

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

*Sê indulgente para os trabalhos que escrevemos,
Não por amor da gloria, mas pelo dever
E pela utilidade humana compelidos*

OVIDIO, *Epistolas do Ponto*, III, 9, 55 e segs.

*Que mente não moveu aquele senador
Mas prestante que o qual ninguém outrora foi,
Nem Cevola Servidio, nem mais grave Caio,
Nem melhor o jurista a quem renome illustre
Concedeu a gente Úlpia?*

*Quando irá eleger a Curia um nome igual,
Ou subirá seu estrado genio semelhante?*

L. ANDRÉ DE RESENDE, *Epist. II ad Lupum Scintillam Jurisconsultum*

A SUA ALTEZA REAL
D. JOÃO
PRÍNCIPE DO BRASIL,
PIO, FELIZ E AUGUSTO
HERDEIRO DO IMPÉRIO PORTUGUÊS
DESEJA
PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE
PERENE FELICIDADE

Foi um acto de singular clemência de D. Maria I, Vossa Augustíssima Mãe e Mãe da Pátria, receber sob Sua protecção e amparo, Altíssimo Príncipe, o meu opúsculo da *História do Direito Civil Português*, que publiquei no ano passado. Com essa resolução não teve certamente a Prudentíssima Rainha outro fim senão o de, vendo que consegui apesar de tudo levar ao fim uma obra por ninguém antes tentada, me elevar com Sua incrível magnificência a um mortal benefício e excitar os outros a fazer melhor.

Animado, pois, por tão elevado e insigne favor, resolvi fazer a vontade aos homens de comprovado valor e consumada doutrina, que instantemente me pediam publicasse também as Instituições do mesmo Direito, fruto de minhas lucubrações. Pensando, por isso, dar a lume o primeiro livro, que trata do Direito Público, deponho-o em Vossas mãos e consagro-Vo-lo com o devido respeito e veneração, Clementíssimo Príncipe, e não duvido de conseguir para ele o Vosso patrocínio. Digo fir-

memente: não duvido. Com efeito, seguindo as pisadas de Vossa Beneficentíssima Mãe, de tal modo imitais as Suas exímias virtudes, que me parece não haveis de deixar de amparar quem porfia em manter a mesma razão de bem merecer no Direito Pátrio que levou Vossa Mãe a conceder-lhe o Seu poderosíssimo amparo. Na verdade, sabeis muitíssimo bem não só que é lícito a todo o cidadão que ousa empreender alguma coisa de presumível benefício e glória da Pátria, pedir, mesmo que seus esforços não sejam coroados de êxito, um pouco de favor e graça àqueles a quem Deus cometeu o cuidado de governar a nação; mas também que nada mais convém ao Filho, que um dia há-de reinar, e nada mais conduz à felicidade do povo, do que acanhar e proteger aquilo que Sua Mãe, Óptima Imperatriz, julgou digno de carinho e protecção. Acresce que me acho vinculado a Vós, não só pelos deveres comuns a todos os Portugueses, mas ainda por obrigações pessoais. De facto, cumulaestes-me com muitas honras, a exemplo de Vosso Augustíssimo Pai, Rei de egrégia piedade, beneficência e moderação, digno de religiosa memória, a quem devo a honra de administrar com cuidado quase episcopal o Grão-Priorado do Crato; contudo, não importa menos que continueis o patrocínio que aos meus opúsculos concedeu Vossa Augustíssima Mãe, de quem recebi também muitas outras honras. Este será, Príncipe, que sois a certíssima esperança de todos nós, um dever da Vossa indulgência e humanidade; e o meu, respeitar-Vos toda a vida devotissimamente, e rogar a Deus, infinitamente Bom e Grande, Vos guarde e proteja para meu bem, para bem de todos os Portugueses, de todo o nosso império, e do mundo.

AOS ESTUDANTES DE DIREITO PATRIO NA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA,

ENVIA PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE
MUITAS SAUDAÇÕES

A História especial do Direito Civil Português, que compusemos para serviço de todos vós, seguem-se de perto as Instituições do mesmo Direito. É que a própria ligação das matérias parecia exigir que, depois da notícia histórica das nossas leis, ensinássemos os seus princípios. E, como o Direito Público ocupa o primeiro lugar na comunidade civil, também em primeiro lugar devia ser ensinado

Enfrentámos uma empresa sem dúvida grande e árdua, que antes de nós ninguém sequer ousou tentar, não porque nos julgemos à altura de tamanho encargo (quão poucos haverá, realmente, que conheçam bem o assunto e osem arrogar-se tamanha competência?), mas porque entendemos não podermos desempenhar doutro modo, com a devida dignidade, o cargo que recebemos. Impõe-se, pois, que saíamos da sombra privada, em que vivíamos tranquilo, para a praça pública, e que exponhamos, por dever de officio, o Direito Português em toda a sua extensão; e, não podendo isto fazer-se sem que ensinemos os elementos do mesmo Direito, teremos, na necessidade da própria obra, uma desculpa suficientemente forte

Pelo que respeita à ordem deste trabalho, nenhuma a advertência a fazer, tão simples e natural ela é. Primeiro, falámos da natureza e índole das nossas leis; em seguida, dos

juízos e magistraturas portuguezes; do direito de asilo, e do poder do Imperante nas coisas sagradas; das leis agrárias, mercantís, náuticas, políticas, etc.; e, finalmente, dos deveres e direitos dos nossos cidadãos

Tocámos todos os pontos com brevidade, mas de modo sufficiente ao nosso propósito, pois apenas pretendemos dar um conspecto do nosso Direito Público; seremos, porém, mais longo, quando chegarmos à explicação de cada título das Ordenações Régias pela mesma ordem que nelas vêm distribuídos. Entretanto supriremos de viva voz aquilo que vos parecer omisso, ou negligentemente tratado. Na verdade, escrevemos aqui muitas coisas a cada passo repetidas, como é natural em trabalhos deste género, muitas outras insufficientemente averiguadas, outras quiçá erradas e vãs, que nos safram ao correr da pena entre a leitura e a redacção; no entanto, de boa vontade as refaremos a todas, onde quer que vejamos ou nos mostrem de boa fé que são falsas ou inúteis. Não obstante gloriamo-nos de ser o primeiro a abrir aos nossos patricios aquele caminho que, se quizerem calcurriar, poderão mais facilmente corrigir, emendar e suprir as nossas faltas, e produzir obra muitíssimo melhor. Se tal conseguirmos, parece-nos que o nosso trabalho colherá frutos muito mais úberes do que aqueles que os melhores poderiam desejar.

Entretanto vos, estudantes, ide-vos servindo deste nosso insignificante trabalho, e favorecei as nossas tentativas e desejo de bem merecer de vós, deles esperando para breve, se não tiverem sido totalmente vãos, as Instituições de Direito Particular expostas pelo mesmo método. Bem hajam!

LIVRO PRIMEIRO DO DIREITO PÚBLICO

TÍTULO I DAS LEIS

TODO O DIREITO PÚBLICO, OU PARTICULAR

§ I— Sendo todo o direito, usado por qualquer nação, *público* ou *particular*, facilmente todos entendem que é igual a distinção no Direito Civil Português. Ocupar-nos-emos dum e doutro, mas cumpre-nos tratar, primeiro, do público, que é, sem dúvida, a espécie de direito mais nobre e excelente.

O QUE É O DIREITO PÚBLICO

§ II— O direito público respeita à sociedade em geral, e determina os direitos dos imperantes e dos cidadãos. O supremo direito, no qual naturalmente se contém todos os mais, pertence ao Imperante, e por ele pode e deve proteger a Nação e realizar todos os actos, sem os quais não se podem obter convenien-

temente a segurança interna e externa dos cidadãos e a salvação do povo, que é a suprema lei.

O fim da sociedade é a segurança dos cidadãos, por isso, o Príncipe que detém o supremo poder (expressão pela qual entendemos o direito de dirigir a seu arbitrio as acções dos súbditos), deve, na medida das suas forças, libertar a Nação dos inimigos internos e externos, e para este fim realizar todos os actos que reputar necessários, sem que possa algum dia ser obrigado a prestar contas de seus actos. Os direitos, que competem ao Imperante em relação aos cidadãos, chamam-se *imanes*, e aos que ele exerce em relação aos estrangeiros, chamam alguns, e bem, *transitórios*. Eis por que na expressão Direito Público cabem principalmente o Direito *Externo*, que provém das convenções celebradas entre os nossos Reis e as nações livres, e o *Interno* que respeita à constituição e estado civil de uma sociedade. Mas, aqui, apenas tivemos o propósito de tratar daquela parte do Direito Público que determina os direitos do Imperante, e os direitos particulares dos súbditos não só entre si como em relação ao Imperante ou à República, e, assum, acomodar as nossas *Instituições* às leis pátrias contidas no Código Filipino, e nas Extravagantes que usamos. Por isso, não nos occuparemos das Leis *Fundamentais* do Reino nem doutras que dizem respeito ao estado público, successão e governo do Reino, limitando-nos a aludir sucintamente a ellas, sempre que surja occasião para isso. Sobre tal assunto, todavia, baste, no início desta obra, notar o seguinte

1. Os nossos Reis nunca receberam do povo o seu supremo poder majestático, com efeito, o Conde D. Henrique e D. Afonso I já eram supremos senhores e governadores de Portugal, muito antes das Cortes de Lamego,

2. As primeiras e principais leis Fundamentais do Reino estão contidas nas próprias Cortes de Lamego;

3. Como já dissemos noutra lugar (*História do Direito Civil Português*, § XL, Nota), não se devem considerar *Fundamentais* as leis dessas Cortes sobre juízos, nobreza, e penas, mas tão-somente aquellas que concernem à successão do Reino,

4. No nome de Leis Fundamentais também se comprehendem, entre nós, as Cortes de Lisboa do ano de 1674 *apud* Sousa, tomo V das *Provas*, N. 83, que declaram a tutela do Rei impúbere, e igualmente as Cortes de 1698, *ibidem*, N. 84, que derogaram o capítulo das Cortes de Lamego, onde se estabelecia *que não seja Rei o filho*

do irmão do Rei, se o não fizerem os Bispos, Procuradores e nobres da Corte do Rei. Ainda se podem incluir aqui as Cortes do ano de 1679, *ibidem*, N 135, nas quais foi uma vez derogado ou interpretado a favor da Princesa D Isabel, filha de D Pedro II, outro capítulo das mesmas Cortes. Além disso, é possível encontrar muitas disposições sobre a outorga da sucessão do Reino apenas ao primogénito legítimo do Rei e ao neto filho daquele, excluído o tio paterno, sobre a tutoria e curadoria dos reis de menor idade, sobre a forma de governo e administração do Reino, nos testamentos de D Sancho II, D João I, II e III, nas cartas de D Afonso V, de 25 de Abril e 12 de Maio de 1475 e 5 de Janeiro de 1476 *apud* Sousa, tomo II das *Provas*, N 20 e 34, nas Declarações del-Rei D Manuel do ano de 1499 sobre a forma de governo e sucessão do Reino, *ibidem*, tomo II, N 68, e no Alvará de D Sebastião de 4 de Outubro de 1559 a favor da Casa de Bragança, *ibidem*, tomo IV, N 161. No entanto, estes e outros monumentos, posto que de suma autoridade, não devem ser considerados Leis Fundamentais, visto que não têm por autores o Povo e o Rei, mas a este somente, aliás, o que nelas vemos escrito não foi deduzido do Direito Público Universal ou Particular, mas do Direito Civil Romano mais de uma vez nelas alegado. Quanto as leis e costumes antigos do Reino de Leão, quando Portugal já estava dele separado, não dizem respeito ao nosso Estado civil. E baste isto ao nosso intento.

O PODER DE LEGISLAR

§ III — Para conseguir este nobilíssimo fim de toda a sociedade legítima, é necessário, em primeiro lugar, o poder *legislador*. Se, efectivamente, o Príncipe não tivesse o direito de a seu arbitrio fazer leis, por cuja norma os súbditos regulassem as suas acções, como poderia — pergunto eu — dirigir os seus vassallos e ajustar todas as coisas à honra e utilidade da República? Eis por que o poder de fazer leis se considera, com razão, o principal direito majestático, e nunca pode afastar-se do sumo Imperante numa República.

O Direito Público, que usamos na nossa sociedade, está principalmente contido no liv II do Código Filipino, a mesma ordem se observa

no Código de D. Afonso V, e no do Invictíssimo Rei D Manuel No entanto, de balde se buscarão, nestes códigos, as leis do metodo e qualquer Sistema de Direito Público, pois nem as matérias nem os títulos correspondem uns aos outros, como se vê do seu simples confronto. No entanto, as disposições contidas dentro de cada capítulo são geralmente boas, e quizá melhores do que um justo avaliador das coisas podia esperar no meio da enorme ignorância do Direito Público que então havia. Também cumpre advertir aqui que o tit XXVI do Código Filipino, XV do Manuelino, XXIV do Afonsino, intituado *Dos direitos reais*, ficava, segundo nos parece, mais convenientemente colocado em primeiro lugar, à frente de todos, deste modo, os compiladores, expondo primeiramente os direitos majestáticos em geral, podiam depois mais fácil e ordenadamente explicá-los em capítulos distintos. Além disso, o mesmo capítulo é manco e imperfeito, e não abrange todos os direitos majestáticos, porquanto omite, além de outros, o poder de legislar, que é o primeiro e principal. Mas isto não admua, porque o Doutor Ruy Fernandes, seu organizador, o dispôs e quase transcreveu do tit 36 *Quae sint Regaliae* do liv 2 *Feudorum*.

PERTENCE AOS REIS DE PORTUGAL

§ IV — Deste poder usaram desde o berço da monarquia os Reis de Portugal, únicos a quem pertencia a faculdade de fazer leis, que publicavam ou só por sua iniciativa, ou pela de cada um dos que elegiam, ou por consenso do povo em geral, isto é, por seu conselho nas Cortes Gerais do Reino. Este último modo de fazer leis era o mais usado no princípio, mas, depois, quando começou a haver Tribunais e Relações, deixou de ser habitualmente praticado.

Já dissemos noutro lugar (*História do Direito Civil Português*, § XLIV, Nota) que os primeiros Reis portugueses convocaram Cortes, não em tempos definidos e fixos, mas consoante as conveniências do momento, e nelas consultavam toda a nação, dividida em clero, nobreza e povo como em uma espécie de centúmas. Mas, como este costume trazia consigo muitos inconvenientes, acabou por se deixar de praticar, no entanto, também em épocas posteriores se celebraram

algumas Cortes, principalmente sobre assuntos de grave importância, como, por exemplo, nos reinados de D. João I em 1385, D. João IV em 1641, e D. Pedro II em 1668 e 1698. No entanto, o Príncipe pode, ou melhor deve, ouvir os súbditos, principalmente em se tratando de inovações, sem que com isso se veja remítir alguma porção do seu supremo poder. Contudo, na monarquia pura, com o trono ocupado, não reside nem nas Cortes nem no povo a mais pequena partícula do poder majestático, esta é a natureza do principado, e deste direito também usam os Reis de Portugal desde o início do Reino, pois é fora de dúvida que eles mesmo dispunham, apenas segundo o seu arbitrio, e não por sufrágio do povo, das coisas públicas e particulares, da guerra e paz, do governo, sucessão e administração do Reino, e da tutela dos príncipes supremos. Demonstram isto os instrumentos públicos do Reino em todas as épocas, e provam-no, além do mais, as cartas de D. Afonso V de 1475 e 1476, e as Declarações de D. Manuel de 1499, mais acima citadas; e igualmente as solenes convenções sobre a sucessão e administração do Reino celebradas em 1383 entre D. João de Castela e D. Fernando de Portugal nas núpcias da Infanta D. Beatriz, *apud* Sousa, tomo I das *Provas*, N. 39, depois, foi quase segundo a norma dessas Convenções que se compuseram as Cortes de Tomar no reinado de Filipe II em 1581. O mesmo se prova com a carta del-Rei D. Duarte dada em Santarém no ano de 1433, *apud* Sousa, tomo I das *Provas*, N. 15, pág. 418, na qual foram nomeados tutores para o Príncipe D. Afonso. E deste direito usaram não só os Reis, mas também os administradores do Reino; com efeito, o Príncipe D. João, a quem seu pai D. Afonso, ao partir para Castela, cometeu o governo do Reino por carta datada de Portalegre em 24 de Abril de 1475, *apud* Sousa, tomo II das *Provas*, liv. IV, N. 20, quando no ano seguinte ele, por sua vez, *ibidem*, n. 34, seguiu também para Castela, confiou, por carta escrita na chamada Cidade Rodrigo (1) a 24 de Janeiro de 1476, todo esse governo, que recebera não por direito próprio, mas de seu Pai, a sua esposa D. Leonor, sem consultar nem o Rei nem o povo. Além disso, o povo não goza de maior poder, quando o Rei está sob tutela, assunto este debatido nas Cortes de Torres Novas do ano de 1438; efectivamente, as disposições, que o povo aí tomou, sobre a

administração e governo dos bens e negócios públicos, foram aprovadas pela Rainha e pelo Infante D. Pedro, Defensor do Reino, em nome do Rei impúbere D. Afonso, cuja era a causa ventilada, salvos sempre o direito, a suprema majestade, e o livre exercício deste Rei, como consta das declarações e juramento da própria Rainha, do Infante, e dos Nobres. Nestes termos, o povo, fosse qual fosse o motivo da convocação das Cortes, dizia a sua opinião sobre a matéria que se lhe propunha, mas a decisão, tanto nos negócios públicos, como nos particulares, essa só ao Rei pertencia. O mesmo, por maioria de razão, dizemos dos Tribunais do Reino, que dalgum modo parecem ter substituído as Cortes, e do próprio Supremo Conselho de Estado, conforme vemos expressamente escrito no Alvará de D. Sebastião de 8 de Setembro de 1569, e no decreto de D. João IV de 31 de Março de 1645, *apud* Sousa, tomo III das *Provas*, N. 161, pág. 231. Quanto às Cortes, ou melhor, quanto ao ajuntamento sedicioso effectuado em Lisboa no dia 27 de Janeiro de 1668, onde D. Afonso VI foi injustamente privado do Reino, provam, não um direito, mas um facto, e um facto perversíssimo, e a doutrina dos monarcómacos, que se lê no seu intróito, se em algum tempo foi funesta, hoje é funestíssima, pois estão à venda muitos opúsculos sobre esta matéria, que favorecem, mais do que é justo, a liberdade dos povos, e são intoleráveis numa monarquia. Contudo, em caso de vacatura do Reino, é outro o poder do povo, sobre este aspecto decidiram as Cortes de Coimbra de 1385 no tempo de D. João I. Porém, a faculdade de chamar a Cortes, ou convocar o povo em épocas fixas e certas é um direito real e deriva imediatamente da natureza do sumo poder.

DIVERSOS GENEROS DE LEIS, E QUANDO OBRIGAM

§ V — As leis públicas ou são gerais, que obrigam a todos e em toda a parte, ou forais, isto é, censuais de certo lugar ou região. Também se chamam leis os privilégios concedidos sem exemplo a alguém, visto que nenhum cidadão o poderá perturbar na fruição do seu direito singular. Só o Rei pode fazer, propor e ab-rogar as leis, Ordenação, liv. 2, tit. 35, § 21, e liv. 3, tit. 66, no princípio, as quais não obrigam logo que forem publicadas na Chancelaria do Reino, porquanto, para terem efeito

(1) Equívoco do autor, porque foi escrita em Castelo Rodrigo e não Cidade Rodrigo (Nota do Tradutor)

e vigor, concede-se a vacância de oito dias na Corte e três meses nas Províncias, Ordenação, liv 1, tit 2, § 10.

Entre nós ninguém ignora, e assaz consta da própria Ordenação, liv. 2, tits 40 e 41, Manuelina, tits 19 e 20, § 5, Afonsina, tit 25, em que diferem os Edictos gerais, que chamamos *Cartas patentes de Leis*, dos Diplomas Régios, *Alvaras*, das Cartas patentes do Rei não seladas, *Portarias*, e dos Decretos e Resoluções Régias. A princípio, os nossos Reis, quando davam leis, falavam no plural, e raramente empregavam a palavra *Mando* e semelhantes, mas sim *Mandamos*. Hoje, porém, e já desde o tempo de D João III, apenas falam no singular, assum o deliberou o próprio Rei no pleno do Senado de Évora efectuado em 1524, Costa (1), *Supplicatoms Domus styli*, pág 120, ao qual se seguiu o Alvará de 16 de Julho do mesmo ano, apud Francisco de Andrada, *Chronica de D João III*, P. I, cap 48. No entanto, o antigo uso de falar no plural foi depois restabelecido no Código Filipino, mas quase nunca vigorou nas Leis Extravagantes.

CÓDIGOS DE LEIS

§ VI — Ora, as leis publicadas em diversas épocas foram, finalmente, reduzidas a um só volume ou Código, no reinado de Filipe II, com o título de *Ordenações, e Leis do Reino de Portugal*. Vieram, depois, até aos nossos dias numerosíssimas Leis Extravagantes, as quais, porque posteriores, derogam as anteriores, se delas fizerem menção especial, Ord , liv. 2, tit. 44, Man. 49

O nome de Direito Português compreende principalmente as Leis Fundamentais do Reino, as Leis dadas nas Cortes dos reinados de D. Afonso II e sucessores, os Códigos de D Afonso V e D. Manuel, as Leis Extravagantes do mesmo D Manuel, D João III, e D Sebastião, organizadas em um volume por Duarte Nunes de Leão, das

quais, muito preferentemente, foi colhido o Código Filipino que usamos, vieram depois as leis publicadas nos reinados dos Filipes III e IV, D João IV, D Afonso VI, D. Pedro II e D João V, juntamente com a novíssima edição das Ordenações feita em 1747, e de algum modo acomodadas aos diversos títulos das Ordenações, por sua vez, o Fidelíssimo Rei D José I enriqueceu extraordinariamente a Jurisprudência Pátria. Veja-se a nossa *História do Direito Civil Português*, cap XI

O RESPEITO DEVIDO AS LEIS

§ VII — Todos devem respeitar de boa vontade estas leis pátrias, e não fazer com que alguém ouse chamar-lhes injustas, ainda que elas se possam dizer contrárias ao Direito Canónico ou Civil; nisto consiste sobretudo o dever do bom cidadão, Ord , liv. 1, tit 48, § 6, *ibi*. *Defendemos . a todas as pessoas que per palavra, nem per scripto não alleguem, nem requireão contra alguma Ordenação per nós approvada, que se não deve cumprir, nem guardar, nem per ella julgar, dizendo, que he contra Direito Commum, ou contra Direito Canónico, em quanto a tal Ordenação não for per nós revogada*

INTERPRETAÇÕES AUTÊNTICAS

§ VIII — Também cabem no nome de Direito Português as interpretações autênticas, quando o próprio Rei interpreta a sua lei, ou em seu nome o faz a Real Casa da Suplicação, Ord , liv 1, tit. 4 § 1, e tit. 5, § 5, Man. liv 5, tit. 58, § 1; e Carta de Lei de 18 de Agosto de 1769, §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7. Mas não se confundam com esta interpretação autêntica a interpretação doutrinal, os casos julgados, e a praxe e uso de julgar, os quais não é razão misturemos irreflectidamente com as nossas leis.

Apraz-nos notar aqui também aquilo que já advertimos noutro lugar (*História do Direito Civil Português*, § CXXIV, Nota). que as

(1) João Martins da Costa, professor de Direito Cesareo, do séc XVII (Nota do Tradutor).

nossas leis de modo nenhum proíbem a interpretação doutrinal, a qual é sem dúvida aprovada por várias leis, e nomeadamente pela Ord , liv. 3, tit. 69, no princípio: *porque não podem todos (os casos) ser declarados em esta Lei, mas procederão os julgadores de semelhante a semelhante*, e tit 81, § últ.: *E isto, que dito he em estes casos aqui especificados, haverá lugar em quaesquer outros semelhantes, em que a razão pareça ser igual destes* Disposições semelhantes se lêem na Ord liv 4, tit 61, §§ 3 e 4, e tit 78, § 6.

COSTUMES E DECRETOS MUNICIPAIS

§ IX — Nada obsta, porém, a que juntemos às interpretações autênticas não só os costumes correntes e razoáveis, mas também uns como *senatus — consultos*, ou decretos do Concelho Civil, que valem como lei que deve ser observada, ao menos, pelos habitantes dum município, desde que instituídos na devida forma, e não contrariem o direito escrito, Ord , liv. 1, tit. 66, §§ 28, 29, 30 e 31 (Instituições, Liv. II, Tit. II, § IX).

Os costumes de longa duração, como diz Justiniano no § 9 do tit. *De jure natural, gentium et civil, sancionados pelo unânime consentimento dos utentes, parecem-se com a lei*, e isto é perfeitamente verdadeiro no estado de liberdade; porém, numa monarquia, se esses costumes forem contrários às leis escritas, não têm valor, porquanto tudo aquilo que vulgarmente se afirma do tácito consenso do Príncipe, não só é demasiado subtil, mas também reprovado a cada passo pelas nossas leis (Tit. V, § LV, Nota). Por isso, na falta de direito escrito, usamos subsidiariamente do costume, o qual tem vigor de lei, quando se apoia na justiça e equidade, e vigora há mais de cem anos, § 14 da Carta de Lei de 18 de Agosto de 1769. Eis por que nas próprias Ordenações do Reino tais costumes são muitíssimas vezes rejeitados, como se verifica na Ordenação, liv. 1, tit. 62, § 73, e liv. 2, tit. 45, §§ 10 e último, etc. Quanto aos estatutos de qualquer corporação e confraria, só podem obrigar *in vim pacti* (por força do pacto), se não forem contrários às leis escritas Boehmer, *Exercit XV ad Pandectas*, § 15, e Ziegler, *De jure Majestatis*, liv. 1, cap. 4, § 16.

§ X — Ora, estas são as fontes próximas e genuínas do Direito Pátrio, donde se deve haurir a nobre ciência das nossas leis, porquanto os direitos estrangeiros, quer os Romanos, quer os Canónicos, isto é, os extraídos das Epístolas Decretais dos Pontífices Romanos, não têm hoje entre nós autoridade pública, depois da Nova Constituição de 18 de Agosto de 1769, §§ 9 e 12 Da mesma, isto é, de absolutamente nenhuma autoridade, devem ser as Constituições Diocesanas, não só no foro secular, como também no próprio foro eclesiástico, a saber, nas coisas civis e externas (*História do Direito Civil Português*, § CVII; Instituições, Liv. IV, Tit. VII, § XXXIII).

Filipe II, na falta de Direito Pátrio, admitiu, subsidiariamente, o Direito Canónico, e o Civil, e — o que é para admirar — deu tamanha importância às próprias Glosas de Acúrsio, às interpretações de Bártolo, e ao Direito Canónico, isto é, das Decretais, que não hesitou em prefer-lo ao Direito Romano e impô-lo como lei em matéria que traga peccado, Ord liv. 3, tit 64, no princípio, porém, a Extravagante de 18 de Agosto de 1769 bem e sábiamente nos adverte a todos de que no foro civil apenas se conhece do delicto e não do peccado, ficando assim hoje justamente ab-rogado aquele título das Ordenações, que deu origem a grandes e numerosos males; donde resulta também que já não prevalecem as ordenações nascidas desse título, por serem, evidentemente, contrárias aos costumes actuais e à letra e espírito da nova Jurisprudência, ordenações essas que em seus lugares indicaremos Agora pelo que respeita às Constituições Diocesanas, desprezo vigorosamente a sua autoridade nas coisas civis e externas, em ambos os foros, o secular e o eclesiástico, quer elas sejam ordenadas pelo Bispo de um só lugar, quer em um sínodo por todos os bispos duma Província, com eleito, também os juízos episcopais deverão ser totalmente instituídos segundo as prescrições das nossas leis, e não segundo as normas das Constituições Diocesanas, visto que são instituídos em nome e com licença do Rei. Deve-se, porém, attribuir ao Direito Romano o célebre pedido do Povo nas Cortes de 1562, *apud* D. Manuel de Menezes, *Chronica del Rei D. Sebastião*, cap. 103: *Que os Estudos de Coimbra*

se desfação, por serem prejudiciaes ao Remo, e a renda se applique para a guerra, e quem quizer aprender, vá a Salamanca, ou a Paris, e não haverá tanto Letrado sobejo, nem tantas demandas Vide Savedra, Empr XXI

DIFERENÇA ENTRE O DIREITO ROMANO E O PÁTRIO

§ XI — Ora, do exposto de qualquer modo se vê quão vã e ineptamente se aplica ao nosso direito aquilo que os Romanos ensinaram acerca das leis e diversas razões do direito constituído; por isso, difficilmente se pode aplicar ao Direito Pátrio o que vem nas Instituições de Justiniano, liv. 1, tit 2, §§ 4, 5, 7, 8 e 9, e nas Pandectas, liv 1, tits. 2 e 3, e liv 5, tit. 9, pois pertence ao estado de liberdade, e quase nenhum lugar tem numa monarquia

TITULO II DOS JUÍZOS

PODER JUDICIARIO

§ I — Numa sociedade organizada deve haver alguém com o poder de julgar da imputação das acções. Esse poder, exerce-o o Príncipe ou pessoalmente ou por intermédio de outros. Por isso, só a ele pertence criar juizes, escrivães, tabeliães, Ord. liv. 2, tit 26, § 1, e estabelecer a ordem dos juízos tanto nas causas cíveis, Ord. liv. 3, tit. 20, Man 15, Afons. 20, como nas causas crimes, Ord liv 5, tit 124, Man 1, Afons. 4.

Ao poder de legislar segue-se imediatamente o poder judiciário, que vela pela paz e segurança interna dos cidadãos. Por isso, disse bem Cicero, in *Philippica*, XII, 10 *Estando defendido pelas leis e medo dos tribunais, nem tudo tens a temer, nem que buscar defesa para todas as insídias*, é, na verdade, evidente que a suprema defesa se deve pedir aos juízos

QUE MAGISTRADOS SE CHAMAM DESEMBARGADORES

§ II — Em Portugal, os julgamentos são feitos por cada juiz, em separado, como os juízes ordinários, os de fora, os corregedores, os provedores, etc. ou juntamente com seus colegas, como os senadores, isto é, os *desembargadores*, nome este em que entendemos apenas os categorizadíssimos varões que constituem

os Conventos Jurídicos e o Desembargo do Paço, porquanto os que assistem noutros Conventos e Tribunais, chamam-se propriamente deputados. Ora, os Conventos Jurídicos, que em português chamamos *Relações*, diferem dos Tribunais, em nestes se tratarem negócios de justiça, e, naqueles, negócios da graça

SUPREMO DESEMBARGO DO PAÇO

§ III — O Desembargo do Paço é considerado o primeiro Tribunal do País, e os seus desembargadores os mais ilustres de todos os magistrados. Pertence-lhes legitimar os filhos naturais, confirmar cartas de adopção ou perfilhamento, cartas de doação, Ord. liv. 1, tit. 3, § 1, cartas de restituição de honra e fama, § 2, dar cartas tuitivas e cartas de manterem em posse os apelantes; restituir todos os esbulhados, mormente os que o foram já interposta a apelação, § 6, emancipar filhos-família e conceder-lhes o suplemento de idade, § 7, perdoar o delicto em certos crimes, §§ 8, 9, 10 e 11 da dita Ordenação, e §§ 18, 19, 20, 21, 22 e 32 do seu Regimento; conceder revisões das sentenças, §§ 32 a 38; que os bens do morgado ou os dotais sejam permutados por outros, §§ 39 e 40; e que o réu se defenda sob fiança, §§ 24 e seg., Ord. liv. 5, tit. 131, etc

Fazem menção especial deste Supremo Tribunal os Reis D. Manuel e D. Filipe, ambos em seus Códigos, liv. 1, tit. 3, e D. Afonso no tit. 4. A sua autoridade e jurisdição foi definida em várias leis por D. João III em 10 de Outubro de 1534 e 30 de Maio de 1553, e por D. Sebastião em 2 de Novembro de 1564 e 20 de Julho de 1568, *apud* Leão, p. 1, tit. 4, leis estas que se contêm no Regimento do Paço dado em 27 de Julho de 1582, o qual depois Filipe II passou para o seu Código, collocando-o no fim do primeiro livro. Deste pouco que dizemos (pois o plano da presente obra não permite a exposição integral desta matéria) vê-se que este importantíssimo Senado goza de tamanha autoridade, que de certo modo tem poder sobre as próprias leis que estabelecem coisa certa e prescrevem certas solemnidades, e pode algumas

vezes dispensar nelas, tamanha foi a importância que os Reis de Portugal quizeram attribuir a esta honrosíssima Ordem. Vide Sousa, *História Genealógica*, tomo XII, p. 2, liv. XIV, cap. IV, pág. 719, e a nossa *História do Direito Civil Português*, § LXXII

OS RESTANTES TRIBUNAIS

§ IV — Seguem-se em categoria o Tribunal do Património Régio, ou seja o chamado *Conselho da Fazenda*, que conhece das questões do Erário e Fisco; a chamada Mesa da Consciência e Ordens Militares, que conhece de certas Capelas, causas pias, e Milícias Sacras do Reino; a Mesa Censória, que conhece de assuntos literários; o Conselho Ultramarino, que conhece dos negócios náuticos, e o Conselho Geral do Santo Offício, que conhece das matérias atinentes à Fé.

D. João III instituiu a Mesa da Consciência e igualmente o Conselho Geral do Santo Offício, que o Fidelíssimo Rei D. José I há muitíssimo pouco tempo, em 20 de Maio de 1769, ornou com o título honorificentíssimo de Real. O mesmo Rei, por lei geral de 22 de Dezembro de 1761, quase fundou de novo o Conselho da Real Fazenda muito antes instituído, em 16 de Junho de 1763 aumentou extraordinariamente a jurisdição do Conselho Ultramarino, que D. João IV criou em 14 de Julho de 1642. Colecção I à Ord., liv. 1, tit. 51, N.º 7, embora já antes tivesse sido instituído por Filipe III em 25 de Julho de 1604, como se vê do seu Regimento que está no Arquivo do Reino, liv. 2 das Leis do mesmo ano. D. José apenas criou a Mesa Censória em 5 de Abril de 1769, D. Maria, Senhora nossa, ampliou imenso, por Alvará de 1787, a jurisdição e autoridade deste tribunal que continua com o mesmo nome de *Real Mesa da Commissão Geral sobre o Exame e Censura dos Livros* (*História do Direito Civil Português*, § CV). O Conselho de Estado, que devia ser nomeado em primeiro lugar, foi instituído, ou antes, reformado por el-Rei D. Sebastião, que lhe deu um Regimento em 8 de Setembro do ano de 1569, Sousa, *História Genealógica*, tomo III, pág. 598. O Tribunal das Três Ordens do Reino, que chamamos *Junta dos Três Estados*, foi instituído por D. João IV em 18 de Janeiro de 1643.

§ V — A Casa da Suplicação decide os negócios da justiça e as demandas de todos os cidadãos, como dizem os juristas, em última instância Compõe-se de dez Desembargadores dos Agravos, quinze Desembargadores Extravagantes, um Chanceler, um Juiz da Chancelaria, dois Corregedores do Crime da Corte, dois Corregedores das causas cíveis da Corte, dois Juizes dos feitos da Coroa Real, um Procurador da Coroa e outro da Fazenda Real, quatro Ouvidores das Apelações de casos crimes, e um Promotor da Justiça. Ord, liv. 1, tit 5, no princípio, lugar este onde — de passagem o noto — a última edição de 1747 do Código Filipino traz inadvertidamente *Procurador da Justiça*, quando na primeira edição se vê escrito *Promotor* A Suplicação ou Casa das Causas Cíveis ou foi instituída por D. João I, ou então foi este rei o primeiro que a transferiu de Santarém para Lisboa, Duarte Nunes de Leão, *Chronica de D Afonso I*, pág 34.

RELAÇÕES DO PORTO, BAIA E RIO DE JANEIRO

§ VI — Muito depois, por volta de 1582, instituiu Filipe II a Relação do Porto, e Filipe III a da Baía em 7 de Março de 1609, que depois D. João IV restabeleceu em 12 de Setembro de 1652; o Rei Fidelíssimo fundou em 13 de Outubro de 1751 um novo convento jurídico na cidade chamada Rio de Janeiro. Estes tribunais têm quase o mesmo número de desembargadores que a Casa da Suplicação (a cujo exemplo foram instituídos) e regem-se pelas normas comuns desta Casa, e, de harmonia com a diversidade dos lugares, por algumas especiais, que se podem ler na Coleção I das Leis Extravagantes de 1747 referida à Ordenação, liv. 1, tit 5, N. 3, e no Apêndice, N. 8 e 55, e no próprio Código Filipino, liv. 1, tít. 35 a 47 (*História do Direito Civil Português*, § LXXXVII)

§ VII — Há magistrados maiores e menores. Entre aqueles deve-se nomear, em primeiro lugar, o Regedor da Casa da Suplicação ou Supremo Moderador da Justiça De início, apenas presidiam a este nobilíssimo Senado os próprios Reis, mas depois passaram a dirigi-lo homens dos mais ilustres por sua nobreza e virtude, sendo o primeiro D. Fernando Guerra no reinado de D. João I, Cunha, *Catálogo dos Bispos do Porto*, p. 2, cap. 26, e *História do Arcebispado de Braga*, p. 2, cap. 54, Faria, *Europa Portuguesa*, tomo II, p. 3, cap. 1, no fim, n. 194. A dignidade e importância deste cargo são sobejamente louvadas e encarecidas no livro primeiro dos Códigos Afonsino e Manuelino, e também no princípio do mesmo livro do Código Filipino, que se intitula *Do Regedor da Casa da Suplicação*. Preside a toda a Ordem dos Desembargadores, ocupa na mesa o primeiro lugar, e, quando o Rei visita o Senado, senta-se à sua direita de cabeça coberta; distribui os processos por cada desembargador, Ord, liv. 1, tit 1, § 6; nomeia internamente, para os officios vagos de escrivão, inquiridor, distribuidor, tribuno ou contador, e meirinho, quando o Rei não está em Lisboa, officiais que os desempenhem, § 25; nomeia livremente os solicitadores, caminheiros, e pregoeiros, § 26; e, finalmente — o que é de suma e principal importância — deve obrigar os juizes, desembargadores, officiais, e advogados a cumprir o seu dever, e fazer com que se observem as leis e os bons costumes Veja-se, querendo, o outro Regimento de 7 de Junho de 1605 na Colccção I à Ord, liv 1, tit 1, N. 4

GOVERNADOR DO PORTO

§ VIII — Transferida para o Porto no tempo de Filipe II a Casa Real das Causas Cíveis, o Governador da Relação do Porto tem quase a mesma categoria que o Regedor da Casa da Suplicação, usa, por isso, do Regimento deste naquilo que não

está especialmente exceptuado, Ord. liv 1, tit 35, § últ O primeiro que desempenhou este honrosíssimo cargo foi Pedro Guedes Henriques de Sousa, menor de 20 anos, nomeado pelo mesmo Filipe II. Cunha, *Catálogo dos Bispos do Porto*, p 2, cap. 39, pág 340, Sousa, *História Genealógica*, tomo XII, p 1, págs. 256, 511, 515 e 523; e Lima, *Geographia*, tomo I, cap 5 (*História do Direito Civil Português*, § LXXXVII).

MAGISTRADOS MAIORES DA CASA DA SUPLIÇÃO

§ IX — Também se devem contar entre os magistrados maiores o Chanceler-Mor do Reino, de que fala a Ord. liv. 1, tit. 2, e o Chanceler da Casa da Suplicação, tit. 4, sendo a principal função destes dois magistrados examinar e acautelar que nada de contrário às leis escritas emane do Desembargo do Paço ou da Casa da Suplicação; os Corregedores do crime e do civil, que conhecem das causas crimes ou civis dos magistrados superiores, tits. 7 e 8; os Ouvidores do Crime da Casa da Suplicação, a quem respeita o conhecimento dos delitos dos outros cidadãos em causa de apelação, tit. 11; os Juizes da Real Coroa, tit 9, e os da Fazenda Real, tit 10, que despacham os feitos relativos aos direitos reais, aos direitos da Coroa, e à Fazenda do Rei; os Procuradores da Coroa, tit. 12, e os dos feitos da Fazenda, tit. 13, que defendem e cuidam daqueles mesmos direitos Ao Juiz da Chancelaria cabe julgar, entre outras coisas, dos erros, falsidades e delitos dos escrivães, tabelhões, etc., tit 14; ao Promotor da Justiça compete formar libelos contra os criminosos que não têm adversário, tit 15. Todos estes magistrados pertencem ao número dos desembargadores; quase da mesma jurisdição usam os que exercem funções semelhantes na Casa do Porto. Destes se faz menção especial na Ordenação, liv. 1, tits 36, 38, 39, 40, 41, 42 e 43.

Entre os magistrados maiores também se devem contar, e sem dúvida em primeiro lugar, os três ministros do Conselho mais íntimo

em português chamados *Secretários e Ministros d'Estado*, criados por Alvará de D João V de 28 de Julho de 1736, *apud* Col ult à Ord liv 5, tit 143, no fim. D João IV estabelecera por Alvará de 29 de Novembro de 1643, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas* ao liv VII, N 19, e tomo VII da *História Genealógica*, pág 202, outra ordem e outros ministros para despacharem junto do Rei os negócios públicos e particulares, e el-Rei D. Sebastião outra por Alvará de 8 de Setembro de 1569, *apud* Sousa, tomo III das *Provas* ao liv IV, N 161. Hoje há um outro ministro, da mesmíssima categoria, criado por Alvará de 15 de Dezembro de 1788, para administrar os negócios da Fazenda Todos eles se equivalem em dignidade, e pouco distam, nas funções e na autoridade, do antigo escrivão e ministro íntimo do Rei, que chamavam *Escrivão da Pundade* Entre outros que em diversos tempos se referem como tendo desempenhado este nobilíssimo cargo e officio, conta-se, no tempo de D Afonso VI, Luís de Vasconcelos de Sousa, 3.º Conde de Castelo Melhor, como se vê da carta daquele Rei, pleníssima de amizade e estima, e datada de 21 de Julho de 1662, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas*, N 46, a dignidade e, para assim dizer, suma autoridade deste ministro resalta suficientemente do seu Regimento, *ibidem*, N 47, p 7, dado pelo mesmo Rei D Afonso em 12 de Março de 1663 Quase de igual autoridade era o officio ou dignidade chamado *Privação d'El Rei*, nome que outrora usava o ministro que despachava os negócios junto do Rei Sousa, *História Genealógica*, tomo XI, liv XIII, p II, cap. I, pág 797, e Brandão, *Monarchia Lusitana*. P 5, liv XVI, cap II, pág 4 vers.

ALGUNS MAGISTRADOS ESPECIAIS CONSTITUIDOS PARA CERTAS CAUSAS E PESSOAS

§ X — São quase da mesma categoria alguns magistrados especiais, como o Juiz da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, que julga as causas respeitantes à mesma, Ord. liv. 1, tit. 16; o Juiz dos Cavaleiros, que julga as causas dos cavaleiros; o Juiz Geral das Ordens Militares, que conhece das causas das Milícias Religiosas do Reino; o Juiz da Índia e Mina, que julga as questões ultramarinas, Ord liv. 1, tit. 51; o Ouvidor da Alfândega da Cidade de Lisboa, tit 52, os dois Juizes das Alfândegas de todo

o Reino nomeados curadores em 26 de Maio de 1766, que tratam das mercadorias interditas; os Ouvidores militares instituídos em 20 de Outubro de 1763 (hoje extintos por Alvará de 26 de Fevereiro de 1789), que decidem das questões dos militares; o Conservador da Universidade de Coimbra, que conhece das causas dos estudantes universitários, Ord. liv. 3, tit. 12, § últ.; e o Juiz do Fisco, que julga especialmente os casos atinentes ao fisco, pela maneira declarada no Regimento especial que lhe foi dado em 10 de Julho de 1620, no fim do tomo 5 das Ordenações, ed. de 1747.

JUIZES ORDINÁRIOS, JUIZES DE FORA, ALMOTACÉS, E VEREADORES

§ XI — Os magistrados ordinários chamam-se juízes, os quais ou tomam o nome especial de juízes ordinários, ou juízes de fora, ou pedâneos, ou seja, *da Vintena*, pois estes também têm alguma jurisdição, Ord. liv. 1, tit. 65, §§ 73 e 74. Os juízes de fora ou forâneos, assim chamados porque desde D. Manuel são tomados de fora, doutro lugar, têm quase a mesma jurisdição que os ordinários, diferindo destes principalmente por serem escolhidos pelo Rei, enquanto os ordinários o são pelos moradores do lugar na forma prescrita pela Ord. liv. 1, tit. 67, e depois confirmados pelo Desembargo do Paço ou pelo Corregedor da comarca; além disso, a judicatura destes dura apenas um ano, e a daqueles um triénio. Todos estes juízes são mencionados na Ord. liv. 1, num só e mesmo título, o 65. Também nalguns lugares são criados juízes especiais para os feitos crimes, e juízes dos órfãos, de que se faz menção na mesma Ord. tit. 88. Aos juízes ordinários ou aos juízes de fora incumbe como principal cuidado o governo do lugar, a que presidem, e têm poder e jurisdição civil, criminal, voluntária, contenciosa e política; e os magistrados superiores não têm conhecimento nem maior nem mais amplo, embora gozem de maior autoridade, jurisdição e poder.

Quanto aos almotacés, quer os menores de qualquer lugar ou cidade, de que fala a Ord. liv. 1, tit. 68, quer os almotacés-mores, como o Almotacé-Mor da Corte, de que fala a Ord. no mesmo liv., tit. 18, exercem mais a jurisdição política e económica, assim como também os decuriões, isto é, os *veredores*, de que fala a Ord. no mesmo liv., tit. 66, pois são de certo modo os procuradores dos interesses do povo, e adjutores, conselheiros, e substitutos dos juízes; contudo, pelo Alvará com força de lei de 5 de Setembro de 1774, não podiam proferir sentenças definitivas tanto no cível como no crime. Hoje acha-se restabelecido o direito antigo por decreto de 17 de Julho de 1778.

CORREGEDORES E PROVIDORES

§ XII — Sobre os juízes ordinários e de fora superintendem, tanto em Lisboa como nas comarcas, os pretores, isto é, os *Corregedores*, que decidem em segunda instância, entre outras coisas, as causas criminaes e civeis; dos de Lisboa fala a Ord. liv. 1, tit. 49, e dos das comarcas, o tit. 58. O mesmo sucede com os provisores, isto é, os *Provedores*, que conhecem principalmente dos testamentos, das albergarias, capelas e confrarias; dos de Lisboa faz menção especial a Ord. liv. 1, tit. 50, e dos outros o tit. 62, do mesmo livro.

QUE MAGISTRADOS HAVIA ANTIGAMENTE EM PORTUGAL

§ XIII — São estes hoje os nomes e officios de quase todos os magistrados portugueses. Antigamente o seu número era menor, pouco mais se conhecendo entre nós que os juízes ordinários do lugar e os corregedores. Os magistrados especiais, que se foram criando, devem a sua origem ou ao crescimento do império, ou à introdução em Portugal do Direito Civil Romano.

e do Direito Canónico (*História do Direito Civil Português*, §§ LXV, LXXIII, Notas; *Instituições de Direito Civil Português*, Liv IV, Tit. VII, §§ VII e seguintes).

A princípio, pertenciam aos juizes ordinários do lugar todas as causas, fossem de que género fossem, as quais julgavam *ex bono et aequo* (segundo a equidade natural) e segundo as leis forais, ou elles próprios apenas, ou então juntamente com os chamados *ricos-homens* e os homens bons, era permitido apelar destes, ou directamente para o Rei, ou para o seu supremo magistrado, que chamavam ou pretor, isto é, *Corregedor*, ou *Sobre-juiz*, ou *Adelantado*, ou Regedor ou Governador, nomes estes que aqui tomamos indistintamente por um só e mesmo magistrado, visto serem quase as mesmas as suas funções, jurisdição e poder. No entanto, estes Corregedores (e o mesmo queremos dizer dos outros magistrados) até aos tempos de D. João II, como não pertenciam ao numero dos juriconsultos, eram mais destinados a repellar a violência do mais forte, evitar facções, expurgar a provincia de ladrões e livrá-la dos inimigos externos, e proteger o direito do Rei, do que a julgar as demandas; costumava-se recorrer a elles so em causas de maior monta e, por assim dizer, extraordinárias. Por aqui vêem todos quanto as leis posteriores modificaram tudo isto. Introduzido pouco antes em Portugal o Direito Romano, logo os juriconsultos occuparam o reino forense sobretudo desde D. João I, a partir do qual o numero de processos cresceu tão desmedidamente, que houve necessidade de novos magistrados e tribunais para os dirimir, daí resultou que aquilo que um só juiz ou corregedor costumava resolver, não chegam agora seiscentos magistrados para o fazer. Da introdução do Direito Canónico, isto é, das Decretais, originaram-se males iguaes, e até muito maiores surgiram os privilégios de causas pias, isenções dos clérigos, distincção entre bens eclesiásticos e seculares, e outras coisas de igual teor, em numero tão elevado, que para as resolver os nossos Reis viram-se na necessidade de criar, em diversas épocas, magistrados especiaes, que defendessem e cuidassem de seus direitos e bens, que julgassem em matéria de testamentos e causas pias, que decidissem dos pupilos, órfãos, viúvas, capelas e confrarias, que julgassem de assuntos náuticos e mercantis e de questões de guerra em terra e mar. Daqui nasceram, posteriormente, outras cúmas e conventos Juridicos, e muitos magistrados especiaes, como os juizes dos Órfãos, os da Coroa, os da Fazenda Real, os juizes do crime distintos dos do

cível (*Instituições de Direito Criminal Português*, Tit. XII, § XII, Nota), os juizes militares e outros, cujas funções, para as quaes hoje difficilmente chegam, eram antigamente desempenhadas pelos juizes ordinários do lugar e pelos corregedores.

DIFERENÇA ENTRE MAGISTRADOS PORTUGUESES E ROMANOS

§ XIV — Quanto differem os magistrados portuguezes dos magistrados romanos facilmente entenderão todos aqueles que forem mesmo medianamente versados na lição do Direito Pátrio e do Direito Romano. Erram, portanto, os que applicam aos nossos magistrados aquilo que os Romanos informaram acerca da origem do Direito Romano e de todas as magistraturas no liv. I, tit. 2, das Pandectas, dos senadores no tit. 9, do officio do cônsul no tit. 10, dos pretores no tit. 14, do governador de provincia no tit. 18, etc. Mas erram mais e mais gravemente os que confundem com os nossos juizes a ordem dos juizes romanos, variável com a diversidade dos tempos, tanto nas causas civeis como nas criminaes, conforme diremos em seu lugar (*Instituições*, Liv. IV, Tit. VII, § VI).

QUEM PODE EXERCER A MAGISTRATURA

§ XV — Entre nós não é permitido a todos indistintamente exercer as magistraturas, porquanto estão impedidos do múnus de julgar os menores de 25 anos e os solteiros, Ord. liv. I, tit. 80, § 21, e tit. 94, no principio, e § 1.º do Alvará de Filipe III de 27 de Abril de 1607, Colecção I a esta mesma Ordenação, N. 1; os estrangeiros e adventícios, Ord. do mesmo livro, tit. 81; também só podem ascender às honras da magistratura os que houverem estudado em Coimbra Direito Civil ou Canónico durante oito anos (actualmente bastam cinco, que é o tempo de duração dos estudos universitários), alcançado o grau de Bacharel, e feito o

exame público chamado de *Formatura*, Extravagante de D. João III de 13 de Janeiro de 1539, *apud* Leão, p 4, tit. 17, lei 13 D. João V acrescentou que estes mesmos deveriam estagnar um ou dois anos no foro, e que o Supremo Desembargo do Paço tão-sómente admitisse aqueles que a venerável Universidade de Coimbra houvesse considerado idóneos, por testemunhos públicos e particulares, para as honras da magistratura, Decreto de 31 de Agosto de 1723, na Colecção II à Ord. liv. 1, tit. 48, N. 2.

E DE QUE COISAS SE DEVEM ABSTER

§ XVI — Ora, para que possam dedicar-se mais livremente ao seu officio, devem os magistrados abster-se de bodos, também pelo mesmo motivo não lhes é permitido responder às cartas dos litigantes, Alvará de Filipe III de 23 de Novembro de 1612, na Colecção I à Ord. liv. 1, tit. 5, N. 2, e na Colecção II, Nn. 17, 18 e 19, serem procuradores de alguém, Ord. liv. 3, tit. 28, § 2, offenderem os litigantes, Ord. liv. 3, tit. 19, § 14, revelarem os segredos de justiça, Ord. liv. 5, tit. 9, § últ., e muito menos julgarem por dinheiro, Ord. do mesmo liv. tit. 71, Manuelina 56; andam como o trajo que determina o Alvará de 30 de Junho de 1652, na Colecção I à Ord. liv. 1, tit. 5, N. 1; usam certas insígnias e varas, Ord. liv. 1, tit. 65, § 1. Aos desembargadores também é interdito agasalhar hóspede em sua casa, Ord. liv. 1, tit. 5, § 1.

POR QUEM E COMO DEVEM SER PUNIDOS OS MAGISTRADOS

§ XVII — E assim como só ao Rei pertence criar magistrados, assim também só a ele cabe puni-los, demiti-los, dar-lhes baixa ignominiosa ou honrosa, e aposentá-los, Ord. liv. 2, tit. 54. E, se eles julgarem com dolo ou ignorância, ora são pelas nossas leis condenados nas custas, Ord. liv. 1, tit. 65, § 9, ora afastados do officio definitiva ou temporariamente consoante o modo e

qualidade do delicto, Ord. liv. 1, tit. 5, § 4, tit. 80, § 14, e tit. 100, e liv. 5, tit. 74. Ainda vigoram as antiquíssimas leis que obrigam o juiz a dar conta do seu exercício depois de acabar o seu officio, Ord. liv. 1, tit. 60, Man. 41 e 42, Alvará de 8 de Fevereiro de 1775, e mandam a todos os juizes inquirir officiosamente, dentro de 10 dias, dos actos de seus antecessores, Ord. liv. 1, tit. 65, § 39.

São três as espécies de baixa de serviço militar a ignominiosa, que se determina por causa de delicto, a honrosa, que se ordena aos que concluíram o seu tempo, e a inválida, que se concede por doença ou motivo semelhante, lei 2, § 2, do tit. *De his, qui notantur infama*, do Digesto. A remoção e deposição dum magistrado corresponde à baixa militar ignominiosa, e implica infâmia e ignomínia, e a simples exoneração corresponde à baixa honrosa ou à inválida dos militares, e é considerada como uma espécie de graça ou privilégio, por isso, os magistrados simplesmente exonerados conservam o título de sua dignidade, lei 17, do tit. *De quaestibus*, do Código, e lei últ. do tit. *De decunombus* do Digesto, o contrario succede aos removidos do officio e aos destituídos do poder com desonra, leis 2 e 9 do tit. *De senatoribus*, Boehmer, *Exercit. ad Pandectas*, tomo III, Exercit. 57, e *De jure Principis circa dimissionem Ministrorum*, caps. 1 e 2.

DOS OFFICIAIS AUXILIARES

§ XVIII — Cada magistrado tem os seus auxiliares e meirinhos tanto na cidade, como nas comarcas, o principal dos quais é o Meirinho-mor de que fala a Ord. liv. 1, tit. 17. Muito abaixo dele em dignidade estão o meirinho da Corte, tit. 21, e os das cadeias, tit. 22, os pregoeiros da Corte, tit. 32, os escrivães da Chancelaria do Reino, tit. 19, da Casa da Suplicação, tit. 20, dos Desembargadores do Paço, tit. 24, da Câmara de qualquer lugar, tit. 71, e de Almotaceria, tit. 72, os tabeliães, tits. 78, 79 e 80, e outros, cujas funções e officios especiais não interessa referir. Todos estes officiaes só pelo Rei podem ser criados, Ord. liv. 1, tit. 97, § 7, no fim, e liv. 2, tit. 26, § 1, e tit. 45, § 24 do mesmo livro.

§ XIX — Assim como também só ao Rei pertence extinguir e abolir de todo estes officios. Assim procedeu o Fidelíssimo Rei D. José I, abolindo os Contos do Reino e Casa por Carta de Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 1, os Depositários da Corte e Cidade tanto os públicos, Carta de Lei de 21 de Maio de 1751, Apêndice N. 33, como os particulares, Cartas de Lei de 13 de Janeiro de 1757, *ibidem*, N. 91, de 4 de Maio do mesmo anno N. 99, e 9 de Agosto de 1759, N. 131, o meirinhado das exportações, isto é, *das saccas*, 3 de Agosto de 1767, e a Alcaldaria-mor da Cidade de Lisboa, 6 de Novembro de 1769

QUAL A NATUREZA E ÍNDOLE DESTES OFÍCIOS

§ XX — Sendo pessoais todos os officios públicos e todos os cargos da República, e requerendo, por sua natureza, competência, quem ousará contá-los no número dos bens hereditários e como tais os classificar? Eis por que bem pode o Rei tirá-los e conferi-los a seu talante, Ord. liv. 1, tit. 99, Man. 76, não podendo ser vendidos ou renunciados em favor de outra pessoa, Ord. liv. 1, tit. 80, § 20, e tit. 96, e liv. 2, tit. 46. Todas estas disposições, para não citar muitas outras mais antigas, foram de novo confirmadas pelo Rei Fidelíssimo na Constituição Geral de 23 de Novembro de 1770 (*História do Direito Civil Português*, § LXXI).

DOS ARBITROS

§ XXI — Os árbitros escolhidos por compromisso das partes recebem por lei pública o officio de julgar e são tidos como juizes; por isso, tem aqui cabimento uma referência a eles. Devem, pois, observar as solenidades dos juizes, Ord. liv. 3, tit. 17, no princípio; todavia, não podem dar a sua sentença à execução, Ord. no mesmo liv., tit. 16, § 2, sendo absolutamente

permittedo apelar dela, e não valendo o pacto ou a pena acordada em contrário, Ord. no mesmo liv. e tit., no princípio; no Direito Romano era diferente, lei 27, § 2, lei 32, § 14, do tit. *De receptis qui arbitrum*, do Digesto. Quaisquer juizes (quanto a pessoas particulares ninguém duvida) podem exercer o papel de árbitros, Ord. liv. 3, tit. 16, § 3. Isto recusa o Direito Civil, lei 9, § 2, do referido tit. *De receptis*, mas concede-o o Direito Canónico, tit. *De arbitris*, caps. 7 e 10. O mais que se contém na Ord. do mesmo liv. 3, tit. 6, foi tirado do Direito Romano.

O direito público confere autoridade aos árbitros escolhidos por consenso dos litigantes. Em Roma, uma vez recebida a arbitragem, intervinha o pretor, não só porque procura que se acabem os pleitos, mas também porque não devem ser defraudados os que por acordo escolheram o árbitro, como homem bom, para juiz, Ulpiano, na lei 3, § 1, do tit. *De receptis qui arbitrum*, do Digesto. Em Portugal, já antes da recepção do Direito Romano, se usavam os árbitros, sendo este, a princípio, o modo mais simples de dirimir as questões, e não era mais que uma arbitragem ou julgamento outrora praticado perante os *ricos-homens* e os homens bons e honrados. Mas, recebido depois tanto na Universidade como no foro o Direito Civil e Canónico, destes ambos foi formada a Ord. liv. 3, tit. 16, Man. 81, Afonsina 113. Por isso, a origem do preceito do § 4 da mesma Ordenação, segundo o qual o compromisso se extingue com a morte, deve ser procurada na lei 27, § 1, a do preceito do § 6 determinando que vários árbitros não possam julgar na ausência de algum deles, a não ser que antes as partes hajam expressamente ressalvado esta hipótese, deve-se buscar na lei 17, § último, e na lei 27, § 3, a do § 7 que determina seja preferido, em caso de discrepância dos árbitros, aquillo que a maioria julgar, na lei 17, § 6, e na lei 18, e o preceito do § 8 permitindo se nomeie terceira pessoa no caso de empate, na lei 17, §§ 5 e 6, do referido tit. *De receptis qui arbitrum*, do Digesto

DOS ARBITRADORES

§ XXII — Dos arbitradores faz-se especial menção na Ord. liv. 3, tit. 17, estes só conhecem do facto, aspecto fundamental da

sua diferença em relação aos árbitros, e são escolhidos ou pelos litigantes ou pelo Senado do lugar, no princípio da mesma Ord., e no § 1. São empregados no juízo de partilhas ou divisão de herança, Ord. liv. 1, tit. 88, § 5, na avaliação da coisa pedida pelo autor, Ord. liv. 3, tit. 70, § 9, e nas vendas de bens e adjudicações feitas segundo as prescrições da Carta de Lei de 9 de Julho e do respectivo Alvará de Declaração de 14 de Outubro de 1773, etc. Em caso de desacordo dos arbitadores, é escolhido um terceiro ou por consenso das partes, ou officiosamente pelo juiz, Ord. liv. 3, §§ 2 e 4; e, se uma das partes se sentir agravada com a avaliação injusta, poderá apelar dentro de 10 dias, Ord. liv. 3, tit. 78, § 2, ou implorar dentro de um ano o officio do juiz, o qual, conhecendo da coisa, anula e refaz a avaliação, Ord. no mesmo liv. 3, tit. 17, §§ 3, 5 e 6, e liv. 4, tit. 96, § 19

No Direito Romano, o arbitramento realmente vicioso e injusto é corrigido pelo officio do juiz e reduzido ao arbitrio de um homem bom, ainda que se nomeie certa pessoa, conforme a decisão de Prócuro nas leis 76, 78 e 80 do tit. *Pro socio*, do Digesto, de Paulo nas leis 77 e 79 do mesmo título, e de Celso na lei 30 do tit. *De operis libertorum*. No entanto, isto apenas vigora nos juízos de boa fé, e nos legados e fideicomissos que se lhe equiparam, lei 3 do tit. *In quibus causis in integrum restituito* do Código, porquanto nas estipulações o arbitramento dum só não é referido, nem sai da pessoa, leis 43 e 44 do tit. *De verborum obligatiombus*, o que também tem lugar, ainda que se comine certa pena, lei 6 do tit. *De conditiombus et demonstratiombus* do Digesto. Porém, estes e outros possíveis princípios de igual teor, subtilmente excogitados pelos Romanos, são hoje de nenhum valor, por isso, entre nós o arbitramento injusto é sempre emendado pelo juiz, de qualquer maneira que se proponha a pena cominada, Ord. liv. 3, tit. 17, § 7, e referido em todos os juízos e contratos, §§ 3, 4, 5 e 6 do mesmo tit. Nem mesmo exceptuamos a venda, como se vê na Ord. liv. 4, tit. 1, § 1, vers. *E arbitrando*, a qual na realidade observa mais a equidade do que a *Novella Constitutio* de Justiniano na lei últ. do tit. *De contrahenda emptione* do Código, donde foi tirada, efectivamente, com essa *Novella Constitutio*, Justiniano eliminou nesta parte o dissídio entre Sabimanos e Procleianos, mas não resolveu inteiramente a dificuldade da questão

§ XXIII — Uma vez constituídos os juízos, ninguém pode fazer justiça por suas mãos, pois não se deve conceder a cada um aquilo que pode ser feito publicamente pelos magistrados, a fim de não se dar ocasião a maiores perturbações, como bem diz Paulo na lei 176 do tit. *De regulis juris*. Por isso, aquele que se arroga esta faculdade, entre outras penas perde, tanto pelas leis romanas como pelas leis pátrias, todo o direito, se é que algum tinha, lei 13 do tit. *Quod metus causa*, do Digesto, lei penúltima do tit. *ad Legem Juliam de vi privata*, do Digesto, lei 7 do tit. *Vnde vi* do Código, lei 3 do mesmo tit. do Código de Teodósio, Ord. liv. 4, tit. 58, no princípio. Efectivamente, numa sociedade bem organizada a ninguém é permitido o juízo particular, sendo esta a principal diferença entre o estado natural e o estado civil. Por isso é que a vindicta particular, o cárcere privado, a provocação ao duelo, o assalto tumultuário a um domicílio e outros actos que em seu lugar indicaremos, são entre nós de certo modo crimes públicos e algumas vezes capitais, Ord. liv. 4, tits. 28, 57, 58, e liv. 5, tits. 43, 45, 46, 47 e 95

Isto é totalmente verdadeiro. No entanto, antigamente era permitido pelas leis e costumes do Reino vingar a injúria própria pela violência das armas. Destaca-se, a este respeito, a célebre lei da *Revendicta*. Por ela podia cada um vingar as injúrias que lhe fizessem a si e aos seus parentes. Sobre este assunto vejamos também, além de outras, as leis de D. Afonso III dadas em Coimbra a 17 de Março do ano de 1363 da Eia e 11 de Abril de 1385. Este direito deve a sua origem às leis das nações antigas de que fala Eustáto, *ad Homerum*, liv. IX da *Iliada*, vers. 628 e seg., e às leis visigóticas, liv. 3, tit. 4, leis 3 e 9, liv. 6, tit. 5, leis 12, 16 e 18, liv. 7, tit. 3, lei 3. E desta fonte manou a Ord. liv. 5, tit. 38, que concede a vingança privada em caso de adultério, e a Ord. liv. 1, tit. 3, § 5, que concede as cartas de inimidade. Podem-se pedir outros exemplos à Ord. liv. 3, tit. 89, § 1, liv. 4, tit. 23, § 3, tit. 57, § 1, tit. 76, § 3, etc. (*Instituições de Direito Criminal Português*, Tit. IV, § XIII, Nota, e Tit. XII, § I, Nota). Também parecem oriundos da mesma fonte o direito de asilo e as cartas de segurança,

direitos estes todos eles introduzidos em melhores tempos, para que, procurando-se a vingança privada sob este quase pretexto e indirecto meio, deixassem algum dia de estar em uso e honra

ALGUMAS VEZES SÃO PERMITIDOS A FORÇA E O JUÍZO PRIVADOS

§ XXIV — Acontece, todavia, algumas vezes que as leis como que extraordinariamente concedem o uso da força e juízo privados (*Instituições de Direito Criminal Português*, Tit. IV, § XIII, Nota) Efectivamente, I, o juiz castiga a injúria feita a si ou ao seu meirinho, porque parece feita mais ao seu officio e à República, Ord. liv. 5, tít. 50 e 51, e liv. 3, tit. 21, § 26, e tit. 24, lei últ. do tit. *Si quis jus dicenti non obtemperaverit*, do Digesto, lei 9 do tit. *De jurisdictione*, e lei 19 do tit. *De officio Praesidis* II, pode alguém denunciar por autoridade própria uma obra nova lançando ou ferindo nela uma pedra, Ord. liv. 3, tit. 78, § 4, deduzida da lei 5, § 10, do tit. *De operis novi nuntiatione*, do Digesto III, pode o alcaide, apenas por mandado do dono, penhorar o arrendatário duma casa que não pague o aluguer, Ord. liv. 4, tit. 23, § 3, e tit. 57, § 1, no fim.

É questão duvidosa no Direito Romano se o locador pode por autoridade própria expulsar o arrendatário que não paga a pensão Menóquio, Remed. 5 *Recup. poss.* n. 46, apoiado na lei 61, no princípio, do tit. *Locato*, do Digesto, na lei 54, § 1 do mesmo tit., e na lei 3 do tit. *De locato* do Código, é pela afirmativa, e Fachíneo, *Controversarum*, liv. 1, cap. 95, pela negativa. Eu, porém, julgo que sim o locador pode expulsar o colono sem a intervenção do juiz, mas sem força armada, visto que evidentemente possui por ele, não deve, por isso, ser prohibido de entrar ou continuar na posse da sua coisa. No entanto, se o colono contrariar e se opuser de mão armada à sua entrada, deve recorrer ao juiz e usar do interdito *unde vi*, leis 12, 14, 18 do tit. *De vi et de vi armata*, do Digesto. Isto segundo o Direito Romano, porém, pelo Direito Pátrio é totalmente interdito o despejo privado, apenas se concede ao locador da casa que, por mandado seu, o alcaide possa penhorar o arrendatário que não paga a pensão, Ord.

liv. 4, tit. 23, § 3, o que, sendo direito especial, duvido se justamente possa estender-se aos restantes colonos e alugueres de campos (Parece poder estender-se, pois se apoia na mesma razão de direito que a Lei de 18 de Agosto de 1769 aprova)

ENUMERAM-SE OUTROS CASOS

§ XXV — Além disso, também pode o credor, por força de convenção, intrometer-se nos bens do devedor, penhorá-los e tomar posse deles, contanto que o devedor não lhe resista, nem se sigam rixas e desordens, Ord. liv. 4, tit. 57, no princípio, e tit. 58, §§ 2 e 3, lei 11 do tit. *De pignoratitia actione* do Código, e lei 3 do tit. *De pignoribus* do Código. Igualmente, pode cada um recobrar pela força, mas em continente, a posse de alguma coisa de que foi violentamente repellido, Ord. liv. 4, tit. 58, § 2; e, dando caução na presença de duas ou três testemunhas, resistir e contrariar o porteiro judiciário impedindo a penhora e venda dos bens, Ord. liv. 3, tit. 89, § 1 (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XXII, § X), prender o seu devedor em acto de fugir ou querer fugir, Ord. liv. 4, tit. 76, § 3, vers. *Porém*, e liv. 5, tit. 95, § 3. Podem também os salteadores e ladrões, ou qualquer um que venda coisa alheia, ser presos por qualquer pessoa, Ord. liv. 5, tit. 60, § 7, Alvará de 20 de Outubro de 1763, § 8; pode o marido reter o adúltero encontrado em sua casa, Ord. liv. 5, tit. 95, § 2, e até matá-lo, na mesma Ord. tit. 38, no princípio. Qualquer um tem o poder de matar o banido, isto é, o proscrito por lei pública, Ord. liv. 5, tit. 126, § 8. Finalmente, pode alguém fazer justiça por autoridade própria em caso de extrema necessidade que não deixa recorrer ao auxílio do juiz, ou então quando cessa o juízo em geral, ou seja, no tempo de justico. Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. 3, § 2

O justico é, no entendimento de Gélto, nas *Notas Atcas*, liv. XX, cap. 1, uma quase vacância ou cessação do direito, para que nada se

possa fazer em justiça nestes dias Há um justicío voluntário ou promulgado, e outro necessário, um e outro, porém, são ou universais, ou particulares. Outrora, os Romanos ordenavam o primeiro em tempo de luto público, Tácito, *Anais*, liv 1, 16, ou por motivos de alegria pública, Horácio, Liv IV, Ode 2, o necessário acontece por causa de calamidade da guerra, peste, ou fome. E, assim, no tempo do justicío restabelece-se o estado natural, e quem quer pode fazer justiça por autoridade própria, sem que com isso incorra em alguma pena. mas, restaurados depois os juízos, a questão deverá ser chamada de novo a julgamento e correição. A Ordenação Régia, liv 3, tit 18, além das fenas em honra de Deus e das que são para as colheitas do pão e do vinho, refere no § 1 outras extraordinariamente ordenadas por causas gravíssimas (que, todavia, não declara) durante as quais manda cessarem absolutamente todas as audiências e fique o foro livre de demandas. Contudo, entre nós nunca foram ordenadas férias dessa natureza em que totalmente cessassem os julgamentos e houvesse falta, pelo menos, de juízes-mores, nem também jamais foi decretado justicío universal por razões de luto ou alegria (Instituições, Liv IV, Tit XIV, § IV)

TÍTULO III

DO DIREITO DE PUNIR

O QUE É O «JUS GLADII»

§ I — Ao poder judiciário está intimamente ligado o *imperium* ou *jus gladii*, que também se chama poder de castigar os criminosos, e acompanha sempre o Imperante. Com efeito, sendo a República especialmente defendida por duas coisas, o prêmio e o castigo, como bem diz Cícero *I in Brutum*, Epist 15, na esteira de Sólon, deve o Príncipe estabelecer penas certas para os delitos, as quais ora pode aplicar ora remitir, conforme convier à República

O QUE É A JURISDIÇÃO E A QUEM COMPETE

§ II — A soberania é inerente a jurisdição, isto é, o conhecimento de qualquer causa, ou seja, o poder de aplicar a justiça. Entre nós não se faz uso algum da diferença subtil entre mero e misto império ou jurisdição, e outras coisas que os escritores do Direito Romano disputam a propósito da lei 3 do tit. *De jurisdictione* do Digesto. Efectivamente, vê-se concedida a todos os juízes, com excepção dos árbitros, a jurisdição, ou como dizem, o misto império, e, em suma, todos aqueles poderes sem os quais não se podem exercer eficazmente a jurisdição, os cargos, e a autoridade. No entanto, a imposição de penas capitais, que é a

mais elevada competência contida nas palavras *imperium* ou *gladium*, não pode ser feita por todos e quaisquer magistrados, mas somente pelos conventos jurídicos do Reino, Ord liv 1, tit 65, § 33, e Alvará de 20 de Outubro de 1763, § 1.

DO REI EXERCENDO O JULGAMENTO DE CRIMES

§ III — O juízo criminal é exercido ou pelo próprio Rei ou por qualquer um em seu nome; todavia, ser o Rei a exercê-lo não parece livre de inconvenientes, pois pode incorrer facilmente no ódio dos súbditos. Tanto assim, que os que forem, digamos, sem ordem de juízo, condenados à morte pelo Rei, só são executados vinte dias depois, Ord. liv. 5, tit. 137, no princ., Afons. 70, Man. tit. 60 *ibi*: *Quando nós condenarmos alguma pessoa à morte, ou que lhe cortem algum membro por nosso próprio móto, sem outra ordem, e figura de juízo, por ira, ou sanha, que delle tenhamos, a execução da tal sentença seja espaçada até vinte dias (Instuições de Direito Criminal Português, Tit XX, § IV).*

Foi D Afonso II o primeiro que promulgou esta lei nas Cortes de Coimbra em 1211, *apud* Brandão, *Monarchia Lusitana*, p. 4, liv XIII, cap 21. Mas muito antes, no ano 390 do Senhor, Teodósio Magno estabeleceu, talvez a rogo de Ambrósio, uma lei quase semelhante que vem em parte na lei 13, do tit. *De poenis*, do Código Teodosiano, sobre a qual Gotofredo fez notáveis comentários, e na lei 20 de igual tit do Código Justiniano. Disputa-se se será conveniente e útil que o Rei exerça julgamentos civis ou criminaes, não por meio de juizes, mas por si. Bodin, *De republica*, liv 4, cap 6, vai pela negativa.

GÊNEROS DE PENAS

§ IV — São muitos os géneros de penas que indicaremos em seu lugar, ao falarmos dos delitos. Mas, em suma, reduzem-se

às que são capitais e implicam perigo de vida, ou às pecuniárias que consistem na perda de bens. Também da pena de Talião, que as próprias leis divinas muitíssimas vezes inculcam, vêem-se fazer menção as Ordenações, liv. 1, tit. 77, § 3, liv. 2, tit. 1, § 5, liv. 3, tit. 60, § 5, e liv. 5, tit. 122, § 10.

DIREITO DE IMPOR PENAS

§ V — E, assim como só ao Rei pertence fazer leis, determinar a ordem dos juizes e constituir magistrados, assim também só a ele cabe impor penas pelos delitos públicos e particulares, e ninguém, seja de que dignidade for, se pode arrogar esse poder. Exceptuam-se os pais em relação aos filhos, os senhores em relação aos escravos ou criados, e os maridos em relação às esposas, pois exercem sobre eles algum poder e podem infligir-lhes certas penas e castigos, embora leves e moderados, Ord liv 5, tit. 36, § 1, e tit. 95, § 4.

A todos estes deram outrora as leis romanas o direito de vida e de morte, lei 11 do tit. *De libens et posthums* do Digesto, Dims de Halcarnasso, *Antiquitates Romanae*, liv II, e Gélio, *Noites Aticas*, liv X, cap 23. Leis posteriores restringiram, mas não aboliram totalmente, esse poder, por isso, vemos a cada passo no Direito Romano e no Direito Pátrio vestígios do direito senhorial, pátrio e mantal, que em seus lugares anotaremos.

O FIM DAS PENAS

§ VI — O fim das penas é o mesmo que o da sociedade, isto é, a segurança dos cidadãos, sendo esta também o elemento regulador da sua severidade. Na realidade, as penas aumentam-se ou diminuem-se atendendo a sete circunstâncias, *causa*,

peessoa, lugar, tempo, qualidade, quantidade e evento, que Cláudio Saturnino explica todas por essa ordem na lei 16, § 1, do tit. *De poenis* do Digesto. Sobre este assunto fazem excelentes comentários, que não há vagar de transcrever, Grócio no *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. 20, e Pufendorf no *De Jure Naturae et Gentium*, liv. VIII, cap. 3

PENA CONVENCIONAL E PENA JUDICIAL

§ VII — Também a pena convencional ou a judicial são toleradas, tanto pelas leis romanas, § últ. do tit. *De verborum obligationibus* das Institutas com as leis semelhantes, como pelas leis pátrias, Ord. liv 4, tit. 70, no princ., e §§ 1 e 2. Aquela nasce dum contrato e constitui uma espécie de convenção; a judicial deriva da própria necessidade do direito e autoridade dos juízos

DIFERENÇA NESTE ASPECTO ENTRE O DIREITO ROMANO E O PÁTRIO

§ VIII — Todavia, os dois Direitos diferem no seguinte. no Direito Romano não se olha à quantidade da pena que se pôs na convenção ou facto, mas à quantidade da coisa que se prometeu, seja ela de que tamanho for. *Efectivamente, quando alguém estipula uma pena, não se atende ao interesse que possa ter o estipulante, mas à quantidade fixada na cláusula penal da estipulação*, Ulpiano na lei 38, § 17 do tit. *De verborum obligationibus*, § 19 do tit. *De inutilibus stipulationibus*, das Institutas, ao passo que o nosso Direito não admite a pena judicial ou convencional que excede a quantidade e valor da coisa ou facto prometido, Ord. liv 4, tit. 70, no princ., e §§ 1 e 2.

PENA DAS USURAS

§ IX — Se, por isso, acontecer as usuras excederem, ou pelo menos igualarem, a soma do débito principal, entendo que só se podem pedir até à quantidade dessa soma, muito embora a turma dos praxistas defenda o contrário. Em boa verdade, a usura é uma pena convencional que cada um promete para cada ano em que não pague a dívida; ora, uma pena nunca pode exceder aquilo que está contido na obrigação, quer se prometa para uma vez sòmente, quer se prometa para cada dia, mês ou ano. Ordenação, liv 4, tit. 70, no princ.: *E em isto não fazemos differença entre a pena, que he posta, e prometida por multiplicação de dias, ou mezes, e a que he posta juntamente, porque em todo caso se poderá levar até outro tanto, como o principal, e mais não.*

O mesmo vem na Ord. Manuelina, tit 40, Afonsina, tit 62 do mesmo liv 4, e aí se referem as antigas Ordenações que proibiam que as usuras cresçam mais que o cabo, isto é, excedam o débito principal. Veja-se, querendo, a colecção das leis antigas, tomo I

A PENA POSTA NUM CONTRATO REPROVADO PELO DIREITO NÃO TEM VALOR

§ X — É vã a pena posta em pacto nulo, torpe ou dalgum modo reprovado pelo direito, Ord. liv. 4, tit. 70, § 3, no princípio. É, portanto, fútil e completamente alheia à razão do direito puro a distincção que os Decretalistas fazem entre os contratos reprovados pelo direito que podem ser sempre confirmados por juramento, e os que o não podem ser, ainda que essa distincção se veja aprovada naquella mesma Ord. liv 4, tit. 70, § 3, no fim. Efectivamente, qualquer pacto nulo, injusto, torpe, e por qualquer motivo reprovado em direito, nunca se pode tornar válido,

ainda que se diga uma, duas, ou muitas vezes confirmado por juramento.

Essa mesma Ordenação Régia liv 4, tit 70, § 3, diz distintamente que há certos contratos reprovados pelo direito, como, por exemplo, o pacto sobre herança de pessoa viva ou a doação universal de bens, que não podem ser confirmados por juramento; mas que há outros que o podem ser, como é o caso de algum que, tendo a esperança duma futura herança, pactua sobre a sua aceitação ou renuncia, ou o do futuro herdeiro que promete àquele, cujo herdeiro talvez venha a ser um dia, que não tomará posse da herança em qualquer tempo que ela lhe seja defendida. Os contratos do primeiro género, visto que não são confirmados por juramento, não estão sujeitos a pena, mas não assum os segundos, incorrendo-se, por isso, na pena neles posta. Contudo, esta jurisprudência, se houvermos de dizer a verdade, como em parte foi deduzida dos erros dos praxistas, e em parte do direito das Decretais, especialmente do cap *Quamvis pactum*, do tit *De pactis* do Liv 6.º hoje dificilmente ou mesmo nem dificilmente deve ter aplicação. Quanto a mim, penso assim. *Primeiro* qualquer pacto sobre herança de pessoa viva é nulo, visto o Direito Romano, lei últ. do tit *De pactis*, do Código. *Segundo* que este princípio não decorre de nenhuma razão natural, mas apenas de razões civis, políticas, e até supersticiosas, pois aquilo seria de terrível agoiro e consequências tristíssimas e pengosíssimas, contudo, na realidade das coisas, absolutamente nada impede se pactue sobre uma futura herança. *Terceiro* um pacto deste género é hoje válido, quer porque não repugna aos nossos costumes, quer porque se acha confirmado pela nova lei testamentária de 9 de Setembro de 1769, § 1. *Quarto* que este pacto não poderia ser confirmado por juramento, se fosse nulo ou reprovado pelo direito, porque todo o juramento é accessório do acto ao qual se apõe, e nunca se pode manter por si, pois em direito é monstruosidade enorme, disforme e horrível aquele juramento que os decretalistas, a propósito dos capítulos *Quamvis pactum* do tit *De pactis* do Liv 6.º, e *Debitores 6* do tit *De iurejurando*, chamam *per se stans* (válido de per si), Fabro, *De erroribus pragmaticorum*, Decad. 41, error 5, e 48, error 3, n.º 6, e Calderno, liv. 2, cap. 7, *apud Meerman*, tomo 3, pág 371, com o mesmo argumento (Vide Instituições, Liv III, Tit. V, § XXXVI e Nota). *Quinto* a doação universal de bens, se não é válida pelo direito civil, o que agora não disputo, é-o pelo menos pelo novo direito pátrio e também pelo antigo antes da recepção do Direito Romano, quer porque não

impede a faculdade de testar, pois aquele que nada tem em bens, por nenhuma lei pública é proibido de testar, quer porque a faculdade de testar e legar entre nós merece mais ódio que favor, no Direito Romano dava-se o contrário. Por isso, tudo aquilo que na Ord liv 4, tit 70, § 3, vem a seguir às palavras *Nem quando o contracto for per dretio reprovado* até ao fim do mesmo título, é hoje de quase nenhum uso e autondade. Quanto a ser o Direito Canónico, isto é, as Decretais, a fonte do que há pouco refutámos, testemunha-o D. Afonso V em seu Código, liv. 4, tit 62, que foi o primeiro a introduzir a citada distinção (Vide Instituições, Liv. III, Tit. V, § XXXVI, Nota)

TÍTULO IV DO ERÁRIO E DO FISCO

O QUE SÃO O ERÁRIO E O FISCO

§ I — O Fisco significa o dinheiro do Príncipe, e o Erário o do povo, mas numa Monarquia esta distinção não é tão rigorosa como foi entre os Romanos, que viveram algum tempo em verdadeira República ou à sombra dela. Tanto assim que, já consolidado o principado, nem eles mesmos reconheceram essa distinção, porquanto desde os tempos de Antonino e Caracala começaram a empregar-se indistintamente as palavras Erário e Fisco, lei 13, no princ., lei 15, § pen. do tit. *De jure fisci*, do Digesto, lei 1, § 9, do tit. *ad legem Corneliam de falsis*, lei últ do tit *De quadrenni praescriptione*

Não é fora de propósito aludir neste título ao direito majestático de exigir impostos e tributos, sem o qual a sociedade civil é nula e a segurança dos cidadãos inexistente, *com efeito*, como bem diz Tácito, nas *Historiae*, liv. IV, cap 74, *não há tranquilidade das gentes sem armas, nem armas sem soldos, nem soldos sem tributos*

DISTINÇÃO DOS BENS PERTENCENTES AO REI

§ II — Entre nós pode fazer-se certa distinção entre bens reais, bens da Coroa, bens fiscais, e direitos reais. Em geral, dizem-se *bens reais* todos aqueles que de qualquer modo pertencem ao Rei, cabendo neste nome todos os fundos, possessões

e direitos régios; são espécies destes bens reais os chamados *bens domaniais* ou *fiscais* que nós dizemos *reguengos* (mas, na verdade, não são *reguengos*, como se vê da Ordenação aqui citada) chamando-se propriamente tais àqueles que já desde o tempo de D. Pedro I foram destinados para sustentação do Príncipe (Instituições, Liv. III, Tit. I, § IX), Ord. liv. 2, tit. 30, Man. 32, Afons. 46. *Bens da Coroa do Remo* são aqueles que o Príncipe adquiriu de novo sem culpa dos súbditos, e incorporou no seu fisco ou no erário do povo. Os *direitos reais*, sendo incorpóreos, não se designam propriamente como bens; contudo, cabem nesta designação os bens patrimoniais do Príncipe, dos quais não cabe falar aqui, visto ele os possuir como particular e neles usar do direito comum.

Neste título também não é descabido falar da distinção dos bens públicos, a qual se deve explicar desde a origem. A princípio, os príncipes portugueses, segundo o exemplo dos Romanos, ou deixavam aos antigos possuidores, livremente ou sob certo ónus, os prédios recobrados aos Mouros, ou os davam a novos possuidores, ou os conservavam para si. Se eram dados livremente e sem ónus, diziam-se *alodiais*, *censuais*, *enfiteúticos*, ou *juga deiras*, de censo e cânone, ou pensão de jugada. Porém, estas possessões, ainda que hajam sido doadas pelo Rei (e isto é notável), não cabem no nome de bens da Coroa do Reino, visto que os seus possuidores são os seus verdadeiros senhores e as podem vender, alienar e dividir sem licença do Rei, o que tudo contraria a natureza e índole dos bens da Coroa. Eis por que nelas não tem lugar a *Lei Mental*, Ord. liv 2, tit. 33, § 9, tit. 35, § 7, e liv 4, tit 36, § 6, Valasco, *Cons.* 120, nn 5 e 6, e Caldas, *De nominatione*, quaest 22. Os prédios, que os Reis conservavam para si, chamam-se propriamente *Reguengos* ou *Regalengos*, e sabe-se que há mais de um género desses bens, depois que os Reis os concederam a outros para favorecerem a agricultura, para utilidade sua ou dos possuidores. Por isso, os *Reguengos* também são ou *alodiais* ou *censuais*, conforme são dados pelo Rei livremente ou sob certo censo, ficando naturalmente o possuidor como verdadeiro senhorio, ou *enfiteúticos* em que o possuidor é apenas o senhorio útil, ou *usufrutuários*, isto é, *colômicos*, dos quais é apenas mero possuidor, detentor, colono, ou usufrutuário, e senhorio só o Rei. Omitto os vocábulos do Direito Romano, prédio *estipendiário*

ou *tributário* e semelhantes, para não ser obscuro, e porque não quadram plenamente a este assunto, contudo, vejam-se, querendo, Ulpiano, *Fragmenta*, tit XIX, § 8, e Teófilo ao § 40 do tit *De rerum divisione*, das Institutas. Ora, que se dão os *Reguengos*, os quais são de pleno direito dos possuidores (*Instituições*, Liv II, Tit III, § XXIV), e que estes podem dispor deles a seu talante, claramente consta das seguintes palavras da Ord liv 2, tit. 17 *Naquelles Reguengos, em que os possuidores delles podem livremente vender as herdades, e casues, que nelles tem, a quem lhes aprouver, e em que não são obrngados morar*, com as quais condizem a Ord Man., tit 7, § últ, Afons. tit 13 do mesmo livro, e a Lei Dionisiana dada em Coimbra a 15 de Junho do ano 1349 da Era

BENS FISCAIS

§ III — Ao Fisco vêem-se pertencer, em primeiro lugar, os bens vacantes, Ord. liv. 2, tit. 26, § 17, os bens dos condenados, §§ 18, 19, 28 e 32, os deixados a pessoas indignas, §§ 19 e 23, e o preço de coisa litigiosa vendida ou de qualquer modo alienada, § 25, Ord. liv. 4, tit. 10, Man. tit. 45, Afons. 71.

BENS DA COROA DO REINO

§ IV — Dizem-se bens da Coroa do Reino os caminhos públicos e os rios perenes, Ord. liv. 2, tit. 26, § 8, os portos de mar e dos rios, § 9, as ilhas adjacentes, § 10, as casas onde se costumam reunir os senados de qualquer lugar, § 11, os lugares desertos, as matas maiores, os tesouros, os bens jazentes e todos aqueles que não estão ocupados por particulares, e outros que os Gregos chamam *αδελφοτητα* (1) (*Adéspotá*) e cabem na expressão «de ocupação geral»

Aqui tomam-se os bens fiscaes e os bens da Coroa do Reino mais no sentido vulgar que no sentido jurídico. A verdadeira noção do vocábulo

já mais acima a indicámos. A maior parte das vezes toma-se a palavra Fisco em mau sentido, visto ele se locupletar à custa dos delitos dos súbditos, e pelo contrário, a Coroa Real toma-se em bom sentido, dizendo-se por isso, vulgarmente, os bens obtidos por outro motivo que não aquele, bens da Coroa e não do Fisco. Contudo, esta distinção não tem a mínima importância. O que convém observar é que se devem apenas considerar bens reais todos aqueles, seja qual for o seu género, que se acham inscritos no livro censual intitulado *dos próprios*, ou então aqueles que por incorporação verbal são applicados ao Fisco, pelo modo prescrito na Ord liv. 2, tit. 35, § 22, e tit. 36. Valasco, *Cons* 167

DIREITOS MAJESTATICOS

§ V — Entre outros, são direitos majestáticos ou reais: impor tributos de qualquer género, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 4, 5, 6, 13, 14 e 15; cunhar moeda, Ord. liv. 5, tit. 12, no princ., e § 4; extrair quaisquer metais, liv. 2, tit. 26, § 16; fazer leis, Ord. liv. 3, tit. 75, § 1, no fim; criar magistrados, Ord. liv. 2, tit. 26, § 1; dispor dos bens dos súbditos na guerra e na paz, § 7; e, em suma, toda a autoridade, jurisdição, e poder na República, e o mais que de propósito omitimos, visto estas noções bastarem ao nosso propósito.

ERÁRIO RÉGIO

§ VI — Os bens públicos do Erário são destinados a proteger a própria República, e não à sustentação dos Imperantes. Consta principalmente de tributos e impostos, para cuja arrecadação o Rei Fidelíssimo foi o primeiro monarca português que instituiu em Lisboa uma arca pública, isto é, o Erário Régio, criou um novo cargo erarial, e deu, para este fim, providentíssimas leis em 22 de Dezembro de 1761

(1) Esta palavra grega significa *livre, independente, sem senhor* (Nota do Tradutor)

§ VII — Na verdade, o Príncipe pode impor tributos e impostos nos fundos, pessoas, mercadorias, coisas fungíveis e artefactos, e definir a sua medida e quantidade, conforme convier à República. Este principal direito majestático flui da razão da soberania ou sumo poder, ou da natureza do domínio eminente que a própria Ordenação Régia reconhece no liv. 3, tit 71, § 2, no fim, nas seguintes palavras: *Em sinal e reconhecimento de universal, e supremo senhorio.*

Não se devem diminuir facilmente os tributos como decretou o Senado contra Nero, e vem no liv XIII, cap 51 dos *Anas* de Tácito, mas também não se devem exigir nem aumentar sem razão; tudo se deve prover *para que se harmonizem a cobrança das receitas e a necessidade das despesas* diz o mesmo Tácito no cap. 50 (Merece leitura total o tit 3, cap. 7, do livro de ouro intitulado *Summa Política*, escrito e dedicado por Sebastião César de Menezes, designado Bispo Conde de Coimbra, ao Sereníssimo Príncipe de Portugal D. Teodósio, e editado em Amsterdão em 1650, Savedra, *Empresa Política* 67) De começo, os nossos Reis limitavam-se aos bens fiscaes, e aos costumes julgados impostos e direitos reais referidos na Ord. liv. 2, tit. 26, os quais julgavam com razão competir ao Imperante como tal, por este motivo, não exigiam facilmente tributos; tanto assim que os que ainda hoje se cobram, foram de livre vontade oferecidos pelo povo. Sabemos também que mais de uma vez em diversas épocas foram oferecidos tributos pelos eclesiásticos, os quais, à parte os casos de privilégio, não são menos obrigados a pagá-los que os leigos. Esta a principal razão por que foi censurado o célebre subsídio eclesiástico que Lourenço Pires de Távora alcançou de Pio IV, a mandado del-Rei. Deste facto falam, além de outros, Menezes na *Crónica Sebastística*, cap 27, Frei Manuel dos Santos na *História Sebastística*, cap. 13, Diogo Barbosa na *Memória Sebastística*, p 1, liv 2, cap. 9, pág 459, e o senador João Afonso de Beja aí mesmo referendo No entanto, embora seja muito de louvar esta temperança e humanidade dos nossos reis, nada pode derogar do seu supremo poder. Ao mesmo, ou melhor, ao direito feudal, devem sua origem as exacções precárias chamadas *pedidos* ou *serviços*,

que a princípio eram impostas não só pelos Reis, mas também pela própria Nobreza, Brandão, *Monarchia Lusitana*, p. 6, liv XVIII, cap 30, págs 126 e 127.

ALGUNS EFEITOS DO DOMINIO EMINENTE

§ VIII — É da natureza da própria soberania, ou, o que é quase o mesmo, da natureza do domínio universal ou eminente, que o Príncipe, entre muitíssimas outras coisas, possa definir os censos e prestações dos campos, Ord. liv. 2, tit. 27, conceder cartas moratórias aos devedores, Ord. liv. 3, tits. 37 e 38, introduzir os direitos das prescrições, Ord. liv. 4, tit. 79, e milhentas outras coisas deste género, que seria longo referir Entre nós, também os magistrados régios podem, algumas vezes, dispor dos bens e recursos dos cidadãos e impor exacções até certa importância definida nas nossas leis, como, por exemplo, os desembargadores do Paço, conforme se lê no § 84 do respectivo Regimento, os corregedores das comarcas, Ord. liv 1, tit. 58, § 43, os provedores, tit. 62, § 77, os vereadores, tit. 66, § 41, no fim, e tit 88, § 11 do mesmo livro.

GENEROS DE TRIBUTOS

§ IX — Além disso, há mais que um género de tributos. Há-os que se dizem ordinários, aqueles que desde o início e já há muito subsistem, e há-os extraordinários, lançados em circunstâncias incertas e apenas para certas necessidades. No número dos primeiros, estão os direitos de importação e exportação de mercadorias e homens por mar, terra e rios, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 9, 12, 13; os direitos das pescarias, § 14, e das salinas, § 15, Extravagantes de 15 de Fevereiro de 1695 e 27 de Março de 1696, *apud* Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 26, Nn. 10 e 11; os antigos censos e prestações dos campos, como a *Jugada*, a *Teiga*

d'Abraham, o *Oitavo*, Ord. liv. 2, tit 33, Manuelina tit. 16; as dízimas pecuniárias das sentenças ou da Chancelaria, de que fala a Ord. liv. 1, tit 20, §§ 3, 4, 5, 6, Manuelina, tit. 13, e o Regimento da Chancelaria dado em 16 de Janeiro de 1589, *apud* Colecção I à Ord. liv. 1, tit. 2, N. 2, e igualmente aquela espécie de taxa chamada *novos diretos* que se paga por todos os officios e cargos públicos, e da qual, de passagem o digo, estão imunes os Professores de Coimbra, conforme expressamente consta do Regimento destes novos direitos de 11 de Abril de 1661, *apud* mesma Colecção I, N. 7. Têm applicação certa o antigo tributo, que se paga pela venda e permuta das coisas, isto é, a *sisá*, Ord. liv. 1, tit. 66, § 49, e tit. 78, § 14, a terça dos rendimentos do concelho, que se applica para as refeições dos muros e nunca se considera doada pelo Rei, Ord. liv. 2, tit. 28, § 2, o subsídio militar ordenado em 26 de Setembro de 1762, e o literário ordenado em 10 de Novembro de 1772, para cuja cobrança se deram novas instruções em 7 de Julho de 1787.

