e §. 1. o manda expressamente, e assim o entendeu o Ass. cit. de 1817, na conformidade da L. 28. §. 1. *Cod. de Testam.* fonte daquella Ord.; mas porque se se admittisse a assignatura do signal de cruz em hum Testamento pelo que pertence ao Testador, ficaria o mesmo Testamento sujeito a falsificar-se facilmente, e a ser substituido por outro; porque ainda que nos actos *inter vivos* se admitta a assignatura de cruz, que a pratica, e não a Lei introduzio; podendo, segundo a mesma pratica, assignarem de cruz as Testemunhas, que assistem ao Testamento, ou approvação delle, não apparecendo pessoas que saibão escrever, isto se funda em razão muito differente, qual a de poderem ser interrogadas sobre a sua assignatura, e identidade, o que se não pôde verificar no Testador, que ficando em segredo, e cerrada a sua assignatura, quando se vem a tratar de apurar a validade do Testamento já não existe, e já não pôde ser interrogado sobre a sua assignatura; e eis-aqui a razão por que o Legislador justamente, e muito de proposito quiz declarar, como declarou = *que quando o Testador não soubesse, ou não podesse escrever, assignasse por elle huma Testemunha,* = em cujas palavras está a decisão da questão proposta; porque se a Lei manda praticar isto, como se ha de

admittir o signal de cruz, quando o Testador não souber escrever?

Nem esta determinação, ou formalidade he singular, ou nova em as nossas Leis; pois que no corpo das mesmas Ordenações nós achamos disposições semelhantes: e temos em = 1.º lugar a Ord. Liv. 1. tit. 78. §. 4, onde ainda em contractos, ou actos *inter vivos*, se manda que se as Partes contractantes não souberem assignar, assignarão por ellas as Testemunhas, ou outra pessoa, declarando-se a razão por que não assignão: = 2.º temos a Ord. Liv. 1. tit. 48. §. 15. que manda o mesmo a respeito das informações que as Partes derem aos Procuradores: = 3.º a Ord. Liv. 5. tit. 117. §. 6. a respeito do Auto da querêla, que a Parte deve assignar, se souber escrever, e não sabendo, como o negocio he de segredo, fica supprida a sua assignatura pela do Juiz, e Escrivão; mas declarando-se sempre no Auto a razão do impedimento: = 4.º a Ord. Liv. 5. tit. 102. §. 3. sobre o Auto de renuncia, que deve assignar a mulher, do *Senatus Consulto Velleiano* onde se acha huma semelhante disposição, etc. Nem faça duvida a Ord. Liv. 4. tit. 74. §. 1. em quanto diz = *se souber escrever, e se não souber mande-os escrever a outrem, e elle assigne o escripto por sua mão*, = donde pertendem alguns tirar, que se deve entender esta assignatura do signal de cruz; porém ainda que assim seja, nesta Ord. trata-se de hum acto *inter vivos*, onde a prática a tem admittido; mas em o nosso caso prohibe a Lei expressamente semelhante assignatura, como sujeita a falsidades, e manda positivamente, que assigne outra pessoa pelo Testador que não sabe. He verdade, que no principio da nossa Monarquia se usava tanto da assignatura de cruz, como douta, e largamente mostrou o erudito Desembargador João Pedro Ribeiro em a Dis. 8.ª Cap. 3.

pag. 15. das Dis. Chronolog. e Crit. ; mas era porque nesse tempo havião muito menos pessoas peritas em escrever, do que depois entrou a haver, e havia já quando se formou aquella Lei nos Codigos da Nação; pois que o mesmo A. mostra, que já o Codigo Wisigothico requeria para a validade das Escripturas os signaes, ou subscripções dos Contrahentes, ou de outra pessoa por elles, quando impedidos.

CAPITULO XLVI.

Da Fôrma de hum Testamento cerrado, ou modo pratico de o fazer, e approvar.

J. M. J.

EM Nome da Santissima Trindade, Padre, Filho, Espirito Santo, em quem eu F. . . firmemente creio, e em cuja fé protesto viver, e morrer. Este o meu Testamento, e ultima vontade.

Declaro que sou natural de... Filho de F. . . Legitimo, ou não. (1)

Fallecendo em tal parte, quero ser sepultado em tal. . . e deste, ou daquelle modo.

Mando que por minha alma se digão tantas Missas, se dem a pobres, orfãs, ou viúvas, taes, e taes esmolas, etc. . . .

Deixo a F., e a F. tanto, e do remanescente instituo por herdeiro a F. (2)

(1) Aqui declara qual he o estado em que se acha quando está dis-
pondo, e se tem Filhos, a qualidade delles, ou se he casado por carta
de ametade, ou por dote, e arrhas.

(2) Neste lugar he que deve declarar os legados que deixa, e o
modo, ou condição com que os quer deixar, tendo em vista as regras

Rogo a F. queira fazer a obra pia de ser meu Testamenteiro.

Esta a minha ultima vontade, e disposição para depois de minha morte, e por este Testamento revogo qualquer outro. Lisboa tantos de tal mez, e annq. F.... (1)

Querendo-se mandar approvar este Testamento, se chamão cinco Testemunhas, e hum Tabellião, cujo Auto costuma fazer do modo seguinte :

Saibão quantos este Instrumento de Auto de Approvação de Testamento virem, que no anno do Nascimento de N. S. J. C. de mil... aos... dias do mez... nesta Cidade, Villa, ou Lugar de... em casa de F... aonde eu Tabellião vim; e sendo elle ahi presente, que reconheço pelo proprio, que se acha de pé (ou de cama), e em seu perfeito juizo, e entendimento, segundo o meu parecer, e das Testemunhas que presentes estavam, e positivamente forão convocadas, perante as quaes por elle Testador das suas mãos ás minhas me foi dado este papel, fechado, e cosido, dizendo-me que era o seu Testamento, que elle fizera, (ou lho fizera a seu rogo F...) e que queria eu lho approvasse, cujo papel eu acceitei, e achei com effeito ser o Testamento do sobre-dito Testador F.... escrito em tantas laudas de papel, o qual vi, e não li; e não achando em todo elle borrão, riscado, ou entrelinha, nem cousa que duvida faça, lhe fiz as perguntas da Lei na presença

estabelecidas, não só a respeito das pessoas que podem ser instituidas, mas de que bens póde dispôr, por ter Fálhos, ou se achar neste, ou naquelle estado. Tambem póde em primeiro lugar instituir o herdeiro, e depois incumbir-lhe a satisfação dos legados, ou ao Testamenteiro, não sendo ao mesmo tempo herdeiro.

(1) Se o Testamento he feito por letra do Testador, não tem necessidade de o assignar; se porém he feito por outro, então deve-o assignar; e não sabendo, ou não podendo, a seu rogo a pessoa que lho tiver feito.

das Testemunhas abaixo assignadas, a que respondendo que este era o seu Testamento, e ultima vontade, que por este revogava outro qualquer, que rogava ás Justiças de Sua Magestade lhe dessem cumprimento de justiça, e que se não valesse como Testamento, queria valesse como cedula, ou codicillo; e finalmente que era contente que ficasse fechado, cosido, e lacrado, e que não fosse aberto senão depois do seu fallecimento, o qual por não ter cousa que duvida fizesse, rubriquei as tantas laudas de papel, em que se achava escrito o Testamento com o meu appellido de F., e lho approvei, e houve por approvedo na fôrma da Lei, e do meu Regimento com todas as solemnidades de Direito, e fica fechado, cosido, e lacrado com tantos pingos de lacre por banda; e para constar fiz este Auto de Approvação, que assignou elle Testador, ou F... a seu rogo, por lhe pedir, e rogar, do que dou fé, sendo Testemunhas presentes F., F., F., F., e F., (declarando-se as naturalidades, e occupações das Testemunhas) que reconhecem ser o dito Testador o proprio, de que dou fé, e assignarão depois de lhes ser lido por mim Tabellião este Auto de Approvação; e eu F... Tabellião o escrevi, e assignei em publico, e raso.

≡ Signal publico. ≡ Em Testemunho de verdade F.... (1) Segue-se o nome do Testador, ou de quem assigna a rogo d'elle, assignando depois as Testemunhas. Feito o que, se fecha, e lacra, pondo-lhe o subscripto que declare ser o Testamento de F.... feito em tal tempo, a quem se entrega. Este o Testamento fechado, e que mais se acha em uso. Se porém he feito em as Notas por Tabellião publico, en-

(1) Note-se que por Decreto de 19 de Janeiro de 1819 se permitiu nos Estados do Brasil, que o Ajudante do Tabellião podesse approvar os Testamentos.

tão faz-se do mesmo modo que huma Escripura publica, só com a differença do articulado, e de ser necessario assignarem nelle cinco Testemunhas, além do Tabellião, e Testador, ou da pessoa que assignou a rogo deste, e não tem necessidade de approvação, como diz a Ord. Liv. 4. tit. 80. pr., e já se notou no Cap. 5. §. 1. Sendo porém aberto, sem ser feito por Tabellião, deve ser lido primeiro ás Testemunhas, por isso que não leva Auto de Approvação, e depois da morte do Testador deve ser publicado judicialmente com citação de partes, e Sentença do Magistrado, que o julgue por firme, e valioso.

A fôrma do Codicillo he a mesma do Testamento, só com a differença de declarar nelle que tendo feito Testamento em tal tempo, fazia nelle tal, e tal declaração, (no caso de o ter feito) sendo sua ultima vontade que se cumprisse, e guardasse o mais que no mesmo Testamento tinha disposto; cuja declaração se deve fazer tambem no Auto de Approvação, que he da mesma fôrma que o do Testamento, sendo sómente necessarias quatro Testemunhas além do Tabellião, em que podem entrar tambem mulheres.

Resta finalmente observar que a nossa Ord. L. 4. tit. 84. §. fin. aponta hum caso, em que o Juiz *ex officio* deve mandar fazer Testamento ao particular, e vem a ser: quando á sua noticia chegar que alguma pessoa do seu districto deixa de fazer Testamento por medo dos seus parentes, ou por lho impedirem outras quaesquer pessoas; porque neste caso ainda que lho não requirão deve ir a casa do doente, ou impedido, e fazendo ahi vir hum Tabellião, e as Testemunhas necessarias, lhe dará lugar a que disponha livremente de seus bens; e neste caso será formalizado do modo que fica exposto, e requer a Ord. a respeito das outras especies de Testamentos.

