

DIREITO CIVIL

Quem tem pae casado em segundas nupcias, mas não tem filhos, e sim apenas irmãos germanos, pôde deixar em testamento á sua mulher, além de metade de seus bens, a nua propriedade dos bens constitutivos da outra metade e vindos da mãe.

(Interpretação da ord. liv. 4.º, tit. 91, § § 2.º e 4.º).

O pae binubo não succede *ab intestato* na propriedade dos bens deixados pelo filho do primeiro matrimonio vindos da mãe, quando este tem irmãos germanos, mas tão sómente no uso e fructo desses bens, conforme a ord. liv. 4.º, tit. 91, § § 2.º e 4.º

A propriedade desses bens pertence, desde a abertura da successão, áquelles irmãos do defuncto, nos termos dessa ord.

Ora, os irmãos não são herdeiros necessarios, pelo que a capacidade testamentaria activa daquelle entre elles, que não tem descendentes, é plena no caso.

Conf. Carlos de Carvalho, *Nova consolidação, art. 1734, § 4.º* e Lafayette, *Direitos de familia, § 63, nota 1, pag. 111.*

Na successão *ab intestato*, o legislador presume o que teria disposto o defuncto, si houvesse testado.

E seria absurdo esse mesmo legislador impedil-o de fazer o que a lei presume que deveria ser feito.

Sei que juristas de nota e reconhecida auctoridade têm dado ao caso solução negativa, fundados no final do § 2.º da citada ord., que diz: — “*e se o filho, ou filha, que se finou, de cuja successão se trata, se finar com testamento, guardar-se-ha o direito commum neste caso*„.

Entendem elles que este dispositivo restitue ao pae o attributo de herdeiro necessario, que lhe compete pelo direito commum.

Eu me afasto desta interpretação, pois entendo que este dispositivo final da ord. não se refere á ordem da successão, em que o direito commum inclue os ascendentes como herdeiros necessarios, na falta de descendentes, mas sómente ao ponto restricto de que trata a mesma ord., isto é, — consistir a herança só no uso e fructo, ou na propriedade plena. Em meu fraco entender, quer esse dispositivo dizer que, si o mencionado filho do primeiro matrimonio houver feito testamento, deixando a propriedade plena de seus bens a seu pae, terá este, não sómente o uso e fructo, conforme a excepção, mas a propriedade plena, conforme o direito commum. Esta interpretação me parece de inteiro accôrdo com a letra e o espirito do texto legal, e evita aquella contradicção do *esse et non esse* implicada, si me não engano, pela interpretação contraria.

DR. JOSÉ MENDES.