Os direitos de portagem são muitos, e não podem citar-se convenientemente. António Manescal publicou em dois tomos in folio, em Lisboa no ano de 1718, diversos Regimentos da Real Fazenda e dos Conhecidos da portagem da Corte, os quais se acham, quase todos, revogados pelo novo e providentíssimo Regimento de D. José I de 22 de Dezembro de 1761. A chamada *Teiga d'Abraham* é uma espécie de medida, certamente assim chamada de um homem de nome *Abraham*, faz-se menção dela, não só na Ord. liv. 2, tit. 33, § 22, mas também em vários passos das leis forais das povoações de *Ancião*, *Rabaçal*, e *Penela*. O imposto a pagar pela venda das coisas, que se chama *sisá*, já vem de D. Afonso II, Fernão Lopes, *Crónica de D. João I*, p. 2, cap. 203, Góis, *Crónica de D. Manuel*, p. 1, cap. 26, mas o primeiro que o articulou foi D. Afonso V, até que o Rei D. Sebastião organizou o Regimento que hoje usamos, tendo sido criados juizes e escriptães especiais para procederem à sua cobrança. Esse Regimento vem na Colecção de Manescal, tomo II, e Lima illustrou-o, ou melhor, obscureceu-o nas notas aos *artigos das Sisas* e ao *Regimento dos encabeçamentos*, Lisboa, 1759. Quanto ao tributo, que denominamos *jugada*, porque é pago por jeiras, é o mais antigo de todos. Que espécie

de tributo seja declara-o a Ord. liv. 2, tit. 33, no princ., Man. tit. 16, e parece ter derivado dos direitos das colónias romanas e territórios adscritos. As antigas Ordenações da jugada são referidas no Código Afonso, liv. 2, tit. 29, e deve-se-lhes acrescentar o Decreto de D. João V de 24 de Janeiro de 1742, Colecção II à Ord. liv. 2, tit. 73, N. 1, o Alvará de 20 de Abril de 1775, § 63, e a Carta de Lei de 25 de Maio de 1776. Mas estas Ordenações ainda em uso parecem reclamar a necessária reforma, pois são um tanto obscuras, devido a terem muitos vocabúlos há longo tempo obsoletos e antiquados, difficilmente intelligíveis sem acurado conhecimento das nossas coisas e perfeita ciência da língua portugueza. O mesmo já dissemos das leis forais em outro lugar (*História do Direito Civil Português*, §§ LXXX, e CXXII, Nota). Este tributo, muito mais elegantemente que os nossos escriptores, o explicou o grande sábio Jacobo Gotofredo, nos comentários à lei 2.º do tit. *De censibus* do Código de Teodósio. Ora, esta parte da Jurisprudência, chamada económico-política, que trata das questões do erário e da recta administração dos bens públicos, é praticamente desprezada por todos. Ela requer especial informação histórica e científica das exações públicas e acurado conhecimento da nossa nação e sua constituição civil. Para a sua elaboração é extremamente necessário conhecer as antigas leis censuais, as antigas Cortes do Reino, as reclamações do povo nas mesmas Cortes, os Regimentos especiais dados aos almoxarifes e cobradores de impostos, etc., elementos estes que não se podem obter sem grande e improbo trabalho. Na realidade, só temos à mão a imperfeita coleção de Manescal, e a recente Colecção de José Roberto, que saú em Lisboa no ano de 1785 e pouco difere daquela.

MAGISTRADOS DESTINADOS AO SERVIÇO DO ERÁRIO E DO FISCO

§ X — E ainda que a todos os juizes incumba vigiar pela defesa dos bens e direitos reais, Ord. liv. 1, tit. 65, § 16, no entanto, esse cuidado foi especialmente confiado aos questores, que em portuguez chamamos *almoxarifes*, vocabulo de origem arábica, Ord. liv. 2, tit. 51, Man. 30, e também aos dois juizes da Real Coroa, Ord. liv. 1, tit. 9, e da Fazenda Real, tit. 10, e semelhantemente aos dois procuradores régios, tits. 12 e 13. Aqueles primeiros foram instituídos mais para proteger os

direitos majestáticos do Rei, e os segundos mais para protegerem os bens do património régio. Também já há muito foi criado o Tribunal especial do Património Régio, ou, como dizem, *da Fazenda*; o Rei Fidelíssimo concedeu-lhe jurisdição contenciosa, pois anteriormente apenas gozava de jurisdição voluntária. Sobre esta matéria também se promulgaram muitas leis especiais, que se acham, não só no antigo e no novo Regimento da Fazenda Real, mas ainda em vários lugares das Ordenações; o Fidelíssimo Rei D. José I acrescentou-lhes as suas providentíssimas leis de 22 de Dezembro de 1761 e 21 de Fevereiro de 1766, etc., (*História do Direito Civil Português*, § CI, Nota)

Em Roma, no tempo dos reis e da república livre, o cuidado do erário pertencia aos questores, no tempo dos imperadores, este encargo passou para os pretores, em seguida para os prefeitos do erário, e depois para os procónsules, legados, prefeitos impenais, procuradores do Fisco, procuradores cesáreos, e Racionais (contadores), os quais todos decidiam as questões entre o Fisco e os particulares, lei 7, § 2, lei 9, do tit. *De officio Proconsulis*, do Digesto, lei 2, § 32 do tit. *De origine juris* do Digesto, leis 2 e 5 do tit. *Ubi causae fiscales*, do Código. Diferem muitíssimo destes magistrados romanos os nossos almozarifés, os juizes fiscaes, os da Coroa e os da Fazenda e outros, que foram delegados para defender, administrar e cobrar os dinheiros públicos, e que actualmente são em tão grande número, que se torna difficil referen-los. Ora, ninguém ignora o prejuizo que daí advém para os serviços do erário, tratam deste assunto, com o interesse devido, os escriptores de economia politica, entre os quaes sobressaem no nosso século o celebre Necker no opúsculo *De l'administration des finances en France*, M D Browne Dignan no *Essai sur l'Economie Publique*, etc., cujos escriptos e ideias politicas foram transcritas no novo *Dictionnaire Encyclopedique Methodique*, palavra *Finances*.

DIREITOS ESPECIAIS DO FISCO

§ XI — Os bens do Erário ou Fisco têm muitas particularidades, algumas das quaes nos apraz referir. *Primeira*: não

podem ser penhorados, nem obrigados, Ord. liv. 4, tit. 55. *Segunda*: passam para qualquer possuidor com seu perpétuo ónus, Ord. liv. 2, tit. 52, § 5, e liv. 4, tit. 3, no princ., caps 156 e 196 do Regimento da Real Fazenda. *Tercera*: não prescrevem de modo nenhum, Ord. liv. 2, tit. 27, § 3, tit. 28, no fim do principio, tit. 34, § 10, e tit. 45, § 56. *Quarta*: os que devem à Fazenda, não são ouvidos, enquanto não forem presos ou não derem penhor ou este se lhe tome, Ord. liv. 2, tit. 53, no princ., e liv. 4, tit. 76, § 4. *Quinta*: cada um dos devedores é obrigado *in solidum* e como tal pode ser citado, Ord. liv. 2, tit. 52, § 5. *Sexta*: os bens imóveis dos devedores andam em pregão vinte dias, e os móveis oito somente, Ord. liv. 2, tit. 53, § 2. Finalmente, aquilo que os Romanos ensinaram na lei 1, do tit. *In quibus causis pignus vel hypotheca* do Código, e na lei 1 do tit. *De privilegio fisci*, do Código, acerca do tácito penhor e hipoteca dos débitos fiscaes, e em geral quase tudo o que em favor do Fisco foi estabelecido por todo o título *De jure fisci*, tanto do Digesto como do Código, o vemos hoje expressamente confirmado pelas nossas leis, como, por exemplo, na Ord. liv. 2, tit. 52, §§ 4, 5, 6 e semelhantes (*Instituições*, liv. IV, tit. XXII, § XIX). Porém, de modo nenhum se pode omitir o seguinte que toda a controvérsia, seja qual for o modo e as pessoas que a movem, sobre bens, direitos e jurisdição do Rei, só pode ser resolvida pelo próprio Rei ou seus ministros, Ord. liv. 1, tit. 12, § 5, vers. *E se vir*, e liv. 2, tit. 1, § 15.

escrita de Deus, do constante uso e tradição da Igreja, e dos Concílios Ecuménicos, e, finalmente, aquilo que os Santos Padres, e os pios e doutos escritores Jacques Benigne Bossuet, Pedro de Marca, Dupin, Teodoro Reinkingk, Nicolau de Cusa, João de Paris e muitos outros ensinaram em conhecidíssimos lugares que não há vagar de transcrever

TÍTULO V

DO DIREITO DO PRÍNCIPE NAS COISAS SAGRADAS

PODER DOS IMPERANTES NAS COISAS SAGRADAS

§ I — O supremo poder dos Príncipes também se estende às coisas sagradas, igrejas, bens dos clérigos, negócios eclesiásticos, e até às pessoas sacratíssimas dos clérigos e bispos. Sobre todas estas coisas deram os nossos Reis muitas leis em diversas épocas Cumpre-nos, por isso, referir já as principais e mais célebres, e ilustrá-las um tanto, conforme as possibilidades do nosso engenho.

Não há hoje ninguém que não reconheça o poder dos Reis nas coisas sagradas, não que eles possam definir dogmas de fé ou estabelecer os ritos verdadeiramente eclesiásticos, mas que possam e devam de direito proteger e defender a Igreja, fortalecer com a autoridade real as suas santíssimas leis e decisões, procurar pastores idóneos para a reger, acrescentar ou tirar muitas coisas aos negócios eclesiásticos, sustentar a disciplina eclesiástica recebida no Reino e rejeitar a nova, e, finalmente, ditar as leis canónico-civis, não só para as coisas da Igreja e do Clero, mas também para os próprios eclesiásticos, tanto no civil como no crime. Eu não defendo aqui a causa dos Reis, muito mais célebre pelo empenho das facções do que pela sua dificuldade real, e também não tributo tanto poder aos Príncipes cristãos como alguns dos mais recentes escritores e certos filósofos delirantes, por isso mesmo com razão apelidados de *espintos fortes*, entre os quais sobressaem Nicolau Maquiavel, Tomás Hobbes, Bento Espinosa, etc. Mas a verdade é que ninguém ousará denegar-lhes aquilo que promana da natureza, índole e fim da sociedade civil, aquilo que consta da palavra

A MÁXIMA DEVOÇÃO E OBSERVÂNCIA DOS NOSSOS REIS PARA COM A IGREJA E OS SAGRADOS CÂNONES

§ II — E para de preferência começarmos por aqui, os Reis de Portugal desde o berço da Monarquia nada consideraram mais importante e sagrado do que conservar a integridade da religião, proteger e defender a Igreja de que foram sempre filhos obedientíssimos, e munir os sagrados cânones da Igreja com as suas leis a autoridade externa. D. Afonso, o segundo deste nome, decretou nas Cortes de Coimbra de 1211: *Que as sás leis seão guardadas, e os direitos da Santa Igreja de Roma, convenem a saber, que se forem feitas, ou stabelecidas contra elles, ou contra a Santa Igreja, que não valhão, nem tenham.* Leis de igual teor foram depois promulgadas por D. Afonso III, seu filho D. Dinis, etc. O Invictíssimo Rei D. Manuel no livro 2, tit 4, das suas Ordenações, diz assim: *Porque principalmente sempre foi nossa tenção, e he com a graça de nosso Senhor Deos, muito honrar sempre a nossa Sancta Madre Igreja, e obedecer cumpridamente a seus mandamentos assi como filho obediente.* Palavras quase idênticas se lêem no Código Filipino, no mesmo livro, tit. 5, e tit 11, no princípio. Mas o Fidelíssimo Rei D. José I não só imita, como ultrapassa muito estes seus maiores, pois em suas sapientíssimas leis nada brilha mais do que a religião de Deus, o amor dos vassallos, e a devoção para com a Santa Igreja, da qual nunca se afastou, o mínimo que fosse, no meio das perturbações da República. Consultem-se as leis de 28 de Agosto de 1767, Abril de 1768 e 12 de Junho de 1769 promulgadas nestas circunstâncias

§ III — E, assim, em primeiro lugar, os nossos Reis nomearam, desde os tempos mais remotos, bispos para regerem as igrejas particulares do seu império, e desde os primórdios do Reino exerceram essa faculdade, que hoje se considera a parte mais nobre do direito do padroado régio.

Vanou com as exigências dos tempos o sistema de eleição dos bispos, que está fora do nosso plano resenhar, vejamos-se, querendo, Thomassin, *De veteri et nova Ecclesiae disciplina*, p 2, liv 2, caps 1 e seg., e Espen, *Jus Ecclesiasticum Universum*, p 1, tit 13 caps. 1, 2, 3 e 4. No entanto, afirmo o seguinte: os Reis de Portugal logo desde o início da Monarquia colocaram bispos à frente do governo de igrejas e os indicaram ao Sumo Pontífice para ele os confirmar. O venerável D. Afonso Henriques, logo que libertou Lamego do poder dos mouros, nomeou D. Mendo bispo desta cidade, o mesmo Rei colocou D. Paio à frente da Igreja de Évora, Leão, *Crónica de D. Afonso Henriques*, pág 41. Actos semelhantes contam os historiadores, dos reis dos godos, e de Lião a partir de Pelágo. Afonso VI, chamado imperador de Castela, elegeu, a conselho do genro D. Henrique, Geraldo para Arcebispo de Braga. D. Afonso III de Portugal aprovou em 2 de Dezembro do ano de 1299 da Era a eleição de Vicente para bispo do Porto. D. João I, vagando a Igreja de Braga, cometeu em 11 de Junho de 1416 o seu governo interino a D. Fernando Guerra, antífite do Porto. Omitto muitos outros exemplos demonstrativos de que os Reis elegeram os bispos ou aprovaram as eleições feitas pelos Cabridos. Porém, a partir pelo menos do tempo de D. Afonso V, estas eleições caíram em total desuso. Veja-se, na Recopilación dos Espanhóis, a lei 1, tit. 6, liv. 1, a lei 18, tit. 5 da Primeira Partida, o cânone *Cum longe* 25 da Distinção 63, deduzido do cânone 6 do XII Concílio de Toledo, Berard, *ibidem*, p. I, cap. 17 de Concílio de Toledo, Cunha, Coment ao mesmo cânone 25 da Dist. 63, e *Catálogo dos Bispos do Porto*, p 2, cap 15, pág 84; Osório, *Praxis de Patronatu Regio*, Resolut 49, Agostinho Barbosa, *De jure Ecclesiae*, liv 1, cap 8, desde o n. 2, Jorge de Cabedo, *De patronatibus*, cap 37; Pereira, *De Manu Regia*, cap 22, n 14 e 43, e cap 63, desde o n 2; Marca, *De concordia*, liv. 8, cap 10, e Leitão, *Tratado Analytico*, págs 315 e seguintes.

§ IV — Também não curaram com menor empenho de libertar, em todos os tempos, a Igreja do erro e até da suspeição de heresia. Por isso, assim como Constantino condenou os erros de Ario, Teodósio Magno os de Macedónio, Arcádio os de Eunómio, Teodósio os de Nestório, Marciano os de Eutiques, e em Espanha Recaredo também os de Ario no ano 586, assim também no nosso Portugal D. Afonso V condenou os erros de Wiclef e João Huss, e D. José I proibiu em 12 de Junho de 1759 o cisma dos Sigistas. Esta a boa razão por que a Ord. liv. 5, tit. 1, manda punir os hereges com as penas estabelecidas no direito, e qualquer magistrado régio os pode prender, embora a Ord. liv. 1, tit. 7, § 8, conceda expressamente essa faculdade ao Corregedor do Crime da Corte Semelhavelmente, a Ord. liv. 5, tit. 2, estabeleceu a pena pecuniária e a de degredo contra os que arrenegam ou blasfemam de Deus ou seus Santos, e no § 3 bem ordena aos magistrados que todos os anos inquiram officiosamente desta matéria. Igualmente proíbe a Ord. liv. 5, tit. 3, Manuelina tit. 33, ora com a pena de açoutes e degredo, ora com a própria pena capital, as feitiçarias, encantamentos e superstições, e a mesma Ordenação no último parágrafo castiga gravemente os visionários.

No primeiro Código do Reino (para não falar doutros), da autoria de D. Afonso II, entre outras penas impostas aos hereges, também foi permitido aos pais que por causa de heresia pudessem deserdar o filho, daqui nasceu a Ord. liv. 4, tit. 88, § 17, e tit. 89, § 7. Também D. Afonso proibiu os judeus e mouros de deixarem deserdados os filhos que se afastassem das suas infames seitas, e concedeu a estes filhos que pudessem suceder na legítima ainda em vida dos pais, conforme afirma o Invictíssimo D. Manuel em seu Código, liv. 2, tit. 42, no principio

§ V — Todavia, a Ord. liv. 5, tit. 1, no princípio, Manuelina tit. 2 do mesmo liv., de muito bom grado reconhece à Igreja a primeira e principal autoridade para condenar os hereges Mas, como todas as coisas externas, por exemplo, applicação de muitas, cárcere público, pena de degredo perpétuo, de proscrição e semelhantes, os executores, meirinhos, e outras coisas que contêm coacção, são alheias ao poder da Igreja como espiritual que é; e como, por outro lado, interessa ao bem público que estes inovadores, que lançam, do mesmo golpe, uma peste execranda tanto contra a religião como contra a comunidade civil, sejam contidos com penas muito severas; recta e sapientissimamente foi estabelecido pelos nossos Reis que, depois de a Igreja definir o dogma, declarar o erro de doutrina e castigar os hereges com censuras e outras penas canónicas, logo os entregasse aos magistrados civis para os punirem com penas muito severas e graves, Ord., dito liv. 5, tit. 1, no princípio, Manuelina tit. 2, no princípio

Este supremo poder de a Igreja e o Estado punirem os hereges, bem como o justo limite de ambos, foram estabelecidos pela áurea Carta de Lei de D. José I de 12 de Junho de 1769, *ibi sendo os Dogmatistas sujeitos a jurisdição de ambos os dois Poderes Ecclesiástico, e Temporal, para os extriparem cada um delles dentro nos seus respectivos, e competentes limites a saber a Igreja declarando o erro da Doutrina, e castigando com as penas canonicas os sobreditos Sectarios e os Principes seculares fazendo-os punir com as penas temporais, e coacções externas, como violadores* Como, porém, os magistrados seculares, a quem os convictos deste crime são entregues para applicação de penas temporais, bem podem interrogá-los segundo o seu direito, e examinar as provas contidas nos autos, a sentença e o mais que consta no feito (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. II, § X, Nota), não vejo motivo para que sejam obrigados a executar de olhos fechados a pronúncia do juiz ecclesiástico, como dizem Farinácio, *De haeresibus*, quaest. 186, n. 162, Carlev, *De judaics*, tit. I, disput. 2, n. 772, e Agostinho Barbosa, Coment. ao cap. *Vt Inquisitionis* 18, do tit. *De haereticis* do

Liv. 6.º Na verdade, o juiz de nenhum modo pode deliberar sobre coisas, que para si não estão sufficientemente esclarecidas, cabendo, por isso, a formula dos juízos romanos *Non liquet* (Não está claro) Acresce o exemplo e praxe da ajuda do braço secular, a qual sòmente é concedida depois de visto o processo, Ord. liv. 2, tit. 8, § 1

SÓ O REI FUNE OS APÓSTATAS

§ VI — Ora, as nossas leis punem severamente os apóstatas, a saber, os que de cristãos se fazem judeus ou mouros, e não concedem à Igreja esta faculdade, pois, no caso destes, não há erro de Doutrina que importe seja declarado pela Igreja, Ord. liv. 5, tit. 1, § 4, *ibi: Porem se algum Christão leigo, quer antes fosse Judeo ou Mouro, quer nascesse Christão, se tornar Judeo ou Mouro, ou a outra secta, e assi lhe for provado, nós tomaremos conhecimento delle, e lhe daremos a pena segundo direito. Porque a Igreja não tem aqui que conhecer, se erra na fé, ou não*

Esta Ordenação, deduzida do Código Manuelino, mesmo liv. 1, tit. 2, § últ., e dos caps. 1 e 2 da Concórdia de D. João I, quadra bem aos princípios do Direito Público universal e à natureza dos dois supremos poderes, ecclesiástico e secular, e não se deve dar ouvidos a Pereira, *De Manu Regia*, p. 2, cap. 65, e p. 3, cap. 74, e a Barbosa, Coment. n. 55 à lei Tita 34 do tit. *Solutio matrimonii* do Digesto, que quase nenhum conhecimento ou jurisdição reconhecem ao juiz secular sobre os hereges, ainda que declarados, e sobre os apóstatas notórios. Deve-se, por isso, dizer que os juizes ecclesiásticos, isto é, os Supremos Inquisidores da fé punem e castigam os apóstatas com penas temporais na sua qualidade de magistrados régios, mas, na applicação das penas canónicas e outras que por instituto da Igreja pertencem ao officio deles, usam do seu direito. E assim se observa na praxe, com a qual se vê concordar perfeitamente a mencionada Ordenação, que deve ser entendida deste modo

NAS IGREJAS E EM DIAS DE FESTA SÃO PROIBIDOS OS BODOS,
VIGÍLIAS, ETC.

§ VII — Ora, porque as coisas santas devem ser tratadas santamente, até os crimes menores, que ofendem a santidade da religião ou da Igreja, são castigados pelas nossas leis. Por este motivo a Ord. liv. 5, tit. 5, Manuelina tit. 33, não deixa que nas santíssimas igrejas se façam impunemente vigílias ou bodos, e a Ord. liv. 5, tit. 40, Manuelina 75, que se arranque da espada. Veja-se a celeberrima Constituição de Teodósio, *apud* Gotofredo, lei 4, tit. *De his qui ad Ecclesiam confugunt*, do Código de Teodósio. A Ord. liv. 3, tit. 9, § 7, também não deixa que qualquer pessoa que esteja na igreja seja citada a juízo. Nos dias de festa da Igreja pessoa alguma será ouvida em juízo, Ord. liv. 3, tit. 18, no princ., assim como também nesses dias ninguém poderá pescar, Ord. liv. 5, tit. 88, § 8.

OUTROS NOMOCANONES

§ VIII — Existem muitas outras leis canónico-civis, que inteiramente confirmam ou acrescentam as leis eclesiásticas, ou reprovam os abusos e maus costumes. E, assim, a Ord. liv. 5, tit. 19, no princ., tit. 25, § 8, e tit. 38, § 4, deixa com razão à Igreja, como é justo, o juízo sobre a validade do matrimónio; mas com os esponsais dá-se o contrário, pois nada mais são que um contrato civil. A Ord. liv. 5, tit. 99, manda baptizar os escravos menores de dez anos dentro de um mês, e os maiores de dez dentro de seis meses, devendo-se, para estes, aguardar o seu consentimento, mesma Ord.. Seguindo a mente desta Ord., D. João V proibiu se arrancassem ao seio materno e fossem baptizados contra vontade os filhos menores dos hereges, Extravagante de 8 de Agosto de 1708, *apud* Nova Ed. Ord. liv. 5, tit. 99, Col. I, N. I. O mesmo Rei proibiu, com penas graves, as extorsões imoderadas dos clérigos nas cerimónias e officios divi-

nos oferecidos e cantados pelas almas dos defuntos; somente aprovou os usos razoáveis, e escreveu, sobre este assunto, aos bispos de todo o Reino, uma Carta Régia, cujo cuidado e execução entregou ao Supremo Desembaigo do Paço, Extravagante de 8 de Maio de 1715, Coleção II à Ord. liv. 1, tit. 62, N. 2.

O que dissemos dos esponsais, deduz-se óptimamente do novíssimo Alvará de 6 de Outubro de 1784. Por isso, os esponsais, como causa civil que são, não devem ser tratados senão no foro secular, o que, embora não se ache expressamente acutelado naquele Alvará, é assaz lícito conjecturar do seu teor, e, acima de tudo, da natureza deste contrato; no entanto, nesse mesmo Alvará estabelece-se expressamente que os esponsais só por escritura pública se podem provar. Agora, pelo que toca ao dever de não baptizar os judeus, mouros, etc... contra sua vontade, temos a Carta Régia de D. João I, dada em Coimbra a 17 de Julho do ano 1430 da Era, que vem na Ordenação Afonsina, liv. 2, tit. 94 *Que nom fação tornar nenhum Judeo Christão contra sua vontade*. A carta de D. João V de 8 de Maio de 1715 não resolveu inteiramente o assunto, nem cobriu, na medida necessária, os abusos e exigiências imoderadas dos eclesiásticos nos funerais dos defuntos, uma vez que deixa aos mesmos eclesiásticos a sua justa taxaço, coisa que é difícil esperar deles. Eis, realmente, aquí uma questão que merece ser definida por lei pública do Reino. Sobre ella convém ver, entre outros, Boehmer, *Exercit* 41 ad Pandectas, *De jure erigendis coemeterii*, cap. II, desde o n. 12, Bukner, *Dissert. De sepultura gratis concedenda*, e Espen, *Ius Ecclesiasticum Unversum*, p. 2, sect. 4, tit. 7, cap. 1.

OS REIS DETERMINAM AS PROCISSÕES PUBLICAS

§ IX — D. Manuel, príncipe digno de eterna memória, ordenou uma solene procissão sacra de todas as ordens para celebrar o Santíssimo Corpo de Cristo na segunda quinta-feira após a festa do Pentecostes, e outra no dia 2 de Julho em honra da Visitação de Nossa Senhora, e outra no terceiro domingo do mesmo mês em comemoração do Anjo Custódio do Reino, para as quais quis somente fossem constringdos os que vivessem na própria cidade ou dela não distassem mais de uma légua, Ord.

liv. 1, tit 78, que Filipe II passou para o § 48 do tit. 66 do mesmo livro, proibindo, ainda, severamente, as máscaras, tumultos e danças durante a sua realização. Já anteriormente, el-Rei D. Sebastião proibira todas estas práticas, pela Extravagante de 15 de Maio de 1565, *apud* Leão, p 4, tit 17, lei 20

O nosso Rei D. Manuel houve dispensação do Sumo Pontífice para se celebrarem as festas da Visitação de Nossa Senhora e do Anjo Custódio, no dia 2 de Julho e no terceiro domingo deste mesmo mês, e instituiu nestes dias uma solene procissão pública. Góis, *Cronica de D Manuel*, p 4, cap. 86. Qualquer Câmara, os bispos, e até os párocos têm o direito de ordenar cemómias idênticas, Ord liv. 1, tit. 66, § 48, Man tit 78, todavia, não podem obrigar a participar nelas. Filipe III, na Extravagante de 20 de Junho de 1608, *apud* Coleção I à Ord liv. 1, tit 66, N 11, proibiu os vigários dos Bispos de se intrometerem, durante as procissões, no governo dos leigos

OS REIS PROTEGEM OS BENS DA IGREJA

§ X — Com não menor zelo as nossas leis protegem os bens da Igreja. D. Sancho II proibiu a venda das igrejas e do padroado eclesiástico, no artigo 2.º da denominada Segunda Concórdia, que aquele rei celebrou com Estêvão, arcebispo de Braga; só mediante licença régia, é concedida a venda e penhora das coisas destinadas ao culto divino pelo Alvará de 6 de Julho de 1776, e pela Ord liv. 2, tit 24, Man. tit 13, e, além disso, a Ord liv. 1, tit 65, § 62, impõe aos magistrados régios que, em cada ano, façam officiosamente devassa sobre esta matéria. Quanto aos que furtam objectos sagrados ou cometem furto na igreja, está decretado que a pena menor é a de morte ou açoites, Ord liv. 5, tit 60, § 4 Pessoa condenada à morte pode dispor da terça dos bens para refeição das igrejas. Ord liv. 4, tit 81, § últ. Que ninguém se interponha nem impeça de modo nenhum as rendas dos bens da igreja, vem determinado na Ord liv. 2, tit 23, no princ., e § 1, Man. tit. 12, Afons. 20 Os fidalgos

do Reino estão proibidos de pousar nos mosteiros ou igrejas, e os que o contrário fizerem, além doutras penas, perdem as comendas que porventura as comunidades religiosas, por lei ou costume, lhes soem dar, Ord liv. 2, tit. 21, Man tit 11, art. 9 da Concórdia de D Sancho II, 21 e 24 da de D Dinis, 9 da de D. Pedro I, 36 da de D. João I, e 7 da de D. Afonso V, cap. 1 do tit *De immunitate ecclesiarum*; entre os Espanhóis, lei 8, do liv. 1, do tit. 2 da Recopilación. Também o Rei protege ao máximo a Igreja e seus bens, enquanto impõe aos magistrados régios que, morto qualquer bispo, inventariem os bens; nós também usamos este direito, Cabedo, p. 1, *decisio* 84, a respeito do qual todos facilmente vêem quão ineptas são as dúvidas de Oliva, *De foro Ecclesiae*, p. 2, quaest. 31, desde o n 6, Delbene, *De immunitate ecclesiastica*, cap. 8, dubit. 23, e mais alguns escritores desta ordem

OS REIS IMPÕEM LIMITES AS NOVAS AQUISIÇÕES

§ XI — Como, porém, os Reis não são menos protectores da Igreja que da República, entenderam útil pôr um limite às liberalidades eclesiásticas e pias. E, assim, pelas leis portuguesas desde Afonso II até hoje, a Igreja ou qualquer outra corporação religiosa está proibida de adquirir bens imóveis. Ord. liv. 2, tit. 18, sejam eles de que natureza forem, alodiais, enfiteuticos, de morgado, capelas, ou reais, e seja qual for o título da aquisição, oneroso, lucrativo, e seja qual for a causa, pia ou profana, Extravagante de Filipe III de 30 de Julho de 1611, que deste modo foi declarada por D. José I nas sapientíssimas leis de 4 de Julho de 1768, 12 de Maio de 1769, e 9 de Setembro do mesmo ano de 1769, § 10, de que falámos na *História do Direito Civil Português*, § LV, na Nota

Todas as leis da amortização falam em sentido genérico, e são-lhes completamente obrigados os mosteiros donatários da Coroa, e o Alvará

de 1 de Junho de 1787, cap. 7, que parece estatuir o contrário, deve ser entendido ou no caso especial, de que fala, em favor do Convento dos Monges Carmelitas de Lisboa, ou segundo o espírito e sentido da *Lei Mental*, e sòmente applicado àqueles bens em que a própria lei e o direito régio de *reversão* não têm lugar, quais são os enfitêuticos dados pelo Rei, os *reguengos*, os censuais, e as possessões sujeitas ao ónus da *jugada*.

QUAIS OS BENS QUE OS ECLESIASTICOS NÃO PODEM ADQUIRIR

§ XII — Aos eclesiásticos não é permitida a aquisição de todos os bens. Com efeito, *primeiro*, é-lhes totalmente interdito reter ou adquirir bens nas terras próprias dos Reis, isto é, nos *reguengos*, Ord. liv. 2, tit. 16; *segundo*, nas terras que chamam *jugadeiras*, Ord. liv. 2, tit. 18, § 6; *terceiro*, os bens da Coroa Real, Ord. liv. 2, tit. 35, § 10; *quarto*, os chamados direitos de morgado, que ainda há muitíssimo pouco tempo a providentíssima Carta de Aclaração de D. José I, de 9 de Setembro de 1769, § II, estabeleceu deverem entender-se assim No entanto, desde o tempo del-Rei D. Manuel podem adquirir quaisquer outros bens, sem que, todavia, os possam deixar senão só aos leigos, Ord. liv. 2, tit. 18, § 5 (*Instituições*, Liv. III, Tit V, § XXXI).

E QUE NEGÓCIOS LHE S E VEDADO GERIR

§ XIII — Também não lhes é totalmente permitida a gestão de negócios civis. Com efeito, *primeiro*, difficilmente podem ser procuradores em juízo, Ord. liv. 3, tit. 28, § I; *segundo*, é-lhes interdito o uso de armas, Ord. liv. 2, tit. 1, § 26, e liv. 5, tit. 80, § II; *terceiro*, não podem commerciar, Ord. liv. 4, tit. 16; *quarto*, estão prohibidos de ser arrendatários de campos e quaisquer possessões, Extravagante de D. Pedro II de 21 de Junho de 1670, *apud* Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 1, § 18, N. 2; e finalmente, para resumir, estão tão sujeitos como os leigos às leis portuguezas, salvo se estas os exceptuarem.

DO PLÁCITO RÉGIO

§ XIV — Há também muitas leis a respeito de certas causas que parecem ser meramente eclesiásticas, como as beneficencias, votivas, de padroado, de excomunhão, etc. Com efeito, antes de mais, qualquer rescripto, decreto, bula, e breve emanado da Cúria Romana não pode ser dado à execução pública sem o *Plácito Régio*, art 32 da Concórdia de D. Pedro I, art 87 da Concórdia de D. João I, Extravagante de 18 de Dezembro de 1516 *Vide* petição de recurso do Procurador da Coroa do Reino, oferecida ao Rei Fidelíssimo sobre o breve *Apostolicum pascendi* E por esta razão o próprio Rei Fidelíssimo prohibiu, de direito e mérito, o uso e retenção da bula *Annumarum salutis*, por lei de 28 de Agosto de 1767, e da bula *In Coena Domini*, por lei de 2 de Abril de 1768, e a introdução dumas Cartas Apostólicas contra o Duque de Parma, por lei de 30 de Abril do mesmo ano

No Código Afonsoino, liv 2, o tit 12 intitula-se *Das letras, que vem da Corte de Roma, ou do Grão Mestre, que nom sejam publicadas sem carta d'ElRey*, e nele se referem as leis de D. João I e seus Antecessores, e os casos em que se deve negar licença de execução e publicação Todavia, D. João II por razões políticas não exerceu este direito majestático Resende, *Crónica de D. João II*, cap 66 (*História do Direito Civi Portuguez*, § LIX, Nota)

PENA EM QUE INCORREM OS QUE IMPETRAM BENEFICIO DE PESSOA VIVA, OU CITAM PARA A CÚRIA ROMANA

§ XV — Porém, a mais providente de todas as leis é aquella que estabeleceu que, enquanto vive o possuidor do benefício, absolutamente ninguém o ouse por qualquer modo impetrar da Corte de Roma, sob pena de desnaturalização, incorrem nesta mesma pena todos os que citarem para a Cúria de Roma ou impetrarem juizes apostólicos doutros reinos, Ord. liv 2, tit 13, § 1, entre os Espanhóis, a lei 13, tit 16, p 1, o Breve de Júlio III para D. João III dado em 21 de Julho de 1554

O primeiro que promulgou esta providentíssima lei foi D. Manuel em 10 de Dezembro de 1515, *apud* Leão, p. 4, tit. 12, lei 4. Infringem-na todos aqueles que impetram o benefício de pessoa viva, quer estejam em Roma, quer em outro lugar e região, ainda que o possuidor seja injusto, e se veja o benefício vago mesmo por matrimónio que o beneficiado haja contraído, ou por qualquer outro modo, pretexto e título. E não evitará a pena estabelecida na lei, ainda que o benefício seja confendo por moto próprio, ou o alcance dos Legados *a latere* ou mesmo dos Bispos do Reino. São de igual modo punidos pela mesma lei os que pedirem à Sé Apostólica juizes apostólicos doutros reinos, os que recorrerem e ousarem levar os documentos de apelação para a mesma Sé Apostólica, pois entre nós, à face desta lei que Júlio III aprovou, não há apelação alguma em toda e qualquer causa civil, criminal, benéfica, mista, ordinária, nova ou insólita. Efectivamente, aquela lei de D. Manuel era assim interpretada muito latamente, segundo a mente deste Rei, pelos Supremos Tribunais do Reino e por todos os jurisconsultos, que viveram no seu reinado e no de D. João III, como testemunha el-Rei D. Sebastião na Extravagante de 25 de Julho de 1565, *apud* Leão, *supra*, lei 5, *ibi*: *Manda ElRei Nosso Senhor, que daqui em diante não se faça extensão da lei precedente em outros casos fóra do intento, com que o dito Senhor Rei a passou, e dos que nella são expressos contra pessoas Ecclesiasticas, sem embargo do stilo, de que se atégora usou no juizo dos feitos de S. A., e que se guarde em todo a disposição do Direito, e do Sagrado Concílio Tridentino.* Filipe II transcreveu a lei de D. Manuel de 1515 em seu Código, liv. 2, tit. 13, no princípio, até ao vers. *E queremos*, mas desde este versículo até ao fim do princípio pôs a lei de D. Sebastião de 1565, na qual proíbe genericamente se faça extensão da celeberrima lei de D. Manuel aos casos nela omessos. Era, pois, de desejar que fossem designados pelo Rei juizes apostólicos certos e fixos para julgarem qualquer causa, foi isto mesmo que conseguiu de Pio IV Lourenço Pires de Távora, embaixador de D. Sebastião em Roma. Barbosa, *Memória de D. Sebastião*, p. 1, liv. 2, cap. 1, pág. 313. Ora, que o soberano tem o poder de decidir nesta e em semelhantes questões, não há um só que o ignore, vejamos, no entanto, as cartas do secretário de D. João V, Marco António de Azevedo Coutinho, escritas a mandado do Rei em 14 e 15 de Junho de 1744, *apud* Ord. liv. 1, tit. 9, Colecção II, N.º 14, 15 e 16, e Espen no *Jus Ecclesiasticum Universum*, p. 1, tit. 21, cap. 4, e p. 3, tit. 5, cap. 3.

E OS QUE PROCURAM EM ROMA PROVISÕES CONTRA OS PRIVILEGIOS DO REINO, OU CONSEGUEM BENEFICIOS DE ESTRANGEIROS

§ XVI — Não são punidos com menor pena os que procurarem em Roma provisões contra os antigos privilégios do Reino e as graças concedidas ao Rei ou à Rainha, Ord. liv. 2, tit. 15, extraída da lei de D. Manuel de 27 de Maio de 1516, *apud* Leão, p. 4, tit. 12, lei 13; os que aceitarem benefícios de estrangeiros ou defenderem estrangeiros em causas benéficas, Ord. liv. 2, tit. 13, § 1, deduzida da Extravagante do mesmo D. Manuel de 3 de Novembro de 1512, *ibidem*, lei 1. Por estas mesmas leis e principalmente por um Alvará de D. Manuel de 18 de Fevereiro de 1512, *ibidem*, lei 1, e *apud* Cabedo, *De patronatus*, cap. 29, é proibido a estrangeiros e peregrinos obterem benefícios no Reino (Tit. XII, § VII, deste livro), e occuparem pela violência os benefícios vagos ou tomarem posse deles sem licença do Ordinário, noutra Ord. liv. 2, tit. 19, Man. tit. 9, art. 77 da Concórdia do reinado de D. João I.

A Ord. liv. 2, tit. 19, foi tirada, não tanto da Concórdia de D. João I, como da sua lei especial dada em Évora, a pedido dos bispos, em 14 de Fevereiro do ano 1429 da Era, 1391 de Cristo, que vem no Código Afonsino, tit. 16 do mesmo livro.

DAS CENSURAS ECLESIASTICAS CONTRA OS MAGISTRADOS DEL-REI

§ XVII — Nascendo inúmeros males e perturbações das censuras e cartas inibitórias passadas por quaisquer juizes eclesiásticos contra os magistrados régios ou seus meirinhos, D. Manuel pela Extravagante de 18 de Dezembro de 1516, *apud* Leão, p. 4, tit. 12, lei 2, da qual foi tomada a Ord. liv. 2, tit. 14, proibiu fossem publicadas sem o plácito régio, *vide* art. 32 da Concórdia de D. Pedro I, e art. 85 da de D. João I. E eu julgo que aquella lei também tem lugar nos casos em que o magistrado régio

conhece das causas respeitantes ao estado eclesiástico e invade os privilégios concedidos pelo Príncipe à Igreja

D. José I pelo Alvará de 10 de Março de 1764 reservou para si o julgamento das censuras eclesiásticas lançadas contra os tribunais do Reino, os magistrados régios e seus oficiais. Por isso, naquele mesmo dia e ano declarou írritas e nulas as cartas inibitórias de Pedro Luís de Sousa, cônego da Guarda, que fulminou de excomunhão o corregedor da Comarca de Pinhel. De igual norma e teor é outro Alvará de 18 de Janeiro de 1765, occasionado pelo recurso que alguns homens do Paracatú levaram ao Rei (*História do Direito Civil Português*, § CIV). Existe (para o notar de passagem) um Breve de Leão X para D. Manuel, dado em 12 de Junho de 1518, que concedeu com efeitos suspensivos, ao capelão-mor do Rei o julgamento das censuras pronunciadas contra os oficiais régios. Hoje, este Breve, por cessar a sua causa, parece não ter uso nenhum, vem no *De Manu Regia*, cap. 62, n. 15, de Pereira, e nas *Provas* de Sousa, tomo II, nn. 50 e 52.

O JUIZ SECULAR CONHECE ALGUMAS VEZES DA VALIDADE CIVIL DA EXCOMUNHÃO

§ XVIII — O magistrado régio conhece da excepção dilatória da excomunhão, quer seja oposta aos litigantes, quer ao juiz, e marcam-se oito dias para a sua prova; porém, se a excepção for oposta ao juiz, o superior deste, se viver no mesmo lugar, conhecerá dela, aliás, as partes elegem árbitros que julgarão a questão sem apelação nem agravo, segundo a Ord. Manuelina, liv. 3, tit. 38, § 6 até ao fim, ordenação esta que não tira ao juiz secular o julgamento da validade civil da excomunhão, antes expressamente lho concede com estas palavras: *Conhecerá dela, e dará sobre elle final determinação*.

Filipe II passou esta Ordenação de D. Manuel para o seu Código, liv. 3, tit. 49, §§ 4 e 5, mas no § 6 acrescentou *E sendo duvida, se cada uma das taes excommunhões he valiosa, ou não, remetter-se-ha o conhecimento da tal excepção ao Juiz Ecclesiastico*. Nestes termos,

tal Ordenação é neste parágrafo inteiramente contrária e repugnante aos §§ 4 e 5 da antecedente, que foram estabelecidos primeiro. Ora, eu não percebo como é que os juizes, a quem a lei concede o julgamento da excomunhão, o poderão fazer, sem se pronunciarem sobre a sua validade civil e externa. Efectivamente, como a excomunhão tem muitos efeitos civis, absolutamente nada pode obstar a que, em tudo o que respeitar a esses efeitos, se trate da validade da excomunhão no foro secular, assim como no juízo da Coroa, quando se apresenta fenda de facto. Todavia, esta questão é ociosa, uma vez que a dita Ord. liv. 3, tit. 49, § 6, à qual nos devemos ater, decide o contrário.

QUANDO PODERÁ O CAPELÃO-MOR DEL-REI CONHECER DO PADROADO REAL

§ XIX — O magistrado régio também conhece do direito do padroado real, por muito que esse direito se veja ser espiritual e eclesiástico, pela evidente razão de que esse direito desde antiquíssimos tempos compete aos Reis de Portugal, ou, por benefício destes, aos donatários da Coroa; e entre as principais incumbências compete ao Capelão-mor da Corte oferecer e designar ao Rei sacerdotes idóneos para governarem as igrejas, e decidirem em primeira instância as questões surgidas sobre o direito de padroado entre donatários e bispos ou clérigos por estes designados e instituídos.

Os nossos Reis são tutores de toda a Igreja Portuguesa e gozam sobre muitas igrejas singulares do direito especial de padroado, que adquiriram por fundação, doações ou outros justos títulos, de que agora não inquirimos. Vide Espen, *Jus Eccles.*, p. II, tit. 25, cap. 1 e seg.; Thomassin, *De disciplina Eccles.*, p. 2, liv. 1, cap. 29 e seg.; Francisco Florent, p. 2, págs. 78 e segs.; e Bohemero, *Jus Ecclesiae Protest.* liv. 3, tit. 38. Para mais, existe um Breve de Leão X para D. Manuel, dado em 17 de Dezembro de 1517, que confirmou todos os direitos do padroado real, *apud* Cabedo, *De patronatibus*, cap. 2, n. 9. O mesmo Pontífice declarou o Capelão-mor da Corte e o Juiz Ouvidor da Coroa competentes nas causas do direito de padroado suscitadas entre os Reis e os Ord-

nãos, como consta das cartas do mesmo Papa Leão para D. Manuel datadas de 8 de Dezembro de 1514 e 26 de Julho de 1515, *apud* Cabedo, *De patronatibus*, caps. 43 e 49, e *apud* Sousa, *Provas*, tomo II, nn. 48 e 49.

E EM QUE CASOS O JUIZ DA REAL COROA
CONHECE DO PADROADO REAL

§ XX — Porém, se não houver dúvida, mas litígio, acerca do direito do padroado real, primeiro, entre dois donatários da Coroa, que evidentemente pretendam esse direito, ou, segundo, entre os próprios donatários e a Coroa, ou, terceiro, acerca do vigor da doação ou doutro contrato feito sobre o padroado, ou, quarto, se se propuser uma acção de força e quase posse, ou, quinto e último, se surgir demanda sobre a totalidade dos bens, em que se contém o padroado, o conhecimento não pertence ao Capelão-mor del-Rei, mas ao juiz da Coroa, Ord. liv. 2, tit. 1, § 7, isto é, ao de Lisboa, e não ao do Porto, Ord. liv. 1, tit. 9, § 13, e tit. 40 no fim do princípio; Extravagante de Filipe II de 9 de Março de 1596, *apud* Cabedo, *De patronatibus*, cap. 49. Veja-se o art. 6 da Concórdia de D. João I, e o art. 3 da Concórdia del-Rei D. Sebastião, do qual foi quase literalmente transcrita a Ord. do dito liv. 2, tit. 1, § 7 (*História do Direito Civil Português*, § XCI).

Usamos este direito por força da nova e singular Ordenação liv. 2, tit. 1, § 7, mencionada, e das Concórdias e Bulas. Mas pelas antigas leis do Reino o juiz da Coroa conhecia das causas do direito do padroado tanto no *possessório*, como no *pediúrio*, assim consta do mesmo cap. 3 da Concórdia del-Rei D. Sebastião de 18 de Março de 1578, e da Ord. liv. 1, tit. 9, § 13, e tit. 40, Man. tit. 7, Afons. 6. Na verdade, o direito de padroado é de sua natureza temporal, e o cap. 3 do tit. *De judaeis*, que decide o contrário, não foi recebido em Portugal, como consta dos ditos direitos e o testemunha Ramus, *ad Legem Judaeam et Papiam*, liv. 3, cap. 57, *apud* Meerman, *Thesaurus Juris Romani*, tomo V, pág. 435.

ONDE SE DEVE SER CITADO SOBRE OS VOTOS DE SANTIAGO

§ XXI — O leigo só no foro secular pode ser citado sobre os votos vulgarmente chamados *de Santiago* (se é que eles alguma vez foram feitos), e só o Juiz da Coroa da cidade do Porto toma conhecimento deles em segunda instância e em causa de apelação, Ord. liv. 1, tit. 40, § últ., tirada duma Extravagante de D. João III de 24 de Novembro de 1529, *apud* Leão, p. 1, tit. 7, lei 1.

Vários argumentos inventam os intérpretes vulgares em favor dos Bispos, defendendo que esta causa dos votos lhes cabe por modo principal, ou porque é votiva, ou porque versa acerca dos bens e direitos da Igreja, mas despendem muitas energias com grandes bagatelas, de facto, as autoridades e razões em que se firmam, buscadas nos prejuízos dos casos julgados, no número dos Doutores, nos livros das Decretais, e nas constituições extravagantes dos Sumos Pontífices, são de nenhuma ou insignificante importância no foro civil. No entanto, ajudados muito o Alvará de D. Sebastião de 28 de Abril de 1568, *apud* Pereira, *De Manu Regia*, cap. 13, que confirmou e deu vigor de lei à decisão do Senado de Lisboa, que no ano de 1540 sentenciara, em causa de revisão, que o juízo de tais votos apenas pertencia à Igreja. Todavia, é fácil responder-lhes, dizendo que esta lei extravagante de D. Sebastião foi revogada por lei posterior na Ord. liv. 1, tit. 40, § 2. Por outro lado, a decisão do Senado de Lisboa do ano de 1540 em favor da Igreja Bracarense, que aquela lei confirmou, de nenhum modo podia ser válida, visto que era expressamente contrária à lei de D. João III do dito ano de 1529. Finalmente (e julgo que isto não é de omitir), sendo nessa altura a Igreja Bracarense dirigida por D. Henrique Infante de Portugal, quem atribuirá tamanho valor a sentença proferta em favor dela ou à lei que a confirmou, e que D. Sebastião promulgou no primeiro ano do seu reinado, que não a considere provinda mais do Cardeal D. Henrique que do Rei seu sobrinho. Além disso, não se deve dar inteiro crédito a Caldas Pereira, que no *Consilium* 43 das *Receptorum sententiarum*, não hesitou em escrever que esta celeberrima causa votiva apenas respeitava aos Bispos de Braga, quer porque não corresponde à citada Ordenação liv. 2, tit. 40, § 2, que decide o contrário, quer porque as razões, em que se baseia, não são de peso nenhum neste nosso tempo em que se restabeleceu uma melhor jurisprudência,

como, por exemplo, a razão de que tal voto, ou por ser um voto, ou por respeitar à Igreja e a seus bens, direitos e património, apenas no foro eclesiástico deve ser tratado, olhando sobretudo a que desde os mais antigos tempos a Igreja se arrogou o conhecimento e julgamento do mesmo voto, quer, finalmente, porque atribui tanto à Igreja Bracaraense, que não só lhe concede as medidas de trigo e vinho, cuja menção se julga vulgarmente feita no testamento do Rei Ramiro, mas em geral todas e quaisquer outras mesmo muito excessivas, contanto que a Igreja haja estado na quase posse de as exigir. Por estes respetos, deve-se crer que Caldas escreveu e publicou aquele *Consulium* a pedido, talvez para comprazer ao Cardeal D Henrique, que fora Arcebispo de Braga, desempenhando nesta questão mais o papel de egregio adulator que de insigne e sincero escritor. É muito mais sincero Gabriel Pereira, e realmente melhores as aduções que este faz no *De Manu Regia*, cap 13, contudo, é muito atormentado pela Ord liv 1, tit 40, § 2, à qual tenta responder no mesmo cap 20, mas tenta apenas, sem conseguir resolver o problema. Por último, como nessa altura, ou por ignorância do Direito Público Universal, ou por uma espécie de superstição religiosa, se concediam aos eclesiásticos novos e insolitos privilégios contra a razão do antigo direito português, conforme demonstrámos noutra lugar (*História do Direito Civil Português*, §§ LXXXIII e LXXXIV), não nos devemos admirar de que, nesse tempo, do Augusto Conselho do Rei, e do Supremo Senado de Portugal, haja saído uma lei pública e uma decisão desse teor

TALVEZ ESTES VOTOS NUNCA TENHAM SIDO FEITOS

§ XXII — Mas, para dizer a verdade, o voto atribuído ao Rei Ramiro no ano 872 da Era, para que *se pague sempre, em cada ano, aos oficiais da Igreja de Santiago, a modo de primicias, uma medida dos melhores frutos e outra de vinho para sustento dos Cônegos que nessa igreja vivem*, é apócrifo e forjado no século XIII, tal como tudo o que se diz da Batalha de Clavígio, do tributo das cem virgens e da aparição do santíssimo Apóstolo. Por isso, com toda a justiça e razão o Supremo Conselho de Castela declarou, no reinado de Filipe IV em 1628, esse privilégio e voto suppositícios e falsos

A falsidade da história deste voto foi recentemente demonstrada, com documentos antiquíssimos, pelo Duque de Arcos, num memorial que ofereceu ao Rei Católico Carlos III, e publicado em Madrid no ano de 1771, e o que admira é que esta fábula tenha reinado tanto tempo na Espanha. Mas, uma vez bandida, cai por si o direito que os Arcebispos de Braga alegam, visto que deriva daquela fábula. É certo que Inocêncio III na cap *Ex parte* 18 do tit *De censibus*, Bonifácio VIII, na Bula que expediu no terceiro ano do seu pontificado, D Afonso III no ano 1368 da Era, D João I no art 90 da sua Concórdia, e D Sebastião no ano de 1568, supõem ter esse voto existido algum dia, pois concedem ao Arcebispo de Braga a faculdade de o cobrar, porém, este direito singular de foro, que depende do arbítrio dos Reis, foi revogado por D João III e Filipe II como mais acima dissemos, ora, pelo que toca ao voto, seguraram o erro comum, que de modo nenhum parecem aprovar, ainda que muito o tenham querido, com efeito, em matéria de factos respeitantes à história, a autoridade das leis e dos soberanos é nenhuma. Mas consta do art 90 da Concórdia de D João I que o Arcebispo de Braga exigiu novas e insólitas colectas a pretexto dos votos, e para as cobrar mais de uma vez castigara os povos, contra o direito e a moral, com excomunhões, interditos e outras penas canónicas. E, por isso, espúrio o voto do Rei Ramiro, segundo eu aqui apenas supponho e um dia talvez demonstre em lugar mais conveniente, pois este problema requei mais demorado trato; mas, dado mesmo que o voto fosse genuíno, somente obgana Ramiro e os voventes, e não os seus sucessores para sempre, e apenas attribua direito à Igreja de Compostela, e não à de Braga, que não se apoia em nenhum privilégio e título. Finalmente, reputo plenamente insólito e inaudito que, mais de oito séculos volvidos sobre a sua independência da restante Espanha, ainda se veja Portugal atado por uma lei ou voto deste teor

OS BISPOS, E OS CLÉRIGOS ADICTOS À CASA REAL
SÃO GERALMENTE CITADOS NO FORO SECULAR

§ XXIII — Os eclesiásticos são obrigados em mais de um caso a comparecer no foro secular. Efectivamente, *primeiro*, os reverendíssimos Bispos podem ser citados perante os juizes

seculares por razão de bens patrimoniais, dívidas, e danos, e dum modo geral em todas as causas cíveis mesmo penais. Ord. liv. 2, tit. 1, no princ., e § 6, no fim, e liv. 1, tit. 8, § 3, e liv. 3, tit. 6, § últ.; *segundo*, os clérigos adictos à Casa Real respondem no foro secular, tanto nas causas cíveis, como nas criminaes civelmente intentadas, Ord. liv. 2, tit. 4, Lei de D Dinis transcrita no antigo Código do Reino, tomo 1, *ibi*: *Que he senhor, e ha jurisdicção sobre todos os de sa Casa, como padre sobre os filhos*; art. 51 da Concórdia de D. João I, no Código Afonsino, liv. 2, tit. 7.

Esta lei diomsiana foi promulgada, juntamente com outras res-
peitantes à jurisdicção eclesiástica, em Lisboa no mês de Outubro do
ano 1347 da Era E os clérigos adictos à Casa Real respondiam
perante o Corregedor da Corte, Ord Afons, liv. 3, tit. 15, Man
liv. 2, tit. 3, § últ. Filipina, tit. 4 do mesmo livro Hoje pela Bula de
Leão X de 1513, *apud* Sousa, *Provas*, tomo II. n. 49, pág. 247.
o juiz é o Capelão-mor del-Rei

QUANDO RESPONDEM OS ECLESIATICOS NO FORO SECULAR EM CAUSAS CIVEIS

§ XXIV — Podem também quaisquer clérigos ser citados
no foro secular, e não devem ser rejeitados para o foro eclesiás-
tico, *primeiro*, em causa de reconvenção, Ord. liv. 2, tit. 1, § 1,
art. 1 da Segunda Concórdia de D. Afonso III; *segundo*, em
todas as causas de esbulho mesmo espirituais e eclesiásticas,
dentro de ano e dia, liv. 2, tit. 1, § 2, arts. 59 e 84 da Concórdia
de D. João I, não interessando se use dos interditos *unde vi*,
recuperandae, ou *retinendae*, pois o possessório das causas ecle-
siásticas é temporal, e, por isso, reservado ao conhecimento do
juiz secular, Espen, *Jus Ecclesiasticum*, P. III, tit. 2, cap. 4,
n. 39 e seg., e Duareno, *De sacris Ecclesiae ministeriis*, liv. VII,
cap. 2; *terceiro*, como o juízo deve ser concluído onde foi ini-

ciado, o leigo citado no foro secular, ainda que depois seja orde-
nado clérigo, deve continuar a ser demandado no mesmo foro,
Ord. liv. 2, tit. 1, § 3, art. 4 da Concórdia de D. Afonso III,
quarto, os clérigos de ordens menores, assim solteiros, como
casados, respondem no foro secular em todas as causas cíveis
oriundas de contrato ou quase contrato, sendo diferente nas
causas criminaes mesmo civelmente intentadas, Ord. liv. 2, tit. 1,
§ 4, art. 5 da Segunda Concórdia de D. Afonso III, art. 16 da
Quarta Concórdia do Rei D. Dinis, e art. 9 da Concórdia de
D. João I.

Júlio III concedeu em 1551 a D. João III primeiro, que os
clérigos de ordens menores duas vezes remetidos para o juiz ecle-
siástico por motivo de alguns crimes, se não fossem punidos como
convinha, não fossem remetidos mais vezes, *segundo*, que não gozas-
sem do privilégio do foro, caso não tivessem o beneficio durante um
ano antes de cometerem o delicto Pio II concedeu em 1461 a
D. Afonso V que os clérigos de ordens menores, que não trouxessem
vestes eclesiásticas, coroa e tonsura clerical, fossem obngados a res-
ponder no foro secular ainda em causas crimes, e pudessem ser
condenados conforme a gravidade do delicto mesmo à pena capital
Outras Bulas dos Sumos Pontífices traz Leão, p. 2, tit. 4, lei 5

ENUMERAM-SE OUTROS CASOS

§ XXV — *Quinto*, o clérigo herdeiro de leigo é demandado
no foro secular sobre a demanda principiada com o defunto,
Ord. liv. 2, tit. 1, § 8, art. 9 da Concórdia de D. Afonso III, e 32
da de D. João I (*Insttuições*, Liv. IV, Tit. VII, § XXVI), mas
o leigo herdeiro de clérigo deve ser citado apenas no foro pró-
prio *Sexto*, o clérigo deve defender no foro secular o comprador
demandado por coisa que lhe vendeu, Ord. liv. 2, tit. 1, § 11, e
liv. 3, tit. 45, § últ., art. 2 da Segunda Concórdia de D. Afonso III
Sétimo, os clérigos de ordens menores podem ser constringdos
a apagar incêndios, defender a terra contra os inimigos, e auxi-

liar as justiças d'El-Rei a prender os culpados nas desordens. Ord. liv. 2, tit 1, § 12. *Oitavo*, também podem ser citados no foro secular pelos bens reais, da Coroa do Reino, e patrimoniais, assim como pelos direitos reais, rendas, jurisdição, seu uso e abuso, ou seja pela sua administração, e ainda pelas possessões fiscais e pagamento das pensões da Coroa, Ord liv. 2, tit. 1, §§ 16, 17 e 18, ainda que neguem que a coisa e os direitos em questão pertencem ao Rei; ao contrário, o leigo que não reconhece o domínio da Igreja, somente pode ser demandado no seu foro, Ord. liv. 2, tit 1, § 5. *Nono*, pelos direitos de portos, décimas, importação e exportação de mercadorias por terra e mar, isto é, *alfândegas, dizimas, portagens*; pelo tributo a pagar pelas vendas, que chamam *sisá*, pelo direito da despensa real, isto é, o *relego* (1); e nas penas das mercadorias interditas, Ord liv. 2, tit 1, § 19, arts. 5, 6, 7, 9 e 10 da última Concórdia del-Rei D. Sebastião. *Décimo*, nos feitos de soldadas e jornais de serviços, nos feitos de comas e outros, cujo conhecimento pertence aos almotacés, Ord liv. 2, tit 1, § 20, art 16 da Concórdia de D. Pedro I, e 86 da de D. João I, Extravagante de 9 de Março de 1678, na Colecção I à Ord liv. 2, tit. 59, N. 5.

Seria demasiado longo, se enumerasse todos os casos em que o clérigo pode ser citado no foro secular. Com efeito, além dos já referidos, à face das nossas leis não gozam do privilégio de foro os clérigos que negociam, trazem armário e arquite, almoçam e jantam nas tabernas, se dedicam ao jogo, trazem armas na via pública, andam sem hábito clerical, administram os bens de leigos, etc, artigos 7, 8, 9, 10 e 11, da Concórdia de D. Afonso III. Limito-me a notar que nestes artigos são muitas vezes alegados textos do Direito Canonico e Civil, principalmente na mencionada Concórdia de D. Afonso III celebrada no séc XIII, a partir do qual assaz se mostra o uso, introdução e autoridade daqueles dois direitos em Portugal.

QUANDO RESPONDEM OS CLERIGOS NO FORO SECULAR EM CAUSAS CRIMES

§ XXVI—Os crimes dos eclesiásticos são algumas vezes punidos pelas nossas leis. *Primeiro*, podem ser presos pelos juizes e meirinhos seculares quando apanhados em flagrante delicto, Ord. liv. 2, tit 1, § 29, ou quando lhes resistem ou os ofendem. *Segundo*, são punidos pelo Rei, e privados dos direitos civis, quando não forem castigados pelos Bispos como por justiça o devem ser, Ord liv. 2, tit 3. *Terceiro*, as leis, entre outras coisas, ordenam aos corregedores das comarcas que façam notificar os prelados para que castiguem com as penas devidas os clérigos turbulentos, Ord liv 2, tit 58, § 18

Hoje, quanto ao poder de os Reis punirem os eclesiásticos de qualquer categoria, são de direito absolutamente certo estas três seguintes coisas. *Primeira* o Principe tem o mesmo direito de punir tanto os seus crimes civis como os dos leigos. *Segunda* os bispos, se conhecem judicialmente dos crimes dos eclesiásticos, fazem-no apenas por direito e privilégio dos Reis, os quais os entregaram para serem punidos e julgados pelos Bispos. *Terceira* esta faculdade, concedida pelos Reis aos Bispos, pode ser ab-rogada pelos Reis a seu talante e por estes reassumida quando quizerem e melhor julgarem, havendo testemunhos nas histórias de todos os povos de que os Reis e Príncipes Cnstãos sempre usaram destes direitos majestáticos. Em Portugal existe um testemunho irrefragável do tempo do Invictissimo Rei D. Manuel, o qual mandou estrangular e queimar certos monges que instigaram a uma crudelissima mortandade, Osório, *De rebus Emmanuels Regis Lusitanae virtute et auspicio gesús*, liv 4, págs 152, 153 e 154, edição de Lisboa, 1571. Omito muitos outros exemplos, porque ninguém entre nós os ignora. Sucede até que o próprio Direito Canonico submete ao poder externo dos Príncipes os clérigos acusados de crimes muito graves, cap 1 do tit *De homicidio* do Liv 6º, cap 1 do tit *De apostatis*, etc. A este respeito, é realmente muito de louvar a Ord Afonsina, liv 3, tit 15, § 21, no fim, e § 27, nas seguintes palavras: *Se o Juiz da Igreja for negligente em fazer direito do Clerigo, estre-*

(1) Ver Ord liv 2, tit 29 (Nota do Tradutor)

madamente nas demandas Reaes, Nós, e Nossos Juizes Leigos podemos citar o Crehguo, ou Leiguo, que for da jurdição da Igreja, e sobre tal negrencia, etc

OS BISPOS SÃO DO CONSELHO D'EL-REI

§ XXVII — Ora, os nossos Reis concederam aos eclesiásticos um número quase incontável de privilégios, dos quais o maior e o mais notável é o de os Bispos do Reino e suas províncias serem, desde os tempos mais antigos, exornados com o título honorificentíssimo de conselheiros d'El-Rei. Eles o rogaram a D. Afonso II ou a D. Afonso III, que foi o primeiro que, por razões políticas então vigorantes, lhes concedeu ou prometeu tal mercê no art. 13 do juramento que fez em Paris. Todavia, nunca conseguiram com suas reiteradas facções que as leis só tivessem valor quando promulgadas com sua prévia consulta. *Vide* art. 67 da Concórdia de D. João I.

Esta presunção dos eclesiásticos constitui crime gravíssimo, e é temerariamente deduzida do art. 13 do juramento que D. Afonso deu em Paris, *apud* Pereira, *De Manu Regia*, liv. 1, e Sousa, *Provas*, tomo I, n. 26, pág. 51. Com efeito, as palavras *que dirigem todos os negócios tocantes ao bom estado do Reino com o conselho dos Prelados*, apenas provam a insigne e exíma prudência de que nesses difíceis tempos usou D. Afonso, o qual, embora promettesse observar o seu juramento e tudo quanto nele se contém, todavia acrescentou cautamente. *Salvo o meu direito e o do Reino de Portugal*.

OS BISPOS TÊM ESCRIVÃES, MEIRINHOS, E CÁRCERES PÚBLICOS

§ XXVIII — Também por mercê dos Reis, os Bispos têm escrivães, tabeliães, cárcere público, e meirinhos especiais, para executarem suas dívidas, Ord. liv. 2, tit. 20, e liv. 3, tit. 90, § 1, os quais bem podem usar varas, embora com licença do Desem-

bargo do Paço, Extravagante de D. João IV de 28 de Abril de 1647, *apud* Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 9, N. 1. Todavia, de modo nenhum é permitido aos escrivães, tabeliães e notários dos Bispos lavrar escrituras de coisas temporais, como testamentos, contratos e quejandos, Ord. dito liv. 2, tit. 20, no princípio, art. 42 da Concórdia de D. João I (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XVIII, § VI).

A Ord. liv. 2, tit. 20, deve a sua origem à lei diomiana, de que se faz menção nos artigos 42 e 57 da Concórdia de D. João I, a qual depois passou à Ord. Afonsina liv. 2, tit. 18, Manuêina tit. 10, e por fim à Filipina do dito tit. 20, mas um tanto interpolada. Se, porém, formos a interpretá-la pela fonte donde manou, não hesitamos afirmar que hoje todos os escritos, judiciaes ou extrajudiciaes, dos officiaes eclesiásticos, apenas fazem fé nas causas meramente eclesiásticas e espirituaes. Assim o provam as palavras *E de outras cousas similhantes meramente ecclesiasticas ou spirituaes*.

OS ECLESIÁSTICOS NÃO PAGAM OS TRIBUTOS ORDINÁRIOS

§ XXIX — Depois, embora os clérigos estejam sujeitos a todos os mesmos impostos e tributos que os leigos, salvo possuindo privilégio régio, e a eles fossem indistintamente obrigados desde o berço do Reino, como consta do art. 10 da segunda Concórdia do Rei D. Dinis e doutros antiquíssimos documentos, todavia por leis posteriores foram-lhes concedidos muitas isenções e privilégios. E assim pela Extravagante de D. Manuel de 1 de Agosto de 1498, *apud* Leão, p. 5, tit. 3, lei 12, não pagam o tributo de venda, isto é, a *sis*a, a aduana ou *portagem*, e outros direitos de importação e exportação, alfândegas, dízimas, salvo se forem negociantes ou comprarem bens imóveis, Ord. liv. 2, tit. 11, § 1. A igreja sita em terras próprias dos Reis (*reguengos*), assim como os terrenos da mesma igreja (*passaes*), estão imunes dos tributos ordinários, Ord. liv. 2, tit. 22, Man. tit. 11,

§ I, Afons tit. 19, § I, Extravagante de D João III de 8 de Julho de 1553, *apud* Leão, p. 2, tit. 2, lei 4.

No entanto, do tributo de *pagada* nem a igreja está unune, Ord liv 2, tit 33, § 8, a não ser que goze de privilégio especial, nem o clérigo, Ord liv 2, tit 57, § I, pois esse tributo é um ónus real, Ord liv 2, tit 18, § 6 Apesar disso, muito obsta a Ord do mesmo livro. tit 33. § 25. a qual eu, todavia, entendo do clérigo que tem privilégio e cultiva as terras das igrejas que gozam de semelhante privilégio

AOS CLERIGOS FOI DADO O PRIVILEGIO DO FORO ECLESIASTICO

§ XXX — Deve-se ter em grande conta o privilégio do foro E, assim, o clérigo em todas as causas que não forem especialmente exceptuadas, só pode ser citado no foro eclesiástico, Ord liv 3, tit 11, § 6, quer a causa seja cível, quer seja criminal. Donde, embora a barragã de clérigo seja punida no foro secular com as penas estatuidas na Ord liv. 5, tit 30, Man. tit 26, contudo o juiz secular não pode lançar na prisão os clérigos e frades concubinários, mas deve remetê-los imediatamente para os seus superiores, Ord liv. 5, tit. 31, Man. tit. 27, arts 71, 72 e 73 da Concórdia de D João I E, assim, quando prende os clérigos, por motivos de resistência ou ofensa, ou porque se acham no bando dos delinquentes, ou porque trazem armas proibidas na via pública, remete-os para o foro eclesiástico, ou officiosamente ou a rogo, juntamente com os testemunhos escritos, Ord. liv. 2, tit 1, §§ 23, 24, 26, 29, e liv 5, tit 80, § II, art 14 da Concórdia de D Dinis, e art. 5 da de D Pedro I, o que, segundo o melhor direito, também se applica em delicto de caça ou pesca defesa, Ord. liv 5, tit 88, § 16

No entanto, o privilégio de foro parece ter lugar quando é citado *in personam* por contrato ou quase contrato, delicto ou quase delicto, porque neste caso a obrigação nasce da pessoa e não da coisa ou

ocasião desta. Por isso, o clérigo citado por acção real é mandado responder no foro secular, Ord Man liv 3, tit 10, § 5, *ibi* E se o possuidor for clérigo de ordens sacras, ou Beneficiado, será demandado perante o Juiz de seu foro Com efeito, o juiz do foro entre nós é ordinário do lugar, pois os Bispos propriamente não têm foro, e assim se observa na Fiança, segundo testemunha Fleury, *Insulutiones Juris Ecclesiastici*, P III, cap V, § 1 Todavia, Filipe collocou a Ord. Manuelina liv 3, tit 10, § 5, no mesmo liv, tit 11, § 6, mas interpolada, e em vez das palavras *perante o juiz de seu foro* escreveu *perante o seu juiz Ecclesiastico*, e deste direito usamos Veja-se, no entanto, a Ord. Afonsina liv 3, tit 116

ACTOS QUE DEVEM PRECEDER A REMESSA DOS CLÉRIGOS PARA O FORO ECLESIASTICO

§ XXXI — Antes, porém, de os clérigos serem remetidos para o juízo da Igreja, devem pagar as custas do processo e de pessoa, Ord. liv. 3, tit. 67, § 5, e liv. 1, tit 24, § 34, perdem a caução de fiança, Ord liv 5, tit 131, § 2, e nas causas crimes devem, primeiramente, ser presos, Ord. liv. 5, tit 124, § 13, art. 9 da Concórdia de D. João I. Devem também, primeiramente, mostrar no foro secular as suas cartas de ordenação, propor a excepção de clericato, e provar que gozam do privilégio de foro, quer estejam constituídos em ordens sacras, Ord. liv. 2, tit. 1, § 23, quer em ordens menores, § 27. O conhecimento do clericato e da falsidade das cartas de ordenação respeita ao juiz secular; por isso, o clérigo, ou o leigo que, depois de haver cometido o delicto, tomou ordens sacras ou obteve beneficio, não deve ser enviado para o foro eclesiástico, sem, primeiro, comparecer e mostrar no secular as ditas cartas, Extravagante de D. João III de 17 de Outubro de 1547, *apud* Leão, p. 2, tit 4, lei 5, da qual foi tirada a Ord liv. 2, tit. 1, § 25.

Da sentença ou pronúncia daquele que remete o clérigo para o foro eclesiástico deve o juiz apelar officiosamente, Ord liv 2, tit 1,

§ 28, e tit 5, § 9, e liv 5, tit 124, § 3, a saber, para o juiz da Coroa do Reino, a quem pertence a decisão, por ser questão emergente de jurisdição, Ord no mesmo liv 2, tit 1, § 15, e liv 1, tit 9 § 11, no princípio

O LEIGO QUE COMETE VIOLÊNCIA CONTRA UM CLÉRIGO OU ROUBA COISA SUA, É CITADO NO FORO ECLESIASTICO

§ XXXII — O leigo pode algumas vezes ser citado no juízo eclesiástico primeiro, se roubar coisa de clérigo, segundo, se contra ele cometer violência. Tem, porém, o clérigo de declarar, alegar e provar, primeiro, a acusação: alhás, cai da causa, e, além das custas do processo, será condenado a pagar tanto quanto pedia ao leigo, Ord. liv 2, tit 1, § 5, no princípio, art 58 da Concórdia de D João I deduzido dos caps. 5 e 8 do tit *De foro competentu*.

COMO SE DEVE ENTENDER O EXPOSTO NO PARÁGRAFO PRECEDENTE

§ XXXIII — Ora, como a Ordenação Régia apenas concede que o leigo responda no foro eclesiástico pelos actos de violência ou rapina, *ibi* (*roubo, ou força*), segue-se primeiro, que não pode ser citado por simples furto, ou quando surripiou às ocultas coisas de clérigos; segundo, quando o clérigo o demanda por acção pessoal de reivindicação derivada de contrato ou quase contrato; terceiro, quando o leigo invade as possessões e bens imóveis do clérigo, pois nestes, pròpriamente, não se comete nem furto nem rapina; quarto, que sòmente pode ser punido com penas canónicas, sendo, por isso, a restituição da própria coisa, a pena do dobro ou quádruplo, a pena corporal, e outras estabelecidas para os que roubam ou invadem o alheio, da competência exclusiva do foro civil; quinto, que nem mesmo

com as penas canónicas o juiz eclesiástico pode castigar os leigos, sem primeiro se ver provada a qualidade do delito, como, por exemplo, de rapina, violência, e sacrilégio, tendo só para este fim, por mercê de lei régia, coacção e poder de obrigar o leigo a comparecer e responder na sua presença. No entanto, pense muito maduramente o clérigo sobre este ponto, porquanto, se não provar o roubo e a violência, incorrerá na pena imposta pela mesma lei. Finalmente, o eclesiástico, antes de castigar o leigo, deve pronunciar-se juiz. Desta sentença apenas se admite uma apelação, ou para o Bispo ou Arcebispo, se interposta de juiz eclesiástico, ou para o Rei ou seu Senado, se interposta de juiz secular, Ord liv 2, tit. 1, § 5, no fim

O LEIGO TAMBÉM PODE SER CITADO NO FORO ECLESIASTICO PELAS COISAS DA IGREJA

§ XXXIV — O leigo também pode ser citado no juízo da Igreja por coisas e possessões profanas da mesma Igreja, Ord liv. 2, tit. 1, § 5, o que, todavia, deve entender-se assim: primeiro, quando a coisa está no perfeito domínio da Igreja; segundo, quando o leigo reconhece o domínio da Igreja. Por isso, aquele que nega que a coisa está no domínio da Igreja, imediatamente deve ser remetido ao foro secular, não obstando mesmo nenhuma excepção de dolo, e embora a Igreja tente provar em continente que a coisa é sua. Porém, o leigo, que recusa o juízo da Igreja sendo este competente e concedido por mercê do Rei à mesma Igreja, é condenado à restituição da coisa em litígio e às custas singelas do processo.

E TAMBÉM PODE SER CITADO POR ENFITEUSE DA IGREJA

§ XXXV — Pode também o leigo ser citado no foro eclesiástico por enfiteuse que pertença à Igreja, tanto quanto ao

senhorio directo como ao senhorio útil, Ord liv. 2, tit 1, § 6
Todavia, a Igreja não é obrigada a provar o senhorio, bastando alegar que ele lhe pertence, ou porque o título enfiteutico é nulo à face do Direito Canónico, ou porque o enfiteuta incorreu na pena de comisso, ou porque não foi preenchida a condição do contrato, ou, finalmente, porque findaram as vidas do prazo E, ainda que o enfiteuta contradiga, e negue o domínio, ou a narração da Igreja, nem por isso poderá evitar o foro eclesiástico ou conseguir fora dele a renovação da enfiteuse, Ord do mesmo liv. 2, tit 1, § 6.

Esta Ordenação é especial, não figura no Código Manuelino, e foi quase literalmente transcrita do art 2 da Concórdia del-Rei D Sebastião celebrada em 18 de Março de 1578 Estabeleceu, assim, muitos princípios novos e especiais *primeiro*, quando a coisa enfiteutica não está perfeitamente no domínio da Igreja, ou há dúvida sobre o domínio desta, o leigo pode ser citado no foro eclesiástico, *segundo*, é bem citado, embora não reconheça o domínio da Igreja, e isto anteriormente era inaudito nas leis pátrias e contrário ao mesmíssimo direito que havia sido estatuído no antecedente § 5 da mesma Ord liv 2, tit 1, *terceiro*, pede a validade ou nulidade do título enfiteutico ao Direito Canónico, que no nosso foro civil não tem nenhum uso nem autoridade. Por isso, eu com base no § 5 entenderia que aquela lei de D Sebastião, que Filipe fez sua na Ord liv 2, tit 1, § 6, é uma espécie de aditamento ou achega ao mesmo § 5, para que, assim como por quaisquer outras coisas o leigo não pode ser citado nem levado ao foro eclesiástico, senão quando reconhece que o domínio delas pertence à Igreja, assim também só possa ser citado por coisa enfiteutica, quando diz que esta é do domínio perfeito da Igreja Efectivamente, as leis devem-se harmonizar umas com as outras, mormente as que vêm no mesmo lugar, livro, e título, e, por assim dizer, quase se encostam umas às outras. Acresce que as leis e a Concórdia, publicadas durante o reinado de D Sebastião, contêm muitas particularidades contrárias à majestade do antigo direito português, que não devem ser apresentadas como exemplo, conforme já demonstrámos noutro lugar (*História do Direito Civil Português*, § CXXV) E, antes de deixar esta matéria, seja-me permitido obser-

var que o disposto nesta Ordenação a respeito da enfiteuse eclesiástica deve ser entendido em conformidade com a mente e sentido das recentíssimas leis de 4 de Julho de 1768 e 12 de Maio de 1769

E POR INJÚRIA DE PALAVRAS E OBRAS FEITA AO CLÉRIGO

§ XXXVI — O clérigo pode, por injúria de palavras ou obras contra si cometida, trazer o leigo ao foro eclesiástico, ou demandá-lo no foro secular, Ord. liv. 2, tit. 9, § 3, deduzida do último artigo da Concórdia del-Rei D. Sebastião, direito este que na verdade é também singular e desconhecido nos melhores tempos, como consta dos arts. 20 e 22 da quarta Concórdia de D. Dinis, e parece extraído do cap. 8 do tit. *De foro competentis*. Nesse mesmo artigo último se estabeleceu que sofressem as mesmas penas os que resistissem aos oficiais régios ou eclesiásticos, tendo Filipe posto este direito novo na mesma Ord. liv. 2, tit. 9, § último, e o tit. 8 obriga a entender que assim é, depois de dada e obtida a ajuda do braço secular

O CLÉRIGO NÃO É OUVIDO NO FORO SECULAR SEM DAR FIADORES

§ XXXVII — Todavia, o clérigo não é ouvido no foro secular, nem para accionar, nem para excepionar, sem dar fiadores [leigos] que se obriguem a pagar o julgado, Ord. liv. 3, tit. 20, § 6, e liv. 5, tit. 117, § 8, o que já há muito fora convencionado na Concórdia entre o Clero e D. João III, art. 31, e na de D. Pedro I, art. 17, não porque o clérigo não pudesse ser em direito citado pelas custas do processo no mesmo juízo onde era autor ou réu, tal como é com justa razão citado por sentença contra ele proferida no juízo secular, Ord. liv. 2, tit. 7, Manuelina tit. 6, Afonsina II, mas porque os nossos Reis, para conser-

varem a autoridade dos juízos e ocorrerem às facções dos clérigos, que fugiam para a audiência episcopal, quizeram que apenas os leigos fossem aceitos como fiadores

OS ARRENDATARIOS DAS POSSESSÕES DA IGREJA SÃO CITADOS NO FORO ECLESIASTICO

§ XXXVIII — Os rendeiros das fazendas da Igreja são justamente obrigados a responder no juízo eclesiástico durante o tempo do arrendamento, e, findo este, dois anos mais, Ord. liv. 2, tit. 1, § 9, deduzida do § 19 do mesmo liv. e tit. do Código Manuelino, ao qual Filipe, com base na Extravagante de D. João III de 15 de Janeiro de 1528, *apud* Leão, p. 2, tit. 2, lei 1, acrescentou contra a razão do antigo Código os dois anos mais, contados do fim do arrendamento. *Vide* art. 21 da quarta Concórdia do Rei D. Dinis, e 46 da de D. João I. Porém, o direito singular, que se contém naquela Ordenação, não tem lugar: *primeiro*, quando o rendeiro detém a coisa e os réditos para além dos dois anos; *segundo*, quando o arrendamento é perpétuo; *terceiro*, no síndico e administrador da Igreja, pois não é o arrendatário de que apenas fala a lei; *quarto*, e com melhor direito no herdeiro deste; *quinto*, para pagar a pensão e frutos do benefício ao pároco ou pensionista; *sexto*, para pagar os alimentos reservados em benefício a alguém; *sétimo*, para satisfazer as dádivas oferecidas a Deus, os dízimos, as primícias, especialmente se o leigo não reconhece a obrigação destas coisas, ou excepta sobre o pagamento das dádivas e dízimos ou se queixa de que estes são muito excessivos, Ord. liv. 1, tit. 40, § 2, e liv. 2, tit. 1, § 5. Efectivamente, o leigo pode ser citado por estas coisas e semelhantes, mas apenas no foro secular.

As dádivas, isto é, as coisas oferecidas a Deus ou aos Santos, e as outras coisas de igual qualidade que cabem na designação de ofertas, apenas, num ou outro caso, podem cair em obrigação perfeita,

especialmente depois do estabelecimento dos dízimos, confundo, se algumas vezes se podem introduzir costumes pios e louváveis sobre estas coisas — assunto que aqui não investigamos — o leigo só no seu foro pode ser obrigado por tais dádivas, assim como pelos legados deixados à igreja, para celebração de exéquias, para esmolas das missas, etc. Sei que são de opinião contrária o nosso Pereira, *De Manu Regia*, cap. 14, e a torrente dos Doutores e Decretalistas forenses baseados no cap. *Decernimus 2* do tit. *De iudicis*, no cap. *Prohibemus 19*, cap. *Tua nobis 26*, do tit. *De decimis*, e no cap. *Ad apostolicam 42*, do tit. *De simonia*, mas, como eu não encontro nenhuma lei régia que conceda que os leigos possam ser citados por estas e semelhantes coisas no foro eclesiástico, desprezo vigorosamente estas autoridades externas do direito estranho e estes preconceitos dos Doutores. Agora, pelo que toca aos dízimos eclesiásticos, deve-se sustentar que em Portugal são quase todos seculares e laicais, e que já desde o tempo do Conde D. Henrique pertencem aos Reis, que os davam às igrejas e mosteiros particulares, ou aos nobres por feitos notáveis de guerra, ou então os conservavam para si para o bem comum da Igreja e do Estado. Do mesmo direito usavam os Reis de Castela. Apraz-me referir alguns exemplos. Quando o Conde D. Henrique doou a Igreja de S. Pedro de Rates ao Mosteiro da Candade, fez menção expressa dos *dízimos de pão, vinho e linho* na doação que seu filho D. Afonso confirmou juntamente com sua esposa D. Mafalda em Guimarães, no ano de 1155. D. Afonso I doou à Igreja de Evora e seu Bispo Pelágo, além de outras coisas, *uma décima parte das suas quintas*. D. Sancho II deu à Igreja de Silves e seu Bispo Nicolau os dízimos dos frutos e gados. Igualmente liberal e munificente foi D. Afonso II para as Igrejas de Lisboa e Coimbra. D. Afonso III confirmou em 1262 a doação dos dízimos feita por D. Afonso, o primeiro deste nome, à Igreja de Santa Maria d'Alcova. Todos os dízimos da povoação de Arronches, já desde o ano de 1287 unidos à Coroa Real, doou-os D. Dinis em 28 de Julho de 1317 à igreja da mesma localidade. Brandão, *Monarchia Lusitana*, p. 6, liv. XVIII, cap. 58 e *passim*, Jerónimo Contador de Argote *De antiquitatibus Conventus Bracharaugustani*, cap. 9, págs. 446 e seg., e Thomassin, *Vetus et nova disciplina*. Mas que estes dízimos, a princípio dados e doados pelos Reis, são eclesiásticos e não civis, ou se vê das insistentes queixas depois feitas pelos Prelados, ou então do facto de nunca, que se saiba, lhes terem sido

exigidos — pontos estes que deixamos à meditação dos outros. Aconselhamos, no entanto, a consulta integral dos Alvarás de 18 de Fevereiro de 1778, e 23 de Março de 1782, guardados na Chancelaria das Ordens Equestres. Cumpre-me ainda observar aqui o seguinte: o direito dos dízimos era considerado pelos nossos maiores como unido ao direito de padroado, como se fosse uma sua parte e espécie de aditamento, e por esta razão os Reis e fidalgos davam livremente os dízimos das igrejas de que eram padroeiros, e neles, tal como nos outros direitos e bens patrimoniais, tinha lugar a sucessão testamentária e legítima, o que é provado, além do mais, por uma escritura de doação de 1170 que se pode ler em Brandão, *Monarchia Lusitana*, p. 3, liv. XI, cap. 20. Perante isto, quem não vê que a causa de dízimos é uma causa secular e deve ser tratada no foro secular? Assim também se acha hoje decidido na Alemanha por uma recentíssima Constituição sob o tit. *De decimis et jure patronatus* no Código de Direito Público Austríaco.

OS LEIGOS TAMBÉM SÃO CITADOS NO FORO ECLESIASTICO PARA REPARAÇÃO DAS IGREJAS

§ XXXIX — Pode também o Bispo compellir os leigos a reparar os templos e sustentar os ministros da Igreja, se os frutos eclesiásticos não bastarem à sua sustentação, Ord. liv. 1, tit. 62, § 76; todavia, não podem exigir colectas e fintas, mas sim o podem os provedores régios até certa quantia de dinheiro, que a citada Ordenação declara

Aquella Ordenação não figura no Código Manuelino, foi tirada do art. 13 da Concórdia del-Rei D. Sebastião e do § 10 da lei Extravagante deste mesmo Rei de 2 de Março de 1508, *apud* Leão, p. 2, tit. 2, lei últ. Esta lei foi ocasionada pelo decreto do Concílio Tridentino, sessão 21 *De reformatione*, cap. 7, onde os Padres ordenam aos Bispos que, para refazer as igrejas, *obnguem, na falta de padroeiros, por todos os remédios oportunos os paroquianos aos mencionados [contributos]*. O Cardeal D. Henrique recebeu no ano de 1564, em nome del-Rei D. Sebastião, aquele sacrossanto Sínodo, não só no que respecta aos dogmas e disciplina eclesiástica, como cumpre a um

príncipe cristão, mas também em coisas meramente externas e civis que são regidas pelas leis do Estado, e não da Igreja. Depois, já quando governava o Reino, o próprio D. Sebastião aprovou-o por Carta de Lei de 8 de Abril de 1569. Porém, já vimos noutra lugar (*História do Direito Civil Português*, § LXXXIII, Nota) o que se deve pensar desta recepção geral do Tridentino em Portugal. Por isso, a Ord. liv. 1, tit. 62, § 76, deve ser entendida em conformidade com o génio do século, assim como a recepção geral do Tridentino não foi observada nalguns casos em Portugal, assim também a dita lei de Filipe, ou melhor, de D. Sebastião, que nasceu dessa aprovação geral, não parece de nenhuma efficácia. Podem, por isso, os Bispos na verdade visitar as igrejas, compellir os reitores a reparar as suas ruínas, admoestar os paroquianos uma ou duas vezes, mas de maneira nenhuma trazê-los ao seu foro contrariados e resistentes. Bem podem, no entanto, implorar a ajuda do braço secular, e pedir auxilio aos Reis ou demandar os paroquianos no foro secular.

E PELAS COISAS SAGRADAS

§ XL — Finalmente, pode o leigo ser citado no foro eclesiástico pelas coisas sagradas especialmente affectas ao culto divino, tais como cálices, paramentos, etc., mesmo que negue que essas coisas são do domínio da Igreja; mas de modo nenhum pelos turbulos, castiçais, cruces, e navetas, salvo se reconhecer que são da Igreja, Ord. liv. 2, tit. 1, § 10.

GENEROS DE CAUSAS

§ XLI — As causas que remetem os leigos para o foro eclesiástico, costumam os canonistas designá-las ou de meramente civis, ou meramente eclesiásticas, ou mistas. Também nós accettamos de bom grado esta divisão, mas apenas admitimos o foro eclesiástico naquelas causas, que sabemos pertencerem, por especial privilegio real, à audiência dos bispos.

§ XLII — Os Bispos levam para o seu foro as causas meramente civis sobretudo com o pretexto de *pecado*, e de *juramento*, cap. *Novit* 13, do tit. *De judiciis*, de *justiça denegada*, e *mópia dos litigantes*, isto é, porque os litigantes são pobres, órfãos, menores, ou viúvas, cap. 26 do tit. *De verborum significatione*, no fim, cap. 10 do tit. *De foro competenti*. No entanto, entre nós, estes pretextos, por muito formosos que pareçam, são de nenhuma autoridade pública

É sabido que antigamente os Bispos se dedicaram também a decidir e demurr as demandas por consenso dos imperadores cristãos, leis 7 e 8 do tit. *De episcopali audentia*, do Código, e as julgaram mais *ex bono et aequo*, isto é, mais como árbitros e homens bons do que segundo as formulas do Direito Romano e com qualquer autoridade pública, porquanto não tinham foro, conhecimento e jurisdição civil nenhuns. Conheciam dos pecados e delitos, só para o efeito de applicarem penitências, sendo, assim, o seu foro penitencial, e não contencioso. No século XII, nasceu a distincção entre o foro secular e eclesiástico, e os bispos começaram a ter officias, foro e juizos instituídos quase segundo as normas do Direito Romano. Levavam, as mais das vezes, ao seu foro as contendas civis e politicas, principalmente com o pretexto de *pecado*, apoiados no preceito de Cristo sobre a correção fraterna que vem em Mateus XVIII, 15, o qual seguramente não fala da força coactiva e reduzida à forma dos juizos. Eis por que bem se acautelou, na Carta de Lei de D. José I de 18 de Agosto de 1769, § 12, que no foro civil, quer secular, quer eclesiástico, não se podia tomar conhecimento do *pecado*, mas apenas do delicto e crime, ficando assim o *pecado* pertencendo ao foro interno e penitencial da Igreja, e não ao seu foro externo e civil. As nossas leis, Ord. liv. 4, tit. 73, Manuelina tit. 3, Afonsina 6, proibiram o emprego, em todos os contratos e escrituras, do juramento, que é outro pretexto especioso (pois não muda em nada a natureza do acto, a que se adiciona, nem transforma a causa profana em eclesiastica). É merecedor de desprezo, ou antes, de irrisão Oliva, *De fora ecclesiae*, p. 2, quaest. 30, n. 18, que não se pejou de chamar a estas leis nulas,

inválidas e injustas. As nossas leis também não concedem aos miseráveis, menores, viúvas, órfãos, etc., que se acolham aos tribunais episcopais, mas muito melhor concessão lhes fizeram com o privilégio de opção do magistrado régio, de que fala a Ord. liv. 3, tit. 5, § 3, e a lei única do tit. *Quando Imperator inter pupillos, vel viduas, vel (alias) miserabiles personas cognoscat, et ne exhibeantur* (1), do Código. As nossas leis também não permitem apelar da injustiça dos magistrados régios para o foro eclesiástico, mas concedem, pelo contrário, a todos os vassallos, tanto leigos como eclesiásticos, o recurso da injustiça ou agravo do Bispo ou seu vigário para a Coroa Real, Ord. liv. 1, tit. 9, § 12. Também o juiz eclesiástico não pode suprir a negligência do juiz secular, mas o contrário sim, Ord. Afonsina, liv. 3, tit. 15, §§ 21 e 27, nas palavras já transcritas acima no § XXVI

DO JURAMENTO DE MEDO

§ XLIII — Também não se usa, nem se deve ter usado em tempo algum entre nós, o chamado «juramento de medo», *pelo qual em denúncia ao juiz eclesiástico superior se afirma temer em extremo que o juiz inferior não lhe administre justiça equitativa e incorrupta*, segundo a definição de Lauterbach, *Dissert. De juramento perhorrescentiae*, § 6. Efectivamente, como Bonifácio VIII no cap. *Statutum* 11, § 1, do tit. *De rescriptis* do Liv. 6°, que é a sede deste juramento, quase nada mais requer do que o temor de agravo, e basta, segundo o seu entender, já não digo provar, mas nem sequer alegar, a própria causa da suspeição, quem admitirá de boa mente esse juramento e praxe, que, por um simples receio de agravo e sem ouvir as partes, devolve a questão dum juiz inferior para um juiz superior, mormente se aquele for juiz secular, que julga em nome do Rei e

(1) Este titulo traduz-se assim *Quando poderá o imperador conhecer das causas dos órfãos, viúvas, e (outras) pessoas miseráveis, e que estas não sejam obrigadas a comparecer no seu juizo* (N do T)

não reconhece de modo nenhum o juiz eclesiástico como seu superior em coisa temporal, civil, judiciária e externa? Vide *Glosa* à lei 14 do tit. *De iudiciis* do Código, palavra *Recusare*, e à lei 4 do tit. *ad Senatusconsultum Trebellianum*, palavras *rec illud*, que parece ter motivado esta doutrina.

CAUSAS MERAMENTE ECLESIASTICAS

§ XLIV — Consideram-se principais causas meramente eclesiásticas: *primeiro*, o direito do padroado, Ord. liv. 2, tit. 1, § 7, no princípio, cap. 3 do tit. *De iudiciis*. (Exceptue-se, no entanto, o padroado real, §§ XIX e XX); *segundo*, as controvérsias sobre os bens da Igreja a que aludimos no § XXXIV; e *terceiro* e principalmente, a causa matrimonial, Ord. liv. 5, tit. 19, no princ., cap. 3 do tit. *De ordine cognitionum*, cap. 7 do tit. *Qui filii sint legitimi*, cap. 12 do tit. *De excessibus praelatorum*, e cap. 16 do tit. *De officio et potestate iudicis delegati*.

Como nos cumpre conjugar umas leis com as outras, eu por mim entenderia que a Ord. liv. 2, tit. 1, § 7, se aplica ao padroado eclesiástico que o leigo demandado no foro eclesiástico ultraneamente reconhece. Por isso, o que a mesma Ord. § 5, diz dos bens da Igreja, deve aplicar-se aos bens do padroado. No entanto, sobre este assunto deve-se notar *primeiro*, que o padroado e direitos dos padroeiros são temporais, e temporal também a causa do direito de padroado, Francisco de Roze, *Prolegomena*, cap. 29, e Riegger, *Institutiones Juris prudentiae Eccles.*, p. 3, § 721, *segundo*, que, na dúvida, o direito de padroado antes se deve dizer secular ou laico que eclesiástico, o mesmo de Roze, cap. VI, e Espen, *Jus. Eccles. Unvers.*, p. 3, Sect. III, tit. VIII, cap. 2, n. 10, *terceiro*, que o direito de padroado já era conhecido em Portugal e na restante Espanha desde o séc. VII, Concílio Ementense, cân. 19, 4.º Concílio de Toledo, cân. 33, *apud* Graciano, Causa XVI, questão I, cân. 60, 9.º Concílio de Toledo, cân. 1, *apud* Graciano, Causa XVI, questão 7, cân. 31, *quarto*, que o direito de padroado, doado a colégios, confraternas,

universidades e igrejas, é laical, Espen cap. 2, nn. 28 e 29, de Roze in *Prolegomena*, cap. 6, n. 20, *Memoriae Cleri Gallici*, tomo XII, pág. 59, *quanto*, que os Reis de Portugal, os quais quase todos fundaram, ou reconstruíram, ou dotaram tanto igrejas catedrais como parougias, são, no sentido do Direito Canónico, seus *padroeiros*, *advogados*, e *defensores*, *sexto*, o mesmo cumpre dizer dos nobres que à sua custa também fundaram e ergiram muitas igrejas e as dotaram com elevados censos, *sétimo*, o mesmo ainda se deve dizer dos próprios parougianos que deram, livre ou talvez coactivamente, o mesmo direito de padroado, que adquiriram por título de fundação ou dote, aos Reis e nobres, cujos *vassallos* eram — o que tudo consta, não digo já das Crónicas do Reino, mas da própria Bula de Leão X, que começa *Pro parte tua*, dada em Roma a 17 de Dezembro de 1517, *apud* Cabedo, *De patronatibus*, cap. 2, e do que informa Leitão em seu *Tratado Analytico*, Demonstração II. Por estes respetos, segue-se que o direito de padroado é, em Portugal, um direito laico, pois dificilmente se apontará uma igreja fundada por eclesiásticos com bens eclesiásticos, e não só laico, mas régio, embora doado a igrejas e mosteiros, pois não compete a estas instituições por direito próprio, mas por benefício e liberalidade régia. Agora, quanto aos direitos de padroado real, os principais são *primeiro*, que o padroado não está contido na doação geral dos bens da Coroa do Reino sem que dele se faça menção expressa, Ord. liv. 2, tit. 35, § 24, Extravagante de 14 de Novembro de 1742, Coleção I à Ord. liv. 2, tit. 35, N. 2, *segundo*, que o padroado doado à Igreja não perde a natureza de padroado real e é totalmente regido pelas mesmas leis especiais que os outros bens da Coroa, deste direito usamos já há muito tempo (*Institutiones*, Liv. II, Tit. III, § XLIV), e o cap. único do tit. *De iure patronatus* do Liv. 6.º, que se vê estatuir o contrário, não pode ser entendido do padroado real, enquanto vigorarem as leis sobre a successão dos bens da Coroa, *terceiro*, que não admite prescricção nenhuma, mesmo a immemorial, segundo o Alvará de 17 de Novembro de 1617, *apud* Osório, *De patronatu*, Resolutio 30, n. 5. Que as regras e reseruações da Chancelaria não têm lugar no padroado laical é assunto trivial e não há necessidade de o lembrarmos. Em Castela nem sequer se applicam no padroado eclesiástico, conforme testemunha Garcia, no *De beneficiis*, p. 5, cap. 1, n. 557.