 APPENDICE I.

A' Nota de pag. 171 sobre as Licitações nos Inventarios.

TENDO-ME referido no lugar indicado á *Memoria*, que em 1819 publiquei sobre o *Direito, e Pratica das Licitações nos Inventarios*, em que, tendo só em vista o beneficio publico, e nenhum outro motivo, ou antecipação, fiz vêr os vicios em que laborava a *Pratica*, que o A. da *dos Juizes Divisorios* tinha ensinado nos §§. 11. e 12. do 1. Tom. por estabelecer nella principios, que se não conformavão nem com o *Direito*, nem com a pratica até aqui usada sobre as mesmas *Licitações*; e tendo-se este A. dignado responder á minha *Memoria*, e dito a pag. 388 do 2. Tom. *que me devia desdizer do que proferira a pag. 5. da mesma Memoria*, que he o mesmo que dizer, que como levantei falsos testemunhos á sua pratica, e injuriei o seu A. me devo desdizer, e confessar publicamente, que ella não só não tem vicios, mas que he digna de se adoptar, vejo-me em a necessidade, contra minha vontade, de responder a isto.

Mas primeiro que tudo devo perguntar-lhe quem foi o Juiz, que julgou, e decidio esta questão, ou pleito, e que me manda desdizer? E em segundo lugar responder-lhe em these, e sem soçobro algum, que tão longe estou de me desdizer do que escrevi naquella *Memoria*, que de novo a ratifico solememente, pois que tendo merecido a approvação de homens que respeito por grandes sabios do respeitavel Corpo da Magistratura, sem que me faça por isso

Mestre de Pratica (1); e não sendo destruido de modo algum o que alli disse, pelo que de novo escreveo o cit. A. no seu *Addicionamento* ao Tom. 2. de pag. 375 até 392, antes sido confirmado muitas, e repetidas vezes por elle; dizendo até a final, que a minha pratica he conforme com a sua, e cahindo no excesso de dizer a pag. 389, que eu lha roubára, devo não só sustenta-lo, mas mostrar mui brevemente a impostura, e pouca sinceridade com que escreveo o cit. A. a sua chamada resposta ao meu Folheto, e as incoherencias, e contradicções com que quiz contradictar o conteudo deste, fazendo seu o que nelle achou de bom, e que eu tinha escripto imparcialmente fundado em Lei, e não no arbitrio que abomino.

O A. da resposta ficou atribulado com o que lêo no meu Folheto, e não entendendo o que nelle expuz, ou usando de pouca sinceridade, diz *que eu lhe roubára a sua pratica, e que então estavamos conformes em principios sobre Licitações*; mas eu não posso estar por isto, porque os meus principios são muito differentes daquelles, que o A. estabeleceo nos §§. 11. e 12. da sua 1. P., e que agora confirmou de novo, pois que os refutei, e não posso desdizer-me, porque o A. da resposta não aponta razões que a isso me obriguem.

Dizer *que a minha Pratica, ou a que descrevi no fim do meu Folheto, he conforme com a sua* he falar ao publico com menos verdade, ou não entender o que alli disse, e chamar boa pratica aquillo a que eu não dei tal nome.

(1) A expressão de que usa muitas vezes o mesmo A. da pratica dos Juizes Divisórios, como: — *a pratica que eu ensino*, e se vê a pag. 390 — *advirto ao Juiz das Partilhas*, ut a pag. 380, etc., e o tom magistral de que usa na mesma *Pratica*, faz crer que tenha sido autorizado para o ensino della, mas ainda o ignoro.

Veja a pag. 41 do meu Folheto, em conclusão do que tinha exposto em os Artigos antecedentes, e verá que segundo a minha opinião (que não obrigo a seguir, mas que não será facil destruir), fóra do caso da Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 5. se não deverá admittir a *Licitação* nos Inventários, ou Partilhas entre coherdeiros, de que tratei sómente, isto he, aquelle acto, a que no Fôro se dá o nome de *Licitação* deduzido do Direito Romano, donde fóra adoptado; por isso que no caso do §. 23. da mesma Ord., e as arrematações Judiciaes, de que falla o cit. A. a pag. 377. nunca merecêrão no Fôro Portuguez o nome de *Licitação*, que eu defini' a pag. 10, conformando-se com o pensar do grande *Domat*, hum dos mais acreditados Interpretes de Direito Romano, a quem consultei para isso, e não aos Dictionarios Portuguezes, que só me podião dizer, se a palavra *Licitação* era Portugueza, ou donde trazia a sua origem.

Na mesma conclusão da pag. 41. disse, que a *Licitação* admittida fóra do caso da Ord. cit. era hum abuso de pratica contrario á Lei, ou não authorizada por ella, que trazia consigo inconvenientes, e prejuizos, que ficavão notados; mas que como ella vogava no Fôro, para se conseguir pouco e pouco o seu desterro seria necessario recorrer aos meios indirectos, e que o que eu tinha descoberto na pratica ser mais proficuo era o que descrevia no Art. 9. a pag. 43., em quanto hum Ass. da Casa da Supplicação não entendia authenticamente aquella Ord. só do caso, que nella se expressa.

Ora daqui poderá alguém deduzir, que eu digo que se deve seguir para o futuro sem duvida a pratica, que descrevi no Art. 9.º? Não: antes pelo contrario eu digo, como ouvi dizer a hum sabio, e douto Magistrado = *nada de Pratica, que não esteja authorizada por Lei, quando temos a Lei, que só au-*

thorisa o acto chamado Licitação, quando a coisa he individua, e se não pôde commodamente dividir. =

A pratica que descrevi no Art. 9.º, e de que usei quando fui Juiz d'Orfãos (ainda muito antes de sahír ao prélo o 1.º Tom. da *Prat. dos Juizes Divisórios*, e onde se não acha, posto que o seu A. diga com impostura, que a ensinou alli, pensando que os outros são cegos) não pôde ser considerada senão como hum estratagemá ou meio de evitar os abusos, que costumão entrar nas *Licitações*, e de evitar também os recursos, que se costumão interpôr, quando os Juizes as negão; e he neste sentido, que eu lhe chamei *melhor pratica*, no meio da abusiva que grassa no Fôro, de que resultão incalculaveis prejuizos.

Dizer o cit. A. *que a minha Pratica he conforme com a sua*, só por ter dito no §. 12. da 1.ª P. = *que o Juiz poderá adjudicar os bens licitados a quem quizer* =, depois de ter dito no mesmo §. = *para se adjudicarem áquelle herdeiro, que primeiro offerecer áquelle valor* =, he levantar-lhe hum testemunho; pois como podia eu deduzir desta contradicção huma pratica tão simples, como a que alli descrevi? Onde he que o cit. A. expressou, ou ensinou huma pratica, como a que se acha no meu Folheto no Art. 9.º? Poderá alguem deduzir o mesmo do que elle escreveu no §. 12. do Cap. 2. da 1.ª P. onde elle estabeleceo a sua, para agora dizer que eu lha roubei?

Se me não fosse injurioso semelhante dito, eu lhe cederia a palma francamente; porque não sigo a opinião de que ella se deva seguir para o futuro, mas só interinamente, e do modo que acabo de dizer; mas os Leitores imparciaes decidirão quem foi o que descreveo o modo de ficar ao arbitrio do Juiz a adjudicação da coisa licitada, sem com tudo excluir os coherdeiros dos seus lanços, nem haver as complica-

ções, que resultão da pratica, que ensinou o cit. A. ; pois que o que se escreveo está á vista.

Não entendendo assim o cit. A. o sentido com que apresentei a pag. 43. a minha Pratica, posto que da Epigrafe se colhe facilmente em quanto se inscreve o Art. 9.^o — *Melhor Pratica sobre as Licitações admittidas no Fôro* —, por isso he que a pag. 390. me notou de incoherente, em quanto disse, quando tratei do Direito, e Theoria das *Licitações*, que ellas são *humas vendas*, etc., dizendo depois na pratica, que o *não são*; pois que huma cousa he dizer = *este acto deve fazer-se, ou entender-se deste modo*, = e outra cousa he dizer = *no meio do abuso pratica-se assim*.

Quando eu digo que a *Licitação he huma venda*, he porque examinando a força da palavra *Licitação*, os AA. que a tem definido, os Interpretes de Direito Romano, os Codigos, que della fallão, e a nossa Ord. Liv. 4. tit. 96. §. 5, que adoptou o Direito, a que os Romanos chamavão *Licitação*, lhe não dão outro nome senão o de *venda*; e quando disse na Pratica que *não he venda*, mas *hum acto*, ou *meio de dar maior valor ás propriedades, que se julgão mal avaliadas*, fallei da pratica abusiva do Fôro, com o que não destrui a minha opinião manifestada quando tratei do verdadeiro Direito e Theoria das *Licitações*; pois que todos sabem que na pratica abusiva, que até agora se tem usado nas *Licitações*, nunca estas forão reputadas como vendas, mas como meios de augmentar o valor das propriedades, ou como o cit. A. lhe chamou a pag. 35 da 1. P. = *hum remedio da desigualdade das Partilhas*: dizendo a pag. 36. = *As Licitações das Partilhas não são arrematações, nem vendas Judiciaes; não se trata de vender bens de herdeiros, trata-se sómente de partir os bens com toda a igualdade*. =

Mas quam depressa mudou de opinião, logo que vio o meu Folheto, que trata de pouco mais ou menos! Mas não o diga eu, que sou suspeito agora, diga-o a sua resposta no fim da 2. P. do seu Trat.

A pag. 377 diz elle = A linguagem da nossa Legislação, em os Leilões, e Almoedas he a palavra *Lançar*, *Lanço*: cujas palavras correspondem ás palavras Latinas *Licitare*, *Liceri*, *Licitatio*, = o que repete a pag. 378., que he o mesmo, que eu disse a pag. 8. da mesma Memoria, e vem em *Vicat Vocab. Jur.*, e quiz agora fazer seu, estando alli á vista.