QUANDO SE PODE TRATAR A CAUSA MATRIMONIAL
NO FORO SECULAR

§ XLV — A causa matrimonial respeita ao foro secular, quando se trata do simples facto do matrimónio, a saber, se foi contraído, e de obter os direitos dele resultantes, como, por exemplo, se se julga do legítimo nascimento dos filhos, da sua legitimação, da pena de adultério, etc., Ord. liv. 5, tit. 25, § 8, e tit. 38, § 4, é diferente, se se trata do vínculo e validade do matrimónio, Ord. liv. 5, tit. 19, no princ. Todavia, eu desejaria que os esposais se provassem apenas no juízo secular, pois não vejo razão para se tratar, excluindo privilégio real, no juízo eclesiástico um contrato meramente civil, por muito próximo que ele esteja do matrimónio

Acerca das causas matrimoniais, a suprema regra é esta: elas pertencem inteiramente ao juízo da Igreja, se se trata da validade do matrimónio no foro interno, mas todas as vezes que a questão sobre o matrimónio decorra da razão do contrato, ou se trate de obrigação civil, como alimentos, dote e outras obrigações emergentes do matrimónio, ou por ele ocasionadas, ou do divórcio, então, à parte o privilégio real, o juiz eclesiástico é incompetente, seja qual for o modo, principal ou incidente, como dizem, por que julgue e conheça da causa. Na verdade, actualmente não deve seguir-se, nem é digna de que nos cansemos a confutá-la, essa distinção escolástica sobre o modo principal ou incidente, inculcada por alguns escritores e em tempos uma ou duas vezes adoptada pelo Desembargo da Coroa por infelicidade das circunstâncias. Cumpre-nos aqui observar que os matrimónios de filhos-família, contraídos sem o consentimento dos pais, ainda que sejam proibidos e realmente o são sob penas severas, Leis de 19 de Junho e 29 de Novembro de 1775, e 6 de Outubro de 1784, não se declaram nestas leis nulos e irritos. Eu não pretendo saber agora do direito de infringir essas penas, assunto versado há muito pouco tempo, entre outros escritores, por Bento Oberhauser da Ordem de S. Bento na *Apologet hist crit divisar potest*, mas do facto, e, assim, não vindo estatuída, nas leis citadas e nas Ordenações Régias, a pena de nulidade, é temerário deduzi-la delas, assim como frívolo

o argumento deduzido da lei *Non dubium* 5 (1) do tit. *De legibus* do Código. Vide Berard, tomo III, Dissertatio IV, in *Jus eccles unvers*

DAS CAUSAS MISTAS, PRINCIPALMENTE AS PIAS

§ XLVI — As causas mistas, assim chamadas ou porque podem ser tratadas em ambos os foros, ou porque nelas tem lugar a prevenção, são numerosas entre nós, cabendo especialmente neste género as causas pias. Pode, pois, o Bispo conhecer delas e obrigar os administradores mesmo leigos a prestar-lhe contas, Ord. liv. 1, tit. 62, § 39, no fim, e §§ 40 e 42, Man. liv. 2, tit. 35, §§ 40, no fim, e 41. São, todavia, únicas e alheias ao Código Manuelino: *primeiro*, a concessão feita na Ord. liv. 1, tit. 62, § 42, segundo a qual os Bispos gozam dessa faculdade em qualquer tempo; *segundo*, a enumeração tão curiosa das causas pias no § 41; *terceiro*, a permissão no mesmo § 41 de os Bispos também procederem contra os administradores com penas externas e pecuniárias. Filipe tudo hauriu do art. 14 da Concórdia de D. Sebastião, e preferentemente, da Carta de Lei deste infelicíssimo Rei de 2 de Março de 1568, §§ 7, 8 e 9, *apud* Leão, p. 2, tit. 2, lei 13.

Há vários géneros de causas pias, mas consideram-se principais as obras que concernem à utilidade pública, como os hospitais, alberganas, as que se deixam para reparação de pontes, caminhos e muros, e para a instituição ou sustento de Universidades, bem como outros de igual teor que vêm mencionados na Ord. liv. 1, tit. 62, § 41. A torrente

(1) Esta lei *Non dubium* 5 diz assim, no meio: «As cosas prohibidas por lei, se forem feitas, não so são inultas, mas tambien se têm como não feitas, anda que o legislador se haya limitado a prohibirlas e não diga especialmente que deve ser inútil o que se fez» (Nota do Tradutor).

dos intérpretes atribui a estas causas pias muitos privilégios, como os privilégios do fisco, milícia, liberdade, alimentos, idade pupilar, e Republica. Vejam-se, querendo, Agostinho Barbosa, *De jure ecclesiastico*, liv. 2, cap. 13, e em muitos outros lugares, Tiraquel, e Amos tazo, que escreveram livros inteiros sobre os privilégios das causas pias. Eu reconheço que estas causas são dignas de favor, isto é, merecem mais ampla e benigna interpretação, mas as regras interpretativas não se compadecem de maneira nenhuma com a acumulação de quaisquer direitos nas causas pias, a não ser que leis especiais lhes concedam. Em boa verdade, à parte privilégios inconsistentes, confirmados pelos intérpretes, vemos alguns estatuídos pelo Direito Público, por exemplo que a disposição e testamento pios valham sem as solemnidades, cap. *Indicante 4*, e cap. *Relatum II*, do tit. *De testamentis*, que são devidos os legados pios de testamento imperfeito, cap. 10 do mesmo título, que o filho-família pode testar e deixar legado para causa pia e por sua alma, cap. 4 do tit. *De sepulturis* do Liv. 6º, que nas causas pias cessam as leis Falcidia e Trebeliânica, Novela 131, cap. 12, que se pague o dobro em caso de mora ou recusa do legado, dita Novela 131, cap. 12, Institutas, tit. *De actionibus*, § 19, que a sua execução seja confiada aos Bispos, leis 28, 46 e 49 do tit. *De episcopis et clericis*, do Código, Novela 131, cap. 11, Autêntica *Licet* do mesmo tit. do Código, cap. *Tua nobis 17* do tit. *De testamentis*. Clementina única do mesmo Título. Omitto outros privilégios; baste dizer que Tiraquel, apesar de seriamente confessar que não os citara todos, enumerou 167 privilégios de causa pia. No entanto, eu, como não vejo estes e outros privilégios semelhantes confirmados pelas nossas leis, não os tenho em conta alguma, além de que hoje muito pouco valor têm entre nós os textos do Direito Canónico e Civil, e absolutamente nenhum as opiniões preconcebidas dos Doutores, às quais nenhuma lei deu a faculdade de constituir privilégios e direitos especiais. Não posso, todavia, recusar aos Bispos o conhecimento e julgamento das causas pias, porque as Ordenações há pouco citadas lhes concedem, e também que eles, se a causa não for preventiva, poderão obrigar os seus administradores a prestar-lhes contas com penas canónicas ou civis e multas pecuniárias, recorrendo, se necessário, à ajuda do poder civil. E assim se devem entender os mencionados direitos

§ XLVII — Podem ainda os Bispos visitar as albergarias, confrarias e capelas fundadas por sua autoridade, a qual, no entanto, deve constar do próprio acto da instituição; se assim não for, o conhecimento dos respectivos feitos pertence apenas ao provedor régio, Ord. liv. 1, tit. 62, § 39, Man. liv. 2, tit. 35, § 40, Regimento de 27 de Setembro de 1514, tit. 18. Porém, esta jurisdição civil, que os Bispos exercem, não tem lugar: *primeiro*, se forem os magistrados régios os primeiros a prover sobre tais coisas; *segundo*, nas capelas profanas e instituídas por leigos; *terceiro*, nas demandas sobre os direitos de confraria, capela ou seus bens de origem, as quais só devem ser prosseguidas no foro secular, Ord. liv. 2, tit. 62, § 39; *quarto*, se as confrarias ou capelas estiverem sob a imediata protecção e cuidado do Rei, como é o caso entre nós das Casas da Misericórdia, Ord. mesmo liv. e tit., § 42, *vide* art. 10 da 1.ª Concórdia de D. Dinis, arts. 34 e 39 da de D. João I, e art. 14 da de D. Sebastião.

Só com licença régia se podem fundar e conservar na República conventos, colégios, Misericórdias, e confrarias, e, mesmo assim, daquela maneira e condições que aprouverem ao soberano, Bohemero, em *Ius Publicum Universale*, liv. II, cap. 4, etc.

DOS CONCUBINARIOS

§ XLVIII — Os Bispos trazem os concubinários ao seu foro, e podem prendê-los, penhorá-los, e puni-los com as penas devidas, Ord. liv. 2, tit. 1, § 13, e tit. 9. No entanto, isto se entende: primeiro, se precederem três admoestações separadas por intervalos convenientes; segundo, se os concubinários forem, primeiro, convencidos e condenados judicialmente, e só depois da proferição da sentença; assim deve ser interpretada a Ord. liv. 2, tit. 1, § 13. Por isso, infringem esta lei: primeiro, os Bispos

que prendem os leigos sem estes serem citados, ouvidos, e, convenientemente advertidos; segundo, os que, logo após a denunciação, determinam a captura dos leigos, ou lhes aplicam alguma multa, ou lhes penhoram os bens, pois é fora de dúvida que a lei régia só lhes concede tal faculdade depois de proferida a sentença, a qual, como é lícito apelar ou agravar dela, não deve entretanto ser executada.

No Código Manuelino falta todo o § 13 da Ord liv 2, tit 1, que foi extraído do art 12 da Concórdia del-Rei D. Sebastião, a qual teve por fundamento o decreto do Concílio Tridentino, sessão 24, *De reformatione*, cap 8. Porém, o concubinato entre solteiros, ainda que proibido pelo direito natural e divino, não é punido por nenhuma lei civil, canónica e régia. Do direito civil ninguém duvida: do direito canónico, vê-se no cân. *Is qui 4*, cân *Christiano 5*, da Distinção 34, sobre os quais são de ver, entre outros, Berard, *Dissertatio I De conjugiorum natura*, Quaest IV, e Bento XIV, *De Synodis aëoeces*, liv IX, cap. 12. Do direito régio vê-se em todo o liv 5 das Ordenações Régias, onde nenhum título existe sobre o concubinato de solteiros, e apenas no tit. 27 do mesmo livro se proíbe ter, em Lisboa, concubinas em casa pública. Sendo assim, não vejo como se possa aplicar a captura, multa, penhora e degredo, já não digo no foro eclesiástico, mas mesmo no foro civil. Sem dúvida que os concubinários pecam gravemente contra Deus, mas o simples concubinato não é delito nem crime contra a República, que as leis possam castigar pelo modo ordinário. No entanto, os príncipes costumam, extraordinariamente, advertir os concubinários com vários remédios e penas. Por isso, implorem os Bispos e os magistrados régios o seu auxilio, quando for necessário, o principal dever dos sagrados Antístites é corrigir estes homens de maus costumes, admoestá-los mais de uma vez, e, se eles não se emendarem, afastá-los do grémio cristão. Hoje, pela nova lei de 26 de Setembro de 1769, o Rei Fidelíssimo proibiu as devassas officiosas contra os concubinários, dados os inúmeros males que daí provinham, e quis que apenas se punissem os que, com desprezo da religião e das leis, tivessem concubinas públicas. O mesmo Rei proibiu se procedesse judicialmente contra os concubinários casados salvo a pedido dos cônjuges, o que já antes estava determinado na Ord. liv 5, tit. 25, § 3.

DOS ALCOVITEIROS, SACRILEGOS, INCESTUOSOS, ETC.

§ XLIX — Do mesmo modo, os Bispos castigam os alcoviteiros, incestuosos, adúlteros, feiticeiros, adivinhos, mágicos, sacrilegos, blasfemos, perjuros, onzeneiros, e simoníacos, Ord. liv. 2, tit. 9, no princípio.

Esta Ord liv. 2, tit 9, que se intitula *Dos casos mixti-fori*, é única, e completamente alheia ao Código Manuelino, e foi tirada por Filipe de uma lei Extravagante de D. Sebastião, *apud* Leão, tit. 2, p. 2, lei 13, § 8, e acomodada à doutrina do Concílio de Trento. Sem dúvida que estes delitos são punidos pelas nossas leis: o lenocínio, pela Ord liv 5, tit 25, § 9, e tits. 32 e 33, o incesto, pelo tit 17, as feitiçarias, pelos tits. 3 e 4, as blasfêmias contra Deus, pelo tit. 2; e a usura, pelo liv. 4, tit 67. Porém, na sua punição os Bispos conforme seu direito apenas applicam as penas canónicas, e os magistrados régios as penas civis e externas. Não exceptuo o sacrilego, que consiste geralmente em toda a violação de coisa sagrada, e é, pelas nossas leis, um crime misto; mas só ao magistrado régio cabe applicar aos sacrilegos multas, degredo, e outras penas externas, e a própria restituição da coisa, bem como fazê-las cumprir pela força; ao Bispo pertencem outras penas, como, por exemplo, penitência pública, excomunhão e outras penas espirituais, que estiverem em uso e sejam recebidas na Igreja Portuguesa. Era, porém, de desejar que a doutrina das causas mistas, que emanou dos preconceitos dos Decretalistas, e tantos e tamanhos males e perturbações occasionou, fosse um dia banida por lei pública.

AS CAUSAS TESTAMENTARIAS TAMBEM PERTENCEM AO FORO ECLESIASTICO

§ L — As causas testamentárias também pertencem ao foro eclesiástico, podendo, por isso, os Bispos, passado o ano e mês que a lei concede aos testamenteiros e herdeiros para cumprirem a vontade do defunto, se pelo provedor régio não for preventa a jurisdição, compellir os leigos a comparecer na sua presença e em seu juízo darem conta do testamento, Ord. liv. 1, tit. 62,

§ 4, deduzida da Ord. Man. liv. 2, tit. 35, § 4, e Afons. tit. 58, art. 29 da Concórdia de D. Dinis, art. 8 da de D. Pedro I, e art. 17 da del-Rei D. Sebastião.

A causa testamentária é meramente civil, Espen, *Jus Ecclesiasticum*, p. 3, liv. 2, cap. 2, e não pode ser remetida para o juízo eclesiástico sob pretexto algum. Mas, como o testamento muitas vezes contém vários legados pios, e se costuma enumerar a última vontade e sua execução entre as causas pias, já não admira que desde o tempo das Decretais os Bispos tentassem, por meios justos ou injustos, trazer ao seu foro as causas testamentárias, mormente por verem escrito, no cap. *Si heredes* 6, cap. *Joannes* 19 e semelhantes do tit. *De testamentis*, que pertence primordialmente ao cuidado dos Bispos fazer executar os testamentos e legados pios. Mas haverá alguém tão cego, que não veja que a confecção do testamento, e sua execução, validade, publicação, legados, fideicomissos, etc., nada têm de comum com o poder da Igreja? Também não fazemos distinção entre legados pios, e legados profanos ainda que deixados a lugares pios e veneráveis, pois toda a controvérsia sobre as coisas temporais deve ser regida não pelas leis da Igreja, mas pelas do Estado, e tratada no foro civil. No entanto, perante as insistentes facções dos Bispos, ocasionadas pelas Epístolas Decretais dos Sumos Pontífices, acabou-se por estabelecer amigavelmente que fosse concedido aos Bispos o conhecimento de causa testamentária, caso os magistrados régios não tomassem primeiro conhecimento dela, Ord. liv. 1, tit. 62, § 4. Mas, na verdade, estou em crer que tal benefício foi mais um fruto da ignorância dos tempos que da espontânea liberalidade dos Príncipes.

MAS APENAS EM SEU MÊS

§ LI — Olhando, porém, a que este direito de prevenção acerca da execução dos testamentos dava origem a inúmeras demandas e perturbações, pois acontecia muitíssimas vezes o Bispo e o Provedor Régio disputarem e arrebatarem a jurisdição com malas-artes, Filipe IV decretou pela Carta de Lei dada em Lisboa a 3 de Novembro de 1622, Colecção I à Ord. liv. 1,

tit. 62, N. 2, que se desse conta dos testamentos no foro civil, e no foro eclesiástico, em meses alternados.

Nesta mesma lei de Filipe conta-se toda a desagradável história desta inovação. Os escrivães e notários de Lisboa fizeram, primeiramente, entre si esta concórdia amigável, e depois levaram-na ao Rei e a Gregório XV pedindo-lhes a sua confirmação. O Cardeal Ludovico escreveu, em nome de Gregório, sobre este assunto ao Colector de Portugal em Lisboa, conferindo-lhe poderes para confirmar com autoridade apostólica essa Concórdia, se nada obstasse; o Colector, cumpridas todas as solenidades e ritos do estilo, proclamou a finalmente válida em 20 de Abril de 1622. Depois, Filipe IV, em 3 de Novembro do mesmo ano, roborou-a com a autoridade régia, e não hesitou inserir em sua Carta de Lei a carta do Cardial Ludovico e a sentença de confirmação do Colector.

COMO, NO ENTANTO, SE ENTENDE ESTA CONCORDIA

§ LII — Por isso, hoje a causa testamentária pertence aos Bispos no seu mês de alternativa. Contudo, não lhes cabe: I, conhecer das heranças e sucessões ab intestado; II, quando por aquela lei e concórdia o julgamento pertence aos magistrados régios, os Bispos não o podem assumir sob pretexto de negligência, preguiça, ou porque já tenha passado mais de ano e mês, sem que para o efeito se manifeste a vontade do testador; III, também não conhecem dos legados pios senão em seu mês, quer eles sejam deixados por clérigos quer por leigos; o que, IV, também prevalece, mesmo que os clérigos sejam designados herdeiros ou testamenteiros; V, a publicação do testamento, e, VI, a confecção do inventário respeitam em todo o tempo ao juiz secular; VII, também da herança de clérigo, que morre ab intestado, só o juiz secular conhece em seu mês; VIII, quando no testamento se deixam legados pios incertos, a sua aplicação compete aos magistrados régios; IX, e embora o Bispo possa obrigar em seu mês o herdeiro a prestar-lhe contas, sempre o

herdeiro, ou o testamenteiro, deverá ser citado em seu próprio foro pelos credores, para lhes satisfazer os legados e outras coisas mais.

Eu sei que, pelos caps 6, 17 e 19 do tit *De testamentis*, e da Clementina única do mesmo tit, e da doutrina de Inocêncio e Hostiense, toda a causa testamentária, passado um ano, pertence ao Bispo, que este pode absolutamente compeli os testamenteiros, mormente se no testamento forem deixados legados pios, lei 1 do tit *De episcopali audentia*, do Código, leis 28, 46 e 49 do tit *De episcopis et clericis*, do Código, e Novela 131, cap 2, e, finalmente, que acerca dos testamentos dos clérigos e leigos foram introduzidas muitas inovações pelas Constituições Diocesanas de Coimbra, tit. 26, de Braga, tit. 20, de Lisboa e Évora, tit 20, de Viseu, tit 23, e de Miranda, tit. 27 Porém, entre nós nem os textos do Direito Canónico ou Civil, nem as Constituições Diocesanas valem coisa alguma no foro civil e externo Eis por que aos nossos Bispos apenas se deve conceder o que a lei Filipina de 3 de Novembro de 1622 lhes attribuiu. Sei também que a applicação e comutação de obras pias é concedida aos Bispos pela lei Nulli 28, lei *Id quod pauperibus*, do tit. *De episcopis et clericis*, do Código, mas nem por isso receio afirmar que os magistrados régios têm esta mesma licença e dela devem usar para o bem comum da Igreja e da Nação (*Instituições*, Liv. III, Tit. X, § XI, Nota). No entanto, é de advertir aqui que as obras pias incertas, que não forem satisfeitas no tempo determinado, são applicadas ao Hospital Real de Todos os Santos, de Lisboa, fundado por D. João I e magnificamente dotado por D. Manuel seu successor, assim o dispõem as Extravagantes de 15 de Março de 1614 e 22 de Outubro de 1642. Colecção I à Ord. liv 1, tit 16, Nn 1 e 3, às quais se devem juntar os Alvarás de 5 de Setembro de 1786 e 9 de Março de 1787

OS BISPOS, QUANDO JULGAM, DEVEM ABSTER-SE DAS CENSURAS

§ LIII — Abstenham-se sempre os Bispos das censuras eclesiásticas, quando sentenciam e julgam os leigos nestas e semelhantes causas; na verdade, somente há lugar a elas, se actuam como pastores e castigam os refractários e contumazes

segundo as prescrições dos sagrados cânones, pois durante o tempo que fazem as vezes de juizes, e não de prelados, e desempenham accidentalmente essa função, visto que o fazem por privilégio do príncipe, que não podia attribuir-lhes o poder de ligar que não tinha, usam indevidamente deste poder. Efectivamente, a contumácia judicial é punida não com censuras, mas com multas e outras penas estabelecidas nas leis.

São absolutamente rejeitáveis o uso das chamadas *cartas monitórias* e a praxe do foro eclesiástico, em que o Vigano do Bispo, seja qual for a sentença que profira, quer dando despacho interlocutório, quer definindo o negócio principal, quer admoestando, o faz sob pena de excomunhão maior Por isso, recta e sãbiamente decretou o Rei Fidelíssimo no Alvará de 18 de Janeiro de 1765. *Que amadaque as censuras fossem no caso e circumstancias de pertencer a causa ao foro ecclesiastico, como esta competencia só lhe vinha do privilegio do foro, que Nós lhe permitimos, não podião . . . deixar de ser reprovadas e abusivas essas censuras, . . . sendo reservado o castigo dos transgressores dos privilegios, que os Príncipes derão á Igreja, aos mesmos Príncipes, e aos seus Magistrados*

DO DEVER DE OS BISPOS PEDIREM A AJUDA DO BRAÇO SECULAR

§ LIV — Mas, embora os Bispos julguem os leigos nas causas que há pouco lembrámos e ainda em um pequeno número de outras, contudo não os podem prender por seus officiais; para isso, devem implorar o auxilio do braço secular, e, dando vista dos autos ao magistrado régio, pedir-lhe que execute a sentença, captura, penhora, multas, e outras penas civis, Ord. liv. 2, tit. 8, § 1, *ibi*: *Nos casos que se processarem ordinariamente ... mostrando-se os processos, e sentenças, o Corregedor, . . . achando que os ditos processos serão ordenadamente processados, conceda ajuda de braço secular; e no § 2 do mesmo tit. : E nos casos, em que se proceder per via de visitação geral, ou de inquirição particular, feita contra pessoas legais, infamadas pública-*

mente nos delictos, de que podem conhecer, mostrando-se o traslado do summario das testemunhas .. com precatorios dos Prelados, o Corregedor, Ouvidor, Provedor, ou Juiz de fóra concederá a dita ajuda de braço secular.

No entanto, muito obsta a Ord. liv. 2, tit. 1, § 13, onde foi dada aos Bispos a faculdade de encarcerarem os leigos. Porém, antes de responder a esta objecção, entendo de advertir, primeiro, que nada havendo mais digno de um príncipe cristão do que ajudar a Igreja e comunicar a sua autoridade às justas sentenças e pronúncias dos ministros eclesiasticos, já desde os mais remotos tempos os nossos Reis prometeram à Igreja o auxilio do braço secular, quer officiosamente, quer a rogo dos Reverendísimos Bispos, não havendo ninguém que ignore quão fielmente eles em todos os tempos cumpriram a sua palavra. Todavia, porque se trata de um direito real, o auxilio do braço secular ou militar e o poder coercitivo não eram a principio concedidos por quaisquer juizes, mas apenas pelos Reis; porém, depois, instituída a Real Casa da Supplicação, os Reis de Portugal deram-lhe a ela somente esta faculdade de conceder a ajuda do braço secular, Ord. Manuelina liv. 1, tit. 4, § 7, *ibi Item darão ajuda de braço segral em relação, citadas as partes, e visto o processo, e achando que for ordenadamente feito: a qual ajuda de braço segral nom se dará na casa do civil, nem em outra alguma parte, senom em a nossa casa da soprnicação* Por isso, embora já antes e depois de D Manuel até D Sebastião os Bispos conhecessem judicialmente de certas causas, no entanto nunca se ouviu até então dizer que elles exercessem algum poder político sobre os leigos, os prendessem, e executassem suas sentenças por meio de seus meirinhos, pois para tudo isto pediam auxilio ao Rei ou seu Senado O próprio D Sebastião na lei Extravagante de 2 de Março de 1568, *apud* Leão, p. 2, tit. 2, lei 13, denegou aos Bispos a faculdade de prenderem os leigos, e executarem suas sentenças por autoridade própria, e apenas nos §§ 2, 3 e 4 da mesma lei permitiu, em mercê dos Bispos, que qualquer magistrado lhes pudesse conceder ajuda de braço secular. Destes parágrafos foi tirada a Ord liv. 2, tit. 8, §§ 1, 2, 3 e 4, ficando revogada nesta parte a Ord. Manuelina, dito liv. 1, tit. 4, § 7 Porém, depois, o mesmo D. Sebastião na nova lei de 19 de Março de 1569, *apud* Pereira, *De Manu Regia*, cap. 54, n. 7, e, por último, no art. 12 da

Concórdia de 18 de Março de 1578, revogou a mencionada lei de 1568, § 1, e concedeu aos prelados o poder de encarcerarem os leigos em certos casos. Desta lei e deste artigo da nomeada Concórdia de D. Sebastião, tão novos como singulares, é que foi copiada a Ord. liv. 2, tit. 1, § 13 Ora, se essas leis e Ordenações forem interpretadas segundo a mente de D Sebastião, é inquestionável que este Rei acabou por se desviar das antigas leis e concedeu aos Bispos o poder de algumas vezes prenderem os leigos e darem à execução as suas sentenças Porém, como todas as leis Extravagantes foram revogadas no próprio prefácio do Código de Filipe e este fez tudo seu, a Ord liv. 2, tit. 1, § 13, e tit. 9, § últ., deve ser subordinada à Ord. liv. 2, tit. 8, §§ 1 e 2, para que não pareçam em opposição uma à outra, assim como também cumpre dizer que a faculdade de os Bispos prenderem os leigos e darem à execução as sentenças concedida na Ord. liv. 2, tit. 1, § 13, e tit. 9, § últ., deve ser entendida e tomada no sentido de que o podem fazer por meio dos magistrados régios e seus meirinhos, caso os Bispos emploiem o auxilio de braço secular. Deste modo, nenhuma contradição existe entre estas Ordenações Apesar disso, os magistrados régios somente devem conceder esse auxilio, depois de tomarem vista do processo, ter sido proferida sentença, definitiva ou interlocutória, serem citadas as partes, e, ainda assim, contanto que a sentença seja justa e se veja observada a ordem natural e civil do processo, Ord liv. 1, tit. 6, § 19 E este conhecimento toma-o o juiz secular em todas as causas, que o Bispo julgar, não como Pastor e homem bom, mas como juiz e de certo modo como autoridade pública. Bem podem, todavia, os Bispos apelar para o Senado, ou extraordinariamente recorrer ao Rei, da denegação de ajuda do braço secular. Na França não se executam os mandatos do juiz eclesiástico sem o *Parcans* régio, direito que é, na verdade, extremamente semelhante a este nosso, Hencourt, pág. 149.

NEM MESMO POR TEMPO IMEMORIAL ADQUIREM A JURISDIÇÃO RÉGIA

§ LV — Nem por força de prescrição ou costume, ainda que imemoriais, pode o Bispo adquirir a faculdade de encarcerar os

leigos, e executar por autoridade própria seus decretos e pronúncias, pois a jurisdição e soberania em tempo algum pode prescrever, Ord. liv. 2, tit. 45, § 10, *ibi*: *E todo o sobredito neste titulo mandamos, que se cumpra, e guarde, sem embargo de qualquer posse nova, ou antiga, em que os senhores das taes terras siem, ou ao diante stieverem, ou o uso, e costume, de que usassem, por qualquer tempo que dello tenham usado, ou ao diante usarem, aindaque seja immemorial; por quanto havemos por dannado tal costume, e posse, postoque seja immemorial.* No § últ. do mesmo tit. podem ler-se palavras semelhantes

Não inquirimos aqui do direito comum, mas, no nosso direito, é manifesto que a jurisdição e soberania em tempo nenhum se pode adquirir, e assim está expressamente acautelado na Ord. liv. 2, tit. 45, §§ 10 e último. Na realidade, os intérpretes das nossas leis confessam que à face da dita Ordenação os principais cidadãos e fidalgos do nosso Reino por costume nenhum podem adquirir, na nossa República, a jurisdição que não lhes foi concedida, mas que com os Eclesiásticos, isto é, os Bispos, não é assim. Eu, porém, não chego a compreender a razão desta diferença; no entanto, foram levados a esta opinião, quase contra vontade, pela Ord. liv. 2, tit. 9, § 1, a qual se vê conceder aos Bispos a jurisdição de prender os leigos, se estiverem na posse dessa jurisdição por longuíssimo uso, mas, sobre ser esta Ordenação singular, extremamente contrária às antiquíssimas leis e costumes correntes do Reino, e introduzida em funestíssimos tempos, no reinado de D. Sebastião, que a estabeleceu pela Carta de lei de 1568, §§ 6, 9 e 12, deve ser entendida como applicável quando os Reis consentem, *ibi*: *que não fosse contradicta per nossos Officiaes, e fosse consentida pelos Reys nossos antecessores.* E não basta o consentimento tácito contra a lei escrita e expressa, pois já há muito está castigada a opinião dos que julgam que, se o Rei não contradisser, se considera como aprovando tudo o que se faz contra as leis, quando pelo contrário, o mais provável é que o ignore. E deste modo também entendena eu a Ord. liv. 1, tit. 62, § 43 (Tit. I, § IX, deste livro). Finalmente, é um princípio do nosso Direito Público que a jurisdição não se adquire com argumentos e conjecturas, mas apenas por doação expressa

§ LVI — Os nossos Reis protegem extremamente os seus cidadãos contra as violências dos Bispos com as *cartas*, que chamam *tuitivas apelatórias*, com as quais mantêm os apelantes na sua posse e entretanto suspendem a execução da sentença, Ord. liv. 2, tit. 10, no princ., Man. liv. 5, tit. 47, Concórdia de D. João I, art. último. Esta lei foi ocasionada pelas injustiças dos eclesiásticos, os quais sob o pretexto de que a apelação era frívola, ou reprovada pelo Direito Canónico, ou de que a causa continha a cláusula de se *não receber apelação*, mandavam, mesmo havendo apelação, a sentença à execução. Por isso é que os Desembargadores, a requerimento dos apelantes, e certificados da justiça da sentença pela leitura dos próprios autos, que, se necessário for, lhes devem ser integralmente remetidos, concedem em nome del-Rei essas cartas com que entretanto protegem os apelantes na sua posse. Também não distinguimos entre apelação judicial e extrajudicial, ou entre acções reais e pessoais, porquanto, todas as vezes que existe agravo em juízo ou fora dele, e os apelantes são imerecidamente condenados por qualquer acção, há lugar a tais *cartas tuitivas*, segundo a referida Ord. liv. 2, tit. 10, com a qual se devem conjugar a Ord. liv. 1, tit. 3, § 6, o Regimento do Desembargo do Paço, § 116, a Ord. liv. 3, tit. 85, § 1, e a Extravagante de D. João III de 30 de Maio de 1553, *apud* Leão, p. 1, tit. 4, lei 3.

Na realidade, nada obsta a Ord. liv. 2, tit. 10, § 3, e tit. 8, § 6, no fim, que se vê denegar algumas vezes estas *cartas tuitivas*, quer porque, conforme a citada Ord. supõe, ninguém pode ser excomungado por dívidas, que é o caso da Ordenação; quer porque os Bispos, que exercem o foro externo judicial e a jurisdição civil somente por graça do Príncipe, não podem, ao decidirem judicialmente a causa, aplicar censuras eclesiásticas, mas apenas recorrer ao auxilio do Príncipe e pedir a sua intervenção, Alvará de D. José I de 18 de Janeiro de 1765, quer, finalmente, porque a predita Ordenação não nega absolutamente

as *cartas tuhuvas*, mas declara que elas, neste caso, não podem ser passadas no Supremo Desembargo do Paço, sem prévia intervenção do plácito régio, Ord. liv. 2, tit. 8, § 6, no fim: *não lhe serão guardadas sem passe nosso*, Pereira, *De Manu Regia*, cap. 21.

RECURSO AO PRINCIPE

§ LVII — A protecção dos cidadãos visa principalmente o recurso que todos eles podem interpor para o juiz da Coroa. Alcançam completa tutela do Rei: I, se o Bispo usurpa a correição real, exerce o juízo, e acaso obtém o foro judicial e contencioso naquelas causas que o Rei não lhe atribui de modo especial, Ord. liv. 1, tit. 12, § 5, e liv. 2, tit. 1, § 15, e liv. 1, tit. 9, § 12, *ibi*: *Não tomarão conhecimento de agravo, que as partes trarem de juizes ecclesiásticos nos casos, de que o conhecimento lhes pertence*, como se dissesse que os juizes da Coroa interponham inteiramente a sua autoridade, quando o Bispo exerce uma jurisdição, que, à face das nossas leis, não lhe compete em razão da *coisa*, da *causa*, e da *pessoa*; porém, II, naquelas causas e pessoas, que por privilégio real pertencem ao juízo da Igreja, não protegerão totalmente tanto os súbditos leigos como clérigos, mas intervirão com a autoridade do seu officio, ou quando não se observa a *ordem do direito*, ou quando se comete oppressão e violência, ou então quando, por assim dizer, se posterga o *próprio direito natural*, Ord. liv. 1, tit. 9, § 12, art. 1 da primeira Concórdia de D. Dinis, e arts. 1 e 4 da quarta Concórdia do mesmo Rei, arts. 11 e 24 da Concórdia de D. Pedro I, art. 83 da de D. João I, arts. 15 e 16 da de D. Sebastião.

Impressiona a latitude com que a protecção régia por via de recurso ao Príncipe ou ao Tribunal da Coroa, que os nossos Reis solenemente prometem a seus súbditos no Código público de suas leis, liv. 1, tit. 9, § 12, é ímpia e sacrilegamente interpretada por alguns ecclesiásticos e certos escritores preconceituosos, entre os quais sobressai o jesuita Suarez, *Adversus Anglae sectarum errores*, liv. 4.

cap. 34 Para lhe responder sufficientemente, o nosso Pereira escreveu, no *De Manu Regia*, doze capítulos contendo muitos e notáveis esclarecimentos; todavia, peca em ter derivado esta suprema tutela real, de costume imemorial, privilégios, concordatas, decretos do proprio Direito Canónico e opiniões dos Doutores, e nunca da fonte genuína, isto é, da índole do poder civil, e natureza e fim da sociedade civil. É muito melhor o que ensinaram os doutíssimos Covarrúbias, *Pralcae Quaestiones*, cap. 35. Eспен, no tratado *De recursu ad Principem*. Barthélo, *Adnotationes in Jus Canoncum*, liv. 3, tomo 5, Febronio, *De Statu Ecclesiae*, caps. 9 e 10, Carlos Fevret, na obra *De abusu*, liv. 1, cap. 3, e liv. 4, cap. 2, e Salgado no livro de oiro *De regia protectione*. Seria longo e difficilmente acabaria, se fosse a referir apenas algumas das contendidas surgidas por causa deste recurso. Omitindo, por isso, esta história (e para quê reavivar feridas antigas!), cumpre-nos observar os seguintes princípios capitais. *Primeiro*, compete recurso a todos os súbditos tanto leigos, como ecclesiásticos. *Segundo*, interpõe-se de qualquer juiz ecclesiástico, seja qual for a sua categoria, e de qualquer Colégio e Cúria Ecclesiástica. *Terceiro*, e de todo o decreto e sentença, tanto interlocutória como definitiva, e também das próprias Constituições Diocesanas, Provinciais, Visitações, cartas pastorais, etc., que de qualquer modo ofendam a autoridade real, os cânones da Igreja entre nós recebidos, e as leis pátrias. *Quarto*, interpõe-se dos excessos dos Prelados regulares, excepto em causa de correção e emenda fraternal (*Instituições de Direito Criminal Português*, Tit. IV, § X), Decretos de 9 de Outubro de 1651, e 9 de Maio de 1654, Coleção II à Ord. liv. 1, tit. 9, Nn. 12 e 13. A apelação de *abuso*, nesta causa, também não é permitida pelo Edicto de Francisco I, Rei de França, de 1539, art. 13, e de Luís XIV, de 1695, art. 36, Salgado, *De suppl. P. II*, cap. II, n. 104 e seg. *Quinto*, não há tempo designado para interpor este recurso, diferindo, sobretudo nisto, do remédio de apelação ou agravo, a razão é porque aquele recurso respeita mais ao direito público que ao direito particular. *Sexto*, no direito não se definem, nem se podem definir, nem em boa verdade convirte, todos os casos em que cabe esse recurso, por este motivo, o Clero francês nunca pôde obter, na apelação de *abuso*, a declaração desses casos, que mais de uma vez e com grande contensão de espírito requereu no ano de 1606. *Sétimo*, neste recurso não é ouvido o recorrido, e não se pode protrair a decisão do recurso para além de tempo razoável; é apenas ouvido o juiz a *quo*, o qual

por assim dizer defende a parte do recorrido, Carta Régia de 30 de Julho de 1694, Coleção II, N. 8, à Ord. liv. 1, tit. 9 *Oitavo*, que os juizes régios apenas conheçam do facto, no recurso interposto de censuras eclesiásticas, as quais devem declarar válidas ou nulas, consoante elas forem conformes ou contrárias aos cânones eclesiásticos recebidos no Reino, Ord. liv. 2, tit. 14, Alvarás de 10 de Março de 1764 e 18 de Fevereiro (1) de 1765 *Nono*, o recurso, uma vez pedido, tem força de apelação, por isso, logo que interposto, os juizes eclesiásticos não podem continuar o processo e dar à execução as suas sentenças (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XXIII, § XXIX), ou porque devem remeter os próprios autos, ou pelo respeito devido aos mandatos del-Rei. *Décimo*, os juizes régios não podem ser recusados por suspeição, Decretos de 4 de Outubro de 1686 e 30 de Maio de 1708, Coleção II, à Ord. liv. 1, tit. 9, N. 6 e 7 E, finalmente, que os mesmos possam condenar nas custas do processo ou pessoais o recorrente e os juizes eclesiásticos convencidos de dolo, e até, em manifesto abuso da jurisdição régia, julgar a causa temporal, ou dá-la a julgamento e decisão dos juizes ordinários do lugar, pois facilmente a coisa reverte à sua primitiva natureza. Assim o parece requerer, se bem que não haja exemplo algum, a suprema autoridade e jurisdição do Tribunal da Coroa, ou a causa principal da sua instituição, ou a singular insolência e maldade do negócio em questão. Assim também se acha expressamente estabelecido no art. 36 do Edicto de 1695 de Luís XIV, Rei de França.

PRAXE DO RECURSO

§ LVIII — Interposto recurso contra os Arcebispos, Bispos, Núncios e Colectores Apostólicos, remete-se o processo ou uma cópia dele ao juiz da Coroa, o qual, informado por este meio da justiça do recorrente, envia ao Bispo ou seu Vigário umas cartas como de recomendação, chamadas *cartas rogatórias*, nas quais pede em nome del-Rei que desista da violência cometida. O Bispo tem a liberdade de não responder duas vezes a essas cartas passadas em nome del-Rei; contudo, ao recorrente é dada certidão dos autos, e, remetida esta ao Supremo Tribunal do Paço,

e citado o Bispo ou seu Vigário, para que vá assistir ao Assento, é novamente examinada a questão. Se, finalmente, nesta como que última instância se confirmam a pronúncia do juiz da Coroa e as cartas rogatórias, o Desembargo do Paço decreta a sua execução efectiva, cometendo o cumprimento ao corregedor da comarca, Ord. liv. 1, tit. 12, § 6, Man. do mesmo liv., tit. 11, § últ. É desta Ordenação, bem como da Carta Régia de 21 de Junho de 1617 de Filipe III, *apud* Nova Ordenação ed. de 1747, Coleção II, à Ord. liv. 1, tit. 9, N. 3, *apud* Osório, *De patronatu regio*, Resolutio 75, n. 14, *Dedução Cronológica*, P. I, Divis. VIII, § 328 e seg., que deriva aquela praxe.

Cumpra atentar aqui nas palavras *rogo* e *encomendo*, que devem a sua origem à pretensa isenção dos eclesiásticos do poder civil, isenção hoje difficilmente tolerável; e, depois, notar que o juiz eclesiástico pode não obedecer duas vezes às cartas passadas em nome del-Rei, sem que incorra em crime ou pena. Actesce a dificuldade quase infinita do processo, pois, como o recorrente da injustiça do juiz eclesiástico é obrigado a passar tantos e tamanhos trabalhos e suportar elevadas despesas, ser-lhe-á melhor, antes de a causa do recurso chegar ao fim, resignar-se à doença que aplicar tão demorada, cara e inefficaz medicina. Era, pois, muito para desejar que vigorasse no Reino o Alvará de 18 de Fevereiro de 1765, dado para o Brasil e outros domínios dos Descobrimientos.

ALGUMAS LEIS PROTECTORAS DA JURISDIÇÃO REAL

§ LIX — As nossas leis defendem ainda doutros modos a jurisdição real que os eclesiásticos muitíssimas vezes invadem. Effectivamente, *primeiro*, proibem que os tabeliães façam escrituras firmadas com juramento, Ord. liv. 4, tit. 73, Man. tit. 3, art. 44 da Concórdia de D. João I; lei 11, liv. 4, tit. 6 da Recopilación. *Segundo*, que em juízo nenhuma fé mereçam os documentos feitos por escrivães e notários dos Bispos sobre negócios civis, Ord. liv. 2, tit. 20, Man. tit. 10; na Espanha, lei 8, tit. 11, liv. 2, Ord., e lei 19, tit. 25, lei 4 da Recopilación. *Terceiro*, que os

(1) Deve ser *Janeiro*, e não *Fevereiro* (Nota do Tradutor)

tabeliães, e os outros, que vêm com o título de porteiros ou meirinhos, não sejam clérigos de ordens menores nem usem hábito, coroa e tonsura eclesiásticas, Ord. liv. 1, tit. 80, § 4, Man. liv. 1, tit. 59, § 33, e tit. 60, § 32, pois com estes meios e pretextos os litigantes e oficiais se refugiavam o mais possível no foro dos Bispos. *Quarto*, mandam punir os leigos que litigam no foro eclesiástico, e mandam que não possam por seu consentimento prorrogar a jurisdição (*Instituições*, Liv. IV, Tit. VII, § XXX, Nota), e que fique inválida a sentença proferida pelos Bispos, mesmo que os litigantes a aceitem, Ord. liv. 2, tit. 1, § 14, na Espanha leis 10 e 13, tit. 1, liv. 4 da Recopilación. E, finalmente, quando surgir questão sobre a jurisdição, que não seja o Bispo, mas o juiz da Coroa a dirimi-la, Ord. liv. 2, tit. 1, § 15, e liv. 1, tit. 12, § 5, vers. *E se vir*.

O juiz eclesiástico é inteiramente incompetente em relação aos leigos, mesmo que estes o queiram e consintam, Ord. liv. 2, tit. 1, § 14, porquanto só o consentimento dos Reis, e não o dos privados, atribui jurisdição pública. Mas, na inversa, o juiz leigo não é incompetente em relação ao clérigo, e isto por sua natureza, aliás nunca tomara conhecimento [de causa sua]; mas é incompetente apenas em razão e por força de privilégio, ao qual, como introduzido que foi em seu favor, o clérigo pode renunciar, e ser citado no foro secular, e assim expressamente o afirmam o Imperador Justiniano na lei 51 do tit. *De episcopis et clericis* do Código, e D Afonso V no liv. 3, tit. 11. O Pontífice estabeleceu o contrário nos caps. 12 e 18 do tit. *De foro competentis*, mas com que razão ou direito é coisa que eu com Riegger, *Junsprudencia Eccles.*, p 2, § 252, na Nota, confesso que ainda não consegui perceber. Finalmente, *todo o escopo deste privilégio clerical* (são palavras de Espen, *Jus Eccles.*, p. 3, tit. 1, cap. 4, n. 18), *que hoje se chama privilégio do foro, foi para que acabassem o mais rapidamente possível as demandas dos clérigos sem ruído forense*. Thomassin, *De veteri et nova disciplina*, p. 2, liv. 3, cap. 102, n. 14 e seg., emprega termos semelhantes Mas em que parte do mundo existem destes tribunais eclesiásticos que decidam as questões rapidamente? Não reza o provérbio que *as demandas eclesiásticas são mortais?*

(*Continua*)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

LIVRO I

DO DIREITO PÚBLICO

TÍTULO VI

DOS ASILOS

QUEM CONCEDE ASILO

§ I — Só ao Príncipe pertence conceder asilo, isto é, designar os lugares invioláveis e prometer por lei pública segurança aos que neles se refugiam; mas não se deve alongar tanto a inviolabilidade do lugar, que se estenda à impunidade dos crimes, pois o Príncipe não pode estabelecer asilos em que se concede impunidade aos delitos, guardada à maldade, e refúgio aos crimes

Os direitos de asilo e de *agrariar* são direitos majestáticos, e derivam da mesma fonte. Por isso, nem a controvérsia sobre os asilos respeita aos juizes eclesiásticos, salvo caso de privilégio, Espen, *Dissertatio De asylis templorum*, cap VI, nem os violadores desta immunidade devem ser submetidos a outras penas que não sejam as estabelecidas ou aprovadas pelos Príncipes, Eybel, *Introductio in jus Eccles.* liv II, cap V, § 129

ASILOS DOS HEBREUS

§ II — Os direitos dos asilos são antiquíssimos e recebidos em todas as nações. Aos hebreus delinquentes (*por acaso* e não *por dolo*) designou Deus os seus altares como refúgio seguríssimo, Êxodo, XXI, 13 e 14 (1), e deu-lhes segurança, ou porque o réu estaria inocente, ou porque o perseguidor não tinha o direito de punir o perseguido, Números, XXXV, 6, 19 e 21, Deuteronomio, IV e XIX, Josué, XX, Êxodo, XXI Por conseguinte, andou bem Salomão em mandar arrancar Joab do altar, 3º dos Reis, II, e Jojada a Atalia, 4º dos Reis, XI, Selden, *De jure naturali*, liv IV, caps I e II, Grócio, *De jure belli*, liv II, cap XXI, § V

ASILOS DOS GENTIOS

§ III — Entre os gentios concedia-se asilo não só junto dos altares, como também, por feíssima adulação, junto das estátuas dos príncipes, lei 17, § 12, do tit *De Aedulito edicto*, do Digesto, § 2 do tit. *De his, qui sui, vel alieni juris sunt*, das Institutas, e podiam recorrer a ele três espécies de homens: os escravos, os devedores, e os suspeitos de crimes capitais, Tácito, *Anas*, liv III, cap 60 Também se conhece o asilo de Rómulo, inventado para aumentar os cidadãos da República nascente, Dion, I, 47, Lívio, liv I, cap 8, Dimis de Halicarnasso, 2, 15

ASILOS DOS CRISTÃOS

§ IV — Estes asilos dos gentios passaram para os templos cristãos no século IV, em que eles se começaram a construir com

(1) Estes versículos do Êxodo dizem assim « 13 Aquele, porém, que não arrastar a cidade, mas Deus lho entregou em suas mãos, eu te designarei um lugar no qual se deve refugiar 14 Se alguém matar o seu próximo de caso pensado e à traição, tu o arrancarás do meu altar para que morra » (Adição do Tradutor)

rito solene e público. Por isso, nesse tempo os culposos refugiavam-se nas igrejas, quer para que a santidade do lugar os protegesse, quer para que os Bispos intercedessem por eles. No entanto, tão sensível e progressivamente foi crescendo este direito de asilo eclesiástico e imunidade das igrejas, que os réus dos mais graves e horríveis crimes acorriam à Igreja como a uma âncora sagrada e nela se escondiam seguros durante muitíssimo tempo.

Gotofredo, nos coment à lei 1 do tit *De his, qui ad Ecclesiam confugunt*, do Código de Teodosio, recorrendo aos escriptores sagrados e profanos, ajunta muitos exemplos de pessoas que naquele século se refugiavam nas igrejas. Pelos fins desse século tinham crescido tanto estes direitos de asilos, que todo o género de homens, livres, escravos, devedores, homicidas, traidores, e indivíduos convictos de outros crimes muito graves, se protegiam com a inviolável santidade dos lugares sagrados. E os Bispos e clérigos não se continham nos meros limites da intercessão, mas extravasavam para a opressão e violência aberta, crendo que era de seu dever e função arrancar os réus do local do suplício ou das próprias mãos dos officiaes da justiça. Sobre este assunto, isto é, sobre o dever de os clérigos ou monges não arrancarem os condenados das mãos das justicas, temos a notável Constituição de Teodosio Magno do ano 392 na lei 15 do tit *De poenis* do Código de Teodosio, e a de Arcádio do ano 398, na lei 16 do mesmo tit e Código, a qual deve ser conjugada com a lei 3 do tit *De his, qui ad Ecclesiam confugunt* do Código de Teodosio, e com a lei 6, do tit *De episcopali audentia*, do Código Justmaneu

LIMITE IMPOSTO AOS ASILOS

§ V — Eis por que bem andaram os imperadores cristãos em pôr limites aos asilos. Com efeito, a religião verdadeira, isto é, a cristã, concede se interceda pelos réus, mas proíbe se defendam, livres e ocultem com base numa espécie de direito e por meio da violência. E, assim, Teodosio Magno no ano 392 denevou asilo aos devedores públicos, e quis que pagassem por eles

os Bispos e clérigos que os detivessem ou ocultassem, lei 1 do tit *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt* do Código de Teodósio. Disposição semelhante decretou Arcádio a respeito dos devedores privados, na sua Constituição para o Prefeito do Pretório, Eutíquiano, datada do ano 398, que vem parcialmente transcrita na lei 3 do tit. *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt*, do Código. Existe ainda uma Constituição do mesmo Arcádio na lei 3 do mesmo tit. do Código, que denega asilo aos Judeus devedores ou réus de crimes, e na lei do mesmo tit. do Código Justinianeu, onde teve origem a Ord. liv. 2, tit. 5, § 1.

Pelo vigor destas Constituições foi S. Agostinho outrora compelido a pagar as dívidas de Fástio que se acolhera à sua igreja, como ele próprio conta na Epístola 215, e Barónio lembra [nos Anais], ao 392 Mas, depois, Leão revogou essas Constituições no ano 466, na lei 6 do tit *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt*, do Código Justinianeu

ARCÁDIO EXTINGUIU OS ASILOS

§ VI — Mas assim como já outrora Tibério reprimiu os asilos dos gentios, *apud* Tácito, Anais, liv. III, cap. 60, que interessa ver totalmente, assim também Arcádio, por conselho de Eutrópio, extinguiu os dos Cristãos no ano 398 pela Constituição, que os autores eclesiásticos Crisóstomo, *Homilia in Eutropium*, Sócrates, liv. 6, cap. 5, Sozomeno, liv. VIII, cap. 7, e Barónio ad A. D. 398, n. 88, referem, e cujas partes formam quatro leis no Código de Teodósio, convém a saber, a lei 16 do tit. *De poenis*, a lei 57 do tit. *De appellationibus*, a lei 33 do tit *De episcopali*, e a lei 3 do tit. *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt*, as quais se devem combinar umas com as outras. Antigamente também Luitprando, rei dos Lombardos, extinguiu os asilos, os quais também quase nenhum uso têm em França especialmente depois do Edicto de Francisco I do ano de 1539, art. 166, Espen, Dissert *De asylis templorum*, cap. 7, § 5, Covarrúbias, *Variae*

resolutiones, liv. II, cap. 20, Thomassin, *Disciplina Eccles*, P. II, liv. III, cap. C. Azevedo, na glosa à lei 3, tit. 2, liv. 1 da Recopilación, zomba sem razão daquelas leis.

HONÓRIO E TEODÓSIO RESTABELECERAM-NOS

§ VII — No ano seguinte de 399, os Padres do Concílio Africano enviaram uma legação a Honório *para conseguirem dos gloriosíssimos Príncipes, em favor dos que se refugiassem na Igreja acusados de qualquer crime, uma lei pela qual ninguém os ousasse tirar dela.* Vide Harduin, tomo I *Conciliorum*, pág. 894, e Justel, tomo I, pág. 154. Por isso, no séc. XV, nos princípios do ano 431, Teodósio restituiu os asilos com uma nova lei, que vem em parte na lei 4 do tit *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt* do Código de Teodósio, na lei 3 de igual tit. do Código Justinianeu, e integralmente em Gotofredo, no mesmo título. Com igual sentido anunciaram Honório e Teodósio em 414, na lei 2 do tit. *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt* do Código, *que decretavam com preceito fiel e devoto que a ninguém era lícito, sob pena de lesa-majestade, tirar das sacrosantas igrejas quem nelas se refugiasse.*

MAS PARA OS QUE DELINQUISSEM POR INFELICIDADE, E NÃO POR DOLO

§ VIII — No entanto, foram concedidos asilos, não aos delinquentes *por dolo*, mas *por culpa*, infelizes e inocentes, que se acolhessem às igrejas impelidos pelo temor. Com efeito (são palavras do Imperador na dita lei 4 do tit. *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt*, do Código de Teodósio) *abram-se, aos que temem, as portas dos templos do Sumo Deus E*, finalmente, Justiniano estabeleceu na Novela 17, cap. 7: *Não guardardis a segurança dos limites aos delinquentes homicidas, adúlteros, e*

raptos de virgens; mas arrancá-los-ás dai e aplicar-lhes-ás o supplicio A lei não concede a segurança dos templos aos criminosos, mas aos ofendidos; e não será possível proleger com a segurança dos locais sagrados o ofensor e o ofendido. Por isso é que o direito civil acabou por denegar asilo aos que delinquissem por *dolo mau e de propósito*.

NO DIREITO CANÓNICO É DIFERENTE

§ IX — No entanto, o Direito Canónico levou, talvez mais longe do que devia, os direitos dos asilos, o que é reconhecido, entre outros Padres, pelo próprio Gregório Magno, liv. 7, cap. 24. Com efeito, em primeiro lugar, no cânone 8 da Causa 17, questão 4, ocorre uma sentença de excomunhão de S. Agostinho contra os que violarem os asilos, assim como também outra de Gelásio no cânone 10. No Concílio Triburiense, referido no cânone 20, *ibidem*, decretou-se que o violador pague novecentos soldos ao Bispo e seja punido no justo juízo deste com *penitência pública*. No XII Concílio de Toledo, cânone 10, *apud* Graciano, cân. 35, *ibidem*, o direito de asilo estendeu-se a trinta passos em toda a volta de fora da Igreja. No I Concílio Aureliense, referido no cânone 36, proibiu-se que quem se refugiasse na Igreja fosse obrigado a sair, *se não estivesse seguro contra todo o género de penas, por forma que o criminoso acorde na satisfação a dar àquele a quem ofendeu*. Depois, Inocência III, no cap. 6 do tit. *De immunitate Ecclesiarum*, decretou, com carácter geral, que, *por mais graves que sejam os malefícios de uma pessoa, esta não deverá ser tirada à força de uma igreja, nem por isso ser condenada à morte, ou outra pena: mas devem os reitores das igrejas garantir a integridade dos membros e vida dessa pessoa*. Apenas exceptua os ladrões públicos, e os roubadores nocturnos dos campos. Posteriormente, Gregório XIV acrescentou a estes perversísimos homens I os salteadores dos

caminhos; II os homicidas nas próprias igrejas ou cemitérios, III os homicidas à traição; IV os réus de assassinio; V os hereges, e VI os réus de crime de lesa-majestade. Isto na Bula especial dada em 28 de Maio de 1591, pela qual, se ainda hoje vigrasse, a repressão dos crimes e o poder de vida e de morte não estariam no arbítrio dos Príncipes ou das leis, mas dos sacerdotes

O QUE SUCEDIA ANTIGAMENTE ENTRE OS FRANCESES

§ X — As leis posteriores dos príncipes cristãos não aprovaram na totalidade os decretos do Direito Canónico, mas sim mais os do Direito Civil, isto é, concederam asilos apenas aos que delinquem por *acaso ou culpa*, e de modo nenhum aos que delinquem *por dolo e insídias*. Efectivamente, na França, Carlos Magno, que em várias leis confirmara a imunidade das igrejas, decretou no ano 779 que os homicidas e outros réus, que pelas leis devem sofrer a pena de morte, não sejam desculpados, caso se refugiem nas igrejas, *nem aí mesmo se lhes dê alimento*. Há uma lei mais extensa deste mesmo Imperador promulgada no ano 803, *apud* Baluze, tomo I, *Capitul.*, págs. 387 e 759, contra os gatunos homicidas e outros que se refugiem nas igrejas, na qual se obriga o Bispo ou Reitor pela primeira, segunda e terceira vez a entregar os mais criminosos; pela primeira vez, o contumaz era obrigado a pagar 15 soldos, pela segunda 30, e pela terceira o dano que o réu houver feito, e, finalmente, o Conde que aí viesse tinha licença de inquirir o homem sob *imunidade, onde quer que o pudesse achar*.

ENTRE OS VISIGODOS E HISPANOS

§ XI — Pelas leis dos Visigodos, com as quais outrora vivemos, costumavam os homicidas e outros criminosos, que se refu-

grassem nas igrejas, ser entregues com a condição de nunca serem mortos; mas o direito público concedia a amplíssima faculdade de ficarem perpétuamente em poder dos pais e parentes do assassinado, que podiam fazer deles o que quisessem, salvo pô-los em perigo de vida, liv. VI, tit. 5, § 16, e liv. IX, tit. 3, §§ 1, 2, 3 e 4. Depois, entre os Hispanos a imunidade das igrejas foi definida para certos casos, óptimamente colhidos do Código Teodosiano e do Direito Civil por Afonso X, nas leis 4 e 5 da Primeira Partida, tit. 11, às quais se devem juntar a lei 8, tit. 6, liv. 1, do Fuero Real, e a lei 3, tit. 2, liv. 1, da Recopilación.

E ENTRE OS PORTUGUESES

§ XII — As leis portuguesas promulgadas sobre a imunidade das igrejas foram inseridas no Código Afonsino, liv. 2, no tit. 8 especial, Man. tit. 4, e Filpino tit. 5 do mesmo livro. Em todos os Códigos, no princípio do título, vem esta regra geral: que todas as igrejas, mesmo as não consagradas, gozam do direito de imunidade, o que parece ter sido haurido no cap. 9 do tit. *De immunitate Ecclesiarum*, onde Gregório IX concedeu a imunidade às igrejas, mesmo às não consagradas.

A QUE LUGARES SE CONCEDE A IMUNIDADE

§ XIII — O mesmo princípio que concedeu o direito de asilo às igrejas, concedeu-o aos seus adros, na Ordenação liv. 2, tit. 5, § 11, que é uma ordenação especial, pois não existe nos Códigos Manuelino e Afonsino. Pela mesma razão, parece dever ser concedido às capelas públicas, edificadas por autoridade do Bispo, e também às áreas sepulcrais ou lugares religiosos

No Código Filpino, liv. 2, o tit. 5, § 11, foi tirado do art. 1 da chamada Concórdia del-Rei D Sebastião, que realmente attribui aos adros das igrejas a imunidade destas, quando inquire da validade

no 1º caso Sobre esta matéria existe uma extensa Constituição dos Augustos Teodósio e Valentiniano datada do ano 431, *apud* Gotofredo, in l 4 *Cod Theodosii, de his, qui ad Ecclesiam confugunt*, e no fim dos *Exemplares Gregos do Concílio de Efeso*, que concede asilo, segundo o exemplo dos príncipes pagãos, não só ao tempo ou ναο, altar, e sacrário ou βυστιαςτηριον, onde estava o clero, e ao oratório público ou ενακτηριον, onde estava o povo, mas também a qualquer cerca da igreja, isto é, celas, jardins, balneários, terrados, pórticos e outros lugares cercados por árvores ou muros Porém, tal Constituição não tem actualmente entre nós applicação fora da igreja, ou do seu terreiro ou adro Os gentios também tinham os seus sepulcros como coisas santas, religiosas e do direito divino, visto que eram consagrados aos Deuses Manes Daí as inúmeras penas do tit. *De sepulcro violato* do Digesto e dos Códigos de Teodósio e Justiniano, applicadas aos violadores dos sepulcros, aos quais também se devem conceder os direitos de imunidade, não por aquela razão supersticiosa, mas porque os cemitérios públicos são engidos por autoridade sagrada e com certas cerumónias, ritos e bênçãos, e principalmente porque hoje estão dentro da própria igreja, ou no seu adro e local muito próximo da igreja Por isso é que no cap. 5 do tit. *De immunitate Ecclesiarum* são equiparados às igrejas, e, pelo cap. últ e rubrica do mesmo título, gozam do mesmo direito de asilo que a igreja

E A QUE LUGARES NÃO SE CONCEDE A IMUNIDADE

§ XIV — Como, porém, a imunidade não se deve estender para além dos casos expressos nas nossas leis, é lógico se não attribua indevidamente e a cada passo aos oratórios particulares, bem como às albergarias, hospitais, fábricas de igrejas, e outros lugares pios e veneráveis, que, embora chamados religiosos pelo Pontífice, no cap. 4 do tit. *De religiosis domibus*, das Decretais, nem por isso merecem a concessão de imunidade. Também não exceptuo os mosteiros de religiosos, e muito menos as suas cercas, os jardins dos conventos, por mais próximos que destes sejam, e as próprias casas dos Bispos e outros eclesiásticos, pois a estes e semelhantes lugares não compete propriamente imunidade,

Ord. Manuelina, liv 1, tit 54, §§ 10, 11, 12, e liv. 5, tit. 90, § 4, Filip. liv. 1, tit. 73, § 7, e liv. 5, tit. 104, § 3, Extravagante de 12 de Março de 1603, § 7, Coleção I à Ord liv. 1, tit 73, N. I.

O Imperador Teodósio, na muitas vezes lembrada Constituição do ano 431, *apud* Gotofredo in l 4 do tit *De his, qui confugiunt*, do Código de Teodósio, concedeu a imunidade a todos os lugares muito próximos das igrejas, rodeados de sebes, palçadas, árvores ou muros, como pórticos, adros, cemitérios, fábricas, jardins, celas, alberganas, hospitais, casas de bispos e clérigos, que quase sempre estavam perto das igrejas Pouco depois, os Concílios, os Pontífices e os Imperadores definiram, mais de uma vez, os limites dos asilos. E, em primeiro lugar, vê-se claramente atribuído o asilo aos paços episcopais no cânone *Id constituimus* 36 da Causa XVII, Questão IV O Sinodo de Toledo referido no cânone 35 desta mesma Causa e Questão, atribuiu o asilo dentro de *trinta passos* a contar das portas da igreja, o Pontífice Nicolau, *ibidem*, cân 6, concedeu-o para um *circuito de quarenta passos* das igrejas maiores, ou *trinta* das capelas No Apêndice ao Código de Teodósio vem uma Constituição de Honório e Teodósio (admitamos que é verdadeira), na qual se concede segurança cinquenta passos para além das portas das basílicas. Bastante se conhece das leis estrangeiras dos asilos: a maior parte vem em Ritter-shushys, *De asylis*, cap 8, e Bingham, *Origines antiquitatum ecclesiasticarum*, liv 8, cap 11, § 9 Pelo que toca ao direito português, não encontro lei nenhuma que conceda imunidade aos lugares por mais veneráveis que sejam, com excepção das igrejas e seus adros. Com efeito, em todo o tit 5 da Ord liv 2, Man tit 4, onde especialmente se trata da imunidade, nem uma palavra se acha sobre albergarias, mosteiros, e casas de bispos e clérigos Depois, a Ord Manuelina, liv 1, tit 54, §§ 10, 11, 12, decreta claramente que os meirinhos e juizes possam, mesmo contra vontade e resistência dos Prelados, tirar pela força os criminosos que se hajam refugiado junto deles, quando, evidentemente, cometeram daqueles crimes para os quais a casa episcopal não pode prestar-lhes asilo, e que, no caso de outros delitos menores, deverão entregar os culposos, sob pena de perderem *ipso facto* a jurisdição e quaisquer privilégios recebidos d'El-Rei A mesma Ord Man, liv 5, tit 90, § 4, determinou que os juizes busquem e prendam, nas próprias casas dos Bispos e Abades, os réus

de crimes capitais, e, caso aqueles impeçam as citadas diligências, incorrem na mesma pena que as leis estatuem contra os que resistem aos officiaes régios Isto quanto aos crimes capitais Quanto aos outros crimes, se não entregarem os culposos nem consentirem na sua busca e prisão, não só perdem a jurisdição, que porventura tenham, e incorrem noutras penas aí mesmo estabelecidas, como também são considerados pelo direito verdadeiros protectores dos criminosos e sujeitos às respectivas leis especiais, dita Ord liv. 5, tit 90, no principio, §§ 3 e 4, e liv 1, tit. 54, § 9 Disposições quase semelhantes se lêem no Código Filipino, liv 1, tit. 73, §§ 7, 9 e 10, e liv 5, tit 104, no principio, e § 3, deve-se, todavia, notar que o último versículo deste § 3 foi acrescentado por Filipe ao Código Manuelino, liv 5, tit 90, § 3, e igualmente todo o § 8, do tit 73, do liv 1 No entanto, todas estas disposições se devem entender segundo a mente e sentido daquelas que D Manuel e o próprio Filipe II anteriormente haviam constituído nos lugares citados. Quase as mesmas inculcou Filipe III na Extravagante de 12 de Março de 1603, *apud* nova ed da Coleção I à Ord liv 1, tit 73, N 1, § 7 Ora, como os magistrados régios podem buscar e prender os reus de crimes capitais em casa dos Bispos e Abades, e estes são obrigados a entregar os réus de crimes não capitais, para não incorrerem nas penas estabelecidas nas leis, segue-se que a esses lugares não compete propriamente a imunidade de asilo. Por este motivo aqueles, recolhendo ou occultando criminosos, ofendem gravemente a Ord liv 5, tit 105, Man tit 71, Afons tit 100, e as leis 1 e 2 do tit *De his, qui latrones vel alios criminosos reos occultaverint*, do Código de Teodósio, e a lei 1 de igual título do Código Justinianeu

AS CASAS DOS FIDALGOS NÃO GOZAM DO DIREITO DE ASILO

§ XV — De igual modo, também não compete o direito de asilo às casas dos fidalgos do Reino, seja qual for a sua qualidade e preeminência, Ord. no mesmo liv 1, tit 73, § 7, e liv 5, tit. 104, § 3 Não há hoje no Reino ou Províncias lugar algum que preste asilo, Extravagante de 10 de Janeiro de 1692, *apud* Ord. liv 1, tit. 7, Coleção I, N. 2, *ibi*: *E outrosi mando, que não haja mais Couto algum nestes meus Remos, e Senhoros; porque*

todos os seus privilégios, e concessões, e doações, por mais especiaes que sejam, e por mais condições, e clausulas exuberantes que tenham, hei por expressamente derogadas, por qualquer causa, ou título que fossem concedidas, assi a pessoas seculares, como ecclesiasticas; por não ser justo, que se conservem aquelles privilegios, que se fizerão odiosos, e prejudiciaes à Republica, e que difficultando o castigo dos delinquentes, facilitão mais os delictos; para o que tambem hei por derogadas as Ordd. do lv. 5, tit 123, e a do liv 2, tit 48 no principio, e § último.

As casas dos fidalgos do Reino e os palácios dos duques, marqueses, condes, etc., não prestam asilo, podendo, por isso, os juizes rebuscá-las e prender os criminosos que nelas encontrarem, de harmonia com as mencionadas Ordenações. Mas, em boa verdade, estas Ordenações parecem ter sido escritas em vão, pois todos os dias vemos alguns nobres, e, o que mais nos espanta, alguns monges receberem e occultarem dentro dos claustros e em suas vinhas, criminosos, cujos trabalhos e serviços utilizam na sua agricultura, sem que alguém ouse prendê-los. Antigamente havia alguns lugares extremos do Reino asilos públicos, estabelecidos por razões políticas para certos delinquentes desde tempos remotíssimos (*Intuições de Direito Criminal Português*, Tit XVI, § IV). Desses lugares fala a Ord liv 5, tit 123, Man tit 52, Afons tit 61 Também já desde o início do Reino tinham sido concedidos aos nobres e aos Prelados as honras e os asilos civis, que El-Rei D. Dinis acabou por limitar, não uma, mas três vezes, Ord liv 2, tit. 48, Man tit 40, Afons. tit 65, e liv. 3, tit 50 (*História do Direito Civil Português*, § LIV). Porém, estas Ordenações e todos os asilos foram revogados por D. Pedro II na Extravagante de 10 de Janeiro de 1692, em Espanha existe uma lei semelhante, tit. 16, liv. 8, lei 1, da Recopilación. Mas, especialmente no tempo da guerra, costumam os Reis restabelecê-los, como fez o mesmo D. Pedro II na Extravagante de 20 de Agosto de 1703, Coleção I à Ord liv 5, tit 103, N 1 Não deixarei de notar, de passagem, que é tão contrária ao direito civil a Nota privada do Senador Oliveira à Extravagante de 10 de Janeiro de 1692, apud *Novo Repertório*, palavras *Couto* e *Honrados*, que não merecia ser transcrita e publicada pelo autor deste volume.

§ XVI — Também não prestam asilo aos criminosos as casas dos embaixadores, ainda que estes e toda a sua família sejam imunes; e nisto apenas consiste a imunidade e privilégio dos embaixadores pelo Direito das Gentes, como opinam Grócio, *De jure belli*, liv. II, cap. 18, § 8, e Thomásio, na *Dissertatio especial De jure asyli, legatorum aedibus competente* Por isso andou bem D. João V em decretar a este respeito em 11 de Dezembro de 1748, in Apêndice N. 7 das Leis Extravagantes: *E por quanto tem succedido algumas vezes, que os reos, para se subtrahirem ao braço da Justiça, se refugioão ás casas dos Ministros Estrangeiros, que talvez lhes dão asylo muito contra a intenção e fim do Direito das Gentes, a qual nunca foi de que a immunidad das casas dos ditos Ministros servisse de pretexto para a impunidad dos malfeitores, ou para impedimento do regimen do Paiz, para perturbação do socego e segurança dos Naturaes: hei por bem determinar, que todo o reo, seja por causa civil, ou criminal, que se acoutar nas ditas casas, para isentar-se do poder das justças, incorra por isso em pena de dous annos de degredo para Angola .. e que o pleito, ou processo, por cuja razão se tiver assim refugiado, por esse mesmo facto se entenda provado contra elle, sem que possa ser admittido a justificar-se em instancia alguma.*

O ASILO NÃO SE CONCEDE EM CAUSAS CIVEIS,
NEM NOS DELITOS MENORES

§ XVII — Porque a Igreja abomina principalmente as penas capitais e a efusão de sangue humano, os nossos Reis, seguindo esse sentimento, apenas concederam o asilo aos que cometeram crimes puníveis com a perda da vida ou corte de

membros. Por isso, nas causas cíveis e nos delitos mais leves, a que se aplica pena pecuniária, degredo, galés, açoites, ou servidão perpétua, nenhum lugar se deixa à imunidade eclesiástica, Ord liv 2, tit. 5, no princípio, Man tit 4 E assim não gozam da imunidade do asilo: *primeiro*, o escravo que se refugia nas igrejas, dita Ord, § 6, Man § 4, cap. 4 do tit. *De immunitate ecclesiarum*, lei 5 do tit *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt*, do Código de Teodósio, § 2 do tit *De his, qui sui, vel aliam iuris sunt*, das Institutas

NEM EM CERTOS DELITOS MAIS GRAVES

§ XVIII — Também não gozam dessa imunidade os Judeus, Mouros e outros inimigos do nome cristão, Ord liv. 2, tit 5, § 1, lei 2 do tit. *De his, qui ad Ecclesiam confugiunt* do Código de Teodósio, lei 23 do tit *De Judaeis* do Código Segundo, os que cometem malefício na Igreja ou contra a Igreja, quer *por acaso*, quer *de propósito*, dita Ord. § 2, e cap. últ do tit *De immunitate Ecclesiarum*. Nem as palavras daquele § da Ord. *tendo dantes deliberado, para nella malfazer* implicam excepção. *Terceiro*, o gatuno manifesto, que é apanhado com o furto. *Quarto*, o ladrão público, isto é, aquele que é havido como tal na opinião de toda a gente. *Quinto*, os salteadores dos caminhos *Sexto*, os incendiários, dita Ord § 3 *Sétimo*, os roubadores de bens. *Oitavo*, os que seduzirem mulher alheia, e, finalmente, todos os que cometerem quaisquer delitos graves *com dolo e insidiosamente*, dita Ord. § 4, Man § 3 Por isso, aquele que mata outro insidiosamente, perde todos os privilégios e o direito a asilo, Ord. liv. 5, tit 37, § últ, cap 1 do tit *De homicidio* das Decretais do Liv 6° Também não exceptuo o marido, que mata a esposa, porquanto ou o faz com razão ou sem ella se com razão, como no caso da Ord. liv. 5, tit. 38, a imunidade é-lhe totalmente inútil, se sem razão, é inteiramente considerado

como qualquer outro homicida, não gozando, por isso, neste caso, da imunidade Assim entendo a Ord liv 2, tit 5, § 5

Todo o § 4 da Ord liv 2, tit 5, é extremamente difícil e contraditório em si mesmo No princípio até ao versículo *E isto*, estabelece uma regra sem dúvida consentânea com o direito divino e o civil, como já mais acima advertimos, a saber, que não gozam da imunidade eclesiástica todos aqueles que delinquem com mau dolo, de propósito, insidiosamente, e com maquinações occultas Depois no vers *E isto* dá a intelligência dessa regra dizendo que o delinquente, embora agindo com dolo e de propósito, goza da imunidade, se não tiver ânimo e intenção de ofender outrem Mas quem não vê que tal intelligência subverte toda a regra inicial do parágrafo, uma vez que no vers *E isto* concede aos delinquentes com dolo uma imunidade que lhes negou no princípio? Prossegue a Ordenação, e no vers *Pode-se* exemplifica aquella interpretação com o ladrão e o adúltero, os quais, embora hajam cometido o furto e o adultério de propósito e com dolo, todavia, como o principal propósito não foi fazer offensa a alguém, mas haver o alheio e satisfazer à torpe volúpia carnal, gozam do direito de imunidade Filosofia esta, na realidade, excessivamente subtil, pois difficilmente se compreende como possa o ladrão ou adúltero não ter a intenção de ofender outrem! Na verdade, aquele que furta o alheio ou seduz a mulher do próximo, não pode deixar de ter o ânimo deliberado de ofender ou agravar outrem No entanto, cumpre aqui observar que aquella interpretação e respectivo exemplo foram postos no dito §, porque se crêa estar assim estabelecido no direito comum (nome em que cabe o direito civil romano), como consta principalmente do Código Manuelino, liv 2, tit 4, § 3, *ibi E isto achamos que se deve per duto entender* No mesmo §, vers *E por tanto*, a Ordenação nega ao roubador de bens e ao sedutor da mulher alheia a imunidade que antes concedera ao ladrão e ao simples adúltero, o que tudo, na verdade, parece contraditório entre si Além disso, nem a decisão deste versículo e muito menos aquella expressão *E por tanto* se ligam de modo algum com os antecedentes Finalmente, no vers *Porem* até ao fim do §, concede a imunidade aos que raptarem virgens não por vontade espontânea destas mas quase contranadas, e concede a só pela razão de o Direito Canónico haver estabelecido igual decisão no cap. 6 do tit *De immunitate Ecclesiarum*, e no cânone *De*

raptoribus 3 da Causa XXXVI, Questão I. Nestes termos, difficilmente posso defender toda a decisão da nossa Ordenação no dito § 4, bem como a sua dignidade. Por mim, de muito bom grado seguiria de pés e mãos a resolução e regra do início do §, mas não posso aprovar a sua interpretação literal, não só porque contraria a razão natural e a segurança da República, mas também porque contradita a mesmíssima regra que a Ordenação estabelece no princípio, e, se não se opõe formalmente à sua letra, opõe-se pelo menos à sua mente e sentido, jante onde se deve buscar a verdadeira interpretação. E o mencionado entendimento não pode ter força de lei, visto não se achar no direito e por este motivo não ter sido recebido. Eis a razão por que eu creio que os delinquentes *com dolo e de propósito* não gozam de imunidade. Esta é a principal decisão de todo este §, e como total consequência surge que não só os roubadores de bens e da mulher alheia, ou os sedutores de virgens, mas também quaisquer ladrões e adúlteros, contanto que delinquam propositada e dolosamente, não gozam do direito de asilo. Também o facto de aquilo que se diz no fim do § a respeito dos raptos de virgens se apoiar no Direito Canónico, não pode ser de valor algum, visto a autoridade deste Direito ser actualmente rejeitada no foro.

PRAXE ACERCA DA IMUNIDADE

§ XIX — No entanto, as nossas leis atribuem muito poder aos Vigários dos Bispos, ou aos reitores das igrejas, enquanto prohibem se tire o que nelas se refugie, sem eles serem chamados e ouvidos, Ord. liv. 2, tit. 5, §§ 7 e seguintes, Man. tit. 4, § 5 do mesmo livro, art. 13 da primeira Concórdia del-Rei D Dinis, arts. 4 e 5 da de D João I, e art. 2 da de D. Afonso V, com os quais se deve conjugar a lei 2 que o mesmo D. Afonso promulgou nas Cortes de Leiria. E assim a Ordenação determina que o magistrado régio e o juiz eclesiástico conferenciem um com o outro sobre a imunidade, e que, no caso de não estarem de acordo, se leve o auto ao Corregedor da Corte ou da Comarca, que estiver mais perto, para dirimir a controvérsia, conforme a dita Ord. § 8 nestes termos: *E o que quadahum delles per si só*

determinar, se guardará. É que a imunidade constitui uma causa meramente civil e temporal, sendo, por isso, a sua decisão final concedida apenas ao juiz secular, no mesmo § 8. Acresce que só ao Rei ou magistrado por ele deputado pertence interpretar os seus direitos e privilégios, e julgar todas as controvérsias de qualquer modo atinentes ao direito civil público e jurisdição real, Ord. liv. 2, tit. 1, § 15, e liv. 1, tit. 12, § 5, vers. *E se vir*, e § 7, no qual se faz menção especial dos asilos dos templos.

A Ord Afonsina liv. 2, tit. 5, art. 5, concede ao juiz secular o poder de tirar das igrejas os malfeteiros naqueles casos em que não há lugar a imunidade, e cujo juízo evidentemente só a ele concede. Mas não havia necessidade de chamar e ouvir o Vigário do Bispo ou reitor da igreja, a quem devia limitar-se a prometer a segurança da vida e membros do réu. Os Prelados, que se lamentavam deste direito e moviam frequentes queixas contra a violação da imunidade, eram despedidos pelos Reis com a resposta genérica de que eles Reis queriam sinceramente obedecer aos mandatos da Igreja e manter a sua imunidade como estava guardado no direito, mas, como, sem os Reis sabermos nem quererem, os réus mais perversos eram mandados tirar das igrejas e sofriam as penas commadas nas leis, as queixas e lamentações prosseguiram, mas em vão, até ao tempo d'El-Rei D. Manuel, em cujo reinado alcançaram que o Vigário do Bispo ou, na sua falta, o reitor da igreja fosse ouvido juntamente com o juiz secular, e que, finalmente, o auto fosse levado ao Corregedor da Corte, para que este então dermisse sózinho e sem colega, sem mais apelação, a causa da validade da imunidade. Esta a razão por que são singulares e alheias às antigas leis e costumes do Reino aquelas disposições que se acham escritas sobre o Vigário do Bispo e o reitor da igreja no Código Manuelino liv. 2, tit. 4, §§ 5, 6, 7 e 8, e Filipino tit. 5, §§ 7, 8, 9 e 10. No entanto (cumpre-nos notá-lo aqui), esta Ordenação, assim como outras de D. Manuel, foi mais de uma vez reprovada perante D. João III por certos homens semi-doutos, ou porque constituía juiz o Corregedor da Corte na causa de imunidade, que deveras consideravam meramente eclesiástica ou mista, ou porque concedia, contra os pretensos direitos da Igreja, que o malfeteiro fosse entretanto tirado da Igreja e retido em cadeia pública. Para quê muitas palavras? Conseguiram persuadir o Rei Piedosíssimo de que no Código de seu

pai D Manuel se continham mutíssimas Ordenações contrárias aos sagrados cânones e à liberdade da Igreja, muito dignas, por isso, de serem por ele reformadas e corrigidas com legítima autoridade. E a questão acabou por chegar a tal ponto, que o Rei nomeou letrados que revissem e examinassem o Código Manuelino, tão bom quanto os tempos o permitiam. Mas que mal examinam a verdade os juizes incultos, corruptos e rudes! Um dos principais consultados nesta matéria foi Francisco Coelho, então célebre lente de Prima de Direito Canónico, o qual não hesitou em escrever que as Ordenações Régias, cujo longo catálogo compôs, respeitantes aos eclesiásticos e aos bens, direitos, privilégios, etc., deles e da Igreja, eram, por defeito de jurisdição, totalmente nulas e írritas. Em seguida, a chamada Real Mesa da Consciência, à qual foram enviadas estas postilas universitárias que existem na minha biblioteca, aprovou as mesmas ideias e aconselhou o Rei quase ao consoante do seu teor. Daqui vieram as Ordenações várias emendas, correcções e declarações, que, excessivamente ampliadas no reinado de D Sebastião, se introduziram alíum sub-repticiamente no Código Filipino que usamos. Aquele eximio canonista não fez tanto caso das Concórdias celebradas entre os nossos Reis e os Prelados, como depois Gabriel Pereira nos livros do *De Manu Regia*, e na sua *Monomachia*, intitulada *Das concordias, que os Reys fizeram com os Prelados de Portugal*, porquanto somente aprovou aquelas que os Pontífices fizeram com os Reis não na forma comum, como dizem os Juristas, mas na forma específica, a saber, por plenitude do poder, ou com expressa derrogação do Direito Canónico. Porém, esta pobre jurisprudência e estes pobres homens são hoje extremamente dignos de riso ou compaixão. No entanto, aprouve-me trazer aqui estas notas, porque se pode com elas ilustrar um tanto os direitos dos asilos, e na sua praxe, ou história especial.

TITULO VII DAS LEIS AGRARIAS

A AGRICULTURA NUNCA FOI ABANDONADA EM PORTUGAL

§ I — Os Portugueses sempre se dedicaram com fervor à agricultura, principal nervo da República, pois ainda existem leis do início do Reino, que muito a promovem, e concedem numerosos privilégios aos agricultores. Na verdade, ainda que Portugal no princípio fosse um Reino militar, e, como outrora os Romanos, buscasse a principal glória na guerra, nem por isso desprezou a agricultura e o comércio, que são outros dois objectos de toda a sociedade civil.

Num reino militar a agricultura ocupa sempre, mas injustamente, o mais baixo lugar. E, se bem que entre nós, por causa dela, sejam muito dignos de louvor, além de outros Reis, D Dinis, D Fernando, D João I, D Duarte, D José I, e a nossa Clementíssima Senhora Dona Maria I, contudo, para dizermos a verdade, a agricultura (não sei por que fado) está na mesma situação, e, como se em nada contribuisse para a República, é desprezada por quase todos, não sendo tida, nem pública nem particularmente, na honra e apreço devidos.

ALGUMAS MEDIDAS ESPECIAIS INTRODUZIDAS EM SEU FAVOR

§ II — Na realidade, em mais que uma das nossas leis se inculca o favor da agricultura, Ord. liv. 4, tit. 43, §§ 13 e 14 A

isso se deve não poderem ser penhorados por dívidas os bois, sementes e outras coisas destinadas à lavoura, Ord. liv. 3, tit. 86, § 24, leis 7 e 8, Autêntica *Agricultores* do tit. *Quae res pignori obligari possunt*, do Código; e a Ordenação que manda se não troque trigo, cevada e outros mantimentos absolutamente indispensáveis à vida humana senão por dinheiro contado ou outra coisa que o promotor ou pague logo ou facilmente possa obter dos rendimentos de seus bens, Ord. liv. 4, tit. 68. A mesma intenção de favorecer a agricultura parece ter impellido os nossos Reis a promulgar uma lei proibindo se faça a locação perpétua, enfiteutica, de casas ou chão para elas, senão a dinheiro, Ord. liv. 4, tit. 40, evitando-se, assim, mais facilmente a usura e a lesão imoderada. D. José I também tomou muitas medidas especiais em favor da lavoura e dos lavradores. Com efeito, além do mais concedeu em 12 de Junho de 1750, Apêndice N. 20, que os moradores do Reino do Algarve e Ilhas Adjacentes não pagassem dízimos de trigo, cevada, milho, farinha e carnes; depois em 1 de Abril de 1757, Apêndice N. 96, aboliu todos os direitos de importação de cereais e legumes na Cidade de Lisboa, vindo a estender esse benefício, em 18 de Janeiro de 1773, a todas as terras das províncias e comarcas do Reino de Portugal e Algarves. Também promovem muito a agricultura os Alvarás de 16 de Janeiro de 1773, 4 de Agosto de 1773, e 15 de Julho de 1779 sobre os censos dos Algarves. Libertou ainda, em 13 de Março de 1772, os habitantes da serra de Tavira, de todos os censos e impostos novos e velhos que pagavam por seus campos. E, finalmente, em 24 de Fevereiro de 1764, § 24, proibiu que os filhos e criados dos lavradores necessários à lavoura fossem alistados nas recrutas. Ainda em favor da agricultura estão proibidos pela lei geral de 9 de Julho de 1773, § 12, os atalhos transversais pelos prédios alheios.

O interesse pela lavoura, que anda na boca de quase toda a gente e que as nossas leis recomendam com uma profusão até ao exagero,

de nada vale realmente, se não se suprimirem todos os obstáculos que a vemos embaraçar. Os principais desses embaraços são os tributos imoderados, a ignorância da nobilíssima ciência da agricultura, e a pobreza, oriunda desses dois factores, que necessariamente leva ao seu abandono.

AS CHAMADAS LEIS DAS SESMARIAS

§ III — Nesta matéria, em primeiro lugar, merecem particular lembrança as celeberrimas leis agrárias a que as Ordenações dão o título especial *Das sesmarias*, as quais devem sem dúvida a sua origem principalmente aos Reis D. Dinis e D. Fernando, e vêm no Código Manuelino, liv. 4, tit. 67, Filipino tit. 43, Afonsino tit. 81. Delas já falámos noutra lugar (*História do Direito Civil Português*, § LXI).

O QUE SÃO SESMARIAS E SESMEIROS

§ IV — Chamamos *sesmarias* aos campos entregues por autoridade pública a alguém que deles cuide, e distribuidores, repartidores, ou *sesmeiros* àqueles que são incumbidos de cuidar desses campos. Só ao Rei pertence nomear estes magistrados rústicos (rústicos, pela razão evidente de que cuidam da *res rustica* (agricultura)), tal como só a ele pertence nomear todos os outros magistrados; por isso se não se designar especialmente quem desempenhe esse cargo e officio, exercem-no, nas terras próprias dos Reis, os questores régios, isto é, os *almoxarifes*, e nas outras os próprios juizes ordinários do lugar ou os juizes de fora, Ord. liv. 4, tit. 43, no princípio, e § 5.

O cuidado da lavoura foi contado pelas antigas e novas leis do Reino não somente a estes sesmeiros, mas principalmente aos vereadores, Ord. liv. 1, tit. 66, §§ 25, 26, 27, 28 e 29, Man. tit. 46,

Afons. tit 27 Actualmente existe em Lisboa com a incumbência primordial de a aumentar e desenvolver um importantíssimo Senado instituído em 5 de Junho de 1788

PENA CONTRA OS QUE NÃO CULTIVAM OS CAMPOS

§ V — Todos aqueles, pois, que deixarem desertos e incultos terrenos de seu natural muito bons, ou não cuidarem diligentemente de os melhorar, e, advertidos pelo magistrado, não tomarem dentro de um ano esse cuidado, perdem o domínio e mais direitos, sendo esses campos entregues, sob certo prazo e pena, para serem cultivados por outros Isto dispõe a Ord. liv. 4, tit. 43, §§ 1, 2, 3, 4 e 7, a qual tem sempre lugar nos imóveis, como olivais, vinhas e terras boas para pão, § 8, ainda que pertençam a menores, órfãos, capelas, colégios, hospitaes, ou confrarias, § 6, e a fidalgos e pessoas gradas, § 1, no fim.

DAS MATAS E PASTAGENS

§ VI — Nesta lei tem lugar muito especial os bosques, os matos, em suma, todos os lugares incultos, ásperos e abandonados, contanto que a terra não seja completamente estéril e gasta, e não provenha daí notável dano para os cidadãos em geral, ou moradores do lugar, Ord. liv. 4, tit. 43, §§ 9, 10, 11, 12 e 14. Porém, a mesma Ordenação, § 13, proíbe se imponham novos encargos e tributos a essas terras.

Todas as matas e pastagens pertencem à Câmara mais próxima do lugar e seus moradores, e não à República ou ao senhor temporal do lugar, caso não estejam atribuídas a este, Ord liv 4, tit 43, §§ 12 e 15. Por tal motivo podia a Câmara como seu senhorio arrendá-las ou aforá-las a quem quisesse, salvo se alguma lei especial obstasse, Ord liv 1, tit 66, § 17 Contudo, hoje os campos incultos e pasceiros

pertencentes à Câmara do lugar só podem ser aforados mediante provisão do Desembargo do Paço, Extravagante de 23 de Julho de 1766, § 2

A SUA CULTURA FOI CONFIADA AOS CORREGEDORES E VEREADORES

§ VII — As nossas leis ordenam aos corregedores das comarcas que semeiem pinhal nos lugares desertos e estéreis, e plantem outras árvores melhores nos lugares capazes, Ord liv 1, tit 58, § 46, assim como também aos vereadores, Ord liv 1, tit. 66, § 26, tirada da Extravagante del-Rei D. Sebastião de 3 de Outubro de 1565, *apud* Leão, p 4, tit. 17, lei 22. Doutro modo não lhes despacham no Supremo Desembargo do Paço a folha de seus serviços, Extravagante de 11 de Março de 1716, Colecção II à Ord. liv. 1, tit 60, N 19.

DA NOVA CULTURA DO GRAO-PARÁ E MARANHÃO

§ VIII — Pelo que respeita às Províncias, existe o Regimento dado, em 3 de Maio de 1757, aos habitantes do Grão-Pará e Maranhão, pelo governador Francisco Xavier de Mendonça Furtado, que o Rei Fidelíssimo D. José I confirmou em 17 de Agosto de 1758, e no qual se contém muitas disposições notáveis sobre a agricultura, §§ 17 a 35, no Apêndice das Leis Extravagantes, N. 122, pág. 241, assim como sobre a política e o comércio, que não é necessário referir.

CULTURAS DAS PLANÍCIES OU LEZÍRIAS

§ IX — Pelo que toca às planícies, ou seja, às lezírias, a saber, aquelas que o Tejo fecunda com suas inundações, o seu aproveitamento agrícola é seguramente muito favorecido pela providentíssima lei de D. José I de 20 de Julho de 1765 Além

de outras coisas, determinou-se em seu § 1 que todos os anos se elejam seis dos principais lavradores como deputados, com o encargo de juntamente com o seu provedor régio, cuidarem dos campos e valas.

No entanto, dizem especialíssimo respeito a este assunto os Regimentos de 26 de Agosto de 1568, e 24 de Novembro de 1576, tom. I da Colecção Manescal, págs 261 e seguintes

UMA LEI SOBRE CEREAIS

§ X — Pela lei cerealífera de 26 de Outubro de 1765, §§ 1, 2, 3, 4 e 5, decretou D. José I que em todas as planícies do Reino, por certo mais aptas para a produção de cereais, se arrancassem as vinhas, e que se defendessem as ilhas dos rios Tejo, Mondego e Vouga com estacadas e sobretudo com duas ordens de árvores. Desta maneira confirmou de novo o que sobre este assunto já antes fora estabelecido na Ord. liv. 5, tit. 75, § 1, Man. tit. 100, e Extravagante de 17 de Março de 1691, *apud* Colecção I àquela Ord., N. 1.

Os escritores de matéria rural ensinam que as planícies são mais aptas para cereais que para vinhas, e a sua autoridade bem como principalmente a experiência dos lavradores são mais estimáveis neste particular do que as próprias leis. Efectivamente, a lavoura deseja poucas leis e simples, as quais eu diria quase inúteis, se os agricultores não forem primeiro informados e convencidos da sua verdadeira utilidade. Por este motivo, mais que mil códigos de leis públicas podem ajudar e desenvolver a agricultura a criação de Academias e Sociedades Económicas nos lugares mais importantes do Reino, ou pelo menos em todas as Províncias, e opusculos bem e sãbiamente escritos e acomodados à compreensão do povo, que ensinem distincta e claramente os princípios daquela nobilíssima arte, e demonstrem os nossos usos, abusos, e quicá os defeitos dos lavradores e das leis. Entre outros povos, podem acusar ou despertar-nos de nossa incúnia os vizinhos Castelhanos, cujo extremo zelo e diligência são suficien-

temente evidenciados nos vários e doutíssimos tratados que o célebre Campomanes escreveu sobre esta matéria e que andam nas mãos de toda a gente. Todavia, muitos e excelentes frutos temos a esperar das várias memórias já publicadas pela Academia das Ciências de Lisboa fundada em 1779, entre as quais merece particular apreço a que escreveu em favor do Alentejo o doutíssimo António Henriques da Silveira, lente público de Prima de Cânones da Universidade de Coimbra. Mas baste isto que fica dito, pois é mais que suficiente e fora do nosso propósito. Mas já agora digamos que a mencionada lei de 26 de Outubro de 1765 recebeu algumas declarações com a carta dada em nome da Rainha à Mesa da Fazenda Real em 13 de Janeiro de 1779 e o Decreto Régio de 5 de Agosto do mesmo ano. Ao Terreiro do Trigo de Lisboa, já desde antiquíssimos tempos criado para venda pública dos cereais, também a mesma Rainha Fidelíssima deu um novo Regimento pelo Alvará de 12 de Junho de 1779 que ab-rogou aquele que pouco antes havia sido ordenado por D. José I em 24 de Janeiro de 1777.

DOS GUARDAS DOS CAMPOS OU JURADOS

§ XI — Ora, todas as leis seriam baldadas, se ninguém se encarregasse de as fazer cumprir. Por isso, são os decuriões ou *vereadores* os autênticos procuradores do bem público e interesses do povo que devem vigiar com muito interesse pelo cultivo dos campos e conservação dos seus frutos, Ord. liv. 1, tit. 66, § 25, cabendo-lhes, para tanto, escolher homens da classe plebeia, propriamente chamados *jurados*, a quem cometam a guarda dos produtos da terra, searas e campos, § 6. Ordenam também as nossas leis aos almotacés que avisem os vereadores do que ocorrer nesta matéria, Ord. dito liv. 1, tit. 68, § 8, no fim.

DAS MULTAS AGRÁRIAS

§ XII — Há vários géneros de penas estabelecidas para os que infringem estas leis económicas, municipais ou gerais. Há,

primeiro, o caso de poder alguém ser obrigado a pagar multas agrárias mediante o depoimento de uma única testemunha, Ord. liv. 1, tit. 66, § 27. Depois, segundo, os que com dolo e de propósito causam dano com seus gados aos frutos dos campos, incorrem na pena de degredo, Ord. liv. 5, tit. 87, no princ., Man. tit. 85 (*Instituições de Direito Criminal Português*, Tit. 7, § IX), devendo os juizes inquirir officiosamente todos os anos destas ocorrências, Extravagante de 12 de Setembro de 1750 no Apêndice, N. 27 Além disso, os comendadores, os meirinhos-mores, e os que têm jurisdição temporal, não podem trazer gado nas pastagens comuns do lugar, cujos senhores são, salvo se estas lhes pertencerem por direito especial, e tiverem licença do correedor da comarca, pois pode acontecer que façam dano aos moradores desses lugares e ninguém facilmente lhes applicará multas agrárias, Ord. liv. 5, tit. 87, § 2, tirada da lei de D. João III das Cortes de 1538, *apud* Leão, p. 4, tit. 6, lei 3 Por igual razão, também os escrivães da Almotaceria, da Câmara, ou judiciais, Extravagante do mesmo D. João III, *apud* Leão, *ibidem*, lei 4, e de Filipe III de 12 de Maio de 1615, Coleção I à Ord. liv. 5, tit. 87, N. 3. Por isso, aquele que tira gado do curral, isto é, do recinto construído por autoridade pública para detenção do gado, é punido com certa pena de degredo, embora muito leve, e com pena pecuniária, Ord. no dito liv. 5, tit. 87, § 3, Man. tit. 62, § últ. do mesmo livro (*Instituições de Direito Criminal Portuguezs*, Tit. 4, § XI).

DOS PASSADORES DE GADO

§ XIII — Ora, porque difficilmente pode haver agricultura sem uma grande abundância de gado graúdo e miúdo, os passadores de gado que transportam animais do Reino para outro lugar, são punidos com degredo para o Brasil e perdem todos os bens, Ord. liv. 5, tit. 115, no princ., devendo os juizes tirar officiosamente todos os anos devassa destes casos, dita Ord.,

§§ 25, 26, 27, 28 e 29. E por este motivo, para que mais facilmente se evite tal crime, todo aquele que viver dentro de dez léguas da raia de Castela, deve manifestar nos meses de Abril, Maio, ou Junho, o gado graúdo e miúdo, excepto ovelhas, na Câmara do lugar, Ord. § 4, onde o respectivo escrivão terá um livro especialmente ordenado para esse efeito, na mesma Ord. § 9, e liv. I, tit. 71, § 8. Pela mesma razão é prohibida a venda e transporte de gado para fora do lugar e termo onde é morador, salvo obtendo primeiro carta de vizinhança, da Câmara do lugar, Ord. liv. 5, tit. 115, desde o § 10 ao § 24; são igualmente prohibidos os arrendamentos de gados, Ord. liv. 4, tit. 69, no princípio.

A Ord. livro 5, tit. 115, acrescentou várias disposições às que D. Manuel havia estabelecido no liv. 5, tit. 89, §§ 5 e seg., e foi mais ou menos tirada das leis Extravagantes de D. João III de 14 de Agosto de 1527, e dalguns capítulos das Cortes de 1538, e principalmente da lei de D. Sebastião de 18 de Julho de 1564, *apud* Leão, p. 4, tit. 6, lei 12 As cartas de vizinhança, de que falam a dita Ordenação e outras leis, na verdade retardam muito a utilidade e giro do comércio, mas (não me arreceio de dizer a verdade) maior embaraço causam as Ord. liv. 1, tit. 58, § 35, liv. 5, tit. 76, etc., que prohibem a compra e venda, no mesmo lugar, de cereais e azeite, assim se devem entender segundo a mente e sentido do decreto de 12 de Dezembro de 1774 § 1 Em boa verdade, a compra deve ser livre dentro das fronteiras do Reino, e livres em toda a parte as vendas e os transportes Contudo, não deve ser livre aos donos dos prédios expulsarem, sem prévia audiência e por autoridade própria, os antigos colonos que usam da coisa alugada como bons pais de família e pagam no tempo devido a renda convencionada, Decreto de 21 de Maio de 1764, resolução de 6 de Novembro de 1770, e Alvará de 20 de Junho de 1774. Os que cometem abigeato, isto é, aqueles que subtraem e de certo modo roubam animas das pastagens ou manadas, não são punidos por lei especial, mas sim como os outros ladrões (*Instituições de Direito Criminal Portuguezs*, Tit. VI, § XV), sendo diferente com os passadores de gado, que transportam animais do Reino para fora

§ XIV — Fazer a demarcação de campos é um direito real, e, por isso, entre nós só os Desembargadores do Paço concedem provisão para tal, conforme dispõe o § 41 do respectivo Regimento. Ora, aqueles que arrancam marcos fixados por autoridade pública são punidos ou com açoites e degredo para África, ou apenas com simples degredo, Ord. liv 5, tit 67, Man tit. 95, Afons. tit. 60, quase extraída do Rescrito de Adriano e duma lei agrária de Caio César, *apud* Calístrato, leis 2 e 3 do tit. *De termino moto*, de Digesto (*Instituições*, Liv. IV, Tit. IV, § VIII, e *Instituições de Direito Criminal Português*, Tit V, § V)

LEIS FORAIS E QUAL A SUA INDOLE

§ XV — Ora, na designação de lei agrária cabem de modo muito especial as antiquíssimas leis censuais ou forais, que o invictíssimo Rei D. Manuel, utilizando os serviços de Fernão de Pina, organizou e prescreveu, por fim, para todo o Reino. Porém, não é aqui o lugar de as referir. No entanto, antes de deixar o presente título, entendo dever fazer duas observações sobre este assunto. *Primeira*: que é da índole destas leis não se impor aos campos e seus possuidores mais ónus do que a sua mesma natureza suporta, não podendo, conseqüentemente, tolerar-se na República censos e tributos que absorvam quase todo o rendimento da coisa, o que evidentemente sucede quando, deduzidos esses censos e tributos, difficilmente sobra algo para o cultivo dos campos e sustento dos lavradores. Esta regra foi confirmada na recentíssima lei de D. José I de 16 de Janeiro de 1773, § 5.

Em todos os Estados os censos e tributos têm, por fundamento de equidade, a utilidade pública e os recursos e posses dos cidadãos. Daí resultam duas coisas *primeira*, que ninguém tem o direito de os

impor ou exigir, senão o Rei ou a pessoa a quem ele os concedeu, *segunda*, que não devem ser impostos e exigidos senão na medida das possibilidades dos cidadãos. Com efeito, embora em circunstâncias críticas, novas e insólitas possam ser muito aumentados, todavia os ónus ordinários, que se pagam à Coroa, ou, por doação desta, aos mosteiros, nobres, etc., exigem em absoluto justa proporção e igualdade. Donde se segue que a terra, que era fértil uns cem anos atrás, e podia, por isso, facilmente pagar, por exemplo, por dez alqueires de trigo os dois estabelecidos nas leis forais, e veio por qualquer causa (exceptuo o desleixo do habitador) a tornar-se estéril e íraca, difficilmente pode hoje ser obrigada ao pagamento de um alqueire ou alqueire e meio. Foi sobretudo olhando a esta razão que D. José I no providentíssimo Alvará de 16 de Janeiro de 1773 ou extinguiu por completo no reino dos Algarves os censos imoderados, ou os reduziu à justa proporção conforme a medida e quantidade dos rendimentos, estabelecendo, por isso, nos §§ 3 e 6, que nenhum censo valha mais de cinco por cento. Neste particular, eu não hesitaria em estender essa lei a todas as Províncias do Reino. Pouco depois, em 4 de Agosto de 1773, o mesmo Rei Fidelíssimo declarou aquella lei, e reduziu à terça parte, visto serem muito elevados, todos os censos do Reino dos Algarves.

NUNCA SE PODE EXIGIR O QUE NÃO VEM NAS LEIS FORAIS

§ XVI — A *segunda observação* que entendo muito importante é a de que não se podem exigir outros censos e prestações além dos que claramente se contêm nas leis forais. Daqui resulta: *primeiro*, que, se no foral se faz menção dum censo de trigo, não se deve exigir um censo de cevada ou milho; *segundo*, que em vez do censo de cereal, que no foral exclusivamente se menciona, não é bem se pague um censo de azeite, ainda que se veja o lavrador plantar oliveiras para escapar ao censo; *terceiro* e último, que o censo apenas é devido por lei escrita ou foral, e de modo nenhum por costume ainda que imemorial, Ord., liv. 2, tit. 27, § 3, e tit. 45, §§ 34, 35, 36, 56, e liv. 1, tit. 66, § 14.

Parece dispor o contrário a mesma Ordenação, liv 2, tit 27, §§ 1 e 3, deduzida da lei Extravagante de D. Manuel de 21 de Maio de 1520, *apud* Leão, p. 5, tit 7, lei única, e aprovar os censos que se levam por foral ou por costume imemorial. Mas eu entendo esta lei *primeiro*, como se referindo àquele costume que já era imemorial no tempo d'El-Rei D. Manuel, em que foram feitas as leis forais, conforme bem se infere das seguintes palavras. *Se por o dito tempo immemorial slavão em posse porque os que ate então não levarão* e depois *E isto porem se entendera nos que já stevessem em posse immemorial de as levar*. Porém, aquelle que objecta esta posse, deve prová-la sempre, não com testemunhas, que não podem depor sobre tão longuíssimo tempo, mas com algum instrumento ou escritura muito antiga. *Segundo*, entendo-a como exigindo a condição de as coisas, que são pedidas como devidas por costume imemorial, estarem contidas em outro código foral muito semelhante, segundo a mesma Ordenação, § 5, ou *per posse immemorial conforme a outros foraes*, e § 1, *conforme aos lugares seus semelhantes e comarcões*. *Terceiro*, admito a posse imemorial nos termos desta Ordenação para além ou fora das palavras das leis forais, se o próprio foral, afora os censos que estatuiu e definiu, aprovar expressamente os costumes imemoriaes acerca de outros géneros de prestações. E deste modo se devem entender também as palavras da mesma Ordenação no vers *Assi quomo* até ao vers *E isto*. Finalmente, como ninguém pode impor ou exigir censo novo, e o pedir azeite em vez de cereal é na realidade um novo género de censo, mal duvido que o lavrador, que plantou árvores na sua terra, seja obrigado a pagar tributo delas, em nenhuma lei foral declarado. Eis por que neste caso apenas se deve recorrer ao Príncipe, pois qualquer juiz particular não pode admitir e aprovar esta substituição. Este o meu parecer, embora Cabedo, *Arestos* 25 e 90, reira julgado o contrário mais de uma vez.

TÍTULO VIII DO COMÉRCIO

LOUVOR DO COMERCIO

§ I — Não se pode imaginar nem conceber nenhuma sociedade civil sem o comércio, e, por isso, os nossos Portugueses em tempo nenhum podiam deixar de reconhecer a sua necessidade e utilidade. Certamente que no princípio o seu comércio era muito rude, como aliás o dos outros povos, mas, como é normal, foi crescendo insensível e paulatinamente, e a tal ponto que se viu igualar inteiramente ou quase as restantes nações da Europa. Por isso, com o andar dos tempos e devido à promulgação de numerosas leis mercantis, sapientíssimas e providentíssimas, o comércio chegou a tal nível, que o vemos já há muito, mas mormente no nosso tempo, organizado em um conjunto de regras.

SUA BREVE HISTÓRIA EM PORTUGAL

§ II — Em vão se esperará de mim a história do comércio dos Portugueses ou de todas as leis respeitantes à sua actividade mercantil. A guisa de prefácio, cumpre fixar que em tempos remotíssimos os nossos homens apenas exerceram o comércio por permuta, Plúmo, liv III, caps. 1 e 2, e Estrabão, *Res Geographicae*, liv. III, pois todos os contratos derivaram dela, Paulo, na lei 1 do tit *De rerum permutatione*, do Digesto. Depois, intro-

duzido na Lusitânia o direito dos Romanos juntamente com o seu império, viveram os Lusitanos com as leis mercantis daquele povo que governava o mundo. Júlio César foi o primeiro romano que no ano 694 ab U. C. lhes deu algumas dessas leis, quando apaziguou as disputas entre devedores e credores, e, além do mais, decretou que em cada ano o credor tomasse duas partes dos bens do devedor, ficando o dono a fruir o resto, até a dívida ser satisfeita, Vaseu, *Chronica Hispaniae*, cap. XII. As leis romanas sucederam as góticas que vêm no Código Gótico, liv. V, tits. 2, 3, 4, 5 e 6, e às góticas por fim, as nossas. Com efeito, após a separação de Portugal da restante Península, D. Afonso II nas Cortes de Coimbra de 1211 acrescentou às antigas leis comerciais muitas outras, pleníssimas de humanidade e equidade, com que igualou todos os contratantes sobretudo nas vendas e outros contratos. D. Afonso III criou feiras e mercados públicos em dias certos; seu filho D. Dinis e D. Afonso IV juntaram depois muitas leis, que D. Afonso V, D. Manuel, e Filipe II passaram a seus respectivos Códigos. Sem dúvida que o principal período do comércio português decorreu desde D. João I até ao Invictíssimo D. Manuel, muito embora nesse tempo os Portugueses nem sequer hajam conhecido a exímia arte de comerciar e todas as suas utilidades, pois tal perfeição estava reservada para o século mais feliz em que vivemos. E isto é mais que suficiente para o nosso plano.

ORDEM DAS MATERIAS A TRATAR

§ III — Não pretendemos, pois, mostrar aqui a origem e progresso do comércio em Portugal, e também não procuramos saber, agora, da natureza, diversidade e outros aspectos dos pactos e contratos, que julgamos pertencer ao direito privado, e ao tratado das coisas ou obrigações. Por isso, apenas nos cabe inquirir das leis gerais do comércio, sua equidade e justiça, direito especial do comércio, e sociedades comerciais. Também

nos aprazera dar algumas noções sobre a moeda, que é o principal instrumento do comércio e o mais forte nervo de todas as actividades. É este o sumário das matérias que vamos tratar no presente título.

EM TODOS OS CONTRATOS A VONTADE É A LEI PRINCIPAL

§ IV — É assim nesta matéria a lei geral e suprema é aquela que todos os direitos, Natural, Romano e Pátrio, inculcam, a saber, que a vontade dos contratantes dá a lei e o nome aos contratos, lei 19 do tit. *De pactis*, do Digesto, Ord. liv. 4, tit. 8, § últ., no fim. É absolutamente do mesmo género aqueloutra lei que concede a todos a faculdade de negociar. Daqui promanam, sem dúvida, os diversos géneros e sociedades de negócios, a liberdade de comércio, os vários nomes, espécies e direitos dos contratos, o que tudo parte, na verdade, das diversas vontades dos contratantes e do direito que a cada um compete sobre as suas coisas.

NO ENTANTO, ESSA VONTADE NÃO É TOTALMENTE LIVRE, MAS SUJEITA AO DIREITO CIVIL

§ V — Não obstante, as nossas leis, para que os cidadãos não desviassem nunca o uso desse direito permissivo do devido caminho, meteram-no dentro de certas regras, fórmulas e limites, em que ou declararam a natureza dos contratos, sua justiça e equidade, ou interdizaram o comércio dalgumas coisas indistintamente a todos os homens ou apenas a certos deles. Na forma habitual, vamo-nos ocupar de cada um destes aspectos.

OS CONTRATOS ATÉ CERTA SOMA
SO SE PROVAM POR ESCRITURA PÚBLICA

§ VI — Entre nós a lei geral de todos os contratos, e obrigações tanto a contrair como a distrair, é a seguinte: se forem celebrados sobre bens de raiz e a quantia da obrigação passar de 4000 reis, ou se forem sobre bens móveis e a soma da dívida passar de 60 000 reis, de modo algum poderão ser provados por testemunhas ou escrituras particulares, nem produzirão obrigação civil em juízo, mesmo que o pedido se refira a parte inferior àquelas importâncias, se não forem firmados com instrumento público feito por tabelião, Ord. liv. 3, tit. 59, no princípio, e §§ 1, 2, 3, 4, 9, e 24. Deste modo quiseram as nossas leis ocorrer às fraudes dos contratantes e testemunhas; por isso, quase a mesma razão que outrora levou os Romanos a denegarem a acção nascida de pacto nu e a introduzirem nas estipulações e restantes contratos certas fórmulas solenes, parece ter impellido os nossos Reis a promulgarem espontâneamente a salubérrima lei que só admite como prova dos contratos a escritura pública.

Esta salubérrima Ordenação, tit. 59, tem por autor a El-Rei D. Fernando, e foi trada da sua lei que vem na Ordenação Afonsina tit. 64, e merece total leitura

COM TUDO ISSO NÃO SÃO REPROVADOS PELO NOSSO DIREITO

§ VII — No entanto, as nossas leis não reprovam tal obrigação, visto que deixaram inteiramente intacta a obrigação natural; e, por isso, àquele que pagou cumprindo anticipadamente o contrato pela sua parte, nunca compete a repetição ou *conductio indebiti*, porquanto pagou o que realmente devia, leis 10, 13, 14 e 60, do tit. *De conducthione indebiti*, do Digesto, Ord. liv. 4, tit. 48, § 4. E assim apenas denegam a acção ou a excepção civil, e a prova por testemunhas ou escrito particular,

se o contrato exceder a soma mencionada. Por esta razão bem poderá o juiz deferir, a pedido do autor, o juramento judicial ao réu, ou o contrário, Ord. liv. 3, tit. 59, §§ 5, 6, 7 e 8, e, quando se oferece escritura particular, deve o juiz officiosamente, e embora sem ninguém lho rogar, inquirir o seu autor e absolvê-lo, se ele a negar, e condená-lo, se a reconhecer, Ord. liv. 3, tit. 59, § 10, e tit. 52, § 3, no fim. Certamente que tudo isto não teria lugar, se o contrato fosse reprovado pelo direito.

ALGUMAS VEZES, POREM, BEM PODEM SER APROVADOS
PELO DIREITO COMUM

§ VIII — Porém, ainda que isto seja verdade, sucede algumas vezes que as testemunhas e a escritura particular fazem fé e prova em juízo, mesmo que os contratos excedam a soma prescrita pela lei. E isto faz-se: *primeiro*, olhando à qualidade do negócio, como, por exemplo, nos escritos acessórios duma sociedade, desde que se saiba que esta foi feita por escritura, Ord. liv. 3, tit. 59, § 13, nas pagas de pensão de algum censo ou alugueres de casas, § 14, nos empréstimos de roupas e outras coisas conhecidas por alfaias de casa, § 16, nas vendas de mercadorias feitas por corretores, § 19, nos arrendamentos de bens de raiz por um só ano, § 23, nos quase contratos, § 22, e nas encomendas vindas da Índia e províncias ultramarinas, § 17, e § 2 do tit. 51 do liv. 1, copiado da Extravagante de D. João III de 9 de Junho de 1553, *apud* Leão, p. 1, tit. 13, lei 2 *Segundo*, olhando ao parentesco dos contratantes, como, por exemplo, entre pai ou mãe, e filho ou filha, entre genro e sogro, entre irmãos, primos, tios irmãos do pai ou da mãe, Ord. liv. 3, tit. 59, § 11. *Terceiro*, olhando à dignidade dos contratantes, como se, por exemplo, forem pessoas da Corte, cavaleiros, doutores, e outros que vêm citados na mesma Ord. § 15. No entanto, não se deve omitir que o Desembargo do Paço, algumas vezes e com

grande causa, dispensa a observância desta lei, quando, evidentemente, o contrato não excede muito a soma nela definida, como consta do § 76 do Regimento do Desembargo do Paço.

DOS CONTRATOS DOLOSOS

§ IX — As nossas leis proíbem em todos os contratos o dolo, a simulação, e a lesão. Por isso, qualquer contrato celebrado com mau dolo é de princípio nulo e inválido, ou depois anulável por acção ou excepção de dolo (o que, na realidade e nos efeitos, importa absolutamente o mesmo). E não distinguimos entre dolo incidente ou aquele que deu causa ao contrato, e entre contratos de boa fé ou de estrito direito, porquanto geralmente aquele que iludiu e levou outro a fazer um contrato com dolo, não pode intentar nenhuma acção eficaz contra essoutro, Ord. liv. 3, tit. 34, § 1, Man. tit. 25, Afons. tit. 32. Ora, para provar o dolo, bastam testemunhas e até conjecturas, o que é realmente verdade e tem lugar mesmo naqueles negócios, para cuja prova as leis exigem escritura pública, Ord. liv. 3, tit. 59, § últ.

Mau dolo é toãa a astúcia, ardi e maquinação empregada para enganar, surpreender ou defraudar, lei 1, § 2, do tit. *De dolo malo*, do Digesto, devendo, por isso, estar ausente de todos os contratos, pois contraria não só a boa fé, de que os *homens bons devem usar entre si*, mas também a vontade e o consenso, como os próprios juriconsultos romanos reconheceram, lei 15, do tit. *De jursudictione*, e lei 116 do tit. *De regulis juris*, e semelhantes, ainda que cressem que nem todos os negócios contraídos com mau dolo, como os de estrito direito, eram nulos, mas apenas os de boa fé, desde que o mau dolo tivesse dado causa à sua celebração, lei 7, no princípio, e § 3, do tit. *De dolo malo*, lei 2, § 5, do tit. *De doli mali exceptione*, lei 36 do tit. *De verborum obligatombus*, leis 5 e 8 do tit. *De rescindendâ venatione*, do Código. Mas eu com Schultzer, *Ad Digestum*, Exerc. II, Thes. 20, hoje não admito nem tenho em conta alguma a distinção,

aceita pelo Direito Romano, entre contratos de boa fé e contratos de estrito direito, pois julgo que entre nós todos os contratos são de boa fé, e igualmente nulos de princípio, ou posteriormente anuláveis, quer se diga que o dolo deu causa à sua celebração, quer se diga que incidiu sobre o contrato. E é este, se não me engano, o pensamento da nossa Ord. liv. 3, tit. 34, § 1, e liv. 4, tit. 71, no princípio. E que tais distinções partem das subtilidades dos Romanos e das razões próprias da sua Jursprudência.

DOS CONTRATOS SIMULADOS

§ X — Muito próxima do dolo é a simulação. Por isso, os contratos simulados, feitos para defraudar alguém, são insubsistentes pelo nosso direito, e os contratantes, além de perderem a coisa ou a sua estimação, são degredados para o Brasil ou para a África, Ord. liv. 4, tit. 71, Man. tit. 15 do mesmo liv.

C Aquilio Galo, *apud* Cícero, *De officiis*, III, 14, definiu pouco cuidadosamente o mau dolo ao dizer que consiste em *se simular uma coisa, e fazer-se outra*, pois, pròpramente, o dolo é feito às claras, e consiste mais em cometer que omitir. A simulação não é assim. No nosso direito, entre o dolo e a simulação há também a seguinte diferença, que é realmente a principal: o dolo significa a fraude e maquinação de que alguém usa contra aquele com quem faz um contrato, ao passo que a simulação significa a fraude e o conluio feitos, não para os contratantes se enganarem mutuamente, mas para iludir os credores. É, porém, certo que os actos praticados para defraudar os credores ou outros, a quem algo se deve em perfeito direito, não merecem menor punição que os realizados para defraudar os pactuantes, por consequência, se o contrato simulado é nulo de princípio, por isso que contém mau dolo e fraude para os credores, Ord. liv. 4, tit. 71, também deve ser considerado nulo e injusto o contrato doloso especificamente dito, Ord. liv. 3, tit. 34, § 1.

§ XI — Também a lesão torna o contrato injusto e o rescinde, ainda que não haja dolo ou simulação, e desde que seja imódica e exceda a metade da justa estimação da coisa, pois as nossas leis não quiseram rescindir os contratos por qualquer lesão, a fim de não se tornar infinito o número das demandas, Ord. liv. 4, tit. 13, Man. tit. 30, Afons. tit. 45 Também não fazemos distinção entre lesão enorme e enormíssima quanto a este efeito, mas apenas quanto à restituição dos frutos, Ord. dito liv. 4, tit. 13, § final, entre judicial e extrajudicial, § 7, entre géneros de contratos, § 6, e, finalmente, entre os próprios contratantes, excepto os referidos no § 8 da mesma Ordenação.

Este benefício vulgarmente chamado *da segunda lei*, do tit. *De rescindenda venditione*, do Código, foi concedido nesse texto por Diocleciano e Maximiano, seus autores, apenas ao vendedor Contudo, segundo a mente e o sentido daqueles legisladores, e ainda atendendo às razões de humanidade que os levaram à criação desse benefício, os intérpretes, não todos, estenderam-no à compra e restantes contratos, mas a quais, não o sabemos por esses intérpretes Ora, porque não é meu dever referir as suas opiniões, bastará neste ponto fazer estas duas anotações: *primeira*, as distinções confictas entre lesão enorme e enormíssima nenhum apoio acham nas leis romanas e nas leis pátrias, mas apenas derivam das opiniões dos Doutores vulgares, de cuja autoridade também manou a diferença acerca da restituição dos frutos, que a Ordenação põe no dito liv. 4, tit. 13, § últ., no lim, *segunda*, o nosso direito rescinde os contratos deste género, não só porque isso é humano, razão esta que apenas moveu os imperadores romanos, mas muito especialmente porque considerou atentatóno dos interesses dos cidadãos tolerar num Estado bem organizado tamanha lesão imoderada, razão esta que, por ser de carácter público, faz com que: *primeiro*, os contratantes não possam renunciar a este benefício, dita Ord. liv. 4, tit. 13, § 3; *segundo*, ele não tenha lugar nas doações, transacções, composições amigáveis, e geralmente em todos os contratos, § 6 (*Instituições*, Liv. IV, Tit. II, § XV), *terceiro*, e muito especialmente nos contratos judiciaes e na própria venda imposta por

Justiça, § 7 desde o princípio até ao vers *Porem*, onde se ajunta uma excepção a esta regra, porquanto os juízos são sagrados e ncles não deve haver qualquer espécie de lesão. Ora, tudo isto, e talvez o mais que diremos em seu lugar (*Instituições*, Liv. IV, Tit. III, § XVII) são princípios singulares introduzidos contra ou à margem da jurisprudência civil

OS CONTRATOS, QUE CONTRARIAM O DIREITO NATURAL
OU CIVIL, NÃO TEM VALIDADE

§ XII — No nosso direito são muito especialmente reprovados os contratos que repugnam à honestidade, à razão natural, e aos bons costumes, Ord. liv. 4, tit. 70, § 3, no princípio, cabendo aqui, entre outros, o pacto de não rescindir o contrato por lesão imódica, Ord. liv. 4, tit. 13, § 9, o de não revogar a doação por causa de ingratidão, Ord. liv. 4, tit. 63, § 10, o pacto *quota litis*, Ord. liv. 1, tit. 48, § 11, e o de não apelar da sentença dos árbitros, Ord. liv. 3, tit. 16, no fim do princípio, etc. .; ou os que contrariam a razão e ordem do direito civil e constituído, como o pacto de que, não pagando o devedor no prazo fixado, se faça a execução em seus bens, sem ele ser citado nem ouvido, Ord. liv. 4, tit. 72, Man. 4, Afons. 7, a estipulação chamada de cláusula depositária, que repugna de todo ao sentimento e espírito da mencionada Ord. liv. 4, tit. 72, motivo este por que o seu uso e praxe é quase inteiramente reprovado pela lei geral de 31 de Maio de 1774. No entanto, é válido o pacto de que seja preso o devedor que não paga no dia pré-estabelecido, visto que expressamente o aprova a Ord. liv. 4, tit. 76, § 2, pois parece obstar menos à ordem constituída dos juízos Também é reprovado o pacto da *lei commissória* no penhor, Ord. liv. 4, tit. 56. Também não tem valor nenhum o pacto pelo qual o credor poderá expulsar ou penhorar por autoridade própria o colono e qualquer outro devedor que não pague no tempo que prometeu,

Ord. liv. 4, tit. 23, § últ., e tit. 57 do mesmo livro, Man. tit. 5. E bastem estas indicações.

Como, depois da Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 19, e da solene deliberação que o Senado sobre ela fez em 18 de Agosto do mesmo ano, os devedores de boa fé não podem ser presos nem detidos por dívidas, tanto cíveis como criminaes, são hoje inúteis o benefício de cessão de bens aprovado pela Ord. liv. 4, tit. 74, Man. liv. 3, tit. 89, Afons. 121 (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XXII, § XVIII) e o pacto para que se encarcere o devedor que não paga no dia estabelecido, aprovado pela Ord. tit. 76, § 2

TAMBEM NÃO TEM VALIDADE OS CONTRATOS CELEBRADOS COM JURAMENTO

§ XIII — Além disto, é nulo qualquer contrato celebrado com o chamado *juramento promissório*, Ord. liv. 4, tit. 73, Man. tit. 3, Afons. tit. 6 do mesmo livro; em Espanha existe uma lei semelhante, no liv. 3 das Ord., tit. 1, lei 6. Esta lei foi ocasionada pela doutrina dos Decretalistas, que sob o pretexto do juramento não hesitaram em arrastar para o foro eclesiástico causas meramente civis, cap. 13 do tit. X *De judiciis*, cap. últ. do tit. *De foro competentis* das Dec. do Liv. 6°.

TAMBEM NÃO OS CONTRATOS USURÁRIOS

§ XIV — As nossas leis reprovam ao máximo os contratos usurários, e cominam aos seus contraentes vários géneros de penas que vêm na Ord. liv. 4, tit. 67, no princípio, Man. tit. 14, Afons. 19. Mas, porque em certos casos as usuras são lícitas e se acha definido no Direito Pátrio limite certo para as exigir, creio que não será despropósito, antes de tocar neste ponto, antecipar algumas generalidades sobre as usuras, com a extensão que o nosso plano consente

O QUE É A USURA E COM QUE DIREITO E RAZÃO SE PROIBE

§ XV — Chamamos usura a *tudo aquilo que se paga pelo uso de uma coisa, a alguém devida com justa causa, e constante de peso, número e medida*; consiste, por isso, numa quantidade e num abuso. Tal usura não é proibida nem pelo direito natural, nem pelo divino, nem pelo humano, se for moderada e não exceder a justa estimação do uso, porquanto a usura é no mútuo o mesmo que a renda no aluguer, e por isso tão lícita como esta. Na verdade, utilizando o devedor o dinheiro alheio donde tira vantagens, e ficando o credor sem a sua coisa, com o que suporta um risco às vezes não leve; que obstáculo poderá haver a que eu possa estipular usuras módicas, principalmente com um homem a quem não me prendem laços de amizade ou parentesco, e que extorque o dinheiro, não para satisfazer necessidades humanas, mas para negociar com ele?

Ainda não está esclarecido com que direito se proibiram as usuras. Grócio, *De jure belli*, liv. 2, cap. 12, § 20, julga que foram proibidas pelo direito natural, e não hesita afirmar que é esta a opinião mais recebida Henrique Coccey na *Disput. De anatocismo*, §§ 5 a 18, e nas *Notas* apostas ao mesmo Grócio, § 20, pelo contrário, defende que elas são lícitas pelo direito natural. As opiniões divergem. Quanto a mim, entendo que são absolutamente lícitas as usuras módicas, isto é, aquelas que correspondem à estimação do uso. Ora, como é do interesse da República estabelecer a justa estimação ao uso das coisas fungíveis, e fazer com que nunca se admitam entre os cidadãos usuras arbitrarias, devem os Príncipes estar muito vigilantes neste assunto. Cabe-lhes, por isso, a obrigação de fixar os justos termos e limites das usuras, e aumentá-las ou remittí-las ou proibi-las completamente, consoante as circunstâncias, e a qualidade das mercadorias, das pessoas e do negócio. Deve-se, portanto, diligenciar para que a ganância usurária não exaure os recursos dos particulares assim como também se deve harmonizar, na medida do possível, a utilidade pública dos comércios com as razões da honestidade e equidade, e com os deveres do homem bom, honesto e cristão.

QUAL O LIMITE DAS USURAS PELO DIREITO CIVIL

§ XVI — No entanto, na observância da justa estimação desse uso, vêem-se algumas vezes, não só os credores, como a própria República, serem mais tolerantes do que é justo Com efeito, os Romanos, dos quais manou toda a humanidade e equidade, consideravam alfim legítimas as *usuras centésimas*, lei 40, do tit *De rebus creditis*, do Digesto, lei últ do tit *De usuris rei judicialae*, do Código, lei 26 do tit *De usuris* do Código, e lei 1 do mesmo tit. do Código de Teodósio, as quais são de todo o ponto mordacíssimas e sanguinolentas, pois em cada mês os devedores pagavam a centésima parte da sorte, visto que entre os gregos e Romanos as usuras pagavam-se todos os meses, lei 40, do tit *De rebus creditis*, do Digesto, exigindo-as os credores em cada dia 1. Isto levou Horácio, Liv. I, Sat. III, verso 87, e Ovídio, *De remedius amoris*, v. 561, a cognominá-las de *céleres e tristes*.

Foi Constantino, lei 1 do tit *De usuris*, do Código de Teodósio, quem por fim no ano 325, ou seja, no mesmo ano em que se celebrou o Concílio de Niceia, definiu como legítima em moeda a usura centésima, isto é, doze por cento na nossa maneira de calcular O mesmo Constantino concedeu na mesma lei que se exigisse, a título de usura, a terça parte dos réditos de cereal, vinho, azeite e outras espécies dadas em mútuo Posteriormente Justino, lei 26 do tit *De usuris*, do Código, ab-rogou essa lei sòmente nesta última parte. Por estar fora do meu propósito, omito os nomes e espécies de outras usuras, assim como também a maneira de as contrair e calcular Quem quiser informar-se disto, pode ver os doutíssimos tratados de Salmásio, Noodt, e Gronóvio, bastando, no entanto, ler apenas Henéccio, quer nos comentários às Pandectas, liv 22, tit 1, quer no *Antiquitates Romanae secundum ordinem Institutionum*, liv 3, tit 15

E QUAL O SEU LIMITE NO DIREITO CANÔNICO

§ XVII — São muito melhores as constituições do direito canônico. Com efeito, no ano 325 o Concílio de Niceia, cân 17.

apud Graciano, Causa XIV, questão IV, cân 8, proibiu expressamente se recebessem *usuras centésimas*, e *séscuplas*, isto é, *uma vez e meia da sorte*. Seguiram igual pensamento os chamados Cânones Apostólicos, cân 43, o Concílio Iiberitano, cân 20, *apud* Graciano, Dist. XLVII, cân 5, celebrado na Bética em 313 (se é que realmente se realizou neste ano, sobre isto veja-se Natal Alexandre, Dissertatio XXI, na *História Ecclesiastica*, III Sec, art 1); o Concílio Arelatense, cân 12, do ano 314, efectuado antes do de Niceia; o 3.º Cartaginiense do ano 397, cân. 16, *apud* Graciano, Causa XIV, questão IV, cân 2 e 6; o Concílio Trulano, cân 10, e outros que seria longo referir Também se acham disposições muito notáveis no livro V das Decretais, tit 19. Daqui se colhe que as leis eclesiásticas e os Santos Padres proclamaram concordantemente que o uso e licença das usuras de modo nenhum devia ser concedido aos clérigos, e, quanto aos leigos, apenas moderada, e não indistintamente

REGRAS SOBRE A EQUIDADE DAS USURAS

§ XVIII — Ora, para que se possa julgar rectamente da honestidade das usuras em todo e qualquer contrato, aceitem-se estes princípios básicos. 1.º que o mútuo como os restantes contratos, que contêm *συναλλαγῶν* (permuta de relações), desejam a igualdade e, em não se observando esta, são usurários; contudo, no foro civil não se proíbe qualquer desigualdade, mas sòmente a imoderada; 2.º que no mútuo as usuras são geralmente ilícitas, sempre que se recebe pelo uso da coisa fungível qualquer outra coisa além da taxa, e taxa moderada; 3.º que tal taxa ou usuras módicas não trazem pròpriamente nenhum lucro ao credor, mas contêm uma compensação, equivalência, recompensa, justo preço, e valor do uso da coisa que se deu em mútuo, 4.º que difficilmente se pode duvidar da justiça das usuras, quando do mútuo emerge algum dano ou cessa algum

lucro, ou então quando o credor aceitou sobre si o risco da coisa mutuada, risco esse que pertencia ao devedor dono dela.

O MÚTUO DE DINHEIRO
APENAS RECEBE O JURO DE CINCO POR CENTO

§ XIX — As leis pátrias seguiram muito de perto estes princípios e a quase totalidade das disposições do Direito Canônico, pois no mútuo de dinheiro apenas toleraram as usuras módicas, isto é, o juro de cinco por cento, como, para não citar leis mais antigas, foi aprovado no Alvará de D. José I de 6 de Agosto de 1757. Porém, nos empréstimos de outras coisas quiseram que nada se exigisse além da sorte, salvo se se seguisse dano, cessação de lucro, ou coisa semelhante às que mais acima referimos, e que se visse tornar honesta e razoável a exacção das usuras. Apraz-me ilustrar esta matéria com alguns exemplos tirados das nossas leis

O QUE ESTABELECEU O NOSSO DIREITO
SOBRE O MÚTUO DE OUTRAS COISAS

§ XX — Assim, bem pode o marido perceber os frutos da coisa aceita em penhor para garantia do dote, e não é absolutamente nada obrigado a descontá-los na sorte, Ord. liv. 4, tit. 67, § 1, tirada do cap. 16 do tit. *De usuris Segundo*, na venda feita com pacto de retrovendendo não se restituem os frutos, se a coisa houver sido vendida pelo justo preço, Ord. liv. 4, tit. 67, §§ 2 e 3, tit. 4, § 1, do mesmo livro, extraída do cap. 5 do tit. *De emptione et venditione. Terceiro*, não é usurário o pacto de *lei commissória* feito sobre penhor, desde que se observe o justo preço e a estimação de um homem bom, Ord. liv. 4, tit. 56, deduzida da lei última, do tit. *De pactis pignorum* do Código, e da lei 16, § últ., do tit. *De pignoribus* do Digesto (*Instituições*, Liv. III, Tit. XIV, § XIX) *Quarto*, mas é usurário o pacto chamado

Anticrese, não valendo, por isso, a convenção de que o credor possa receber os frutos da coisa penhorada, até ser pago da sua dívida, Ord. liv. 4, tit. 67, § 4, no fim, tirada dos caps. 4 e 6 do tit. *De pignoribus*, do cap. 32 do tit. *De iurjurando*, e dos caps. 1, 2, 8, e 16 do tit. *De usuris. Quinto*, tal pacto é válido entre o enfiteuta e o senhorio directo, na mesma Ord., § 4, no princípio, extraída nesta parte do cap. 1 do tit. *De feudis Sexto*, embora a pena por mora do devedor que não paga no tempo fixado seja rectamente empregada em todos os contratos, desde que não exceda a quantidade do devido, Ord. liv. 4, tit. 70, no princípio, e § 2, todavia, posta no mútuo, não pode exigir-se, mas apenas se pode exigir o interesse que se perdeu, na mesma Ord. tit. 70, § 1, e tit. 53, § 3. Finalmente, se alguém receber espontaneamente sobre si o risco do dinheiro ou coisa que deu em mútuo, toma de direito as usuras desse dinheiro ou coisa, não por causa do mútuo, mas do risco recebido; assim entendo a Ord. liv. 4, tit. 67, § 6, tal como Espen na Dissertação peculiar *De usuris*, art. 3, entende o cap. *Naviganti* 19 do tit. *De usuris*, donde foi tirada aquela Ordenação. Porém, advirto de passagem que, para evitar as fraudes dos mercadores e as suas enormes e intoleráveis usuras, temos aquela especialíssima lei pátria que os proibiu, sob pena grave, de venderem mercadorias a fiado, mas apenas a pronto pagamento, Ord. liv. 4, tit. 67, § 8, cuja origem debalde se derivará do direito estrangeiro ou adventício, pois o primeiro que promulgou esta lei singular foi o Rei D. Sebastião em 4 de Novembro de 1564, *apud* Leão, p. 4, tit. 10, lei 2

PENA CONTRA AS USURAS
E A QUE JUIZES RESPEITA O SEU JULGAMENTO

§ XXI — Como as nossas leis detestam muito as usuras, não podiam deixar de cominar graves penas contra os que as praticam. Assim, o usurário restitui as usuras que recebeu, perde em

dobro a sorte principal, e, além disso, é degradedado por dois anos para África, Ord. liv 4, tit 67, no princípio. Isto no nosso direito; quanto ao direito canônico, não há vagar para referir as penas nele estatuídas. Mas, antes de deixar esta matéria, deve-se advertir que a questão das usuras, quer consista em matéria de direito, quer em matéria de facto, respeita aos juizes régios, Ord liv 4, tit 67, § 10, os quais bem podem julgar da justiça das usuras partundo naturalmente dos princípios de honestidade que as nossas leis expressamente aprovaram. Por outro lado, depois da promulgação da lei áurea de D. José I de 18 de Agosto de 1769 sobre a abolição das leis estrangeiras, o direito canônico não pode ter autoridade alguma no foro civil, por isso, a sobredita Ord. § 9, no fim, deve ser entendida de harmonia com a mente daquela celeberrima constituição Realmente, se se considera a usura como pecado, ela respeita ao foro interno e penitencial da Igreja; mas, se se considera como delicto, é punida pelas leis públicas do poder secular e da sociedade, que é a principal ofendida com a sua prática, devendo, por consequência, ser julgada pelas normas e prescrições dessas leis. Além disso, também não se vê a Ord. liv. 2, tit. 9, no princípio, que faz do crime de usuras um crime misto, subtrair o seu conhecimento aos magistrados régios, mas apenas concede aos Bispos o poder de conhecerem criminalmente das usuras e castigarem os usurários, a saber, com penas espirituais e canônicas; o resto compete aos oficiais régios

ALGUMAS DISPOSIÇÕES SOBRE O CÂMBIO

§ XXII — A Ord liv 4, tit 67, §§ 5 e 6, já muitas vezes citada, estabeleceu que em geral as usuras são lícitas principalmente nos negócios cambiais. Apesar de nas leis públicas haver muitas disposições sobre este assunto, fixem-se somente estas que são as principais *primeira*, uma vez aceitas as letras de câmbio,

deve-se fazer o pagamento dentro dos precisos termos nelas prescritos; *segunda*, nas letras das Ilhas Adjacentes ou do Brasil não há lugar a protesto passados 15 dias da data do pagamento, Extravagantes de 25 de Agosto de 1672 e 15 de Junho de 1741, Colecção I à Ord. liv. 4, tit 67, § 5, Nn 1 e 4; *terceira*, feito o protesto no câmbio local, o cobrador tem regresso contra aquele de quem aceitou o câmbio, a título da sorte, danos, despesas e juros, sendo, porém, atribuído apenas o juro de cinco por cento ao credor, o qual, não obstante, fica com o direito de exigir juro maior; *quarta*, uma vez feito o aceite, as letras de câmbio podem ser devidamente executadas, ainda que o remetente ou, como se diz, o *passador*, seja dado como morto ou falido, Extravagante de 28 de Novembro de 1746, Colecção I à Ord liv 4, tit 67, § 5, N 3

Hoje facilmente todos entendem por câmbio o contrato literal pelo qual aquele que deu letras cambiais se obriga a pagar certa soma de dinheiro, aceita pelo sacador e expressa nas letras, àquele que as apresentar noutro lugar e em nome de outro. Por isso, os antigos ignoraram totalmente esse câmbio *local*, *mercantil*, e *trajecticio*, como actualmente se pratica nas nações mais civilizadas. Efectivamente, os *mensarii*, os *argentarii* e os *trapezitae* dos Romanos, de que falam as leis 4, 5, 6, 8, 9 e 10 do tit *De edendo* do Digesto, assum como os dos Judeus, Mateus, XXI, 12, XXV, 27, e João, II, 14, e os dos Gregos, *apud* Júlio Pollux, no *Onomasticon*, liv VII, cap 30, diferem em todos os aspectos dos cambistas hodiernos. Parece mais próximo do nosso câmbio o costume que Cícero (*Carlas a Atico*, liv XII, Epist 24, e liv XV, Epist 15, *ad divers*, liv II, Epist 17, e liv III, Epist. 15) recorda de os Romanos trocarem dinheiro em Roma por outro a entregar em Atenas, mas neste contrato nem sequer se continha tudo aquilo que hoje entra na essência do negócio cambial, conforme já Huber, *Praelectiones ad Pandectas*, liv XVII, tit 1, § 12, Henécio, *Elementa Juris Cambialis*, cap 1, e na Exercitacit *De natura et índole negotiorum collybisthae*, e muitos outros doutísimos autores demonstraram. Por isso, uma vez introduzido no séc XIV, contra o sistema do direito Romano, o direito dos câmbios, ou pelos Venezianos, ou pelos Longobardos, ou por outros povos marítimos (pois não se sabe

ao certo quais foram os seus primeiros inventores, nem isso realmente interessa muito), foi ele recebido mais ou menos na mesma altura em quase toda a Europa No respeitante a Portugal, El-Rei D. Manuel, no início do séc. XVI, declarou, no liv. 4 das suas Ordenações, tit. 14, § 5, o negócio de câmbios lícito e muito útil à República, procedendo assim não a uma inovação, mas à confirmação de um dueto já muito antes recebido pelo uso e pelas leis públicas, porquanto no séc. XIV D. Afonso, o IV deste nome, havia fixado um limite às usuras no câmbio Vieram, depois, várias leis extravagantes, algumas das quais já aqui citadas, que explicam a natureza e índole própria deste contrato Porém, na falta dessas leis, devem ser considerados, como as nossas leis pátrias, os costumes, os preceitos de câmbio comuns a todas as nações e praças, e ainda os fundamentos do nosso direito cambial, Lei de 18 de Agosto de 1769, § 9 Entre os tratadistas desta matéria, tantos que seria um nunca acabar de citações, apenas me aprez referir D. José Manuel Domingues na obra intitulada *Discursos jurídicos sobre las aceptaciones, pagas, intereses de las letras de câmbio* Quanto ao que se lê nas Leis d'El-Rei D. Sebastião de 16 de Janeiro e 30 de Julho de 1570, *apud* Francisco Correa, deve-se isso attribuir ao génio do tempo, sendo, por isso, hoje mais para desculpar que censurar

É PROIBIDO O COMÉRCIO DE CERTAS COISAS ENTRE OS CIDADÃOS

§ XXIII — As nossas leis proibiram aos cidadãos o comércio de certas coisas, quer entre si, quer com os estrangeiros Limitemo-nos a indicar algumas. Em primeiro lugar, estão proibidos de comerciar os magistrados régios civis e militares, tanto em Lisboa, como nas comarcas, Ord. liv. 4, tit. 15, no princípio, e § 1, Extravagantes de 29 de Agosto de 1720, e 27 de Março de 1721, Colecção I à Ord. liv. 4, tit. 15, Nn. 1 e 2, lei 46 do tit. *De contrahenda emptione*, do Digesto, lei única do tit. *De contractibus judicium*, do Código, assim como também os cavaleiros e fidalgos, mesma Ord. tit. 16, embora possam associar-se a companhias de comércio e deste modo negociar, Extravagante de 5

de Janeiro de 1757. É inteiramente vedado o comércio de material venenoso, Ord. liv. 5, tit. 89, lei 35, § 2, do tit. *De contrahenda emptione*, do Digesto, lei 2, § 2, do tit. *ad Legem Corneliam de Sicariis*, do Código, lei 38, § 5, do tit. *De poemis* do Digesto, Novela 115, cap. 4, § 5, e igualmente o mercado livre de cereal, pois ninguém o pode comprar por menor preço, para o vender mais caro, Ord. liv. 1, tit. 58, § 35, nem, além disso, vendê-lo senão com licença do juiz, mesmo no próprio local em que foi comprado, Ord. liv. 5, tit. 76, no princípio, e § 2, Extravagantes de 4 de Outubro de 1644, 24 de Setembro de 1649, e 20 de Outubro de 1651, Colecção I à Ord. liv. 5, tit. 76, Nn. 1, 2 e 3, e Extravagantes de 3 de Setembro de 1695 e 19 de Maio de 1738, Colecção II, Nn. 3 e 5 Hoje, depois da Extravagante de 11 de Agosto de 1753, a ninguém é permitido o negócio de diamantes, assim como após a Extravagante de 20 de Dezembro de 1766 o do sabão, e por leis assaz conhecidas o da celeberrima erva de Nicot (tabaco)

E COM OS ESTRANGEIROS

§ XXIV — Cabe muito especialmente aos imperantes definir as mercadorias que podem ser importadas ou exportadas para o estrangeiro E, assim, é proibido em Portugal exportar ou vender para o estrangeiro cereal de qualquer espécie, Ord. liv. 5, tit. 112, no princípio, panos de seda, de linho, lã, linho em rama, mel, cera, § 1, cavalos e armas, § 6, laranjeiras, Extravagante de 30 de Janeiro de 1671, Colecção I à Ord. liv. 5, tit. 112, N. 1, pau do Brasil, Extravagante de 1 de Agosto de 1697, *ibidem*, N. 2, ouro, prata, moedas, Ord. liv. 5, tit. 113, ou navios, Ord. tit. 114. Finalmente, cabem aqui, sobretudo, todas as mercadorias interditas, que chamamos *de contrabando*, e que são tantas e tão diversas que seria assaz longo e incómodo enumerá-las, assim como aos muitos géneros de penas applicadas aos seus introdutores pelas nossas numerosas e providentíssimas leis

Vide Sanções Pragmáticas de 25 de Janeiro de 1677, Colecção I à Ord liv. 5, tit. 100, N 1, de 6 de Maio de 1708, *ibidem*, N 9, de 24 de Maio de 1749, Suplem. Apênd., N 15, e o Alvará de D. José I de 14 de Novembro de 1757.

Sem dúvida que interessa muito, como já outrora advertiu Aristóteles, *Política*, liv VIII, cap 6, *definir nas leis com que povos convêm ou não que os cidadãos comerciem*. Por isso, bem pode, melhor deve, o príncipe, definir com leis certas e claras, não só o comércio entre os próprios cidadãos e que coisas se devem exportar de uma região para outra, mas também, e principalmente, que coisas se devem importar do estrangeiro. Na realidade, o que Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv II, cap 2, §§ 13, 18 e 22, e Sigismundo Scaccia, *De commercio*, § 1, q 1, n 47, disputaram neste sentido acerca da liberdade de comércio, não parece obstar a que o Imperante possa denegar a importação de certas mercadorias aos cidadãos quer entre si quer com os estrangeiros não inimigos, como entre outros bem observaram Coccey, *Ad Grothum*, § 18, e Ziegler, *Ad Grothum*, e *De jure majestatis*, liv. 1, cap. 4, § 18, e cap 41, § 21. Porém, mais de uma vez vimos os príncipes em pactos e alianças públicas renunciarem por razões políticas a seus direitos e transgrirem amigavelmente neste ponto. Pactos destes celebraram muitas vezes entre si os Reis do nosso Portugal, França e Inglaterra. Se o tempo o permitir, brevemente publicaremos esses pactos, visto que neles se contém o principal fundo do nosso Direito Público externo. E, assim, a essas mercadorias, interditas quer pelas leis públicas, quer pelas alianças públicas das nações, que os gregos chamavam ἀπὸ τῶν ἑταρῶν e de que há um título especial no direito civil, *Pandectas*, liv 18, tit 1, Código, liv 4, tits 40 e 41, chamamos nós hoje *de contrabando*, node que já vem da Idade Média. Neste nome compreendemos aquelas mercadorias cujo transporte foi proibido por lei pública ou por denunciação feita a nacionais e estrangeiros. Carlos da Fresne, no *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, tomo I, col 976, attribui outros significados a essa palavra.

PRINCIPALMENTE COM NAÇÕES BARBARAS E INIMIGAS

§ XXV — Também é proibido levar para os povos bárbaros e inimigos, como os sarracenos, mesmo em tempo de paz que é pouco segura com homens desse quilate, vinho, azeite, mel, cera, linho, cereais, ouro, prata, couraças, escudos, arcos, setas, espadas, ferro em bruto ou em obra, e, enfim, armamento de qualquer espécie, Ord liv 5, tit. 109, deduzida não tanto das leis romanas 1 e 2 do tit. *Quae res exportari non debeant*, do Código, e leis 2 e 4 do tit. *De commercijs et mercatoribus*, também do Código, como principalmente do direito canónico e constituições dos Sumos Pontífices aludidas no § 3 daquela mesma Ordenação, quais a de Alexandre III no cap 6 do tit. X *De Judaeis et Saracenis*, a de Clemente III nos caps. 11 e 12, a de Inocência III no cap. 17 do mesmo título, a de João XXII na Extravagante *Copiosus* do tit. *De Judaeis et Saracenis*, e a de Clemente V nas Extravagantes Comuns, cap. *Multa* 1 do tit. *De Judaeis*. Todas estas determinações devem a sua principal origem às cruzadas, que se empreendiam, por exortação e autoridade dos Pontífices, para recobrar os lugares sagrados do poder dos infiéis.

EFEITO E ÍNDOLE DAS SOCIEDADES MERCANTIS

§ XXVI — Um dos efeitos da instituição de sociedades mercantis é também o de o comércio de certas coisas não ser exercido por todos os cidadãos indistintamente, mas apenas por essas sociedades ou por cada um dos seus sócios. E, como ninguém as pode instituir senão com licença do Imperante (pois, doutro modo, não pode haver companhias de comércio na República), e, além disso, como há espécies de negócio para cujo vantajoso exercício não chegam as riquezas e recursos dos particulares, haverá o bom Príncipe notável louvor em criar dessas sociedades ou então em sustentar com a sua autoridade as já

instituídas e orientá-las com leis sapientíssimas, por forma que delas provenha, não a ruína, mas o proveito dos cidadãos, e a utilidade do comércio.

COMPANHIAS DE COMÉRCIO EM PORTUGAL

§ XXVII — E, assim, se organizaram sociedades de comércio, que o Fidelíssimo Rei D. José I ou fundou ou restabeleceu em Portugal, tais como a Companhia do Pará instituída em 7 de Junho de 1775, a de Pernambuco em 13 de Agosto de 1759, a do Porto em 10 de Setembro de 1756, a Fábrica das Sedas de Lisboa restabelecida pelo mesmo Rei em 6 de Agosto de 1757, e a muito antiga Fábrica de Panos da Covilhã, por assim dizer fundada de novo pelas leis de 11 de Agosto de 1759, 7 de Novembro de 1766 e 4 de Setembro de 1769.

CRIAÇÃO DE UM SENADO PARA DESENVOLVIMENTO DO COMÉRCIO

§ XXVIII — Ora, assim como os negócios militares, forenses, ultramarinos, etc. estavam, conforme vimos, sujeitos ao exame de Juntas especiais, assim também se desejava fosse criado por autoridade régia um senado ou junta, que tratasse dos assuntos respeitantes ao comércio, levasse as respectivas consultas à decisão d'El-Rei, e sobretudo que trabalhasse por reduzir a um como que sistema normativo os métodos especiais e regras particulares de commerciar, os quais fossem ensinados, o mais rigorosamente possível, em uma escola pública, por homens entendidos nestas matérias. Ora, esta antiga aspiração dos melhores cidadãos foi satisfeita por D. José I com a criação em Lisboa a 30 de Setembro de 1755 de um importantíssimo Senado, intitulado *Junta do Commercio destes Reinos e seus*

Dommos, e destinado a exercer e difundir o mais possível o comércio. O mesmo Rei deu-lhe as providentíssimas leis commerciaes de 16 de Dezembro de 1756 e 19 de Maio de 1759, às quais se deve juntar o recentíssimo diploma de 5 de Junho de 1788.

QUE MERCADORES GOZAM DE NOBREZA

§ XXIX — Os nossos Reis ornaram os mercadores com vários privilégios, dos quais baste indicar alguns, pois não são tantos como vulgarmente se julga. O Provedor, o Vice-provedor e os Deputados à Junta do Comércio de Lisboa gozam do privilégio de livre custódia ou homenagem; os primeiros sempre, e os deputados durante o exercício do cargo. Os nobres adscritos a esta Junta conservam a nobreza, que receberam de seus maiores, e os não nobres adquirem-na, e tanto eles, como os filhos, são considerados idóneos para as honras da magistratura e insígnias das Ordens Militares. E isto se observa perpétuamente no Provedor e Vice-provedor, mas não nos deputados, pois tal privilégio apenas foi concedido aos primeiros deputados. São isentos das obrigações públicas ordinárias e têm um juiz conservador especial, a cuja única jurisdição e poder se submettem, não podendo ser presos por ordem de qualquer outro magistrado civil ou militar, tanto em causas cíveis como criminaes. Estes privilégios constam claramente do cap. 18, §§ 3, 4 e 6, das leis da Junta, que o próprio Rei confirmou em 16 de Dezembro de 1756. Concessões semelhantes se vêem feitas aos sócios e dirigentes da Companhia do Pará, §§ 39, 40 e 46 das leis da respectiva instituição, da do Porto, §§ 39 e 43, e da de Pernambuco, §§ 43 e 44. Porém, estes e semelhantes privilégios não cabem aos mercadores ambulantes e aos lojistas.

§ XXX — Entre os principais privilégios, concedidos aos mercadores, não é dos mais pequenos o de attribuir-se, por costume, crédito aos seus livros e registos de contas devidamente organizados, e pelo menos prova semiplena aos que os escripturam (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XVIII, § XIII) Isto, porém, assim se deve entender: 1.º, se tal códice ou livro de contas não enfermar de nenhuma suspeita de falsidade, se for devidamente encardonado, se tiver título e prefácio, e, finalmente, se nele não houver rasuras, folhas arrancadas, destruídas e entrelinhas; 2.º, se o livro contiver o «deve» e «haver» com dia e conferente de cada uma das chamadas partidas sem abreviaturas nem siglas desconhecidas, que as mais das vezes são apostas com certa ambiguidade; 3.º, se o códice condisser rigorosamente com os cadernos ou diário donde se costumam tirar as partidas para aquele primeiro códice; 4.º, se as verbas que foram inscritis, se puderem considerar verosímeis pelas circunstâncias; 5.º, se o mercador for, na boca de toda a gente, homem bom e de íntegra reputação; 6.º, se costumar acreditar em quaisquer pessoas sem documento escrito; 7.º, se tiver licença pública para negociar e vender, passada pela Junta do Comércio de Lisboa, cap. 17, §§ 20 e 21 das leis fundamentais da mesma Junta; 8.º, se se achar matriculado no registo desta Junta, cap. II, § 14, da lei dada em 16 de Dezembro de 1757 aos chamados mercadores *de retalho*, §§ 1, 2, 3 e seg. da Carta de Lei de 30 de Agosto de 1770; 9.º, se o livro de receitas e despesas for feito por autoridade pública, e numerado por um deputado da Junta do Comércio, § 14 do Alvará de 13 de Novembro de 1756.

Este direito singular acerca dos livros dos mercadores parece alheíssimo aos princípios do Direito Romano, segundo os quais se dá crédito às escripturas dos particulares contra os que as escrevem, lei 25, § últ., do tit. *De probatombus*, do Digesto, mas de modo nenhum a favor deles, a não ser que a escriptura seja apresentada pelo adver-

sário e reconhecida como verdadeira ou se firme em outros argumentos totalmente evidentes, leis 5 e 6 do tit. *De probatombus*, do Código E assim mais ou menos pensamos connosco Ulric Huber, *Praelectiones ad Pandectas*, liv. 22, tit. 4, § 19, Tuldén, Ad tit. Cod. *De jure instrumentorum*, n. 5, Marquard, *De jure mercatorum*, liv. 3, cap. 9, § 17, Strúvio, *Exercit* 28, § 25, etc. No Direito Romano exceptuavam-se apenas os códices dos argentários, cujo negócio parecia conter causa pública, por isso que quase com autoridade pública davam dinheiro a juros, e a favor doutros contavam, pagavam, colocavam, e creditavam a risco seu o dinheiro trajectício, como ensinam Cujácio, *Observ*, liv. 10, cap. 14, Salmásio, *De modo usurarum*, cap. 16, pág. 721, e Brisson, *De verborum significatione*, palavra *Argentarius* Por conseguinte, a opinião, reinante no foro desde o séc. XII até ao presente, segundo a qual os códices de todos os mercadores fazem pelo menos a prova chamada semiplena a favor dos que os escrevem, deve attribuir-se em primeiro lugar à Glosa, à lei 9, § 2, do tit. *De edendo*, do Digesto, e aos intérpretes do séc. XIV, Bártolo e Baldo, à lei 31, do tit. *De jurejurando*, do Digesto, e seus sequazes Por mim aprovo e admito essa opinião, desde que se venifiquem os requisitos que anotei, se faltar um só, deve usar-se o direito comum. Neste ponto, as nossas leis attribuíram mais crédito aos carneiros, padeiros e taberneiros do que aos mercadores vulgares, visto que com juramento daqueles se lhes tributa fé integral até certa soma, Ord. liv. 4, tit. 18, Man. tit. 48, Afons. 56, o que se fundamenta na necessidade de nunca faltar entre os cidadãos quem fie de boa vontade viveres aos que deles carecem

DOS FALIDOS E DOS QUE POR CULPA OU ACASO DEFRAUDARAM OS CREDORES

§ XXXI — Ainda do mesmo género é aquele privilégio pelo qual os mercadores, vendo diminuído o seu crédito e reputação, dissolvem o negócio ficando imunes de todas as penas, e até se lhes fixa certa soma de dinheiro, isto é, dez por cento, para alimento e vestuário No entanto, para isto ter lugar, é necessário o concurso das seguintes condições: 1.º — que não hajam defraudado os credores por dolo e culpa sua, mas por

acaso e falta de sorte; 2.º — que tenham feito a denunciação de insolvência no mesmo dia ou no dia seguinte àquele em que se conhecerem estar no máximo da dívida; 3.º — que declarem em juramento a verdadeira causa da falência; 4.º — que declarem todos os seus bens móveis e imóveis, direitos e acções; 5.º — que entreguem as chaves do escritório e armazéns; 6.º — que exibam o livro de receitas e despesas livre de toda a suspeita de falsidade, e numerado por um sócio, director ou deputado da Junta do Comércio de Lisboa; 7.º e último — que no tempo e início do negócio tenham possuído em bens pelo menos a terça parte do que devem agora na altura da denunciação. O julgamento destes casos pertence à Junta do Comércio, e, se esta, depois de apreciar todos os elementos de interesse para a questão, julgar que tais mercadores estão fora de culpa e livres de dolo, são eles desde logo havidos na comunidade civil como novos homens, tal como se nunca houvessem incorrido em qualquer infâmia ou pena, podendo, assim, depois livremente negociar e comerciar. Os seus bens são destinados aos credores pelo prescrito nos Alvarás de 13 de Novembro de 1756, 1 de Setembro de 1757 e 12 de Março de 1760; assim também se deve entender a Ord. liv. 5, tit. 66, § 8. Isto a respeito dos mercadores recomendados pela integridade de vida, diligência e crédito immaculado, porquanto os falidos, que com dolo e culpa sua defraudaram e despojaram os credores de seus dinheiros, não são considerados dignos de favor algum, mas de ódio público. Por isso, não gozam do benefício de cessão, denunciação e tréguas, que se concede aos insolventes reduzidos à pobreza pelo acaso e injúria da fortuna, antes devem ser considerados e punidos como os mais perversos e infames dos homens, e ladrões públicos, Ord. liv. 5, tit. 66, no princípio, e §§ 1, 2 e seguintes; na Espanha, leis 1 e 2 últ. tit. 19, liv. 5, da Recopilación; lei 63, § 7, do tit. *Pro socio*, do Digesto (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. VI, § XVII)

§ XXXII — Quanto ao dinheiro, que é o principal instrumento do comércio e de todas as actividades, importa se empregue aquele que a comunidade dos cidadãos aprovou. Disto só, resultam geralmente estas três consequências: *Primeiro* — de modo algum é lícito aos negociantes e a qualquer particular cunhar moeda, impor-lhe certo valor, aumentá-la, diminuí-la, e explorar minas de ouro, prata e cobre, pois em quase todas as nações estes direitos são considerados entre os mais importantes direitos majestáticos, pertencendo, por isso, apenas ao Rei, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 3 e 16, e liv. 5, tit. 12, no princípio. Eis por que offendem gravemente o próprio Rei aqueles que se arrogam estes e semelhantes direitos, de tal matéria falaremos mais convenientemente em seu lugar, no tratado dos delitos (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. V, § VII). *Segundo*, ninguém pode recusar as moedas cunhadas por autoridade pública, a saber, aquelas a que não falta nada do justo peso, Ord. liv. 4, tit. 22, no entanto, é lícito rejeitar mais que certa soma de moeda de cobre, Ord. liv. 4, tit. 21, no princípio, Extravagante de 17 de Fevereiro de 1699, Colecção I à Ord. liv. 4, tit. 21, N. 1. *Terceiro*, aumentado por qualquer causa o valor da moeda, os contratos, embora mais antigos, serão tidos como celebrados após esse aumento, devendo fazer-se o seu pagamento até ao limite deste, sem se olhar ao tempo do contrato, Extravagante de 4 de Agosto de 1688; todavia, isto não é totalmente verdadeiro nas letras de câmbio, porquanto, uma vez aceitas, o pagamento deve reportar-se ao tempo precisa do aceite, noutra Extravagante de 21 do mesmo mês e ano, Colecção I à Ord. liv. 4, tit. 67, § 5, N. 2. Finalmente, (não devemos omiti-lo) as letras ou, como dizem, as *apólices* de qualquer companhia de comércio são consideradas como verdadeiras moedas, não podendo, por isso, ser vendidas e compradas por menor preço, princípio este que já muito antes D. João III estabelecera no câmbio em geral, Extravagante de 12 de Agosto de

1553, *apud* Leão, p. 4, tit. 10, lei 1; porém, os negociantes estrangeiros não são obrigados a receber em pagamento essas apólices, Extravagantes de 21 de Junho de 1766 e 30 de Agosto de 1768, nem tão-pouco os cidadãos entre si, Alvará de 23 de Fevereiro de 1771.

Na Extravagante de 4 de Agosto de 1688, declarada noutra Extravagante de 21 do mesmo mês e ano, Colecção I à Ord. liv. 4, tit 67, N. 2, estabelece-se que, levantado por qualquer motivo o valor da moeda, se deve olhar ao tempo do pagamento; mas na Ord. liv 1, tit 62, § 47, vê-se estabelecido que se deve olhar ao tempo do contrato, no entanto, a lei posterior derroga a anterior, ainda que não a mencione, desde que aquilo que decide pugne com a lei anterior. As nossas leis monetárias são referidas por ordem cronológica por António Caetano de Sousa no tomo IV da *História Genealógica*, cap. VI, onde se acham muitos e notáveis elementos sobre esta matéria

TITULO IX

DAS LEIS NAÚTICAS

SUMARIO DO TITULO

§ I — Depois que os Portugueses começaram de navegar mares novos e desconhecidos e de levar o seu comércio às nações estranhas, não podiam continuar sem leis especiais, que explicassem a natureza e índole próprias desse comércio, constituíssem os direitos, privilégios e honras da navegação, declarassem a forma e estrutura dos navios e as mercadorias interditas, e definissem os direitos de importação e exportação, e, finalmente, o domínio e jurisdição do próprio mar, litorais e ilhas, assim como tudo o mais que cabe na designação de leis atinentes à actividade naval. Sobre isto discorreremos breve e separadamente, e na medida em que o nosso plano o consentir.

Todos sabem seguramente quanto deve aos Portugueses a arte de navegar. De facto, quem ignora que da Escola Náutica de Sagres, na qual Jaime orundo da ilha Maiorca foi o primeiro, antes de todas as nações da Europa, a professar publicamente no reinado de D. João I a arte naval, saíram como de um cavallo de Tróia tantos e tão elevados varões pentíssimos na ciência de navegar, que todos hoje admiramos e estimamos? Em primeiro lugar, o Infante D. Henrique, nome que não se deve pronunciar sem a devida vénia, o qual entre outros excelsos varões, que não há vagar de referir, foi imitado de perto por D. Luís, filho de D. Manuel, e no nosso tempo por D. Francisco,

irmão de D. João V, Sousa, *História Genealógica*, tomo III, pág 357, e VIII, pág 420. Também ninguém ignora que foram os médicos portugueses Rodrigo e Josefo quem inventou o astrolábio no tempo de D. João II. Deve-se ler inteiramente a *Histoire de l'Amérique*, de Robertson, tomo I, págs 56 e seguintes, edição de 1778. Andam na boca, honra e estima de todos as tábuas marítimas de Pedro Nunes impressas em 1527, o tratado *Da navegação* de Diogo de Sá, que as confutou um tanto, e o *Roteiro Náutico* de João de Castro. Quem desconhece também o grande nome de Fernão de Magalhães? e quanto devem as investigações e descobrimentos do novo mundo aos marinheiros Martim Vicente, Pedro Correa e Vicente Dias nesses celeberrimos tempos? Para quê citar mais nomes e feitos, se tanto não cabe no nosso escopo? Já dissemos noutro lugar (*História do Direito Cível Português*, § LXI) com quanta dedicação se deu el-Rei D. Fernando a arte de navegar. Efectivamente, mandou, primeiro, dar madeiras das matas reais para o fabrico de naus, remittu os direitos das coisas que para isso viessem do estrangeiro ou que fossem devidos pelas vendas no Reino, concedeu também aos donos dos navios, na primeira navegação, os direitos reais devidos, segundo as leis públicas, pela exportação de mercadorias, isentou-os da obrigação de servirem na guerra com cavalo, e de todos os encargos civis e exações costumadas; e, finalmente, ele mesmo instituiu uma companhia ou sociedade marítima, e tomou outras muitas e notáveis medidas que vêm na *Crónica* de Fernão Lopes, cap 92, e na *Monarchia Lusitana*, tomo VIII, liv XXII, cap XXX. El-Rei D. Sebastião, cuja ciência náutica é louvada por Barbosa na respectiva *Memória*, tomo IV, concedeu privilégios semelhantes, e até muito maiores, Alvarás de 15 de Dezembro, 1 de Outubro e 3 de Novembro, respectivamente, dos anos de 1557, 1567 e 1571. Há muito pouco, em 5 de Agosto de 1779, fundou a Rainha Fidelíssima em Lisboa a Academia de Marinha. E bastem apenas estas indicações.

DO DOMÍNIO DO MAR NO DIREITO ROMANO

§ II — Na realidade, os Jurisconsultos romanos, levados pelos princípios da filosofia dos Estóicos, ainda que de início pensassem que não só o mar, mas também os seus litorais, eram

comuns a todos, § 1 do tit *De rerum divisione* das Institutas, lei 13, § 7, do tit *De injuriis*, lei 13, no principio, do tit *Communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum*, todavia, mudada a forma de Governo, abandonaram esta opinião, e os próprios imperadores reivindicaram depois para si o domínio do mar, conforme já o demonstrou com grande aparato Jacobo Gotofredo na dissertação peculiar *De dominio maris*, à lei 13, § 7, do tit *ad Legem Rhodiam de jactu*, do Digesto

NO DIREITO NATURAL E DAS GENTES

§ III — Porém, pelo direito natural, assim como tratos inteiros de terra são occupados pela totalidade ou por fundos, e assim pertencem a cada um, ou a todo o povo, ou à República, adquirindo, por isso, os imperadores para si os territórios livres, e fazendo em geral suas todas as coisas, que não estão adscritas ao senhorio dos particulares, nem podem ser convenientemente aproveitadas pelos indivíduos isoladamente; assim também absolutamente nada impede que deste modo os imperantes hajam occupado, primeiro, os mares vizinhos, e depois os mares longínquos. Esta nossa opinião é hoje partilhada por todos os eruditos a quem não cegou o exagerado amor da sua pátria. A cabeça desses eruditos está Selden com a obra imortal, que intitulou *Mare clausum* (Mar fechado)

E NO DIREITO PORTUGUES

§ IV — Eis por que os Reis de Portugal bem se dizem, e de facto são, não só senhores dos rios perenes, ilhas adjacentes, e litorais, mas também dos mares próximos do seu império, ou dos mares remotos que occuparam, Ord liv. 2, tit. 26, §§ 8, 9 e 10, Extravagantes de 9 de Fevereiro de 1591, 18 de Março de 1605,

e 8 de Fevereiro de 1711 (*Instituições*, Liv. III, Tit. III, § II). Por conseguinte, aquilo que especialmente contra os Portuguezes Grócio disputou no seu livro *Mare liberum* (Mar livre) acerca da comunhão do mar e liberdade de navegação e comércio da Índia, nem é verdadeiro, como já outros demonstraram, nem está em uso.

Dentre os nossos, confutou a Grócio Frei Serafim de Freitas na obra intitulada *De justo impero Lusitanorum adversus Hugonis Grotii Batavi Mare liberum* (Do justo império dos Portuguezes contra o *Mare Liberum* do holandês Hugo Grócio) (1). A verdade, porém, é que este bom homem não é digno de ser oposto a Grócio, e pode-se-lhe aplicar aquilo que Ziegler, apud Mencken, *Charlataneria eruditorum*, pág. 53, disse de Henrique Hennig, quando este criticou Grócio e o próprio Ziegler: *Este homem obscuro busca em mim a sua glória. Seja eu o mais impudente dos mortais, se, para comprazer a seus desejos, consentir que Ziegler trave luta com tão fraco gladiador*

O QUE É PERMITIDO AO SENHOR DO MAR

§ V — E, assim como cada um pode ditar leis a qualquer coisa sua; e *aquele que entra no fundo alheio para caçar aves e outros animais, pode por direito ser proibido pelo dono, caso este o preveja*, lei 3, § 1 do tit. *De acquirendo rerum dominio*, do Digesto, pois *não é consentâneo que caceis aves nos prédios alheios contra a vontade dos donos*, lei 16, do tit. *De servitutibus praediorum rusticorum*, do Digesto; assim também está no arbítrio do Príncipe, como senhor do mar, conceder ou negar, aos navegantes, passagem pelo mar que ocupa ou acesso a seus litorais, pois não deve deixar de ser lícito ao senhor do mar aquilo que é lícito a qualquer um em seu prédio. Esta a razão por que

(1) Esta obra de Frei Serafim de Freitas foi por mim traduzida, e publicada pelo Centro de Estudos de Psicologia e Historia da Filosofia, em 1959, com um prefácio notável do Prof. Marcelo Caetano

também lhe compete determinar que mercadorias quer ele se transportem pelo seu mar, e se importem ou exportem para suas províncias e litorais, e, deste modo, impor ao uso do mar o limite que quiser, e dar leis ao comércio marítimo. E deste direito usam realmente quase todas as nações.

A NAVEGAÇÃO ATRAVÉS DO MAR OCUPADO E POR DIREITO PROIBIDA AOS ESTRANGEIROS

§ VI — Usam, por isso, os nossos Reis de seu direito, quando proíbem aos estrangeiros, mesmo que não habitem neste Reino, o comércio ou navegação para a Índia, Brasil e restantes províncias ultramarinas, sob as penas graves estabelecidas na Ord. liv. 5, tit. 107, no princípio, Man. tit. 112, § 1, e tit. 109, no princípio, e § 3, Man. 81, no princípio, e § 2, e nas Extravagantes de 9 de Fevereiro de 1591, 18 de Março de 1605, e 8 de Fevereiro de 1711, Collecção I à Ord. liv. 5, tit. 107, Nn. 1 e 9.

TAMBÉM NÃO É CONCEDIDA INDISCRIMINADAMENTE AOS CIDADÃOS

§ VII — Também os cidadãos só com licença do Rei podem navegar para estas remotíssimas regiões ou aí negociar, Ord. liv. 5, tit. 107, no princípio, e §§ 2 e seg.; e não lhes é permitido o comércio indiscriminado de todas as coisas, mas apenas dalgumas que estão mencionadas na Ord., mesmo liv., tit. 106, Man. 113. Além disso, os nossos pilotos e marinheiros não podem servir em armadas estrangeiras, Ord. liv. 5, tit. 98, Extravagante de 27 de Setembro de 1756, nem vender nem fabricar navios ou madeira para eles, Ord. liv. 5, tit. 114, Man. 88, § últ., nem, finalmente, abandonar o governo do navio que uma vez assumiram, Ord. liv. 5, tit. 98, Man. 98.

§ VIII — Para os navios prestes a sair dos portos foi prescrita uma nova ordem pelo Alvará de 1 de Fevereiro de 1758, e pelo Decreto de 24 de Abril do mesmo anno, o qual não só declarou os tributos hoje recebidos dos navios que saem dos portos, mas também instituiu o acendimento de luzes. Os Alvarás de 28 de Novembro de 1753 e 25 de Janeiro de 1755, nos quais se fixaram tempos certos e muito adequados aos navios de carga que largavam para as províncias ultramarinas, acham-se hoje em parte ab-rogados pela novíssima lei promulgada pelo Rei Fidelíssimo D. José I em 10 de Setembro de 1765, a qual concedeu a livre navegação para o Brasil em qualquer tempo.

A QUEM PERTENCEM AS COISAS
ARROJADAS AOS NOSSOS LITORAIS

§ IX — As coisas que, por motivo de naufrágio, vierem ter à costa de nossos mares, impelidas pela tempestade, não pertencem ao Rei, nem aos que as occupam, mas são guardadas para se restituírem aos donos, Ord. liv 2, tit. 32, no princípio, Man. 22, Afons. 32. Isto, porém, já muito antes havia sido determinado por uma lei de 1211 de D. Afonso II nas Cortes de Coimbra, Brandão, *Monarchia Lusitana*, p 4, liv XIII, cap. 21, e outra del-Rei D. Fernando nas Cortes de Atouguia de 1375, Fernão Lopes, *Crónica de D. Fernando*, cap 92, Frei Manuel de Santos, *Monarchia Lusitana*, p 8, liv. XXII, caps 19 e 30, e outra de D. João I, *Crómica* deste Rei, p. II, cap. 127, de Fernão Lopes. Mas são muito mais completas as determinações do direito romano nesta matéria, lei 1, no princípio, e § últ., e leis 3, 4, 5 e 7 do tit. *De incendio, ruina, naufragio, rate, nave, expugnata*, do Digesto.

§ X — As naus dos inimigos abalroadas contra os litorais também não são dos que as occupam, ao contrário do que dispõe a Ordenação Régia, liv. 2, tit. 32, § 1, mas são destinadas ao Fisco pela Extravagante de 20 de Dezembro de 1713, Coleção I à mesma Ord., N. 1, o que parece menos duvidoso, se se tratar de navios aprisionados em guerra pública; no entanto, se estes navios forem capturados pelas Companhias do Pará ou Pernambuco, ficam-lhes pertencendo, §§ 15 e 19 das respectivas leis fundamentais, o que constitui um direito especial. Também pelo Alvará de D. Pedro II de 18 de Junho de 1704, apud Febo, *Decisão* 195, os navios dos inimigos ficam a ser daqueles que os tomam (*História do Direito Civil Português*, § LXVI, Nota b; Tit. XI, § VI, deste livro).

Duas questões se podem pôr aqui. 1.ª — se as coisas dos amigos, apreendidas em navio inimigo, são com justiça confiscadas juntamente com esse navio, 2.ª — se apenas as coisas dos inimigos, encontradas em navio amigo, revertem a favor do Fisco, ou se reverte também esse navio amigo, dada a razão evidente de que o seu dono colaborou numa coisa ilícita. Eu humito-me a formular estas perguntas que Grócio *De jure belli*, liv III, cap 6, §§ 5 e 6, Henneque Coccey, na *Dissert De jure belli in amicis*, Tomo II, *Dissert* 2, e Bynkershoeck, *Quaestiones juris publici*, liv 1, caps 13 e 14, trataram convenientemente. Também adianta alguma coisa neste assunto a resposta de Pedro Cuneu na *causa posthumu*.

OS QUE NAVEGAREM CONTRA AS LEIS DO REINO,
PODEM SER PRESOS POR QUALQUER UM

§ XI — Porém, os estrangeiros, ou os nacionais que navegarem para as províncias por razões de comércio contra as leis públicas do Reino, podem ser presos por qualquer particular, que haverá a metade, tanto do navio tomado, como das merca-

dorias nele transportadas, Ord. liv 5, tit. 107, § 1, Man. tit. 112, § 2 do mesmo livro.

Esta Ordenação parece falar somente dos navios mercantes; mas nos de guerra também tem lugar a sua decisão, como o refere julgado Cabedo, p. 1, *deciso* 191. No entanto, pode perguntar-se, especialmente quanto aos navios de transporte, a quem deve ser adjudicada a metade desta presa se ao dono do navio, que o deu de alugar, se ao seu arrendatário, se, finalmente, ao mestre do navio, marinheiros, etc. Quanto a mim, entendo que a melhor causa é a destes últimos, porquanto é princípio geralmente aceito que a presa é de quem a toma, e não ser que haja sido tomada em nome e por mandado de outrem. Ora, não foi o dono do navio, nem o seu arrendatário, nem os donos das mercadorias quem tomou esse navio, mas sim o mestre do navio, os marinheiros, e os outros tripulantes, por outro lado, não parece que o dono do navio ocupa por intermédio daqueles o navio aprisionado, visto que o trabalho deles foi contratado apenas para o transporte de mercadorias, e para nada mais, Bynkershoek, *Quaestiones Juris publici de rebus bellicis*, cap. 20. E assim o estatui, se não me engano, a Ordenação, liv. 5, tit. 107, § 1, *ibi* *E do que lhes for tomado e julgado por perdido, haverão os que o tomarem, a metade, e todo o mais ficará para nós*.

ALGUNS DIREITOS ESPECIAIS

§ XII — Constitui direito especial aquele segundo o qual não se pode fazer demorar a navegação próxima por motivos de penhora ou causa semelhante, Extravagante de 15 de Abril de 1757, e aquele segundo o qual os Desembargadores do Paço como que costumam dar tréguas aos que fabricam navios grandes ou pequenos contra a forma das Ordenações Régias e diferir-lhes a execução das penas para outro certo tempo, a saber, pela forma prescrita no § 95 do Regimento do Paço.

No Regimento que deu à Casa da Índia em 1570, El-Rei D. Sebastião definiu, depois de D. João II e do Felicíssimo D. Manuel,

certa estrutura e tamanho dos navios. Na Extravagante de 11 de Julho de 1765 e noutras novíssimas leis, tomaram-se, sobre este assunto, outras disposições que não há vagar de referir, pois trata-se de uma mera questão de facto, da qual não nasce nenhum direito, que seja por isso necessário explicar.

ALGUMAS DISPOSIÇÕES SOBRE AS SALINAS

§ XIII — Seja-nos lícito juntar aqui algumas observações sobre as salinas. Os seus antigos direitos pertencem inteiramente ao Rei, segundo a Ordenação, liv. 2, tit. 26, § 15, que se intitula *Dos direitos reais*. Em Espanha há uma Ordenação semelhante na *Recopilación*, liv. VI, tit. 13, lei 2; e em França também, como afirma Cujácio nas *Observationes*, liv. III, cap. 31, assim como entre os Romanos na lei 17, § 1, do tit. *De verborum significatione*, do Digesto, na lei 59, § 1, do tit. *De hereditibus instituendis*, do Digesto, na lei 11 do tit. *De vectigalibus et commissis*, do Código, e na lei 4, § 7, do tit. *De censibus*, do Digesto. As nossas leis também proíbem os estrangeiros de trabalhar nas marinhas de sal, Extravagante de 27 de Maio de 1696, Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 26, N. 11; igualmente estão os naturais do Reino proibidos de trabalhar nas marinhas de sal das outras nações, Extravagante de 15 de Fevereiro de 1695, na mesma Colecção, N. 10. As salinas situadas em local particular não pertencem ao Rei, mas ao respectivo senhor, devem-se, porém, cobrar os direitos do sal pela maneira prescrita no Regimento de 13 de Julho de 1638, *apud* Manescal, tomo I, pág. 211.

As áreas salineiras, tais como os campos incultos e desertos, eram anualmente dados *de sesmaria*, sem qualquer ônus, segundo a Ord. liv. 4, tit. 43, § 13, depois, começaram a ser dados mediante uma módica pensão, como se vê de documentos dos anos de 1435, 1460 e 1490, *apud* Cabedo, p. 2, *Deciso* 53. A novíssima lei de 17 de Julho de 1769 sobre as salinas dos Algarves seguiu de muito perto essas razões de humanidade e interesse público.

§ XIV — Ora, porque são públicos os rios, mormente os navegáveis, pois estão abrangidos pela occupação geral, e por isso pertencem ao Rei ou à República, Ord. liv. 2, tit. 26, § 8, segue-se: 1.º — que são do mesmo direito os álveos, sem os quais é impossível conceber os rios; 2.º — as margens, que contêm o rio; 3.º — os portos, ilhas, e todos os aumentos fluviaes, §§ 9 e 10 da mesma Ord., pois são parte do próprio rio e seu álveo (*Instituições*, Liv III, Tit. III, § VII); 4.º — a passagem do rio, a pesca, e os direitos de passagem e pesca, §§ 12 e 14. Por isso, só o Rei pode: 1.º, mudar o curso dos rios; 2.º, conceder a alguém, livre ou conditionalmente, os álveos e as ilhas derrelictas; e, finalmente, promulgar leis sobre a pesca, estabelecer sociedades, e interdizer o pescado a todos ou cada um, para sempre ou por certo prazo, Ord. liv. 5, tit. 88, §§ 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, deduzida da Extravagante de D. Sebastião promulgada em 1 de Julho do ano de 1565, *apud* Leão, p. 4, tit. 14, lei 3, Ord do mesmo liv., tit. 91, no princípio, e liv. 2, tit. 28, no princípio, e o Alvará de 15 de Janeiro de 1773, que fundou a nova Companhia de Pescarias no Reino do Algarve.

Tudo aquilo que não está distribuído por cada um, permanece em poder do Príncipe, deste modo, o álveo deserto, a ilha nascida no rio, e os portos pertencem ao Imperante, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv II, cap 3, §§ 7 e 19, e cap 8, §§ 7, 8 e 9. O mesmo se deve dizer das minas de ouro ou prata, Ord liv 2, tit. 26, § 16, e tit 34 do mesmo, Extravagante de 17 de Dezembro de 1557, *apud* Leão, p 5, tit. 6, lei 1, da qual foi quase integralmente tirado o tit. 34 da Ord liv 2. Entre os Romanos, quando o estado era popular, a maior parte das coisas eram permtidas a cada um, que, por isso, adquire para si as margens, § 4 do tit *De rerum divisione* das Institutas, as ilhas dos mares e dos rios, § 22 do mesmo, e os álveos desertos, § 23. Porém, mudando depois a forma de Governo, e ficando o supremo poder confiado a um só, os Romanos deixaram estas e

certa estrutura e tamanho dos navios. Na Extravagante de 11 de Julho de 1765 e noutras novíssimas leis, tomaram-se, sobre este assunto, outras disposições que não ha vagar de referir, pois trata-se de uma mera questão de facto, da qual não nasce nenhum direito, que seja por isso necessário explicar.

ALGUMAS DISPOSIÇÕES SOBRE AS SALINAS

§ XIII — Seja-nos lícito juntar aqui algumas observações sobre as salinas. Os seus antigos direitos pertencem inteiramente ao Rei, segundo a Ordenação, liv 2, tit. 26, § 15, que se intitula *Dos direitos reais*. Em Espanha há uma Ordenação semelhante na *Recopilación*, liv VI, tit 13, lei 2; e em França também, como afirma Cujácio nas *Observationes*, liv III, cap. 31, assim como entre os Romanos na lei 17, § 1, do tit. *De verborum significatione*, do Digesto, na lei 59, § 1, do tit. *De hereditibus instituendis*, do Digesto, na lei 11 do tit *De vectigalibus et commissis*, do Código, e na lei 4, § 7, do tit. *De censibus*, do Digesto. As nossas leis também proíbem os estrangeiros de trabalhar nas marinhas de sal, Extravagante de 27 de Maio de 1696, Colecção I à Ord liv 2, tit. 26, N. 11, igualmente estão os naturais do Reino prohibidos de trabalhar nas marinhas de sal das outras nações, Extravagante de 15 de Fevereiro de 1695, na mesma Colecção, N. 10. As salinas situadas em local particular não pertencem ao Rei, mas ao respectivo senhor; devem-se, porém, cobrar os direitos do sal pela maneira prescrita no Regimento de 13 de Julho de 1638, *apud* Manescal, tomo I, pág 211.

As áreas salineiras, tais como os campos incultos e desertos, eram antigamente dados *de sesmana*, sem qualquer ónus, segundo a Ord liv 4, tit. 43, § 13, depois, começaram a ser dados mediante uma módica pensão, como se vê de documentos dos anos de 1435, 1460 e 1490, *apud* Cabedo, p 2, *Decisio* 53. A novíssima lei de 17 de Julho de 1769 sobre as salinas dos Algarves seguiu de muy perto essas razões de humanidade e interesse público.

mento sobre bens e heranças dos defuntos e ausentes, tanto no Reino, como nas províncias dos descobrimentos, compete pela Extravagante de Filipe III de 2 de Janeiro de 1606. Colecção I à Ord. liv. 1, tit. 51, N 8, à Mesa da Consciência e Ordens Militares, e não àquele Conselho, e para sua administração D José I prescreveu um óptimo regulamento em 27 de Julho de 1765.

TÍTULO X

DO DIREITO DE POLÍCIA

QUE COISAS CABEM NA DESIGNAÇÃO DE POLÍCIA

§ I — Ninguém ignora quantas matérias os escritores de direito público tratam sob a designação de polícia. Parecem ter aqui lugar próprio (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. X, § XVI) as leis económicas, as sumptuárias, as leis sobre funerais, saúde, alimentação; as leis criminaes; as leis sobre os edificios, vias públicas, educação particular e pública dos cidadãos, sua precedência, seus direitos e deveres, leis sobre as diversas formas de tratamento social, sobre os vadios e mendigos, sobre colégios e universidades, e bem muitas outras coisas que seria longo enumerar. Como habitualmente, explicamos apenas as principais.

A EXECUÇÃO DAS LEIS DE POLÍCIA PERTENCE INDISTINTAMENTE A TODOS OS MAGISTRADOS

§ II — De começo uma advertência nos cumpre fazer: os magistrados portugueses tiveram desde a sua origem, e têm ainda agora, não só a jurisdição voluntária e contenciosa, mas também a jurisdição de polícia. Na verdade, até ao dia 25 de Junho de 1760 não foi para este efeito criado nenhum magistrado especial. Da competência e deveres do que actualmente existe, falaremos abaixo no § XXIII

§ III — E, primeiro que tudo, o cuidado do almotacé-mor é o abastecimento de víveres tanto na cidade de Lisboa como nos lugares para onde a Corte segue o Rei, devendo ele, por isso, providenciar o mais diligentemente possível para que os estalajadeiros, os taverneiros, os regatães, os carnicheiros, e os padeiros façam prestes tudo o que for necessário à comitiva real. Possuirá um padrão das medidas públicas da Corte, e por esse padrão, que é obrigado a trazer consigo, devem ser aferidos todos os pesos duas vezes ao ano. Curará também da limpeza dos caminhos públicos, e por este título poderá aplicar certa multa aos almotacés menores do lugar, Ord. liv. 1, tit. 18, desde o princípio até ao § 36, Man. tit. 15

DOS ALMOTACES MENORES

§ IV — O officio dos almotacés menores é quase o mesmo. Fiscalizarão as medidas públicas e procurarão que se conserve muito diligentemente um padrão delas em uma arca na Câmara do lugar; que os ourives, os regatães, os cerrieiros, os caldeireiros, os boticários, as fruteiras, os tecelões, os tintureiros, os mercadores, etc., tenham os pesos e medidas necessários a seus officios; alguns destes são obrigados a aferi-los pelo padrão público uma vez ao ano, outros duas vezes, e outros uma vez em cada bimestre, Ord. liv. 1, tit. 18, § 36 até ao fim. Os que usam medidas falsificadas, pagam as multas e incorrem nas penas que vêm na Ord. liv. 1, tit. 18, § 40, e tit. 68, § 10, e liv. 5, tit. 58. Também é função dos almotacés menores pôr taxa a quaisquer mercadorias, e fazê-lo gratuitamente, por razão evidentemente de seu officio, e sem recompensa alguma, Ord. no mesmo liv. 1, tit. 68, § 4; repartir os víveres, sobretudo os mais caros, pelos ricos e pobres, §§ 4 e 12, e cuidar da limpeza das cidades, §§ 18, 19, 20,

21 do mesmo liv. e tit. deduzidos da lei única, no princípio, e §§ 1, 2, 3, 4 e 5 do tit. do Digesto *De via publica et siquid in ea factum esse dicat*. Na provincia do Alentejo é interdito sob grave pena aos ceifeiros e quaisquer operários receberem pelo seu trabalho um salário novo e maior do que o anteriormente usado, Decreto de 15 de Junho de 1756, e também pela Ord. liv. 1, tit. 60, §§ 32 e 33. É permitido aos vereadores taxar todos os anos as obras e artefactos fabris e fixar salário certo aos operários ou aprendizes; contudo, não se deve usar desta licença senão quando a utilidade pública o exigir.

A Câmara do lugar curará das fontes, pontes e caminhos públicos, Ord. liv. 1, tit. 66, § 24. Para as reparar pode o corregedor da comarca mandar fintar até à quantia de quatro mil réis, Ord. liv. 1, tit. 58, § 43, e o Desembargo do Paço até à de duzentos mil réis, § 84 do respectivo Regimento. Em todas as cidades, vilas e lugares deve haver certos guardas ou irenarcas, isto é, *quadriheiros, jurados, alcaldes*, instituídos sobretudo para guardarem os caminhos contra os salteadores, Ord. liv. 1, por todo o tit. 73, tit. 75, §§ 8 e 9, tit. 65, § 13, vide lei única do tit. *De venarchis*, do Código, a nossa Ord. liv. 5, tit. 61, § 1, e a Extravagante de 20 de Outubro de 1763. Hoje pelo Alvará de 13 de Dezembro de 1788 a nossa Fidelíssima Rainha cometeu o principal encargo de fazer ou refazer os caminhos das duas margens do rio Douro, à Companhia de Vinhos do Porto.

CERTA FORMA DE EDIFICAR PRESCRITA
PARA A CIDADE DE LISBOA

§ V — Ora, porque de modo especial respeitam à policia os edificios particulares e sobretudo os públicos, D. José I para restaurar a cidade de Lisboa, quase totalmente destruída pelo horrível terramoto do fatal ano de 1755, ordenou várias medidas, e, à cabeça de todas, declarou no decreto régio de 3 de Dezembro do mesmo ano e 12 de Junho de 1758 a iconografia geral dos edificios públicos e habitações particulares desta quase nova

cidade Depois, pelo Alvará de 12 de Maio de 1758 constituiu limites certos para as novas edificações, e arbitradores que estabelecessem o preço aos terrenos alheios. Por isso, absolutamente a ninguém é permitido edificar em Lisboa contra a forma descrita em tais regulamentos, Extravagante de 15 de Junho de 1759. E bastem estas indicações apenas. O mesmo rei (apraz-nos notá-lo aqui) elevou à categoria de cidade algumas povoações maiores do Reino, que nós chamamos *villas*, como Aveiro em 11 de Abril de 1759, Pinhel em 25 de Agosto de 1770, e Arrifana do Sousa, que chamou Penafiel, em 3 de Março do mesmo ano

NAS RESTANTES CIDADES É DIFERENTE

§ VI — Nas mais cidades, não existe forma certa de edificar prescrita por lei pública. Por isso, *de modo nenhum se proíbe ao dono dum edificio elevá-lo quanto quaser*, como dizem os Imperadores na lei 8 do tit *De servitutibus et aqua*, do Código, ainda que se ofendam a outrem as luzes e a vista do mar; com effeito, esta excepção não é admitida pela decisão e teor geral da Ord. liv. 1, tit. 68, § 24, *ibi: Qualquer pessoa, que tiver casas, pôde nellas fazer . quanto lhe aprowver, e alçar-se quanto quzer, e tolher o lume a qualquer outro visinho d'ante si*; por outro lado, nunca entre nós foi recebida a Constituição de Zenão, referida na lei 12 do tit. *De aedificiis privatis*, do Código, Decreto de 12 de Junho de 1758, com o qual se deve conjugar a solene deliberação da Câmara de Lisboa de 2 de Março do ano de 1786. Na realidade, o dono usa do seu direito, que igualmente lhe concede possa também abrir um poço em sua casa, ainda que dessa abertura resulte o corte dos veios do poço alheio, de harmonia com a sentença de Trebácio, Próculo e Ulpiano na lei 24, § últ., lei 26 do tit *De damno infecto*, lei 9 do tit *De servitutibus praediorum urbanorum* (*Instituições*, Liv III, Tit XIII, § X).

§ VII — No entanto, isto deve ser entendido como regra geral, exceptuando-se se se disser haver servidão constituída pela lei, pelo homem, a saber por contrato ou testamento, ou então pelo juiz, como no caso da Ord liv. 1, tit. 68, § 37. Porém, ninguém pode ter eirado sobre a casa ou quintal vizinho, nem sobre estes abrir janela ou fresta; é diferente com o buraco, isto é, a *seterra*, na mesma Ord liv 1, tit. 68, § 24, vers *Porem*, e vers *E assi*. Também não é permitido abrir janela ou portal sobre um beco, salvo com licença da Câmara local, mas, uma vez aberta, o vizinho não poderá alçar o seu edificio, §§ 26 e 27; porém, podem-se abrir portas ou janelas sobre uma rua larga, contanto que não fiquem em frente recta com a porta ou janela do vizinho, §§ 28 e 29. Pode também alguém edificar em quintal ou campo seu e ofender as luzes do vizinho, desde que deixe um intervalo de cerca de seis palmos comuns, isto é, *vara e quarta*, § 33. É proibido edificar escadas nas ruas e vias públicas directamente em frente da habitação de outrem, § 30, assim como também ter escadas, ramada, e alpendre diante da casa, § 31, e, finalmente, fazer tudo aquilo que totalmente impede ou torna incómoda a serventia da via pública, tal como balcão, e cales longas para a água da chuva que cai do telhado, §§ 32 e 40. Além disso, cabe adicionar aqui que não se podem comprar e destruir indiscriminadamente quaisquer casas e negociar a pedra, a madeira e outras coisas que delas saírem, Ord. liv. 2, tit. 26, § 27.

DA NUNCIAÇÃO DE NOVA OBRA

§ VIII — Qualquer um pode denunciar o dano iminente de uma obra em realização, e pedir ao juiz aplique certa pena àquele que tenta fazer obra nova contra a antiga forma, com o fim de que a não continue, planamente se determinar a causa

por direito, ou até se prestar caução, Ord. liv. 1, tit. 68, § 23, lei 1, §§ 1 e 11 do tit. *De operis novi nuntiatione*, do Digesto A nunciação particular, que se faz por palavras, e se concretiza por actos na própria coisa, também é comprovada pelas nossas leis, Ord. liv. 3, tit. 78, § 4, lei 5, § 10, do tit. *De operis novi nuntiatione*, lei 6, § 1, do tit. *Si servitus vendicetur*, do Digesto.

O JULGAMENTO DESTA CAUSA E OUTRAS SEMELHANTES
RESPEITA APENAS AOS ALMOTACÉS

§ JX — Ora, como as nossas leis concedem aos almotacés jurisdição especial sobre todas estas coisas, só a eles cabe julgar as demandas e contendas que emergem da nunciação de obras, limpeza dos caminhos, edificação ou destruição de moradias, servidões urbanas e outras coisas deste género, Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 22, 23 e 42, mesmo que a demanda surja entre Desembargadores e Eclesiásticos, e por causa de janelas abertas ou a abrir sobre a igreja ou seu átrio, Ord. liv. 3, tit. 5, § 9, e liv. 2, tit. 1, § 20, Extravagante de 23 de Outubro de 1604, Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 59, N. 4, e de 9 de Março de 1678, *ibidem*, N. 5. No entanto, sendo a jurisdição dos almotacés limitada e circunscrita a certas coisas, não podem eles conhecer de servidões rústicas, nem de força, e interditos das próprias servidões urbanas, como já muitas vezes foi julgado pela nossa Relação de Lisboa.

QUE ORDEM SE DEVE OBSERVAR
NO TRATAMENTO DESTAS CAUSAS

§ X — Ora, estas causas (como todas as outras que dizem respeito à polícia) são sumárias, e devem ser despachadas com brevidade, não admitindo longos instrumentos ou escrituras processuais, Ord. liv. 1, tit. 68, § 2. Portanto, todo aquele que não provar o seu direito ou não seguir a demanda pelo menos dentro

de três meses, cai da causa, na mesma Ord., § ult., lei única do tit. *De operis novi nuntiatione*, do Código Em toda a causa, deve-se apelar do almotacé para o juiz, que a dirimirá sozinho quando for até certa quantia menor, isto é, 600 reis, e a julgará juntamente com os vereadores em Câmara do próprio lugar, quando ela passar da dita quantia até 6000 reis; porém, sendo as multas mais graves e o feito de maior importância, deve-se recorrer logo para a Relação do Porto ou Lisboa, Ord. liv. 1, tit. 65, § 23, e tit. 68, § 2, os Espanhóis têm uma Ordenação quase idêntica na Recopilación, liv. 4, tit. 18, lei 7.