Diz mais a pag. 377. *que os casos da Ord. Liv. 4. tit. 26. §§. 5. e 23. são Licitações* approvadas pela Lei; quando alli não se usa senão da palavra *venda*; e no mesmo Lugar §. 8. acrescenta *que nas Execuções, e vendas Judiciaes se admittit o lanço maior para se arrematar, e adjudicar a quem venceo os outros no lanço, e offerecimento do preço, e aqui temos huma Licitação admittida pela Lei.* =

Porém depois de exprimir todas estas expressões, e dizer que naquellas vendas he que existe a Licitação admittida pela Lei, diz a pag. 378. no §. 10. = *que a Licitação não he venda, nem compra, como se diz no meu Folheto; porque ninguem compra o que he seu, etc.* = Como se o quinhão, que hum compra sem se saber a que coherdeiro ficará, por estar *pro indiviso* na posse do Cabeça de Casal, se reputasse compra do proprio!

Mas bem depressa torna a cahir na contradicção de dizer que he *venda* a pag. 391, fazendo distincção de cousas individuas a cousas, ou fazendas que se podem dividir; que no 1.º caso he venda na parte, que leva de mais o herdeiro a quem se adjudicou; e no 2.º caso não he venda, podendo dar o Juiz os bens licitados a quem quizer.

Mas além disto ser opposto ao que o mesmo A. tinha dito nos §§. 11. e 12, que se podem lêr, para se vêr se eu fallo verdade, desejaria eu saber onde he que a Lei, e mesmo a pratica fez tal distincção? Pois que a Ord. que falla da Licitação da cousa individua, como fica dito, não lhe dá senão o nome de *venda entre os coherdeiros*, e não faz distincção de excesso de quinhões; e quanto á das cousas que se podem dividir, não ha Lei alguma que as authorize, esó essa pratica abusiva, que eu combati; e que para se conseguir pouco e pouco o seu desterro do Fôro aconselhei hum meio, qual o de admittir na presença do Juiz, e interessados o lanço que cada hum quizer dar ás propriedades, que estão *pro indiviso*, e sem mais questão ou lanço, consultar os mais coherdeiros que não lançarão, se não tem duvida que se lhes adjudique no seu quinhão alguma das propriedades licitadas (para me servir deste termo que voga no Fôro), porque consintindo nisto, he que o Juiz fica com o arbitrio de adjudicar, e não de outro modo, como ensina o cit. A.; pois que deste modo he mais hum Compromisso que as Partes fazem de elevar os preços das propriedades avaliadas, que huma Licitação, e por isso coherentemente disse na minha Pratica que neste caso não tínhamos *venda*; porque havendo *Licitação* conforme o §. 5. da Ord. Liv. 4. tit. 96. em que unicamente se acha approvada essa, de que usárão os Romanos, temos huma *venda*, como se expressa a mesma Ord.; e hum Escriptor particular deve escrever conforme á Lei, e quando muito aconselhar o que lhe parecer melhor se observe na pratica, e não usar do tom Magistral, ou de palavras imperativas, como por ex. = *O Juiz das Partilhas obrará deste, ou daquelle modo; observar-se-ha, conforme a pratica, que ensino etc.*

Dizer o mesmo A. a pag. 238. §. 21 = *que come-*

cei a minha chamada analyse dos seus §§. trocando os periodos, devendo apresenta-los na sua integridade, = he outra calumnia manifesta, que elle mesmo prova ; pois que o que fiz foi apresentar por inteiro os principios que elle alli estabeleceo sobre *Licitações* ; mas como elle escrevesse para principiantes, assentou talvez que não haveria entre elles quem descobrisse as suas contradicções, e vicios que alguns encerravão ; mas o bom não he isto, he tornar elle a repetilos do mesmo modo, e pela mesma ordem com que forão combatidos na minha Memoria ; o que faz desde pag. 384. até 388. da maneira seguinte :

1.^o = *Que he uso em todos os Auditorios admittir os herdeiros a lançar sobre as avaliações dos bens, para se lhes adjudicarem no seu quinhão* : o que não combati, e só mostrei no corpo da Memoria o abuso desta prática.

2.^o = *Que este uso está approvado nos Tribunaes* : mas não accrescentou agora o que tinha dito no §. 11. *de ter formado hum Direito consuetudinario* ; o que combati, e não destruo, nem tocou agora na sua resposta.

3.^o = *Que as Licitações emendão o erro das partilhas etc.* : este foi combatido a pag. 83. da minha Memoria, e não destruido o aqui dito pelo A. da resposta, como se póde vêr.

4.^o = *Que ellas equilibrão os valores das propriedades etc.* : o que combati a pag. 33. da Memoria, e não foi destruido pelo A. cit., como se póde vêr a pag. 385.

5.^o = *Que ellas augmentão o monte hereditario, etc.* : o que igualmente combati a pag. 34. da Memoria, e não convence o que disse o A. da resposta a pag. 485., como se póde vêr.

6.^o = *Que não deve ser admittida a Licitação, havendo excesso no valor real, e valor da affeição do*

herdeiro etc. : foi igualmente combatido a pag. 35. e 36. da minha Memoria; e se o A. da resposta diz agora a pag. 385., em resposta ao que alli perguntava, *que a medida para conhecer aquelles valores he a Ord. Liv. 4. tit. 13. §. 5. e 7.*, direi que esta não pôde servir de regra ao Juiz quando está no acto das Licitações, de que fallamos, e só o pôde ser, para depois de feitas se desfazerem por acção competente, provando-se a lesão de que trata aquella Lei, quanto ao valor real; porque pelo que pertence ao da affeição, sendo relativo á pessoa do licitante, não pôde o Juiz ter regra alguma, a que possa recorrer para o conhecer, não sendo o que alli disse.

7.^o = *Que se não deve admittir a Licitação quando hum herdeiro licita a herança toda, etc.* : foi igualmente combatido a pag. 36 da Memoria; e o que o A. cit. respondeo a pag. 385. não convence, como se pôde vêr.

8.^o = *Que se não admittão lanços sobre lanços nas Licitações etc.* : combatido tambem a pag. 37. da Memoria; e o que agora accrescenta o A. da resposta, não destroe o que alli disse, como se pôde vêr.

9.^o = *Que as Licitações não são arrematações, nem vendas etc.* : foi tambem combatido a pag. 38. da Memoria, e de novo nesta resposta a do A. cit., em que fica demonstrada a contradicção manifesta do que agora escreveo na sua resposta.

10.^o = *Que pela Licitação se não adjudicão os bens a quem mais offerece etc.* : foi combatido a pag. 38. da Memoria; e de novo mostrado nesta resposta a contradicção em que cahio o cit. A.

11.^o = *Que a Licitação se pôde fazer na Audiencia, ou em casa do Escrivão etc.* : tambem foi combatido a pag. 39. da Memoria, quanto ao dizer o cit. A. que se pôde fazer em casa do Escrivão, e por hum Termo; e o que este agora responde a pag. 387.

não convence; porque não póde fazer-se com legalidade senão perante o Juiz, por qualquer lado que se olhe, e então temos hum Auto, que este deve assignar com o Escrivão, e interessados presentes, ou seus Procuradores.

12.^o = *Que a Licitação só se admite até o dobro do valor das propriedades etc.*: foi igualmente combatido a pag. 39. da Memoria em que se mostrou a contradicção em que cahio o cit. A.; e para a salvar agora na sua resposta a pag. 387. recorre á Ord. já cit. do Liv. 4. tit. 13. §§. 6. e 7.; porém já eu disse, e mostrei que não vem para o caso esta Ord., porque depende este conhecimento, e prova de hum a acção ordinaria.

13.^o = *Que os bens dotaes admittem Licitação etc.*: foi combatido do mesmo modo a pag. 40. da Memoria; e sendo respondido pelo cit. A. a pag. 387., não convence a sua resposta, porque não salva a Ord. Liv. 4. tit. 96. §§. 4. 13. e 14., quando a sua disposição he concebida com clareza, e como em privilegio concedido aos bens dotaes; e o A. cit. conhece quanto aquella proposição he *dura*, e *atrevida*; pois que não ha que combinar com os §§. 2. 5. 6. e 21. da mesma Ord.; porque aquelles se devem contemplar como excepção destes; o que he confirmado pela pratica geralmente recebida.

14.^o = *Que o Juiz poderá adjudicar os bens Licitados a quem quizer etc.*: ainda que o cit. A. diga a pag. 388. que eu não contradictei esta proposição, porque me não fazia conta, o contrario se acha com tudo a pag. 38. da Memoria, sendo novamente desenvolvido no principio desta minha resposta.

Ora pois se elle não responde á minha Memoria senão com palavras repetidas a cada pagina, acarretando até a glosa de *Baldo á L. Si pignori D. Fam. Ercisc.*, sem saber que o §. 13. da L. de 18 de Agosto

de 1769 condemnára semelhantes citações no Fóro Portuguez, debaixo de graves penas, quando devia responder com razões jurídicas, e capazes de me fazerem desdizer; e se elle estabelece a sua Pratica sobre fundamentos e principios, que se desfazem no primeiro golpe de vista de qualquer principiante, como diz elle que me devo desdizer, e que a minha Pratica he deduzida, ou roubada da sua? *Risum teneatis, amici!!!*

APPENDICE II.

Com o teor de tres Assentos da Casa da Supplicação sobre a successão dos Vinculos, que servem para intelligencia da materia expendida no Cap. 42. §§. 7. e 9, e que por se não acharem ainda impressos se estampão aqui.

N.º 1.