LEIS SOBRE A SAÚDE

§ XI — Que ninguém exerça a cirurgia, a arte de sangrar e a medicina sem diploma e provisão escrita, e que cada ano os corregedores das comarcas inquiram officiosamente sobre este assunto, estabeleceu a Ord. liv. 1, tit. 58, § 33, deduzida da Extravagante del-Rei D. Sebastião de 7 de Julho de 1561 e da Ord. de 3 de Março de 1565, *apud* Leão, p. 4, tit. 17, leis 17 e 19, na qual, além disso, se determinava que os médicos não confiassem as prescrições médicas a boticários seus parentes, nem fizessem ajuste algum com eles. O mesmo fim visa a Carta de Lei de D. João IV de 13 de Março de 1656, Colecção I à Ord. liv. 1, tit. 58, N. 10, que proibiu os médicos e cirurgiões de escreverem os nomes e quantidades dos medicamentos em cifras ou abreviaturas. Em Lisboa existe um Provedor especial da saúde, que, entre outras coisas, curará especialmente do estado dos alimentos. Devem também os almotacés providenciar para que não se lancem nos caminhos estercos, cães, bestas ou gatos mortos, Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 18, 19, 20 e 21, pois de seu mau cheiro provém dano à saúde Também não são de todo descabidas neste lugar as leis contra os açambarcadores que vêm no Código de D. Manuel, liv. 4, tit. 32, na Colecção de Leão, p. 4, tit. 9, leis 1,

4, 7 e 8, no Código Filipino, liv. 5, tit. 76, e na Extravagante à mesma Ord. na Coleção I e II, assim como também contra os que lançam água ou terra no pão, Ord liv. 5, tit. 59, Man. 87 do mesmo livro, dos quais falaremos em seu lugar (*Instituições de Direito Criminal Português*, Tit V, §§ IV e VI)

E UM DEVER FUNDAMENTAL EDUCAR OS FILHOS

§ XII — Na República os soberanos devem ter especial cuidado para com os órfãos, de quem são uma espécie de pais. As nossas leis criaram, para proteger os órfãos e seus bens, um magistrado especial, a cujo respeito existe nas Ord. um título inteiro e longo, Ord. liv. 1, tit. 88, Man 67. Esse magistrado aplicará a máxima diligência sobretudo na educação dos órfãos; confiará as crianças de leite à mãe, que é absolutamente obrigada a amamentar o filho de graça; mas, se a mãe for nobre, caso em que não costuma entre nós amamentar as crianças, ou se lhe faltar o leite, ou se o filho for natural, incestuoso, adúlterino, ou exposto, será dado a uma ama que o crie à custa e dano de um dos pais. No caso, porém, de estes não poderem por falta de meios ou de não se saber quem são, deve a criança ser entregue a um local público destinado à criação de órfãos, e criada ou à custa dos bens e rendas do Concelho e Câmara do lugar, ou, não sendo isso possível, pelos moradores do próprio lugar. E para este fim, que não admite indecisão alguma, podem os vereadores lançar fintas pelas pessoas, Ord liv 1, tit 88, §§ 10 e 11. Depois, em chegando o menino aos sete anos, deve, consoante as suas posses, e a sua origem, illustre ou obscura, educá-lo nos estudos, ou confiá-lo a um artifice para que aprenda o ofício do pai ou outro de sua vontade, ou então assoldá-lo a alguém, §§ 13, 15, 16, 18, 38 da Ord. do mesmo liv. e tit., e tit. 62, § 36

OS SEUS BENS DEVEM SER PROTEGIDOS

§ XIII — Não empregará menor diligência na protecção dos bens dos órfãos. Fará o respectivo inventário dentro de um mês contado da morte de um dos pais, por aquela minuciosíssima maneira que vem declarada na mesma Ord liv 1, tit 88, §§ 4, 5, 6, 7, 8 e 9. Cuidará do seu cultivo, aluguer, e venda, quando for permitida pelo direito; de maneira nenhuma pode comprar, nem por pretexto algum receber ou ter em seu poder esses bens; não confiará a sua administração aos menores, salvo se tiverem 25 anos completos, ou houverem casado com seu assentimento, ou tiverem obtido do Desembargo do Paço o suplemento de idade, §§ 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 30 da predita Ord., e § 3, tit. 9, da Ord. liv. 3, e tit. 42 do mesmo livro. Finalmente, julgará todas as demandas e contendas em que os órfãos sejam autores ou réus, Ord. liv. 1, tit 88, §§ 45 e 46, excepto as causas criminaes, § 48

TAMBÉM DEVEM SER PROTEGIDOS OS BENS DO AUSENTE, DO PRÓDIGO, DO FURIOSO, ETC

§ XIV — Disposições quase semelhantes foram decretadas para a protecção das pessoas e bens dos ausentes, cativos, pródigos e mentecaptos. Dar-lhes-á também um curador, Ord. liv. 1, tit. 90, no princ., e liv. 4, tit. 103, quer sejam leigos, quer clérigos, pois que a dação de tutor é meramente civil e diz respeito aos bens e coisas externas, não sendo por lei nenhuma cometida ao juiz eclesiástico. Também deve ser dado curador à herança jazente, Ord liv. 1, tit 90, § 1. Pode ainda o Provedor Régio entregar aos parentes mais chegados os bens dos ausentes, devendo, no entanto, observar para este efeito tudo aquilo que foi providentissimamente estabelecido na Ord liv 1, tit 62, § 38

HOSPITAIS PÚBLICOS

§ XV — Os hospitais públicos são administrados pelo Provedor Régio, que proverá sempre com particular atenção sobre o médico, o cirurgião e suas curas, sobre os doentes, a comida, as camas, e os enfermeiros do hospital; com igual diligência curará ainda dos bens do hospital, assim como também das capelas, confrarias, e restantes coisas que cabem na designação de montepio, Ord. liv. I, tit. 62, desde o § 39 ao § 66. Porém, o célebre Hospital de Todos os Santos, e a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, fundada pela Rainha D. Leonor em 1498 e liberalmente dotada por el-Rei D. Manuel, têm um juiz especial da ordem dos Desembargadores da Casa da Suplicação, Ord. liv. I, tit. 16, mais ou menos tirada da Extravagante del-Rei D. Sebastião de 18 de Dezembro de 1565, *apud* Leão, p. I, tit. 14, lei 1

LEIS SUMPTUÁRIAS

§ XVI — Para não falar nas leis sumptuárias mais antigas que vêm na Ord. liv. 5, tit. 100, Man. 102, Afons. 43, e na Colecção de Leão, p. 4, tit. 1, lei 6, promulgaram várias dessas leis D. Pedro II em 25 de Janeiro de 1677, 9 de Agosto de 1686, 5 de Agosto de 1688 e 14 de Novembro de 1698; D. João V em 6 de Maio de 1708, Colecção I à mesma Ord., N. 1, 2, 3, 6 e 9, 24 de Maio de 1749, 19 de Setembro do mesmo ano, e 21 de Abril de 1751. Por estas leis foram proibidas, além de outras coisas, as telas, os panos de seda mais espessos entressachados de flores de ouro ou prata, os cordões, as orlas, e as fitas de ouro ou prata, os cristais, os adereços de vidros e pedras, as librés de pano vermelho, os chapéus, trajos mulheris, envolver o rosto com máscaras e igualmente com gualteiros, nas ditas Extravagantes, na Ord. liv. 5, tit. 79, §§ 2 e 3, e tit. 34 do mesmo livro, carta de Lei de D. Pedro II de 25 de Agosto de 1689, *apud* Colecção I à

mesma Ord., N. 1, e finalmente em Lisboa os carros puxados por mais de dois cavalos, pela novíssima lei de 2 de Abril de 1762

Não se deve eliminar completamente o luxo da sociedade, mormente numa Monarquia, mas deve-se moderar esse luxo e temperar tudo por forma que se harmonizem as despesas, os rendimentos e os gastos. A este propósito traz o Abade Pluquet muitas considerações notáveis no opúsculo intitulado *Traité Philosophique et Politique sur le luxe*, ora, as leis sumptuárias são por natureza temporárias, e derogadas, não só por outras leis, mas também pelos usos e costumes contrários. Na verdade, quem restabelece hoje as obsoletas leis sumptuárias del-Rei D. Sebastião de 5 de Junho de 1560, 22 de Novembro de 1566, *apud* Leão, 4, 1, 2 e 6, 28 de Abril de 1570, *apud* Francisco Correa, p. 6, que descrevem muito miudamente não só o número de convivas mas também as iguarias que se devem pôr à mesa nos banquetes públicos e particulares, assim como também as leis de D. Pedro II de 5 de Agosto de 1688, 14 de Novembro de 1698, e a de D. João V de 6 de Maio de 1708, pelas quais foram proibidos novos géneros de vestidos? (Ver Saavedra, *Empr* XXI)

LEIS FUNERÁRIAS

§ XVII — As leis funerárias, que declaram os gastos dos funerais, e os vestidos de luto, vêm quase nas mesmas Ordenações e Extravagantes. Pela Sanção Pragmática de 24 de Maio de 1749 são proibidos os lutos, por morte dos príncipes, pais, esposa, e filhos, para além de seis meses; do sogro ou sogra, irmão, irmã, e cunhados, para além de quatro meses; de tios, sobrinhos, e primos, para além de dois meses; e dos restantes parentes, para além de quinze dias. Também é proibido nos funerais revestir com panos de dó as paredes, tectos e cadeiras das igrejas, e pôr o túmulo em lugar elevado. Pelo Alvará de 17 de Agosto de 1761, §§ 3 e 4, foram proibidos alguns ritos de luto. O marido não pode ser citado a juízo dentro dos nove dias seguintes ao funeral da mulher; assim como também não a

mulher, a quem morrer o marido, e a pessoa a quem morrer pai, filho ou irmão, Ord. liv. 3, tit. 9, § 9 As penas applicadas às viúvas por casarem antes de passado o ano de nojo não são devidas pelas nossas leis, Ord. liv. 4, tit. 106; mas já o são as respeitantes às segundas núpcias e favor dos filhos nascidos do primeiro matrimonio, como as que vêm na Ord. liv. 4, tit. 91, § 2, e tit. 105, e na lei testamentária de 9 de Setembro de 1769, §§ 27, 28 e 29

As mulheres, que casavam antes de passado um ano de luto, eram consideradas infames pelas nossas leis, ou (o que é mais provável) pelos nossos costumes, e sofriam certas penas que D Pedro I abrogou em favor do matrimonio e obséquio das leis eclesiásticas, Ord. Afons. liv. 4, tit. 17. No entanto, esta lei de D Pedro, publicada a pedido do povo nas Cortes de Elvas, e as Ordenações posteriores nunca puderam abolir a infâmia do facto e a diminuição da honra e consideração públicas, que vulgarmente se julga resultar, não só do matrimonio celebrado dentro do ano de luto, mas, em geral, também das segundas núpcias. E esta opinião ainda hoje vigora sobretudo nas povoações e lugares mais pequenos, e de modo especial na Provincia de Entre-Douro-e-Minho, o que aponto para louvor de seus habitantes. Quanto às penas que foram estabelecidas para as segundas núpcias pela Constituição de 9 de Setembro de 1769, §§ 27, 28 e 29, são pesadas de mais, e já não têm lugar depois do Decreto Régio de 17 de Julho de 1778

DIVERSAS FORMAS DE TRATAMENTO HONORIFICO ENTRE NOS

§ XVIII — Não sendo, nem podendo ou devendo ser todos os cidadãos da mesma categoria, já de há antiquíssimos tempos se constituíram entre nós diversas formas públicas de tratamento honorífico; e, para omitir as leis mais antigas e mesmo o Alvará de Filipe II, de 16 de Setembro de 1597, D. João V em 29 de Janeiro de 1739, *apud* Colecção I à Ord. liv. 5, tit. 92, N. 3, estabeleceu que se dê o tratamento de Excelente, isto é, *Excellentia*, e *Excellentissimo*, aos grandes do Reino, quer eclesiásticos, ou

seja apenas os bispos nomeados pelo Rei, quer seculares, como duques, marqueses, condes, e igualmente o Regedor da Casa da Suplicação, o Governador da Casa do Porto, os Ministros do Erário Régio, e os presidentes do Desembargo do Paço, da Mesa da Consciência e Ordens Militares, do Conselho Ultramarino, e do Senado de Lisboa; os Vice-reis da Índia e do Brasil, e os comandantes do exército e da armada, e que sejam honrados com o vocábulo de apelação dominica, isto é, *Senhoria* os viscondes, barões, e os filhos destes e dos grandes do Reino, o ministro da Casa Real, nobre que serve em casa del-Rei, os cônegos da Igreja Patriarcal, o Grão-Prior da Ordem de Avis e Santiago, o Reitor da Universidade de Coimbra (e hoje também o vice-reitor por Alvará de 12 de Janeiro de 1811), o Commissário da Bula da Cruzada, o Cabido «sede plena» ou «vacante», e finalmente todos os ministros do Conselho Real, Extravagante de 15 de Janeiro de 1759, assim como também o Abade do Mosteiro de Alcobaça, Esmoler d'El-Rei, Alvará de 20 de Junho de 1764. Ora, como são tão diversas as categorias entre cidadãos, daí provêm necessariamente muitos dissídios e perturbações; salientam-se de modo especial as questões sobre precedências, levantadas quase sempre com grande paixão, sendo, por isso, do interesse público defini-las (*Instituições*, Liv. II, Tit. III, § LXII).

Sobre a precedência dos cidadãos baste notar apenas o seguinte. Os príncipes de sangue real precedem a todos os cidadãos, e a precedência entre eles é regulada pela proximidade de sangue e de grau, critério este que na França foi fixado por uma constituição especial de Henrique III no ano de 1576. Os filhos ou filhas dos nossos Reis eram outrora indistintamente chamados Príncipes, Infantes, Reis, e Rainhas, pois o título de Príncipe foi pela primeira vez dado ao filho primogénito do Rei por el-Rei D. Duarte a seu filho mais velho D. Afonso, Brandão, *Monarchia Lusitana*, p. 5, liv. 16, cap. X. D. João IV mandou pela Carta Régia de 27 de Outubro de 1645, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas* ao liv. VII da História Genealógica, N. 29, que o primogénito real se intitulasse para sempre Príncipe do

Brasil e Duque de Bragança Os duques precedem os marqueses, e estes, os condes, e todos entre si pela antiguidade da carta de doação. Alvarás de 29 de Junho de 1556 e 20 de Abril de 1589, *apud* Andrade, *Crónica* de D. João III, P IV, cap 119, e Sousa, tomo II das *Provas* ao Liv IV da História Genealógica, N 127 Os nobres precedem uns aos outros conforme o grau e ordem de nobreza, mas nesta mesma ordem os donatários régios têm preferência a todos Os viscondes e barões, que servem no Desembargo do Paço, no Conselho de Guerra, e na Real Fazenda, precedem os colegas mais antigos desde que não distinguidos com este título, Decreto de 10 de Janeiro de 1706, Alvará de 16 de Junho de 1786 Também os ministros conselheiros del-Rei precedem aqueles que não são do Conselho Real, Alvara de 20 de Novembro de 1786 Os desembargadores ordinários antecedem os honorários, de modo nenhum, porém, devem ser considerados honorários aqueles desembargadores que dentro ou fora do Senado são mandados exercer outro cargo civil, ou continuar o mesmo que desempenhavam, contanto que sejam idóneos para o cargo de desembargador, pois ninguém deve ser prejudicado pelo seu officio e pela aptidão que se supõe maior para o mencionado cargo Por isso, os professores de Coimbra, adscritos ao número e rol dos desembargadores, concorrem inteiramente com os desembargadores ordinários, gozam dos mesmos privilégios e honras, e precedem-nos por sua antiguidade, como expressamente foi decidido no Decreto dado em 10 de Junho do ano de 1666 E nem por maior que seja a autondade de Jorge de Cabedo, que na *Decisão* 5 alega em sentido contrário, pode elle vencer a razão ou a dita lei extravagante. O mesmo cumpre dizer das Deliberações da Casa da Suplicação que decidem esta precedência contra a mencionada lei. Mutas informações sobre o assunto trazem Jacobo Gotofredo, *Diatribe de jure praecedentiae*, Jacobo André Crusio, *De praeceminentia sess praecedentia*, e dentre os nossos João Tomás de Negreiros, *Introductio ad leges criminales*, cap XXIII, desde o n 28

ARMAS PROIBIDAS

§ XIX — A protecção da segurança interna da Nação visam sobretudo as leis que interdizem o uso de certas armas Nas antigas leis do Reino, que vêm na Ord. liv 5, tit. 80, Man

liv. 1, tit. 57, Afons tit. 31, e liv. 5, tit. 75, e na Colecção de Leão, p. 4, em todo o tit. 2, são proibidas as pelias de ferro, chumbo, e pedra; as armas ofensivas e defensivas; exceptua-se a espada que não passe de certa medida e se usa embainhada, o punhal, a adaga; todavia, de noite é defeso aos cidadãos todo o género de armas de fogo, especialmente o arcabuz, a espingarda, a pistola, e o pistolete. É também proibido caçar aves com espingarda carregada de grãos de chumbo, devendo em cada ano os juizes tirar devassa sobre estes casos, na mesma Ord. tit 80 A estas leis antigas mutas outras se juntaram de Filipe III nos anos de 1610 e 1613, de Filipe IV em 1634, de D. João IV em 1649, de D. Afonso VI em 1660, de D. Pedro II em 1678, de D. João V em 1719 (Colecção I à mesma Ord liv. 5, tit 80). Pelas Extravagantes de D. João V de 24 de Maio de 1749, cap. 14, e de D. José I de 21 de Abril de 1751, os lacaios, os negros, os aprendizes de officiais mecânicos, e outros homens de igual condição não podem usar espada ou espadim. Pela Extravagante de 25 de Junho de 1749, para só esta citar, é proibido com penas severas o uso de faca ou navalha pontiaguda

Como a ninguém é dado utilizar quaisquer armas sem conhecimento e licença dos Príncipes, lei única do tit *Ut armorum usus inscio Principe interdictus* si do Código, Ord liv 2, tit 26, § 2, não nos espanta o elevado número de leis nossas que acima referimos, sobre esta matéria, promulgadas em diversas épocas consoante as exigências da ocasião No entanto, vanam as opiniões sobre o uso de armas, entendendo uns que elle devia ser completamente interdito, por se lhes afigurar atentadmo do bem público que alguém, sobretudo em tempo de paz, ande armado entre cidadãos conhecidos e amigos, e entendendo outros que se devia conceder indistintamente a todos como meio necessário de defesa Mas, sendo realmente certo que as armas dão origem a muitos crimes, importa por certo proibir totalmente o uso público de certas armas entre os cidadãos, e conceder o de outras conforme o lugar, o tempo e as pessoas E, porém, difficil definir quais as penas que correspondem a este delicto civil Quanto a mim, tenho por severas demais as penas de sangue, açoites, degredo

e infâmia, por isso, a Nova Constituição de 29 de Março de 1719 e outras leis que se vêem estatuir essas penas, devem ser entendidas em caso especial, a saber, quando ao uso interdito das armas se juntaram certas circunstâncias que costumam agravar os crimes

LEIS CONTRA OS VAGABUNDOS E JOGADORES

§ XX — Já desde os primórdios do Reino existem várias leis contra os vadios, vagabundos e ociosos; mas merecem realce a lei de D. Fernando de 26 de Junho de 1375, *apud* Frei Manuel dos Santos, *Monarchia Lusitana*, p 8, liv 22, cap. 19, e as dos seus sucessores que foram introduzidas nos respectivos Códigos por D. Afonso V, liv. 4, tit 34, D. Manuel, liv. 5, tit. 72, e Filipe II, liv. 5, tit. 68; as leis de Filipe III de 12 de Março de 1603, 9 de Janeiro de 1604, 30 de Dezembro de 1605, 25 de Dezembro de 1608; o Decreto de Filipe IV de 13 de Agosto de 1639; de D. João IV de 16 de Março de 1641; de D. Pedro II de 23 de Setembro de 1701, Colecção II à Ord. liv 5, tit. 68, Nn. 1, 2 e 3; de D. João V de 25 de Março de 1742, e de D. José de 4 de Novembro de 1755 e 25 de Junho de 1760. Nestas leis, entre outras coisas, determina-se:

1.º — Que sejam presos os vadios que vivem no ócio, não exercem qualquer officio nem têm bens de que tirem seu sustento, nem servem amo ou senhor, se não mudarem de vida dentro de vinte dias sobre a data em que forem apanhados em qualquer lugar, Ord liv. 5, tit. 68, no princípio;

2.º — Que sejam incluídos, no número destes, todos aqueles que vivem escandalosa e desonestamente, ou que vivem do jogo, Decreto de D. Pedro II de 23 de Setembro de 1701;

3.º — Aquela gente errante, que nós chamamos *Ciganos*, Ord. liv. 5, tit. 69, Extravagantes de Filipe III de 7 de Janeiro de 1606, de D. João V de 10 de Novembro de 1708, Colecção I à Ord liv. 5, tit 69, Nn. 1 e 5; e o Alvará de D. José I de 20 de Setembro de 1760;

4.º — São proibidos os jogos de dados de qualquer género, e todas as cartas de jogar, salvo se fabricadas em officina do Reino, Ord. liv 5, tit. 82, no princípio e nos §§ 1, 2 e 3, Extravagantes de Filipe III de 17 de Março de 1605 e de D. Pedro II de 29 de Outubro de 1696, *ibidem*, Colecção I, Nn. 1 e 2, e o Alvará de 31 de Julho de 1769;

5.º — São reprimidos com penas severas aqueles que recebem jogadores em sua casa e lhes dão de comer e beber por dinheiro, Ord. liv 5, tit. 82, § 4; e estes mesmos não podem demandar os jogadores por dano ou injúria que lhes façam, § 5;

6.º — Todos aqueles que jogarem a bola de manhã nos dias de guarda da igreja, e também as pessoas não nobres que a jogarem em qualquer dia que não seja de guarda, pagam certa multa pecuniária, Ord do mesmo liv e tit., § 10, deduzida da Extravagante del-Rei D. Manuel de 8 de Julho de 1521, *apud* Leão, p. 4, tit. 4, lei. 1.

Aquella gente errante, chamada *Ciganos*, que vagueia por quase toda a Europa desde cerca de 1524, foi recebida em toda a parte mais dura e desumanamente do que era justo, e talvez por nenhuma outra causa senão a crença vulgar de que ella se dedicava às artes mágicas. Sendo esta a opinião do povo, não admira que aquellos homens não gozem de nenhuma communhão de direito e hospitalidade, pois são quase tidos como inimigos, Ord liv 5, tit 69, e as citadas Extravagantes. Quanto às disposições sobre jogadores que se acham escritas na Ord liv 5, tit 82, Man 48, Afons 40 e 41, foram quase transcritas do Direito Romano, do tit *De aleatoribus* do Digesto e do Código, e nem todas quadram aos costumes hodiernos

LEIS SOBRE OS ESTALAJADEIROS E VIANDANTES

XXI — Pela mesma Carta de Lei de 25 de Junho de 1760, § 12, os que exercem o officio de estalajadeiros são obrigados a declarar em cada dia ao magistrado local os nomes e comitiva dos que receberam em sua casa; igual declaração deve fazer o

mestre dum navio em relação aos que nele recebe, § 13 Devem os juizes ordinários visitar as hospedarias todos os meses uma vez, pôr preços às comidas, e providenciar para que elas estejam aparelhadas de tudo o que pode ser necessário aos viandantes, Ord. liv. 1, tit. 65, § 20. Os hospedeiros, marinheiros e estalajadeiros são absolutamente obrigados pelos furtos e danos cometidos na hospedaria ou estalagem, se não fizerem aquela diligência que estatui a Ord. liv. 5, tit. 64, Man 39 (*Instituições*, Liv. IV, Tit IV, § IX). É proibido o livre-trânsito tanto no Reino como nas províncias, e principalmente a emigração sem passaporte para os outros reinos, tanto aos naturais como aos estrangeiros, quer seculares quer eclesiásticos, o que está determinado não só pela novíssima lei de 25 de Junho de 1760, §§ 14, 15 e 16, e pelo Alvará de 9 de Janeiro de 1792, mas também pelas antigas leis de D. João IV de 6 de Setembro de 1645, 8 de Fevereiro de 1646, e de D. Afonso VI de 6 de Dezembro de 1660, Colecção I à Ord. liv 5, tit. 107, Nn 4, 5 e 8

LEIS SOBRE OS POBRES E MENDIGOS

§ XXII — Em boa verdade todas as leis permitem ocorrer à inópia dos pobres; todavia, é conveniente à República pôr um limite a essas piedosas liberalidades, com que muitas vezes se nutrem os vícios e o ócio dos cidadãos. A mendicidade é um mal social, que se deve eliminar da nação por todos os meios. Já há muito foi decretado pelas antigas leis do Reino que ninguém peça esmola para invocação de algum santo salvo com licença do Desembargo do Paço, Ord liv. 5, tit. 103, Man 104, Regimento do Paço, § 65 D. João III pela lei 29 das Cortes de 1538, e por lei de 4 de Novembro de 1544, e D. Sebastião por lei de 6 de Novembro de 1558, *apud* Leão, p 4, tit. 13, leis 1, 3 e 4, proibiram de mendigar os homens válidos e os que tinham com que viver, mas aos fracos de mão, pé, e braço, ou então aos que

sofriam de extrema carência, deram essa permissão, em Lisboa, mediante licença do Provedor da Confraria da Corte, e no Reino e províncias com licença da Câmara do lugar. A este respeito, merece especial memória a muitas vezes citada Ordenação de D. Fernando de 26 de Junho de 1375. Estas providentíssimas leis foram confirmadas por Filipe III em 9 de Janeiro de 1604, Colecção I à Ord. liv. 5, tit. 103, N 1, e em 25 de Dezembro de 1608, § 13, Colecção I à Ord liv. 1, tit. 49, N. 1, e melhor que todos pelo Fidelíssimo Rei D. José I em decreto régio de 4 de Novembro de 1755, e no diploma muitas vezes lembrado de 25 de Junho de 1760, §§ 18 e 19 (*História do Direito Civil Português*, § LXI)

GERAL E SUPREMO MINISTRO DA POLÍCIA

§ XXIII — Ora, para que estes institutos civis e leis especiais de polícia se observassem com a maior diligência possível, D. José I criou um magistrado especial muito honroso, a quem, pelo motivo de que devia aplicar todos os seus desvelos em fazer cumprir essas leis, deu o nome de *Intendente Geral da Polícia da Corte e do Reino*. A este magistrado estão subordinados todos os magistrados do crime, os quais lhe devem dar conta, a saber, em tudo aquilo que respeitar à sua amplíssima e quase ilimitada jurisdição, pelo modo que o próprio Rei Fidelíssimo declarou no dito diploma de 25 de Junho de 1760

Este importantíssimo cargo é hoje desempenhado pelo Senador do Desembargo do Paço, Diogo Inácio de Pina Manique, que defende sempre o bem público e antepõe a Pátria aos parentes e amigos. Mas faltam e desejam-se muitas coisas, totalmente necessárias a este fim. Na verdade, nem tudo o que vem na Carta de Lei de 25 de Junho de 1760 corresponde ou convém ao fim que D. José I seu autor se propôs, conforme o reconhece a própria Rainha Fidelíssima no principio do Alvará de 15 de Janeiro de 1780. Eis por que, além do mais,

se deseja ainda um Regimento especial que defina a jurisdição deste ministro geral da policia, e faça cessar as contendas daqui nascidas entre os juizes criminaes ordinarios e vereadores, a quem pelas leis tinha sido cometida a policia do Reino, e estes juizes extraordinarios, Regimento que, enfim, compreenda e determine com precisão todas as principais competências da policia

LEIS SOBRE O THEATRO

§ XXIV — Os nossos magistrados providenciarão o mais possível sobre os theatros públicos, os cómicos, os actores, o enredo da peça, e as comédias, porquanto não se devem admitir impunemente aqueles elementos que ofendem o respeito e santidade da religião ou atentam genericamente contra os bons costumes. Entre nós não se toleram as célebres corridas de toiros senão com as pontas serradas, Extravagantes de D. Pedro II de 24 de Fevereiro de 1686, e 20 de Setembro de 1691, *apud* Colecção I à Ord. liv. 1, tit. 66, Nn. 12 e 13; Decretos de 14 de Setembro de 1676 e 28 de Agosto de 1684, *apud* Colecção II à Ord. liv. 1, tit. 66, Nn. 7 e 8. É proibido tocar ou cantar músicas de noite, e principalmente à porta de outras pessoas, Ord. liv. 5, tit. 81, Man. 103; os Espanhóis têm uma Ordenação semelhante na Recopilación, liv. 8, tit. 10, lei 5. Ninguém pode professar publicamente a arte musical, se não for muito longamente exercitado nela, e irmão da Confraria de Santa Cecilia, Alvará de 15 de Novembro de 1760. Finalmente, nos espectáculos e em quaisquer dias festivos, é interdito a todas as pessoas disfarçarem o vulto com máscaras, Ord. liv. 5, tit. 79, §§ 2, 3 e 4, e tit. 34 do mesmo liv., e Extravagante de D. Pedro II de 25 de Agosto de 1689, Colecção I à Ord. liv. 5, tit. 34, N. 1.

É questão antiga se os theatros repugnam aos bons costumes e à moral pública. Sobre isto disputaram no nosso tempo Messieurs Rousseau e d'Alembert. Aquele diz que sim, mas d'Alembert defende com

grandes razões que os theatros são bons e úteis, desde que devidamente administrados. O mesmo defendem Mons. Fagan, etc. Mas nós deixamos aos outros o debate deste assunto.

LEIS ECONOMICAS

§ XXV — É também um notável instituto da Nação, não só dar às aquisições das igrejas, clérigos e monges, as leis que já lembrámos em seu lugar (Tit. V, §§ XI e XXII deste livro), admitir novas ordens religiosas, conservar as antigas que bem merecem, e expulsar as prejudiciais, mas também designar certos homens para serem admitidos na ordem clerical ou monacal. Andou, por isso, D. José I conforme ao direito, interdizendo os bispos e restantes prelados da Igreja de ordenarem ou admitirem em sua ordem qualquer pessoa sem sua licença; procedeu também com justiça e razão ao proscrever os Jesuítas por causa de seus muito horríveis crimes com a salubérrima lei de 3 de Setembro de 1759; e, finalmente, são privados dos direitos de cidadania todos aqueles que furtivamente tomam ordens no reino de Castela, Decreto del-Rei D. Pedro II, de 15 de Março de 1663, Colecção II à Ord. liv. 2, tit. 3, N. 1.

O poder económico, que difere do civil, judicial e político, é aquele que compete ao Imperante como pai de família, e com ele não se procura immediatamente a segurança interna ou externa da sociedade civil, mas sim a da sociedade doméstica e familiar, não deve, por isso, ser exercido pelo modo militar e judicial, mas pelo natural, económico e pátrio, olhando só à verdade do facto, e, assim, de modo nenhum podem convir a este poder as penas capitais, visto que com ele não se pretende a justa e legal punição dos vassallos, mas aquella correção e castigo que se virem necessários para reparar e prevenir o mal. E todos facilmente vêem quantas coisas competirão ao Príncipe por esta razão, mas o referir-las seria longo e alheio ao plano desta obra. Primeiro que tudo, respeitam a este poder (e isto é o essencial) todos os direitos acerca das acções particulares e domés-

ticas dos pais e filhos-família, das coisas sagradas, e dos ministros da religião. Alguns reportam a este poder todas as leis que determinam a jurisdição concedidas aos donatários da Coroa Real e explicam a natureza das doações régias, de que falaremos no Direito Privado, quando aludirmos a esses donatários (*Instituições*, Liv II, Tit III, §§ XVII e seguintes). Cumpre notar aqui que aos reverendíssimos bispos nunca foi concedido o uso do poder civil economico, mas apenas o do judicial, segundo as prescrições de nossas leis, assunto de que expressamente tratam Crespi, *Observ* 3 *De usu et exercitio oeconomicae et politicae potestatis*, e Trobat, *De effectibus immemoriais praescriptionis*, p 2, tit 1, quaest 2

LEIS LITERÁRIAS

§ XXVI — Finalmente (e é este um assunto que não devemos omitir) parecem ter aqui lugar próprio as leis sobre os estudos dos cidadãos, os colégios literários, e as universidades. Indicaremos apenas os tópicos principais, pois seria longo e alheio às normas, que nos impusemos, falar de todos os seus aspectos. Primeiro que tudo, já há muito está determinado nas Ord. do Reino liv. 5, tit 102, que não se imprimam livros sem licença del-Rei. Os estudos menores, para começarmos por estes, e a própria Teologia, sobretudo a Teologia Moral, eram de início ensinados nas mais importantes igrejas catedrais, mosteiros e dioceses por autoridade real. D. João III fundou-os em Coimbra, Lisboa e outros lugares mais importantes, e mandou vir de toda a parte homens doutíssimos para os ensinar; e, como depois devido à injúria dos tempos ou às maquinações de homens perversíssimos jazeram tanto tempo no pó da inércia, foram finalmente restituídos em nosso tempo ao antigo esplendor. D. João V fundou em 8 de Dezembro de 1720 em Lisboa a Real Academia de História Portuguesa, a pedido da qual proibiu em 20 de Agosto de 1721, Coleção I à Ord. liv 5, tit 12, N 5, a destruição de moedas, inscrições, imagens e cipos antigos. O Fidelíssimo Rei D. José I deu em 28 de Junho de 1759 sapientíssimas instru-

ções aos professores recentemente criados de Retórica, Hebraico, Grego e Latim; e o mesmo Rei pela Constituição geral de 6 de Novembro de 1772 abriu, em todas as cidades e povoações maiores do Reino e províncias, escolas novas cuja direcção e fiscalização entregou à Real Mesa Censória (hoje Comissão Geral para Exame e Censura dos Livros). Para educação dos nobres fundou em 7 de Março de 1761 em Lisboa um Colégio literário; acolheu em 18 de Agosto de 1772 sob a sua protecção e tutela o Colégio de Mafra; e, finalmente, como que fundou de novo e armou com novas leis literárias dadas em 28 de Agosto de 1772 a Universidade de Coimbra, fundada primeiramente em Lisboa por D. Dinis em 1291, e transferida por D. João III para Coimbra em 1537 e por este Rei provida de egrégios professores. Muitos colégios exornam esta Universidade, mas os principais são os três seguintes: o das Ordens Militares fundado em 1615 por Filipe III, o de S. Paulo por D. João III em 1550, o de S. Pedro por Rodrigo Lopes de Carvalho, bispo de Miranda, em 1548, e pelo mesmo Rei agregado à Universidade em 17 de Janeiro de 1549, assim como o Colégio Universitário das Artes fundado em 1548. Veja-se, querendo, Francisco Leitão Ferreira, nas *Notícias Cronológicas da Universidade de Coimbra*, sobre o ano 1308, n. 194, Francisco Carneiro de Figueiroa, nas *Memórias*, Cabelo no *De patronalibus Regiae Coronae*, caps. 47 e 48, a *Alcobaça Ilustrada*, tit 6, cap 110, a *Monarchia Lusitana*, p 5, liv. 16, cap. 67, a Ord. Man. liv 3, tit 11, § 1, as Extravagantes de D. João III de 10 de Outubro de 1534, *apud* Leão, p. 1, tit. 4, lei 2, § 8, de 13 e 24 de Janeiro de 1539, e de 4 de Novembro de 1545, e as de D. Sebastião de 20 de Março de 1566 e 6 de Novembro de 1564, *apud* Leão, p 4, tit 17, leis 12, 13, 14, 15 e 16

TÍTULO XI

DO DIREITO MILITAR

A NECESSIDADE DA GUERRA

§ I — A guerra, que é um mal necessário entre as nações livres, faz-se para defender a segurança externa da Nação e proteger os nossos bens e direitos, muitas vezes ofendidos por outro povo. A este mesmo fim visam também as leis respeitantes não só à condução, declaração, extinção e renovamento da guerra, recrutamento de soldados, nomeação dos chefes, e licenciamento de tropas, mas também às honras e privilégios militares. Em tudo isto tocaremos sumariamente.

DIVERSOS INSTITUOS MILITARES

§ II — Entre nós, como, aliás, em todas as nações, era de início outro o género de milícia, outros os vocábulos, e outras as dignidades militares, que não há vagar de descrever. El-Rei D. Fernando restaurou a milícia e os cargos militares portugueses. D. Afonso V, D. Manuel, e D. João III, este em 1549, deram muitas leis militares que D. Sebastião em 1569 agrupou, quase todas, no seu Regimento. D. João IV deu um Regimento especial aos governadores das fronteiras do Reino, e D. Pedro II outro em 1 de Junho de 1678, *apud* Nova Edição das Ord., liv. 5, no fim, Colecção III, a todos os governadores de armas das pro-

víncias do Reino. Depois, D. João V acrescentou em 1707 e 1735 muitas especialidades. O Rei Fidelíssimo D. José I levou o exército a melhor forma e estado, pois em 18 de Fevereiro e 15 de Julho de 1763 deu um novo Regimento Militar, que os chefes do exército devem ter consigo em secreto; prescreveu em 24 de Fevereiro de 1764 um sistema mais fácil para o recenseamento dos paisanos; em 9 e 21 de Abril de 1762 aumentou extraordinariamente o número de tropas; e, finalmente, em 27 de Abril e 30 de Maio de 1761, e 14 de Abril de 1762 ordenou novas insígnias e títulos militares para os soldados e seus chefes.

Não está em meu propósito referir os preclaros feitos bélicos dos Portuguezes, ou o seu insigne valor, do qual existe, além de outros, um monumento mais perene do que o bronze no Junsconsulto Paulo, lei 21 do tit. *De negotis gestis*, do Digesto, nem os institutos, a disciplina, os nomes, os cargos, e as dignidades militares, nem mesmo todas as leis militares, mas tão somente aquelas que podem ter uso e applicação no foro civil. Veja-se querendo a obra singular intitulada *Discursos sobre a Disciplina Militar*, Manuel Severim de Faria nas *Noticias de Portugal*, Discurso II, §§ 1, 2, 3, 4 e seguintes, a *Monarchia Lusitana*, p. 8, liv. 22, cap. 48, João Baptista de Castro no *Mapa de Portugal*, tomo 2, p. 4, caps. 3 e 4, etc.

GENEROS DE MILICIA

§ III — A milícia, principal louvor da nossa gente, ou é urbana, ou auxiliar, ou alçada. A urbana, a mais antiga de todas, para a qual são nomeados quase todos os cidadãos, é comandada pelo senhor do lugar ou pelos capitães urbanos, ou seja, os capitães *da Ordenança*. Todos eles devem ter armas e cavalos, exercitar-se na arte militar, e serem escolhidos no Senado pela forma declarada na lei de D. Sebastião de 1569, e na de D. João V de 18 de Outubro de 1709, Colecção I à Ord. liv. 1, tit. 67, N. 8. Contudo, esta milícia é actualmente de nenhum ou

pouco uso. Quanto aos soldados auxiliares, esses podem ser de utilidade um tanto maior, e gozam mercedosamente dos vários privilégios que vêm no Alvará de 24 de Novembro de 1645, Colecção I à Ord liv. 2, tit. 47, N. 6, e no de 22 de Março de 1751. Porém, os soldados alistados e pagos, assim como seus capitães e chefes, de quem principalmente falam as nossas leis, são dignos de que só o nome baste a honorificá-los. Na verdade, esta milícia deve ser proferida a qualquer outra por suas maiores vantagens, e depois o próprio interesse da Nação parece exigir que não se cometam as coisas militares senão a homens escolhidos e experimentados.

E UM DIREITO REAL CRIAR CAPITÃES E ALCAIDES-MORES

§ IV — É um direito real criar capitães de terra e mar, Ord. liv. 2, tit. 26, no princ., e governadores de fortalezas, ou seja, *Alcaides-mores*, sob cujo nome corre todo o tit. 74 do liv. 1 das Ord.; estes alcaides-mores podem nomear quem os substitua, § 4 da Ord. do mesmo liv. e tit.; mas os capitães assim chamados, de maneira nenhuma. Aos alcaides-mores é confiada a guarda total das fortalezas; todavia, os juizes, os corregedores das comarcas, os provedores são obrigados a ir vê-las muitas vezes e cuidar do seu conserto e reparação, § 14 do mesmo tit. Dos capitães das fortalezas de África, dos governadores das partes ultramarinas, e respectivas jurisdições, faz-se menção especial na Ord. liv. 2, tit. 47, nas Extravagantes de 20 de Agosto de 1615 e 3 de Dezembro de 1621, Colecção I à Ord liv. 2, tit. 47, Nn. 1 e 3, e também no Decreto Régio de 11 de Setembro de 1762.

TAMBÉM É UM DIREITO REAL MOVER GUERRA, RECRUTAR MILITARES, E IMPOR SUBSÍDIOS MILITARES

§ V — Também só ao Rei pertence fazer, declarar, renovar, e cessar a guerra na Índia, Brasil, e outros domínios dos Descobrimientos, Ord. liv. 5, tit. 107, no princ., dar licença para mover armas de fogo e ter campo entre os contendores, Ord. liv. 2, tit. 26, § 2, lei única do tit. *Ut armorum usus, inscio principe, interdictus sit*, do Código; recrutar soldados e censurar paisanos, a que visam as leis, que chamamos *das recrutas*, de 24 de Fevereiro, 7 de Julho, 1 e 15 de Outubro de 1764. E porque a milícia é um serviço público, lei última do tit. *De muneribus et honoribus*, do Digesto, todos os cidadãos podem ser obrigados a prestá-lo, pelo Rei somente, e não pelos senhores do lugar, seja qual for a sua dignidade, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 5 e 7, e liv. 5, tit. 96. Também não podem os senhores do lugar, mas só o Rei, exigir tributos ao povo em tempo de guerra, Ord. liv. 2, tit. 26, § 6, assim como conceder dispensa do serviço militar a alguns, como, por exemplo, aos que passarem dos sessenta anos, etc., Ord. liv. 2, tit. 60, no princ. O que respeita ao subsídio militar da décima, que D. José I impôs quase coagido em 26 de Setembro de 1762 e para cuja exacção deu instruções suavíssimas em 18 de Outubro do mesmo ano, vem na Carta Régia de 29 de Maio de 1764, no Alvará de 11 de Maio de 1770, e na Resolução que Sua Majestade tomou sobre as dúvidas propostas pela Junta Geral das Décimas em 12 de Junho do mesmo ano. Efectivamente, devendo os cidadãos proteger a República e seus direitos, pois não se juntaram em sociedade por outra causa, são obrigados a servir pessoalmente na tropa, ou então a pagar os estêpêndios aos soldados assalariados; todavia, não é aqui o lugar para tratarmos desta matéria.

§ VI — As coisas tomadas na guerra pertencem ao Rei, e não aos ocupantes; assim como também os navios inimigos dados à costa dos nossos mares, Extravagante de D João V de 20 de Dezembro de 1713, na Colecção I à Ord. liv. 2, tit 32, N. 1, que revogou o § 1.º desta mesma Ord (*Instituições*, Liv III, Tit. III, § III). E não distinguimos entre coisas móveis e imóveis, vulgares, preciosas, e pessoas, pois tudo fica sendo daquele que faz a guerra Com efeito, o soldado é um instrumento do Príncipe, sob cujos auspícios se faz a guerra, devendo, por isso, contentar-se com o seu estipêndio de harmonia com o velho direito que já Homero declarou nos versos 327 e seguintes do Canto X da *Ilíada*. Deste modo, não são totalmente verdadeiras as disposições que sobre esta matéria estatuiu o Direito Romano na lei 5, § 7, do tit. *De acquirendo rerum domimo*, do Digesto, e no § 17 do tit. *De rerum divisione* das Institutas, como já outros demonstraram. D. Pedro II, ou melhor sua irmã D Catarina em seu nome, concedeu sob certo ónus em 18 de Junho de 1704, *apud* Melchior Febo, *Decisio* 105, as presas piráticas aos que as tomassem com autoridade real.

DOS SARRACENOS APRISIONADOS PELOS NOSSOS

§ VII — Ainda que, porém, os cativos em guerra justa se tornem escravos pelo direito das gentes e pelo direito romano, todavia uma vez banida a escravidão entre os Cristãos, não hesitamos afirmar que ela ou nunca se usou entre nós, ou então já há muito deixou de estar em uso E não exceptuamos mesmo a guerra com os Turcos e Sarracenos ou outros inimigos do nome cristão, não porque os seus cativos não possam com razão ser considerados e tratados como escravos à face do direito natural e de talião, uma vez que os nossos por eles aprisionados são

detidos com a duríssima lei da escravidão, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv III, cap. 7, § 9, mas porque nunca em nosso meio vingaram todos os durísimos direitos de escravatura, aprovados pelas leis romanas Eis por que, já desde o início do Reino, D Afonso Henriques acolheu humanamente os sarracenos cativos, e lhes concedeu benignamente o uso de suas leis, como consta de uma escritura que vem em Brandão, *Monarchia Lusitana*, p. 3, liv. XI, cap 2. E, ainda que por leis posteriores se costume algumas vezes condená-los às galés ou aos trabalhos públicos, nem por isso em rigor devem ser havidos como escravos Em boa verdade, são assim tão dura e inclementemente tratados, para que nenhuma insídias e hostilidades perpetrem contra nós e a nossa Pátria

DOS NOSSOS APRISIONADOS PELOS SARRACENOS

§ VIII — Também os portugueses cativos dos Sarracenos não devem ser considerados escravos na nossa sociedade. Bem escreveu, pois, a este respeito Diogo Covarrúbias, P. II, *Relect* ad. cap. *Peccatum*, *De regulis juris* in 6, § XI, n 6: «*Eis por que, se nenhuma outra coisa em especial houver estabelecida pela lei humana, opino que as leis romanas sobre os cativos em poder dos inimigos não devem ser applicadas aos cristãos aprisionados pelos Turcos, e que não são necessárias as fuções da lei Cornelianiana e do postlimínio, ainda que seja da máxima equidade, ou melhor ainda, totalmente justo, observar essas leis naquilo que possa vir em favor dos cativos. Com efeito, não se ajusta à República Cristã que, além da própria aflicção do cativo, se aplique outro dano ou detrimento aos cristãos cativos dos Sarracenos ou dos Turcos*»

§ IX — Por isso, são válidos os seus testamentos feitos antes e depois do cativo, quer eles morram entre os inimigos, quer regressem ao país; também não se dissolve o seu matrimónio, nem perdem o pátrio poder, nem os filhos havidos no cativo são considerados espúrios, sem que haja necessidade de recorrer às ficções da lei Cornelianiana e do postlimínio. Tudo isto havia sido estabelecido em sentido contrário pelo Direito Romano com ódio para os cativos, como já com grande aparato demonstraram, entre outros, Coccey nos Comentários a Grócio, liv III do *De jure belli ac pacis*, cap. 9, § 1, e Covarrúbias, no lugar citado.

DO DIREITO DE CONSERVAR OS CATIVOS

§ X — Em todas as nações permaneceu o direito de conservar os cativos, até ser pago o preço que os gregos chamam *λύτρον* (preço esse cuja estimação fica ao arbítrio do vencedor, salvo se, como muitas vezes sucede, os beligerantes ajustarem coisa certa). Deste direito nem os próprios Romanos se afastavam totalmente, como se colhe da lei 12, no princípio, do tit. *De captivis et postliminio reversis*, do Digesto, da lei 7, § 8, do tit. *De dolo malo*, do Digesto, da oração de Mânlio Torquato, e dos exemplos que alega M. Júnio em Tito Lívio, liv XXII, caps. 59 e 60. Nunca também o remido se faz escravo do resgatante, mas é absolutamente obrigado a pagar o *λύτρον*, ou pelo menos a restituir outro tanto com o seu trabalho, e a indemnizá-lo, pois fez o seu negócio. E é quase esta também a opinião do Direito Romano nas leis 2, 11 e 20 do tit. *De postliminio reversis*, do Código.

§ XI — Demais, os nossos antepassados julgaram, e bem, que o resgate dos cidadãos detidos pelo inimigo, principalmente os bárbaros, devia ser feito a custo público. São-lhes applicadas as heranças vagantes, Ord liv 1, tit 90, § 1, os resíduos de herança, Ord liv 1, tit 62, § 26, sendo, por isso, absolutamente indispensável ouvi-los na prestação de contas dos testamentos, Ord liv 1, tit 50, §§ 12, 13 e 14, e as multas pecuniárias, que se deixam ao arbítrio do juiz, Ord liv. 5, tit 136, no princ., e §§ 1, 2, 3 e 5, deduzida da Extravagante de D João III de 16 de Fevereiro de 1525, e das de D Sebastião de 26 de Outubro de 1562, e 25 de Setembro de 1567, *apud* Leão, p 4, tit. 20, leis 6, 7 e 9. Para defender esses bens assim como as penas, e, em geral, todas as coisas que se destinam aos cativos, foram constituídos uns questores especiais, que chamamos *Mamposteiros*. A sua jurisdição está declarada nos Regimentos que lhes foram dados, e a ela respeitam também a lei das Cortes de 28 de Janeiro de 1641, e a lei de 29 de Outubro de 1754. Porém, estes magistrados deixaram de existir pela Carta de Lei de 4 de Dezembro de 1775.

O FORO MILITAR NO DIREITO ROMANO E NO PATRIO

§ XII — No Direito Romano os soldados gozam do foro militar nas causas e questões cíveis, lei 6, do tit. *De jurisdictione omnium judicum*, do Código, e também nos delitos propriamente militares, mas não nos comuns, conforme distingue Ário Menandro na lei 2 do tit. *De re militari*, do Digesto. Contudo, isto não é totalmente assim no nosso Direito, porquanto nas causas cíveis estão totalmente sujeitos ao poder dos juizes ordinários, e nas causas-crimes ao poder dos juizes militares, se exceptuarmos alguns delitos, tais como o de atentado contra a segurança do Estado, lesa-Majestade divina ou humana, pecu-

lato, força armada contra os que julgam e contrabando de armas ou mercadorias interditas, Alvarás de 21 de Outubro de 1763, §§ 2 e seg., de 24 de Outubro de 1764, 14 de Fevereiro de 1772, §§ 2 e 3, e Pragmática de 24 de Maio de 1749, cap. 29 (Vide Alvará de 18 de Setembro de 1784)

AUDITORES MILITARES

§ XIII — E, como entre nós já há muito tinham sido constituídos em cada província certos magistrados militares para conhecerem das causas-crimes dos soldados por aquela maneira, que D. Pedro II definiu no último Regimento, §§ 25 e seg., dado a todos os governadores de armas das províncias em 1 de Junho de 1678, D. José I em 20 de Outubro de 1763 pôs à frente de cada unidade um auditor; depois, deu-lhes um novo Regimento e declarou os limites da jurisdição civil e militar pela lei de 21 de Outubro do mesmo ano, com a qual se deve conjugar, além de outros, o Decreto de 15 de Dezembro também de 1763; e finalmente, no Alvará de 4 de Setembro de 1765, fixou e definiu a ordem judiciária nas causas-crimes, que apenas pertencem aos juizes militares Hoje, porém, os auditores militares foram extintos pela Rainha Fidelíssima no Alvará de 26 de Fevereiro de 1789, e a sua jurisdição concedida, ou restituída aos juizes locais do crime.

OUTROS PRIVILEGIOS MILITARES

§ XIV — Depois, aos militares foram concedidos pelas nossas leis outros privilégios, na maior parte pedidos ao Direito Romano. É o caso das disposições sobre os testamentos dos soldados, que se lêem na Ord liv. 4, tit 83, deduzida dos títis *De testamento militis*, do Digesto e do Código; sobre os filhos perdidos na guerra, *os quais se entende que vivem eternamente pela*

glória, e escusam da tutoria, Ord liv 4, tit 104, no princípio, Man liv. 1, tit 67, § 31, deduzida do princípio do tit *De excusationibus tutorum*, das Institutas, e da última lei do tit *De vacatione et excusatione munerum*; e, por fim, as disposições pelas quais nunca se podem penhorar os soldos, armas, cavalos e mais coisas destinadas ao serviço militar, nem prender os soldados por motivo de dívidas, Ord liv 3, tit 86, § 24; Alvará de 21 de Outubro de 1763, §§ 13 e 14. As demandas do foro militar em tempo nenhum se interrompem, Ord do mesmo liv 3, tit 18, § 10.

CONSELHO DE GUERRA

§ XV — Por último, o Conselho para tratar das coisas respeitantes à guerra, que já há muito os nossos Reis instituíram em Lisboa. Compete-lhe decidir, como se diz, em última instância, as demandas militares, conferir as dignidades, cargos e officios militares, submeter a El-Rei as consultas de matéria militar, e outras coisas de igual teor, e, finalmente, prover à utilidade comum do exército É formado por cidadãos da mais alta categoria, que nós chamamos Conselheiros de guerra Foi instituído em 11 de Dezembro de 1640 por D João IV, que lhe deu em 22 de Dezembro de 1643 um Regimento constante de 29 capítulos.

TÍTULO XII

DOS DEVERES E DIREITOS DOS CIDADÃOS

DEVERES GERAIS DOS CIDADÃOS

§ I — Os deveres de quem obedece acompanham necessariamente os direitos de quem manda. Esses deveres exercem-se em duns cidadãos para os outros, ou dos cidadãos para a República e os sumos imperantes. Na sua explicação seremos tanto mais breve, quanto mais facilmente eles derivam dos direitos dos imperantes como seus correlativos que são

Também pertencem ao Direito Público os direitos, privilégios, e isenções dos cidadãos, que são concedidos ou a cada cidadão, ou a cada cidade e vila, ou a certa e cada uma das ordens do Reino, por exemplo, à Nobreza, ao Clero, etc., e respectam ao estado, ou administração da nação, ou então à utilidade particular de cada cidadão, aos concidadãos, e à República. Entre os mais importantes, de que não tratamos agora, deve-se contar o direito de votar em Cortes, a que aludimos na Nota ao § IV do Título I, a isenção de tributos, a imunidade de cargos públicos, e outros que constam dos *forais* do Reino, doações régias, e escrituras cuja simples enumeração seria longa, são, porém, de magna importância os privilégios concedidos à cidade de Lisboa por D. João I em 1384, *Monarchia Lusitana*, tomo VIII, págs 528 e seguintes, pois referem-se à administração pública da cidade e ao governo do Reino. Os Reis na Inauguração solene prometem com juramento guardar estes direitos e privilégios de cada cidadão e cidade, que nós chamamos *foros, usanças e costumes*, para não citarmos o exemplo de D. Afonso III dado em Paris

no ano de 1245, prestaram tal juramento, além de outros monarcas, D. João I nas Cortes de Coimbra de 1385, Filipe II nas Cortes de Tomar em 1581, e D. João IV que, algum, firmou o seu uso para sempre com a lei pública promulgada em 9 de Setembro de 1647. Ora, este juramento, e a prestação de fidelidade pelos súbditos devem ser tidos em grande conta, sendo o seu uso e praxe muito para louvar, ainda que nada de novo acrescente, e nada confira ao Rei que este já não tenha, logo a partir da morte do antecessor a quem de direito sucede, na realidade, não se pode entender e estender aos usos, privilégios, costumes e direitos especiais, que de qualquer modo contrariam a utilidade pública. Depois (e convém notar isto) alguns destes privilégios já de há muito que não estão em uso, como, por exemplo, os respeitantes à ordem dos juízos, à obrigação de ter juízes certos, às penas dos crimes, e multas contidas nas leis forais, outros mantiveram-se em tempos difíceis, como os privilégios concedidos por D. João I à cidade de Lisboa, outros não podiam ser concedidos, sem ofensa dos direitos majestáticos, e, por isso, nem ao próprio concedente podiam obrigar (quanto ao sucessor a questão já foi debatida), visto contrariarem a natureza do principado e a causa pública — motivo pelo qual todos os privilégios, sem distinguir entre *causa onerosa e lucrativa*, devem ser revistos, moderados, ou de todo ab-rogados. Nem outra coisa e de dizer dos privilégios da Nobreza e do Clero, que os Reis podem e devem derrogar, caso se oponham ao bem público e deles resulte grave detrimento para os outros cidadãos. Deste direito usaram os Reis D. Dinis, D. Fernando, D. João I e D. Afonso V, todavia, merece especial memória a carta de D. João III dada em Évora a 9 de Outubro de 1566, *apud* Sousa, tomo V das *Provas*, N. 15, pág. 639, pela qual foram revogados os privilégios da vila de Aguiar da Beira com as seguintes palavras: «*Conservando eu como os privilegios para que fossem sempre Realenguos, e non podessem ser dados pelo Rey, tolhem o livre poder do Principe revoguo e annullo todos e qualesquer privilegios, por mim, ou pelos Reis meus antecessores dados, ou confirmados à Villa Daguar da Beira postoque as causas, por que foram concedidos, ou confirmados, fossem por proveito publico, ou por trabalhos, perigos, affrontas, em que se virão por serviço do Rey, ou do Reyno, ou por outros alguns merecimentos, e serviços feitos a elles na guerra, ou na paz, e postoque sejam passados em força de contracto, ou fossem por causas pias, ou onerosas em Cortes, ou por outra qualquer*

maneira huma e muitas vezes concedidos e confirmados sem embargo do sobredito, e de quaesquer leis e ordenações, determinações, foros, usos, costumes da dita Villa, andaque sejam de tempo immemorial, graças, liberdades, favores, indultos, etc

DEVERES PARA COM A REPÚBLICA E OS IMPERANTES

§ II — Antes de tudo, nada terão por mais importante e melhor que a segurança e salvação pública. São, por isso, proibidos não só de atacar e perturbar pelas armas a nação, mas até obrigados a ser-lhe úteis na medida de suas forças. Cumpre-lhes, pois, não apenas pegar em armas pela salvação da República, aceitar os cargos que lhes forem confiados, curar da tutoria dos órfãos, e curadoria dos menores, como ainda abster-se dos vícios do ócio e prodigalidade, Ord. liv. 5, tit. 66, § 7, e tit. 68, honrar e respeitar em extremo os soberanos, e logo a seguir os magistrados que em nome dos soberanos administram a justiça. E não lhes será lícito atacar com palavras ou obras o Príncipe ou seus ministros, dizer mal deles, bacorejar em seu desfavor o que lhes vier à boca, e, finalmente, não dar pronta obediência às suas leis e mandatos. Estes e semelhantes princípios do direito público universal são amiúde inculcados pelas nossas leis, por exemplo na Ord. liv. 5, títulos 6, 7, 39, 48, 49, 50, 51, 96, 97, 104 e 105, e nas novas Constituições de 26 de Setembro de 1762, 24 de Outubro de 1764, e 16 de Novembro de 1771. Explicaremos estes princípios, mais desenvolvidamente, nas *Instituições de Direito Criminal Português*.

DEVERES PARA COM OS CONCIDADÃOS

§ III — São tantos os deveres dos cidadãos uns para com os outros, que não é fácil referi-los convenientemente. Mas os essenciais são os seguintes. Devem viver como aliados, conforme

o exige o fim da sociedade comum, é, por isso, dever dos bons cidadãos favorecer os seus concidadãos com todo o género de bondade, préstimos e caridade, honrá-los, e principalmente abster-se do alheio; em suma, para dizer a palavra própria, dar o seu a cujo é. Daqui o serem muito severamente punidos os escritos difamatórios, Ord. liv. 5, tit. 84, as delações odiosas e malignas, isto é, os *mexericos*, tit. 85, as injúrias, tit. 117, os homicídios, tit. 35, os latrocínios, tits. 60 e 87, e muitas outras coisas deste género que em seus lugares indicaremos.

DEVERES ESPECIAIS

§ IV — Há também deveres especiais dos cidadãos, que promanam do cargo especial que desempenham na República. Estes, porém, derivam dum quase contrato; e quais eles sejam facilmente se depreende do fim do próprio cargo e officio público. Entre nós são definidos por certas leis os deveres dos soldados e seus chefes, os do tutores e curadores, Ord. liv. 4, títulos 102, 103 e 104, os dos tesoureiros, liv. 2, tit. 51, e liv. 5, tit. 9 e *passim*. Porém, os cidadãos não devem ambicionar nenhum cargo para o qual não se sintam habilitados. Veja-se dum modo geral Pufendorf, *De officio hominis et civis*, liv. II, cap. 18, §§ 7, 8, 9 e seguintes.

DIREITOS DOS CIDADÃOS

§ V — Os direitos dos cidadãos fluem dos deveres dos governantes. Anotaremos dois apenas, os principais: primeiro, o direito de pedirem aos governantes que os protejam e defendam; e segundo, que, para o desempenho dos cargos officiais, sejam somente eles os escolhidos, ou pelo menos preferidos aos estrangeiros e peregrinos.

§ VI — Quanto ao primeiro direito, flui ele do fim da sociedade e do dever primário dos imperantes. Portanto, os cidadãos têm o direito de pedir respeitosa e modestamente ao Príncipe a sua protecção e auxílio, podendo, se as circunstâncias o exigirem, reclamá-los veementemente. É, por isso, lícito recorrer ao Rei, mesmo terminado o prazo das demandas, que foi defunido nas leis públicas, Carta de Lei de 18 de Agosto de 1769, § 2, solicitar do Rei ou seus ministros as seguranças reais, Ord. liv. 5, tit. 128, Man. 50, interpor recurso para a Coroa, Ord. liv. 1, tit. 9, §§ 11 e 12, e tit. 12, §§ 5, 6 e 7, etc. E, realmente, a tal ponto os nossos Reis fizeram sua a segurança dos vassallos, que proibiram se implorasse, em qualquer arruído ou briga, outro auxílio que não o seu, Ord. liv. 5, tit. 44.

E AS COLAÇÕES DOS CARGOS PÚBLICOS

§ VII — E, assim como é um dever dos cidadãos desempenharem cargos públicos, assim também lhes cabe o direito de pedirem ao Rei a sua colação. Portanto, os estrangeiros ou devem ser totalmente afastados dos cargos públicos, ou ao menos, o que seria realmente preferível, pospostos aos cidadãos, em igualdade de condições, no entanto, neste assunto, a utilidade pública será havida como a regra máxima, devendo o supremo Regedor da Nação ajustar todas as coisas a essa utilidade. Em Portugal já há muito que D. Afonso II nas Cortes de Coimbra de 1211, *apud* Brandão, *Monarchia Lusitana*, p. 4, liv. XIII, cap. 21, não só antepôs, nos benefícios eclesiásticos, os cidadãos aos estrangeiros (Tit. V, § XVI, deste livro), como também os clérigos do lugar aos de outro lugar ou diocese. Depois, foi totalmente interdito aos estrangeiros, por alvarás de D. Manuel de 18 de Fevereiro de 1512, *apud* Cabedo, *De patro-*

nabus, cap. 29, e de Filipe III de 1 de Março de 1602, *apud* Cabedo, *De patronatibus*, no fim, post Arest. 6, e pela própria Ord. Régia liv. 2, tit. 13, § 1, obter benefícios no Reino, ter bens da Coroa, Ord. liv. 2, tit. 35, no princípio, com as palavras *entre seus vassallos, e nativães*, officios públicos de qualquer Senado, Alvará de D. Pedro II de 15 de Julho de 1671, Colecção I à Ord. liv. 1, tit. 66, N. 5, e finalmente exercer o officio de notário, tabelião, ou escrivão, Ord. liv. 1, tit. 81. Omitto muitos mais, pois que esta questão sobre se os estrangeiros devem ser afastados da administração da República, e desempenhar outros cargos e honras na Nação, mais propriamente respeita à ciência política. Sobre esta questão, veja-se, além de outros, Bynkershoeck, liv. II, *Quaestiones Juris Publici*, cap. 11.

PASCOAL JOSE DE MELO FREIRE

F I M

(Tradução do Dr. Miguel Pinto de Meneses)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

*Sê indulgente para os trabalhos que escrevemos,
Não por amor da glória, mas pelo dever
E pela utilidade humana compelidos.*

Ovídio, *Epístolas do Ponto*, III, 9, 55 e segs.

*Que mente não moveu aquele senador,
Mais prestante que o qual ninguém outrora foi,
Nem Cévola Serbídio, nem mais grave Caio,
Nem melhor o jurista, a quem renome ilustre
Concedeu a gente Úlpia?.....*

*.....
Quando irá eleger a Cúria um nome igual,
Ou subirá seu estrado génio semelhante?*

L. ANDRÉ DE RESENDE. *Ep. II ad Lupum Scintillam Jurisconsultum*

LIVRO SEGUNDO
DO DIREITO DAS PESSOAS

TÍTULO I
DOS LIVRES E ESCRAVOS

O QUE É O DIREITO DAS PESSOAS

§ I — Todo o direito, que usamos no nosso Estado, ou respeita às *peessoas*, ou às *coisas*, ou às *acções*. Por direito das pessoas entendemos aqui aqueles direitos que nascem da qualidade, e diferença dos homens, ou do seu estado tanto natural como civil.

Acabado de algum modo o Direito Pátrio Público, segue-se o Particular, que nós intentamos explicar, à maneira de Justiniano, segundo os três conhecidíssimos objectos do direito das *peessoas*, das *coisas*, e das *acções*; effectivamente, devemos preferir este método, por ser aquele a que a mocidade já está habituada no estudo do Direito Civil Romano.

SUPREMA DIVISÃO DOS HOMENS

§ II — O direito das pessoas, ou dos homens, o que significa o mesmo (pois as nossas leis não fazem distinção entre estes dois vocabúlos), consiste especialmente na liberdade, cidadania, e família; e, assim, tanto no direito Romano como no Pátrio, a suprema divisão dos homens é em *livres* e *escravos*.

§ III — Os *servi* (escravos), assim chamados ou de *servando* (guardar), ou de *serviando* (servir), nascem ou fazem-se. Nascem das nossas escravas; fazem-se ou pelo direito das gentes, isto é, por cativoiro, ou pelo direito civil. Na condição e direito dos escravos não há diferença nenhuma, mas nos seus misteres há imensas diferenças.

HOJE NINGUÉM NASCE ESCRAVO

§ IV — Actualmente, porém, após a nova Constituição de de 16 de Janeiro de 1773, os filhos nascidos de escrava, seja ela esposa, seja concubina, nascem livres e ingénuos, e immediatamente *olham o sol com liberdade*, como diz o Imperador na lei 14, do tit. *De fideicommissariis libertatibus*, do Código; quanto aos escravos já nascidos antes da dita Constituição, a misérrima condição dos pais não se estende para além dos netos.

Se a escravidão se estende aos filhos pelo direito natural, ou pelo direito das gentes, foi questão disputada, entre outros, por Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. V, § 29, e liv. III, cap. VII, § 5, cap. XIV, § 8. É questão inútil a que se move a respeito daqueles que consentem em submeter-se a outros, e mediante pacto lhes prestam serviço, porque não são escravos; mas aqui trata-se apenas daqueles que, por cativoiro, ou delito, foram reduzidos a verdadeira escravidão. Mas, seja qual for a opinião de Grócio e outros nesta matéria, hoje facilmente todos entendem que não sucedem nem na liberdade dos pais, visto a não terem por natureza, nem na sua escravidão; no entanto, é difícil harmonizar esta voz da natureza com as razões civis e políticas.

A QUEM SEGUE O PARTO

§ V — Ora, como, segundo os princípios do Direito Romano, o parto segue o ventre, lei 5, § 2, lei 24, do tit. *De statu homi-*

num, do Digesto, lei 9, do tit. *De decurionibus*, do Digesto, não pode duvidar-se de que os Portugueses hajam logo recebido este princípio com o próprio Direito Romano, ainda que pelas leis dos Visigodos, liv. X, tit. I, lei 17, os senhores do escravo e escrava partilhassem entre si os filhos nascidos destes.

A Lei dos Visigodos, liv. X, tit. I, lei 17, diz assim: *Se, efectivamente, o filho é gerado e criado por ambos os pais, por que razão há-de ele, que de modo nenhum pôde ser procriado sem pai, seguir apenas a condição da mãe? Por esta lei da natureza somos racionalmente compelidos a dividir igualmente entre ambos os senhores a agnição da escrava que deu à luz por união com o escravo alheio.* Entre os Longobardos e os Saxões, o parto segue a pior parte, *Speculum Saxonum*, lei 16, o que sabemos, pelo último cânone da Causa XXXII, questão IV, ter vigorado entre os Visigodos em Espanha no tempo de Isidoro. Veja-se o seu Código, III, tit. II, 3, IV, tit. V, 7, IX, tit. I, 16, e o cap. *Licet* 3, do tit. *De conjugio servorum*.

DOS CATIVOS ALHEIOS

§ VI — Porém, ainda que os aprisionados em guerra justa se tornem escravos pelo direito das gentes e pelo Direito romano, contudo reprovada a escravidão já desde o século XIII entre os cristãos (Bodin, *De republica*, liv. I, cap. V; Selden, *Mare Clausum*, liv. I, cap. XXVI), não hesitamos em afirmar que ela entre nós nunca esteve em uso ou então há muito deixou de estar. Com efeito, desde o tempo de D. Afonso I que os Mouros, existentes em Portugal, viviam com suas leis e costumes, como consta de uma escritura do ano de 1180, *apud* Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. III, liv. XI, cap. 32; e embora os cativos fossem detidos em cárceres públicos, para não atentarem contra a Pátria, todavia nunca foram considerados como verdadeiros escravos.

Embora Vinio não hesite em afirmar no coment. ao § 3 do tit. *De jure personarum*, das Institutas, «*Em Portugal, e outras partes*

da Espanha, assim como nalgumas outras regiões vizinhas dos Turcos e dos Citas, ainda se exercem contra os Maometistas os velhos direitos de cativo e de guerra», eu, contrariamente, penso que os Mouros aprisionados pelos nossos nunca entre nós foram escravos no sentido do direito romano, pois eram muito brandamente tratados pelos senhores, aos quais não era permitido vender os cativos com quaisquer más condições, nem impunemente praticar sevícias contra eles, nem considerá-los como coisas. Os que moravam em Portugal com permissão del-Rei, desde os tempos de D. Afonso I que viviam com suas leis e costumes. Advieram, depois, muitas leis dadas por D. Afonso III, D. Dinis, D. Afonso IV, e D. João I, que lhes concederam muitos privilégios e regularam a sua jurisdição quer civil quer criminal. Essas leis acham-se no Código Afonsino, liv. 2, tits. 99, 100 e 101. Em Lisboa foi-lhes destinada para habitação certa zona da cidade chamada *Mouraria*, sendo isto pela primeira vez constituído ou confirmado por D. João I numa ordenação especial, sobre a qual veja-se o Código de D. Afonso V, liv. 2, tit. 102. Disposições semelhantes sobre os Judeus acham-se no mesmo Código, tits. 71, 76, 80 e 81. Vide § LXVI da *História do Direito Civil Português*, na Nota: Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. VI, liv. XVIII, caps. 4 e 5, págs. 12 e seguintes.

DOS NOSSOS CATIVOS

§ VII — Também os nossos, cativados pelos Sarracenos, são reputados livres na nossa sociedade. Por isso, o direito da Lei Cornélia e do poslimínio, introduzido pelos Romanos devido a razões civis, nunca se usou nem usa entre nós. Vide *Instituições de Direito Público Português*, Tit. XI, §§ VII e VIII.

Portanto, toda a doutrina do Direito Romano sobre a «*capitis deminutio*» *máxima*, pela qual se perdia a liberdade, a cidadania e a família, não tem seguramente nenhum uso; como a escravidão provinda do cativo já há muito é reprovada, e as penas suprimidas pelo próprio Justiniano (§ XI deste tomo), nem mesmo o homem livre maior de vinte anos, que admitiu ser posto à venda para participar no preço, se torna escravo no nosso direito. E isto mesmo o reprovou em Roma o Imperador Leão na Novela 59. As nossas leis

(§ XIII deste tomo) também nunca reconheceram a «capitis deminutio» *máxima* do Direito Germânico, pela qual o homem livre se tornava escravo próprio por convenção expressa ou tácita.

DO DIREITO DE RESGATAR

§ VIII — No entanto, foi recebido o direito de salvar e resgatar. E, por isso, são aplicadas ao resgate dos cativos as heranças vagas, Ord. liv. I, tit. 90, § I, os resíduos de herança, Ord. liv. I, tit. 62, § 26, sendo eles, por isso, ouvidos na prestação de contas dos testamentos, Ord. liv. I, tit. 50, §§ 12, 13 e 14, as multas pecuniárias não definidas nas leis, Ord. liv. 5, tit. 136, no princ., deduzida da Extravagante de D. João III de 16 de Fevereiro de 1525, e das de D. Sebastião de 26 de Outubro de 1562, e 25 de Setembro de 1567. *apud* Leão, p. 4, tit. 20, leis 6, 7 e 9.

O direito de resgatar promana da escravidão, mas, reprovada esta, necessariamente cessa esse direito; mas onde prevaleceu o resgate de cativos, é ele certamente uma *grande e nobre obrigação de justiça*, como diz Lactância, *Divinae Institutiones*, liv. VI, cap. 12. Ambrósio *desfez-se dos vasos sagrados da Igreja ainda novos*, para que os cativos fossem resgatados, feito que ele próprio defendeu no liv. 2 do *De officiis*, caps. 15 e 28, e é aprovado pelos antigos cânones de que se faz menção no VIII Sínodo universal, realizado no tempo de Adriano II contra Pócio, *apud* Graciano, Causa XII, questão II, cân. 13. Não é, por isso, de admirar que as nossas leis contenham muitas disposições a favor dos cativos, disposições essas que se podem ver nas citadas Ordenações e Extravagantes, *apud* Nova Coleção I à Ord. liv. 5, tit. 136, Nn. 1, 2, 3 e 4, e Coleção II, Nn. 1 e 2. Além disso, para conduzir a causa do resgate e administrar as esmolas distribuídas em prol dos cativos, já há muito haviam sido constituídos magistrados especiais, chamados em português *Mampos-teiros*, aos quais El-Rei D. Sebastião deu um Regimento; como, porém, eles mais de uma vez abusavam de seu officio e jurisdição com ruína para a República e cidadãos, foram, primeiro, coibidos por um diploma régio dado em 29 de Outubro de 1754, e, por fim, abolidos em 4 de Dezembro de 1775. Cumpre acrescentar

aqui que alguns reprovavam por razões políticas o uso indiscriminado do resgate; e assim realmente, perdida toda a esperança de lucro, evitam-se os frequentes assaltos dos bárbaros. E quantos e quão grandes males não sofreu com isso o nosso Portugal? Basta lembrar o cativo do Infante D. Fernando na infeliz expedição de Tânger.

CONDIÇÃO DO RESGATADO

§ IX — Os resgatados quer por intervenção pública, quer por intervenção particular, nunca se tornam escravos do resgatante; mas, se forem resgatados por um particular, são obrigados pela *actio negotiorum gestorum* (1), leis 2, 11 e 20 do tit. *De postliminio reversis*, do Código, a pagar o preço do resgate.

O resgate de cativos é chamado *comércio de guerra* por Virgílio, *Eneida*, X, 532, Tácito, *Anais*, XIV, cap. 33, e *Histórias*, III, cap. 81, e foi introduzido em favor da liberdade pelas leis romanas e áticas, Demóstenes, *Contra Nicóstrato*, pág. 724. Porém, aquele que conseguiu a liberdade com o meu preço, é obrigado pelo direito natural a restituir-mo, lei 6, do tit. *De postliminio reversis*, do Código. Mas, actualmente, como o cativo na guerra não se torna escravo, é nula a convenção sobre certo preço de resgate, podendo-se, no entanto, bem exigir o que se despendeu com a libertação do cativo, Valasco, *Cons.* 30, Egídio à lei 5 do tit. *De justitia et jure*, do Digesto, P. I, cap. I, n. 7.

LEIS SOBRE A LIBERDADE DOS INDIOS

§ X — Sobre o estado dos índios existem várias leis. Em primeiro lugar, el-Rei D. Sebastião decretou em Évora a 20 de Março de 1570 que eles ficavam livres, salvo se fossem aprisionados em guerra justa empreendida por sua ordem. Filipe II

(1) A *actio negotiorum gestorum* (acção de gestão de negócios) era uma acção civil, *in jus* e de boa fé, derivada do quase contrato de gestão de negócios. (*Nota do Tradutor*).

confirmou em 11 de Novembro do ano 1595 a lei de D. Sebastião. Filipe III em 5 de Junho de 1605 e 30 de Julho de 1609 defendeu a liberdade dos índios, mesmo que tivessem sido aprisionados em guerra justa, *apud* Nova Colecção I à Ord. liv. 4, tit. 42, N. 1. O mesmo Rei decretou em Lisboa a 10 de Setembro de 1611 que se tornassem escravos os índios revoltosos, e que os aprisionados e detidos pelos seus se fizessem do comprador, *apud* mesma Colecção, liv. 4, tit. 42, N. 2. D. João IV em 9 de Abril de 1655 declarou que eram escravos os índios: 1) que fossem aprisionados em guerra justa movida pelos nossos, pelos estrangeiros, ou pelos próprios índios; 2) que impedissem a promulgação do Evangelho; 3) que fossem vendidos amarrados por cordas. Em 1 de Abril de 1680 D. Pedro II aboliu por completo o cativo, e restituiu aos índios a total liberdade de pessoa, de comércio e de bens. D. José I em 6 de Junho de 1755 transcreveu e confirmou de novo esta lei de D. Pedro II. Em 7 do mesmo mês e ano, o mesmo Rei interditou aos Jesuítas a administração dos índios, os quais sujeitou, como é justo, no espirital aos Bispos, e no civil aos magistrados régios. Depois, em 8 de Maio de 1758, o mesmo Rei aprovou as mencionadas leis e a Bula áurea de Bento XIV dada em Roma a 20 de Dezembro de 1741.

Parece totalmente supérfluo, para não dizer inepto, definir em tantas e tamanhas leis uma coisa conhecidíssima, qual é, realmente, a liberdade dos Índios; no entanto, tornou-as necessárias ou a doutrina do Direito Romano acerca dos prisioneiros e cativos de guerra, ou a incrível insolência e crueldade dos Espanhóis, que julgavam ser-lhes lícito praticar todos os actos sobre os Índios, como se estes fossem verdadeiros escravos. Por outro lado, as já citadas Extravagantes de D. Sebastião, Filipe III e D. João IV, que devem ser totalmente entendidas segundo o génio do século, e admitem enfim a escravidão dos Índios em certos casos e condições, não podem hoje ter lugar, uma vez que já há muito ela se acha rejeitada entre os Cristãos — advertência que actualmente também me parece supérflua. Menezes, *Chronica del-Rei D. Sebastião*, cap. 120, pág. 349.

§ XI — Não reconhecemos também nenhuns escravos da pena, porquanto os condenados ao último suplicio não perdem a liberdade, salvo se na sentença forem expressamente pronunciados escravos; assim se deve entender a Ord. liv. 2, tit. 26, § 28. São, por isso, natural e civilmente obrigados; podem dispor da terça dos bens para usos pios, Ord. liv. 4, tit. 81, § 6, excepto quando condenados pelos crimes compreendidos no fim da mesma Ordenação; por outro lado, o testamento anteriormente feito não se torna irrito, exceptuada a disposição dos bens que seguem o Fisco, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 28 e segs., assim como também não a tutela, a substituição pupilar, etc., as quais se podem manter com a sentença e a condenação.

No Direito Romano, visto que nada se podia estabelecer para a vida do cidadão, os condenados ao último suplicio tornavam-se escravos da pena, lei 29 do tit. *De poenis*, lei 8 do tit. *Qui testamenta facere possunt*, do Digesto, § 3 do tit. *Quibus modis jus patriae potestatis solvitur*, das Institutas. Porém, Valentiniano, lei 8 do tit. *De poenis*, do Código de Teodósio, e Justiniano, Novela 22, cap. 8, da qual foi extraída a Autêntica *Sed hodie*, de tit. *De donationibus inter virum et uxorem*, do Código, suprimiram a escravidão da pena para os condenados à morte. Ora, se desde o tempo de Valentiniano não existiam entre os Romanos escravos da pena, há-os porventura hoje entre nós? Por isso, a Ord. liv. 4, tit. 81, § 6, que parece estatuir o contrário, ou deve ser referida ao próprio Direito Romano contido no Digesto, ou então deve ser entendida naquele caso em que os condenados são na sentença expressamente privados da liberdade. Com efeito, a sociedade tem direito sobre a vida e a liberdade dos súbditos, e na Ord. liv. 5, tit. 63, são expressamente privados de liberdade os que encobrem ou dão ajuda aos escravos fugitivos.

DOS ESCRAVOS NEGROS NO BRASIL

§ XII — Por conseguinte, actualmente não existem escravos entre nós, por nascimento, cativo, ou delicto. Todavia, no

Brasil toleram-se os escravos negros, os quais, em passando a Portugal, recebem a liberdade nativa, Constituição de 19 de Setembro de 1761. É destes escravos negros que se deve entender a Ord. liv. 5, tit. 86, § 5, que fala da *actio noxalis* (acção noxal) (1), e a Ord. liv. 4, tit. 17, que fala da *actio redhibitoria* (acção redibitória) (2); a Ord. liv. 3, tit. 56, § 3, que repele a intervenção do escravo como testemunha, salvo se for reputado livre na opinião de todos, Ord. liv. 4, tit. 85, no princ.; a Ord. liv. 4, tit. 102, § 1, que o repele da tutoria; a Ord. liv. 4, tit. 81, § 4, que o repele do testamento, e a Ord. tit. 63, §§ 7, 8, 9, do mesmo livro, que concede se revogue a liberdade por motivo de ingratitude. Sem dúvida que estas Ordenações, pedidas às leis romanas, e as disposições que no mesmo direito tratam com grande aparato dos homens livres e dos escravos forros, quase nenhum uso têm actualmente.

No Brasil e noutros domínios dos Descobrimentos toleram-se os escravos negros, mas confesso que ignoro em absoluto com que direito e a que título. Bem sei que o comércio, a agricultura, a indústria, as minas de ouro, e outras actividades lucrativas destas regiões só podem ser vantajosamente exercidas com o emprego desses homens rudes; mas uma coisa é utilizar o seu trabalho e serviço, e outra tê-los como escravos e em verdadeira propriedade. Seria para desejar que, em assunto tão grave, se harmonizassem de qualquer modo as razões de humanidade e as razões civis, como na medida do possível, tentam hoje fazê-lo alguns Políticos. Vejam-se, entretanto, Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. XV, cap. V, Smith, tomo V das *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, cap. VII, *Des Colonies*; M. de Felice, *Code de l'humanité*, tomo 6, art. *Esclavage*; Schwartz, *Réflexions sur l'Esclavage des Nègres*; Raynal, *Histoire Philosophique et Politique*, tomo V, liv. XI, § 22.

(1) Acção de indemnização do prejuizo ou dano causado por um escravo ou animal. (*Nota do Tradutor*).

(2) Acção intentada para resolução da venda dum animal ou escravo affectado de defeitos occultos. Visava uma espécie de restituição por inteiro, pois o vendedor devolvia o preço com seus interesses, e o comprador, a coisa com seus accessórios. (*Nota do Tradutor*).

§ XIII — Também não temos nenhuns servos adscriptícios, Ord. liv. 4, tit. 42, Man. 46, liv. 2. No entanto, se alguém prometer habitar e cultivar por certo tempo ou para sempre certo lugar ou trato de terra, é obrigado, sem que com isso lhe chame-mos adscriptício, visto que o não é por natureza, mas por pacto; efectivamente, é reprovada a condição natural, não espontaneamente recebida, Ord. liv. 4, tit. 42, no fim, pois aquela tira a liberdade natural, ao passo que esta é um efeito da liberdade.

A Ord. liv. 4, tit. 42, e a sua rubrica assim concebida «*Que não sejam constrangidas pessoas algumas a pessoalmente morarem em algumas terras, ou casaes*», parece ter sido estatuida em ódio do direito feudal. Com effeito, posto que ninguém possa negar ainda agora a existência de não poucos vestígios desse direito, que em seu lugar indicaremos (Tit. III, § XIX, Nota, deste livro), é, todavia, certo que os nossos Reis tanto aborreceram o domínio feudal, que pareciam abster-se propositadamente do vocábulo *feudo*, o qual difficilmente empregavam. Daí nasceram, já desde o início do Reino, várias leis e notáveis institutos, dos quais nos apraz referir alguns: 1) os privilégios concedidos a quase todas as povoações de elegerem os juizes e officiaes da Cúria que quisessem; 2) os antigos magistrados, chamados *Meirinhos*, *Adiantados*, *Regedores*, *Vigários do Rei*, *Fronteiros*, *Veadores*, já conhecidos no reinado de D. Afonso I; 3) os corregedores das comarcas depois instituidos; 4) as visitações, isto é, as *Correições* do Rei; e 5) as correições dos magistrados maiores sobretudo para coibir as violências dos nobres; 6) as repetidas inquirições sobre os seus lugares honrados e asilos, chamados *honras*, e *coutos*; 7) os recursos, as apelações sempre concedidas dos nobres e seus juizes para o Rei ou sua Cúria; 8) as leis gerais e municipaes onde era prohibido aos senhores designar juizes em certos lugares; 9) exercer os direitos de alimentos e outros, que chamam *comedorias* e *tomadias*; 10) ordenar exações precárias, ou seja, *pedidos*; 11) ingerir-se nas eleições do Concelho civil, dos juizes, e outros officiaes; 12) ter bens nas terras próprias dos Reis; 13) a confirmação e defesa em muitas leis da liberdade, quer natural, quer civil dos súbditos; 14) a abolição integral de todos os serviços pessoais, com excepção dos serviços militares,

ao que visa a citada Ord. liv. 4, tit. 42, Man. 46, liv. 2; e finalmente 15) a diversa significação da palavra *vassalo*, que, tendo sido no direito feudal contrária à liberdade e significado servo, se mudou depois em título de honra significando hoje todos os súbditos em geral. Tudo isto e muitas coisas mais se constituíram para diminuir ou totalmente abolir o direito feudal.

DOS CRIADOS ALHEIOS OU SERVIÇAIS

§ XIV — Aqueles que estiverem ao serviço de outrem, não são propriamente escravos, pois servem por sua vontade, Ord. liv. 4, tit. 28, Man. 17, Afons. 25; no entanto, ao órfão de pai deve o juiz dos órfãos dá-lo por soldada, se for desta condição, Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 13, 14, 15, 16, 17 e 18.

A Ord. liv. 4, tit. 28, deve a sua origem a D. Afonso II, que em lei especial, parcialmente transcrita no Código Afonsino, liv. 4, tit. 25, estabeleceu: *Que qualquer homem, que for livre, per todo nosso Regno filhe qualquer senhor que quizer, tirando aquelles, que moram nas herdades alheas, etc...* Estas últimas palavras não se devem entender dos colonos ou servos adscriptícios, visto que os não temos, mas daqueles que por sua livre vontade prometeram morar e cultivar as terras e possessões alheias. Além disso, também a regra posta no princípio por D. Afonso II não deve ser entendida como referindo-se aos que, segundo as prescrições das leis públicas, são submetidos ao serviço alheio. Esta inteligência ou declaração autêntica tem por autor a D. Afonso V, e adapta-se optimamente à lei de D. João I na Ord. Afons. liv. 4, tit. 34, promulgada a pedido do povo nas Cortes de Évora, a qual mandou que os corregedores das comarcas sujeitassem ao serviço alheio os ociosos que não têm onde buscar alimento, sob pena de encarceramento e flagelação.

E-LHES SEMPRE DEVIDA A SOLDADA

§ XV — A estes mesmos é totalmente devido o salário, salvo se forem menores de sete anos, Ord. liv. 4, tit. 31, § 8, quer o

estipulem, quer sirvam por soldada incerta e não fixada, como dizemos em linguagem *a bem fazer*; neste caso, estima-se a paga pela qualidade do serviço e pelo costume geral rececionado na respectiva província, Ord. liv. 4, tit. 29, no princ., e § 1, tirada da Extravagante de D. João III do ano de 1538, *apud* Leão, p. 6, tit. 1, lei 3. A Ordenação Manuelina do mesmo liv., tit. 19, parece denegar acção por preço ou soldada não convencionada; no entanto, neste assunto, devemos- nos ater aos usos e costumes da província, Febo, *Decis.* P. I, Arest. 49, Pereira, *Decis.* 102, Cabedo, P. I, *Decis.* 162. (O salário daqueles que são empregados em serviço mercantil, no respeitante aos três primeiros anos, foi fixado na lei de 30 de Agosto de 1770, § 12).

PENA DO CRIADO QUE DEIXA O SENHOR

§ XVI — Aquele que deixa o seu senhor antes do tempo aprazado, não só restitui a soldada já recebida, como é obrigado a servir de graça todo o tempo que faltava servir; mas se for despedido pelo senhor, recebe toda a soldada, Ord. liv. 4, tit. 34, Man. 21, Afons. 32, Digesto, tit. *Locati*, lei 38. Aquele que serve outrem *a bem fazer*, e dele recebe capa ou vestido, é obrigado a servi-lo um ano inteiro; mas, se receber apenas capa ou vestido, então é obrigado a servi-lo meio ano; e se, além disso, partir contra a vontade do senhor, não só é preso, como também obrigado a restituir-lhe o dobro, Ord. liv. 4, tit. 30. Aquele que serve algum cortesão mesmo *a bem fazer*, não é admitido ao serviço doutro cortesão sem licença daquele de quem saiu, enquanto este mesmo seguir a Corte ou não passar a outro reino; porém, se se acolher, não a um cortesão, mas a um homem doutra ordem, plebeu, cavaleiro, ou nobre, para o servir, não é tirado ao serviço deste, mas obrigado a indemnizar o dano que houver feito ao primeiro senhor, Ord. liv. 4, tit. 30, §§ 1, 2, 3 e 4. Por uma Ordenação del-Rei D. Fernando era proibido aos criados

deixarem em tempo de guerra o senhor a quem serviram nos ócios da paz.

A pena do criado que serve a *bem fazer*, e que abandonou o senhor de quem recebeu capa ou vestido, parece ter sido estabelecida, primeiramente, por D. Afonso IV. D. Fernando, por lei dada em Salvaterra de Magos a 24 de Abril do ano de 1414 da Era, proibiu os serviçais e *vassalos* de abandonarem os outros *vassalos* mais novos e mais poderosos a quem servissem, sob pena de perderem a vida e os bens, que seriam aplicados aos senhores que abandonassem. Esta lei, por haverem quase cessado o nome e os direitos de *vassalo*, acha-se aplicada com pena mais suave, na Ord. liv. 4, tit. 30, §§ 3 e 4, aos criados que servem os áulicos, isto é, os *Cortesãos*. No entanto, esta Ordenação e semelhantes, que nasceram da antiga Milícia do Reino, não têm hoje aplicação.

DENTRO DE QUANTO TEMPO SE DEVE PEDIR A SOLDADA

XVII — Ao criado é denegada acção para pedir a soldada, três anos depois da sua saída do serviço; mas, se alguém servir mediante salário mensal, como nós em português dizemos, *a reção de comer*, só poderá demandar o senhor dentro de três meses; e, no caso de servir a dinheiro, isto é, no caso de receber a diária, não em pão, vinho, e conduto, mas em dinheiro contado, como nós dizemos, *a dinheiro secco*, ser-lhe-á denegada a acção depois do décimo dia de deixar o amo, Ord. liv. 4, tit. 32, no princ., e § 1; a Ordenação Man. do mesmo liv., tit. 20, e Afons. tit. 27, fixa genericamente o espaço de três anos.

DA PROVA DE PAGAMENTO DO SALÁRIO

§ XVIII — Com o escrito particular do criado, do qual conste o pagamento do salário, extingue-se a obrigação, Ord. liv. 4, tit. 33, § 1. Testemunhado o [pagamento do] salário pelos

co-serviçais, a prova da importância paga é deixada, até certa soma, ao juramento do amo; também se dá crédito à declaração do amo feita em testamento ou no seu livro-razão, se for Cavaleiro, fidalgo, ou do Desembargo del-Rei, na mesma Ord. liv. 4, tit. 33, no princ., e § 2.

DO DANO FEITO PELOS CRIADOS

§ XIX — O criado é totalmente obrigado pelo dano que fizer, por culpa sua, em coisa do amo, enquanto está ao seu serviço; mas, se dele se partir, não é obrigado, salvo se o amo denunciar, perante o juiz ou homens honrados e probos, o dano feito, porquanto a omissão dessa denúncia parece feita em fraude da soldada pedida. Para prova do dano dão-se quatro dias; mas, se o amo quiser pagar logo a soldada, e demandar depois o dano, aquele prazo pode ser prorrogado pelo árbitrio do juiz, Ord. liv. 4, tit. 35, no princ., e § 1.

Este direito estabelecido em favor dos criados, e contido na mencionada Ord. liv. 4, tit. 35, foi introduzido por costume que eu diria quase imemorial, pois já vigorava no tempo de D. Afonso III e figurava em documentos escritos, Ord. Afons. liv. 4, tit. 33.

DO LEGADO DEIXADO AOS CRIADOS

§ XX — Aquilo que o senhor deu a criado seu ou lhe deixou em testamento, afigura-se, na falta de expressão contrária, dado, não com ânimo de doar, mas de pagar uma dívida, Ord. liv. 4, tit. 31, § 11. É diferente no Direito Romano, lei 85, do tit. *De legatis 2* (*Instituições*, Liv. III, Tit. VII, § VII).

TÍTULO II

DOS CIDADÃOS E ESTRANGEIROS

O QUE SÃO CIDADÃOS

§ I — Todos aqueles que habitam os nossos territórios, ou são *cidadãos* ou *estrangeiros*; e esta é a segunda divisão das pessoas. Os cidadãos ou nascem ou fazem-se. Nascem de cidadãos nossos; fazem-se pelo domicílio e pela habitação.

QUEM NASCE CIDADÃO

§ II — Os nascidos em Portugal de cidadãos são cidadãos portugueses. Por Portugal entendemos Lisboa, as províncias, e os outros domínios dos descobrimentos, pois entre nós nunca teve uso a diversidade do direito fundada na diversidade dos lugares, que no próprio mundo romano Antonino Caracala acabou por ab-rogar com a conhecidíssima Constituição, de que fala a lei 17 do tit. *De statu hominum*, do Digesto.

E QUE DIZER, SE NASCE EM TERRITÓRIO ESTRANGEIRO?

§ III — Para conseguir pelo nascimento o direito de cidadão, requer-se que seja nascido no Reino, e de pais portu-

gueses; no entanto, se os pais estiverem ausentes no estrangeiro em serviço do Estado, o filho, lá dado à luz, nasce cidadão português, Ord. liv. 2, tit. 55. §§ 2 e 3.

O estrangeiro, embora tenha bens imóveis no reino e case com mulher portuguesa, nunca se torna cidadão português, mas facilmente pode obter do Desembargo do Paço carta de cidadania; porém, o filho de estrangeiro nascido em Portugal é imediatamente cidadão português, se o pai aí tiver bens e domicílio, e nele viveu durante dez anos contínuos, Ord. liv. 2, tit. 55. § 1. Aquilo que esta Ordenação aqui afirma no § 2 acerca dos filhos nascidos de pais ausentes no estrangeiro em serviço do Estado, não hesitaria eu estendê-lo aos filhos daqueles que partiram para fora do Reino compelidos pela necessidade, ou para salvarem a vida, ou para exercerem o comércio, Mendes, *Practica Lusitana*, liv. 1, cap. 2, n. 24, pág. 20, Pedro Barbosa, no Comentário n. 90 à lei 19, § 2, do tit. *De judiciis*, do Digesto. Esta extensão é admiravelmente aprovada pelas palavras da mesma Ordenação, § 3, pois o pai se absentou por sua vontade.

OLHA-SE APENAS A CONDIÇÃO DO PAI; E NOS ESPÚRIOS, APENAS A DA MÃE

§ IV — O direito de cidadania extrai-se da origem paterna; por isso, aquele que nasce de pai natural do Reino, e mãe estrangeira, nasce cidadão português; não assim, aquele que nasce de mãe natural do Reino, e pai estrangeiro, Ord. liv. 2, tit. 55. § 1. Nos espúrios, atende-se apenas à condição da mãe, na mesma Ord. § 4.

CIDADÃOS PELO DOMICÍLIO

§ V — No nosso direito o filho de estrangeiro torna-se cidadão e natural do Reino pelo domicílio e habitação, se seu pai

viveu nalgum lugar durante dez anos contínuos e aí pôs domicílio com intenção de permanecer para sempre, Ord. liv. 2, tit. 55, § 1.

O estrangeiro, como já mais acima dissemos (Nota ao § 3 deste título), em tempo algum se torna cidadão, pois o direito de cidadania não se adquire pelo domicílio e habitação, Ord. liv. 2, tit. 55, no princ., e § 1; no entanto, convém notá-lo, adquire-se o direito de vizinhança, §§ 1 e 2 do tit. 56 do mesmo livro. Ora, a cidadania compreende toda a vida estadual e todos os direitos em geral concedidos aos cidadãos, ao passo que a vizinhança respeita apenas a certos direitos e privilégios de importância inferior àqueles, concedidos aos moradores dum lugar em leis especiais, acerca da dispensa de cargos civis especialmente os públicos.

COMO SE CONTRAI O DOMICÍLIO

§ VI — Ora, o domicílio é comprovado simultaneamente pela intenção de ânimo e pelo facto de habitação, tanto no Direito Romano como no Pátrio, lei 20, e lei 27, § 2, do tit. *ad Municipalem*, do Digesto, lei 7 do tit. *De incolis*, do Código, Ord. liv. 2, tit. 55, § 1, e tit. 56, § 1. Todavia, aquelas leis romanas não definem durante que tempo se contrai o domicílio, e a dita Ordenação liv. 2, tit. 55, § 1, que é realmente uma lei especial, pois não existe nos Códigos Afonsino e Manuelino, e foi quase literalmente transcrita da lei 19, tit. 3, liv. 1 de *las Ordenansas Reales*, fixa esse tempo em dez anos, de acordo com a Glosa e a opinião de Bártolo, à lei 19, § 4, palavra *habuit*, do tit. *De judiciis* do Digesto, e à lei 2, palavra *constituerint*, e à lei 3, palavra *incolas*, do tit. *De incolis*, do Código, opinião essa ocasionada pela lei 2 do mesmo título do Código.

OS MUNICIPES

§ VII — Nós pròpriamente não temos muncípes, no sentido originário do termo, isto é, participantes de cargos públicos,

pois entre nós não há nenhum município que use leis próprias e não comuns da Nação. No entanto, há cidades e povoações importantes que gozam de prerrogativas e privilégios a conceder não a todos os cidadãos indistintamente, mas apenas a seus naturais e moradores. Tais são, pois: 1) os nascidos na mesma povoação ou cidade, ou dentro do território da sua jurisdição civil; 2) os que aí moram e têm bens, família, e domicílio; 3) os libertos de servidão no mesmo lugar; 4) os adoptados; 5) os que exercem cargos e officios públicos, Ord. liv. 2, tit. 56, Man. do mesmo liv., tit. 21, deduzida da lei 1, no princ., e § 1, do tit. *ad Municipalem*, do Digesto. As palavras *perfilhado* e *perfilhamento* empregadas nesta Ord. tit. 56, no princ., e tit. 35, § 12, significam adopção.

O direito municipal, ou seja, o direito de vizinhança, adquire-se pelo nascimento e outros modos referidos nesta Ord. liv. 2, tit. 56, Man. 21, Afons. 30, os quais El-Rei D. Duarte em lei especial dada em Estremoz a 20 de Janeiro do ano de 1436 definiu como pedidos ao Direito Romano. Todavia, nesta lei e nas citadas Ordenações dela extraídas exceptuam-se os antigos usos (nós chamamos-lhes *usanças*), que neste ponto se mandam observar totalmente, dita Ord. tit. 56, § últ., porquanto os nossos Reis só por grande causa costumam aboli-los. Cumpre notar aqui que o privilégio concedido ao morador dum lugar não prejudica o senhor e donatário desse lugar, se se apresentar concedido depois de feita a doação, Ord. liv. 2, tit. 57, Man. 25, Afons. 45, extraída duma lei de D. João I referida no Código Afonsino; porém, o privilégio superveniente de não pagar o tributo de *jugada*, concedido a um nobre ou clérigo pelas leis censuais, deve ser totalmente observado e prejudica o donatário, porque não é um privilégio novo, visto estar contido nas antigas leis forais. Foi assim que D. Afonso V declarou dever entender-se a mencionada lei de D. João I, declaração essa que se acha no § 1 da mesma Ordenação, Cabedo, P. II, *Decisio* 93 (Tit. III, § LXIV deste livro).

§ VIII— Já noutro lugar (*Instituições*, Liv. I, tit. XII, §§ V e seguintes), enumerámos os direitos dos cidadãos. Os principais são os seguintes: recorrer em todo o tempo a el-Rei, Carta de Lei de 18 de Agosto de 1769, § 2, Ord. liv. 1, tit. 9, § 11, e tit. 12, §§ 5, 6 e 7; pedir-lhe segurança, Ord. liv. 5, tit. 128; exercer os cargos da República e da Igreja, Extravagante de 15 de Julho de 1671, tais como o officio de tabelião e escrivão, Ord. liv. 1, tit. 81; tomar e ocupar apenas para si os benefícios eclesiásticos, Ord. liv. 2, tit. 13, § 1, Extravagante de 18 de Fevereiro de 1512, e os bens da Real Coroa, Ord. liv. 2, tit. 35, no princ., palavras *entre seus vassallos, e naturaes*, etc.

Entre os direitos particulares dos cidadãos não é certamente dos mais insignificantes o direito ou faculdade de pedir a el-Rei honras, privilégios e prémios, por serviços tanto militares como civis prestados à República. Deste direito já há muito que usamos e dele fala Cabedo, P. II, *Decisio* 36. A esta matéria visa principalmente o Regimento especial chamado *das Mercês* (que apenas possuímos manuscrito), ordenado por D. Pedro II em 19 de Janeiro de 1671, com o qual se deve conjugar o Decreto de 13 de Agosto de 1706. As disposições que aí se acham são, sumariamente, as seguintes. Os ditos serviços, cuja remuneração se pretende, podem: 1) ser doados a qualquer um mesmo estranho, tanto em testamento, como entre vivos, liberdade esta que constitui realmente um género de prémio, Ord. liv. 4, tit. 97, §§ 10 e 12, lei 7, do tit. *De bonis quae liberis*, do Código; 2) se não tiverem sido dados ou legados a alguém, sucedem neles todos os herdeiros legítimos: os ascendentes e descendentes sem diferença de grau, e os transversais apenas dentro do segundo grau; 3) a sua como que mercê e remuneração pedem *bene et jure* os descendentes e os ascendentes, embora sejam destituídos de serviços pessoais, porquanto se considera que sucedem neles por um certo direito próprio; os colaterais não assim; 4) é inútil a sua renúncia em favor de alguém, que não seja de qualquer modo benemérito da República nem tenha semelhantemente serviços próprios, Decreto de 28 de Dezembro de 1676; 5) uma vez dalgum modo remunerados os serviços, em vão se pede o aumento do prémio, salvo se aparecem ele-

mentos novos que anteriormente não hajam sido mencionados, Decreto de 26 de Fevereiro de 1678, Alvará de 30 de Dezembro de 1615, Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 12, N. 2; 6) sòmente se provam por instrumentos primordiais e originaes, Diploma Régio de 10 de Março de 1690, e Resolução de 2 de Abril de 1756, firmados com juramento, e passados no Reino dentro de seis meses, e nos domínios dos descobrimentos dentro de um ano a contar do dia em que os serviços foram feitos, Lei de 24 de Julho de 1609, Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 42, N. 5; 7) devem primeiro ser provados e julgados no Conselho do Património Real pela maneira prescrita na Carta de Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 2, § 15; 8) prescrevem os serviços cuja satisfação não se pedir no espaço de trinta anos, Decreto de 13 de Agosto de 1706; 9) aquele a quem foram concedidos, em remuneração de serviços, os réditos ánuos chamados *tenças*, perde-os em qualquer tempo que for distinguindo o seu lucro e título de *Comendador* ou *Comenda*, Lei de 5 de Janeiro de 1606, Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 12, N. 1; 10) extinguem-se, por morte daquele a quem foram concedidas, as tenças, ainda que não recebidas pelo facto de não ter chegado o dia e tempo de as exigir, que nós chamamos *cabimento*; além disso, não se podem repetir os direitos pagos em razão deste beneficio e liberalidade, embora esse pagamento haja sido effectuado segundo o direito, Decretos de 28 de Março de 1689 e 10 de Dezembro de 1753; 11) as doações e liberalidades régias de qualquer género só valem quando dadas em cartas patentes assinadas pelo Rei, Ord. liv. 2, tit. 42, o que já há muito tinha sido determinado por Ordenação especial de D. Afonso IV de 20 de Junho de 1370 da Era; 12) e devem ser registadas dentro de quatro meses no livro especialmente destinado a esse effeito, Ord. liv. 2, tit. 42, tirada das Extravagantes de D. João III de 1547, e de D. Sebastião de 1567, *apud* Leão, p. 5, tit. 9, leis 1 e 2. Estas e muitas outras coisas, que deliberadamente omitimos, foram estabelecidas, não só em favor dos cidadãos beneméritos da República, mas também em favor da Coroa, ou seja, do Património Régio. Já agora, para retomarmos o caminho de que nos desviámos um pouco, cumpre advertir que aquilo que acima dissemos da concessão de cargos públicos apenas aos bons cidadãos, é de entender em sentido genérico e, como dizem, por via de regra, da qual, salva sempre a prerrogativa dos cidadãos, houve mais de um desvio. Pode servir de exemplo em nossos tempos, para omitirmos outros mais antigos, o Conde de Schomburg nomeado por D. Pedro II comandante do exército português, por ele feito Conde de Mértola, e premiado

por toda a vida com 18 000 cruzados de ouro em cada ano (Meneses, Conde de Ericeira, *Portugal Restaurado*, tomo 2, p. 2, liv. 11, pág. 762).

DIREITOS MUNICIPAIS

§ IX — Além disso, os municípios (nome por que entendemos aqui as cidades e povoações maiores), vivem, não só com as leis públicas, a que estão inteiramente sujeitos, mas também com as leis municipais, cujos autores são os próprios cidadãos. Com efeito, em primeiro lugar é-lhes permitido ter uma Cúria ou Colégio, destinado a cuidar de tudo aquilo que respeita à utilidade da república e decoro da cidade, e formado pelos juizes ordinários, vereadores, e outros oficiais, eleitos tão-sómente pelos munícipes. Todos estes, cada um em seu cargo, devem velar pelo bem comum do município, cuidar da milícia, agricultura, comércio e indústria, fazer leis e estatutos sobre estas actividades, julgar os dissídios e disputas dos munícipes, nomear alguns oficiais para o exercício da jurisdição civil e militar, dirigir os negócios e fábricas dos habitantes, e as feiras instituídas em cada semana, mês, ou ano, votar nas Cortes gerais do Reino, e desempenhar todas as obrigações que se vêm de qualquer modo interessar à real utilidade, proveito, e economia do município e seus habitantes. Em segundo lugar, gozam de várias honras, privilégios, direitos e isenções, cuja citação só por si seria longa.

A este Colégio ou Cúria municipal presidia outrora o senhor da povoação, o qual juntamente com os nobres, isto é, os homens probos e honrados, cuidava a princípio das coisas do agregado municipal e respectivos cidadãos, e punha a dirigi-lo oficiais da sua livre escolha. Este direito foi-lhes a pouco e pouco diminuído, e por fim tirado em posteriores ordenações, Ord. liv. 1, tit. 67, §§ 11 e 12, Man. 45, Afons. 28. A esta Cúria pertencem, além dos oficiais acima mencionados, os juizes dos órfãos, os juizes pedâneos ou *da vintena*, o juiz do povo, que alguns ineptamente confundem com o tribuno romano da plebe, uns certos oficiais mecânicos, em português *mesteres*, palavras

derivada de *ministerio*, que significa officio, como procuradores das artes não liberais, e certo número de homens do povo eleitos igualmente pelo Senado local, aos quais todos incumbe, cada um conforme seu cargo, defender os interesses populares. O Regimento dos juizes ordinários vem na Ord. liv. 1, tit. 65, o dos juizes da vintena nos §§ 73 e 74 do mesmo título, o dos juizes dos órfãos no tit. 88, o dos vereadores no tit. 66, o dos almotaçes no tit. 68, e os dos procuradores do Concelho dos cidadãos no tit. 69. Além disso, alguns municípios e cidades mais importantes do Reino têm regimentos especiais. Entre outros, merece aqui referência o chamado *Regimento das vereações*, dado à Cúria de Lisboa em 30 de Julho de 1591, e outro chamado *da Camara* de 5 de Setembro de 1671, *apud* Pegas, tomo 5, à Ord. liv. 1, tit. 67, § 15, págs. 365 e segs.. Omitto outros regimentos muito mais antigos e outros muito mais recentes dados à Cúria de Lisboa; não se deve, todavia, deixar sem alusão o Regimento dos officios mecânicos por Duarte Nunes de Leão, no qual se acham muitos elementos notáveis, que podem ajudar os direitos e privilégios dos municípios. Isto basta para entendermos que estas repúblicas municipais são populares ou mistas, visto que os seus vereadores e restantes officios são quase todos tirados do povo. Porém, com o nome de povo, ou seja, o de *peão*, são aqui significados os artistas que professam artes não liberais, os mercadores ambulantes, ou seja, os tendeiros, e em geral todos aqueles que costumam assoldar-se; os homens nobres filhos de homens nobres, os laureados com graus académicos, os negociantes, os agricultores, e outros, eram agregados à Cúria e chamados a deliberar, sempre que havia negócios de interesse público a resolver. Ora, em primeiro lugar, cuidavam, pela sua parte, da milícia, que estava dividida entre os Reis, os Senhores e o Senado do lugar, e essa sua parte da milícia distinguia-se das milicias del-Rei e dos Senhores pelo estandarte da Câmara, para cujo transporte elegiam um porta-estandarte especial. Depois, já desde o início do Reino foram concedidos aos mesmos municípios numerosos privilegios. Eram gerais e comuns a quase todos os municípios os seguintes privilegios: 1) certos géneros de tributos; 2) as penas fiscaes a pagar nos delictos particulares ao senhor e ao Rei; 3) as isenções nos lugares *honrados*; 4) nas *Behetrias*; 5) a immuniade de tributos e cargos públicos dada aos militares, isto é, aos nobres; 6) a immuniade dos clérigos, pois eram havidos como militares, entre os quais sobressaíam neste aspecto os cônegos de Visen, a quem D. Dinis deu o privilegio de cavaleiros (*Monarchia Lusitana*, Parte V, liv. XVI, cap. 39, fol. 76 v.º). A algumas povoa-

ções e municípios foram concedidos privilégios especiais do teor daqueles que, primeiro, foram concedidos pelo foral dado pelo Conde D. Henrique a Coimbra no ano 1149 da Era (*apud* Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. III, fl. 281 v.º) que concedeu a seus moradores: 1) *que somente tivessem juizes e Alcaides dentre os seus naturais*; 2) *que nenhum receba por esposa viúva ou filha de cavaleiro sem vontade sua e de seus pais*; 3) *que os Infanções não tenham casa ou vinha na cidade, se não quiserem habitar convosco, e servir como vós*; 4) *que nenhum cavaleiro estranho entre em casa de alguém sem consentimento do dono da casa*; 5) *que se algum de vós quiser servir a outro senhor ou ir para outra terra, tenha o poder de manter, vender ou doar a sua herança*. Também foi concedido à Cúria de Coimbra dar a quem entendesse o cargo de escrivão dos órfãos, o que prova, entre outros documentos, uma carta de D. João III de 1547 para a mesma Cúria zelosamente conservada em seu arquivo. Por lei foral de D. Afonso I do ano 1180 da Era (*apud* mesmo Brandão, fl. 280), os mercadores de Coimbra estavam imunes de *portagem* nas vilas próprias dos Reis, etc.. Os muncicipes *das Alcaçovas* estavam imunes do censo por foral dado no ano 1267 da Era pelo Bispo e Cabido de Évora, e reiterado ou confirmado por El-Rei D. Dinis no ano 1317 da Era (*apud* Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. V, fl. 308); de igual imunidade gozavam as tendas, os moinhos e os fornos; os seus mercados eram considerados como uma espécie de lugares sagrados, e os seus exercentes eram isentos pela lei foral de todos os incómodos e até da causa de penhor; também lhes pertencia não só o uso, mas ainda a propriedade dos campos incultos, os *maninhos*, os quais, anotemo-lo de passagem, pertencem ao Senado do lugar, se não forem especialmente reservados por el-Rei, Ord. liv. 4, tit. 43, § 9, nas palavras *coutados nem reservados*. Os plebeus, isto é, os *peões*, ou *pedones* como lhes chama o foral, chamados a juízo eram julgados pelos cavaleiros *vilãos* da povoação vizinha. Qual seja a diferença entre estes e os *filhos d'algo* explica Brandão na *Monarchia Lusitana*, P. V, liv. XVI, cap. 39, fl. 76. A povoação chamada *Caldas da Rainha* concedeu D. João II por carta de 4 de Dezembro de 1488 (*apud* Sousa, tomo II das *Provas* ao liv. IV da *História Genealógica*, N. 32, p. 187) o direito de asilo, e a imunidade da milícia, dos cargos do Concelho Civil, da *portagem* e da *jugada*. Quase inúmeros privilégios foram concedidos por D. João I a Lisboa e outras terras, muitos dos quais são enumerados e sumariamente referidos no tomo VIII da *Monarchia Lusitana*, cap. 32. Por privilégio de D. Afonso V, que

D. Manuel acabou por ab-rogar em 1503, os nobres não podiam demorar mais de três dias na cidade do Porto (Cunha, *Cathalogo dos Bispos do Porto*, P. II, cap. 32, pág. 280). Também, por privilégio, certos municípios eram *realengos*, assim chamados, porque não podiam ser doados pelo Rei, como *Guimarães* (Sousa, tomo III, das *Provas* ao liv. VI, N. 79, pág. 629). *Cornelhã* (o mesmo, *ibidem*, N. 10), *Portalegre* (*Mon. Lus.*, P. V, liv. XVII, cap. 54), *Viana do Lima*, e o *Reino do Algarve* (Sousa, tomo V das *Provas* ao liv. VIII, N. 15, pág. 463). Quase todos os municípios do Reino têm voto nas Cortes; João Baptista de Castro enumera-os por sua ordem no *Mapa de Portugal*, tomo I, P. II, cap. 13. Aos mesmos municípios, isto é, ao povo português que eles representavam com seus votos nas Cortes, foi desde os primórdios do Reino concedido enviar a el-Rei petições escritas para o bem comum da República, em português chamadas *representações dos povos*, as quais se acham guardadas com grande cuidado no Arquivo do Reino, onde, para sempre encerradas, em boa verdade de nada valem, quando, doutro modo, dadas à luz pública muito poderiam ilustrar a Jurisprudência Pátria. Deste direito e liberdade goza também cada município em separado, e dele usou em 1624 Celorico, povoação célebre da nossa História, em uma Epístola ou decreto camarário enviado ao Rei com esta inscrição, célebre também, *A ElRey Nosso Senhor, ou quem seu cargo servir*, no qual, se não é apócrifo, brilham não só um admirável amor da Pátria e uma rara nobreza, mas também muitos sinais de sabedoria civil.

DA INVIOABILIDADE DOS DIREITOS MUNICIPAIS

§ X— Ora, estes direitos, tanto os dados desde o princípio ou por mera liberdade dos príncipes, ou em remuneração de serviços, como os resultantes de antigos usos, devem ser sempre havidos em grande veneração, e não podem ser limitados ou ab-rogados senão por grande causa pública.

Devem-se guardar rigorosamente os direitos a que damos o nome especial de *usanças*, Ord. liv. 2, tit. 56, § últ., Man. 21, deduzida da lei de D. Duarte dada em Estremoz a 20 de Janeiro de 1437, Ord. Afons. tit. 30 do mesmo liv.. Estes direitos, até pelo respeito que nos

merece a sua antiguidade, devem ser, geralmente, muito estimados, e nunca revogados sem razão; no entanto, há uns mais veneráveis que outros. Com efeito, aqueles que dizem respeito à economia e regime especial do município e à livre eleição dos oficiais da Cúria; aqueles que respeitam ao direito de voto em Cortes ou à posse dos pastos que foram atribuídos aos antigos colonos dos municípios; os que concernem ao direito de livre trânsito, de liberdade de casamento, ou à livre faculdade de cada um dispor de coisa sua; ou, finalmente, os que dizem respeito à imunidade de aposentadoria e outros encargos, e todos os mais que confirmam a liberdade civil dos municípios, ou os defendem do desmesurado poder ou insolência dos senhores, não devem ser totalmente suprimidos e ab-rogados, ainda que num ou noutro caso possam ser realmente limitados, e acomodados ao presente estado de coisas. Mas não é de dizer o mesmo da imunidade de milícia e dos tributos quer públicos quer municipais, e doutras isenções antigas, as quais, intervindo qualquer causa justa, podem ser facilmente revogadas, pois muitas delas já não vigoram actualmente, nem, de facto, devem vigorar no futuro, se, como já observámos noutro lugar, nas nossas *Instituições de Direito Público Português*, tit. XII, § I, dalgum modo contrariarem a utilidade pública, que é a suprema lei. Ninguém duvida de que os municípios podem, por castigo, ser privados de alguns dos seus privilégios consoante o modo e qualidade do delicto. Cabe referir, a este respeito, a sentença proferida em 12 de Outubro de 1757 sobre o tumulto popular da cidade do Porto, e outra del-Rei D. Manuel, assim lhe chama Góis na Crónica deste Rei, p. I, cap. últ., ditada em 22 de Maio de 1506 sobre o alevantamento e massacre cometido contra os Judeus em Lisboa a 19 de Abril do mesmo ano, sentença pela qual esta cidade foi despojada para sempre do privilégio de eleger os vinte e quatro oficiais, ou *mesteres*, e os quatro procuradores do povo, e temporariamente da isenção, de que desde tempos antigos gozava, de só por sua livre vontade receber em hospedagem, isenção que chamamos *aposentadoria*. Ora, estes e outros semelhantes privilégios, por mais antigos que sejam, visto que partem apenas da vontade del-Rei, devem ser inteiramente distinguidos das leis *fundamentais*, que têm por autor o povo e o Rei, e também das leis que entram na constituição do Reino.

§ XI — Os estrangeiros, que a nossa gente sempre acolheu cordialmente e quase como cidadãos naturais, usam entre nós dos mesmos direitos que costumam ser concedidos pelas leis e usos das nações livres a homens livres e cidadãos de outro Estado; na desses direitos, certamente não dos mais insignificantes, é o chamado *droit d'Aubaine*, já há muito conhecido e observado pelos nossos. Porém, todos eles são inteiramente súbditos territoriais, e sujeitos às leis e poder do nosso País, enquanto nele moram, pois, como bem diz o Jurisconsulto na lei 29, do tit. *ad Municipalem*, do Digesto, «*O morador deve obedecer, não só aos magistrados junto de quem mora, como também àqueles junto de quem é cidadão*». Esta a razão por que os estrangeiros que se achem em Lisboa são justamente aí citados, Ord. liv. 3, tit. 3, e podiam, realmente, ser citados perante o Corregedor da Corte de feitos cíveis, Ord. liv. 1, tit. 39, § 1. O que se acha estabelecido sobre o foro dos embaixadores na Ord. liv. 3, tit. 4, Man. e Afons. 3, não se ajusta aos costumes actuais (*Instituições*, liv. IV, Tit. VII, § XXVI).

Os corregedores da Corte de feitos cíveis e de feitos crimes conheciam, como de isentos, das demandas e contendas dos peregrinos ou estrangeiros, tanto civis como criminaes, movidas na Corte, Ord. liv. 1, tits. 7, 8 e 39, § 1, e liv. 3, tit. 3; nos restantes lugares obtinham o foro do contrato ou do delicto conforme a Ordenação geral, liv. 3, tit. 11, no princ., § 3; assim, realmente, o pareciam exigir os princípios da jurisprudência sobre acções contidas nos três Códigos do Reino. No entanto, este direito acabou por ser afastado. E, primeiramente, conheceu das controvérsias dos estrangeiros, nascidas por motivos de comércio, o Ouvidor da Alfândega de Lisboa, Ord. liv. 1, tit. 52, no princ., e § 4, mesmo dos Ingleses, § 9, que diz *E conhecerá dos feitos dos Ingrezes no modo, que no foral, que de nós tem, he ordenado*. Depois, vieram os cônsules e os juizes conservadores de Nação, criados por leis especiais e pactos comuns, alguns dos quais se acham na Colecção I à Ord. do dito liv. 1, tit. 52, Nn. 1, 2 e 3. Quanto ao direito chamado *droit d'Aubaine*, que concede os bens dos estrangeiros

falecidos em reino alheio, não ao Fisco, mas a seus legítimos herdeiros ou a seus testamenteiros, é ele, por assim dizer, um direito das nações mais civilizadas que se deve guardar inteiramente, posto que sobre o seu uso nada se tenha estabelecido, pactuado, ou convencionado entre as nações mais cultas. Actualmente foi ele expressa e mutuamente acordado entre a Rainha Fidelíssima e Catarina II, Imperatriz da Rússia, no solene tratado de amizade, navegação e comércio, feito no ano de 1787. (Em 24 de Março de 1788 foi esse tratado ratificado; e, posteriormente, renovado por Paulo I em 27 de Dezembro de 1798, foi pela segunda vez novamente ratificado em 19 de Abril de 1799). Pelo que respeita aos embaixadores das nações livres ou dos soberanos, é indubitável, pela Ord. liv. 3, tit. 4, que eles podem ser citados, tanto pelos contratos, como pelos delitos cometidos durante a sua embaixada, e assim era já no Direito Romano, lei 2, §§ 3 e 4, lei 8, lei 24, § 1, e lei 25, do tit. *De judiciis*, do Digesto.

QUAIS OS QUE PERDEM A CIDADANIA

§ XII — Os nossos desterrados, ainda que afastados para a África, Índia, Brasil, ou outras remotíssimas regiões, permanecem ainda cidadãos, assim como também os condenados às penas perpétuas ou temporárias de cárcere, trabalhos forçados nas minas, galé, ou trabalhos públicos. Porém os proscritos, que em português chamamos *desnaturalizados*, ou, como tem o Código de D. Manuel (assim como também o de Filipe, liv. 2, tit. 13), *desnaturados*, são privados do direito de cidadania (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. I, § XVI). Tomásio nas Notas ao tit. *De capitis deminutione*.

E DE QUE DIREITOS SÃO PRIVADOS

§ XIII — Contudo, não são privados da própria cidadania e bens, se isso não for expressamente determinado, mas apenas dos direitos de cidadania, a saber, daqueles que competem só

aos cidadãos, quais os que lembramos mais acima no § VIII, e que mais respeitam à cidade que aos próprios cidadãos; não podem, por isso, exercer magistraturas ou a tutoria, fazer testamento, exercer sobre os filhos o império e poder civil, desempenhar outros cargos públicos na sociedade, da qual já não são membros e sócios, nem realmente dignos de que lhes sejam cometidas funções civis; bem podem, todavia, adquirir, negociar, ser citados por delicto ou contrato, e accionar em juízo, pois estão sujeitos ao império da Cidade enquanto nela viverem.

O estrangeiro, o forasteiro, e o deportado também podem, no Direito Romano, vender, comprar, tomar e dar de aluguer, permutar, emprestar a juros, e dar em penhor, lei 15, do tit. *De interdictis et relegatis*, do Digesto; pode também passar mandato, lei 22, § 5, do tit. *Mandati*, do Digesto. O estrangeiro também usa de acções directas sobre os cidadãos, e pode ser citado perante o Pretor Peregrino, porquanto não é totalmente incapaz de direito civil, mas somente do direito que se considera próprio dos cidadãos romanos, como o direito de testamento, lei 1, do tit. *ad Legem Falcidiam*, de pátrio poder, § 2 de igual título das *Institutas*, de casamento, no princípio do tit. *De nuptiis* das *Institutas*. Está, porém, conexo, com injustiça para os cidadãos romanos, que a eles se concedam acções apenas contra os seus concidadãos, pois não poderiam então exigir aquilo que os estrangeiros lhes devessem. Mas o deportado e todo aquele que perde a cidadania, é citado e age em juízo por acções úteis, e não por acções directas, lei 14, § últ., e lei 22, § 5, do tit. *Mandati*, ou porque é um «*capite minutus*» (diminuído na sua personalidade civil), ou porque lhe são confiscados os bens, os já adquiridos logo, e os a adquirir, após a morte, lei 2, do tit. *De bonis proscriptorum*, do Código. Nas nossas leis é inútil e de nenhuma importância a diferença entre acções úteis e acções directas, e entre deportação e relegação. Também não pode adaptar-se aos costumes actuais aquilo que os Romanos ensinaram com excessiva tenacidade acerca da necessidade de não se conceder facilmente aos outros o direito de seus cidadãos.

TÍTULO III
DOS PATRÍCIOS, CAVALEIROS
E PLEBEUS

OUTRA DIVISÃO DOS CIDADÃOS

§ I — Na sociedade civil necessariamente existem, devido à sua desigualdade, diversas ordens de cidadãos; primeiro, está a *Ordem Patricia*, e, depois, a *Equestre*, e a *Plebeia*.

QUEM É PATRÍCIO

§ II — Dizem-se patricios os nobres por excelência, que na Cidade ocupam o primeiro lugar junto do Rei. Tanto outrora como hoje são diversos os seus nomes e direitos.

Aqui não dizemos nem tomamos a ordem dos patricios no sentido do Direito Romano, e procede de balde, para não dizer ineptamente, manifestando evidente ignorância, aquele que não reconhece essa diferença. Portanto, neste lugar, chamamos patricios apenas àqueles nobres, que antigamente se chamavam *filhos d'algo*, e hoje *fidalgos*.

RICOS-HOMENS

§ III — Com este nome distinguiam-se antigamente, em primeiro lugar, os *Ricos-homens*, os *Infanções*, e os *Vassalos*, os primeiros dos quais, os mais ilustres de todos, eram assim

chamados, de início, pelas riquezas em que abundavam. Mas, depois, com o aumento do poder e majestade dos Reis, estes próprios começaram a dar o título honorificentíssimo de *Rico-homem*, até ao tempo de D. Afonso V, que foi o primeiro a aboli-lo; no entanto, faz-se menção dele, não só, a cada passo, nas leis antigas, mas também no Código de D. Manuel, liv. 1, tit. 56, § 21, e liv. 3, tit. 5, § 5. As insígnias deste título honroso eram o pendão e a caldeira, os quais significavam que estes nobilíssimos varões tinham a faculdade de recrutar soldados, e posses para os sustentar. Manuel Severim de Faria, *Notícias de Portugal*, Discurso III, § 20; Cabedo, P. II, *Decisio* 208; *Nobiliarquia Portuguesa*, cap. VII; *Monarchia Lusitana*, P. III, liv. IX, cap. 13; Álvaro Ferreira de Vera, *Origem da Nobreza política*, cap. II (Luis de Sousa, *História de S. Domingos*, P. I, liv. 1, cap. 1).

INFANÇÕES

§ IV — Aos *Ricos-homens* seguem de perto os *Infanções*, um tanto inferiores em dignidade, como consta de escrituras que vêm em Cabedo, P. II, *Decisio* 107, Barbosa, *Remissiones* ad Ord. liv. 2, tit. 21, Severim de Faria, no mesmo Discurso III, § 22, Ferreira de Vera, no dito cap. II; chamavam-se assim, ou porque descendiam daqueles que seguiram o partido do *Infante* Pelaio após a ruína geral de Espanha, ou porque eram os filhos mais novos dos *Ricos-homens*, e, assim como em tempos anti-quíssimos chamavam Infante ao filho secundo-génito do Rei, assim também chamavam Infanção ao filho do *Rico-homem*. Outros pensam de maneira diferente.

Nas Cortes celebradas em Guimarães no ano 1294 da Era, 1256 de Cristo, no reinado de D. Afonso III, *apud* Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. III, liv. IX, cap. XIII, os *Ricos-homens* precediam sem dúvida aos *Infanções*. Também num opúsculo antiquíssimo de alimentos do Mosteiro de Grijó, ordenado por D. Pedro I no ano 1403 da

Era, 1365 de Cristo, os *Infanções* são nomeados depois dos *Ricos-homens*, o que assaz prova a preeminência e precedência destes, a qual também se vê demonstrada numa sentença judicial, célebre mesmo só pela antiguidade, de 3 de Julho de 1486, *apud* Pegas, tomo VII à Ord. liv. I, tit. 91, § 2, glosa 4, pág. 379, n. 8:

VASSALOS

§ V — Diziam-se antigamente *Vassalos*: 1) os que tinham del-Rei fortalezas e castelos com jurisdição e império; 2) os que venciam estipêndio na guerra; 3) os que serviam na guerra com certas e determinadas armas conforme as suas posses. Este era o primeiro grau honorífico, e os que dele gozavam diziam-se propriamente clientes ou *Vassalos*, Ord. Man. liv. 4, tit. 35, e tit. 71, § 3. Severim de Faria, *Notícias*, Discurso III, § 21, Cabedo, P. II, *Decisio* 106. *Vide* Título I, § XIII, Nota.

DUQUES

§ VI — Desde o tempo de D. João I houve outros títulos honoríficos em Portugal; ele mesmo criou em 1415 seus filhos, o Infante D. Pedro, Duque de Coimbra, e D. Henrique, Duque de Viseu; e D. Afonso V criou em 1442 o outro filho de D. João I, D. Afonso, Duque de Bragança. É esta a primeira ordem e grau de dignidade a seguir ao Rei. Sobre a sua origem, privilégios e ritual de criação, Severim de Faria, no mesmo Discurso III, § 23; Sousa, *História Genealógica*, tomo V, liv. VI, cap. 1, e no opúsculo intitulado *Memórias Históricas e Genealógicas dos Grandes de Portugal*, no prefácio.

§ VII — Seguem-se os Marqueses. O primeiro a ser distinguido com este título foi D. Afonso, Conde de Ourém, filho mais velho de D. Afonso I, Duque de Bragança. Foi Legado do Rei no Concílio de Basileia, e por este motivo o Rei de Portugal D. Afonso o 5.º deste nome nomeou-o em 1451 Marquês de Valença. Os Condes antecedem em antiguidade os Duques e os Marqueses; o primeiro que recebeu esse título honorífico foi João Afonso Telles, criado Conde de Barcelos por El-Rei D. Dinis em carta datada de Santarém aos 8 de Maio de 1336 da Era, 1298 de Cristo. António Pereira, Dissertação *Origem do Título e da Dignidade dos Condes*, § V.

VISCONDES E BARÕES

§ VIII — Estes são os próceres de Portugal. Vêm a seguir os Viscondes e os Barões. D. Afonso V fez Barão de Alvito a João Fernandes da Silveira, e após o seu regresso de França fez, pela primeira vez, Visconde de Vila Nova de Cerveira a Leonel de Lima no ano de 1476. O mesmo Pereira, na citada Dissertação, § VI.

Entre os Magnates de Portugal devem contar-se também: 1) os filhos e filhas dos Duques; 2) o Grão-Prior do Crato; 3) os Arcebispos, e os Bispos também nomeados Titulares pelo Rei, Extravagante de 29 de Jan. de 1739; 4) os Cônegos da Igreja Patriarcal, chamados *Principais*, Alvará de 24 de Dez. de 1716. O Patriarca goza de todas as honras e privilégios civis que se costuma conceder no Reino aos Cardeais da Santa Igreja Romana, Decreto de 12 de Fev. de 1717. Os nobres titulares gozam ainda do privilégio de se sentarem de cabeça coberta na presença do Rei, e deste receberem um certo estipêndio anual, que chamamos *Assentamento*; os não titulares, inscritos no número dos nobres, estão de cabeça descoberta, e também são contemplados com um estipêndio anual, que, diferentemente daquele, se chama *Moraçãu*.

§ IX — O título de *Senhor* é uma espécie de honra e dignidade, usada pelos que exercem império e jurisdição civil sobre alguma terra, e parece posto em substituição do antigo título honorário de *Vassalo*, que deixou de estar em uso, tal como o de *Rico-homem* e *Infação*, desde o tempo de D. Afonso V. Severim de Faria, *Notícias*, Discurso III, §§ 26 e 27.

Todavia, o próprio D. Afonso V (e de balde se buscará outro exemplo) em 1 de Junho de 1451 criou *Rico-Homem* Nuno Martim da Silveira, escrivão, como diziam, da puridade, por carta existente no Arquivo Público do Reino, no liv. III chamado *dos Mysticos*, fl. 263, mencionada por Sousa, na *História Genealógica*, tomo III, liv. IV, cap. 1, pág. 36.

OS ADICTOS A CASA REAL, ISTO É, OS FIDALGOS

§ X — D. Afonso V quis que se chamassem nobres principalmente aqueles que ele mesmo inscreveu num livro de nobres especiais, os quais se chamam propriamente fidalgos. Esta escolha para o livro dos nobres recebe vários graus e ampliações segundo a ordem do Regimento del-Rei D. Sebastião dado em 1572 ao Mordomo da Casa Real, de que hoje usamos. João Pinto Ribeiro, tratado *sobre os títulos da nobresa de Portugal e seus privilegios*.

Parece que a Ord. liv. 5, ao falar no tit. 35, § 1, do *fidalgo de grande solar*, no tit. 92, § 9, do *fidalgo de solar conhecido*, no tit. 43, § 1, do *fidalgo notável*, e no tit. 119, § 3, dos *fidalgos de grandes stados, e poder*, se deve entender tão-somente dos próceres e grandes do Reino, porquanto os descendentes de família nobre ou escolhidos para o livro dos nobres dizem-se simplesmente *fidalgos de solar, ou assentados em nossos livros*, Ord. liv. 5, tit. 120, no princ., e liv. 3, tit. 59, § 13.

§ XI — Em tempos antiquíssimos apenas eram nobres os homens que traziam escudo, isto é, os inscritos na ordem dos nobres por feitos illustres praticados na guerra por si ou seus maiores, que chamavam *Escudeiros*, ou Cavaleiros, assim chamados porque serviam na guerra com cavalo, ou porque eram admitidos à ordem dos Cavaleiros em determinadas cerimónias que já não estão em uso.

E QUAIS OS QUE HOJE TEM ESTE NOME

§ XII — Além destes antigos Cavaleiros e homens *escudados*, isto é, *Escudeiros*, sem dúvida illustríssimos, também têm este nome, desde o tempo de D. Afonso V, os que são nomeados tais pelo Rei, e gozam dos direitos de simples nobreza, Ord. liv. 1, tit. 74, § 4, e liv. 2, tit. 45, § 39. São quase da mesma categoria os escudeiros de criação dalgum fidalgo e os que servem a homem ou mulher nobre ou os educadores, Ord. liv. 1, tit. 66, § 42, e liv. 5, tit. 138, no princípio; João Pinto Ribeiro, tratado *sobre os títulos de nobresa e seus privilegios*, Febo, P. II, *Decisio* 106, *Nobiliarchia Portuguesa*, cap. XVII.

CAVALEIROS DAS ORDENS MILITARES

§ XIII — São considerados entre os principais nobres os Cavaleiros das Ordens Militares de Cristo, S. Bento, e S. Tiago, Ord. liv. 5, tit. 120, no princípio, os quais não devem ser confundidos com os antigos Cavaleiros. D. Afonso I instituiu a Milícia de Avis e pôs a presidência o seu próprio irmão D. Pedro Afonso; D. Sancho I acolheu favoravelmente no Reino a Milícia de Santiago recebida dos Espanhóis; e, depois, el-Rei D. Dinis eximiu-a

em 1290 à jurisdição do Grão-Mestre espanhol. O mesmo Rei fundou de novo em 1319 a Ordem de Cristo. E bastem apenas estas indicações.

Também se deve acrescentar a estas Milícias sagradas a Ordem Hospitalar, hoje de Malta, aprovada por Calisto II cerca de 1118, e já conhecida e admitida em Portugal no tempo de D. Afonso I no ano 1130 (*Monarchia Lusitana*, P. III, liv. IX, cap. 11, fl. 8r). Os Cavaleiros desta Ordem, e os Templários, pouco antes admitidos reinando D. Teresa, dedicavam-se ao imediato serviço del-Rei, a quem prestavam solene juramento de homenagem, cuja fórmula vem em Frei Bernardo de Brito, *Chronica de Cister*, liv. II, cap. 27. Actualmente, a Fidelíssima Rainha acrescentou às Milícias do Reino doze Cavaleiros, que, a exemplo desta Ordem, chamou *Grão-Cruzes*, e deu-lhes insígnias especiais pela Carta de Lei de 19 de Junho de 1789, na qual se acham, além disso, notáveis disposições honrosas para as Milícias.

OUTRO GÊNERO DE NOBREZA

§ XIV — Mas, porque Portugal é um Reino militar, não nos devemos admirar de que, a princípio, só por feitos ilustres de guerra se adquirisse nobreza, o que demonstram à evidência os braços de família que usamos. Daqui resulta que os nossos maiores não só aborreciam o comércio e o negócio como coisa sórdida e pouco adequada à sua dignidade, Ord. liv. 4, tit. 16, mas também tinham em pouca conta as honras da magistratura e os officios civis, e apenas reputavam de valor os institutos militares, ou actividades semelhantes, como os torneios, justas e canas entre cavaleiros, corridas de touros, caçadas, duelos, e coisas de igual teor. No entanto, sobrevindo melhores tempos em que arrefeceu o furor bélico, acabou-se por dar a devida honra aos officios e cargos civis, surgindo outro género de nobres, que não se podem chamar propriamente Cavaleiros nem Fidalgos, mas gozam de quase todos os seus privilégios e direitos. Neste número contam-se princi-

palmente os desembargadores e outros magistrados, os professores régios, os Doutores, etc..., Ord. liv. 2, tit. 59, § 15, liv. 5, tit. 120, Man. 67, Afons. 94 do mesmo livro.

Como já dissemos noutro lugar (*História do Direito Civil Português*, §§ XLI e LXV), os juizes ordinários do lugar eram tirados dentre os homens bons, e não dentre os *Ricos-homens* ou Senhores; porém, os magistrados maiores, como os pretores das comarcas, isto é, os *Corregedores*, os prefeitos civis, isto é, os *Adiantados* ou *Adelantados*, os supremos juizes, isto é, os *Sobrejuizes*, etc., eram tirados apenas da Ordem dos Nobres. Mas, com a recepção do Direito Romano no foro e na Universidade, aconteceu enfim que, a partir de D. João II, se desse entrada para as honras civis da magistratura da República apenas aos juriconsultos. D. Francisco Manuel, *Epanáfora I*, pág. 27.

QUEM É PLEBEU

§ XV — Chama-se homem plebeu àquele que não está assentado no livro dos nobres nem na Ordem dos Cavaleiros; todavia, alguns há que, por assim dizer, partilham desta qualidade, como os que mais acima lembrámos e quiçá outros que, embora não se achem adictos à Casa Real nem incorporados na Ordem dos Cavaleiros, gozam, no entanto, do direito dos nobres. São, pois, especialmente da Ordem plebeia todos os que servem por salário ou exercem artes não liberais; no entanto, os agrultores devem ser sempre incluídos no número dos nobres.

Neste lugar, plebeu é o mesmo que *peão*, mas nem todos concordam quanto ao âmbito desta palavra. Uns querem que ela signifique o homem que não goza de nobreza absolutamente nenhuma; outros que signifique o homem de pé, dizendo-se *peão* todo aquele que não é cavaleiro. O significado autêntico deste vocábulo acha-se no tributo, que chamamos *oitavo*, no Alvará de D. João III, dado em 6 de Abril de 1538, a pedido do Grão-prior do Convento de Tomar, *apud* Pegas, à Ord. liv. 2, tit. 33, tomo IX, n. 294, nestas palavras: *E quanto à duvida, que nessa Villa ha acerca do foral sobre a paga dos oitavos,*

declaramos: que as pessoas, que disso hão de ser excusadas, são os que forem Escudeiros daquellas pessoas, que os podem fazer, e estes taes sendo seus criados, e tendo delles recebido casamento, e tendo sempre cavallos; e os que taes não forem, pagarão o dito oitavo, como se peões fossem. Alvaro Ferreira de Vera, Origem da Nobreza politica, cap. II, fl. 9, põe os plebeus depois dos Ricos-homens e seus filhos, e dos Infações que servem no Paço, e entende por eles, desde o tempo de D. Manuel, os lacaios e os cavalhariços, que diz ter sido a terceira ordem por ele pela primeira vez estabelecida.

NÃO SE DEVE CONFUNDIR O PLEBEU COM O INFAME

§ XVI — Deve-se distinguir sempre o homem plebeu do vil e infame, e sustentar que a infâmia provém apenas de delicto e feitos desonrosos. Os marcados com este direito são repellidos de todos os officios públicos, Ord. liv. 5, tit. 6, § 13, leis 2 e 12 do tit. *De dignitatibus*, do Código. Eis por que não são infames, como é opinião do vulgo, mas plebeus, os pregoeiros, os carnicheiros, e os algozes, pois ninguém incorre em infâmia pelo estado e género de vida, por mais desprezível que este seja, contanto que possa ser exercido sem desrespeito das leis. Heineccio, Dissertação *De levi nota macula* à lei 27 do tit. *De inofficioso testamento*, do Código.

QUAIS OS QUE SE DIZEM DONATARIOS

§ XVII — Dizem-se Donatários os grandes do Reino e todos aqueles que gozam de jurisdição e império civil, visto que têm a jurisdição dada ou doada pelo Rei, do qual vem todo o poder e império, e a exercem em nome del-Rei com se foram seus ministros. E com este nome de Donatários vêm a própria Rainha, os Infantes, os Duques, os Grão-Mestres das Ordens de Cavalaria, os Marquesses, os Condes, o Grão-prior do Crato, etc..

§ XVIII — Mas, porque os Grandes usavam de uma jurisdição maior do que era conveniente e exigido pelo interesse público, os nossos Reis já há muito fixaram justos limites a essa jurisdição, merecendo, neste aspecto, especial louvor D. Dinis, que mandou fazer diversas inquirições sobre esta matéria em 1290, 1301 e 1308, Ord. liv. 2, tit. 48, D. Afonso IV autor da Carta de Lei mencionada na Ord. liv. 2, tit. 45, § 6, e D. Fernando, que nas Cortes de Atouguia de 13 de Setembro de 1375 deu aos Nobres um Regimento especial, donde foi transcrita a Ord. liv. 2, tit. 45, Man. tit. 26 do mesmo liv., Afons. tits. 39, 40 e 63 (*História do Direito Civil Português*, § LX).

LEI MENTAL

§ XIX — Além disso, pela *Lei Mental*, que D. João I deu em Santarém a 8 de Abril de 1334, e El-Rei D. Duarte, segundo a mente de seu glorioso pai, publicou e interpretou com autenticidade pela lei especial promulgada em Lisboa a 30 de Junho do mesmo ano, foi definida, primeiro que tudo, a jurisdição dos Donatários, e restringida a faculdade de disporem dos bens da Real Coroa, tanto em testamento, como entre vivos.

Entendendo D. João I, Príncipe de feliz memória, que as doações de bens da Real Coroa, tanto as que ele mesmo fizera quase coagido, como as que haviam feito os seus Maiores, eram prejudiciais, inofficiosas, e acumuladas com grande detrimento para a República, e não querendo, a exemplo del-Rei D. Dinis, revogá-las, como lhe era permitido pelo melhor direito, concebeu em sua mente, a conselho de João das Regras, que lhe servia de principal ministro, uma lei pela qual revogava as doações régias, não abertamente, visto que isso, em tão difíceis tempos, lhe podia facilmente concitar ódios e malquerenças, mas as reduzia e limitava por modo indirecto. E, assim, determinou que a successão nos bens da Coroa apenas pertencesse ao filho mais velho, reservando o Rei para si a faculdade de dispensar; desta determinação resultou, não só que as doações régias se tornavam

quase inúteis, e cessavam no caso por natureza frequente de esse filho mais velho falecer, e com elas se enriquecia o erário, que era o objectivo desejado; mas também que os nobres ficavam, com este vínculo especial, mais ligados e afeiçoados ao Rei, a quem deviam pedir as dispensas. Não foi D. João I seu autor, mas seu filho D. Duarte quem promulgou esta providentíssima lei, que Manuel de Faria e Sousa trata assaz injustamente no tomo II da *Europa Portuguesa*, pág. 3, caps. 1 e 2; no entanto, foi ela escrita nos livros públicos da Chancelaria, imediatamente conhecida e vista de todos, e por mais de uma vez dada à execução por D. João I, o que parece suprir suficientemente a sua solene promulgação. Talvez haja servido de exemplo a D. João o Rei de Castela Henrique II, chamado *das Mercês*, o qual inseriu em seu testamento aquela cláusula que Filipe II depois após na *Recopilación*, liv. 5, tit. 7, lei II, a saber, que os bens da Coroa Real se considerassem para todos os efeitos como bens de morgado, e, à falta de filho varão, revertessem para a Coroa donde tinham saído. Mas seguiu principalmente os direitos e constituições dos feudos, segundo os quais os feudos a princípio eram anuais, e depois concedidos por vida a qualquer filho à escolha do senhor, e, finalmente, pertenciam, sob certos ónus, prestações e serviços, ao primogénito, com absoluta interdição da sua alienação: direitos e constituições estas em que especialmente consiste o sistema feudal, cuja origem não se deve buscar nos Romanos, como pensou o grande Cujácio, mas nos Longobardos e povos semelhantes, Robertson, *Histoire de Charles V*, Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. XXX. Seguramente que os nossos Reis sempre se afastaram deste sistema, em ódio do qual estabeleceram numerosíssimas disposições que indicámos acima na Nota ao § XIII do Tit. I, mas quem muito especialmente o contrariou foi D. João I, que nunca considerou como feudatários os donatários da Coroa do Reino, Ord. liv. 2, tit. 35, § 3; não obstante, é possível encontrar mais de um vestígio deste direito e sistema, tanto nas leis antigas, como nas novas. Com efeito, a décima pecuniária das sentenças, que ainda agora é aprovada pelas nossas leis, deve ser procurada neste direito, pelo qual era proibido aos litigantes transigirem amigavelmente, sobre causa agitada em juízo, com prejuízo para o senhor. A este mesmo direito se deve atribuir o Ord. liv. 2, tit. 37, Man. 47, pois o vassallo não se podia casar sem licença do senhor. E daqui também deriva que, como o direito dos tributos contrariava directamente a constituição feudal, os nossos Reis, juntamente com os restantes Príncipes da Europa, não o possuíam livre-

mente até cerca de 1445, ano em que ele na França, reinando Carlos VII, parece ter passado a usar-se a bem ou a mal. Apesar de isto ser assim, D. João apenas tirou e hauriu da constituição feudal aquilo que, geralmente, era bom e útil ao seu propósito, como, por exemplo, que nesses bens sucedam apenas os filhos varões, e só o primogénito; que não possam ser divididos nem alienados sem licença do Rei como maior senhor; que se entendam apenas dados e doados por vida, etc.. Mas não recebeu, antes reprovou, as coisas inúteis e alheias ao seu propósito, tais como as que dizem respeito à jurisdição dos senhores, ou aos serviços pessoais dos vassallos. A Lei Mental de D. João I de 8 de Abril de 1434 é referida nos seis primeiros parágrafos da Ord. Manuelina liv. 2, tit. 17, aos quais correspondem os oito primeiros da Ord. Filipina do mesmo livro, tit. 35. A lei de D. Duarte de 30 de Junho do mesmo ano está contida nos parágrafos seguintes, os quais se acham escritos em ambos os Códigos quase com as mesmas palavras: todavia, no Código Filipino foi acrescentado por seus organizadores todo o parágrafo 2, e o versículo *E não ao neto, filho do filho mais velho* até ao fim do § 1, pois não vem no Código de D. Manuel. Omitto outras diferenças e diversas posições de palavras, que não interessam ao caso. Quanto às interpretações ou comentários de D. Duarte à mesma lei, parecem eles mais quadrar ao officio de Doutor particular que à dignidade de Rei.

SUMÁRIO DA LEI MENTAL

§ XX — Nesta lei proíbe-se a alienação e penhora dos bens da Real Coroa sem licença do Rei. Na mesma lei deneiga-se a sucessão nestes bens às mulheres, aos ascendentes e aos colaterais, e apenas se concede ao filho mais velho legítimo e natural, depois de pedidas e obtidas as diversas cartas de confirmação consoante o diverso direito de sucessão; esse filho finalmente sucede por aquele modo ou condição, e segundo aquelas cláusulas que se contêm ou subentendem na doação régia. Tudo isto explicaremos breve e sumariamente.

Antes de tudo devia-se tratar a seguinte questão prejudicial: se o Rei pode doar os bens da Real Coroa. Dela trataram, entre ou-

tros, Grócio, *De jure bellí ac pacis*, liv. I, cap. III, §§ 12 e 13, Puffendorf, *De jure Naturae et Gentium*, liv. VIII, cap. V, § I, Henrique Coccey, *Dissertação De autonomia Gentium*, cap. 12. Mas as doações remuneratórias respeitam em absoluto ao officio real, e os bens públicos, se não estão em seu domínio e propriedade, estão certamente em seu império e administração; eis por que bem poderá dispor deles para o bem comum da Nação, que resulta da justa e necessária distribuição dos prémios; e, se este direito foi concedido, no cap. *Intellecto* 33, do tit. *De jurejurando*, aos Bispos e restantes administradores dos bens eclesiásticos, com que razão se deve denegar ao Rei? Acresce que o Rei parece doar estes bens por uma espécie de direito particular e como senhor maior dum feudo maior; porém, semelhantes doações necessariamente que se integram na natureza da constituição feudal.

SUAS REGRAS GERAIS

§ XXI — Mas, antes de voltarmos a este assunto, cumpre fixar as seguintes regras gerais (1) tiradas de vários lugares das Ordenações antigas e modernas. I. Que da doação dos bens da Real Coroa o donatário não adquire o seu verdadeiro domínio; daqui resulta 1) que ele não tem a liberdade de dispor dos bens que lhe foram doados; 2) que o Rei pode, por causa pública, limitar ou revogar tais doações; 3) que estes bens, mesmo depois de feita a doação, se chamam bens régios, e o são para certos efeitos jurídicos, pois não perdem a primitiva natureza; 4) que neles tem lugar o direito de reversão; 5) que o Rei pode dispor deles, não tanto pelo direito de Majestade, como pelo direito de domínio particular, e dispensar nas leis gerais que proíbem a sua alienação, penhora, ou sucção. II. Que o donatário não sucede nestes bens por direito hereditário, não sendo, por isso, totalmente obrigado às dívidas do antecessor, mas apenas até ao limite prescrito na Ord. liv 4,

(1) No original diz *speciales* (especiais), mas deve ser lapso, e assim o entendo, olhando a que na Nota o autor lhe chama *generalia* (gerais).

tit. 101. III. Que não sucede por direito de sangue, aliás poderia a sucessão cair numa mulher, mas somente por direito especial, e título de doação. IV. Que a doação se entende sempre feita por vida do donatário, se o contrário não for expressamente estabelecido. V. Que da doação perpétua, que dizemos *de juro e herdade*, também não se adquire o direito perpétuo, pois há sempre necessidade ou de nova graça, ou de carta de confirmação.

Estes princípios ou regras gerais, que são de considerar em todos os casos, devem também, com poucas adições ou subtrações, a sua origem ao direito e constituição feudal. Há, pois, que distinguir sempre a doação dos bens da Coroa do Reino, ou seja dos bens públicos, da doação dos bens patrimoniais do Rei, e sobretudo das doações dos bens particulares, com as quais se transfere e adquire o verdadeiro domínio.

EM QUE BENS TEM LUGAR A LEI MENTAL

§ XXII — Os principais bens da Coroa Real, de que fala a Lei Mental, e em que ela tem lugar, são os seguintes: 1) Os títulos honoríficentíssimos de Duque, Marquês, Conde, Visconde, e Barão, Carta de Lei de 4 de Julho de 1789; 2) o título de *Senhor de terras*, Ord. liv. 2, tit. 45; 3) o título de capitão perpétuo, isto é, *Capitão de juro e herdade*, no Brasil e certas ilhas, ao qual foi desde o princípio atribuído certo trato de terra que chamamos *Capitanias*, Cabedo, P. II, *Decisio* 28; 4) toda a autoridade, império, e jurisdição civil, criminal, militar, literária, e económica, tits. 45 e 26 do mesmo liv.; 5) o direito de padroado, Ord. liv. 2, tit. 35, §§ 5 e 24; 6) a décima secular ou eclesiástica unida ao Património Régio, na mesma Ord.; 7) os tributos e ónus pessoais, reais, ou mistos, impostos por lei ou costume, tit. 26, § últ.; 8) os bens imóveis escritos nos livros censuais do Rei, que chamamos *livros dos próprios*,

tit. 35, no princ., e § 22; 9) os bens de novo adquiridos e incorporados na Coroa do Reino, tit. 36; 10) quaisquer direitos reais, rendas, pensões e censos enfiteúticos, tit. 35, §§ 4 e 6, bem como os restantes direitos que partiram da Real Coroa, e que só podem ser possuídos pelo Rei ou exercidos em seu nome. E esta é a regra máxima.

As pensões e censos enfiteúticos são realmente bem enumerados entre os bens da Coroa Real, quando o Rei deu perfeitamente a alguém a enfiteuse e o direito de receber essas pensões; é diferente, se ele retém a própria enfiteuse e senhorio directo, e as ditas pensões lhe têm de ser pagas, caso este em que a enfiteuse e as pensões devem ser havidas como bens patrimoniaes del-Rei. Assim se deve entender a Ord. liv. 2, tit. 35, §§ 6 e 7, a qual — cumpre notá-lo — parece de sentido hesitante. Cumpre advertir ainda que os bens vagantes do morgado e as capelas por qualquer título pertencentes à Coroa do Rei não devem ser contados entre os bens reais, nem se considerar sujeitos à nossa lei, antes, como dizem, da incorporação verbal ou real, segundo a Ord. liv. 2, tit. 36, que, falando genericamente, deve ser aplicada a quaisquer bens adquiridos de novo. Por outro lado, sendo o direito de padroado, uma vez unido ao Património Régio, referido entre os bens da Real Coroa sujeitos à nossa lei, Ord. liv. 2, tit. 35, § 5, por que razão não se deverá dizer absolutamente o mesmo das décimas, quer seculares, quer eclesiásticas, unidas pela sua origem ao mesmo Património, visto que estão em causa igual? Veja-se o que dissemos nas *Instituições de Direito Público Português*, Tit. V, § XXXVIII, Nota, e o assim julgado em Pegas, à Ord. tomo X, pág. 20. Os capitães perpétuos das ilhas (que cumpre distinguir totalmente dos Governadores temporários e oficiais militares), aos quais foi concedido o direito e império com *Capitania*, isto é, obrigação de defender as terras atribuídas, são verdadeiros donatários, e, por isso, sujeitos à nossa lei. No Reino (apraz-nos notá-lo aqui) o título de *Senhor de terras* é dado sem *Capitania*, pois apenas aparece um que outro exemplo de semelhantes doações na casa do Marquês de Vila Real, na do Marquês de Abrantes, e na do Visconde de Vila Nova de Cerveira. Porém, na constituição feudal a *Capitania*, isto é, a obrigação de defender as terras concedidas, era um direito comum a todos os Senhores.

§ XXIII — Portanto, as doações destes bens e direitos, mesmo as remuneratórias e concedidas apenas por vida do donatário, seja qualquer for o tempo em que se diga terem sido feitas, estão sujeitas à Lei Mental.

Alguns julgam que a Lei Mental somente tem lugar nas doações perpétuas, que dizemos *de juro e herdade*, como se fosse possível ver que apenas destas doações resulta prejuízo para o erário régio. Outros entendem essa lei somente das doações posteriores, visto que nenhuma lei olha para trás e se estende às coisas pretéritas. Mas o certo é que D. João I teve principalmente em mente as doações antigas; e, como das concessões novas, embora concedidas por vida, também resulta prejuízo, e prejuízo grave, deve-se dizer que a Lei Mental tem lugar em toda e qualquer doação, antiga, nova, gratuita, remuneratória, por vida, perpétua, e feita de qualquer modo, em qualquer tempo, e por qualquer causa. E esta é a opinião de Jorge de Cabedo, P. II, *Decisão* 4, e do célebre Procurador da Real Coroa, Manuel Lopes de Oliveira, cuja autoridade nesta matéria não é nada para desprezar, *apud* Pegas, à Ord. tomo XI, cap. 266, pág. 623.

E EM QUE BENS NÃO TEM LUGAR

§ XXIV — Todavia, há certos bens da Coroa do Reino que não estão sujeitos a esta Lei, tais como: 1) os bens móveis do Rei; 2) os enfiteúticos, Ord. liv. 2, tit. 35, § 7, e liv. 4, tit. 41; 3) os bens havidos do Rei por compra, permutação ou outro título oneroso, liv. 2, tit. 35, § 23, porque a lei apenas foi concebida sobre doações; 4) os bens que chamamos *Reguengos*, pois estão no perfeito domínio do possuidor, que livremente os pode vender e alienar, Ord. liv. 2, tit. 17 (*Instituições*, Liv. I, Tit. IV, § II, Nota); 5) os bens e possessões chamadas *jugadeiras*, Ord. liv. 2, tit. 33, § 9, visto que também estão no domínio do possuidor; 6) os bens régios incultos dados *de sesmaria*,

Ord. liv. 4, tit. 43, § 13, porque assim o parece exigir o favor da agricultura; de todos estes bens falámos nas *Instituições de Direito Público*, Tit. IV, § II, Nota; 7) os bens adquiridos de novo, antes da sua incorporação, Ord. liv. 2, tit. 35, § 22; 8) os bens já ao tempo da Lei Mental havidos como patrimoniais, e sujeitos a divisão ou partilha, § 27; 9) os officios da justiça e fazenda enumerados nos bens da Real Coroa pela Carta de Lei de 23 de Novembro de 1770, visto se entender que daí provinha grande detrimento para os respectivos servidores, mantendo-se, por isso, o antigo uso; 10) os bens e comendas das Ordens Equestres, pois que pela conhecidíssima Bula de Júlio III dada em 4 de Jan. do ano de 1551, apenas foi unida à Coroa do Reino a dignidade de Grão-Mestre, e não os bens dos Militares, differença esta que vulgarmente passa despercebida.

Pedro Barbosa no comentário n. 96 à Lei 13 do tit. *De soluto matrimonio*, do Digesto, confunde os bens das Ordens, depois que foram unidos à Coroa Real, com os bens régios, e chama-lhes indiscriminadamente como tais. Da mesma opinião é o Rêgio Procurador da Coroa, Manuel Lopes de Oliveira; mas, além de que apenas a dignidade de Grão-Mestre foi unida à Coroa do Reino, sendo, assim, concedidos aos nossos Reis sòmente os antigos direitos dos Mestres e a sua livre administração, as doações ou successões destes bens ainda hoje são reguladas, não pelas leis gerais dadas aos bens e direitos da Real Coroa, mas por Estatutos e Definições especiais. Mas esta questão é totalmente nominal, porquanto, na realidade, nada interessa se os bens das Ordens são doados pelo Rei, como tal, se por direito do Grão-Mestre, e se as suas doações são entendidas, regidas, e governadas pelas leis comuns, se por Definições particulares, contanto que tudo parta do Rei. Cumpre, no entanto, advertir que as alcaidarias e as restantes funções jurisdicionais, concedidas às Ordens, se enumeram, por Resolução Régia de 17 de Agosto de 1770, entre os bens da Coroa do Reino. Mas quanto ao dizer a Ord. liv. 2, tit. 35, § 27, que a Lei Mental não tem lugar nos bens que, ao tempo da feitura dessa lei, já eram havidos como patrimoniais e sujeitos a partilha, não deve isso entender-se da jurisdição anexa aos mesmos bens, a qual deve ser exercida inteiramente segundo as prescrições

da nossa lei, mas sim de outros princípios da mesma Lei, a saber, que nestes bens poderão succeder as fêmeas e os transversais, sem necessitarem de dispensa ou confirmação alguma. Parece-nos que se deve dizer absolutamente o mesmo das antigas honras e donatários das povoações de *Ervededo, Villa Verde, Farlaens*, e semelhantes, já desde o início do Reino conhecidos e distinguidos com o título de Senhores.

ENUMERAM-SE OUTROS BENS

§ XXV — Também não estão sujeitos à Lei Mental: 1) as rendas anuais, que chamamos *Tenças*; 2) o estipêndio dos nobres denominado *Moradia*; 3) o outro género de estipêndio dito *Assentamento*; 4) as mercês e dons régios, que a Ord. liv. 4, tit. 14, Man. 40, chama *Desembargos*.

A renda civil, que dizemos *juros*, se for concedida para sempre, e *tença*, por uma vida, não está sujeita à Lei Mental, visto que esta falou só das doações, e não das obrigações, e só daqueles bens que saíram da Real Coroa e a ela podem reverter; eis por que nestes bens, de que estamos falando, succede a mulher, sem necessidade de qualquer dispensa, o que, no entanto, se deve entender, se se apresentarem dados em separado, pois os contidos na doação geral de bens da Coroa do Reino tomam a natureza desta. Vejam-se integralmente sobre este assunto o Alvará de 17 de Fev. de 1665, os Decretos de 27 de Jan. e 28 de Março de 1689, o Alvará de 17 de Abril de 1789, a pronunção em favor do Conde da Calheta no ano de 1660, *apud* Macedo, *Decis.* 117, e *Decis.* 79, Cabedo, P. II, *Decis.* 39. A origem do estipêndio, que se dá aos adictos à Casa Real e toma o nome especial de *Moradia*, deve, parece-me, buscar-se sobretudo no tempo de D. Manuel, durante cujo reinado cessou a educação dos nobres na Corte. Difere do outro estipêndio, chamado *Assentamento*, que é concedido a outros nobres distinguidos pelo Rei com títulos honoríficos, muito especialmente em beneficiar apenas os que vivem e moram em Lisboa; todavia, nem um nem outro estão sujeitos à Lei Mental.

§ XXVI — Ora, porque nestes bens sòmente succede o filho legítimo mais velho, Ord. liv. 2, tit. 35, § 1, segue-se que: 1) não succede a filha, § 4; 2) nem o filho de filha, § 14; 3) nem o pai ou o avô, § 16; 4) nem o irmão ao irmão, § 15, Extravagante de 28 de Abril de 1587, *apud* Cabedo, P. II, *Decisio* 32; 5) nem o neto filho do filho mais velho já falecido, salvo se este tiver morrido em vida de seu pai em guerra contra os infiéis, porquanto *aqueles que caíram pela Pátria entende-se que vivem perpétuamente por glória*, na mesma Ord. §§ 1 e 2, extraída nesta parte do princípio do tit. *De excusationibus tutorum*, das Institutas; por isso, o filho segundo excluía o neto filho do filho mais velho, visto que por esta lei não havia nestes bens lugar à representação, tal como nos bens enfitêuticos segundo a Ord. liv. 4, tit. 36, § 2. No entanto, hoje admite-se a representação entre descendentes, e o neto filho do filho mais velho exclui o tio paterno, Extravagante de 2 de Maio de 1647, Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 35, § I, N. 1, o que já anteriormente havia sido estabelecido em favor da Casa de Bragança pelo Alvará del-Rei D. Sebastião de 4 de Outubro de 1559, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas*, pág. 182, N. 161; 6) nem o filho natural, tit. 35, § 12; 7) nem o legítimado por rescrito do Príncipe, nem o perfilhado adoptivo ou arrogado, salvo se for expressamente nomeado na carta de doação, no mesmo § 12, o que sempre se deve entender para os casos em que não exista filho natural e legítimo, § 13; mas o legítimado por subsequente matrimónio succede em tudo perfeitamente, § 12. Finalmente, não sucedem os religiosos e os clérigos constituídos em ordens sacras, § 10; no entanto, sucedem os Cavaleiros das Ordens Militares, § 11, porquanto, após a Bula de Alexandre VI do ano de 1496, são hábeis para o matrimónio.

A origem de quase todas estas disposições deve-se buscar no direito feudal. Na Lei Mental entende-se por filho apenas aquele que nasceu de legítimo matrimónio; por isso, não succede o filho natural

legitimado por rescrito e autoridade do Príncipe, ou por nomeação ou adopção do pai. Esta a razão pela qual D. Afonso Sancho legitimado por seu pai D. Diuis, e Gonçalo Vasques de Azevedo, filho de D. Francisco Pires, Prior do Mosteiro de Santa Cruz de Coimbra, e de Teresa monja de Lorvão, legitimado e integralmente restituído ao legítimo nascimento por El-Rei D. Fernando no ano de 1413 da Era (José Soares da Silva, *Memórias para a História de Portugal, que comprehende o governo del-Rei D. João I*, Documento N. IV), e outros plenissimamente legitimados e tornados capazes de qualquer successão tanto por testamento como ab-intestado, não podiam succeder nestes bens, sem deles se fazer menção especial. Neste particular D. João I também não constituiu direito novo, mas reconduziu direito antigo. Portanto, nestes bens apenas succede o filho legítimo e natural, quer nasça em vida de seu pai, quer nasça depois deste morto; e, neste caso, ele exclui a irmã ou o tio paterno que estava, por permissão real, na posse dos bens. Ord. liv. 2, tit. 35, § 13, vers. *Porque*, pois que a licença e dispensa do Rei sempre se entende concedida com ressalva do direito desse filho legítimo e natural. A representação, concedida ao neto por lei de D. João IV de 2 de Maio de 1647 em satisfação do proposto em Cortes, sòmente parece ter lugar entre descendentes; todavia, na praxe estende-se aos transversais, e admite-se entre irmãos e filhos de irmãos, praxe esta que não ousou reprovar, visto ser consentânea com o sentido da lei e as razões que deram causa à sua feitura. Na actual Ordenação, o § 1, desde o vers. e não ao neto até ao fim, foi, como já advertimos acima na Nota ao § XIX, acrescentado ao Código de D. Manuel e à Lei Mental, visto que esta apenas falou no filho, e não no neto. A mulher não succede, a não ser que seja especialmente solta desta lei, mas a dispensa concedida simplesmente ou por sua vida, apenas a ela aproveita, carecendo, por isso, a filha de nova dispensa, Pereira, *Decisio* 59. Quanto aos clérigos, são eles tão incapazes desta successão, que nem poderão adquirir de novo os bens da Coroa do Reino, nem succeder neles ao pai, nem reter os já adquiridos; por isso, o donatário que se constituir em ordens sacras, é privado *ipso facto* da administração destes bens, os quais são immediatamente tornados ao filho mais velho legítimo e natural que viver, Cabedo, P. II, *Decisio* 27. Porém, os Cavaleiros, embora pelo direito inábeis para o matrimónio, sucedem, visto que o seu instituto é diferente do dos clérigos; além disso, a natureza dos bens e as razões da feitura da lei não parecem de modo algum obstar a isso.

§ XXVII — Estando os bens da Real Coroa sujeitos a restituição, e parecendo estar de certo modo no domínio da Coroa e do donatário, a quem foi concedido o direito de uso e fruto, e não a livre administração, segue-se: 1) que não podem ser partidos entre herdeiros, Ord. liv. 2, tit. 35, § 3; 2) que não vale a cláusula em contrário aposta na Carta de doação, § 17; no entanto, os bens acostumados, desde antigamente, a ser divididos são partidos na estimação, § 27; 3) nem vendidos e alienados pelo donatário sem licença do Rei, mesmo que lhe hajam sido doados com esta faculdade, § 19, no princípio, e vers. últ.; 4) que podem ser vendidos ao Rei, e permutados por outros bens públicos sem consentimento do primogénito, § 21, pois a coisa facilmente regressa à sua natureza; 5) e também ser doados ao filho mais novo por autoridade do Rei, sem consentimento do donatário, § 18, contanto que a doação não exceda a metade dos bens que o donatário tem do Rei; 6) e semelhavelmente ser obrigados por causa de dote e por arras apenas com permissão do Rei, § 20, ao qual se devem juntar os Alvarás de 17 de Agosto de 1761 e 4 de Fevereiro de 1765; Cabedo, P. II, *Post aest.* 106, pág. 202, exhibe as fórmulas e cláusulas da carta, em que esta licença costuma ser concedida, pedidas ao abrigo do dito § 20; 7) que as doações inoficiosas, das quais resulta grande prejuízo para a Fazenda Real, podem ser revogadas em qualquer tempo; que, porém, a venda ou qualquer outro contrato oneroso só pode ser revogado dentro de quatro anos, ou dentro de quinze anos, se a lesão for imoderada e exceder a metade do justo preço, § 23, Ord. liv. 4, tit. 13, § 5; 8) que as obrigações e contratos, feitos sobre estes bens sem a autorização do Rei, apenas obrigam o donatário, não lhes ficando, por isso, obrigado nem o seu sucessor nem a Coroa do Reino, segundo o § 25 nestas palavras: *taes contratos não devião durar mais, que a mercê feita ao donatário.*

É nula a alienação dos bens da Real Coroa feita, tanto em testamento, como entre vivos, sem permissão do Rei, ainda que o donatário não tenha filho, sendo o donatário *ipso facto* privado dos bens, que tornam à Coroa do Reino em pena de comisso, Ord. liv. 2, tit. 35, § 19, vers. *E no caso.* Podem, todavia, com licença do Rei, ser doados ao filho mais novo, não à filha (pois a lei apenas fala do filho), por aquele modo que vem declarado no § 18. Valem, porém, os contratos dos quais não se adquire nem o domínio nem o direito *in re* (sobre a coisa) próximo do domínio, mas tão-sòmente a obrigação ou seja o direito *ad rem* (à coisa), mas apenas em vida do donatário, o que também se deve entender no caso em que lhe são concedidos os bens para sempre, isto é, *de juro e herdade*, porquanto os bens, que estão sujeitos a restituição, devem ser restituídos sem ónus algum. Eis por que a Ord. liv. 2, tit. 35, § 25, deve ser entendida, segundo me parece, não só da Real Coroa, da qual expressamente fala, mas também do donatário sucessor.

NATUREZA E ÍNDOLE DESTA DOAÇÃO

§ XXVIII — A doação destes bens não se faz por mera liberalidade, mas sob certo modo, e para certo fim; por isso, a sua natureza é sempre remuneratória, e atende, para todo o sempre, aos bons serviços do donatário e seus sucessores.

Não sendo o Rei senhor mas administrador dos bens públicos, segue-se que não os pode doar arbitrariamente. Logo, para que esta doação seja justa, importa que em todo o tempo concorram bons serviços; e, se estes faltarem, em rigor nem de princípio a doação pode ser feita, nem depois conservar-se nos herdeiros do primeiro donatário. Segue-se também que os donatários, não tendo embora estes bens doados por lei feudal, e não estando, por isso, sujeitos a alguns ónus pessoais, Ord. liv. 2, tit. 35, § 3, mas vendo-se, no entanto, por causa deles, mais estreitamente vinculados ao serviço da República e do Rei, são todos obrigados, consoante o modo e quantidade da doação, ou a desempenhar todos os cargos públicos a expensas e gastos próprios, ou pelo menos a servir na guerra com remunerações inferiores às dos restantes cidadãos que não têm semelhantes bens, Cabedo, P. II, *Decisão* 29.

§ XXIX — Ora, a doação é feita ou simplesmente ou por vida do donatário, o que na realidade é o mesmo, pois em ambos os casos acaba por sua morte, ou à vontade do Rei doador, isto é, *em quanto for mercê nossa*, a qual pode ser a todo o momento revogada, ou então para sempre, a qual se diz *de juro e herdade*, e nela o primogénito por linha varonil considera-se sempre chamado à sucessão; ou é referida a duas, ou três vidas, acabadas as quais se extingue, ou finalmente aos filhos e descendentes do donatário, compreendendo, neste caso, não todos os filhos e descendentes, mas apenas os do primeiro grau.

Aquí na palavra *filhos* não se entendem os netos, nem o favor da Coroa, para a qual a lei principalmente se dirige, admite essa extensão. Igualmente, nas palavras *herdeiros* ou *descendentes* apenas se entendem os primeiros herdeiros ou descendentes por linha varonil, salvo se o contrário manifestamente aparecer na carta de doação. Pela mesma razão, a doação concebida *por duas vidas e mais* deve-se dizer temporária, e, acabada a segunda, extingue-se, caso outra não seja concedida; além disso, também a *dição e mais* não faz perpétua a doação. É também certo que passando logo, por morte do donatário, todos os direitos que ele tinha nos bens da Real Coroa, para o seu legítimo sucessor, Extravagante de 9 de Novembro de 1754, a este mesmo pertencem totalmente os frutos existentes, percebidos, e a perceber. Contudo, isto deve entender-se nas doações perpétuas, ou nas concedidas por vida que ainda dura, porquanto, acabada esta, como os bens pela Lei Mental regressam à Real Coroa donde partiram, na doação de bens, que é feita por mera liberalidade, não estão contidos os frutos, se deles não tiver sido feita menção especial. Todas estas condições, acomodadas ao sentido e mente da Lei, parecem ter sido constituídas em favor do Património Régio.

DISPENSAS DA LEI

§ XXX — Como na dispensa desta lei apenas se entendem remittidas e dispensadas aquelas coisas que manifesta e literal-

mente constam da carta de dispensa (pois os privilégios não devem ser applicados por analogia, § 6 do tit. *De jure naturali, gentium et civili* das Institutas, nem neles há lugar à interpretação extensiva), segue-se: 1) que a dispensa em razão do sexo não compreende o defeito de nascimento; 2) que a doação ou dispensa concebida nesta fórmula *Faço mercê dos bens da Coroa por huma, ou ou duas vidas fóra da Ley Mental*, parece sòmente ab-rogar o capítulo da lei em que se proíbem de sucessão as mulheres e os transversais; 3) que na predita cláusula não estão abrangidos os naturais e legitimados, sem que este capítulo seja especialmente derogado; 4) que no chamamento específico da mulher também não são abrangidos os transversais; 5) que o donatário, a quem for concedida a faculdade de nomear simples e indefinidamente, sòmente pode nomear os descendentes por linha varonil, não sendo, por isso, nela contidos as mulheres e os transversais, se não forem expressamente chamados. Omitto muitos outros exemplos.

O Príncipe não é obrigado pelas leis que dá, Ord. liv. 2, tit. 35, § 21, nestas palavras: *Porque nenhuma lei por o Rei feita o obriga, senão em quanto elle, fundado em razão e igualdade, quizer a ella sometter seu real poder*. Bem poderá, pois, o Rei ab-rogar a lei, ou nela derogar, ob-rogar, sub-rogar, para usar as palavras de Ulpiano, in *Fragmenta*, I, 5. Mas a sua derogação ou dispensa deverá ser sempre estrita e literalmente conforme a mente da própria lei e segundo a matéria sujeita, não podendo, por isso, ser induzida de conjecturas e argumentos, nem estendida de um caso a outro. E esta é a regra máxima, da qual, além do mais, se segue também que, não estando as rendas ánuas, isto é, as *tenças*, enumeradas nos bens da Coroa do Reino sujeitos a esta lei, não se contêm na doação geral desses bens, o que hoje está decidido no Alvará de 17 de Abril de 1789, § 2. Na doação com cláusula, que concede a nomeação do transversal mais chegado, costuma pôr-se a dúvida se se entende o transversal mais chegado ao possuidor, se ao primeiro donatário. Por mim julgo, com Valasco, *De jure emphyteutico*, quaestio 44, n. 19, muito melhor a causa do segundo. É certo, bem o sei, que no morgado é chamado o parente de sangue mais chegado ao último possui-

dor, Ord. liv. 4, tit. 100, § 2, mas na sucessão dos bens públicos deve atender-se sobretudo àqueles que menos distam do primeiro donatário. E isto mesmo parece de certo modo exigi-lo a própria utilidade da República.

DIREITO DE REVERSÃO

§ XXXI — Pela mesma lei a doação entende-se sempre feita com cláusula de reversão. Por isso, os bens revertem à Coroa do Reino, quando por qualquer causa cessa o direito do donatário, ou vem um caso em que a sucessão não pode ter lugar nos termos da mesma lei.

O direito de reversão constituiu talvez o único fundamento da publicação desta lei, e não foi por outra causa que D. João I limitou e reduziu as doações régias. O direito do donatário cessa por penalidade em sua vida, se ele alienar os bens da Real Coroa, ou se se casar sem licença do Rei, Ord. liv. 2, tit. 35, § 19, e tit. 37, Extravagante de 23 de Novembro (1) de 1616, ou cometer outro delicto semelhante contra a nossa lei. Com efeito, por um delicto comum, a que foi imposta pelas leis públicas a pena de privação de bens, não são confiscados os bens próprios da Real Coroa, visto que não estão no domínio e propriedade do donatário, e na verdade pertencem ao Rei, não por direito fiscal, mas pelo direito especial de reversão, mesmo havendo filhos, pois nos bens, que partiram do património real, a causa do Rei é melhor que a dos filhos; mas nos bens patrimoniaes, em que os filhos são preferidos ao fisco, Ord. liv. 2, tit. 26, § 28, dá-se o contrário. Não havendo culpa do donatário, aqueles bens revertem à Coroa do Reino, no caso de ele morrer sem filhos que lhe possam succeder, porquanto — deve-se notar — a sucessão nesses bens não é deferida, na falta de primogénito e varões da sua linha, às mulheres e varões que descendam por outra linha do filho segundo.

(1) Na collecção de Andrade e Silva, esta Extravagante é datada de 23 de Dezembro, e não de 23 de Novembro. (Nota do Tradutor).

§ XXXII — Também se contém nesta mesma lei a necessidade das confirmações, de que há mais de uma espécie. Uma dessas espécies diz-se e faz-se por *sucessão*, outra *de Rey a Rey*; outra é ordenada extraordinariamente pelo Rei em tempos certos e definidos, e feita em Confirmações gerais; outra nas Cortes por qualquer causa convocadas, ou *na forma comum* sem conhecimento algum de causa na solene Aclamação do Rei pelos povos.

A necessidade de confirmação deduz-se muito bem das palavras e sentido da lei, e sobretudo do fim que D. João I seu Autor teve em mente. Mas a confirmação, como supõe inteiramente o direito adquirido pelo donatário, só se pode aplicar às doações perpétuas, ou às feitas por vidas que ainda duram, pois, extintas estas, não fica lugar à confirmação, mas a nova doação e graça. Ora, esta faz-se (e eis aqui a sua principal divisão) ou *na forma comum*, quando não precedeu nenhum conhecimento de causa, doação esta que nada de novo acrescenta, nem faz válido nenhum acto, Ord. liv. 2, tit. 45, § 11, nas palavras *nem confirmar o que já pelas ordenações do regno era revogado, ou em outra maneira interpretado e limitado*, e deixa a coisa no mesmo estado em que se encontrava; ou *na forma específica*, doação esta que se diz *especial*, requer conhecimento de causa, e opera todos os efeitos contidos em suas palavras. Desta confirmação especial fala a Ord. liv. 2, tit. 45, § 12, vers. *Porém*.

CONFIRMAÇÃO POR SUCESSÃO

§ XXXIII — Deve sujeitar a doação à confirmação o filho do donatário, ou todo aquele que quer succeder nos bens da Real Coroa, dentro de seis meses a contar da morte do antecessor, sob a pena prescrita na Ord. liv. 2, tit. 38, § 1. Man. 18 do mesmo livro.

A sede desta confirmação, que toma o nome especial de *doação por sucessão*, é a citada Ord. liv. 2, tit. 38, § 1, a respeito da qual

se deve entender também o Alvará de 16 de Fevereiro de 1574, *apud* Cabedo, P. II, quase no fim dos *Arestos*. Por isso aquele que quer suceder nos bens da Real Coroa, que o pai tem, deve, antes de mais, provar que é seu filho legítimo e o mais velho, e que lhe compete o direito de sucessão segundo o sentido da Lei Mental. Esta prova fazia-se antigamente perante o juiz, que chamavam *das justificações*, e hoje no Conselho da Fazenda, Constituição de 22 de Dezembro de 1761, Tit. II, Alvará de 14 de Outubro de 1766. Mas esta confirmação, como já advertimos acima na Nota ao § XXXII, apenas tem lugar nas doações perpétuas, ou nas concedidas por vidas ainda não extintas, que dizemos *de juro e herdade, e em vidas*; se a confirmação não for pedida dentro de um ano, a doação em vida do sucessor é nula, segundo a dita Ord. liv. 2, tit. 38, § 1, no fim, a qual nesta parte está em desuso, porquanto os nossos Reis facilmente perdoam esta pena, conforme testemunham Cabedo, P. II, *Decisio* 4, n. 15, e Pegas à Ord., tomo X, cap. XXI, n. 259. Mas esta confirmação, que sempre deve ser entendida segundo o sentido da doação que na mesma se costuma inferir, e segundo o modo da Lei Mental, é quase sempre passada *na forma comum*, porquanto na concessão dessa confirmação não se inquire da justiça da doação, mas apenas do direito do sucessor; no entanto, o Procurador Régio da Coroa e o Desembargo do Paço são obrigados, pelo Alvará de 14 de Out. de 1766, a rejeitar *ex officio* (oficiosamente) as cláusulas insólitas contidas na doação, cuja confirmação se pede, e que contrariam o bem público e a autoridade real, e a consultar o Rei nesta matéria, devendo neste caso essa confirmação dizer-se *em forma específica*.

CONFIRMAÇÃO DE REY A REY

§ XXXIV—Também é necessária a confirmação chamada *de Rey a Rey*, que é pedida ao Rei que sucede no Reino; deve ser pedida dentro do mesmo tempo e sob a mesma pena.

Nas Ordenações Régias não se faz menção desta confirmação chamada *de Rey a Rey*, com este nome; no entanto, é designada por outras palavras e subentendida em muitos lugares onde se prova a sua necessidade, por exemplo nas palavras da Ord. liv. 2, tit. 45, § 1, *suas doações per nós confirmadas*, no fim do § 2, e *per nós confir-*

mao, nos §§ 16, 19 e 34, *doações nossas, ou dos Reys nossos antecessores per nós confirmadas*; palavras semelhantes acham-se no tit. 48, § 8, do mesmo livro, e no liv. 5, tit. 104, § 1, e *passim*. E, realmente, esta confirmação parece ser absolutamente exigida pela especial natureza dos bens da Real Coroa, os quais, estando sujeitos a restituição e como que a fideicomisso, a sua doação não confirmada apenas pode valer em vida do Rei doador e do donatário. Por isso, a confirmação por sucessão é necessária, para que conste do direito do sucessor, mas esta *de Rey a Rey* é necessária, para que conste do direito e vontade do Doador, costumando ambas ser passadas *na forma comum* sem conhecimento de causa. Eis por que D. João I determinou outras novas confirmações, que chamamos *gerais*, para se distinguirem destas de que estamos tratando; todavia, vulgarmente os escritores, e também o nosso Jorge de Cabedo, P. II, *Decisio* 5, confundem estas confirmações, de que falaremos no § seguinte. Também não está expressamente declarado no direito o tempo em que se deve pedir esta confirmação, mas parece que se deve designar aquele mesmo que está estabelecido na confirmação por sucessão, Ord. liv. 2, tit. 38, § 1.

CONFIRMAÇÃO ESPECIAL NAS CONFIRMAÇÕES GERAIS

§ XXXV—A mais solene de todas as confirmações é a que for feita nas Confirmações gerais, ordenadas para examinar ou limitar as doações régias; e esta deve a sua origem a D. João II.

Nas Cortes de Evora de 12 de Nov. de 1481 (Garcia de Resende, *Crónica de D. João II*, cap. XXIX), D. João II estabeleceu, entre outras coisas: *Que todalas pessoas de qualquer estado e condição que fossem, assi Ecclesiasticos, como Seculares, e todos Moosteiros, e Igrejas de seus Reynos, e todalas Cidades, Villas, e lugares dahi a certo tempo viessem offerecer aos Officiaes deputados para suas confirmações todalas doações, graças, privilegios, que tivessem, para lhes confirmar os que razão, e justiça lhe parecesse: e não no cumprindo, que dahi em diante perdessem a graça de todo*. Mas qual tenha sido a causa da determinação destas confirmações, vê-se do mesmo Resende, no lugar citado, o qual aí mesmo as distingue clara-

mente daquelas que antes se costumavam fazer *na forma comum*, e sem conhecimento algum de causa. A sua necessidade foi reconhecida, não só por D. João II, justa e merecidamente chamado pelos nossos e pelos estrangeiros *Príncipe Perfeito*, mas também por D. Sebastião, Filipe II, Filipe IV, D. João IV, que determinaram Confirmações gerais, e sobretudo por D. José I, no Alvará de 6 de Maio de 1769, onde foram concedidos três anos para as completar; mas, realmente, não sei por que destino, esta empresa de tamanha importância nunca foi levada ao fim.

CONFIRMAÇÃO GERAL E EM FORMA COMUM

§ XXXVI — Deve-se dizer feita em forma comum principalmente a confirmação celebrada em Cortes Gerais, ou na Aclamação pública do Rei, quando este promete com juramento observar as leis, costumes e privilégios do Reino.

Estas são as confirmações gerais, de que fala Resende na *Crónica de D. João II*, as quais este Rei teve quase em nenhuma conta, pois se passavam sem conhecimento de causa, sem que precedesse algum juízo e inquirição sobre o modo, cláusula e circunstâncias das doações; por isso, as substituiu pelas confirmações especiais ordenadas a todos os donatários por lei e edicto geral, de que acima falámos e que foram por ele, primeiro que ninguém, recta e sãbiamente inventadas. Já há muito os Reis de Portugal, ao serem proclamados pelo povo, prestavam o solene juramento de manter as leis e costumes de todo o Reino, e não diminuir os direitos, privilégios, isenções e liberdades, que chamamos *foros*, das Igrejas, Eclesiásticos, Nobres, cidades, em suma, de todos os cidadãos: juramento que hoje os Sucessores do Reino são para sempre obrigados a prestar por lei das Cortes promulgada em 1642 por D. João IV, a qual não pode ser denominada *Fundamental*, visto não ter por autor todo o povo, mas o Rei. Ora, é deste mesmo juramento que resulta a confirmação geral em *forma comum*, à qual se deve atribuir pouco valor; no entanto, esta confirmação pode, de certo modo, ser substituída por aquela que se diz *de Rey a Rey*. Mas qual será a força e poder deste juramento? Uns certos há que neste ponto despendem os maiores esforços com

puras bagatelas; mas é bem evidente que não se confirmam com o juramento as leis, costumes, privilégios e liberdades que se vêem de qualquer modo contrariar o bem público, e que o Rei não está proibido de as suprimir, ab-rogar, ou nelas derrogar, se isso convier à República. Além disso, os Imperantes e os súbditos usam todos das leis comuns do juramento, deduzidas do Direito Natural e do Evangelho de Cristo Senhor, às quais estão por igual obrigados, e com justiça por igual desligados. Eis por que este juramento, bem como o de Fidelidade, que o Rei e o povo, por uso e costume dos antepassados, costumam prestar na solene Aclamação do mesmo Rei, nada de novo realmente acrescenta ou detrai dos deveres do Imperante e dos súbditos, pois, sendo um acto por sua natureza acessório, não produz obrigação nova, mas confirma a antiga. Porém, toda a jurisdição, majestade, e império que o Rei defunto tinha, passa logo por morte deste ao seu sucessor, sem que haja necessidade de alguma proclamação ou juramento público, o qual, em boa verdade, de modo nenhum pode ser considerado como tendo implícita certa eleição (ao contrário do que opinam aqueles que hoje estabelecem que quase todos os reinos são, implícita ou implicitamente, electivos, opinião esta que não é aqui o lugar de confutar); mas sim pode ser considerado como um instrumento autêntico e público, donde consta como que a posse do novo Rei e a sua livre administração do Reino. E este importantíssimo acto requer sempre muitas cerimónias e deve realizar-se, parece, com grande aparato. Cabedo, P. II, *Decisio* 8.

PRORROGAÇÃO DO TEMPO

EM QUE SE DEVE PEDIR A CONFIRMAÇÃO

XXXVII — Devem-se, porém, distinguir completamente as cartas de confirmação, de qualquer género que sejam, dos Alvarás do Desembargo do Paço que concedem ao donatário dentro de um ou dois anos o uso da jurisdição e restantes bens, em cuja quase posse se acha.

Este Alvará do Desembargo do Paço, cujos termos formais Cabedo exhibe na *Decisio* 6 da P. II, é uma espécie de interdito possessório, e chama-se perfeitamente *Alvará de manter em posse*. Este Al-

vará também tem lugar na chamada confirmação por successão, e nele, como é costume, se prorroga com justa causa o tempo determinado para pedir esta confirmação, Ord. liv. 2, tit. 38, § 1.

RESTRIÇÃO DA JURISDIÇÃO DOS DONATÁRIOS

§ XXXVIII — Por esta nossa lei foi restringida, antes de tudo, a jurisdição dos donatários, sendo esta a principal causa da sua publicação. Por uma Ordenação dada nas Cortes de Atouguia em 13 de Set. de 1375 (Código Afonsino, liv. 2, tit. 63, § 9), D. Fernando revogou, com poucas excepções, todas as doações de jurisdição, pelas seguintes palavras: *E queremos, mandamos, e defendemos que nenhum outro de qualquer estado, e condição que seja, afora as pessoas, que suso som nomeadas, o Prior do Espital, e Mestres das Ordens da Cavallaria, e os d'Alcobaça, nom ajam nenhuma jurdiçom temporal, ou sagral, criminal, ou civil em nenhum lugar, nem sobre pessoas quaesquer dos nossos Regnos per nenhuma maneira, posto-que lhes per nós, ou per nossos antecessores fosse, ou seja outorgada sob titulo de graça, nem por privilegio, nem por outra qualquer maneira, ou figura, salvo se lhes fosse dado em escaimbo por outro lugar, que a nós, ou a cada hum de nossos antecessores fosse dado, e o nós ajamos com semelhavei jurdiçom.* Ora, a razão, que assim o levou a decidir nesta Ordenação, foi exposta nas seguintes palavras hoje realmente dignas de transcrição: *Ca de razom, e direito natural, e civil parece sem duvida que a jurdiçom, per que mais conhecidos som, e demostrados o poderio, e alteza do nosso Principado, que per Deos, e per lei Divina, e humanal he cometida aos Reis em sinal de mayor, e de mais alto senhorio, nom deve ser dada a outro, nem outro deve usar della no nosso Senhorio, nem nos nossos Regnos, senom nós, ou aqueles, a que nós mandarmos per nós e em nosso nome, ou a quem nós dermos logar, e poder*

por honrado estado, que tem de condiçom mais nobre, e mais alta a sob nós. (§ XVIII).

A Lei Mental abrange principalmente dois capítulos, um dos quais respeita aos direitos úteis dos donatários, que contém proveito, e outro aos direitos honoríficos, isto é, a jurisdição e império. Portanto, D. João I, que no conceder a successão dos bens da Real Coroa seguiu mui de perto as leis e costumes dos Feudos, quase as reprovou e rejeitou quanto à jurisdição dos Senhores. Ninguém ignora a imensa latitude da jurisdição patrimonial dos Senhores sobre os Vassallos, assim como o muito que em todos os tempos os Reis tentaram, directa e indirectamente, para a diminuir. Pelo que toca ao nosso Portugal, seguramente que nunca foi entre nós recebido o perfeito sistema do direito feudal, pois já desde o início do Reino os nossos Príncipes obstaram ao seu progresso, pelos muitos modos que referimos na Nota ao § XIII do Tit. I, e assim se conseguiu que nunca passasse a uso. Neste aspecto, são dignos de especial memória D. Afonso IV, Autor do Edicto perpétuo, que a Ord. liv. 2, tit. 45, § 6, recorda; D. Fernando com a celeberrima lei dada nas Cortes de Atouguia em 13 de Set. de 1413 da Era, 1375 de Cristo, referida no Código Afonsino, liv. 2, tit. 63, à qual se deve juntar o Diploma do mesmo Rei de 9 de Julho de 1415 da Era, *apud Monarchia Lusitana*, tomo VIII, liv. XXII, cap. 30, dos quais se faz menção na citada Ordenação, §§ 10 e 11; D. João I na Lei de que estamos tratando; seu filho D. Duarte na lei que deu em Óbidos (Vimeiro?) em 2 de Maio de 1434, no Código Afons. tit. 39, liv. 2, a qual vem transcrita, em parte, na Ord. Filip., no mesmo liv., tit. 45, § 37; D. Afonso V na Ordenação especial do seu Código, tit. 40; e, finalmente, D. João II que inventou o novo juramento de homenagem, que ainda agora usamos, introduziu e ordenou as confirmações gerais, e enviou corredeiros para as terras dos Senhores com o fim de defenderem a autoridade e jurisdição régia, e corrigirem os excessos daqueles (Garcia de Resende, *Crónica de D. João II*, caps. 27, 28, 29 e 32). E de todas estas leis deriva como de uma fonte o prolixo tit. 45, do liv. 2 do Código Filipino, e o tit. 26 de igual livro do Código Manuelino. D. Fernando na mencionada Ordenação, em que abrogou tanto as doações de jurisdição civil como criminal, exceptuou: 1) a Rainha, os Infantes, os Condes, os Mestres das Ordens de Cavallaria, o Prior do Hospital, o Mosteiro de Alcobaça, Aires Gomes da Silva seu Alferes-Mor, e D. João, Almirante do mar; 2) a jurisdição havida a título

de doação, permuta, ou outro título oneroso, com as palavras *salvo se lhe fosse dado*, etc....; 3) a jurisdição de que os donatários usavam já no reinado de D. Afonso IV, e a que foi confirmada por ele em Edicto geral.

PRINCIPIOS GERAIS NESTA MATERIA

§ XXXIX — Nesta matéria devem-se fixar os seguintes princípios gerais.

1. A jurisdição concedida aos donatários apenas recebe a interpretação literal; por isso, não se deduz de argumentos e conjecturas, ainda que veementes, Ord. liv. 2, tit. 45, § I, nas palavras: *expressamente lhes for outorgado*.

2. A jurisdição, que no nosso País usam os Senhores de terras, não é feudal, mas régia, e é apenas exercida em nome do Rei, do qual depende e deriva.

3. É realmente um princípio do nosso Direito e do Direito Público Universal o seguinte: que de modo nenhum se vêem concedidos aos donatários os privilégios que estão de tal maneira conjuntos ao poder real, que de nenhum modo se podem separar dele, ou então não se podem separar sem lesar a Dignidade Régia; por isso, semelhante doação é de nenhum valor. Igualmente, não se pode conceder tamanha jurisdição, Ord. liv. 2, tit. 45, no princípio do últ. versículo.

4. Também é de fixar como princípio geral o seguinte:

Que a jurisdição restringida por El-Rei D. Fernando, ou ab-rogada pela muitas vezes citada Ordenação do ano 1375, hoje sòmente pode ser exercida e suscitada por virtude de nova doação, onde se faça menção dela com expressa derrogação, pois não basta a confirmação geral posterior concebida com quaisquer palavras e cláusulas derogatórias, para que dela se vejam de novo dados ou confirmados a jurisdição e privilégios limitados na referida Ordenação, Ord. liv. 2, tit. 45, § II.

5. Finalmente, cumpre advertir que a cláusula das doa-

ções *Que as tenham quomo as tinham, e havião aquelles cujas antes forão* não compreende os direitos singulares que lhes foram concedidos por especial razão de sangue ou amizade, se desses direitos não se fizer menção expressa, § 12 do mesmo liv. e tit.

Do primeiro princípio segue-se, além do mais: 1) que na carta de doação, onde se concede o domínio do lugar, não se vê dada a jurisdição do mesmo lugar, da qual não se haja feito menção expressa; vê-se, todavia, dado o título honorífico de Senhor de terras, o qual difficilmente se pode separar do domínio concedido; 2) que na doação da jurisdição não está contida a facultade de criar ou eleger juizes do lugar ou officiaes, não contida na mesma doação, mas o poder de decidir as demandas, de harmonia com as prescrições desta Lei Mental e das Ordenações Régias, em segunda instância e causa de apelação. Omito outros exemplos tão conhecidos neste assunto.