Aos 18 dias do mez de Agosto de 1819, em Meza Grande da Casa da Supplicação, sendo presente o Illustrissimo e Excellentissimo Senhor *João Antonio Salter de Mendonça*, do Conselho de S. M., Comendador nas Ordens de Christo, e da Conceição de Villa Viçosa, Desembargador do Paço, Procurador da Corôa, Secretario do Governo dos Negocios do Reino e da Fazenda, Chanceller da Casa da Supplicação, que serve de Regedor, foi proposto na conformidade da Ord. do Reino, Liv. 1. tit. 5. §. 5. e da Cart. de L. de 18 de Agosto de 1769, §. 6. = que tratando-se da intelligencia da Carta de Lei de 3 de Agosto de 1770, em hum Feito, que pende por Embargos, em gráo de Revista, nelle, além das op-

postas interpretações dos Advogados, se achão Sentenças proferidas por huma e outra parte em ambas as instancias: julgando humas, que ao actual Administrador de hum Morgado ao tempo da promulgação daquella Lei, fallecido depois sem descendentes, devia succeder o seu mais proximo parente, sendo do sangue do Instituidor, sem embargo da vocação, que para esse acontecimento se achava na respectiva Instituição; e pelo contrario decidindo outras a favor da vocação substituida: E por quanto esta incerteza de julgar empece essencialmente a segurança dos Direitos, que todos os Cidadãos devem gozar á sombra tutellar das Leis, a fim de se fixar huma regra invariavel em tão importante materia, se propoz á interpretação authentica desta Meza a seguinte:

Quesito. = " Se pela Carta de Lei de 3 de Agosto de 1770, ficarão sendo de regular successão nos Administradores actuaes ao tempo da sua promulgação os Morgados instituidos de preterito, de maneira que a administração se deva devolver aos seus parentes mais proximos, sendo do sangue do Instituidor, não tendo descendentes, sem embargo das substituições feitas pelos Instituidores em determinadas pessoas nas mesmas Instituições, havendo-se por derogada inteiramente a liberdade dada aos Instituidores no §. 3. da Ord. Liv. 4. tit. 100. » O qual posto em deliberação:

Assentou-se á pluralidade de votos dos Ministros do Conselho, e Desembargo de S. M. abaixo assignados, que sendo pela Carta de Lei de 3 de Agosto de 1770 todos os Morgados instituidos antes da sua promulgação reduzidos á natureza de regulares, e aos termos da Ord. do Reino Liv. 4. tit. 100. (aos quaes os desta Lei se não oppõem) nos seus actuaes Administradores, para nelles succederem os seus

Descendentes, e conjunctos, como literalmente declara a mesma Lei no §. 8, por ser esta a ordem regular da successão prescripta no pr. e nos §§. 1. e 2. da mesma Ord., devem por necessaria consequencia, na hypothese proposta, succeder aos actuaes Administradores fallecidos sem descendentes os seus parentes mais chegados, sendo do sangue do Instituidor, segundo a regra geral do §. 2. da Ord.

Ficando por tanto sem vigor, nem effeito quaesquer vocações, ou substituições, que os Instituidores em outra maneira hajão feito, usando da liberdade illimitada, que a Ord. lhes deixou no §. 3. do Liv. 4. tit. 100. por excepção ás regras geraes prescriptas no seu principio, e §§. 1. e 2, as quaes a Cart. de L. de 3 de Agosto de 1770 veio instaurar, proscrevendo no seu contexto, e especialmente no §. 10, como nullas, e não escriptas nas Instituições de preterito, todas as vocações irregulares, e prohibindo expressamente nas de futuro no §. 24. todas as vocações arbitrarías como oppostas á regularidade, a que viera reduzir os Morgados por Instituições uniformes, e invariaveis, excluindo assim a exorbitante excepção do dito §. 3. da Ord. por incompativel, e subversiva da estabelecida regularidade, verdadeira indole, e fins politicos dos Morgados, cujos fundos emancipados de diversos encargos, e relações civis por bem do melhor serviço da Corôa, e conservação da nobreza, da qual constitue o privativo patrimonio, devem reger-se na sua administração, e successão pela analogia das maximas, e principios do Direito Publico, que regulão a Jurisprudencia Heroica deste Reino; bem differentes dos que governão os interesses, e direitos de propriedade particular, á qual a Ord. no dito §. 3. tanto attendeo, sem contar com as prerogativas uteis, e honorificas outorgadas aos Morgados, que bem valem as modificações, que a

politica do Estado soffre ao dominio dos interessados, se não he que naquella excepção se propoz a facilitar as Instituições, que habilitavão os Vassallos a augmentar a força militar d'hum Reino nascido, e adulto em continuas guerras, e victorias.

Esta liberdade indefinida dos Instituidores degenerou com o andar do tempo em tantos abusos contrarios aos seus mesmos fins, quantos enumera a Carta de Lei de 3 de Agosto de 1770, e derão motivo ás sabias, e efficazes providencias, com as quaes acudio a remediallos de preterito, e prohibillos de futuro, proscrevendo das Instituições dos Morgados todo o arbitrio, que não fôr conforme ás regras geraes da successão prescriptas na Ord. Liv. 4. tit. 100. pr. e §§. 1. e 2. em beneficio da tranquillidade publica, e particular das familias, nobreza, e conservação da dos Instituidores, decepando de hum golpe as interminaveis disputas sobre a interpretação da vontade irregular, e caprichosa dos Instituidores, origem fecunda da ruina das familias, que no estabelecimento dos Morgados esperavão a sua conservação; em cujas providencias se deveria haver por virtualmente derogado o referido §. 3. da Ord. Liv. 4. tit. 100; ainda que nas amplissimas clausulas, com que remata a referida Carta de Lei, não derogasse, como deroga todas as Leis em contrario, como se dellas fizesse literal, e expressa menção.

E para não vir mais em duvida a proposta questão se tomou este Assento, que o dito Senhor Chanceller assignou com os Ministros, que nelle votárão.
 = Como Regedor, Salter. Ribeiro Saraiva. Gomes Ribeiro. Doutor Valasques. Doutor Guião. Doutor Souza S. Paio. Veiga. Bragança. Garcia. Guerreiro. Teixeira Homem. Ferrão. Doutor Salinas. Germano da Veiga. Lencastre. Amaral. Doutor Figueiredo. Oliveira. Giraldes Quelhas. Sá. Esteves. Sarmento. =

Registado no L. 3.º dos Ass. da Casa da Supplicação a f. 9.ª.

N.º 2.

Aos 14 dias do mez de Julho de 1820, em Meza Grande da Casa da Supplicação, sendo presente o Illustrissimo e Excellentissimo Senhor *João Antonio Salter de Mendonça*, do Conselho de S. M. etc. foi proposto a requerimento do Desembargador Procurador da Real Fazenda, se a condição posta na Instituição de hum Vinculo anterior á Lei de 3 de Agosto de 1770, = de que finda a parentela das linhas chamadas para a sua successão, se vendessem os bens em que era instituido, e se distribuíssem em Legados pios, que ahi se designarão = se deve considerar como contraria a Direito, e na classe das irregulares, exóticas, frivolas, e exquisitas, que o §. 10. da mesma Lei declara por não escriptas, e nullas, tanto nos Vinculos Instituidos de preterito, como de futuro, tornando a todos de regular successão, com a qual se torna incompativel, e por consequencia revogada a liberdade concedida aos Instituidores no §. 3. da Ord. Liv. 4. tit. 100. de ordenarem as Instituições como lhes parecesse.

Assentou-se por huma grande pluralidade de votos dos Ministros do Conselho, e Desembargo de S. M. abaixo assignados, que semelhante condição, ou clausula, era contraria a Direito, tornando assim a instituição do Vinculo irregular, e exotica; e que por isso, na conformidade do §. 10. da referida L. de 3 de Agosto de 1770, devia reputar-se como não escripta, e nulla; pois que sendo os Vinculos de sua natureza perpetuos, e havendo de regular-se sua successão até ao ultimo successor dos mesmos, segundo o disposto na Ord. Liv. 4. tit. 100. no que não fôr contraria á dita L. de 3 de Agosto de 1770; na fal-

ta de todos os legitimos successores se devolvem immediatamente os mesmos á Corôa, tanto por Direito consuetudinario, observado desde o principio da Monarquia, de que attestão os nossos Escriptores, como ainda mesmo por Direito escripto depois da Carta Regia de 28 de Setembro de 1629, e do Alv. de 2 de Dezembro de 1791, de 20 de Maio de 1796, na parte em que instaurou o §. 18. da L. de 9 de Setembro de 1769, e de 14 de Janeiro de 1807, no §. 8.

Tendo por tanto a Corôa seu direito assim fundado, e inherente nos bens dos Vinculos, direito que bem observadas as palavras do pr. da dita Lei de 3 de Agosto de 1770, e as do referido Alv. de 20 de Maio de 1796, lhe provêm mais por titulo oneroso, do que lucrativo; pois que por largos annos, e mesmo seculos, deixa de perceber sizas dos bens vinculados; he evidente, que a clausula, que se dirige a priva-la desse direito de devolução, o qual he immediato ao do ultimo legitimo successor, e que he propriamente o termo do *Vinculo*, altera, ou côrta junto á sua extremidade a regra, que se acha estabellecida em Direito sobre Vinculos, os quaes só podem dissolver-se quando chegão a este ultimo termo, isto he, quando entrão na Corôa, como bem se deduz do dito Alv. de 20 de Maio de 1796; e por isso he semelhante clausula irregular, exotica, e contraria a Direito, devendo haver-se por consequencia como não escripta.

E para não vir mais em duvida, se tomou este Assento, que o dito Senhor Chancellor, que serve de Regedor, assignou com os Ministros, que nelle votarão. = Como Regedor, Salter. Fomos presentes. Com duas rubricas dos Desembargadores Procuradores da Corôa, e da Fazenda. = Ferrão. Gomes Ribeiro. Doutor Valasques. Veiga. Teixeira. Guerreiro. Bragança. Garcia. Pereira. Barradas. Quintella. Doutor Ferreira. Doutor Salinas. Germano da Veiga.

Amaral. Doutor Souza S. Paio. Oliveira. Giraldes
Quelhas. =

*Registado no L. 3.º dos Ass. da Casa da Suppli-
cação a f. 12.*

N.º 3.

Aos 14 dias do mez de Julho de 1820, em Meza Grande da Casa da Supplicação, sendo presente o Illustrissimo e Excellentissimo Senhor *Jodo Antonio Salter de Mendonça*, do Conselho de S. M. etc. veio em duvida, se instituido hum Vinculo por dois conjuges em suas Terças antes da Lei de 3. de Agosto de 1770, para andar sempre unido em hum só Administrador, que disserão, = seria seu Filho, depois deste o Filho, ou Filha, que o mesmo nomeasse, e na falta delles o parente, ou parenta mais chegada da geração: = extincta a linha dos Descendentes, e concorrendo dois transversaes em igual gráo ambos varões, hum Descendente de hum Irmão do Instituidor, e outro de huma Irmã da Instituidora, se se dava preferencia de sangue, entendidas as palavras da Ord. Liv. 4. tit. 100. §. 2. = *scudo do sangue do Instituidor*, = ou a qual delles pertencia a administração?

Assentou-se pela maior parte dos Ministros do Conselho, e Desembargadores de S. M. abaixo assignados, que huma vez, que ha concorrência de transversaes em igual gráo, e sexo, prefere a maior idade, segundo a regra geral de Direito, sem attenção á differença de sangue de Instituidor, ou Instituidora, os quaes neste caso se devem reputar huma e a mesma pessoa; pois que juntos quizerão instituir hum só Vinculo para andar sempre unido em hum só Administrador: não podendo admittir-se prerrogativa de sexo, quanto aos Instituidores, para haver de preferir o sangue do varão, por isso que semelhante

qualidade como privativa do gráo, não póde ampliar-se á linha, quando nella não ha representação, e muito menos por consequencia ao ponto de que partem as linhas, qual a Instituição: e sem que igualmente seja admissivel a doutrina da divisão dos Vinculos, como repugnante á natureza perpetua, e individua dos mesmos, que tanto importa á regularidade absoluta, a que a referida Lei de 3 de Agosto de 1770 os reduzio; nem possa tirar-se argumento para a dita doutrina do Alv. de 9 de Janeiro de 1788, que militou em caso especialissimo, e de diversa natureza do presente quesito.

E para não vir mais em duvida, se tomou este Assento, que o dito Illustrissimo e Excellentissimo Senhor Chanceller, que serve de Regedor, assignou com os Ministros, que nelle votárão. = Como Regedor, Salter. Ferrão. Gomes Ribeiro. Doutor Valasques. Leite. Teixeira. Doutor Guião. Veiga. Barradas. Guerreiro. Pereira. Bragança. Garcia. Quintella. Teixeira Homem. Doutor Figueiredo. Doutor Ferreira. Tavares de Sequeira. Germano da Veiga. Lencastre. Doutor Souza S. Paio. Araujo. Oliveira. Giraldes Quelhas. Esteves. Coutinho.

Registado a f. 14. do Liv. 3.º dos Ass. da Casa da Supplicação.

APPENDICE III.

Com o teor de duas Cartas de Lei: huma permittindo aos Secularisados Egressos de Ordem Religiosa, e aos mesmos Religiosos e Religiosas das Ordens extinctas testarem e herdarem; e a outra estabelecendo hum imposto sobre as transmissões de propriedade por titulo benefico.

I.

DONA MARIA por Graça de Deos, RAINHA de Portugal e dos Algarves, d'aquem e d'alem Mar, em Africa Senhora de Guiné, e da Conquista, Navegação, e Commercio da Ethiopia, Arabia, e Persia, e da India, etc. Fazemos saber a todos os Nossos Subditos que as Cortes Geraes Decretarão, e Nós Queremos a Lei seguinte:

Artigo 1.^o E' permittido aos secularisados Egressos de Ordem Religiosa, e a todos os Religiosos das Ordens extinctas pelo Decreto de trinta de Maio de mil oitocentos trinta e quatro, adquirir, alienar, testar, e dispor, de qualquer fórma que seja, de seus bens, nos termos em que é permittido pelas Leis do Reino aos Clerigos Seculares.

Art. 2.^o Os secularisados Egressos Religiosos das Ordens extinctas continuão todavia a ser estranhos ás familias, em que nascerão, para não poderem succeder ab-intestado, nem prejudicar as legitimas dos que a ellas tiverem direito.

Art. 3.^o Aos secularisados Egressos, e aos Religiosos das Ordens extinctas, que fallecerem sem testamento, succederão seus parentes (não obstan-

te não serem aquelles chamados á successão destes), observando-se neste caso as Leis geraes das successões, e excluido o fisco.

Art. 4.^o Esta Lei é extensiva ás Religiosas que se acharem em identicas circumstancias.

Art. 5.^o Fica revogada toda a Legislação em contrario.

Mandámos por tanto a todas as Authoridades, a quem o conhecimento, e execução da referida Lei pertencer, que a cumprão, e fação cumprir, e guardar tão inteiramente, como nella se contém. O Secretario d'Estado dos Negocios Ecclesiasticos e de Justiça a faça imprimir, publicar, e correr. Dada no Palacio das Necessidades, em trinta de Abril de mil oitocentos trinta e cinco. = A RAINHA = com Rubrica e Guarda. = *Manoel Duarte Leitão*.

Carta de Lei, pela qual Vossa Magestade Tendo Sanccionado o Decreto das Cortes Geraes de dezoito de Abril de mil oitocentos trinta e cinco, que permite aos Secularisados Egressos de Ordem Religiosa, e a todos os Religiosos das Ordens extinctas, bem como ás Religiosas que se acharem em identicas circumstancias, adquirir, alienar, testar, e dispôr, de qualquer fórma que seja, de seus bens, nos termos em que é permittido pelas Leis do Reino aos Clerigos seculares; o Manda cumprir, e guardar, como nelle se contém, pela fórma acima declarada. = Para Vossa Magestade vêr. = *Bartholomeu dos Martyres Dias e Sousa* a fez.

II.

DONA MARIA por Graça de Deos, e pela Constituição da Monarchia, RAINHA de Portugal e Algarves, d'aquem e d'alem Mar, em Africa, etc. Faço saber a todos os Meus Subditos que as Cortes

Geraes, Extraordinarias, e Constituintes da Nação Portuguesa Decretarão, e Eu Sanccionei a Lei seguinte:

As Cortes Geraes, Extraordinarias, e Constituintes da Nação Portuguesa Decretão o seguinte:

Artigo 1.º As transmissões de propriedade, que depois da publicação desta Lei se verificarem por titulo de doação, legado, successão testamentaria ou legitima, universal ou singular, ou por outro qualquer titulo puramente benefico, serão sujeitas a um imposto regulado, e pago pela fórmula seguinte:

§. 1.º Se a transmissão se verificar entre collateraes, parentes no segundo gráo, e fôr de sobrinhos para tios, o imposto será de dous por cento; e de tres por cento se fôr entre primos co-irmãos: os outros parentes no mesmo gráo não estão sujeitos a este imposto. Se a transmissão se verificar entre collateraes parentes no terceiro e quarto gráo, o imposto será de quatro por cento; e entre parentes mais remotos ou entre estranhos, o imposto será de seis por cento.

§. 2.º Na transmissão dos bens vinculados em Capellas e Morgados, o imposto será de um por cento entre descendentes e ascendentes; e bem assim no primeiro e segundo gráo da linha collateral entre irmãos, ou de tios para sobrinhos. Quando a transmissão fôr de sobrinhos para tios, o imposto será de tres por cento; e de sete por cento quando fôr entre primos co-irmãos, e mais grãos subsequentes.

§. 3.º Se a transmissão por qualquer dos sobreditos titulos se verificar de nacionaes em favor de estrangeiros, o imposto será o dobro.

§. 4.º Os grãos de parentesco serão contados segundo o Direito Canonico, e os adoptivos e affins são reputados estranhos para os effeitos desta Lei: os conjuges porém nada pagarão das transmissões que de uns para outros tiverem logar.

Art. 2.º Estão sujeitos ao imposto desta Lei os bens immoveis ou de raiz de qualquer natureza, os semoventes, os direitos e acções, e os dinheiros capitalizados ou não capitalizados, ou elles sejam ou não sejam mencionados em testamentos, escripturas, ou outros quaesquer titulos. São exceptuados da disposição desta Lei os bens moveis, em cuja accepção não ficão comprehendidas as mercadorias, e quaesquer outros generos que fação objecto de Commercio ou industria.

§. 1.º Este imposto será calculado sobre o valor de todos os bens transmittidos, deduzida a importancia das dividas, e de quaesquer encargos com que estiverem onerados, ainda quando a pessoa em quem a transmissão se verificar seja a mesma que tem direito sobre a divida ou encargo. Quando o objecto da transmissão não fôr a mesma propriedade, mas sómente o usufructo, o imposto será calculado sobre a metade do valor da propriedade.

§. 2.º A disposição desta Lei não comprehende aquelles donatarios ou successores, cujas transmissões não excederem o valor de cem mil réis.

Art. 3.º Este imposto será apurado nas doações insinuadas á vista da avaliação que precede a insinuação. Nas heranças em que houver inventario, pelas avaliações do mesmo inventario. Em todos os outros casos de valor indeterminado, será liquidado por um arbitramento de louvados, escolhidos a aprasimento das partes, e dos agentes do Ministerio Publico, diligencia que será feita ex-officio, sem que os contribuintes sejam obrigados a custas.

§. 1.º Se os contribuintes impugnarem o arbitramento, por motivos que demandão conhecimento judicial, o Administrador do Concelho remetterá logo os papeis ao Juiz de Direito, e este, se na sentença final condemnar os Embargantes, não só os condem-

nará nas custas, mas tambem nos juros da quantia que deverem desde a móra. O Juiz depois da sentença final tornará a remetter os autos ao Administrador.

Art. 4.º Os Tabelliães que fizerem escripturas de doação pura *inter vivos*; os Escrivães que fizerem termo de abertura de testamento cerrado; os Escrivães de registo, que registarem testamentos ou codicillo aberto; os Escrivães de redução de testamento ou codicillo nuncupativo; e finalmente os Escrivães de qualquer inventario em que hajão herdeiros ou legatarios sujeitos a este imposto, serão obrigados a participar ao Administrador do Concelho da situação dos bens, as ditas doações, heranças ou legados, no termo de trinta dias depois de lavradas as escripturas, termos de abertura ou de registo, ou depois das sentenças de redução e partilhas, sob pena de pagarem de multa outro tanto em que importar o imposto a que os contribuintes ficão em todo o caso obrigados.