Do segundo princípio deduz-se que a jurisdição dos Senhores não é sua própria, mas apenas recebida do Rei, aspecto em que especia-llissimamente difere a jurisdição régia da jurisdição feudal (Heineccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. 3, tit. I, e Exer. *De origine atque indole jurisdictionis patrimonialis*). Só deste princípio se segue que essa jurisdição é exercida apenas em nome do Rei e segundo o seu arbitrio, e que por ele pode ser limitada, restringida, ou ab-rogada, e o resto que espontaneamente flui deste princípio e que facilmente cada um pode notar. Eis por que as palavras *mero, e misto império* pedidas ao Direito Romano, e *alta e baixa* (bassa) jurisdição pedidas ao Direito Feudal, que se acham escritas sobretudo em doações anti-quíssimas, devem ser inteiramente interpretadas segundo a mente da nossa Lei, como quase nada significando hoje além da simples doação da jurisdição (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XII, § XII, Nota). Os outros princípios não carecem de qualquer explicação.

QUE COISAS EXPRESSAMENTE NÃO PODEM SER DOADAS

§ XL — Destes princípios resulta: 1) que os direitos de guerra e paz, de tributos, e os restantes que se dizem direitos maiores e difficilmente podem separar-se do Imperante, não

são rectamente doados; 2) que o Rei pode ver, visitar e corrigir à sua vontade os locais *honrados* e doados; 3) que não é lícito aos donatários impedir a apelação ou agravo para o Rei ou seu Desembargo, Ord. liv. 2, tit. 45, §§ 26, 27 e 28; 4) impor novas exacções e tributos, Ord. liv. 2, tit. 49; 5) aumentar por qualquer razão as pensões anuais e quaisquer rendas, Ord. liv. 2, tit. 45, §§ 34, 35 e 36, e liv. 1, tit. 66, § 14; 6) tomar mantimentos, veículos, bestas, e habitação contra a vontade de seus donos, ou receber dos vassallos dádiva que não seja levíssima, Ord. liv. 2, tit. 49, §§ 1, 2, 3 e 4, e tit. 50, Man. 36, e liv. 5, tit. 69, Afons. títulos 61 e 62, liv. 2; 7) cobrar os direitos de importação de mercadorias, *Portagem*, e aquele género de tributo que se paga pela venda das coisas, isto é, *Sisas*, *Alfândegas*, *Terças*, Ord. liv. 2, tit. 28, §§ 1 e 2; 8) pousar, contra a vontade do abade, nas igrejas ou mosteiros de que são padroeiros, Ord. liv. 2, tit. 21; 9) isentar os súbditos dos encargos dos Concelhos, com excepção da Rainha e do Príncipe que o podem fazer, Ord. liv. 2, tit. 45, § 37, tirada da lei del-Rei D. Duarte de 2 de Maio de 1434; 10) dar cartas de perdão, de restituição de fama, de emancipação, e cartas moratórias aos devedores, Ord. liv. 2, tit. 45, § 40; 11) conceder a graça da idade, insinuações de doações, cartas *tuítivas*, e revisões de coisa julgada (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XXIII, § XXVIII, Nota), que chamamos *Revisitas*, § 40, nas palavras: *nem alguma outra carta graciosa, que contenha em si graça e mercê geral, ou special*; 12) criar Doutores, § 40; 13) fazer de homem plebeu nobre ou cavaleiro, §§ 33 e 38, lei promulgada por El-Rei D. Dinis em Santarém a 4 de Maio de 1305; 14) restituir o filho ilegítimo a nascimento legítimo, § 40; 15) intrometer-se ou obstar de qualquer modo à eleição dos juizes ordinários, vereadores, e procuradores dos Concelhos, §§ 2 e 13; 16) criar de novo ou temporariamente tabeliães e escrivães, afastá-los arbitrariamente de seus officios, e cometer a alguém a função de officio alheio, §§ 23, 24 e 25, e liv. 1, tit. 97, § 7, no fim.

Quase todos estes direitos nem mesmo expressamente podem ser doados, nem de facto já estavam em uso no tempo de D. João I. Efectivamente, já há muito por leis de D. Afonso III, D. Dinis e outros Reis estava prohibido conceder cartas e quaisquer outros privilégios de nobreza, dispensar e escusar de cargos civis, dar dispensas de leis públicas e gerais, ordenar, ou cobrar novas exacções, ou aumentar as antigas; pedir ou mesmo, quando oferecidas, receber dádivas dos vassallos que não fossem levíssimas; extorquir, à força e por autoridade própria, alimentos, veículos, bestas, ou pousada. Com effeito, ainda que os Senhores pretendessem estes e semelhantes direitos, e sobretudo o direito de hospedagem chamado em portuguez *apostatadoria*, que derivavam do Direito Feudal, e do Direito Romano, tit. 41, *De metatis et epidemeticis*, liv. 12, do Código, Novella 130, cap. 9, todavia em Portugal, se é que algum dia nele esteve em uso, acabou por ser revogado por lei de D. Dinis, no Código Afonsino, liv. 2, tits. 61 e 62, parcialmente transcrita da Ordenação que usamos, no mesmo liv., tit. 49, § 5, Man., 69, liv. 5, § últ., visto que, contrariando muito este direito o direito e propriedade dos Senhores, apenas era concedido àqueles que seguiam por dever de officio o Rei ou sua Corte, ou aos magistrados régios e seus officiaes que não possuíam outra habitação adequada, Ord., liv. 1, tit. 1, § 47, e tit. 24, § 38; Regimento de 7 de Set. de 1590, tomo 4 da Nova Colecção dos Regimentos Reaes por José Roberto Monteiro. Por isso, os Senhores de terras como tais não fruíam o direito de apostatadoria; gozavam, porém, desse direito enquanto officiaes del-Rei, e desde o início havia, em Lisboa e certas povoações do Reino, hospícios públicos chamados *Estaos* para receber os seus familiares e parentes, Alvará de 13 de Out. do ano de 1499, nos arquivos da Casa de Bragança, Duarte Nunes, *Crónica de D. Afonso V*, cap. 8, Castro, *Mapa de Portugal*, tomo III, pág. 319. As *terças* inteiramente seculares, tiradas dos bens dos Concelhos para refeição dos muros, não podem ser doados, Ord. liv. 1, tit. 70, § 3, e liv. 2, tit. 28, § 2, Man. tit. 45, §§ 6 e 7 do mesmo liv., mas as *terças* eclesiasticas, de sua origem eclesiasticas e que têm applicação diferente, são um direito real e podem ser expressamente doadas, Cabedo, P. II, *Decisio* 63. O direito de conceder revistas das sentenças não tem validade, mesmo que expressamente dado, Alvará del-Rei D. Sebastião de 1576 e 1577, *apud* Cabedo, P. II, *Decisio* 67; no entanto, os Arcebispos de Braga usaram algumas vezes deste direito. Também abusam manifestamente do seu officio e usurpam a jurisdição real os Bispos que osam prorrogar o tempo definido nas

leis públicas para fazer o prosseguir a apelação, porquanto apenas gozam da jurisdição civil e contenciosa de que gozam os donatários da Real Coroa, aos quais foi interdito darem quaisquer das chamadas cartas de *graça* especial ou geral, Ord. liv. 2, tit. 45, § 40. Existe, porém, constituído desde o início do Reino o seguinte direito, a saber: o de os juizes ordinários, vereadores e restantes oficiais do Concelho serem eleitos apenas pelos homens bons do lugar, direito este dos cidadãos que é com justiça chamada foro, Ord. liv. 1, tit. 67, § 5, e que foi introduzido pelos nossos Reis, não só por razões de humanidade e para favorecer a liberdade dos povos (o que era razão mais do que suficiente), mas também por certa razão política, ou então por eles liberalmente concedido, para por esta via mesmo indirecta obstarem ao poder dos Senhores; por isso é que a estes difficilmente foi dado assistirem às eleições, e concedida a faculdade de eleger ou confirmar estes oficiais, Ord. liv. 1, tit. 66, § 30, tit. 67, §§ 11 e 12, Man. títulos 45 e 46, Afons. 28, e liv. 2, tit. 45, §§ 2 e 13. Agora, pelo que respeita às doações dos officios, como os donatários no tempo de D. João I abusavam ao máximo deste direito, este mesmo Rei como que confirmou de novo as Ordenações antigas, acrescentando algumas disposições que se acham na Ordenação que usamos, liv. 2, tit. 45, § 15 até ao § 33; por isso, entre outras coisas, foi estabelecido: 1) que os donatários não pudessem criar tabeliados nem officios de escrivão, §§ 15 e 25; 2) dar officios de almotaçaria ou de escrivãinha das Câmaras, e outros officios que pertençam ao regimento destas, Ord. liv. 2, tit. 46; 3) receber dinheiro por dar officios, na mesma Ord., lei única do tit. *ad Legem Juliam de ambitu*, do Digesto; 4) vender officios, assim como também não os officios entre si, na mesma Ord.; 5) aceitar a renúncia dos officios simplesmente ou em favor de outra pessoa, ou conceder licença ou cartas que chamam *Expectativas* para os vender ou renunciar, Ord. liv. 1, tit. 80, § 20, e tit. 96, porquanto a alienação de bens da Real Coroa, nos quais são incluídos os officios públicos pela Nova Constituição de 23 de Nov. de 1770, é nula sem licença do Rei, segundo a nossa lei, Ord. liv. 2, tit. 35, § 3 e *passim*; 6) que, mesmo obtida essa licença, seja de nenhum valor a renúncia de official enfermo que morra dentro de 30 dias, Ord. liv. 1, tit. 96, § 1, Afons. liv. 4, tits. 8 e 23, mais ou menos extraída da regra *de infirmis resignantibus* (dos enfermos que resignam) das Decretais; 7) dar officios por certo tempo, Ord. liv. 2, tit. 45, § 23; 8) tirar a seu arbitrio officios de seus officios, § 23; 9)

conceder a alguém a função de algum officio, § 24, e liv. 1, tit. 96 (1), § 7, no fim; 10) dar a um official um regimento diverso daquele que costuma ser dado na Chancelaria pelo Chanceler-mor do Reino, Ord. liv. 2, tit. 45, § 21, etc.... Cumpre também notar aqui que os officios dados pelos Vice-Reis da Índia ou Brasil, visto que estes têm jurisdição temporária, se extinguem por morte e com a cessação do cargo de Vice-Rei, salvo se esses officios forem confirmados por El-Rei, Cabedo, P. II, *Decisio* 21. Coisa diferente é de dizer dos Capitães de Ilhas, mencionados na Ord. liv. 2, tit. 49, no principio, pois estes gozam de jurisdição perpétua e são verdadeiros donatários, conforme já advertimos noutro lugar (na Nota ao § XXII deste título); por isso, os officios por eles dados devem ser considerados perpétuos.

DO CHAMADO DIREITO DE CORREIÇÃO

§ XLI — A correição suprema, isto é, o direito de visitar em qualquer tempo as terras dos Senhores, e corrigir os seus officios e servidores, e actos semelhantes a este, nem sequer expressamente pode ser doado, Ord. liv. 2, tit. 45, § 8, no principio; mas a correição simples, isto é, a doação daqueles direitos, que estão contidos nesta palavra e se attribuem ao juiz da comarca, que dizemos *Corregedor*, expressamente feita, concedida e confirmada após o falecimento del-Rei D. Fernando, essa tem validade, § 10 da mesma Ord..

É vã questão a que se move acerca da correição maior, ou seja da soberania e majestade, ou isenção civil, a qual nunca pode estar ausente do Imperante; mas da correição menor, isto é, dos direitos que competem e costumam ser concedidos ao corregedor da comarca, quais são, entre outros, o direito de conhecer dos agravos e acções, que chamam *novas*, por querela, denúncia ou officiosamente, o direito de conceder cartas de segurança, e os outros que são especialmente concedidos a este magistrado maior em seu Regimento, Ord. liv. 1, tit. 58, todos eles sem dúvida podem ser doados pelo Rei, mas mediante grande causa e só aos grandes beneméritos da República.

(1) Aliás, 97. (Nota do Tradutor).

Em boa verdade, a princípio quase todos os donatários usavam estes e semelhantes direitos, compreendidos na expressão *correição menor*, os quais diziam competir-lhe ou por direito próprio e como Senhores de terras, ou porque lhes haviam sido expressamente doados, ou porque estavam tácitamente contidos nas cartas e cláusulas da doação, ou enfim porque estavam em seu uso e quasc posse. D. Afonso IV e principalmente El-Rei D. Fernando interdissse totalmente o uso da correição aos donatários, e revogou mesmo as doações expressas da correição na muitas vezes lembrada Constituição de 13 de Set. do ano 1375 (Ord. Afons. liv. 2, tit. 63, §§ 11 e 12) com as palavras: *Porem mandamos, e defendemos que nenhum de qualquer, ou tamanho estado, ou condiçom que seja, nom haja, nem use per si, nem per outrem de correçam, nem ponha Corregedor pera correr per si em nenhum lugar, nem sobre nenhumas, ou quaesquer pessoas dos nossos Regnos, nom embargando qualquer privilegio, ou doaçam. ou composiçam, per que lhe fosse, ou seja outorgado, nem uso qualquer novo, ou antigo, que della usasse. Ca nenhum outro nos nossos Regnos nom na pode haver, nem usar della, senom nós, e os nossos Meyrinhos, e Corregedores... Mandamos aos nossos Meyrinhos, Corregedores... que duas vezes no anno ao menos entrem nas villas, e terras, e luguares, que quaesquer pessoas tem, em que ham, ou usam alguma jurdiçam.* Revogou, pois, D. Fernando nesta Ordenação a concessão da correição, mesmo a havida por permuta ou contrato oneroso, como se vê das palavras *doaçam, ou composiçam*. Com efeito, ainda que o Rei nos contratos uso do direito dos particulares, o que está realmente certo quando dispõe dos bens patrimoniais, todavia nos bens públicos, da Real Coroa, e jurisdicionais, usa de direito diverso; poderá, por isso, com direito rescindir os contratos inofficiosos, e deles afastar-se, se convier à República; e deste direito usamos, Cabedo, P. II, *Decisio* 38, n. 6. Esta providentíssima lei de D. Fernando foi confirmada por D. João I, D. Duarte, e D. Afonso V, que a louva notavelmente e aprova sem excepção no liv. 2, tit. 63, e por D. João II nas Cortes de Évora de 12 de Nov. de 1481, Resende, *Crónica de D. João II*, caps. 29 e 32. A mesma é também transcrita e aprovada no Código de D. Manuel, liv. 2, tit. 26, § 15, do qual foi trasladada a Ord. Filipina do mesmo liv., tit. 45, §§ 8, 10 e 11, com o acrescentamento apenas de uma excepção, a qual, mesmo que não tivesse sido aposta, facilmente se subentenderia, a saber, se o direito de correição for de novo doado e com palavras expressas que não possam entender-se doutro modo. Neste lugar chama-se doação nova

aquela que tiver sido feita após a morte de El-Rei D. Fernando, ou se a antiga doação, por ele revogada na mencionada lei, for confirmada por El-Rei *em forma especifica* com derrogação expressa das Ordenações antigas, e sobretudo da dita lei de D. Fernando; de tudo isto deve passar-se carta especial e título, não de confirmação, mas de nova doação. Porém, este direito de correição, em meu entender de sempre, não difere do direito que em português chamamos *de não entrarem os Corregedores nas suas terras*, nem na Ord. liv. 2, tit. 45, § 10, vers. *Porque*, Man. tit. 26, § 15, eles se apresentam como diferentes, mas distinguem-se para mais fácil explicação. Como quer que seja, estes direitos, quer signifiquem absolutamente o mesmo, quer difiram em alguma coisa — o que agora não há vagar de discutir — difficilmente ou nem mesmo difficilmente devem ser concedidos, nem há já que inquirir deles depois da Nova Constituição de 19 de Julho de 1790.

QUE COISAS PODEM SER EXPRESSAMENTE DOADAS

§ XLII — Há, no entanto, algumas coisas que, expressamente dadas, podem e costumam ser doadas. Podem, pois, os donatários por direito, caso assim esteja claramente acautelado na carta de doação: 1) conceder para sempre os officios vagos de tabelião e escrivão, Ord. liv. 2, tit. 45, §§ 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 e 25), mas não vender ou criar esses officios, §§ 15 e 25, e tit. 46 do mesmo liv.; 2) confirmar os juizes eleitos pelo Senado do lugar, §§ 2 e 19; 3) nomear os ouvidores, os quais, no entanto, estão prohibidos de despachar os feitos por modo de Relação, isto é, *por acórdão*, § 4; 4) fazer um só meirinho em todas as terras de que tiverem um ouvidor, o que se entende apenas do donatário a quem tiver sido concedido o direito de correição, § 14; 5) criar ou nomear por carta próprio tabeliães, que possam exercer logo o seu cargo, sem que preceda exame ou confirmação do Desembargo do Paço, § 14 (1); 6) dar-lhes Regimentos conformes às Ordenações do Reino, § 21;

(1) Aliás, § 19. (*Nota do Tradutor*).

7) constituir tabeliães e outros oficiais, que por eles sejam nomeados, § 20; 8) ter minas de ouro ou prata, e direitos novos dos pescados, Ord. liv. 2, tit. 28, no princípio, mas não os direitos antigos, tit. 26, § 14; 9) tomar alimentos das casas religiosas, tit. 21, no fim; e os restantes direitos deste género, que não há vagar de referir, e bem se deduzem dos que ficam mencionados. Vide § LXVI deste título.

JURISDIÇÃO DOS OUVIDORES

§ XLIII — Os ouvidores usam da mesma jurisdição que os donatários, Ord. liv. 2, tit. 45, § 43, e apenas podem exercê-la nas terras dos Senhores, § 41; no entanto, essa jurisdição não se estende para além de três anos, nem se vê tácitamente revogada, pois, findo este prazo, extingue-se de todo, §§ 41 e 42. Não tomam conhecimento das acções, que chamamos *novas*, nem dos delitos, por via de querela, denunciação ou officiosamente, § 50, o que é concedido aos corregedores das comarcas, Ord. liv. 1, tit. 58, §§ 22 e 23. Não conhecem igualmente dos agravos, mas somente das apelações, tit. 45, §§ 41, 74 (1), e 48 (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XXIII, § X). Também não podem conceder cartas de seguro; e, finalmente, deles interpõe-se apelação ou agravo, para o Senado ou seja para a Relação do lugar, § 45.

No nosso direito dizem-se ouvidores certos magistrados constituídos pelos donatários, que são muito afins dos corregedores das comarcas, mas muito inferiores em jurisdição e autoridade. Na verdade, os vocábulos *Corregedor*, *correição*, *corregir*, de tal modo respiram a jurisdição real, que o próprio Rei, quando estabelece magistrados especiais no Brasil, não obstante fazê-lo pelo direito de Grão-Mestre das Ordens, dá-lhes o nome de ouvidores, e não o de pretores,

(1) Aliás, § 44. (*Nota do Tradutor*).

ou seja de *Corregedores*. Além disso, os ouvidores constituídos pelo Rei usam quase o Regimento dos Corregedores das comarcas, Ord. liv. 1, tit. 59. No entanto, os ouvidores são totalmente obrigados a obedecer aos mandados ou cartas de sentença do Desembargo do Rei ou dos Corregedores das comarcas, Ord. liv. 2, tit. 45, § 5, pois que só os juizes inferiores ou iguais são obrigados a deprecar (Cabe-do, P. II, *Decisio* 40, n. 10). Quase todas as disposições que a respeito dos ouvidores vêm na Ord. liv. 2, tit. 45, foram tiradas da muitas vezes citada lei de D. Fernando dada nas Cortes de Atouguia. Actualmente, pela Nova Constituição de 19 de Julho de 1799 foram abolidos todos os ouvidores, sendo concedido aos donatários maiores na mesma referidos fazer corregedores em suas terras.

DOS DONATARIOS ECLESIASTICOS

§ XLIV — Tudo isto que dissemos das doações régias e necessidade de as confirmar, e, em suma, da Lei Mental, deve aplicar-se integralmente aos donatários eclesiásticos, que lhe estão tão sujeitos como os leigos, e não gozam neste aspecto de privilégio algum.

Os bens da Real Coroa deixados aos Eclesiásticos ou à Igreja não perdem a primitiva natureza, nem deixam de ser realengos; por isso, tem neles lugar a Lei Mental, tão certo é que D. João I, seu Autor, nem por palavras (como seria mister) nem na mente exceptuou os donatários eclesiásticos. E que grande e grave detrimento não adviria ao Património Régio, detrimento esse que precisamente a concepção da Lei visava afastar, se as liberalidades de bens públicos conferidas à Igreja fossem perpétuas, irrevogáveis e não sujeitas à mesma Lei? E, se pela mente desta os Eclesiásticos não sucedem nos bens da Coroa do Reino sem expressa licença do Rei, Ord. liv. 2, tit. 35, § 10, nem as Igrejas, Mosteiros, e outros corpos, que chamam *mãos mortas*, podem ter quaisquer bens sem a mesma licença, Ord. liv. 2, tit. 28, como podem eles ser desobrigados da Lei Mental sem lei, privilégio e dispensa especial? Ora, este privilégio não se vê, nem jamais foi concedido, nem mesmo, para dizer a verdade, pode ser concedido, por a isso se opor a utilidade pública. E, até, que

D. João I sujeitou muito especialmente as Casas Religiosas à sua Lei, testemunha-o o nosso Faria e Sousa, *Europa Portuguesa*, tomo II, p. 3, cap. I, pág. 304, sendo, no entanto, digno de riso e sabendo a fábula o que ele aí mesmo narra do aparecimento del-Rei D. Afonso Henriques. Portanto, todos os bens e direitos realengos que do Rei têm os Mosteiros, Igrejas, e seus Bispos, Abades e Reitores, têm-nos por benefício do Rei, e deles usam como donatários da Coroa do Reino, isto é, não em seu nome e direito, mas em nome e direito del-Rei, o que ficou claramente estabelecido acerca do padroado real no Alvará de 17 de Nov. de 1617, *apud* Osório, *De patronatu*, Resolução 30, n. 5 (*Instituições*, Liv. I, Tit. V, § XLIV, Nota); e, por isso, estão totalmente sujeitos a todas as leis especiais dadas a estes bens. E que assim é prova-o muito especialmente a lei de D. João II nas Cortes de Évora do ano de 1481, pela qual os donatários eclesiásticos foram chamados a confirmações gerais, pois essa lei seria injusta, se os bens reais doados às Igrejas ficassem no perfeito domínio e património das Igrejas. E deste direito usamos. Por conseguinte, actualmente abre brechas a opinião de Cabedo, Osório, Pereira, e outros citados em Pegas, tomo X à Ord., cap. 35, nn. 8 e seg., que julgam que os bens régios dados às Igrejas se *eclesiasticam*. Eu, porém, embora pense que as doações de bens da Real Coroa conferidas aos donatários eclesiásticos estão totalmente sujeitas à Lei Mental e semelhantes, e que, tal como as doações feitas aos leigos, podem, se assim convier à República, ser revogadas ou limitadas pelo Rei, sòmente entenderia esta faculdade dos bens imoderados, e sobretudo dos jurisdicionais, pois os bens moderados, as rendas, proventos e direitos que contêm emolumento e são necessários ao sustento, decoro e ornamento das Igrejas e Eclesiásticos, difficilmente ou mesmo nem difficilmente podem, já não digo, ser revogados, mas nem sequer limitados. O mesmo não se deve dizer dos bens jurisdicionais, os quais, pelo contrário, são intoleráveis. Com effeito, embora os Bispos até ao séc. XIV servissem nas guerras, e sustentassem soldados a expensas próprias (o mesmo cumpre dizer dos Monges), sendo, por isso, contemplados pelo Rei com possessões adquiridas na guerra, direitos reais, feudais ou quase feudais, a verdade é que estes antigos serviços já há muito foram recompensados, e hoje cessam, não aparecendo nem se alegando serviços novos, sem os quais ninguém pode pretender direitos reais, § 12 do chamado *Regimento das Mercês* de 19 de Janeiro de 1671, e Decreto de 26 de Fev. de 1678. Além disso, não devem os Eclesiásticos imiscuir-se nos negócios seculares, porque

nada mais contraria os votos da santíssima Igreja do que o império e jurisdição temporal, a qual, sobretudo quando unida à eclesiástica, que os Prelados exercem por direito próprio, deu mais de uma vez ocasião às maiores violências e perturbações, para cuja extinção há que encontrar um remédio decisivo. Mas deste assunto tratem outros, a quem cabe a obrigação de o resolver, pois a nós e aos bons cidadãos apenas restam como consolação as lamentações e queixas particulares. No entanto, uma coisa é certa: que os donatários eclesiásticos, nem por si nem por ouvidores eclesiásticos, podem exercer esta jurisdição temporal, pois são obrigados a nomear ouvidores seculares, Ord. liv. 2, tit. 45, § 44. Porém, a sua jurisdição, e sobretudo a do Arcebispo de Braga, o mais eminente e importante de todos, foi realmente muito coarctada pela Nova Constituição de 19 de Julho de 1790, da qual se falará abaixo no § LXVI.

DO GRÃO-MESTRE DAS ORDENS DE CAVALARIA

§ XLV — O Grão-Mestre das Ordens de Cavalaria é donatário da Real Coroa nos bens que por liberalidade régia vieram às Milícias sagradas do Reino; no entanto, usa de um direito especial, pois os bens das Ordens (excepção feita aos jurisdicionais pela Resolução de 17 de Agosto de 1770) não são governados pela nossa Lei, mas por leis e Definições próprias (§ XXIV).

A Milícia de Cristo instituída em 1319 por João XXII no tempo del-Rei D. Dinis, a de Santiago segregada da Espanha em 1290 por Nicolau IV no mesmo reinado, e a de Avis já conhecida no tempo de D. Afonso I, estão, cada uma delas, sob o governo e amplíssima jurisdição do respectivo Grão-Mestre, que deve dirigir os freires tanto cavaleiros, como clérigos, e restantes pessoas sujeitas à Milícia, segundo o prescrito nas Definições Gerais, e dispor livremente dos bens das Ordens, exceptuando a alienação de imóveis, de harmonia com o § 3 da Bula de João XXII que começa *Ad ea, apud* Sousa, tomo I das *Provas*, N. 5, p. 80. E deste direito usou Gil Martinho, primeiro Mestre da Ordem de Cristo, pela Ordenação de 11 de Junho do ano 1359 da Era, e João Lourenço, segundo Mestre da mesma Ordem,

por outra Ordenação de 16 de Agosto de 1364 da Era, *apud* Carvalho, *De ordinibus*, Enucl. 3, Comprobat. 3, págs. 456 e segs.. Os nossos Reis, feitos perpétuamente Mestres de todas as Ordens pela conhecida Bula de Júlio III de 4 de Junho de 1551 sucederam nos direitos dos antigos Mestres, e podem fazer nas Milícias tudo aquilo que a estes tinha sido concedido, salva sempre a substância das mesmas e a alienação dos bens móveis e imóveis de grande importância, visto que não são verdadeiros senhores, mas administradores desses bens. E esta sumariamente a jurisdição que lhes compete enquanto Mestres das Ordens, pela dita Bula de Júlio III e pelas Definições de Avis, tit. 3, cap. 4. Não inquirimos aqui do seu poder enquanto Reis e Sumos Imperantes. Na Ordem civil os Mestres das Ordens seguem-se aos Duques, e precedem os Marqueses e Condes, pois na Ord. liv. 2, tit. 45, §§ 1, 5 e 34, estão colocados logo diante destes. Pela mesma razão também precedem os Arcebispos na ordem civil, Ord. liv. 1, tit. 91, §§ 24 e 25, Pereira, *De Manu Regia*, cap. LV, n. 3.

DOS BENS DAS ORDENS DE CAVALARIA

§ XLVI — Entre os bens das Ordens contam-se os benefícios, os padroados, a jurisdição eclesiástica e temporal, e o mais que destas jurisdições depende e não é necessário reensear.

Os benefícios das Ordens Militares dizem-se regulares pela razão de que apenas podem ser dados aos militares professos, e, deste modo, tem neles lugar a regra *regularia Regularibus*, deduzida dos caps. 5 e 32, vers. *Prohibemus*, do tit. *De praebendis* do Liv. 6.º, aprovada pelo Tridentino, Sess. XIV *De reformatione*, cap. 10, e pelas Definições de Avis, Definição 21, tit. 5. Não estão, todavia, sujeitos às reservas e restantes restrições que foram de novo estabelecidas pelo Concílio Tridentino; e assim o declarou El-Rei D. Sebastião por estas palavras: *ElRey D. Sebastião, que Deos tem, como Governador, e perpétuo Administrador das Ordens Militares deste Reino, precedendo o parecer de huma Junta de Letrados, que mandou fazer em Évora no anno de 1573, assentou que o Concílio Tridentino não derogava os privilégios das Milícias, e que por tanto se não acceitava a respeito dellas em quanto parecia deroga-los, apud* Carvalho,

De Ordinibus, Enucl. 3, Comprobat. 2, n. 42, pág. 420, Definições de Avis, Defin. 52, tit. 5, de Cristo, tit. 11, § 1, pág. 204. O padroado destes benefícios pertence livremente ao Mestre, visto que os pode prover livremente e sem concurso, segundo a dita Definição 21 de Avis, tit. 5. Mas, visto que na dúvida todo o padroado é laico, Francisco de Roze, cap. VI, Espen, *Jus Ecclesiasticum Universum*, P. III, sect. 3, tit. 8, cap. 2, n. 1, laico sobretudo deve ser considerado o padroado das Ordens, que os Grão-Mestres fizeram seu como que por direito de guerra, visto que occuparam as povoações dos Sarracenos a que ele estava anexo, ou as adquiriram depois devido às liberalidades dos homens pios e muito especialmente dos Reis. Cabem aqui, de modo muito especial, as doações das ilhas, que chamamos da *Madeira*, *Porto Santo*, e *Deserta*, e doutros domínios dos Descobrimentos, feitas à Milícia de Cristo por El-Rei D. Duarte em 26 de Out. de 1434, e D. Afonso V em 20 de Maio de 1439, e 7 de Junho de 1454, *apud* Sousa, tomo I das *Provas*, Nn. 25, 26, 29, pág. 444, Portugal, *De donationibus*, liv. 3, cap. 8, desde o n. 89, Leitão, *Tratado Analytico*, demonstrat. 6, pág. 391, Coleção das Bulas do padroado da Real Coroa impressa em Lisboa em 1707. No entanto, este padroado não é real, se não houver a certeza de ter sido doado pelo Rei, depois de unido e incorporado na Coroa do Reino, Ord. liv. 2, tit. 35, § 22, e tit. 36. A jurisdição eclesiástica propriamente dita, isto é, a espiritual e pertinente aos negócios meramente espirituais, não compete aos Mestres das Ordens, porquanto os leigos não são capazes dela não só em acto, como também não em *hábito*, e na matéria de que estamos tratando desprezo estas distincções escolásticas. Por isso, as Bulas dos Sumos Pontífices e as Definições e Estatutos das Ordens que se vêem conceder semelhante jurisdição, devem ser entendidas da jurisdição regular ou prelática, que compete sem dúvida aos Mestres, ou então de certos direitos eclesiásticos, que podem cair no leigo por generosa concessão da Igreja, qual, entre outros, o direito de nomear pessoa eclesiástica para exercer a jurisdição espiritual nas terras *de pleno direito* sujeitas às Ordens. Omitto outros direitos eclesiásticos, que se atribuem às Milícias do Reino e seus Cavaleiros, bem como aos Clérigos. E neste ponto têm primordial lugar as questões sobre a sua isenção (que de nenhum modo pretendem defender ou atacar) em relação ao poder eclesiástico ordinário, que ainda hoje se agitam com grande calor; porém, quase todas estas questões dependem da decisão e maior explicação daquelloutra atormentadíssima questão relativa à qualidade da jurisdição que compete ao Grão-Mestre, aos Magistrados

das Ordens, aos Deputados da chamada Mesa da Consciência, ao Administrador da jurisdição Eclesiástica de Tomar, pela Bula *Regimini* de Júlio III do ano de 1554, *apud* Carvalho, *De Ordinibus*, Enucl. 2, comprobat. 7, pág. 222, ao Vigário e Administrador de *Moçambique* pela Bula *Insuper eminenti* de Paulo V do ano de 1612, e, finalmente, aos outros Vigários, Ouvidores, Ministros Eclesiásticos e Visitadores designados pelo Grão-Mestre. A explicação e debate de tudo isto deixamo-los a outros; no entanto, veja-se querendo o § I deste título.

DAS COMENDAS

§ XLVII — Nestes mesmos bens devem incluir-se também, e de modo muito especial, as Comendas concedidas pelo Grão-Mestre aos Cavaleiros beneméritos, as quais são mais ou menos governadas pela nossa lei, e costumam ser dadas pelo modo que são doados os bens da Coroa do Reino.

As Comendas constam não só das décimas eclesiásticas, mas também das *terças*, alcaidarias, jurisdição civil e militar, e outros direitos reais a estes anexos, em razão dos quais o Comendatário deve ser sem dúvida chamado donatário da Real Coroa. A princípio, os Cavaleiros viviam em comum, e em comum eram também os bens das Milícias; depois, dividiram-se em territórios, regiões ou dioceses, que eram atribuídos aos Militares em certa porção, e a eles dados como em guarda e comenda para os administrarem em nome da Milícia, acabando, finalmente, por ser concedidos por partes aos mesmos Militares com todos os rendimentos, Mendo, *De Ordinibus*, disquisit. 10, quaest. 1, Solorzano, *De jure indiarum*, liv. 2, cap. 1, D. Rodrigo da Cunha, *ad Decretum* Dist. XLIV, no princípio, n. 4. Mas, como eles não são verdadeiros donos desses bens, mas seus administradores, não os podem alienar, aforar, ou alugar para além dum biénio, sem licença do Ministro, Definições da Ordem de Cristo, P. II, tit. 14, Definição 18 de Avis, tit. 5, de Santiago, cap. 33. Por outro lado, não se sucede nesses bens por direito hereditário ou por direito de sangue, mas sim pelo modo contido na sua doação, e quase pelas normas da Lei Mental. Otroutra os Mestres davam estas Comendas a seu arbítrio, mas hoje pela Bula de Pio V de 1575, e pela de Gregó-

rio XIII de 1572, *apud* Carvalho, *De Ordinibus*, págs. 119 e 132, e pelos novos Estatutos dados às Milícias por El-Rei D. Sebastião em 6 de Fevereiro de 1572, *apud* Diogo Barbosa, *Memória de D. Sebastião*, p. 3, liv. 2, cap. 21, pág. 494, foi restringida ao Grão-Mestre a liberdade de dar e conferir Comendas, requerendo-se certa idade, certos serviços militares, e certo número de anos. Porém, as Bulas mencionadas e as Ordenações posteriores, embora contrariem totalmente o amplíssimo poder de dispor dos bens das Ordens, salvo a sua alienação, concedido aos Mestres pela Bula da fundação e união à Coroa dada por Júlio III em 4 de Janeiro de 1555, não parecem derogar nesta mesma Bula, problema este que deixamos ao exame de outros. O certo, porém, é que alguns chamam inábilmente às Comendas Benefícios Eclesiásticos, Carvalho, *De Ordinibus*, Enucl. 2, comprobat. 3, nn. 18 e seg., Agostinho Barbosa, *De Jure Ecclesiastico*, liv. 3, cap. 7, n. 9, Cabedo, *Decisio* 85, n. 10. É também certo que as Comendas das Ordens são totalmente diversas e completamente distintas das igrejas e mosteiros dados a alguém em comenda para sempre ou por certo tempo, dos quais falam Fleury, *Historia Ecclesiastica*, liv. XXXV, *Institutiones Juris Canonici*, P. II, liv. III, cap. X, Berard, tomo II, Dissert. II, Observat. III, e os escritores que comentam o cap. *Nemo deinceps* 15, do tit. *De electione* do Liv. 6.º. Sobre as igrejas e mosteiros dados em comenda no nosso Portugal, deve ver-se, entre outras, a Bula de Leão X dada a El-Rei D. Manuel no ano de 1517, *apud* Cabedo, *De patronatibus Regiae Coronae*, caps. 23 e 24.

ALGUNS PRIVILÉGIOS

§ XLVIII — Os ouvidores postos pelo Mestre para administrarem a justiça gozam da mesma jurisdição que os corregedores das comarcas, Ord. liv. 1, tit. 59, Man. 40, Afons. 7. Actualmente, com a abolição dos ouvidores, passaram a substituí-los os corregedores nomeados pelo mesmo Mestre, Nova Constituição de 19 de Julho de 1790, §§ 18 e 19. Quase todas as controvérsias forenses sobre os bens das Milícias pertencem aos magistrados próprios das Ordens de Cavalaria. Aos mesmos pertencem também as causas crimes dos Cavaleiros, Ord. liv. 2,

tit. 12, § 1; mas pelo § 7 da Carta de Lei chamada *da reformação da justiça* de 6 de Dez. de 1612, *apud* Coleção I à Ord. liv. 5, tit. 129, N. 1, os Cavaleiros não gozam do privilégio de foro nas causas cíveis. Os Cavaleiros de Cristo estão imunes do tributo que se paga pela venda de coisas, Ord. liv. 2, tit. 11, § 7. Os clérigos das Milícias, que servem igrejas paroquiais em diocese e território alheio, não estão totalmente isentos da jurisdição dos Ordinários, Alvará de 11 de Out. de 1786.

A Ord. liv. 2, tit. 12, § 1, foi tirada da solene Deliberação do Senado e de D. João III em Évora a 11 de Fev. de 1536, *apud* Leão, p. 2, tit. 3, lei 4. Portanto, parece ter sido D. João III o primeiro que concedeu o privilégio de foro nas causas crimes. O Infante D. Henrique, Mestre da Ordem de Cristo, Alvará de 6 de Fev. de 1456, *apud* Pereira, *De Mannu Regia*, cap. 55, afirma que este privilégio compete em todas as causas, e vigorosamente o defende com a razão de que os Cavaleiros são verdadeiros Religiosos; mas esta razão, ainda que fosse verdadeira, não provaria o privilégio. Menos ainda o provam as Bulas especiais dos Sumos Pontífices, visto que esse privilégio somente pode ser concedido pelo Poder civil. Portanto, destas causas apenas conhece o Juiz dos Cavaleiros em primeira instância, a chamada Mesa da Consciência em segunda, havendo, finalmente, interposição de recurso para o Grão-Mestre, Alvará del-Rei D. Sebastião de 10 de Nov. de 1562, Bula de Pio V chamada *das Três instâncias* que começa *Ail hoc nos Deus*, dada em Roma a 6 de Fev. de 1563, *apud* Carvalho, Enucl. 1, comprobat. 5, pág. 39 (*Instituições*, liv. IV, Tit. XXIII, § XXVIII, Nota). Devem, por isso, os magistrados régios do crime, mesmo sem lho requererem, remeter ao Juiz dos Cavaleiros as causas destes, sob pena de nulidade, Febo, Arest. 164. Nas causas capitais, depois de visto o processo no Supremo Tribunal das Ordens, os Cavaleiros são despojados da honra, bens e privilégios da Milícia, e entregues ao Tribunal secular para serem punidos; sobre este assunto deve-se ver Temudo, *Decisio* 106. Os clérigos das Milícias também gozam do privilégio de foro nas causas cíveis, e devem ser citados perante o Juiz Geral das três Ordens Militares; e, quando eles servem em igrejas, cujos paroquianos estão entregues ao cuidado dos Ordinários do lugar, não estão isentos da jurisdição destes, mas enquanto párocos estão-lhes hoje totalmente sujeitos, Alvará de 11 de Out. de 1786. E, usando nós actualmente

este direito, para quê, em matéria tão difícil, aborrecida e já decidida, referir as isenções e privilégios antigos, se é que já algum dia existiram (cuja utilidade, evidentemente, de modo nenhum pretendemos defender), as Bulas, Alvarás Régios, Estatutos, Definições, Concórdias e sentenças judiciais? Mas não é de dizer o mesmo, segundo o dito Alvará de 11 de Out. de 1786, acerca dos Isentos das Milícias com a qualidade denominada *Nullius*, quais são o de Tomar, o do Crato, o Convento de Palmela da Ordem de Santiago, o de Avis, e as povoações de *Noudar* e *Barrancos*, etc.... Os Benefícios, que chamam simples, somente podem ser dados aos clérigos conventuais professos na Milícia, § 33 do Regimento das Ordens de Cavalaria dado ao Tribunal de Madrid em 26 de Agosto de 1603, Alvará de 5 de Abril de 1704. Os Cavaleiros da Ordem de Cristo pela Extravagante de D. Manuel de 28 de Jan. de 1504, *apud* Leão, p. 5, tit. 3, lei 13, transcrita na Ord. liv. 2, tit. 11, § últ., não pagam o tributo de venda que chamamos *Sisa*, do qual, entre outros, fala Cabedo, P. II, *Decisio* 113. Não pagam igualmente direitos alfandegários (*portagem*), a décima civil (*dizima*), e a décima eclesiástica (*dizima*) pelos bens das Milícias; mas pagam pelos bens patrimoniais. Alvarás de D. João III de 7 de Fev. de 1550, e D. João IV de 2 de Maio de 1647, *apud* Coleção I, N. 6, à Ord. liv. 2, tit. 12, Mas, tendo sido este privilégio concedido tão-somente aos Militares da Ordem de Cristo, vá e estultamente é alongado aos outros Militares, que não foram mencionados, Reinoso, *Observat.* 2, n. 13. Porém, os Cavaleiros não gozam de nenhum privilégio, salvo se tiverem atribuídos os pães civis, ou rendimentos anuais, que dizemos *tença*, ou *mantença*, do Erário Régio, ou dos bens da Milícia, Ord. citada, § últ., tirada do Alvará de D. Manuel de 6 de Nov. de 1515, *apud* Brito, *De locatio*, ad cap. 2, p. 3, n. 130, e Leão, p. 2, tit. 3, lei 1, e da decisão do Senado tomada no juízo da Real Fazenda em 24 de Out. de 1560, no mesmo autor, p. 5, tit. 3, lei 14. Mas nem todos convêm sobre o significado das palavras *tença* ou *mantença* da citada Ordenação. Uns consideram-nas sinónimas, tal como as palavras *teida* e *maneida*, aplicadas pelas nossas leis à concubina, as quais significam absolutamente o mesmo e nada de novo acrescentam. Outros julgam que significam as rendas anuais, que bastem à moderada sustentação dos Cavaleiros, para a qual antigamente pareciam chegar 15 000 reais. Por isso, entendem as palavras da Ordenação *mantença tal, com que se possam governar* do decente sustento havido dos bens da Milícia. no sentido do Direito Canónico. Outros ainda querem que signifiquem na referida Ordena-

ção, e na Extravagante donde foi tirada, os bens patrimoniais; mas este entendimento contraria expressamente a mesma Ord., pois esta fala apenas dos bens da Milícia, Pereira, *De Manu Regia*, cap. 55, n. 27, Brito, *De locato*, supra, Barbosa, *Remissiones* ad Ord. liv. 2, tit. 12. Mas seja qual for a aceção dessas palavras, o certo é que por elas se restringem e limitam os privilégios concedidos aos Cavaleiros, para a diminuição dos quais tendem a Bula de Leão X pedida e conseguida por El-Rei D. Manuel, e o Alvará deste mesmo Rei de 6 de Nov. de 1515. É também certo que nem todos os privilégios contidos nos Estatutos e Definições das Milícias estão em uso, e realmente (cumpre notá-lo aqui) os Estatutos por que se regem não são hoje dignos de vigorar na generalidade, visto se apoiarem em princípios ultramontanos. São necessárias, pois, novas Definições, que ordenem as Milícias por forma que possam trazer verdadeira utilidade à Igreja e à República. A muitas vezes citada Ord. liv. 2, tit. 12, no princípio, pela qual os Cavaleiros são obrigados a testemunhar em juízo secular, foi extraída das Extravagantes de D. Manuel de 4 de Set. de 1517, e 30 de Junho de 1518, e D. João III de 21 de Out. de 1526, *apud* Leão, p. 2, tit. 3, leis 2 e 3.

O GRÃO-PRIOR DO CRATO É DONATÁRIO

§ XLIX — Quase tudo o que dissemos dos Mestres das Ordens do Reino se aplica ao Grão-Prior do Crato, que também é donatário da Real Coroa, e usa, já desde o início do Reino, de vários direitos e privilégios assim eclesiásticos como civis.

A Ordem Hospitalária de Jerusalém, hoje de Malta, instituída por Raymundo de Podio, seu primeiro Mestre, e por ele dividida em Cavaleiros, que chamam de *justiça*, *Capelães Conventuais*, também ditos de *obediência*, e *Armigeros*, ou *Serventes d'armas*, já era conhecida no nosso Portugal no tempo de D. Afonso I cerca de 1130. Severim de Faria, *Noúcias de Portugal*, Disc. II, § 17, p. 80, *Monarchia Lusitana*, P. III, liv. IX, cap. 11. Aqueles que administravam os bens desta Ordem de Cavalaria e presidiam aos Cavaleiros entre nós existentes, chamavam-se Priores do Hospital até ao tempo de D. Afonso IV, durante cujo reinado começaram a chamar-se Priores do Crato, sendo o primeiro a usar este nome D. Fr. Álvaro Gon-

çalves Pereira, pai do grande D. Nuno Alvares. Exibem o catálogo destes Priores, Carvalho, na *Chorographia Portuguesa*, tomo II, cap. 16, pág. 593, e Castro, no *Mappa de Portugal*, tomo II, p. III, cap. 2, § 3, pág. 32. Ao mesmo tempo também era conhecido em Portugal o Grão-Comendador de Espanha, durante cuja ausência os negócios da Milícia eram tratados pelos lugares-tenentes dele e do Grão-Mestre, juntamente com ou sem o Prior do Hospital, *Monarchia Lusitana*, P. V, liv. XVI, cap. 23. A eleição e nomeação do Grão-Prior pertence ao Grão-Mestre, ou melhor à Assembleia de Malta, mediante o consenso dos Cavaleiros da província, isto é, *com esmoção da lingua*. Morto o Prior, os Cavaleiros reunidos em Capítulo Provincial costumam eleger não só o seu substituto e Administrador do Priorado, de harmonia com os Estatutos I e II da Ordem de Malta, tit. XL, mas algumas vezes também o próprio Prior, como, em relação a Portugal, Brandão prova com muitos exemplos na *Monarchia Lusitana*, P. VI, liv. XVIII, cap. 49, pág. 214. Algumas vezes mesmo os Pontífices nomeiam por moto próprio, sem consultarem a Ordem, Priores não professos, dispensando os seus Estatutos, Gallebart, em suas Anotações ao Tridentino, Sess. XIV, caps. 10 e 11, *Discurs*, 13, n. 10, pág. 636. Foi por virtude deste poder papal que, no tempo del-Rei D. Fernando, Álvaro Gonçalves Camelo foi nomeado por Urbano VI Prior do Crato; e D. João III obteve de Adriano VI em 1522 a posse do mesmo Priorado do Crato. Omito exemplos mais recentes. Mais de uma vez também os nossos Reis se opuseram aos Priores eleitos pela Assembleia, ou escolheram outros a seu arbítrio, o que se sabe ter sido feito muitas vezes por D. Fernando e D. João I pelos exemplos transmitidos por Brandão, na *Monarchia Lusitana*, P. VI, liv. XVIII, cap. 49, pág. 214. E a tal ponto se praticava este direito, que os Cavaleiros portugueses, no Capítulo Geral do ano de 1598, empregaram as seguintes palavras: *Que estando o Priorado do Crato, como havia tempos que se experimentava, na nomeação arbitrária dos Soberanos desta Coroa, apud* Frei Lucas de Santa Catarina, *Malta Portug.*, liv. II, cap. 15, n. 219, pág. 383.

DE QUE JURISDIÇÃO ECLESIASTICA GOZAM

§ L — O Grão-Prior do Crato é o Prelado Regular dos Cavaleiros que vivem no Reino, e pode de certo modo dizer-se

Prelado Ordinário, mas não goza de jurisdição espiritual própria, devendo nomear pessoa eclesiástica que a possa exercer nas povoações de pleno direito sujeitas à Ordem.

O Grão-Prior do Crato é um Prelado Regular, a quem estão sujeitos não só os Cavaleiros Provinciais, mas também todos aqueles que de qualquer modo estão ligados à Milícia, ainda que não professos nela. Sobre eles pode exercer não só a jurisdição civil e criminal, mas também a económica, reitoral, e regular; deve, além disso, corrigi-los e visitá-los, Estatut. V da Ordem de Malta, e por quase todo o tit. II, Estatut. I, tit. 15, Estatut. XV, tits. 70 e 59. E, como estas últimas atribuições são quase as dos Ordinários, não admira que não só os Grão-Priores, mas também os *Comendadores* ou os *Balios* da Ordem, aos quais são atribuídos os mesmos direitos, sejam denominados *Ordinários* na Bula *Circumspecta* de Pio IV de 1560, na Bula *Quo magis* de Gregório XIII de 1580, etc..., as quais somente neste sentido devem ser entendidas. Todavia, não goza de verdadeira jurisdição eclesiástica, isto é, a espiritual, que de direito não pode cair em leigo, ainda religioso. Goza, no entanto, da faculdade e direito de designar clérigo, que com o título de Provisor, como Prefeito da Igreja do Crato nas coisas sagradas, tal como seu Ordinário, exerça a mesma jurisdição, Estatut. IX, tit. II, Estatut. VIII, tit. 15, Bula *Dum continuus* de Leão X, de 16 de Abril de 1514, e Bula *Circumspecta* de Pio IV de 1 de Julho de 1560. Como, porém, este usa de diversa jurisdição, eclesiástica ou espiritual, regular, e civil, a qual contém em si vários graus e divisões, pode duvidar-se de que género seja ela, se própria, se ordinária, se delegada. A questão somente se põe sobre a jurisdição verdadeiramente eclesiástica, porquanto, se dizemos que é própria e ordinária, como se pode chamar Provisor, Vigário e Administrador àquele que usa de jurisdição própria? Se dizemos que é delegada, torna-se necessário inquirir de quem recebe ele a delegação e missão, pois somente a pode ter e receber o da santíssima Igreja, única a quem Cristo Senhor seu Fundador e Cabeça entregou o poder das chaves, isto é, a autoridade sagrada, como pensam os Padres e os mais ilustres escritores da Igreja, ou dos Grão-Mestres e Grão-Priores, e Comendadores que o designam ou elegem, ou de toda a Ordem de Malta, ou, finalmente, apenas do Prior da Igreja de S. João de Malta. Esta importante questão, realmente difícil de resolver, é explicada duma maneira pelos bons e puros canonistas, e doutra

pelos decretalistas e escritores das Ordens de Cavalaria, e até pelas Definições e Estatutos das próprias Ordens, aos quais não se deve dar muito crédito, mormente nos assuntos que respeitam ao estado da Igreja e ao Direito Público, cujas fontes genuínas não se devem buscar neles. Deixo, porém, a questão em suspenso, pois não pode ser expressa e explicada em poucas palavras, e o nosso objectivo não padecer uma explicação muito longa, nem também é meu propósito ensinar quaisquer Instituições do Direito Canónico Pátrio, mas sim apenas as do Direito Civil. No entanto, este tema merece ser devidamente tratado pelos nossos canonistas. Mas é minha obrigação anotar aqui que o Priorado de Portugal foi, a pedido da Rainha Fidelíssima, para sempre unido à Casa do Infantado, de que se falará no § LVIII, por Bula de Pio VI de 24 de Nov. de 1789, que a Augusta Senhora aprovou em 31 de Janeiro de 1790. O Priorado de Leão foi pouco antes para sempre concedido pelo mesmo Papa, a instâncias do Rei Católico, ao Infante D. Gabriel de Castela e seus herdeiros e sucessores, pela Bula *Ea semper* dada em Roma a 17 de Agosto de 1784.

COMO DONATARIO GOZA DE JURISDIÇÃO SECULAR

§ LI — Porém, enquanto donatário da Coroa do Reino deve usar e fruir na Grã-Comenda do Crato dos bens e direitos da Real Coroa, e restantes coisas que se entendem neste nome, pelo modo das doações régias e segundo as prescrições da Lei Mental.

Do Prior do Hospital faz-se menção na muitas vezes citada lei de D. Fernando nas Cortes de Atouguia de 13 de Setembro de 1375, pela qual, entre outras coisas, lhe foi concedida a jurisdição civil e criminal; e por esta lei o Grão-Prior do Crato usa de quase todos os direitos que se enumeram no § XLII deste título. Contudo, não goza da jurisdição militar, visto que esta não costuma ser doada, Ord. liv. 2, tit. 45, §§ 33 e 38. No entanto, pelo Decreto de 18 de Abril e 23 de Setembro de 1744, foi concedido por D. João V ao então Infante D. Pedro, Grão-Prior do Crato, prover oficiais militares urbanos, que chamamos *da Ordenança*, já criados pelo Rei, nas povoações do Grão-Priorado e Comendas a elas anexas, mas de modo nenhum criá-los, como é opinião dalguns que eu nunca segui, pois só ao Imperante

perence criar de novo officios, sobretudo militares; de resto, as palavras daquele Decreto não admitem tal intelligência ou opinião. Ao mesmo foi também concedido dar a alguém funções de officios civis e citar, como se foram devedores do fisco, aqueles que lhe estivessem obrigados por dívidas, Alvará de 20 de Março de 1745. Porém, estes privilégios, como bem declara o mesmo Alvará, são pessoais, e concedidos em favor de tão elevado donatário; por Decreto de 1 de Junho de 1786 foram esses privilégios dados pela Rainha Fidelíssima ao então Infante D. João, hoje Príncipe do Brasil. Se inquirirmos do direito e privilégio chamado da Correição, é fora de dúvida que ele compete só por doação expressa com derrogação especial das leis antigas, do que difficilmente é licito duvidar, visto o Ouvidor do Crato o usar impunemente. Mas esta questão é actualmente inútil, porque os Ouvidores e o dito direito de correição foram extintos pela Nova Constituição de 19 de Julho de 1790. Quanto às numerosas povoações, possessões e direitos que desde o início do Reino os nossos Reis deram aos Hospitalários, é assunto que todos sem dúvida conhecem. O primeiro que confirmou estas doações foi D. Afonso Henriques em carta do ano 1148 da Era para D. Raimundo, Procurador da Ordem do Hospital, e em outra para Aires, primeiro Prior de Portugal e Galiza, *apud* Frei Lucas de Santa Catarina, *Malta Port.*, pág. 226. Aos mesmos doou D. Sancho I a Egítânia, *Idanha a Velha*, Leão, na Crónica deste Rei, pág. 49. D. Sancho II doou-lhes a povoação de Belver em 1204, cuja posse conseguiram Pedro Fernandes, Comendador do Soveral, e D. Mendo Gonçalves, Procurador da Ordem; D. João I doou-lhes a povoação de Ouguela, doação esta que recebeu em nome da Milícia Fr. Alvaro Gonçalves Camelo no ano de 1399, *Monarchia Lusitana*, P. VI, liv. XVIII, cap. 49. Nestas e outras doações, que não há vagar de referir, estavam contidos os padroados e décimas, que devem ser considerados como direitos meramente temporais e são governados pelas leis próprias dos bens da Real Coroa, como já advertimos noutro lugar, *Instituições de Direito Público*, Tit. V, § XXXVIII, Nota, e neste título, § XXII, Nota. Porém, este padroado não é somente secular, mas régio, visto que foi havido do Rei; effectivamente, o padroado, dado às Ordens Equestres, Confrarias e Colégios, é leigo, como facilmente se entende das características que o distinguem do padroado eclesiástico. E assim também o resolveu o Supremo Tribunal de Paris em sessão plenária de 10 de Abril de 1607 (*Mémoires du Clergé de France*, tomo XII, págs. 55 e seguintes).

§ LII — Pela mesma razão nomeava um Ouvidor para administrar a justiça em todas as povoações do Grão-Priorado, e um Ouvidor do Património, do qual se apela para a Cúria Prioral, a qual é inteiramente distinta do Convento da Ordem, que designamos com o vocábulo *Assemblea* de origem franceza, Estatuts. XIII, XIV, Tit. XIX, *Della significazione delle parole*.

A Cúria Prioral foi instituída por D. João IV logo após a morte do Cardeal D. Fernando, Infante de Castela, Prior do Crato. Consta pelo menos de três Deputados e do Procurador do Património do Priorado. Do Deputado Ouvidor interpõe-se apelação, não para o Juizo da Real Coroa, como pensou Fr. Lucas, *Malta Portug.*, liv. 2, cap. 2, n. 17, mas para a Cúria Prioral. A *Assemblea* compõe-se dos Cavaleiros de justiça e de certos ministros nomeados pelo Grão-Prior. Por ela são resolvidos os negócios concernentes à Milícia, e julgados as apelações e agravos interpostos pelo Provisor; dela se apelava, de harmonia com o direito comum e a Bula *Circumspecta* de Pio IV, de 1 de Julho de 1560, para o Concílio ordinário da Ordem, e deste para o Concílio completo, e finalmente para o *Capítulo Geral*, De Luca, tomo III, liv. III, P. I, *De jurisdictione*, decisio 69, n. 6, e tomo IV, liv. XIV, P. I, *De regularibus*, decisio 61, n. 2. Também se concedia apelação para o Sumo Pontífice ou seu Nuncio (o mesmo De Luca, lugares citados); todavia, em Portugal não se admite este recurso (conforme mais de uma vez foi julgado no Juizo da Coroa), consistindo isto um especial privilégio da Ordem. Semelhavelmente, não se admite recurso para os referidos Concilios de Malta, terminando todas as causas forenses do cível (das criminaes falaremos immediatamente) no Convento ou *Assemblea* da Ordem, sem necessidade de terceira instância, visto que as duas pronunciações e sentenças consentâneas se consideram coisa julgada, e devem ser dadas à execução, Bula *Inter illustria* de Bento XIV de 12 de Março de 1753, § 19 da Resolução del-Rei D. Pedro, Prior do Crato, de 25 de Nov. de 1776. No entanto, a requerimento da parte costuma ser concedida pelo Grão-Prior uma espécie de Revisão, quase pelo mesmo modo que é concedida nas Milícias do Reino a terceira instância, pelo Alvará del-Rei D. Sebastião do ano de 1562, e a Bula de Pio IV de 6 de Fev.

de 1563 chamada *das três instâncias*. Também se devem distinguir o Convento da Ordem, isto é, a *Assemblea* e a Cúria Prioral, do Capítulo Provincial, que deve reunir-se todos os anos, Estat. V, tit. VI.

ALGUNS PRIVILEGIOS DA ORDEM DE MALTA, E COMO DEVEM SER ENTENDIDOS

§ LIII — Entre os privilégios concedidos à Ordem só valem os que estão em uso e confirmados, como dizem, em *forma específica*, Alvará de 25 de Julho de 1777, tais como a imunidade da décima civil, e da Milícia tanto a de recrutamento e soldo, como a auxiliar, Alvará de 12 de Maio de 1778, e quiçá outros.

A recopilação dos privilégios acha-se no livro intitulado *Privilégios concedidos, e confirmados por ElRei D. João o V, Nosso Senhor a Ordem, e Milícia de S. João do Hospital, por Joaquim José, em Lisboa 1764*, e noutro *Illustracion Canónica, y Historial de Los Privilegios de la Orden de S. Juan, por D. Vicente Calvo, en Madrid 1778*, e em Fr. Lucas de Santa Catarina, *Malta Portug.*, liv. 1, cap. 13. Esses privilégios reduzem-se ao seguinte: os Cavaleiros, Militares, Colonos, Vassallos, etc... de qualquer modo pertencentes à Milícia, estão isentos, por Bulas dos Sumos Pontífices, que seria longo enumerar, e pelos Estatutos da Ordem de Malta, não só de tributos e colectas de qualquer género, mas também da jurisdição ordinária tanto secular como eclesiástica, e sómente sujeitos no espirital e no temporal ao Grão-Mestre, Priores, e restantes Prelados e Juizes da Ordem. Porém, hoje todos sabem o que se deve julgar de tantas e tão elevadas isenções, imunidades, e amplísimos privilégios concedidos pelos Sumos Pontífices, os quais só podem ser recebidos do Poder Civil. Privilégios quase semelhantes deram de direito à Ordem D. Afonso Henriques, D. Sancho I, D. Dinis, D. João I e II, D. Afonso V, e são referidos por D. João V no Alvará de 3 de Dez. de 1728, onde os confirmou *em forma comum*. Foram do mesmo modo confirmados por D. José I, Príncipe de feliz memória, no Decreto de 18 de Jan. de 1752, e pela Rainha Fidelíssima no Alvará de 25 de Julho de 1777. Por isso, hoje só valem os privilégios,

que estão em uso e se acham confirmados por leis posteriores *em forma específica*, e os que, enfim, não contrariam as mesmas leis, os costumes de longa duração, e o bem público. Tais são a imunidade da milícia regular e da milícia auxiliar, a imunidade da décima civil, imunidade esta que apenas se deve entender dos bens da Ordem de Malta, censos e pensões que por qualquer título lhe devem ser pagas, não compreendendo, por isso, os bens patrimoniais, nem os lucros adquiridos dos bens da Milícia, Alvará de 12 de Maio de 1778, com o qual se deve conjugar o Alvará de D. José I de 20 de Setembro de 1768 sobre os privilégios da Igreja de Guimarães. Também se pode aditar aqui o privilégio pelo qual as suas casas não podem ser designadas por autoridade pública para hospedagem alheia, que se diz *aposentadoria passiva*, Alvará de 20 de Março de 1745. Deste modo se devem interpretar, senão me engano, os privilégios concedidos à Ordem de Malta e seus criados e colonos, que chamamos *lavradores, caseiros, mancebos, e servidores*. A significação jurídica destas palavras vem na Ord. liv. 2, tit. 25, Man. 14, Afons. 23, deduzida da interpretação autêntica del-Rei D. Duarte dada em 18 de Setembro de 1434, *apud* mesma Ordenação. Eis por que, em meu entender, não são escusos dos empregos de juizes, vereadores, procuradores e almocacés dos Concelhos, Ord. liv. 1, tit. 67, § 10, liv. 2, tit. 58, no princípio, e tit. 59, § 1; da tutela legítima, ditas Ordenações; das vigílias e rondas ordenadas pela Polícia por razões de segurança pública. Ord. liv. 2, tit. 58, § 1, e tit. 1, § 12; das coimas agrárias, e das colectas para abrir regueiras que extraíam as águas dos campos, nas ditas Ord. liv. 2, tit. 59, no princ., Alvarás de 18 de Set. de 1610, e 27 de igual mês de 1713, ou para reparação de caminhos, fontes, pontes e muros públicos, Ord. liv. 1, tit. 66, § 43, e liv. 2, tit. 58, § últ.; do tributo da jugada, sem diploma especial que chamam *Sobre-Alvará*, Ord. liv. 2, tit. 33, § 29, Decreto de 24 de Jan. de 1742; Carta de Lei de 23 de Maio de 1776; e, finalmente, do ónus de sustentar ou ter *égua de lista*, Decreto de 18 de Junho de 1681, Colecção II, n. 3, à Ord. liv. 2, tit. 59.

DO SEU PRIVILÉGIO DE FORO

§ LIV — Cumpre, no entanto, notar que não gozam do privilégio de foro os leigos por qualquer título ligados à Milí-

cia, tais como os criados, vulgo *Donatos*, os vassalos, os colonos, e os enfiteutas; mas gozam os Cavaleiros da justiça e os Capelães em todas as causas, e os seus familiares apenas nas causas criminais, Ord. liv. 2, tit. 2, a Extravagante que chamam *da reformação da justiça* de 6 de Dez. de 1612, § 6. Coleção, I, N. 1, à Ord. liv. 5, tit. 129, e outra de Filipe II de 18 de Set. de 1602, que Vanguerve recorda nos Comentários à mesma, § 6, n. 54; lei de 9 de Julho de 1612, Coleção I, N. 1, à Ord. liv. 2, tit. 25, nas palavras: *Nenhum caseiro, nem outra pessoa secular tem privilegio de foro ecclesiastico da dita Religião no civil, nem crime, salvo os criados actuaes dos Commendadores, constando perante minhas justiças, que domesticamente os servem, e em quanto actualmente os servirem, e isto nos crimes sómente, que estando em seu serviço forão commetidos, e não no civil.*

Os que professam a Milícia de Malta respondem em todas as causas perante o juiz Conservador da Ordem, do qual se apela para o Convento jurídico da Ordem no Reino, ou seja para a chamada *Assemblea*, onde terminam as causas cíveis; mas as criminaes, pelas quais se deva infligir a pena de privação de insignias, comenda e antiguidade da Ordem, ou a de cárcere perpétuo, são remetidas para o Grão-Mestre e para o Concílio de Malta do Reino, Estatut. X, tit. II, e LIX, tit. 18. Mas eu, para dizer a verdade, julgo que o Estatuto, que comete a decisão em última instância de uma causa civil ou criminal de Cavaleiro português aos juizes doutro Reino, contraria o direito público dos cidadãos e as nossas leis; a este assunto respeitam a Ord. liv. 2, tit. 13, § 1, nas palavras *Juizes apostolicos fora de nossos regnos, e senhorios*, o Alvará del-Rei D. Manuel de 3 de Nov. de 1512, *apud* Leão, p. 4, tit. 12, lei 1; também são verdadeiramente dignas de leitura nesta matéria as momentosas razões com que Monsieur Harley, Advogado Geral no Supremo Tribunal de Paris, provou que o Comendador Gorillon acusado de homicídio não devia ser remetido com o processo para o Grão-Mestre, *Mémoires du Clergé de France*, tomo IV, págs. 1522 e segs.. Portanto, nas causas cíveis os Cavaleiros de Malta também gozam do privilegio de foro, distinguindo-se nisto dos Cavaleiros do Reino, que apenas dele gozam nas

causas crimes; no entanto, devem os Cavaleiros de Malta responder no foro secular em todas as causas pelas quais os Ecclesiásticos af respondem, pois foi a exemplo destes que tal privilegio lhes foi concedido. Quanto aos seus familiares, sómente gozam desse privilegio nas causas crimes, e pelos delitos que cometerem enquanto estiverem ao seu serviço; mas não é assim, em face do dito Alvará de 9 de Julho de 1642, com os criados, colonos, e vassalos da Ordem, de qualquer maneira que vivam dos bens da Ordem ou morem continuamente em suas quintas, o que é realmente consentâneo com o nosso Direito Público, que denega o privilegio de foro aos criados, colonos e vassalos dos Nobres, Igrejas e Mosteiros. Este privilegio e todos aqueles, enfim, que são concedidos aos leigos pertencentes a esta Milícia, apenas se observam no foro, depois de pedidas e obtidas as chamadas *cartas de privilegios* no Supremo Desembargo do Paço, as quais devem ser passadas, depois de ouvido o Procurador da Coroa e o da Ordem, e de conhecidos e julgados primeiro os requisitos necessários no Juízo da Coroa, de harmonia com o citado Alvará de 9 de Julho de 1642. Eis por que, segundo o direito, não podem ser passadas nem pelos Juizes Conservadores da Ordem, nem pela Relação do Porto, nem pela Cúria do Crato, nem pela *Assemblea*. E, mesmo que não existisse aquele Alvará, está assim geralmente estabelecido na Ord. liv. 2, tit. 45, § 37. O Juiz especialmente deputado para conhecer destas causas chama-se *Conservador*, cargo que pode realmente ser separado do do Provisor, mas anda mais ou menos ligado a ele. Porém, a sua jurisdição é secular e dependente do poder Civil, em cujo nome é exercida, e não por virtude da Bula *Inter illustria* de Bento XIV, de 12 de Março de 1753, para omitir outras mais antigas. Deve, por isso, ser considerado como ou quase verdadeiro Ouvidor nomeado pelo Grão-Prior enquanto donatário da Real Coroa. E, como é um magistrado secular, não se pode apelar dele para o Juízo da Coroa; e assim foi julgado neste mesmo Tribunal a 21 de Abril de 1788 no recurso interposto pelo Comendador Vilhena na causa que trazia com os Monges de S. Domingos de Aveiro. Por último, é de advertir que os leigos, por assim dizer, adscritos à centúria que chamam *Companhia da Corte*, instituída por D. Pedro II, e por ele anexa à Dignidade Prioral, gozau hoje por Decreto de 19 de Abril de 1780 do privilegio de foro, o que, sendo demasiado exorbitante, parece, quanto a mim, dever entender-se apenas nas causas crimes; outros, porém, pensam doutra maneira, ao que não me oponho, visto cada um abundar em razões para defender a sua opinião (ver *Dis-*

seriação Histórico-Jurídica sobre os Direitos e Jurisdição do Grão-Prior do Crato. e do seu Provisor, ordenada pelo A. e publicada por seu sobrinho em Lisboa, 1809, 4.^o).

DA RAINHA DONATÁRIA

§ LV — Também a Rainha deve usar dos bens da Coroa já há muito destinados a manter a sua sustentação e dignidade, segundo as normas prescritas nas Ordenações régias, pelas quais lhe foi concedido, além do mais, nomear um Ouvidor Geral para administrar a justiça nas terras a ela doadas, o qual em quase nada difere do Corregedor da Corte em jurisdição e autoridade.

Do Regimento especial das terras da Rainha dado ao Ouvidor Geral, que vem na Ord. Afons. liv. 1, tit. 8, consta que este conhece dos agravos e apelações, exerce o direito de correição, e enfim faz por direito tudo aquilo, e pelo mesmo modo, que pertence ao officio do Corregedor do civil ou do crime da Corte. Na mesma Ord. liv. 2, tit. 40, está definida a jurisdição do mesmo Ouvidor e da Rainha, a qual é na verdade amplíssima; não goza, porém, dos chamados direitos reais, que nem podem nem costumam ser doados sem ofensa da Dignidade Régia, alguns dos quais lembramos no § XL deste título. Não pode, por isso, a Rainha conceder privilégios, dispensas das leis gerais, mercês, e restantes coisas que especialmente pertencem ao Desembargo do Paço, Ord. liv. 2, tit. 45, § 37, deduzida da lei de D. Duarte de 2 de Maio de 1434, Ord. Afons. liv. 1, tit. 8, § 5, nas palavras: *Dará cartas de segurança, e passará quaesquer desembargos assi civiys, como crimes, que a elle vierem das ditas terras, que sejam de justiça, em que nom haja especial graça, ou mercee; ca os que forem de especial graça, ou mercee, devem passar pelos Desembargadores do Paço, a que dello pertence o conhecimento.* Porém, pelo § 3 (1) do Regimento dado em 11 de Outubro de 1656 ao Conselho da Rainha pela Augusta Rainha D. Luísa vê-se concedida a mesma jurisdição que compete ao Desembargo do Paço e ao Conselho da Fazenda, nas seguintes palavras: *E no dito despacho guardarão o*

estilo, e forma, que guardão os Ministros de Sua Magestade nos Tribunaes do Desembargo do Paço, e Conselho da Fazenda, usando da mesma jurisdição, que elles tem por seus Regimentos. Este Regimento dado pela Rainha donatária não pode ter vigor de lei, mormente nas coisas respeitantes à jurisdição, as quais nunca foram doadas, e difficilmente, ou mesmo nem difficilmente o podem ser; no entanto, foi confirmado pela Rainha Fidelíssima por Alvará de 11 de Março de 1786, onde se lê: *Hei por bem... como Soberana, e Suprema Imperante approvar, e confirmar o dito Regimento... e conceder aos Ministros, que nelle me servirem, a jurisdição de conhecerem como Desembargadores do Paço, e Conselheiros da Fazenda, de todos os negócios, que dentro das terras doadas ao meu Estado pertencerem aos dous referidos Tribunaes.* Mas, além de este Alvará não ter sido publicado na Chancelaria do Reino, parece dever ser entendido da jurisdição económica e modo de a exercitar, como significando que se deve observar no Conselho da Rainha, na apresentação e despacho das consultas e restantes negócios, o mesmo estilo e modo que no Desembargo do Paço, e que a sua Fazenda deve ser governada como a Fazenda Real; de modo nenhum, porém, dos privilégios e direitos concedidos aos Desembargadores do Paço, os quais, sendo muito especiais e difficilmente separáveis del-Rei, não se presumem dados sem sua especial enumeração, nem de novo dados ou confirmados no mencionado Alvará de confirmação de 11 de Março de 1786, sem que no mesmo se apresentem e insiram as cartas das doações antigas. Todavia, estas palavras parecem ter sido escritas em vão, pois no Conselho da Rainha despacham-se hoje todos os negócios que se costumam despachar no Desembargo do Paço e se contêm em seu Regimento. Os Ouvidores da Fazenda da Rainha têm a jurisdição que declaram os Alvarás de 11 de Março de 1548, 27 de Nov. de 1560, e outros que vêm em Pegas, tomo XII, ad Ord. liv. 2, tit. 45, glos. 2, pág. 121. Actualmente, o Ouvidor Geral das terras da Rainha acha-se extinto pelo § 26 da lei de 19 de Julho de 1790; e pelo § 26 é aprovada a intelligência que mais acima demos ao Alvará de 11 de Março de 1786 e ao Regimento de 11 de Out. de 1656.

DO PRÍNCIPE E INFANTES DONATÁRIOS

§ LVI — O Príncipe e os Infantes, que têm bens e jurisdição recebidos del-Rei, devem-nos usar pelo modo das doa-

(1) Aliás, no fim do § 2 (*Nota do Tradutor*).

ções; todavia, costumam com razão ser-lhes concedidos privilégios maiores que aos restantes donatários, e quase os mesmos que à Rainha.

Os filhos e filhas dos Reis chamavam-se outrora indistintamente Príncipes e Infantes, mas el-Rei D. Duarte deu o título de Príncipe somente ao filho mais velho, herdeiro do Reino, sendo D. Afonso V o primeiro a ser assim chamado, Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. V, liv. XVI, cap. X, Alvaro Ferreira de Vera, no opúsculo intitulado *Origem da Nobreza Política*, cap. VI, pág. 28. Actualmente, por Carta Patente de D. João IV de 27 de Out. de 1645, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas* ao liv. VII da *História Genealógica*, n. 29, o primogénito do Rei toma o título especial de *Príncipe do Brasil e Duque de Bragança*. O neto ou neta primogénita del-Rei, havido do Príncipe, intitula-se desde 1734 *Príncipe da Beira*, para se distinguir do Pai e dos Infantes; foi D. Maria Francisca, nossa Clementíssima Rainha, quem primeiro usou este título concedido por D. João V, Sousa, *História Genealógica*, tomo VIII, liv. VII, pág. 354. Castro, *Mappa de Portugal*, tomo I, P. I, cap. 5, pág. 60. O título de *Infante* compete apenas aos filhos ou filhas segundos legítimos do Rei, e não aos filhos naturais, Sousa, *História Genealógica*, tomo I, liv. I, pág. 178. Os filhos dos Infantes só por privilégio especial usam este nome, o que foi concedido por Carlos III a Pedro Carlos, filho de D. Gabriel, Infante de Castela. Até D. João IV, como logo diremos, não era atribuído património especial para sustento do Príncipe e dos Infantes, pois sustentavam-se dos bens públicos ou da Coroa do Reino, os quais mais de uma vez lhes foram dados pelos nossos Reis; não me cabe, porém, a mim referir estas amplíssimas doações. Pelo que respeita ao nosso tema, são dignos de especial memória os Infantes D. João e D. Maria, filhos de D. Pedro I, a cujos Ouvidores seu irmão D. Fernando concedeu na celeberrima lei aqui muitas vezes lembrada, dada em 1375 nas Cortes de Atouguia (Código Afonsino, liv. 2, tit. 63, § 4), a faculdade de conhecerem, por via apenas de apelação, e não de agravo, das causas tanto cíveis como criminaes dos súbditos. D. Afonso V deu a D. Pedro, D. Henrique, D. João e D. Fernando, filhos de D. João I, e a seus Ouvidores, a jurisdição civil e criminal, bem como o direito de correição nas terras doadas, por Ordenação especial transcrita no liv. 2, tit. 40, do seu Código. Pela mesma Ordenação também lhes foram concedidos Desembarga-

dores especiais, que eram obrigados a seguir sempre a Corte del-Rei e decidiam as causas cíveis em última instância, não sendo lícito apelar deles para o Senado Real; no entanto, este direito e o de correição apenas lhes foram concedidos por vida, por graça especial e não por privilégio, como tem a dita Ord. § 5 nas palavras *Nom o tem por privilegio, so nom por graça, que nos praz de lhe fazermos em quanto nossa mercee for*; quase estas mesmas palavras se conservam na Ord. que usamos, liv. 2, tit. 45, § 37, no fim. D. João IV por Carta Patente dada em Lisboa a 1 de Nov. de 1656, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas* ao liv. VII da *História Genealógica*, N. 36, pág. 818, concedeu a D. Catarina, então Infanta, e depois Rainha da Grã-Bretanha, a ilha da Madeira, a cidade de Lamego, e nestas a mesma jurisdição que a Casa de Bragança exerce em suas terras. Tudo isto se disse, para podermos ver que os Infantes e o Príncipe, donatários da Coroa do Reino, estão sujeitos às mesmas leis que os restantes donatários, o que apenas podem usar da jurisdição que lhes for especialmente concedida.

DE DO DUQUE DE BRAGANÇA

§ LVII — Os Duques de Bragança praticamente nada distavam dos Infantes. Com efeito, em primeiro lugar, para referir sumariamente apenas aquelas coisas que têm lugar no foro, os bens da Coroa a eles doados não estavam sujeitos à Lei Mental, como genericamente o declarou El-Rei D. Duarte em carta datada de 13 de Set. de 1434, Sousa, *História Genealógica*, tomo VI, liv. VI, pág. 695, e tomo III das *Provas* ao mesmo livro, N. 14, pág. 486. Por isso, o neto ou neta do primogénito vivo, morto o avô, sucedia nesses bens sem dispensa alguma, Alvará de 4 de Out. de 1559, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas*, N. 161, pág. 182, e não ficavam obrigados às Ordenações especiais que restringiam a jurisdição dos donatários, Alvará de 28 de Julho de 1521, *ibidem*, N. 115, pág. 67. As cartas dos Tribunais do Reino, e até as do próprio Rei, contrárias à jurisdição e doações do Duque, não são dadas à execução sem

sua consulta, Alvará de 15 de Julho de 1454, *apud* Sousa, tomo III das *Provas* ao liv. VI, N. 28, pág. 502. Por outro Alvará do mesmo ano, *ibidem*, N. 29, as causas forenses, de que os Ouvidores do Duque tomam conhecimento, nem mesmo sob pretexto de suspeição são devolvidas aos magistrados régios. Os Ouvidores do Duque conhecem das apelações e agravos, concedem cartas de seguro, e serventias de officios, e, enfim, gozam da mesma jurisdição que os Corregedores régios, podendo exercê-la durante três anos e enquanto não recebem sucessor, Alvará de 29 de Julho de 1521, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas*, N. 116, pág. 68, Alvarás de 23 de Julho de 1656, e 17 de Março de 1660, Colecção I, à Ord. liv. 2, tit. 45, § 41, Nn. 1, 4 e 5. E baste isto ao nosso intento.

Os privilégios da Casa de Bragança, exhibe-os, digamos, sumariamente, Sousa, na *História Genealógica*, tomo VI, pág. 695, e *passim* por todos os livs. VI e VII. D. João IV, por Carta Patente de 27 de Outubro de 1645, *apud* Sousa, tomo IV das *Provas* ao liv. VII, N. 29, pág. 792, deu para sempre este Grão-Ducado, separado da Coroa do Reino, à administração do Príncipe D. Teodósio e futuros primogénitos dos Reis de Portugal, para cujo sustento e dignidade não havia anteriormente nenhum património destinado dos bens públicos; contudo, até este dia nunca os Príncipes do Brasil o administraram, mas sim os Reis em seu nome. Para decidir as causas dos súbditos do Ducado, havia antigamente e há hoje colocados, além dos juizes ordinários e de fora, quatro Ouvidores Provinciais nas terras chamadas *Villaviçosa, Ourem, Barcellos, e Bragança*, dos quais era permitido outrora apelar para os Desembargadores do Duque; porém hoje e desde há muito acabaram esses Ouvidores juntamente com o Ouvidor da Fazenda, depois que para este fim foi criada uma Junta especial, à qual D. Pedro II deu um Regimento em 19 de Julho de 1687, tomo IV da Colecção de Regimentos de José Roberto Monteiro, págs. 416 e segs.. A esse Regimento deve juntar-se o Alvará de D. José I de 2 de Janeiro de 1765. Porém, o que se disse dos Ouvidores deve hoje entender-se de conformidade com a mente e sentido da Novíssima Constituição de 19 de Julho de 1790, §§ 18, 19 e 20.

§ LVIII — A Real Casa do Infante usa desde o início, pela Carta Patente de D. João IV de 11 de Agosto de 1654, *apud* Sousa, tomo V das *Provas* ao liv. VII da *História Genealógica*, N. 53, dos mesmos privilégios, direitos e jurisdição que a Casa de Bragança. A Junta do Infante usa também do mesmo Regimento da Casa de Bragança, Decreto de D. João V de 28 de Novembro de 1749. Os seus Ouvidores, tal como os da Casa de Bragança, podem exercer o direito de correição, prover as serventias dos officios, Alvarás de 23 de Julho de 1656, e 14 de Novembro de 1658, Sousa, *ibidem*, Nn. 61 e 64, e conceder cartas de seguro, Alvará de 12 de Fevereiro de 1658, *ibidem*, N. 63 (mesmo em delitos capitais, o que foi proibido no Decreto de 24 de Maio de 1688). E baste isto.

D. João IV pela citada Carta Patente de 11 de Agosto de 1654 deu para sempre ao Infante D. Pedro e seus lídimos descendentes a cidade de Beja com o título de Ducado, concedendo-lhe a mesma jurisdição nesta cidade que D. Manuel, Duque de Beja e Viseu, tinha por doação de D. João II de 25 de Maio de 1489. Na mesma Carta deu também ao Infante os bens patrimoniais e da Coroa confiscados ao Marquês de Vila Real. E foram estes os começos desta Casa Real instituída por D. João IV com grandes razões em memória de D. Manuel, primeiramente Duque de Beja, e por fim felicíssimo Rei de Portugal, e por ele e seus reais sucessores aumentada com muitos acrescentamentos, sendo D. Afonso VI o primeiro a confirmar *em forma específica* a sua instituição por Carta Patente de 15 de Set. de 1663, *apud* Sousa, tomo V das *Provas* ao livro VII, N. 67. D. Pedro II não só a confirmou, aumentou, e ampliou extraordinariamente, mas quase de novo a fundou em seu testamento de 19 de Setembro de 1704, *apud* Sousa, *ibidem*, N. 78, onde estabeleceu forma certa e fixa de nela succeder, com declaração de linhas e graus. Este testamento com tudo o que nele se dispõe deve ser havido como lei, pois mais de uma vez D. Pedro II lhe atribuiu esse vigor; por este motivo deve ele ser considerado, na ordenação desse testamento, não como um testador particular, que testa pelo direito comum, mas como legislador público. Sendo assim, não quadram bem a este testamento e debalde se lançam

ao seu valor as objecções que os doutos e semidoutos costumam lançar para infirmar os testamentos dos Reis. Esta Grande Casa como que foi de novo fundada e confirmada por Carta Patente da Rainha Fidelíssima dada em Lisboa a 24 de Novembro de 1789.

O QUE SÃO HONRAS E COUTOS

§ LIX — Entre os bens da Coroa do Reino contam-se perfeitamente aquelas várias cercas e possessões que em português chamamos *honras* e *coutos*. Na palavra *honra* entendem-se certos tratos de terra e possessões junto da quinta ou palácio de Nobre, a cujos moradores foram concedidos certos privilégios, Ord. liv. 2, tit. 48. Quase o mesmo significado tem a palavra *couto*, pelo qual geralmente entendemos o lugar onde nem todos são admitidos. Neste sentido chama-se *couto*, *coutada* àquele trato onde só é permitido caçar com licença de alguém. Ord. liv. 5, tit. 91, Man. III, Afons. 46. Neste mesmo sentido chama-se *couto* ao asilo, Ord. liv. 5, tit. 123. Também neste mesmo sentido chama-se *couto* àquele lugar que está imediatamente sob o domínio de um particular e não do Rei, e no qual se tem uma espécie de província jurídica, sendo esta a acepção na Ord. liv. 2, tit. 48, e liv. 5, tit. 104. No entanto, o vocábulo *honras* refere-se quase sempre aos leigos, e *couto* aos eclesiásticos, isto é, aos Bispos e Monges, os quais gozam todos apenas da jurisdição que têm de doações antigas e confirmadas, e estão inteiramente sujeitos à Lei Mental. Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 40, § 26.

OS DIREITOS DAS HONRAS

§ LX — Acerca das *honras* baste dizer o seguinte: I) sòmente valem as *honras* antigas, que antecedem o ano de 1315 e foram aprovadas por El-Rei D. Dinis em diversas Inquiri-

ções, Ord. liv. 2, tit. 48, no princípio; II) os privilégios concedidos aos moradores destes lugares *honrados* devem ser guardados nos termos prescritos na autêntica doação de D. Dinis, da qual devem constar, §§ 1, 2 e 8 da mesma Ord.; III) na dúvida as causas cíveis pertencem ao juiz da *honra*, e as criminaes ao juiz do lugar, § 3; IV) nos lugares *honrados*, a que não foi permitido juiz, mas sòmente vigário, este nem sequer das causas cíveis pode conhecer, mas sim apenas das coimas e desvio das águas e rios, §§ 4 e 6; V) no caso de esses lugares terem juiz e vigário, aquele apenas conhece dos feitos cíveis, e este não goza de jurisdição alguma, § 5 da citada Ord.

Já referimos as diversas Inquirições feitas sobre esta matéria, na *História do Direito Civil Português*, Nota ao § LIV, e nas *Instituições do Direito Público*, Nota ao § XV do tit. VI, e neste lugar fizemos menção da Extravagante de D. Pedro II de 10 de Janeiro de 1692, Colecção I, à Ord. liv. 1, tit. 7, N. 2, pela qual foram revogadas as Ordenações sobre as *honras* e asilos dos cidadãos. Apraz-me acrescentar aqui que a Era em que na Ord. Afons. liv. 2, tit. 65, e liv. 3, tit. 50, e em Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. V, no Apêndice, Escriitura XXIII, se escreve terem sido dadas as ditas Inquirições e cartas de D. Dinis, é inteiramente diversa daquela que vem na Ordenação que usamos, liv. 2, tit. 48, Man. 40. Mas deixamos isto ao exame alheio, pois não dispomos de tamanhos ócios, que nos possamos demorar nestas minúcias de nenhuma utilidade no reino forense.

DAS BEHETRIAS

§ LXI — Últimamente não hesitamos em incluir no número dos bens da Coroa do Reino as possessões e feudos que chamavam *Behetrias*. Dava-se este nome àquela terra, cujos moradores tinham a faculdade de escolher para si o Senhor que quisessem. Faz-se menção delas na lei 3, tit. 25, da Partida IV, pelas seguintes palavras: *Behetria tanto quiere dezir, como heredamiento, que es suyo quito de aquel, que vive em el: e*

puede recibir por Señor a quien quisiere, que mejor le haga. E todos los que fueren enseñoreados en la Behetria, pueden y tomar conducho cadaque quieren; mas son tenudos de lo pagar a nueve dias. E qualquier dellos, que hasta nueve dias no lo pagasse, deuelo pechar doblado a aquel, a quien lo tomo... E de todo pecho, que los hijos dalgo llevaren de la Behetria, deve aver ElRey la metad. E Behetria no se puede hazer nuevamente sin otorgamiento d'ElRey. Das mesmas se trata também no liv. VI da *Nueva Recopilación*, tit. III, intitulado *De lo que los hijos dalgo, y otras personas han de aver en las Behetrias*. Nos nossos Códigos, porém, nem sequer uma palavra se acha sobre as *Behetrias*, sendo, todavia, certo que antigamente houve muitas em Portugal, cujos direitos e nomes referem, entre outros, Cabedo, P. II post Arest. 104, pág. 200, e Frei Manuel dos Santos, *Mon. Lus.*, P. VIII, livro XXII, cap. 35, pág. 257.

A este respeito diz Mariana, *De rebus Hispania*, liv. XVI, cap. 17: *Na Castela ulterior havia certas povoações que tinham a liberdade, assente em costume antigo, de mudarem de Senhores conforme as circunstâncias e a sua vontade. Umás escolhiam indistintamente dentre todo o povo o Chefe que julgassem mais adequado aos seus interesses; outras escolhiam-no apenas duma família; por este motivo umás e outras diziam-se vulgarmente Behetrias.* (Os Espanhóis servem-se desta palavra para significarem uma situação extremamente perturbada, o mesmo Mariana, *De Rege et Regis institutione*, cap. 3). Deste direito apenas usava o povo livre e «sui juris»; por isso definiam a *Behetria*: *Hum povo livre, que pode escolher Senhores todas as vezes que lhe convier*; e chamava-se livre aquele que já sob o domínio dos Sarracenos vivia com seus costumes e leis, ou que por valor próprio se havia libertado do cruel poder desse povo. O Senhor chamado para reger a *Behetria* não era um tirano, mas um protector e defensor, destinado a dirigir humana e popularmente o povo a si confiado. Morto este, ficava livre, e podia escolher e nomear outro Senhor; no entanto, encontram-se em Castela e Portugal *Behetrias* hereditárias, como a de Vila Nova perto de Amarante, cujos moradores elegeram para sempre seus Senhores D. Afonso I, Duque de Bragança, e seus Successores,

por carta que vem em Sousa, tomo III das *Provas* ao liv. VI da *História Genealógica*, N. 32, pág. 511, que D. Afonso V, ou melhor o Infante D. Pedro em seu nome, confirmou em Evora no dia 30 de Janeiro de 1444. Ora, estas *Behetrias* eram na verdade imunes do domínio feudal, mas pode duvidar-se se eram a princípio igualmente imunes do grande Feudo do Reino, ou seja do Poder Real, e como ou por que via lhe estavam depois sujeitas. Deixamos este problema indeciso. O certo é que em tempos posteriores, já firmado o Principado, estas eleições dos Senhores não valiam senão com a confirmação del-Rei; e era este o direito que vigorava no nosso País nos reinados de D. Fernando, D. João I, D. Duarte, e D. Afonso V; por isso, desde esta altura as *Behetrias* são bem enumeradas entre os bens da Coroa do Reino, visto que a jurisdição e império que elas possuem, apenas pode partir e derivar do Rei. Em muitos aspectos diferem elas dos lugares *honrados*, porque as *honras* somente são recebidas do Rei, por cujo arbitrio podem ser doadas a quem ele quiser, sem a liberdade de os povos requererem Senhor, o que se não dá nas *Behetrias*, as quais, informa Sousa, *História Genealógica*, tomo V, liv. VI, pág. 76, cessaram inteiramente a partir do tempo del-Rei D. Manuel.

OS OFÍCIOS PALATINOS ENTRAM NO NÚMERO DOS BENS DA COROA DO REINO

§ LXII — Os officios da Casa Real também se enumeram entre os bens da Coroa do Reino, o que se deve entender somente dos officios maiores, e especialmente daqueles que têm jurisdição política anexa à económica, sendo, por isso, governados pelas mesmas leis que os restantes bens.

Não é meu dever inquirir quais foram antigamente, e quais são hoje os officios da Casa Real; vejam-se, no entanto, querendo, Lima, *Geographia Historica*, tomo I, cap. VII, Castro, *Mappa de Portugal*, tomo I, P. II, cap. 9, Pegas, tomo XII ad Ord. liv. 3, tit. 5, no princ., etc... Ora, estes officios, aos quais está anexa uma certa jurisdição e autoridade não meramente económica, mas civil e política, não devem ser menos contados entre os bens da Coroa do que os da Justiça e Fazenda, Carta de Lei de 23 de Novembro de 1770; e costumam ser

dados ou por vidas ou para sempre, tal como os restantes bens. Entre os Officiais Maiores occupa o primeiro lugar o chefe da Casa Real, *Mordomo-mór*, o qual não só superintende a todos na Corte, mas também pode admitir qualquer pessoa ao serviço del-Rei, inscrevê-la no livro dos nobres, e desempenhar todas as funções contidas em seu Regimento, primeiramente dado por D. Dinis, e depois novamente dado por El-Rei D. Sebastião em 3 de Janeiro do ano de 1572. Os inscritos por ele ou pelo Rei no número dos nobres [não] são superiores aos que tomam o nome especial de *Fidalgos do conselho*, título de que gozam os Arcebispos, Bispos, Condes, os Grão-Priores de Palmela e Avis, os Desembargadores do Paço, o Chanceler-mor do Reino, os Inquiridores do Conselho Geral da Fé, etc...; e, por isso, são honrados, pública e particularmente, com o vocábulo de tratamento senhoril, isto é, *Senhoria*, Alvará de 15 de Janeiro de 1759 (*Instituições*, Liv. I, Tit. X, § XVIII). Não distam muito, do *Mordomo-mór* em dignidade, e gozam também de jurisdição civil o *Almotacé-mór*, Ord. liv. 1, tit. 18, o *Aposentador-mór*, Mestre que atribui as aposentadorias, e cuja jurisdição foi definida no respectivo Regimento de 7 de Setembro de 1590, tomo IV da *Colecção dos Regimentos*, de José Roberto Monteiro, pág. 189, e em Pegas, tomo II ad Ord. liv. 1, tit. 7, pág. 454, o Monteiro-mór, Chefe dos caçadores régios, que hoje usa do Regimento dado por Filipe III em 20 de Março de 1605, tomo II da *Colecção de Manescal*, a cujo respeito se acham muitas coisas verdadeiramente dignas de conhecimento em Cabedo, P. II, *Decisão* 90, e em Pegas, tomo III ad Ord. liv. 3, tit. 5, pág. 159, onde também se acha transcrito o Regimento do chamado juiz *das Coutadas*, dado em 18 de Outubro de 1550. E isto é mais que sufficiente para entendermos quais os officios palatinos que devem ser considerados entre os bens da Real Coroa. Quanto aos officios menores, que podem ser tirados à vontade e não carecem de confirmação alguma, não cabem eles no número de bens da Coroa.

DIREITOS PARTICULARES DOS NOBRES

§ LXIII — Isto sobre a jurisdição e direitos públicos dos nobres. Quanto aos direitos particulares, que se seguem, seremos na sua recensão tanto mais breves, quanto menos eles respeitam ao Estado Português. Os nobres, pois, referidos na Ord.

liv. 5, tit. 120, Man. 67, Afons. 94, gozam de homenagem, isto é, do direito de livre custódia, em todos os crimes, excepto os capitais (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. I, § XX), o qual é inteiramente distinto daquela homenagem, ou clientela, que os vassallos costumam prestar ao Senhor, os súbditos ao Imperante, e os Officiais Militares a El-Rei, ou (salvo sempre o direito real) àquele de quem recebem o encargo de defender o castelo, e cuja fórmula vem na Ord. Man. liv. 1, tit. 55, § 4, e em Resende, *Crónica de D. João II*, cap. XXVIII; dela também se faz menção na Ordenação que usamos, liv. 1, tit. 74, § 2. As escrituras particulares dos nobres fazem fé, Ord. liv. 3, tit. 59, § 15. No caso da Ord. liv. 4, tit. 33, § últ., etc... dá-se crédito às suas declarações, sem mais provas. Quanto, porém, à concessão de não serem presos nos cárceres públicos sem licença especial del-Rei, não é ella dada indistintamente a todos os nobres, mas apenas aos principais da nossa sociedade, Ord. liv. 5, tit. 119, § 3. Sobre os direitos e privilégios dos Desembargadores, os quais, para dizer a verdade, são superiores ao que parece exigir a utilidade pública, existe um prolixo título na Ord. liv. 2, tit. 59, Man. 43. Também foram concedidos aos criados, caseiros e colonos dos nobres, muitos privilégios, dos quais fala a Ord. liv. 1, tit. 66, § 43, tit. 67, § 10, e liv. 2, tit. 58, e tit. 53, §§ 1, 3, 4, 5, 6 e 7, a qual foi tirada da lei de D. João I promulgada a pedido do povo, na Ord. Afons. liv. 2, tit. 64; quase todos estes privilégios tiram a sua origem da antiga milícia, acabada a qual, e sub-rogada em seu lugar a milícia de recrutamento e soldo, também parecem cessar os mesmos privilégios ou devem pelo menos restringir-se e acomodar-se ao génio e costumes do século.

QUANDO A ISENÇÃO PREJUDICA O SENHOR DO LUGAR

§ LXIV — Também apraz juntar aqui que o privilégio de isenção concedido ao morador duma terra não prejudica o

senhor dela, Ord. liv. 2, tit. 57, Man. 25, tirada duma lei de D. João I, transcrita na Ordenação Afonsina, liv. 2, tit. 45, a qual se deve entender do privilégio dado após a doação, caso em que resulta prejuízo para o donatário e lhe é tirado o direito adquirido pela doação (Tit. II, § VII, Nota, deste livro). Por isso, a isenção concedida antes da doação prejudica o Senhor, pois este deve receber a coisa no mesmo estado em que foi doada. Igualmente o prejudica ainda a isenção depois da doação, quando o morador do lugar foi ulteriormente admitido em certa ordem, que por leis públicas ou forais goze de imunidade, § 1 da citada Ordenação, que foi extraída duma declaração de D. Afonso V à predita lei de D. João I, Valasco, *Cons.* 12, Cabedo, P. II, *Decisio* 93, § 2, e *Arest.* 57. Eu, porém, julgo que o privilégio da isenção, seja qual for o tempo em que se diga concedido, quer antes, quer depois da doação, tem validade, a não ser que labore em vício de ob-repção ou sub-repção, que anula toda a carta, Ord. liv. 2, tit. 43, Man. 23, Afons. 38, Extravagante de 30 de Outubro de 1751; efectivamente, a expressão *não prejudicará*, que vem na rubrica e no princípio da Ordenação, não significa que o privilégio é de nenhuma importância (pois o supomos concedido por direito), mas que, na realidade, com a sua concessão não se causa prejuízo ao Senhor, visto que os danos podem ser ressarcidos pelo Rei, que concede o privilégio, e por aquele pedidos outros direitos semelhantes e equivalentes. É, porém, tão certo como o que há de mais certo, que, pelo Decreto de 24 de Maio de 1775 enviado para o Conselho da Fazenda, os donatários de qualquer ordem são inteiramente obrigados às leis que, por exigência da causa pública, diminuem os direitos por eles obtidos da Coroa do Reino; no entanto, podem justamente pedir uma compensação, a qual é quase sempre concedida pela liberalidade régia.