§. 1.º Os Parochos são tambem obrigados, de baixo da mesma pena, a dar parte ao Administrador do Concelho das pessoas que fallecerem *ab-intestato*, ou com testamento, nas suas Parochias, dentro de trinta dias depois do seu enterramento.

Art. 5.º Os donatarios *mortis causa*, ou condicionaes, ficão obrigados a participar directamente ao Administrador de Concelho as suas doações, sem o que não poderão ser attendidos em juizo nas acções que intentarem ácerca dos mesmos bens.

Art. 6.º Este imposto será pago na transmissão dos bens de raiz a razão de dous por cento ao anno, contado desde o tempo da posse effectiva, ou do usufructo, se este não estiver unido á propriedade na época da transmissão. Os contribuintes que não pagarem o imposto no tempo em que são obrigados,

ficarão sujeitos a pagar mais o juro da mesma imposição, desde a móra em diante.

Art. 7.º Toda a propriedade de raiz que fôr sujeita ao imposto desta Lei, não será obrigada a outro imposto proveniente de uma nova transmissão, senão passados tres annos contados da data da primeira obrigação. O donatario ou successor, a favor de quem dentro daquelle tempo se verificar essa nova transmissão, não será obrigado a pagar senão o resto da quantia que faltar por satisfazer.

Art. 8.º O Governo fará os regulamentos necesarios para a boa arrecadação deste imposto, o qual será arrecadado pela Junta do Credito Publico, como parte da sua dotação.

Art. 9.º Fica revogada toda a legislação em contrario.

Palacio das Côrtes, em sete de Fevereiro de mil oitocentos trinta e oito.

Por tanto, Mando ás Authoridades a quem o conhecimento e execução desta Lei pertencer, que a cumprão e executem tão inteiramente como nella se contém. O Secretario d'Estado dos Negocios da Fazenda a faça imprimir, publicar, e correr. Dada no Palacio das Necessidades, em vinte e um de Fevereiro de mil oitocentos trinta e oito. = RAINHA = com Rubrica e Guarda. = *João de Oliveira*. = Logar do Sello.

Carta de Lei, pela qual Vossa Magestade Tendo^a Sanccionado o Decreto das Côrtes Geraes, Extraordinarias, e Constituintes da Nação Portugueza, de sete de Fevereiro de mil oitocentos trinta e oito, que estabelece, para dotação da Junta do Credito Publico, debaixo das penas que declara, um imposto sobre as transmissões de propriedade por titulo benefico, o Manda cumprir e guardar como nelle se contém, pela fórma acima expressada. = Para Vossa Magestade vêr. = *Carlos Bento da Silva* a fez.

INDICE ALFABETICO

ou

REPERTORIO

Dos principios e materias principaes, que se contém neste Tratado.



A

<i>Aberto</i> se pôde fazer o Testamento.	Pag. 32
<i>Abertura</i> do Testamento, como, quando, e por quem deve ser feita.	41
— não he acto de Jurisdição voluntaria.	42
<i>Accitação</i> da herança de que modo deve ser feita.	131
<i>Acções</i> por que se podem pedir os Legados.	164
<i>Acto</i> , ou contexto do Testamento o que seja.	66
<i>Accusar</i> pôde o Filho a seu Pai, quando se trata de crimes contra o Estado.	90
<i>Adjudicação</i> de bens como deve ser feita.	145 e 147
<i>Adquirir</i> a herança o que seja.	127
<i>Adulterinos</i> . Veja-se <i>Filhos</i> .	
<i>Aggravar</i> , ou Appellar se pôde da Sentença que julgou as partilhas no Inventario.	148
<i>Agnação</i> do Posthumo rompe o Testamento.	116
<i>Alienação</i> da coisa legada, se extingue ou não o Legado.	160
<i>Antiguidade</i> dos Testamentos em geral.	3
— dos ditos entre nós.	9
<i>Apostata</i> não pôde fazer Testamento.	72
— não pôde ser instituido por herdeiro.	85

<i>Arrecadação</i> dos bens dos ausentes fallecidos nos Dominios Ultramarinos como se faz.	192
<i>Arrendamentos</i> de longo tempo como se devão hoje reputar.	133
<i>Ascendentes</i> como, e quando succedem ab-intes- tado.	175
<i>Assento</i> de 10 de Junho de 1817 como se deva entender.	253
<i>Assentos</i> da Casa da Supplicação sobre a succes- são dos Vinculos.	275
<i>Assignatura</i> quando seja necessaria no Testador.	64
———— de Cruz não tem lugar no Testador.	66
<i>Assistencia</i> de Testemunhas habéis he necessa- ria nos Testamentos.	67
<i>Auto</i> de conta e partilha como, e quando se de- ve fazer.	146
<i>Avaliadores</i> devem ser peritos.	142
———— de hum Inventario não devem ser Partidores no mesmo.	147
<i>Avaliação</i> de bens como deve ser feita.	142
<i>Avós</i> devem ser instituidos, ou desherdados ex- pressamente pelos Netos.	89
— quando succedem aos Netos.	176

B

<i>Bens</i> adventicios quaes sejam.	145
— castrenses ou quasi castrenses.	<i>ibid.</i>
— de raiz, da Corôa, Morgado, e Prazos, como se determinará na Partilha a respeito delles.	146
— da Corôa sua successão.	180
<i>Beneficio</i> de deliberar o que seja.	136
———— de Inventario quando aproveita.	133 e 137
<i>Bispos</i> em que caso podem testar, e de que.	78
— tem por alternativa obrigação de fazer exe- cutar os Testamentos.	150

Bispos quem faz seus Inventarios. 140.

C

Cabeça de casal fica em posse dos bens. 140

Capacidade activa, e passiva se requer no Testador. 69

— civil se requer no Testador. 61

— no herdeiro em que tempo se requer. 97

Captivos se podem ou não testar. 74

Capellas como se succede nellas. 184

— quando succede a Corôa nellas. 195

Carinhos, ou palavras brandas não fazem invalidos os Testamentos feitos em consequencia dellas. 115

Causas por que os Pais podem desherdar os Filhos. 90

— por que os Filhos podem desherdar os Pais. 94

— por que o Irmão pôde desherdar o Irmão. 95

Cavalleiros das tres Ordens Militares podem testar. 77

— de Malta em que caso podem testar. *ibid.*

— como succedem ab-intestado. 172

Cégo não pôde servir de Testemunha em o Testamento. 68

— de que modo pôde testar. 73

Cerrado como se faz o Testamento. 34

— e cosido se entrega ao Tabellião para o approvar. 254

Clausula codicillar o que seja, e ue que modo pôde ser feita. 126

Clerigos de que modo podem testar. 76

— não podem ser instituidos por outro Clerigo para ter a herança mais de hum anno. 85

— podem servir de Testemunhas nos Testamentos. 69

— podem succeder a seus Pais como os outros Filhos. 172

<i>Codicillo</i> o que seja, e que solemnidades requer.	123
<i>Collação</i> o que se deva trazer a ella nas parti- lhas.	145
<i>Collateraes</i> como, e quando succedem ab-intes- tado.	176
<i>Collegios</i> , ou Corporações se não podem insti- tuir por herdeiros.	85
———— não podem succeder ab-intestado.	198
<i>Commendadores</i> das tres Ordens Militares podem testar dos bens das Ordens.	77
<i>Computação</i> dos grãos. Veja-se <i>Grãos</i> .	
<i>Concubinato</i> simples não he caso de devassa.	91
<i>Condemnados</i> á morte simplesmente podem ser instituidos herdeiros.	84
———— em que casos, e de que podem testar.	74
<i>Condições</i> que se podem juntar ás Instituições.	100
———— que vicião a Instituição, ou que se tem por não escriptas.	103
———— que se podem juntar aos Legados.	163
<i>Conferencia</i> de dotes como se faz.	147
<i>Confrarias</i> . Veja-se <i>Collegios</i> .	
<i>Conjuges</i> quando succedem ab-intestado.	177
———— que pena tem quando não fazem Inven- tario.	139
<i>Contas</i> devem dar os Tutores, ou Curadores da- dos aos Orfãos, ou menores.	148
<i>Corôa</i> quando succede.	191 e 195
<i>Corpo de mão-morta</i> o que seja, e se póde ou não succeder.	199
<i>Côrtes</i> de Lamego, sua disposição.	178
<i>Cousas</i> que se podem deixar em Legado.	157
<i>Curador</i> se deve dar aos bens vagos.	128
———— aos bens do ausente.	141

D

<i>Degradados</i> , ou desterrados em que caso podem testar.	74

<i>Deliberar</i> deve o herdeiro ácerca da acceitação da herança.	134
<i>Demonstração</i> falsa não vicia o Legado.	163
<i>Denuncias</i> de bens vagos, ou da Corôa, quando e de que bens tem lugar.	192
<i>Descripção</i> de bens como deve ser feita nos Inventarios.	142
<i>Desherdação</i> por quem deve ser provada.	96
<i>Desnaturalizado</i> não póde testar.	74
———— não póde ser instituido por herdeiro.	83
<i>Despacho</i> não he a deliberação da partilha.	145
<i>Destituto</i> . Veja-se <i>Testamento</i> .	
<i>Determinação</i> das partilhas como se deve fazer. <i>ibid.</i>	
<i>Diferença</i> não ha entre Filhos para adquirir a herança.	128
<i>Direito</i> que regulou as successões tanto testamentarias, como legitimas.	11
—— de testar he concedido ao homem.	14
—— de accrescer dos Romanos não tem uso entre nós.	166
<i>Direitos</i> personalissimos não passam do defunto ao herdeiro.	133
<i>Distribuição</i> ha sobre a execução dos Testamentos.	150
<i>Dividas</i> do defunto, sendo legalizadas se devem abater no monte maior da herança.	147
—— se podem legar ao devedor.	161
<i>Doações</i> quaes devem ser insinuadas.	144
—— como se devem conferir.	<i>ibid.</i>
<i>Dólo</i> máo he cauza da nullidade dos Testamentos.	114
<i>Dominio</i> da cousa legada quando passa para os herdeiros do legatario.	157
<i>Dotado</i> que Direito tenha na conferencia do dote.	144
<i>Dotes</i> como se devem conferir.	144 e 147.

E

<i>Engano</i> faz invalidar os Testamentos.	114
<i>Emphyteuse</i> quantas especies ha dellas.	137
———— sua successão.	<i>ibid.</i>
<i>Erro</i> no nome do Legado não o vicia.	163
<i>Escravo</i> não póde ser testamenteiro em Testamento.	68
———— não póde fazer Testamento.	74
<i>Escravidão</i> faz irritó o Testamento.	119
<i>Escripturas</i> . Veja-se <i>Titulos</i> .	
<i>Escusa</i> de Tutores, como se toma della conhecimento.	148
<i>Escrivão</i> do Inventario sempre fica sendo ainda que haja Juiz de Commissão.	140
<i>Espurios</i> , ou Filhos <i>vulgo quesitos</i> , como succedem á Mãe, e quaes são.	169 e 173
<i>Execução</i> dos Testamentos a quem pertence.	149

F

<i>Facção</i> de Testamento não he conforme á simplicidade natural.	11
———— he conforme com tudo ao Direito das Gentes, ou Natural secundario.	13
<i>Factos</i> que inculcão a addição da herança.	127
<i>Falsa causa</i> não vicia o Legado.	162
<i>Familias</i> são como humas sociedades particulares.	18
<i>Femea</i> menor de doze annos não póde fazer Testamento.	70
<i>Fideicommisso</i> o que seja, e de quantos modos he.	154
<i>Filho-familias</i> não póde testar, ainda que seu Pai lho consinta.	72
———— mas póde dos bens castrenses etc.	<i>ibid.</i>
———— póde servir de Testemunha no Testamento de seu Pai, ou Mãe.	69

<i>Filho-Familias</i> póde por si addir a herança tendo idade legitima.	131
———— do peão como succede a seu Pai.	169
<i>Filhos</i> devem ser instituidos, ou desherdados expressamente.	86
— legitimos quaes sejam, e como succedem ab-intestado.	168
— illegitimos, naturaes, espurios, legitimados, adulterinos, incestuosos e sacrilegos, quaes sejam, e de que modo succedem.	169
— se os espurios podem ser instituidos por herdeiros.	83
— se os de damnado coito.	82
— legitimados como succedem.	169
— do primeiro matrimonio concorrendo com os do segundo.	<i>ibid.</i>
— naturaes como succedem.	<i>ibid.</i>
<i>Filha</i> que casa sem consentimento de seu Pai a que se sujeita.	93
— se se faz meretriz publica.	<i>ibid.</i>
<i>Fisco</i> quando succede nos bens vacantes.	191
— nos bens dos Religiosos egressos.	209
<i>Forma</i> de hum Testamento cerrado, ou modo pratico de o fazer, e approvar.	261
<i>Frades</i> podem ser Testemunhas nos Testamentos.	69
<i>Freires</i> das tres Ordens Militares podem testar.	78
<i>Funeral</i> , ou sua despeza se deve abater no monte maior da herança.	147
<i>Furioso</i> não póde fazer Testamento.	71
———— não póde servir de Testemunha.	68
———— póde addir a herança por Procurador, ou seus Pais.	132

G

<i>Ganhos</i> do Filho, quaes devem vir á collação nas Partilhas.	145

Grãos de successão. Veja-se Successão.

—— de parentesco como se contão por Direito Civil, e Canonico. 216

H

Herança o que seja, e modos de a adquirir. 127

—— se se pôde addir toda, ou parte. 130

—— adquirem os Filhos *ipso jure* sem ser necessario facto da addição. 128

—— ab-intestado sem certeza do herdeiro toma della conta o Juizo dos Residuos. 192

—— como vai ao Fisco no caso de vacancia, e de contravenção aos Testamentos qualificada por Direito com nota de indignidade. 193

Herdeiro o que seja, e differentes especies que temos delles. 127

—— quando adquire a herança *ipso jure*, sem ser necessario facto. 129

—— escripto não pôde ser Testemunha nesse Testamento. 60

—— he obrigado a cumprir todos os contractos, que o defunto tinha celebrado. 133

—— pela addição da herança fica obrigado a todos os encargos da mesma. *ibid.*

—— ab-intestado como entra na posse da herança, quando se julga nullo o Testamento. 193

Herdeiros, que pessoas o não podem ser. 81

—— Veja-se *Religioso e egresso*.

Herege não pôde fazer Testamento. 72

—— nem ser instituido herdeiro. 85

Homem tem direito a designar successor para seus bens. 13

—— bem como o de testar. 14

—— he obrigado a empenhar todos os seus talentos, e todas as suas faculdades para se conservar, e aperfeiçoar a si, e aos outros. 13

Hospícios. Veja-se Misericordias.

Hospitales. Veja-se *Misericordias.*
Hum acto, ou contexto, o que seja. 66

I

Igrejas. Veja-se *Collegios.*
Illegitimos. Veja-se *Filhos.*
Incestuosos. Veja-se *Filhos.*
Inhabilitade do Testador annulla o Testamento. 113
Injusto. Veja-se *Testamento.*
Inoficioso. Veja-se *Testamento.*
Insinuação. Veja-se *Doações.*
Incapazes de succeder quaes sejam. 193
Indignos de succeder quaes sejam. *ibid.*
Instituição de herdeiro não he necessaria para a
validade do Testamento. 79
——— póde ser feita puramente ou debaixo de
condição. 103
——— contumeliosa não vicia o Testamento. 105
——— captatoria não vicia o Testamento. *ibid.*
——— conferida ao arbitrio de hum terceiro he
valida. 106
Instrumento de approvação do Testamento como
deve ser feito. 261
Interpretação nunca se deve fazer a favor das
ultimas vontades; mas sim das successões le-
gitimas. 102
Inventario como se deve fazer. 137
——— em que casos deve ser feito. 138
——— a que Justças pertence a sua factura. 139
——— he necessario para não ficar o herdeiro
obrigado ás dividas além das forças da herança. 133
——— dos Bispos pertence ao Corregedor da Co-
marca. 140
Irmão como póde querelar do Testamento do Ir-
mão. 120
——— póde desherdar seu Irmão sem declarar a
causa por que o desherda. 95

<i>Irmão</i> quando succede hum ao outro.	176
<i>Irmandades</i> não podem succeder ab-intestado, ou por Testamento.	212
<i>Irrito.</i> Veja-se <i>Testamento</i> .	
<i>Juiz dos Orfãos</i> , que obrigações tem a respeito da factura do Inventario.	138
<i>Juiz</i> deve <i>ex-officio</i> mandar fazer Testamento aos que o não podem fazer por medo.	264
<i>Juramento</i> ao cabeça de casal quando se deve dar.	142

L

<i>Legado</i> o que seja, e uso que tem entre nós o Direito que regula esta materia.	153
— quando se póde pedir.	163
— quando cede, ou vem o dia delle.	<i>ibid.</i>
— póde ser deixado debaixo de condição.	164
— por que acções se póde pedir.	<i>ibid.</i>
— deixado ao Mosteiro a que pertence o Religioso, que o escreveo, não vale.	69
— deixado aos parentes do Clerigo, que fez o Testamento, em que termos he valido.	<i>ibid.</i>
— de alimentos se póde deixar ao Religioso.	83
— Veja-se <i>Religioso e egresso...</i>	
<i>Legar</i> se podem as cousas não só proprias do Testador, e existentes, mas as futuras, as alheias, as empenhadas, etc.	157
<i>Legando-se</i> muitas cousas, perecendo humas se devem as restantes.	161
<i>Legitimação</i> como se pede, e impetra.	169
<i>Legitimados</i> podem ser os Filhos de tres modos.	<i>ibid.</i>
<i>Leis Naturaes</i> não dão ao homem hum poder ilimitado para poder dispôr de seus bens.	16
<i>Leis da Amortização</i> quaes sejam em Portugal.	200
— das outras Nações.	201
<i>Lei Mental</i> , sua disposição.	181

<i>Leis</i> sobre a successão dos Filhos de pessoas Illustres.	170
— sobre a successão dos Filhos do segundo matrimonio.	173
— sobre a execução dos Testamentos.	149
— sobre a successão dos Morgados, bens da Corôa, e Prazos.	146
— sobre as successões das Nações vizinhas, e mais cultas.	221
<i>Liberdade</i> de vontade se requer no Testador para validade do seu Testamento.	61
— de testar, que alterações teve pelas Leis Extravagantes.	81
— se requer no Testador quando dispõe.	113
<i>Licitação</i> quando tem lugar.	145
— como deve ser entendida no Foro.	265
<i>Louvados</i> devem ser peritos.	142
<i>Luctuosa</i> o que seja, e o que vem aos Bispos a titulo della.	172

M

<i>Mamposteiros</i> dos Captivos forão abolidos.	139
<i>Medo</i> faz invalidar os Testamentos, quando são feitos em consequencia d'elle.	114
<i>Melancolicos</i> , se podem ou não testar.	71
<i>Menor</i> de quatorze annos não pôde fazer Testamento.	70
— não pôde ser Testemunha em Testamento.	68
— de vinte e cinco annos pôde mudar de vontade á cerca da acceitação da herança.	131
<i>Mentecapto</i> não pôde fazer Testamento.	71
— pôde addir a herança por Procurador, ou por seu Pai.	132
<i>Misericordias</i> se comprehendem nas Leis d'A-mortização.	212

<i>Modo</i> de fazer hum Testamento. Veja-se <i>Fôrma</i> .	
<i>Modos</i> differentes de adquirir a herança.	127
<i>Morgados</i> , como se deve haver nelles o Juiz quando partilha os bens de hum casal.	147
— como se succede nelles.	184
<i>Mosteiros</i> não podem succeder ab-intestado.	198
— não podem ser instituidos por herdeiros.	286
<i>Moveis</i> , o que se deve entender por elles quando são legados.	162
<i>Mudo</i> , de que modo pôde fazer Testamento.	72
— não pôde ser Testemunha em Testamento.	68
<i>Mulheres</i> , em que Testamentos são admittidas por Testemunhas.	<i>ibid.</i>

N

<i>Naturaes</i> . Veja-se <i>Filhos</i> .	
<i>Netos</i> devem ser instituidos, ou desherdados expressamente.	87
— succedem na falta de Filhos.	174
— de Réos de Lesa Magestade não podem ser instituidos herdeiros.	85
<i>Nobreza</i> , o que se entenda por ella para effeito de lhe não succederem os Filhos naturaes.	170
<i>Noviços</i> podem fazer Testamento.	75
<i>Nulla</i> fica o Testamento quando o Pai não desherdou ao Filho expressamente.	37 e 115

O

<i>Obrigaçào</i> de fazer Inventario quem a tem.	138
<i>Obrigações</i> do herdeiro que addio a herança quaes sejam.	132
<i>Objectos</i> da Lei quaes sejam em summa.	1
<i>Officios</i> , quem succede nelles.	196
— se se podem denunciar.	<i>ibid.</i>
<i>Ordens</i> Militares. Veja-se <i>Collegios</i> .	

P

<i>Pactos</i> de <i>succedendo</i> , e de <i>non succedendo</i> , são reprovados por Direito.	106

<i>Pais</i> não podem a seu arbitrio desherdar seus Filhos.	94
— devem ser instituidos, ou desherdados expressamente.	89
— quando succedem aos Filhos.	175
<i>Palavras</i> do Testador se devem pezar, e vêr o sentido em que serão ditas por elle.	158
<i>Parentes</i> proximos são successores legitimos.	192
<i>Peculias</i> como venhão á collação.	144
<i>Pessoas</i> que podem ser instituidas por herdeiros.	81
— que se devem instituir, ou desherdar expressamente.	86
— que podem deixar Legados, e a quem.	155
— Veja-se <i>Religioso e egresso...</i>	
<i>Perfeição</i> de juizo se requer no Testador.	61
<i>Petição</i> de herança quando tem lugar.	122
<i>Posse</i> tomão os herdeiros em virtude do formal de Partilhas.	148
— como passa aos herdeiros por virtude da Lei.	219
<i>Prazo</i> quando vai ao Filho natural.	170
— como se deva conferir nas Partilhas.	144
<i>Prazos</i> , sua successão nas differentes especies.	187
<i>Pratica</i> dos Inventarios.	137
<i>Prestação</i> do Legado o que seja.	163
<i>Prisão</i> não ha por dividas civeis.	91
<i>Procurador</i> pôde addir a herança do herdeiro.	132
— da <i>Fazenda</i> falla primeiro que o da Corôa.	196
— da <i>Corôa</i> responde nas Denuncias, e o da <i>Fazenda</i> .	<i>ibid.</i>
<i>Prodigo</i> não pôde ser Testemunha no Testamento.	68
— em que caso pôde fazer Testamento.	72
<i>Prova</i> da desherdação por quem deve ser feita.	96
<i>Provedores</i> tem por alternativa obrigação de fazer dar á execução os Testamentos.	150

<i>Publicação do Testamento como deve ser feita, e por quem.</i>	41
<i>Pupillo</i> pôde addir a herança por Procurador, ou por seus Pais.	131

Q

<i>Qualidades</i> que deve ter o Testador quando faz o seu Testamento.	61
_____ diferentes, que ha de Filhos.	168
<i>Quarta Falcidia</i> , ou Trebelianica não tem lugar entre nós.	155
<i>Querêla</i> de nullidade de Testamento quando tenha lugar.	115
_____ do inofficioso Testamento quando tenha lugar.	120

R

<i>Real Corôa</i> , sua successão.	195
<i>Reducção</i> de Testamento aberto em que tempo se deve fazer, e de que modo.	34
_____ do Testamento Nuncupativo, como se deve fazer.	45
<i>Registo</i> do Testamento onde se faz.	160
<i>Regra Geral</i> sobre a validade dos Testamentos.	33
_____ sobre a instituição de herdeiro.	80
_____ <i>Catoniana</i> , qual seja, e quando tem lugar.	99
<i>Regras</i> sobre a computação dos grãos de parentesco.	132
<i>Religioso</i> professo não pôde testar.	76
_____ não pôde ser instituido por herdeiro.	83
_____ nem succeder ab-intestado.	198
<i>Mulher</i> mas pôde ser Testemunha em Testamento.	69
_____ e pôde receber legado de alimentos.	83
_____ egresso não podia herdar, nem testar.	208
_____ podem herdar, e testar, pela Lei novissima.	283

<i>Repudiar</i> se não póde a herança huma vez aceita.	115
———, ou renunciar, se podem os legados.	164
<i>Rescripto Pontificio</i> não tem validade sem acceder o beneplacito Regio.	76
<i>Revogar</i> se póde o Testamento por outro.	116
<i>Rogação</i> das Testemunhas não he necessaria nos Testamentos, excepto nos dos Soldados.	63
S	
<i>Sacrilegos</i> . Veja-se <i>Filhos</i> .	
<i>Secularisado (Religioso)</i> , não podia herdar, nem testar.	75 e 209
——— póde pela Lei novissima.	283
<i>Senatus-Consulto</i> Trebeliano, e Pegaziano, que uso tenham entre nós as suas disposições.	118
<i>Sentença</i> sobre partilhas como deve ser dada, e quando tem lugar.	148
<i>Soldados</i> , que privilegio tem a respeito da facção do Testamento.	47
<i>Solemnidades</i> internas dos Testamentos quaes se- jão.	61
——— as externas quaes sejam.	63
<i>Subscripção</i> do Testador quando he necessaria.	64
<i>Substituição</i> de herdeiro o que seja, e de quantos modos se póde fazer.	109
<i>Successão</i> he hum meio de adquirir a propriedade das cousas.	2
——— de quantos modos se verifica.	<i>ibid.</i>
——— deve a sua origem ás Leis que regulá- rão as sociedades civis.	12
——— legitima he conforme com os principios da razão, e Direito natural.	17
——— he huma especie de continuação do dominio que tinha o defunto.	13
——— legitima, ou ab-intestado, por que Direito se regula entre nós.	167

<i>Successão</i> dos Descendentes que pessoas comprehende.	168
— dos Ascendentes que pessoas comprehende.	175
— dos Collateraes quando tem lugar, a que pessoas chega.	176
— dos Conjuges quando tem lugar.	177
— do Reino como se defere.	178
— dos bens da Corôa.	180
— dos Morgados.	184 e 275
— dos Prazos nas suas differentes especies.	187
— do Fisco quando tem lugar.	191
— ab-intestado como se defere pelo Direito dos Codigos das Nações vizinhas.	220
— <i>in capita</i> , ou <i>in stirpes</i> , qual seja.	174
— de Mosteiros, Corporações, etc.	209
<i>Surdo</i> não pôde ser Testemunha em Testamento.	68
— em que caso pôde testar.	72
<i>Suspeição</i> posta aos Louvados, quem toma della conhecimento.	142

T

<i>Tabellião</i> deve pôr o seu Signal publico em todas as folhas do Testamento quando o approvar.	36
— que fez hum Testamento como particular, pôde approvallo como pessoa publica.	37
— como deve fazer o Instrumento de Approvação de hum Testamento.	143
<i>Tempo</i> que tem o herdeiro para deliberar acerca da acceitação da herança.	134
<i>Terça</i> de seus bens pôde o Pai deixar a quem bem lhe parecer.	88
— se tira sómente dos bens da meação do defunto.	147

Testador póde dividir toda a herança em Legados, ou Fideicommissos.	134
_____ quando não póde fazer Testamento por medo, requeir ao Juiz da Terra para o poder fazer.	264
Testamento o que seja.	20
_____ sua origem.	3
_____ que especie delles tiverão os Romanos. 6 e 21	
_____ seu uso, e antiguidade entre nós.	9
_____ que especies delles se conhecem pelo	
Direito de Hespanha.	23
_____ pelo Direito de França.	<i>ibid.</i>
_____ pelas Leis Inglezas.	24
_____ pelo Direito de Sardenha.	28
_____ pelo Direito da Prussia.	29
_____ aberto de quantos modos se póde fazer.	32
_____ cerrado que solemnidades requeir.	34
_____ <i>Nuncupativo</i> quando tem lugar, e que solemnidades requeir.	33
_____ do Soldado que solemnidades deve conter.	47
_____ rural que solemnidades deve ter.	51
_____ de Pai para Filho.	59
_____ feito no tempo de peste.	63
_____ ad pias Causas.	58
_____ dos Maritimos.	55
_____ de mão commum.	59
_____ privilegiado he só o do Soldado.	<i>ibid.</i>
_____ para ser válido não he necessario que se faça em hum só acto, ou contexto.	66
_____ póde só constar de legados.	79
_____ nullo qual seja.	113
_____ injusto qual se chama assim.	<i>ibid.</i>
_____ rôto qual assim se diga.	116
_____ irritado qual seja.	119
_____ inofficioso qual he.	120

<i>Testamento</i> posterior rompe o primeiro.	116
——— destituto, de quantos modos se pôde assim chamar.	122
——— a quem não he permittido fazello.	69
<i>Testamenteiros</i> , que obrigações tenham sobre o cumprimento das ultimas vontades.	150
<i>Testemunhas</i> quantas se requerem no Testamento cerrado, e solemne.	36
——— devem assignar no fim do Instrumento de Approvação do Testamento.	<i>ibid.</i>
——— que se requerem no Testamento Nuncupativo.	40
——— no do Soldado.	47
——— habeis para os Testamentos quaes se- jão.	67
——— quaes sejam prohibidas.	68
<i>Titulos</i> , ou Escripturas deve examinar o Juiz dos Orfãos na factura dos Inventarios.	142
<i>Transmissão</i> da herança para os herdeiros quando tem lugar.	130
——— sujeita a imposto pela Lei novissima.	284
——— do Legado o que seja.	122
<i>Tutoria</i> da Mãe quando tem lugar, e como deve ser feita.	148
<i>Tutores</i> como, e quando devem dar contas da sua administração.	<i>ibid.</i>
U	
<i>Uso</i> dos Testamentos nos primeiros Povos.	3
—— entre nós.	10
V	
<i>Vinculos</i> como se succede nelles.	184
<i>Virtude</i> he o fundo dominante da Sociedade.	15