§ LXV — Finalmente, antes de deixarmos este assunto, não será despropósito notar, como de passagem, que há algumas coisas especialmente proibidas aos nobres, das quais evidentemente têm de abster-se. Assim, entre outras que indicaremos em seu lugar, não podem ter bens nas terras próprias do Rei, isto é, nos *Reguengos*, Ord. liv. 2, tit. 17, Man. 7, Afons. 13; advogar em juízo a favor de outras pessoas, Ord. liv. 1, tit. 48, § 22, e liv. 3, tit. 28, no princ.; intrometer-se nas eleições dos juizes e outros officiaes do Concelho, Ord. liv. 1, tit. 66, § 30, e tit. 67, § 12; obter cessões das acções, Ord. liv. 3, tit. 39, lei 2 do tit. *Ne liceat potentioribus*, do Código, lei 1 de igual título do Código de Teodósio. De suas causas toma especial cuidado e conhecimento o Corregedor da comarca, que, por isso, as pode avocar de qualquer juiz, Ord. liv. 1, tit. 58, § 22; igualmente, o juiz prossegue officiosamente as suas causas crimes, por exemplo as causas de injúria mesmo de insignificante importância, que o próprio autor haja perdoado, Ord. liv. 1, tit. 65, § 30.

A NOVA CONSTITUIÇÃO DA RAINHA SOBRE OS DONATÁRIOS

§ LXVI — O que até aqui dissemos da jurisdição dos donatários deve entender-se segundo a mente e o sentido da Nova Constituição de 19 de Julho de 1790, que foi publicada depois de escrevermos o que aí fica. Ora, por esta nova lei a Rainha Fidelíssima extinguiu e aboliu todos os privilégios de isenção da Correição, os Ouvidores, e as diferenças entre estes e os Corregedores nomeados pelo Rei; e estabeleceu que nas terras dos donatários de primeira ordem, quais as dos Grão-Mestres das Ordens de Cavalaria, das Rainhas, do Duque de Bragança, e do Infante, não fossem postos Ouvidores, como antes, mas Corregedores nomeados pelos mesmos donatários (§ XLI deste

título), os quais substituindo os Ouvidores devem usar a mesma jurisdição que os Corregedores del-Rei e o mesmo Regimento contido na Ord. liv. 1, tit. 58, e nas Extravagantes. Por isso, com a extinção dos Ouvidores, que conheciam das apelações, extinguiu-se também a *segunda instância*, devendo o recurso ser interposto directamente, do *juiz de fora*, ou do *juiz ordinário* para o competente Tribunal Régio. Foram também extintos todos aqueles privilégios que, comportando desvantagens para estes cidadãos, tornavam a administração da justiça ou muito difficil ou muito desigual, passando a usar, neste particular, todos os cidadãos em geral do mesmo direito igual e comum. Semelhantemente foram extintos os Ouvidores nas terras dos donatários de segunda ordem, quais são para este efeito considerados sem prerrogativa alguma os Duques, Marquesses, Condes, Viscondes, Barões, e Senhores de terras, sendo-lhes vedado nomear não só Ouvidores, mas também Corregedores (o que é concedido aos donatários de primeira ordem). No entanto, foi-lhes concedido, nas grandes terras, para cuja jurisdição se fazem algumas concessões insignificantes, aconselhar ao Rei o *juiz de fora*, e nas terras mais pequenas nomear o *juiz ordinário*, e aprovar as eleições dos outros officiaes, ou, como costumamos dizer, *apurar as paulas*: dircitos estes que são ambos singulares, e eram denegados aos donatários pelas antigas e novas Ordenações, Ord. liv. 2, tit. 45, §§ 2 e 13, e liv. 1, tit. 67, e tit. 66, § 3. Ao Arcebispo de Braga, cuja Cúria temporal foi extinta, é concedido eleger juizes de fora do civil e do crime, e um Corregedor para administrar a justiça em Braga, e levar a sua confirmação ao Rei. Extinguem-se também as *honras* e *coutos* limitados, concedidos aos Cabidos episcopais e Mosteiros, se neles não se puderem sustentar convenientemente *juizes de fora* ou *juizes ordinários*, e toda a jurisdição civil que nestes lugares os Prelados da Igreja exerciam por si ou por outros, como os Assessores. É este o sumário desta Constituição.

TÍTULO IV

DO PODER DOS PAIS SOBRE OS FILHOS

OUTRA DIVISÃO DAS PESSOAS

§ I — Não só entre os cidadãos romanos, como diz Ulpiano na lei 4 do tit. *De his, qui sui, vel alieni juris sunt*, mas também entre os Portugueses *uns são pais de família, e outros filhos-família, umas mães de família, e outras filhas de família*. Esta é a quarta divisão das pessoas.

QUAIS OS QUE SE DIZEM PAIS DE FAMÍLIA E FILHOS-FAMÍLIA

§ II — O nome de filho, filha, pai, e mãe é um nome natural, e o de pai de família ou filho-família é um nome civil. Dizem-se pais e mães de família aqueles que, púberes ou impúberes, são de direito e poder independentes, e filhos ou filhas-família aqueles ou aquelas que estão sob o poder alheio e pertencem a uma família alheia, isto é, à família do pai.

O QUE É A FAMÍLIA

§ III — Por família entendemos propriamente *várias pessoas que estão sob o poder dum só, e sujeitas pela natureza, ou pelo direito*, como o pai de família, o filho-família, e assim por

diante; e imprópria e geralmente todos os que *sairam da mesma casa e geração*, como os agnados ou cognados, Ulpiano, lei 195, § 2, do tit. *De verborum significatione*.

OS DIREITOS DA FAMÍLIA

§ IV — Do estado da família adquirem certos direitos aqueles que a ela pertencem e são seus membros e como que sócios; porém, divergem os direitos dos pais, os dos filhos, os dos cognados, e os dos agnados. O pai de família tem direito sobre a esposa e os filhos.

O PATRIO PODER E O SEU FUNDAMENTO

§ V — O poder do pai sobre os filhos é seguramente maior do que o seu poder sobre a esposa, do qual falaremos no Tit. VII. Por este pátrio poder entendemos o império doméstico, dado e permitido por lei, sobre a pessoa, bens, e ações dos filhos, ou porque estes são partes e porções do corpo dos pais, ou porque pertencem à casa e família do pai, ou, finalmente, porque de modo nenhum podem ser educados sem que as suas ações sejam dirigidas por outrem, devendo, assim, estar sob o cuidado, tutela e poder de alguém, isto é, do pai. Porém, este poder assume, pelo direito natural e pelo direito civil pátrio, a extensão requerida pelos deveres da educação (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. IV, § XI, Nota).

O PATRIO PODER COMPETE SÓ AO PAI DE FAMÍLIA E NÃO A MÃE

§ VI — Ora, o pátrio poder compete a ambos os pais, pelo direito natural, e pelo direito civil visigótico, liv. IV, tit. V, lei 1, ibi: *Todavia, o poder de os açoitarem e castigar (aos filhos) per-*

*tencerá tanto ao avô como à avó, ou tanto ao pai como à mãe, enquanto eles estiverem vivendo na família, resultando daí como consequência aquilo que se acha estabelecido no mesmo liv. IV, tit. II, lei 13: *Morto o pai, fiquem os filhos sob o poder da mãe. Mas se, vivendo o marido, suceder a morte da esposa, os filhos, nascidos deste mesmo conjugio, fiquem sob o poder do pai.** No entanto, acabou-se por abandonar este direito, pois o nosso direito acerca do poder dos pais sobre os filhos foi, com poucas excepções que em seus lugares indicaremos, tirado do direito romano novo; e assim o pátrio poder já não compete a ambos os pais, mas ao pai sômente (§ XV deste título).

Gudelin, *De jure novissimo*, liv. I, cap. 13, § 5, Bugnyon, *De legibus abrogatis*, liv. I, Salyria, VI, e poucos mais, asseveram que hoje não subsistem mais os efeitos do pátrio poder; mas, como várias leis pátrias admitem os efeitos desse poder e o atribuem apenas ao pai, a sua opinião não pode ter lugar entre nós. E, realmente, da cessação de um que outro efeito do pátrio poder, não se pode deduzir a sua ab-rogação total.

DO PODER DE VIDA E MORTE SOBRE OS FILHOS, E DO DIREITO DE OS VENDER

§ VII — Estão, pois, os filhos sujeitos sômente ao império e poder do pai, mas não ao seu domínio, como sucedia no direito romano. Por isso, nunca entre nós foi recebido o direito de vida e morte sobre os filhos, mas apenas foi permitido o castigo moderado pelas leis dos visigodos, liv. IV, tit. V, lei 1, e pelas nossas Ordenações, liv. 5, tit. 36, § 1, e tit. 95, § 4, (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. IV, § XI); também não foi recebido entre nós o direito de vender os filhos, mesmo em caso de necessidade, mas pelo contrário até proibido pelas mesmas leis, liv. V, tit. IV, lei 12, que diz assim: *Não seja permitido aos pais vender, doar, ou dar os seus filhos em penhor. Aquele que os receber, não poderá defender o seu direito decorrente*

desses actos, mas antes perderá o preço dado ou o lucro obtido da separação aquele que comprar o filho aos pais. Os Ostrogodos, pelo contrário, admitiam a venda dos filhos por motivo de alimentos, Edicto de Teodorico, cap. 94, o que também lhes foi interdito pelas citadas Ordenações e leis concordantes (*Instituições*, liv. I, Tit. III, § V).

USO E FUNDAMENTO DA ACÇÃO DE REIVINDICAÇÃO E EXIBIÇÃO DOS FILHOS

§ VIII — Pode, no entanto, ser recebida e quiçá ter uso algumas vezes a acção de *reivindicação*, que, uma vez retido o filho por outrem, compete ao pai pelo direito romano, lei 1, § 2, do tit. *De rei vindicatione*, tit. *ad exhibendum*, lei 1 do tit. *De liberis exhibendis*, tit. *Furti*, lei 14, § 13, e lei 28, do tit. *De furtis*, ainda que se não apoie na mesma razão e fundamento, isto é, no domínio quiritário, que é uma pura ficção, mas no direito de sangue e família, o qual nunca pode desligar-se do officio paterno e é lícito prosseguir em juízo com acções prejudiciais, quer cíveis, quer criminaes, Ord. liv. 4, tit. 28, no fim, Institutas, tit. *De publicis judiciis*, § 10.

DEFESA DOS FILHOS

§ IX — Citam-se vários efeitos deste poder e império doméstico que o pai exerce sobre os filhos. Com efeito, em primeiro lugar, admitindo as nossas leis, nalguns casos, não só procuradores, mas também defensores, Ord. liv. 3, tit. 7, §§ 2 e 3, o pai é legítimo defensor do filho, e pode sem mandato dele defender e advogar-lhe em juízo uma causa cível ou criminal, mesmo capital, quer porque a defesa do filho pertence inteiramente ao officio do pai, quer porque prossegue um direito seu em juízo, enquanto defende a causa do filho.

§ X — A criação dos filhos é o máximo dever do pai. Portanto, devem os filhos ser criados e sustentados, na constância do legítimo matrimónio, dos bens comuns, e, apartado este, dos bens paternos apenas, Ord. liv. 4, tit. 99, no princ., Man. 68, Afons. 92. A mãe só subsidiariamente é obrigada, na mesma Ord. § 2, e liv. 1, tit. 88, § 11; é, porém, forçada a criar a expensas próprias os filhos que não passem dos três anos de idade, e a amamentá-los, se for desta condição e não lhe faltar o leite, dita Ord. tit. 88, § 10, e liv. 4, tit. 99, no princ., e § 1. Do mesmo modo, devem os filhos naturais ser criados pelo pai ou mãe, e pelos parentes finalmente; mas os filhos dos monges e os de mulheres casadas devem ser alimentados a expensas públicas, segundo as citadas Ordenações liv. 1, tit. 88, § 11, e liv. 4, tit. 99, §§ 1 e 2, Gama, *Decisio* 304, Valasco, *Cons.* 92, Pedro Barbosa, ad legem 1 do tit. *Solutio matrimonii*, P. IV, nn. 64 e segs.; no direito romano era um pouco diferente, Autêntica *Ex complexu*, do tit. *De incestis et inutilibus nuptiis*, do Código. Na expressão *criação e alimentos* cabem os comestíveis, o vestuário, a habitação, e tudo o que se vê necessário à educação do filho, consoante, todavia, a sua condição, qualidade e recursos, dita Ord. liv. 4, tit. 99, no princ., *segundo seu estado e condição*, e liv. 1, tit. 88, § 15, no fim, *ibi: segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda.*

OUTROS DIREITOS DO PAI SOBRE O FILHO

§ XI — Igualmente, apenas ao pai é concedido dar perfeitamente ao filho tutor testamentário, Ord. liv. 4, tit. 102, § 2, fazer-lhe a substituição pupilar, Ord. liv. 4, tit. 87, § 7, e outras coisas pedidas ao direito romano. Também só ao pai, e não à mãe, é concedido utilizar os serviços de filho seu de qualquer

idade sem ajuste de preço, não sendo, por isso, obrigado a pagar-lhe soldada, Ord. liv. 1, tit. 88, § 13. As pessoas que são da condição de servirem por soldada, esta só é devida depois dos sete anos, Ord. supra, liv. 4, tit. 31, § 8, *ibi*: *E os moços, ou moças pequenos, menores de sete annos, não se julgará soldada alguma*; Cabedo, P. I, *Decisio* 162.

LEGÍTIMO ADMINISTRADOR DOS BENS

§ XII — Semelhantemente, só ao pai é permitida a administração dos bens dos filhos, que tem em seu poder, Ord. liv. 1, tit. 88, § 6, *ibi*: *E deixará os bens em poder do pai, porque elle por direito he seu legítimo administrador*. Mas, porque é administrador e não senhor, não os pode vender nem alienar, mas somente utilizar os seus frutos e rendimentos para o bem comum da sociedade e dos filhos, segundo a dita Ord., vers. *Porem*. No entanto, se os filhos forem púberes, pode fazer-se a alienação com o consentimento e em nome deles, Barbosa, P. IV, liv. 1, n. 155, *Digesto, Soluto matrimonio*. Também só o pai pode tratar, defender e advogar em juízo a causa do filho impúbere; mas a do púbere só com o consentimento deste, que deve ser citado juntamente com o pai, Ord. liv. 3, tit. 41, § 8, Gabriel Pereira, *Decisio* 19. O pai, como qualquer outro administrador, é obrigado a prestar contas da sua administração, e dela pode ser removido por dolo ou culpa, Ord. liv. 3, tit. 9, § 4, nestas palavras: *se as o dito pai dissipar, gastar, ou em tal maneira damnificar, que o filho as não poderá depois recobrar ao tempo, que lhe houverem de ser restituídas*. Valasco, *Praxis partitionum*, cap. 18, desde o n. 30.

PECÚLIO DOS FILHOS

§ XIII — Porém, a administração do pai diverge consoante a diversa qualidade e diferença dos bens. Os bens *profecticios* são inteiramente do pai, e, morto este, devcm ser trazidos à colação, Ord. liv. 4, tit. 97, § 17. Os bens *castrenses* e *quase castrenses* são inteiramente dos filhos, § 18. Nos *adventicios* o usufruto pertence ao pai, mas a propriedade é dos filhos, § 19. Exceptuam-se alguns casos em que o usufruto é denegado ao pai: I) se alguma coisa for deixada ao filho com tal condição, que o usufruto não venha ao pai; II) se o pai renunciar ao usufruto; III) se o pai obstou a que o filho houvesse alguma coisa que lhe foi dada ou doada; IV) se não fizer inventário dentro de dois meses contados da morte da mãe; V) se o filho adquirir a coisa por liberalidade do Príncipe; VI) se ao filho for legado ou doado o usufruto, porque não se pode dar a servidão duma servidão, Ord. liv. 4, tit. 98, Man. tit. 78, § 4, e liv. 1, tit. 88, § 8, e liv. 3, tit. 9, § 3, tiradas do § 1 do tit. *Per quas personas cuique adquiruntur*, das Institutas, e das leis 6, 7 e últ. do tit. *De bonis quae liberis*, do Código, e da Autêntica *Excipitur* do mesmo tit. do Código.

Deve-se procurar no direito romano a diferença entre pecúlio e patrimônio, bem como a diferença dos pecúlios entre si. Hoje, porém, há que distinguir o pecúlio *profecticio*, isto é, a pequena soma de dinheiro, que o pai deu ao filho para este negociar ou exercer a sua indústria, e que lhe pode tirar quando lhe apetezer, aplicar ao seu uso, ou doar a outros filhos, daquele dinheiro e bens foram doados ao filho por um estranho ainda que por contemplação do pai, e dos quais não pode dispor livremente; e assim este pecúlio deve considerar-se como *adventicio*, ao contrário do que foi estabelecido no direito romano, § 1 do tit. *Per quas personas cuique adquiruntur*, das Institutas. Hoje também não deve conceder-se indiscriminadamente ao pai que tenha sempre usufruto no pecúlio adventício ordinário. Com efeito, aquilo que o filho adquiriu servindo por salário ou por indústria ou artefacto, é inteiramente dele, e, por isso, se o pai o

reivindicasse, fá-lo-ia com suma injúria. Cumpre igualmente distinguir o pecúlio profectício, concedido ao filho para que o administre separado dos bens paternos e em nome do pai, da doação feita ao filho emancipado ou constituído em poder, a qual vale sempre e é expressamente aprovada pela Ord. liv. 4. tit. 97. § 3. contanto que não exceda a legítima e a terça do filho, não podendo, por isso, ser revogada ao arbítrio do pai, assim como a administração do pecúlio, se não sobrevier o crime de ingratição; por outro lado, também não pode acomodar-se às nossas leis e costumes, mesmo depois da sua recepção, a razão do direito romano de que o pai e o filho são uma e a mesma pessoa e que, quando o pai doa ao filho, parece doar a si mesmo. Em Castela também é válida a doação entre pai e filho, segundo a Lei 17 de Toro, e a Lei 1, tit. 6, do liv. V da Recopilación, Strykio, ad Pandectas, liv. V, tit. 1, § 5. Finalmente, é de advertir que, se pelo direito romano e pelo direito pátrio, é inteiramente concedido ao filho tudo aquilo que ele adquire pela milícia das armas ou da toga, isto é, o pecúlio *castrense* ou *quase*, por que razão não se há-de dizer e aplicar hoje o mesmo aos bens *adventícios* que o filho alcançou pelo próprio trabalho e indústria? Em boa verdade, as coisas adquiridas pelo ofício de advogado não são dignas de maior favor que as adquiridas pelas artes, comércio e agricultura.

QUANDO É O PAI OBRIGADO POR FEITO DOS FILHOS

§ XIV — O filho-família prometendo ou delinquindo não obriga o pai civilmente, mas obriga-se por todas as causas, excepto pelo mútuo consistente em dinheiro contado, Ord. liv. 4, tit. 50, § 2, pois tem personalidade natural e civil, lei 39 do tit. *De obligationibus et actionibus*, e lei 57 do tit. *De judiciis*; porém, o pai pode ser citado pelas acções *de in rem verso* (1),

(1) A acção *de in rem verso* é a acção concedida em favor da pessoa que contratou com outra submetida ao poder dum pai de família, a fim de reclamar deste aquilo em que se haja beneficiado ou obrigado pela convenção realizada pelo submetido ao seu poder (*Nota do Tradutor*).

quod jussu (2), *insitoria* (3), e *de peculio* (4), na mesma Ord., § 3.

O senátus-consulta *Macedoniano*, pelo qual se denega a acção eficaz àquele que emprestou dinheiro ao filho-família, é expressamente aprovado pela Ord. liv. 4, tit. 50, § 2, não sendo já, por isso, lícito duvidar do seu uso e autoridade entre nós; no entanto, é praticado a custo, sobretudo entre pessoas ilustres, visto parecer ofender a sua dignidade e consideração pública. A acção *de peculio*, de que trata o § 3 da citada Ordenação, não tem com certeza lugar no pecúlio *castrense* ou *quase castrense*, nem no *adventício* extraordinário, em que o filho é havido como pai de família. Quanto ao *adventício* ordinário, como o pai tem usufruto nele, é obrigado a aceitar o juízo sempre em razão deste pecúlio, quer accione, quer seja citado; contudo, não é obrigado por contrato do filho, pois não deve estar no poder deste diminuir com feito seu o direito do usufruto do pai sem este saber; mas, se este consentir, pode ser citado até onde chegar o pecúlio; logo, só se usa a acção de pecúlio no *profectício*. Quanto, porém, ao que Ulpiano diz na lei 44 do tit. *De peculio*, do Digesto, *Se alguém contratar com o filho-família, tem dois devedores: o filho «in solidum», e o pai somente até aos limites do peculio*, duvido de que possa observar-se no foro. Com efeito, se é justo que o pai, que confiou um pecúlio à administração do filho, seja obrigado até às forças desse pecúlio, é pelo contrário iníquo que seja obrigado o filho que geriu uma coisa em nome alheio, isto é, em nome do pai, sem receber nem realmente poder receber cómodo algum da sua administração, visto que tudo o que dele adquiriu, não o adquiriu para si,

(2) A acção *quod jussu* é a acção concedida em favor das pessoas que contrataram com um *alieni juris* formalmente autorizado pelo pai de família, para que possam reclamar deste o cumprimento das obrigações derivadas do acto realizado por esse *alieni juris* (*Nota do Tradutor*).

(3) A acção *insitoria* é a acção concedida pelo juiz na suposição de haver sido colocado por uma pessoa à frente duma loja ou qualquer outro comércio um *alieni juris*, filho ou escravo seu, a fim de que aquele que houver contratado com esses, possa reclamar, pelos negócios realizados, do pai de família que neles delegou (*Nota do Tradutor*).

(4) A acção *de peculio* é a acção concedida ao que contratou com uma pessoa submetida ao poder de um pai de família e que disfruta de um pecúlio ou actua em nome dele mesmo, acção que pode ser exercida contra o pai de família enquanto titular efectivo do pecúlio ou pelo enriquecimento obtido do contrato (*Nota do Tradutor*).

mas para o pai, lei 79 do tit. *De adquirenda vel omittenda hereditate*; por outro lado, em boa verdade, a razão do direito romano, a saber, a de que o *filho contratou e é capaz de obrigação civil*, não deve ser de tamanha autoridade, que possa ser condenado por isso, pois contratou para proveito e vantagem do pai, e não de si, e não interpôs o seu crédito. O mesmo *a fortiori* (por maioria de razão) se deve dizer do filho lojista, o qual só pode ser obrigado dentro das forças da administração a si confiada, por contrato celebrado para utilidade do pai que nele delegou; é, por isso, obrigado a pagar somente dos bens do pai, cuja fé os credores seguiram, e não dos seus. Porém, isto não se aplica ao filho que vive à parte e tem economia separada da do pai, pois por isto mesmo se considera emancipado, sendo ele próprio somente o responsável pelos seus actos, e não o pai, salvo se houver contratado por ordem do pai ou o dinheiro tiver revertido em utilidade deste (*Instituições*, Liv. IV, Tit. IV, § VI). Por último, aprez-me acrescentar que na palavra *emprestido*, hoje *empréstimo*, se entende geralmente tanto o mútuo como o comodato, Ord. liv. 4, tit. 50, *do empréstido, que se chama mutuo*, e tit. 30 *Do contracto do empréstido, que se chama commodato*.

O PODER DA MÃE

§ XV — O poder da mãe sobre os filhos não é do direito civil, mas do direito natural, devendo, por isso, ser-lhe atribuídos somente os direitos que derivam da índole deste poder e da reverência devida a ambos os pais. Eis por que não pode: I) ser chamada a juízo pelo filho sem licença do juiz, Ord. liv. 3, tit. 9, §§ 1, 2 e 3; II) deve instituir ou deserdar o filho mencionando-o no testamento, Ord. liv. 4, tit. 82, § 1; III) deve criá-lo, pelo menos subsidiariamente, Ord. liv. 4, tit. 99, §§ 2 e 3; IV) pode fazer a substituição exemplar, Ord. liv. 4, tit. 87, § 11; V) deixar tutor testamentário, tutoria esta que, no entanto, deve ser confirmada pelo juiz, Ord. liv. 4, tit. 102, § 2; VI) ter a tutoria do filho, se renunciar a segundas núpcias e ao benefício da Lei do *Veleiano*, Ord. liv. 4, tit. 102, § 3; VII) pedir-lhe alimentos, Assento da Casa da Suplicação, de 9 de

Abril de 1772, que D. José I confirmou por Alvará de 29 de Agosto de 1776. Ver Tits. VI, XI, e seg., deste livro; VIII) ser metida na posse de bens que lhe pertençam por razão da criança que tem no ventre, Ord. liv. 3, tit. 18, § 7, etc... (§ VI deste título).

Ainda que, pelo direito romano recebido na Universidade e por fim no foro, o poder pátrio civil já não seja comum a ambos os pais, nem por isso se deve dizer que esse direito foi na totalidade admitido pelas nossas leis ou costumes. Na verdade, entre nós o pátrio poder não é perpétuo, e cessa com a dignidade ou separação do filho, quando começou a viver com sua liberdade e à parte do pai, e quando a filha pelas núpcias passa para outra família. Também não se estende aos netos, porquanto estes, vivo e são o avô, não estão em poder deste, mas do pai. Igualmente não se consideram o pai e o filho uma só e mesma pessoa, sendo, por isso, legítimos os pactos celebrados entre pai e filho, e as demandas e acções daí derivadas. Tudo isto e o mais que anotaremos no capítulo seguinte demonstram claramente que são diferentes os poderes dos pais sobre os filhos à face do direito romano e do direito pátrio. Se exceptuarmos a administração dos bens e pouco mais que se verá do que diremos em seu lugar, também se concedem à mãe quase os mesmos direitos que se concedem ao pai sobre os filhos.

(*Continua*)

JOSE PASCOAL DE MELO FREIRE

(*Tradução do Dr. Miguel Pinto de Meneses*)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS (*)

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

LIVRO II

DO DIREITO DAS PESSOAS

TÍTULO V

POR QUE MODOS SE ADQUIRE E PERDE O DIREITO DO PÁTRIO PODER

MODOS DE ADQUIRIR O PÁTRIO PODER

§ I — Os filhos, tal como os escravos, tanto no direito romano, como no pátrio, nascem ou fazem-se. Nascem das justas núpcias que costumam ser precedidas de esponsais; fazem-se ou por legitimação, ou por adopção. Estes são os principais modos por que se adquire o pátrio poder.

OS ESPONSAIS DOS MENORES

§ II — Nos esponsais dos filhos-família e minorenes deseja-se não só o seu consentimento, caso entendam o que fazem, mas também o do pai, mãe, tutor e curador, em cujo poder estão. Mas, se estes sem razão recusarem o consentimento e proibirem o casamento, o seu consentimento é suprido com o

(*) Continuação do *Boletim*, n.º 163.

conhecimento da causa pelo Corregedor da comarca, provedor régio, ou no Desembargo do Paço, conforme a qualidade dos filhos. Os emancipados e os maiores de vinte e cinco anos só por sua vontade podem casar e celebrar esponsais, visto que não os anula a falta de consento paterno, que só se requer por honestidade, e não por necessidade, Nova Constituição de 6 de Outubro de 1784.

Tudo isto se passa diferentemente no direito canónico e no direito civil romano, que apenas requer o consentimento do pai, e não da mãe, lei 7, § 1, do tit *De sponsalibus*; e o do tutor somente, e não o do curador, visto que este é dado aos bens e não à pessoa, lei 20 do tit *De ritu nuptiarum*. Na Constituição do Septímio Severo e Antonino Caracala, e no cap 35 da Lei Júlia (lei 19 do tit *De ritu nuptiarum*) estava determinado que os pais, que sem razão proibissem os filhos de casar, fossem obrigados pelos procónsules e governadores da província a fazer-lhes o casamento e dotá-los. No direito canónico os filhos ou filhas-família, e os órfãos ou órfãs maiores de sete anos podem válidamente contrair esponsais, obtido que seja o consentimento dos pais ou tutores, Tridentino, Sessão 24, cap. 1 *De reformatione matrimonii*

DE QUE MODO SE PROVAM OS ESPONSAIS E DA PENA NELES APOSTA

§ III — Pela mesma Nova Constituição os esponsais só se provam por escritura pública, e bem andou essa lei em lhes permitir a aposição duma pena que é obrigado a prestar aquele que sem motivo justificado não cumpriu o contrato esponsalício; no caso, porém, de essa pena não ter sido estipulada, o juiz deve condenar o faltoso em tanto quanto interessa à parte lesada.

Também estas disposições foram estabelecidas, mas bem e sábiamente estabelecidas, contra a razão do direito canónico e romano. Com efeito, examinado este direito, os esponsais quase

nenhuma formalidade desejam, e podem ser provados por juramento, testamentos, e escrituras tanto públicas como particulares. Mas a Nova Constituição já mencionada exige escritura pública, nada de novo constituindo nesta parte, antes confirmando a Ord. liv. 3, tit 59, que na verdade deseja, para prova, escritura pública em todos os contratos que excedam a soma nela definida, e assim também nos contratos esponsalícios (pois não os exceptua nem na letra nem no sentido). Ver *Instituições de Direito Público*, Tit VIII, §§ VI e segs. No direito romano também não se apunha pena alguma aos esponsais, pois afigurava-se-lhes desonesto atar com o vínculo duma pena os matrimónios, quer os futuros, quer os já contrahidos, lei 134, do tit. *De verborum obligatoribus*. O direito canónico parece igualmente reprovar a pena nos esponsais, cap. *Gemma* 29 do tit. *De sponsalibus*, das Decretais de Gregório IX. Mas Riegger afirma, e bem, nas *Juriprudenciae Ecclesiasticae Institutiones*, P IV, § 16 *Que nem à Lei Divina, nem à Ecclesiastica, nem à natureza do negócio repugna que aquele que injustamente não cumpre um contrato esponsalício, pague uma pena à parte lesa.*

ACÇÃO ESPONSALÍCIA

§ IV — Ainda que dos esponsais resulte acção perfeita, segundo o direito canónico, cap. 31 do tit. *De sponsalibus*, não assim no direito civil, lei 2 do tit. *De repudiis* do Código, todavia, como os matrimónios devem ser livres e as coacções costumam ter êxitos difíceis, caps. 2 e 17 do tit. *De sponsalibus*, aqueles que não quiserem cumprir a palavra dada, devem ser exortados a contrair matrimónio, mas não obrigados por via directa; no entanto, podem ser obrigados, e bem, por via indirecta, isto é, pelo pagamento da pena aposta nos esponsais, ou daquela pena que interessa à parte lesa. E não se vê que a mencionada Nova Constituição admita outra coacção.

Dúvida-se se aquele que prometeu genêricamente um feito, se liberta pagando o respectivo interesse. Deste problema tratou, entre outros, Tomásio numa Dissertação especial (*Instituições*, Liv IV, Tit. II, § V). Mas, realmente, na matéria de que tratamos deve ser

libertado, pois é grave que um homem ou mulher livre se prenda, contrariado, relutante, queira ou não queira, aos vínculos do casamento, o que justificadamente se chama *pesada carga*, cânone 7 da Causa XXXII, questão VII. E o que não há a temer daquele que é obrigado a desposar uma mulher que odeia? cap. 2 do tit. *De sponsalibus*. Por este motivo a acção esponsalícia é alterna, devendo o réu ser condenado pelo juiz ou a contrair o matrimónio como prometeu, ou a pagar a pena a que se obrigou, ou, no caso de esta não ter sido estipulada, ao interesse que o juiz estimar em face das circunstâncias. A coacção pelas censuras eclesiásticas, que o Pontífice aprova no cap. 10 do tit. *De sponsalibus*, ou a coacção pela pena de prisão, que alguns juizes costumam decretar, obstam na verdade muito à liberdade do matrimónio, e não podem ter lugar numa causa meramente civil, qual é a esponsalícia. Eybel, in *Jus Ecclesiasticum*, liv. II, cap. 13 *De statu conjug*, § 347, na Nota. Depois, nesta causa (cumpro notá-lo) a apelação tem sempre *efeito* suspensivo, pois, embora a dita Nova Constituição attribua à acção esponsalícia a mesma natureza que à acção chamada *Assignação de dez dias*, na qual, não obstante a apelação, a sentença é dada à execução, Ord. liv. 3, tit. 25, contudo, se absolutamente o mesmo prevalecesse na causa esponsalícia, podia um dia dar-se o absurdo de alguém ser condenado na primeira instância e obrigado por isso a contrair matrimónio, e ser absolvido na segunda e obrigado por isso a separar-se do mesmo matrimónio.

O MATRIMÓNIO SÓ SE CONSUMA PELO CONSENTIMENTO NUPCIAL

§ V—O matrimónio torna-se legítimo e ratificado pelo mútuo consenso dos contraentes, pois *não é o concúbito mas o consenso nupcial que faz as núpcias*, lei 30 do tit. *De regulis juris*. E para o matrimónio basta somente o consenso dos contraentes de cuja união se trata, cap. 23 do tit. *De sponsalibus et matrimonio*. Mas, ainda que só o consentimento dos contraentes seja bastante para valdar o matrimónio, não o podem contrair impunemente, sem licença do Rei ou do pai, os juizes que exercem a jurisdição temporal, os nobres, os filhos-família, os menores, etc..

Os que contraírem esponsais, contra a vontade dos pais ou outros que devem dar consentimento, não incorrem em pena alguma, mas a obrigação esponsalícia é nula e destituída de efeito civil, segundo a dita Constituição de 6 de Outubro de 1748. Quanto, porém, ao matrimónio contraído contra as leis pátrias que requerem o consentimento dos pais ou doutras pessoas, é válido, mas os contraentes ficam inteiramente sujeitos às penas declaradas nas mesmas leis. Ver *Instituições de Direito Público*, Tit. V, § XLV, na Nota.

QUANDO É NECESSÁRIO PARA AS NUPCIAS O CONSENTIMENTO DO REI

§ VI—Os corregedores das comarcas, provedores, ouvidores, juizes de fora, e os mais que exercem jurisdição temporal, se casarem, sem licença do Rei, com mulheres de suas comarcas ou que nelas tenham domicílio, são suspensos de seus cargos, muito embora não sejam prohibidos de com elas celebrar esponsais; é-lhes, porém, permitido contrair núpcias depois de deporem os officios, Ord. liv. 1, tit. 95, Decreto de 26 de Março de 1734, *ibidem* Coleção II, N. 1. As mulheres que têm jurisdição ou certas rendas anuais do Rei, se casarem sem consentimento deste, são privadas dos bens da Real Coroa, Ord. liv. 2, tit. 37, Man. 47. A mesma pena foi depois estendida aos varões pela Extravagante de Filipe III de 23 de Novembro de 1616, Coleção I, N. I, à dita Ord.. Os nobres, que não têm bens públicos do Rei, podem bem contrair matrimónio sem sua licença.

A Ord. liv. 2, tit. 95, é singular, pois não se acha nem no Código Afonso nem no Manucho, e foi quase literalmente transcrita da lei 38 do tit. *De ritu nuptiarum*, cujo uso é nenhum, no testemunho de Groenewegen, Perez, Wissembach, e outros. Deve, portanto, dizer-se que os juizes temporais podem casar com mulheres de suas comarcas, desde que não intervenha violência e concussão. E assim se vê hoje entendida a mencionada Ordenação.

§ VII — Os filhos e filhas-família, e os menores que casarem sem consentimento do pai ou mãe, e do tutor ou curador, são desnaturalizados, pela Carta de Lei de 19 de Junho de 1775. No entanto, se o consentimento lhes for negado sem razão, mandam as Cartas de Lei de 29 de Novembro do mesmo ano e 6 de Outubro de 1784 que esse consentimento seja suprido pelo juiz. Aquele que, estando ao serviço de alguém, casar com filha, ou parenta, ou afim dentro do quarto grau, ou criada de seu senhor ou senhora contra a vontade destes, é condenado à morte, Ord liv. 5, tit. 24, Man. 18, Afons. 11 (*Instituições*, Liv. III, Tit V, § XLIII, Nota).

Ao menor órfão de pai, que casou por sua livre vontade, sem autorização do juiz dos órfãos, é denegada a administração dos bens até aos seus vinte anos de idade, e só é castigado com esta pena, na qual não incorre, se casar com o consentimento do tutor ou curador. Se, porém, o tutor ou curador induzir um menor a fazer casamento desigual e prejudicial, será constringido a dar de sua fazenda ao dito órfão outro tanto quanto este tiver, Ord liv 1, tit. 88, §§ 19, 20 e 21. A filha menor de vinte e cinco anos, que casasse contra a vontade dos pais, era deserdada pela lei de D. Dinis dada em Santarém a 1 de Fevereiro (Setembro?) do ano 1339 da Era, *apud* Ord Afons liv. 4, tit 99, § 1, da qual foi tirada a Ord Filipina que usamos, tit 88, § 1 do mesmo liv, Man. 72 O filho não é obrigado por esta lei de D. Dinis, mas, se um menor casar com uma mulher, sem o consentimento das pessoas em cujo poder ela estiver, perde toda a sua fazenda, e é degredado um ano para África, Ord liv 5, tit 22, Man 32, Afons 13. Porém, a Carta de Lei de 19 de Junho de 1775 que hoje usamos, perturbou tudo isto e impôs penas muito mais graves. Efectivamente, a princípio e até D. Dinis podia a filha casar impunemente só por sua vontade, o que se deve entender sobretudo das mulheres plebeias, pois num foral dado a Coimbra e em outros forais foi concedido como privilégio *Que ninguém receba por esposa filha de cavaleiro* (isto é, de nobre), *sem sua vontade e de seus pais*

§ VIII — Não são proibidas as núpcias públicas e solenes entre nobres e plebeus, que sejam livres e independentes; por isso, os que as contraem, embora costumem ser desprezados pelos parentes e famílias nobres, não sofrem pena alguma, e os seus filhos são hábeis para todas as dignidades, e participam da nobreza paterna, e até da sucessão feudal.

Não inquirimos aqui dos costumes e leis das outras nações Em Portugal, D Afonso II e D Afonso III mandaram por leis referidas no Código Afonsino, liv. 4, tit 10, que os matrimónios fossem livres e unimes de todo o poder régio, e senhonal, isto é, feudal, e atribuíram à celebração do matrimónio a liberdade desejada pela Igreja, a qual sempre considerou justas as núpcias entre nobres e plebeus. Por maioria de razão, dizemos o mesmo das núpcias de rico com pobre, tanto que ambos os cônjuges sejam *sui juris*, e não intervenha violência nem dolo. Na realidade, estas núpcias não podem ser desonrosas para os contraentes, mas antes ambos são por isso mesmo dignos de louvor, visto que um não põspos a virtude ao dinheiro, e o outro conciliou, por sua virtude, costumes e beleza, o amor dum cônjuge mais opulento. Nenhum destes casamentos deve ser havido em direito por desigual, pois a esposa, tanto pela razão natural como civil, segue a condição do marido, e diz se que brilha com os raios da dignidade dele, lei 8 do tit *De senatoribus*, leis 10 e 28 do tit *De nuptis*, do Código. Pela mesma razão os filhos antes seguem a condição do pai que a da mãe, leis 19 e 24 do tit. *De statu hominum*. Disto resulta como consequência que a esposa participa da dignidade do marido, e os filhos sucedem na dignidade do pai, nos bens hereditários, alodiaes, feudais, e da Coroa do Reino, sendo, nestes, preferidos e antepostos aos filhos havidos de segundo matrimónio com mulher ilustríssima, Coccey, *Disput LXIV De conjugio inaequali personarum illustrium*. O chamado matrimónio *morganático*, a saber, o contraído com a condição de a esposa se limitar à sua antiga sorte e os filhos serem excluídos da sucessão, em vez da qual se atribui certa porção, como não foi recebido pelos nossos costumes e leis escritas, não pode, por isso, privar a esposa e os filhos daqueles direitos que lhes competem pelas leis públicas eclesiásticas e civis do País, às quais não é lícito

renunciar nem contravencionar. Coisa diferente é de dizer do chamado *matrimónio de consciência*, que os nossos costumes sempre aprovaram, e que com as devidas solenidades, mas occultamente, se realiza entre aqueles que querem parecer solteiros, sem acrescentarem cláusulas acerca da successão dos filhos. Porém, quando deve ser permitido por direito esse casamento, declara-o Bento XIV na Constituição *Satis Vobis*, §§ 1 e seg., dada em 1741. Não tratamos aqui das núpcias dos Reis e Príncipes; é, no entanto, certo que havia o direito de contúbio entre eles e as mulheres nobres, e que as podiam receber em verdadeiro matrimónio, só por seu arbitrio e não por sufrágio do povo, salvo se outra coisa estivesse determinada nas leis *Fundamentales*. Entre nós ninguém ignora que as núpcias de D. Sancho II com D. Mécia, filha do Senhor de Cantábria, as do Infante D. Pedro com D. Inês de Castro, e as de D. Fernando com D. Leonor Teles, todas elas donas nobilíssimas, foram contraídas sem o povo saber e até contra a sua vontade, no entanto, os Portuguezes suportaram-nas de má vontade por indignas e díspares, visto não serem filhas de Reis, muito embora fossem oriundas de sangue real.

RITOS DAS NÚPCIAS

§ IX—Ora, em todas as nações sempre se observaram na celebração das núpcias certas solenidades e ritos, quer civis, quer eclesiásticos, que ou entram na essência do matrimónio, ou podem faltar ou não, sem ofensa dessa essência.

Todas as nações tiveram, cada uma conforme a sua índole, diversos ritos nupciais, ou para que a aliança conubial fosse mais auspiciosa, ou para que dela não se pudesse duvidar, e bem assim do verdadeiro consentimento dos que tão solenemente se tinham juntado as mãos. Para os Portuguezes, tal como para os outros povos, eram sobremodo solenes os banquetes opíparos, a abundância de bebidas, os concertos musicais e as danças, e os que assistiam a esses festins contemplavam o noivo e a noiva, não só com votos pios e faustíssimas aclamações, mas também com dons e presentes, cada um conforme suas posses. No Minho e na Beira a noiva era como que tirada à força da casa paterna e levada pelo pai, mãe ou parente próximo

de mais elevada condição, ia lacrimosa entre os padrinhos de casamento, com grande acompanhamento de amigos e vizinhos, precedido dum parente dela que levava nas mãos a roca e o fuso, e com esta cerimonia e pompa nupcial era levada a casa do noivo, João de Barros, *Descrição do Minho*, cap. 9. Os nobres, que celebravam as núpcias com maior aparato, e se sujeitavam, por isso, a grandes despesas, costumavam pedir, ou por razões de prosápia de familia ou para aliviar essas despesas, nas terras cujos senhores eram, donativos para o casamento chamados *serviços*, costume este que sabemos ter sido praticado mais de uma vez pelos homens importantes e que Brandão louva e aprova na *Monarchia Lusitana*, P. VI, liv. XVIII, cap. 30. Actualmente, nas núpcias dos nobres é proibido em Lisboa o acompanhamento público e a recepção solene no domicilio, pelo Alvará com força de Lei de 17 de Agosto de 1761, que apenas permite a assistência dos pais e consanguíneos em primeiro grau. Outra Carta de Lei do mesmo dia e ano, e a Pragmática de D. João V de 24 de Maio de 1749, cap. 16, estimam as dádivas de casamento a dar à noiva pelo noivo ou seus pais, as quais por fim a Rainha Fidelíssima reduziu a justo e fixo valor no Decreto de 17 de Julho de 1778. Os ritos eclesiásticos consistem principalmente na bênção sacerdotal e nos banhos ou proclamas públicos, dos quais não nos cumpre tratar. Destas denunciaçãoes de casamento faz-se menção na Ord. liv. 5, tit. 19, § 2, Man. do mesmo liv. Porém, no nosso tempo os Ordinários dispensam-nas e remitem-nas sobretudo aos nobres, que não querem que o seu casamento seja apregoado dos púlpitos, e já não vão em acompanhamento solene ao templo do Senhor, mas preferem que tudo decorra dentro de paredes particulares.

O MATRIMÓNIO CLANDESTINO

§ X—No entanto, não têm validade os matrimónios clandestinos, porque o Tridentino, Sessão XXIV *De reformatione matrimonii*, os declarou nulos e írritos, dizendo: *Aqueles que tentarem contrair matrimónio sem a presença do Pároco ou doutro sacerdote autorizado por este ou pelo Ordinário, e de duas ou três testemunhas, torna-os o Santo Sinodo totalmente inâbeis para assim o contraírem, e decreta que são*

irritos e nulos os casamentos feitos deste modo, assum como os irrita e anula com o presente decreto.

Antes do Tridentino os matrimónios clandestinos, ainda que illicitos, eram válidos, o que, se não me engano, é, entre outras coisas, assaz provado pela Ord. Man. liv 2, tit 47, § 1. porquanto estabeleceu no matrimónio clandestino a comunhão de bens entre cônjuges, a qual só dum verdadeiro e válido matrimónio pode resultar Porém, D. João IV na Extravagante de 13 de Nov. de 1651, *apud* Collecção I, N. 1 à Ord. Liv 4, tit 88, comminou penas civis e temporais, quasi mais pesadas do que a matéria pedia, áqueles que o contraísem. D. Manuel estabeleceu a pena de confisco de bens no Alvará de 14 de Julho de 1499, que foi transcrito na sua Ord. de 1514, liv 5, tit. 27, mas falta nas Ordd. posteriores de 1521, e nas actuais, ou seja, nas Filipinas.

NÚPCIAS DE CRIANÇAS, VELHOS E VIÚVAS

§ XI — As núpcias de crianças, de idade justa todavia, as núpcias de velhos, e as segundas ou terceiras núpcias mesmo dentro de um ano de luto, são lícitas, e os que as contraem não se sujeitam a pena nenhuma, Ord. liv. 4, tits. 105 e 106, Man. tits. 11 e 75, § últ., Afons. tit. 17 do mesmo livro.

No direito romano os matrimónios dos impúberes são de tal modo nulos, que nem sequer valem para reforçar os esponsais. lei 9 do tit *De sponsalibus*, do Digesto, Schuler, ao mesmo tit. tomo II, Exercit 36, § 4. É diferente no direito das Decretais, cap. últ. do tit. *De sponsalibus et matrimonio*, e cap único, § 1, de igual título das Decretais do liv. 6°. Porém, os púberes da mesma ou diferente idade bem podem unir-se pelo matrimonio Não entendeu assim Chindasvindo, que na lei 4, tit I, liv III, do Código Visigótico, determinou que *as mulheres de menor idade casem sempre com homens de maior idade* Mas, realmente, outrora quase se consideravam prematuras as núpcias dos jovens, os quais nem sequer nelas pensavam, antes de atingirem pelo menos a plena puberdade. As núpcias de velhos, lícitas muito embora, parecem pouco louváveis entre nós, sobretudo as celebradas com mulher quinquagenária. Menos louváveis

são as segundas núpcias, e muito menos ainda as de viúvas dentro do ano do luto, as quais, por isso, pagavam antigamente certa multa, que D. Pedro I, conforme já notámos nas *Instituições de Direito Público*, Tit. X, § XVII, Nota, remittu a pedido do povo nas Cortes de Elvas Hoje também não incorrem em pena alguma os que casam em segundas núpcias depois do ano de luto; todavia, as leis pátrias contêm, como indicaremos em seus lugares, muitas disposições em favor dos filhos do primeiro matrimónio

A POLIGAMIA SIMULTÂNEA É PROIBIDA

§ XII — Ora, só depois de desfeitas as primeiras núpcias por morte dum dos cônjuges, pode o sobrevivente passar a segundas núpcias. Com efeito, é de direito e mérito proibida pelas leis pátrias, sob penas severas, não só a *polandria*, isto é, a conjunção de uma mulher com mais que um homem, mas também a *poligamia*, ou seja, o conúbio de um marido com várias esposas, Ord. liv 5, tit. 19, Man. do mesmo tit., Afons. tit. 14.

Não podem os cônjuges passar a segundas núpcias, *enquanto não receberem noticia certa da morte de um deles, e enquanto não conste de firme certeza que ele se passou desta vida*, caps 2 e 19 do tit. *de sponsalibus*, certeza essa que não resulta de demorada ausência do marido ou esposa, lei 6, do tit. *De divortis et repudiis*, do Digesto, pois é necessário, para o efeito, atestado escrito do reitor da Igreja, ou testemunho jurado de duas testemunhas de comprovado crédito que afirmem a morte do cônjuge Devem, semelhantemente, as primeiras e segundas núpcias ser provadas por testemunho escrito do pároco, por testemunhas de vista e ouvido que deponham que o matrimónio foi contraído na igreja perante o pároco e pelo menos duas testemunhas, Ord. liv 5, tit 19, §§ 2 e 3 Pelo direito do Reino contido nos três Códigos, o conhecimento deste crime pertence aos magistrados régios Por Decreto de D. Pedro II de 26 de Maio de 1689 *apud* Collecção II, N. 1, à dita Ord., este crime é do foro misto, e nele tem lugar a prevenção, presentemente, pertence aos Inquestores da Fé por lei especial, da qual falaremos e faremos algumas anotações adequadas ao nosso intento no tratado sobre os delitos (*Instituições de Direito Criminal*, Tit X, § IX).

PELO MATRIMÓNIO PUTATIVO ADQUIRE-SE
O PÁTRIO PODER

§ XIII — Adquire-se, pois, o pátrio poder somente por núpcias justas e legítimas, ou como tais consideradas em direito, porquanto o matrimónio na realidade nulo, mas contraído de boa fé, produz os mesmos efeitos que o verdadeiro, e os filhos dele nascidos são havidos como legítimos e igualmente sujeitos ao poder do pai.

Há um matrimónio nulo e inválido, aquele que foi ciente e contraído como dizem com impedimento dirimente, e do qual não se entende haver marido e mulher, § 12, do tit. *De nuptiis*, das Institutas, há outro proibido e injusto, mas válido, como o do filho-família e outros que contraem núpcias proibidas, o qual produz todos os efeitos do verdadeiro matrimónio; e, finalmente outro, o *putativo*, celebrado, como dizem, de boa fé à face da Igreja, qual é o matrimónio effectuado depois de o primeiro ser desfeito por erro, cap. 6 e últ. do tit. *De frigidis et maleficiis*, ou quando a esposa casa com outro, por crer que o marido lhe morreu na guerra ou no cativeiro, Causa XXXIV, questão I, cânone 1, ou se se unirem cônjuges em grau proibido, lei 4 do tit. *De incestis et inulibus nuptiis*, do Código. Este matrimónio, ainda que na realidade seja nulo, e, reparada a falta, deva ser rescindido, deve, no entanto, ser considerado como verdadeiro e legítimo matrimónio, adquirindo-se com ele o poder pátrio e marital, e devendo os filhos dele recebidos ser inteiramente tomados como filhos legítimos, Covarrúbias, *De matrimo.*, p. 2, cap. 8, § 1, Strykio, ao tit. *De ritu nuptiarum*, § 37, e na Dissert. *De jure putativo*, Riegger, *Institutiones Insiprudentiae Eccles.*, P. IV, § 194, Caldas, *De nominatione*, quaest 21, nn 38 e 42, Reinoso, *Observat.* 64, n. 26, Bohemero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *Qui filii sint legitimi*, § 24, Hert, na Dissert. especial *De matrimonio putativo*

A LEGITIMAÇÃO POR SUBSEQUENTE MATRIMÓNIO
NO DIREITO CIVIL

§ XIV — O pátrio poder também se adquire pela legitimação, cabendo aqui referir, em primeiro lugar, a legitimação

por seguinte matrimónio, que Constantino introduziu por uma Constituição especial em favor apenas dos pais, que já tivessem filhos nascidos de união lícita, mas menos legítima, qual era a coabitação e o concubinato, lei 5, do tit. *De naturalibus liberis*, do Código, Gotofredo à lei 1 de igual tit. do Código de Teodósio. Porém, este benefício, que era temporal segundo as Constituições de Constantino, Zenão, Anastásio e Justino, na dita lei 5, e nas leis 6 e 7 do tit. *De naturalibus liberis*, do Código, Justiniano fê-lo perpétuo pelo Edicto geral dado no ano 530, *ibi*: [*mandamos que*] *se alguém colocar uma mulher em sua coabitação, não com afeição marital desde o início (podendo, todavia, desposá-la), e dela houver filhos, e, depois, procedendo afeição, fizer com ela escritura nupcial, e tiver filhos ou filhas, não só os segundos filhos, que nasceram depois do dote, mas também os anteriores, sejam legítimos e sujeitos ao poder dos pais, que deram também, aos nascidos depois, ocasião de um nome legítimo*, lei 11 do citado tit. do Código.

A legitimação por seguinte matrimónio foi introduzida por Constantino para suprimir ou pelo menos diminuir o concubinato, que as leis romanas aprovavam, e foi concedida aos pais não para sempre, mas apenas a aqueles que tivessem filhos nascidos antes da sua Constituição. Igual escopo tiveram Zenão, Anastásio e Justino; mas Justiniano, o mais acérrimo inovador de tudo, concedeu genérica e indefinidamente este benefício aos pais, facto com que pareceu não já suprimir ou diminuir o concubinato, como desejavam Constantino e os outros imperadores, mas firmá-lo e promovê-lo mais. No entanto, por lei de Justiniano e por várias Novelas só se tornam legítimos por seguinte matrimónio os filhos nascidos de união justa e aprovada, qual era o costume concubinar, ou a coabitação com escrava, com a qual era permitida aos senhores a cópula por um quase direito do poder senhoral, e assim, por este direito, os filhos nascidos de coito condemnado e proibido nas leis não se tornavam legítimos por seguinte matrimónio, Novela 74, cap 6, Novela 89, cap 15. Ora, se isto é indubitavelmente verdadeiro, como com grande aparato demonstrou Bohemero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *Qui filii sint legitimi*, e Thomásio, Dissert. *De usu practico doctrinae de legitimatione*.

segue-se que a legitimação, tal qual foi reconhecida e aprovada pelo direito civil, é de nenhum uso actualmente, porquanto, pelas nossas leis, não é lícita nem permutada nenhuma união fora do matrimónio, não podendo, por isso, à face deste direito os filhos dela nascidos ser legitimados por seguinte matrimónio, visto que foram havidos de união proibida e condenada

NO DIREITO CANÓNICO

§ XV — No direito canónico também se legitimam por seguinte matrimónio os filhos de coito proibido e danado, o que foi concedido em favor dos filhos e do sacramento, cuja força e poder são tamanhos, que os nascidos antes do matrimónio são tidos como legítimos depois da sua celebração, cap. 6 do tit. *Qui filii sint legitimi*.

Sendo proibida e condenada toda a união extramatrimonial, segue-se que actualmente é nula a legitimação por seguinte matrimónio, ou então que com este se legitimam os filhos nascidos de coito danado, o que é negado pelo direito civil, mas se vê concedido pelo canónico. Eis por que, segundo os princípios deste direito, se legitimam por seguinte matrimónio mesmo os filhos nascidos daqueles pais, que, ao tempo do coito ou do nascimento, não podiam fazer um casamento justo, contanto que posteriormente a causa tenha sido levada ao estado de poderem contrair justas núpcias; e os filhos legitimam-se pelo próprio direito, sem necessidade do consentimento dos pais nem de escrituras dotais Bohemero, lugar citado, §§ 17 e seguintes.

E NO DIREITO PÁTRIO

§ XVI — Porém, no direito pátrio legitimam-se sòmente os filhos naturais nascidos de solteiro ou solteira, ou, em suma, de pais, cujo matrimónio ao tempo da concepção ou nascimento, podia ser válido; e estes filhos diferem inteiramente dos filhos legítimos nascidos após a contracção do matrimónio.

É opinião vulgar que no direito canónico apenas se legitimam por subsequente matrimónio os filhos naturais, não porque esta união seja permitida por aquele mesmo direito ou pelas nossas leis, mas porque não é tão proibida e condenada como a incestuosa ou a espúria. Também se julga vulgarmente que os filhos havidos do conjúgio de pessoas, que, ao tempo do coito ou do parto, estavam proibidas de contraírem matrimónio, não se legitimam, quando este se efectuar, no entanto, tudo isto, que o citado Bohemero confiu com grandes razões, foi recebido no foro e aprovado como decretos do direito canónico, do qual vemos afastar-se muito a opinião, que faço minha, de Bohemero e Riegger; no entanto, no nosso foro também usamos aquele direito Agostinho Barbosa, ao cap. 6 do tit. *Qui filii sint legitimi*; Pedro Barbosa, à rubrica *Solutio matrimonii*, p. 2, n. 169; Amaya, liv. 1 *Observ.* 4; Sarmiento, liv. 1 *Select interpret.*, cap. 5; a Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, Man. tit. 17, § 9, com as palavras *com tanto que este filho fosse tal, que com direito pudesse ser legitimado por seguinte matrimónio*, parece aprovar o direito canónico, ou antes a opinião vulgar, que faz diferença entre filhos espúrios e simplesmente naturais, e só a estes conceder o beneficio da legitimação. Mas, quanto a mim, como esta Ordenação não é clara nem decide o problema concretamente, como convém, julgo que os filhos havidos antes do matrimónio, mesmo espúrios, adulterinos ou incestuosos, legitimam-se por virtude e poder da lei, em cessando o impedimento e seguindo-se verdadeiro e legítimo matrimónio, e reputo inepto, infundado e arbitrário aquilo que vulgarmente se costuma dizer da retroacção do matrimónio ao tempo do nascimento dos filhos, ou da sua ficção nesse mesmo tempo. Bachov, ad Treutl., vol. 1, p. 2, Thes. VII, letra B; Fachineo, liv. 4 *Controvers.* 54, Alciato, *Paradoxa*, liv. 3, cap. 12; Peregrino, *De fidei commissis*, art. 24, n. 34; Strzyko, ao tit. *De his qui sui vel alieni juris sunt*; Berard, tomo III, *Dissert.* VI, quaest. II

A LEGITIMAÇÃO POR RESCRITO DO PRÍNCIPE NO DIREITO ROMANO

§ XVII — No direito civil legitimam-se por rescrito do Príncipe apenas os filhos naturais, e não os espúrios ou nasci-

dos de coito danado, não existindo filhos legítimos, e só a pedido do pai, em cujo favor e não dos filhos este modo de legitimação foi introduzido por Justiniano, Novela 89, caps. 9 e 10.

Esta legitimação foi admitida pelo seguinte motivo (que era também o escopo das leis antigas que Justiniano aprovou) para que o concubinato derivasse em verdadeiro matrimónio, era, por isso, um remédio subsidiário, e não tinha lugar senão no costume permitido pelas leis, se já fosse morta a concubina, ou então se fosse de tal condição, que não pudesse ser desposada sem desonra, Herald, *Quaestiones juris quotidian*, liv. I, cap. 5

NO CANÓNICO

§ XVIII — Mas no direito canónico legitimam-se por rescripto papal não só os filhos naturais, mas também os espúrios e adulterinos, a pedido deles próprios ou da mãe, cap. 13 do tit. *Qui filii sint legitimi*. Porém, deve-se entender esta legitimação apenas dos efeitos espirituais, pois os efeitos civis sòmente podem ser pedidos e recebidos do poder civil e político, Riegger, *Institutiones Iurisprudentiae Ecclesiasticae*, P IV, §§ 201 e 202

E NO PÁTRIO

§ XIX — Ora, este direito foi recebido no foro, porquanto nas nossas leis também se legitimam por autoridade do Príncipe os espúrios, adulterinos e incestuosos, Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, *ibi: filho, ou neto natural, ou spurio legitimado por autoridade Real*, e Man. liv. 2 tit. 17, § 9. Hoje, porém, e de há muito já que o filho legitimado, melhor se diria dispensado pelo Príncipe, não fica sob o poder do pai

As legitimações por rescripto do Príncipe são antiquíssimas, e foram recebidas no nosso País juntamente com o direito romano e o canó-

nico quase na mesma altura. Como, porém, são consideradas entre os direitos reais maiores, só as concede o Rei ou o Desembargo do Paço em seu nome, Ord. liv. 1, tit. 3, § 1, e liv. 2, tit. 45, § 4º. Apraz-me apresentar alguns exemplos sobre esta matéria. El-Rei D. Dinis legitimou em 8 de Fevereiro do ano 1297 da Era, Sousa, tomo I das *Provas* ao liv. I da *História Genealógica*, N. 32, pág. 64, as filhas e filhos que seu irmão o Infante D. Afonso teve de Violante. O mesmo Rei legitimou seu filho Afonso Sanches que teve de Aldonsa Rodrnga. El-Rei D. Fernando legitimou, em 27 de Fevereiro de 1413 da Era, Gonçalo Vasques de Azevedo, filho de Francisco Pires, Prior de Santa Cruz, e Tereza, monja de Lorvão (José Soares da Silva, tomo IV da Colecção de Doc. *Memoria de D. João I*, N. 4, e tomo 1, P. 72, § III) D. Afonso V legitimou em 1444 Isabel, Pedro e João, filhos de D. Pedro de Noronha, Arcebispo de Lisboa, seu muito próximo consanguíneo, Sousa, tomo III das *Provas* ao liv. VI, N. 68, pág. 580. É digna de especial memória a legitimação de D. Francisco de Portugal, primeiro Conde de Vimioso, feita por seu pai D. Afonso, Bispo de Évora, de família nobilíssima, que El-Rei D. Manuel confirmou em 15 de Fevereiro de 1505, e que D. João III quis também tivesse lugar nos bens da Coroa do Reino e do padroado por carta datada de Évora a 9 de Maio de 1534, Sousa, tomo V das *Provas* ao liv. X, Nn. 7 e 8, pág. 630. Mas a mais completa carta de legitimação é a do Conde D. Afonso, primeiro Duque de Bragança, dada por seu pai D. João I em 20 de Outubro do ano 1439 da Era, 1401 de Cristo, Sousa, tomo III das *Provas* ao liv. VI, N. 1, pág. 443. Ora, já antigamente estas legitimações eram plenas ou pleníssimas, e tinham diversos efeitos consoante as diversas fórmulas como eram concebidas. Esses efeitos, actualmente e desde o tempo de El-Rei D. Duarte, não são rigorosamente os mesmos. E a essas cartas parece quadrai melhor o nome de cartas de dispensação que de legitimação, conforme em seus lugares anotaremos.

OUTRAS LEGITIMAÇÕES

§ XX — No nosso direito não existem os mais leves vestígios da legitimação por oferecimento da Cúria, cujo inventor foi Teodósio o Moço na lei 3 do tit. *De naturalibus liberis*, do Código, mas aquela que se faz por nomeação do filho em tes-

tamento é mencionada na Ord. liv. 1, tit. 3, § 1, e liv. 2, tit. 35, § 12, tirada da Novela 117, cap. 2; porém, esta nem sequer é uma verdadeira legitimação, se não for expressamente aprovada por rescrito do Príncipe (Tit. VI, § IX, deste livro) As ad-rogações e adopções, de que se faz menção nas citadas Ordenações, e no liv. 2, tit. 56, no princ. e liv. 3, tit. 9, § 2, não estão em uso entre nós, como testemunha Cabedo, P. II, *Decisio* 70

Da nomeação do filho feita em testamento ou em qualquer outro instrumento apenas nasce a presunção de filiação para valer enquanto não for provado o contrário, e o nomeado não obtém os direitos dos filhos legítimos, nem se diz verdadeiramente legitimado, se o Príncipe não aprovar a nomeação por rescrito seu e o não fizer legítimo Assim se devem entender as Novelas 89, cap 9 e 10, e 117, cap 2, de Justiniano, e a Ord liv. 2, tit 35, § 12, no principio. O mesmo é de de dizer da adopção, cujo uso alguns exemplos provam contra Cabedo Com efeito, a Infanta D Sancha, filha de D Afonso III, foi adoptada, com quase cinco anos, pela Infanta D. Constância, irmã de D Afonso II e sua tia-avó, Sousa, *História Genealógica*, tomo I, liv 1, pág. 175. O Infante D Henrique adoptou o Infante D. Fernando, filho del-Rei D. Duarte, por carta dada em Estremoz a 7 de Março de 1436 da Era, que D Afonso V confirmou, a pedido do mesmo Infante D. Fernando seu irmão, em 23 de Novembro do ano de 1451, Sousa, tomo I das *Provas* ao liv III, N 43, pág 562 Omitto outros exemplos

POR QUE MODOS SE PERDE O PÁTRIO PODER

§ XXI — No direito romano o pátrio poder dissolve-se por estes sete modos referidos no título especial das Instituições de Justiniano: *morte, deportação, escravidão da pena, cativoeiro, adopção, dignidade, e emancipação*. Mas, como a escravidão da pena foi suprimida, e hoje os cativos não se tornam escravos, e além disso não é proibido aos servos e deportados contraírem núpcias, nem os nossos exilados perdem a cidadania,

salvo se forem expressamente privados dos direitos dela, nem a adopção ou arrogação está ou esteve algum dia em uso frequente, todos facilmente vêem que nada aproveita conhecer as leis romanas sobre esta matéria, e muito menos os prolixos comentários sobre elas feitos

DISSOLVE-SE PELA MORTE DO PAI, E PELO CASAMENTO DOS FILHOS

§ XXII — O modo natural de extinguir o pátrio poder é sem dúvida a morte, mas a do pai, não a do avô, pois os netos não estão sob o poder deste, como no direito romano, no principio do tit. *Quibus modis jus patriae potestatis solvitur*, das Institutas, mas apenas sob o poder do pai; em boa verdade, no nosso direito os filhos ou filhas, pelo casamento, saem do poder dos pais, Ord. Liv. 88, § 6.

Que com a morte do pai e do filho se extingue o pátrio poder, é mais que certo, certíssimo. Mas não é de dizer o mesmo da morte civil, que no direito romano resulta da «capitis deminutio» *mediã*, a qual não se usa no nosso País Com efeito, os estrangeiros, os relegados, e os condenados às galés e aos trabalhos públicos podem contraírem verdadeiras núpcias, sendo, assum, capazes do pátrio poder, da feitura de testamento, e outros direitos que são compatíveis com a pena infligida. Também não tem uso algum a «capitis deminutio» *máxima*, pela qual se perde a liberdade e cidadania, como já dissemos neste livro, Tit. I, § 7, visto não termos nenhuns escravos por nascimento, nem feitos pelo direito das gentes, isto é, por cativoeiro, Valasco, *Cons* 30, nem pelo direito civil, isto é, por pena, nem adscriptícios Mas que o pátrio poder se perde pelo matrimónio é principio recebido pelas leis ou costumes de quase todas as nações, entre nós prova-o suficientemente a citada Ord liv 1, tit 88, § 6, ibi: *porque, segundo stylo de nosso Regno, sempre como o filho he casado, he havendo por emancipado, e fóra do poder de seu pai*

§ XXIII—No direito romano havia três espécies de emancipação: a *antiga*, que se fazia por vendas fictícias, a *Anastasiãna*, que dependia de rescrito do Príncipe, e a *Justinianeia*, que se realizava perante o magistrado competente, § 6 do tit. *Quibus modis jus patriae potestatis solvitur*, das Institutas, leis 5 e 6 do tit. *De emancipationibus liberorum*, do Código. A *antiga* nunca foi recebida pelas nossas leis; a *Anastasiãna* é expressamente aprovada na Ord. liv. 1, tit. 3, § 7; e a *Justinianeia* é conservada pelo uso e praxe perante qualquer magistrado.

A Ord. liv. 1, tit. 3, § 7, parece conceder a faculdade de emancipar apenas aos Desembargadores do Paço, mas parece somente, porquanto também a têm e exercitam quotidianamente no foro todos os magistrados que gozam de jurisdição civil e ordinária, perante os quais pode ser rectamente feita, visto que é um acto de jurisdição voluntária. Por conseguinte, apenas os nossos costumes aprovam a emancipação *justinianeia* perante juiz competente, pois, que eu saiba, não temos lei nenhuma escrita para este efeito. Mas, para que esta emancipação judicial tenha lugar, é necessário que os filhos a emancipar sejam maiores de vinte e cinco anos, e tais que lhes possa ser cometida a administração dos bens; deve também constar do consentimento de um dos pais, pois só a idade não é modo legítimo de extinguir o pátrio poder. Não era bem assim no direito romano, que permitia aos pais emanciparem os filhos e filhas mesmo impúberes, dos quais se tornavam então tutores *fiduciários*. No mesmo direito *emancipar* é o mesmo que largar *de sua mão* e poder, referindo-se, assim, somente ao domínio *Bonitário*, isto é, ao domínio natural, ou então ao domínio *Quintário*; mas nós empregamos aquele vocábulo em sentido mais lato, pois entre nós o pátrio poder não consiste no domínio e propriedade, mas na faculdade simultaneamente natural e civil de dirigir as acções dos filhos, que as nossas leis concederam sobretudo ao pai. No entanto, nem os donatários nem os seus ouvidores podem conceder cartas de emancipação, segundo a Ord. citada e outra do liv. 2, tit. 45, § 40.

§ XXIV—Porém, a emancipação difere muito da graça de idade, que chamamos *supplemento de idade*, com a qual vulgarmente costuma confundir-se. Com efeito, o suplemento de idade só no Desembargo do Paço pode ser expedido, Ord. liv. 1, tit. 3, § 7, e em regra não é concedido ao filho-famílias, salvo se o pai for furioso ou mentecapto, nem o liberta do pátrio poder, e, assim, no nosso direito e no romano apenas costuma ser concedido ao filho-famílias menor órfão de pai, Ord. liv. 3, tit. 42, no princípio, *ibid.*: *o orfão varão, e a femca*; tit. *De his qui veniam aetatis impetraverunt*, do Código; Reinoso, *Observat.* 30, Nn. 12, 13, 14, 15 e 16.

No direito romano e no pátrio o direito de legítima idade apenas é concedido depois de conhecida a causa e só a menores de certa idade: aos varões, quando chegarem aos vinte anos, e às mulheres, quando completarem os dezoito, contanto que uns e outros sejam recomendáveis pela honestidade de costumes e agudeza de engenho, lei 2 do tit. *De his qui veniam aetatis impetraverunt*, Ord. liv. 3, tit. 42, no princípio, Man. tit. 87, Afons. tit. 120. Deve, todavia, notar-se que, contra o que era permitido nas citadas Ordenações, é absolutamente proibido pelo § 13 do Regimento do Paço conceder o suplemento de idade às mulheres menores, mas só usamos enfim aquele direito de harmonia com o Alvará de 24 de Julho de 1713, Colecção I ao Regimento do Paço, à rubrica n. 1, *ibi Emancipações para que as Orfãs, que não tiverem vinte e cinco annos, possam ser havidas por maiores, e se lhes fazer entrega de seus bens*, o que se vê revogar o dito § 13. Mas este rescrito de legítima idade é concedido apenas aos varões menores que completarem vinte anos, e às mulheres menores que completarem dezoito, órfãos de pai e não de mãe, segundo a dita Ord. liv. 3, tit. 42, palavra *Orfão*, pois os que têm pai, estão inteiramente sujeitos ao seu poder e chamam-se imprópriamente órfãos. Pode algumas vezes ser concedido o rescrito de legítima idade àquele que está sob o poder do pai, tal como ao filho de vinte anos que tem o pai furioso. Por este rescrito não consegue o filho libertar-se do poder do pai, lei 8 do tit. *De his qui su*

vel alieni juris, mas consegue sem poder administrar os bens paternos, ou então fazer sem o consentimento do pai tudo aquilo que poderia se este estivesse presente, como, por exemplo, contrair núpcias, lei 25 do tit. *De nuptus* do Código, adir à herança, lei 63 do tit. *De adquisenda vel omittenda hereditate*, e o mais que não for danoso ao pai, cuja aflicção parece desumano aumentar, Reinoso, lugar citado

QUANDO É O PAI OBRIGADO A EMANCIPAR O FILHO

§ XXV — O pai é obrigado a emancipar o filho em certos casos, tais como se tratar o filho com crueldade, lei últ. do tit. *Si a parente quis manumissus fuerit*, do Digesto, se aceitar um legado com a condição de emancipar o filho, lei 29 do tit. *De conditionibus et demonstrationibus*, se impuser aos filhos ou às filhas a necessidade de pecar, lei 12 do tit. *De episcopali audentia*, do Código, e noutros casos mais, pedidos ao direito romano e expressamente aprovados na Ord. liv. 3, tit. 9, § 4, *ibi*: *ou diz que per Direito deve ser seu pai constrangido a o emancipar.*

Os casos apresentados na regra incluem-se nos seguintes versos.

*Se o pai for desumano, ou à filha o pudor
Corromper, se dinheiro ou legado aceitar
Com dano para os filhos, pode, sem querer,
Do pátrio poder achar-se desprovido*

O PÁTRIO PODER DISSOLVE-SE COM A SEPARAÇÃO

§ XXVI — Hoje quase todos convêm em que o pátrio poder se extingue com a separação económica dos filhos. Por isso, vêem-se os filhos sair do pátrio poder e tácitamente emancipados, se habitam à parte do pai, dirigem os seus próprios negócios, e buscam o sustento com o suor do seu rosto. E o

direito civil romano não ignora inteiramente esta maneira de desligar do pátrio poder, lei 1 do tit. *De patria potestate*, do Código.

No direito romano a separação económica do filho livra-o do pátrio poder, se o pai consentir durante muito tempo que o filho administre as suas coisas como pai de família, lei 1 do tit. *De patria potestate*, do Código. É mais clara a Constituição de Leão na *Novela 25*, no fim, *ibi*. *Se se vir o filho viver ao menos segundo sua vontade (quer isto lhe tenha sido concedido, quer não, por palavras daquele sob cujo poder vive, e desde que o consentimento tácito não obste a que o filho estabeleça economia separada, antes lhe haja permitido viver independente a seu modo), seja-lhe ratificado e confirmado o direito de livre arbitrio, ainda que ele não pratique o comércio conjugal* Cujácio, liv. 17, *Observat* 31. Portanto, esta separação assim instituída deve dizer-se uma espécie de emancipação, feita com o consentimento tácito do pai, que resulta do facto de este consentir que o filho tenha durante muito tempo vida independente. No entanto, os costumes actuais não requerem que o pai consinta durante muito tempo que o filho tenha posses próprias e viva em separado, pois basta que não contradiga, para o filho se ver imediatamente emancipado. E até, mesmo contra a vontade do pai, livra-se do pátrio poder o filho que partir para o estrangeiro com o fim de exercer algum comércio ou officio, ou aquele que exerce um cargo no próprio País e tem domicílio e morada à parte do pai. Ver Bohemero, *Dissertatio de statu liberorum sui juris factorum per separationem, et nuptas*

E PELA CONSTITUIÇÃO DO FILHO EM QUALQUER DIGNIDADE

§ XXVII — De início em Roma nenhuma dignidade libertava o filho do poder do pai, pois, como diz Dinis, *Antiquitates*, liv. II, cap. XXVII, *O legislador dos Romanos deu ao pai todo o poder sobre o filho, e isto por toda a vida, mesmo que o filho governe a República, mesmo que desempenhe as magistraturas supremas, ou haja merecido louvor pela sua dedicação à Repú-*

blica. Em leis posteriores os Imperadores exceptuaram as dignidades de patricio, cônsul, bispo, prefeito da cidade, e outras, que libertavam da Cúria, Novela 81, caps. 1 e 3, o que com razão se deve estender hoje a outras dignidades e officios menores, tanto civis como militares.

Os filhos ornados com alguma dignidade que traga proveito são libertados do pátrio poder, não tanto por causa da dignidade, como pela economia privada, que então as mais das vezes costumam instituir. É, pois, insípida a distincção de dignidades maiores e menores, públicas e privadas, que alguns intérpretes excogitam e com que muito se atormentam. O nosso Tomé Valasco trata na *Adlegatio 29* da questão *Se o clercato livra o filho do pátrio poder*, a cujo propósito dá muitos elementos sobre outras dignidades, pouco adiantando, no entanto, sobre o assunto, visto que trata tudo segundo os principios do direito romano, e difficilmente occorre às leis e costumes pátrios, o que é um vício dos nossos Jurisconsultos. Com excepção da episcopal, as dignidades romanas, que livravam o filho do poder do pai, são ineptamente applicadas à nossa constituição civil.

TÍTULO VI

DO DIREITO DOS FILHOS E AGNADOS

DIFERENÇA ENTRE OS FILHOS

§ I — Partindo dos deveres dos pais, facilmente entendemos quais os direitos dos filhos; estes direitos, porém, divergem conforme a diferente qualidade dos filhos, cujo conhecimento prévio nos importa. Ora, os filhos são legítimos ou ilegítimos. Os legítimos ou nascem de justa esposa, ou fazem-se pelo direito, isto é, por legitimação, de que há várias espécies; e estes por sua vez ou estão sob o poder paterno, ou são emancipados. Dos ilegítimos, uns são chamados naturais, os nascidos de solteiro e solteira, e outros são chamados espúrios, adulterinos, sacrílegos, e incestuosos, os nascidos de coito danado e prohibido, Novela 89, cap. 1, e cap. 13 do tit. *Qui filii sint legitimi*.

QUAIS SÃO OS FILHOS LEGÍTIMOS

§ II — São legítimos os que nascem de união legítima contraída segundo as leis, e em tempo legítimo; e por direito são havidos como tais, ainda que o pai ou a mãe negue que é seu filho, lei 6 do tit. *De his qui sui vel alieni juris sunt*, e cap. 10 do tit. *De probationibus*, e ainda que a mãe seja adúltera, lei 11, § 4, do tit. *Ad Legem Juliam de Adulteriis*. Mas, como toda a presunção cede à verdade, se constar da ausência ou impotência do marido que ele não é o pai, deve o filho ser considerado

ilegítimo, dita lei 6, e lei 1, § 14, do tit *De agnoscendis vel alendis libers.* O dado à luz no sétimo mês nasce legítimo na opinião de Hipócrates, que Paulo fez sua na lei 12 do tit. *De statu hominum*; mas é diferente, se o filho nasceu dez meses após a morte do marido, lei 3, § 11, do tit. *De suis et legitimis heredibus.*

O filho nascido, antes de descoberto o erro, de matrimónio mesmo putativo, a saber, aquele que de boa fé foi celebrado entre os que por direito não podiam unir-se, deve ser verdadeiramente havido como legítimo, e não como legitimado, cap 10, do tit *Qui filii sint legitimi* Ora, o matrimónio prova-se ou por escrito e testemunho jurado do Pároco, ou por duas ou três testemunhas que deponham que o matrimónio foi celebrado conforme as prescrições da Igreja, ou o afirmem por fama pública, isto é, que, com o conhecimento dos vizinhos e outros, alguém teve a esposa em casa com o fim de ter filhos, ainda que não apareçam o processo nupcial e o registo eclesiástico, onde se costumam assentar os matrimonios contraídos, lei 9 do tit *De nuptiis*, do Código, Ord. liv 4, tit. 46, §§ 1 e 2, e liv 5, tit. 19, § 2 Provado, portanto, o legítimo matrimónio, provada fica também a filiação. Ora, sendo filho aquele que as justas núpcias demonstram, o adultério da mãe não prejudica o filho, pois aquela pode ser adúltera e o seu filho ser legítimo, e assim na dúvida se deve presumir Também não se deve dar crédito à mãe, que, havendo uma vez reconhecido o parto, afirma depois que ele nasceu de outro homem, cap 10 do tit *De probatombus (Instituições de Direito Criminal, Tit V, § V, Nota)* Mas, se ambos os pais disserem firmemente que aquele que se nomeia como seu filho e como tal se conduz, não é seu filho, mas alheio, e que por eles foi em sua casa retido e sustentado por razões de caridade, *deve-se estar pelas palavras do homem e da mulher*, como diz o Pontífice no cap 3 do tit. *Qui filii sint legitimi* Hoje não agrada a todos aquilo que foi estabelecido acerca do tempo de parto legítimo na lei 12 do tit *De statu hominum*, e na lei 3, § 11, do tit. *De suis et legitimis heredibus*, e, como há alguns exemplos em contrário, esta questão é mais para ser decidida pelo juízo dos médicos e da Faculdade de Medicina que pela autoridade do direito romano Tom Reinos, in *Schol Iuriconsult. Med.*, liv 3, Sect 7, cap 3. Amman, professor de Leipzig, *Medic Crit.*, Thomáio, na Nota ao tit *De statu hominum* do Digesto, e Strikio, *ibidem.* § 14

DIREITOS DOS FILHOS LEGÍTIMOS

§ III — Os legítimos havidos de justa esposa e justas núpcias são filhos-família ou emancipados, e gozam de vários direitos tanto na sociedade, como na família e na casa paterna. Com efeito, I) são todos indistintamente admitidos aos officios e cargos officiais, se forem maiores de vinte e cinco anos, ou se casarem dentro dum ano a contar do dia em que receberam o officio, Ord. liv. 1, tit. 93 (1), no principio, e § 1; II) sucedem na nobreza dos pais, Ord liv. 5, tit 92, no princ. (Tit. VII, § VI, Nota, deste livro), e em seus bens tanto por testamento, Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 1 e 2, como ab intestado, tit. 91; IV) compete-lhes querela contra testamento inoficioso e doações inoficiosas, tit. 81, § últ., tit. 82, no princ, tit 92, no princ. e tit 97, § 3; V) podem pedir alimentos ao pai, e demandá-lo judicialmente para os reconhecer, alimentar, emancipar, e em geral por tudo aquilo que se vê de qualquer modo pertencer ao officio de pai, Ord. liv. 3, tit. 9, §§ 3 e 4, mas devem primeiro impetrar licença do juiz, na mesma Ord §§ 1 e seguintes Neste aspecto não há diferença nenhuma entre os seus filhos e os emancipados, assim como também não naquelas coisas que respeitam ao interesse e proveito de ambos, ou ao respeito e honra devidos a ambos os pais. No entanto, o emancipado faz tudo a seu arbitrio tanto em juízo como fora dele, sem conhecimento e vontade do pai, e adquire tudo para si, ao passo que o filho-família não possui o direito de fazer testamento, Ord. liv. 4, tit. 81, § 3, não pode demandar nem ser citado em juízo sem o pai, Ord. liv. 3, tit. 41, § 8, e adquire logo para o pai, pelo poder do direito, o usufruto nos bens adventícios, Ord. liv. 4, tit. 97, § 19.

Estes são os principais direitos dos filhos, que nós aqui mais intentamos referir que explicar Das sucessões tanto testamentárias como legítimas dos filhos trataremos em seu lugar, isto é, no tratado das

(1) Alhás, 94 (Observação do Tradutor)

coisas, Liv. III, tit. 8. Neste capítulo nos occuparemos principalmente da nobreza, que deriva dos pais para os filhos, e dos almentos a estes devidos, assim como daremos sobre este assunto algumas noções breves e sumárias, adequadas ao nosso plano

QUAIS OS QUE SE DIZEM BASTARDOS

§ IV — Os filhos ilegítimos chamam-se bastardos, nome por que são entendidos já desde a Idade Média não só os filhos especificamente chamados naturais, mas também os espúrios, e em geral todos aqueles que não são gerados de verdadeiro e legítimo matrimónio.

Du Fresne prova com muitos exemplos, em seu *Glossarum*, tomo I, col. 1060, que a palavra *bastardos* também significa os *nolhos* (1) e espúrios, significado que entre nós parece aprovar a Ord. liv. 5, tit. 92, §§ 4, 5 e 7, Man. liv. 2, tit. 37, § 11, nas palavras *E quanto aos bastardos, que nom forem nados de legitimo matrimonio E esto se nom entenderá nos bastardos, que forem filhos de prelados, ou de quaesquer pessoas ecclesiasticas, e a Extravagante de 3 de Janciro de 1611, apud Collecção I, N. 1, à citada Ord., nas palavras Nem os Condes, nem os Bispos por rasão de seus titulos, nem os filhos bastardos destes.*

DOS BASTARDOS DOS REIS

§ V — É pequena a diferença entre os filhos legítimos e bastardos dos Reis; com efeito, todos se chamam por direito filhos do Rei, visto que de Reis foram procriados. No entanto, aos legítimos pertencem alguns direitos principais, que todas as leis, incluindo as nossas, denegam aos bastardos.

Os bastardos dos Príncipes pouco distavam dos legítimos entre os Francos, Visigodos e outros povos, Gregório de Tours, *História*, liv. III, 27, IV, 5, VI, 21, Isidoro, *Chronica Gothorum*, ao ano 545

(1) Palavra grega que significa *bastardos* (Nota do Traductor)

da Era. Em Portugal, desde o início do Reino sempre foram tidos em grande honra, e precedem em dignidade os Senhores e Magnates do Reino. No entanto, não lhes compete o título de Infante, mas aos legítimos somente, também não sucedem ao Pai no Reino, como em seu lugar diremos (*Instituições*, liv. III, tit. IX, § III, Nota). Usam apenas do nome próprio ou patronímico e chamam-se pública e particularmente de dom, no que se distingue dos outros elementos mais altos da nobreza. São havidos como filhos do Rei, logo que reconhecidos pelo pai ou pelo irmão, sem necessidade de carta de legitimação

DOS BASTARDOS DOS OUTROS

§ VI — Os bastardos filhos de homens particulares, ainda que espúrios e *nothi*, também mal diferem dos filhos legítimos, pois não são infames, nem lhes fica apegada mácula alguma, visto que sucedem na nobreza do pai, e usam as mesmas armas; no entanto, devem introduzir no brasão de família uma barra que chamamos *quebra da bastardia*, Ord. liv. 5, tit. 92, § 4, no fim, Man. liv. 2, tit. 37, § 3.

Concedendo estas Ordenações aos bastardos o uso de armas que só aos nobres é permitido, necessariamente que eles sucedem na nobreza dos pais. E não fazemos diferença entre os *nothi* ou espúrios, e os naturais, isto é, os nascidos de solteiro e solteira, porquanto são todos abrangidos na palavra *bastardos* e significados nas citadas Ordenações, as quais, como não fazem semelhante distinção, parecem attribuir a ambos a nobreza do pai; e deste direito já há muito usamos, o que eu podera facilmente confirmar com muitíssimos exemplos, se fosse necessário. O contrário agada a Portugal, *De donacionibus*, liv. 2, cap. 17, desde o n. 54, Carvalho, ao cap. *Raynaldus*, do tit. *De testamentis*, p. 1, desde o n. 250, Reinoso, *Observat.* 53, os quais são confundidos, e bem, pelo Autor da *Nobiharcha Portuguesa*, cap. XIX. Por conseguinte, o bastardo filho de nobre é nobre, e não fica nele infâmia ou mácula, na verdade, ninguém se torna infame por vício de nascimento, mas apenas por sua própria pessoa. E sobre esta matéria, de que falaremos em seu lugar (Tit. XIII, § XIII, Nota, deste livro), deve ver-se e louvar-se entretanto a Ordenação, liv. 4,

tit 90, § 1, Man. tit 47, § 1, *ibi* *pessoa infame de infamia de direito, ou de feito, assi como se o herdeiro instituido fosse reputado entre os bons por vi e torpe, e de máos costumes, por ser bebado, taful ou de outra semelhante torpeza*. Valasco, *Consul.* 17 Daqui resulta que os espúrios de nobres, clérigos, e plebeus, recomendáveis por suas virtudes e bons costumes, não devem ser excluídos das honras e cargos públicos. Mas só gozam da nobreza paterna os bastardos, quer naturais, quer espúrios, que forem admitidos e reconhecidos pelo pai, ou em testamento, ou em alguma escritura pública ou particular que faça fé Do direito de successão não inquirimos agora

O FILHO TAMBÉM É NOBILITADO PELA MÃE

§ VII — Ora, porque pelo nosso direito a nobreza também deriva da mãe para os filhos, Ord liv. 5, tit. 92, § 4, *ibi*: *E se quizerem tomar sómente estremes as armas da parte de suas mãis*, e § 6: *fulhos, nem netos de fidalgos da parte de seus pais, ou mãis*, é consequente que gozam da nobreza materna não só os filhos legítimos, mas também os naturais, e mesmo os espúrios; e nem do delicto da mãe pode resultar que o filho perca, sem feito seu, o direito de nobreza que, por permissão da lei, adquiriu logo pelo nascimento.

O que dissemos dos bastardos, tanto naturais como espúrios, em relação ao pai, deve principalmente applicar-se à mãe, cuja cognação segue; e quanto a dizer-se vulgarmente que a mulher, que luxuriou fora do matrimónio, se faz infame, é isso inteiramente falso, quer falemos da infâmia de direito, quer da infâmia de facto, pois isso apenas pode applicar-se à que abertamente se entregou ao lucro meretrício. Deve-se, portanto, dizer que o filho de concubina ou manceba, que copulou com aquele com quem se juntou, ou com clérigo secular ou regular, participa também da nobreza da mãe. Na verdade, aquellas coisas que correntemente se costumam dizer do ódio desta união proibida e condenada, não devem prejudicar o filho, a quem nada se pode imputar, pois *o crime ou a pena paterna nenhuma mácula podem infligir ao filho*, consoante bem diz Calístrato, na lei 26 do tit. *De poenit*

§ VIII — As crianças expostas gozam dos direitos dos legítimos e são reputadas em direito como livres e legítimas, porquanto, devendo-se na dúvida preferir o mais favorável, é de crer que os expostos nasceram de matrimónio legítimo e de homens livres, e que, por isso, devem ser admitidos, sem dispensa alguma, não só às ordens sacras e beneficentiaes ecclesiásticas, mas também a quaisquer honras e officios civis, Alvará de 31 de Janeiro de 1775, § 7, no fim, *ibi*: *Exceptuo porem aquelles privilegios, que pertencem á ingenuidade, e habilitação pessoal dos mesmos orfãos; porque destes ficarão gozando sem quebra, ou restricção alguma*; lei últ. do tit. *De infantibus expositis*, do Código; Novela 153, cap. único, *De infantibus et languidibus expositis*; Gonçalves, *ibidem*; Berard, tomo III, Dissert. VI, quaestio IV, no fim; e outros

DOS LEGÍTIMOS OU ADOPTIVOS

§ IX — No nosso direito o filho legítimo, isto é, o adrogado ou adoptado, não é havido como filho sem confirmação do Príncipe despachada no Desembargo do Paço, Ord. liv. 1, tit. 3, § 1, e tanto a adopção como a adrogação dos filhos-familia tem de ser confirmada, pois ambas se entendem na palavra *perfulhamentos*, e carecem de confirmação segundo a dita Ordenação. Todavia, de nenhuma delas temos que tratar aqui, visto que não estão em uso, conforme testemunha Cabedo, P. II, *Decisio* 70, e o opúsculo intitulado *Errata da Nova Recopilação das Leis e Ordenações deste Reino de Portugal. com algumas outras advertencias necessarias e substanciaes*, impressa em Lisboa por Pedro Crasbeck, no ano de 1603, nas palavras *Confirmações de perfulhamentos, ibi*: *Ha-se de advertir, que estas confimações se não passam per stilo, que ha em contrario como tam-*

bém se não confirmão doações de mulheres pelo Regimento novo dos Desembargadores do Paço, neste livro 1, § 12 (§ XX. Tit. V, deste livro).

Como as adopções ou ad-rogações, que nós indistintamente chamamos *perfilhamentos*, devem ser confirmadas pelo Príncipe, há que aplicar aos filhos legítimos, ou adoptivos, tudo aquilo que se applica aos naturais legítimos pelo Príncipe. Mas, embora esses perfilhamentos não estejam actualmente em uso, eu, para dizer a minha opinião, entendo que elas podem, e bem, ser recebidas e admitidas no País, mormente se o seu uso estiver de tal modo definido por lei pública, que com elas não se promovam os vícios nem se impeçam os matrimónios. Eis por que não se devia conceder: I) ao pai adoptar o seu filho natural; nem II) àquele que tivesse filho legítimo, ou irmãos; nem III) àqueles que por direito são hábeis para contrair matrimónio e procriar descendência. E conosco pensa assim Monsieur d'Olivier no opúsculo intitulado *De la réforme des loix civiles*, P. II, liv. 4, cap. 2, pág. 210. No Código de Frederico, liv. 1, tit. 9, art. 1, § 10, as adopções são realmente recebidas, mas sem selecção alguma, e segundo a forma do direito romano, tal como os restantes capítulos do mesmo Código. Quanto, porém, ao que aqui referimos, seguindo Cabedo, acerca da impossibilidade de confirmar as doações das mulheres, é inteiramente verdade, e consta do § 12 do Regimento do Paço, no qual expressamente se recusa a faculdade de insinuar estas doações, faculdade esta que em qualquer caso concede a Ord. liv. 4, tit. 62, Man. 54, a qual se vê ab-rogada pelo dito parágrafo. Todavia, na praxe também as doações das mulheres que excedam a quantia contida nas mencionadas Ordenações, hoje e já de há muito valem, depois de pedida a insinuação, e podem concedê-las os Desembargadores do Paço pelo Alvará de 24 de Julho de 1713, Colecção I, N. 1, ao Regimento do Paço. A Nova Constituição de 25 de Janeiro de 1775 confirmou nesta parte as citadas Ordenações.

DOS LEGITIMADOS

§ X—Os legitimados por qualquer modo obtêm quase todos os direitos dos legítimos, gozando, assim, da nobreza paterna e podendo desempenhar todos os cargos civis. Quanto

aos legitimados por seguinte matrimónio, ninguém duvida; e quanto aos outros, consta suficientemente das palavras de legitimação que se costumam inserir no respectivo rescrito: *E utrosi quero, e outorgo que o dito N. haja a nobreza e privilégios della, que por direito commum, Ordenações, e usança de meus Reinos haver deveria, se de legitimo mairimonio nascido fosse.* Carvalho, ao cap. *Raynaldus*, do tit. *De testamentis*, P. I, desde o n. 254.

Fique, pois, assente que, no tocante aos direitos civis, nenhuma diferença existe entre os simplesmente naturais, espúrios e legitimados, e entre os simultaneamente naturais e legítimos, e que aqueles devem ser admitidos a todas as dignidades e officos da República, caso sejam considerados dignos disso, e que entram na nobreza do pai ou mãe, mas que, no respeitante à casa e família do pai, devem ser havidos como quase estranhos, não estando, por isso, sob o poder do pai, nem gozando, nos bens deste, de direito de successão igual aos dos legítimos.

SÃO DEVIDOS ALIMENTOS AOS FILHOS

§ XI—Os pais são obrigados a alimentar os filhos de qualquer qualidade e condição, pois, como bem diz Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VII, § IV, *Aquele que é causador da existência dum homem, deve, quanto puder e for necessário, provê-lo do indispensável à vida humana, isto é, à vida natural e social (pois para esta nasceu o homem)*. Assim, de facto, o reclama a voz da natureza, a qual seguem todos os direitos e as Ordenações Régias, liv. 1, tit. 88, §§ 10 e seguintes, liv. 3, tit. 9, § 4, tit. 18, § 6, e liv. 4, tit. 99, Man. 68, Afons. 92.

Os alimentos são devidos ou pelo direito do sangue e pela lei, e destes se trata aqui, e nas citadas Ordenações, e no tit. *De agnoscendis et alienis libens*, do Digesto; ou pelos estranhos por força de contrato ou testamento, e destes se trata no tit. *De alimentis et ciba-*

ius legatis, do Digesto Esta diferente qualidade de alimentos vê-se reconhecida na Ord liv 3, tit 18, § 6, nas palavras *alimentos devidos per diretto*, Man. liv 3, tit 28 A palavra *alimentos* abrange não só a comida, o vestuário, e a habitação, mas também a instrução e educação honesta, conforme a condição e as possibilidades do pai, e a condição do filho, Ord liv 3, tit 9, § 4. no fim, e liv. 4, tit 99, no princ., e liv. 1, tit 88, §§ 10 e 16 São, portanto, devidos aos filhos tantos os alimentos *naturais*, como os *civis*

QUEM DEVE ALIMENTAR O FILHO NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÓNIO

§ XII — Na constância do matrimónio os filhos devem ser alimentados dos bens comuns, Ord liv. 4, tit 99, no princípio, *ibi: Nascendo algum filho de legitimo matrimonio, em quanto durar o matrimonio entre o marido e a mulher, eles ambos o devem criar ás suas próprias despesas; e dar-lhe as cousas, que forem necessarias segundo seu estado e condição.* E devem ser alimentados a expensas do pai e da mãe, quer o matrimónio haja sido contraído simplesmente e conforme o costume do Reino, quer haja sido segundo a forma do direito romano por dote e arras, porquanto a dita Ordenação é geral e deve, por isso, ser entendida genêricamente e sem distinção alguma.

E POR QUEM, NO CASO DE O MATRIMONIO SE DISSOLVER POR MORTE

§ XIII — Dissolvido o matrimónio por morte de pai, deve o filho ser alimentado a expensas suas e dos bens próprios, Ord liv 4, tit. 99, § 2, e liv. 1, tit. 88, § 10. *e todo o al lhes será dado dos bens dos ditos orfãos.*

§ XIV — Se o matrimónio for dissolvido por divórcio, deve o filho ser criado apenas a expensas do pai, caso este possa cuidar dele e dar-lhe alimentos dos bens próprios, o que se deve entender mesmo no caso em que a mãe seja rica e haja dado causa ao divórcio; efectivamente, a culpa e injúria desta não pode livrar o pai da obrigação de prestar alimentos Valasco, *Consult* 92

É opinião vulgar que o filho deve ser criado a despesas do cônjuge que deu causa ao divórcio, e essa opinião apoia-se sobretudo na autoridade da Novela 117, cap 7, à qual entre outros responde o citado Valasco Mas eu não admito esta excepção à regra que manda ao pai alimentar o filho em qualquer tempo, porque não a vejo aprovada pelas nossas leis e costumes

A MÃE É OBRIGADA A ALIMENTAR SUBSIDIARIAMENTE

§ XV — A mãe só subsidiariamente é obrigada a alimentar os filhos; e I) quando já não existe o pai ou algum ascendente da linha paterna que preste alimentos; II) se o pai for tão pobre, que tenha de ganhar o pão por suas mãos, não podendo, por isso, valer-se a si e aos filhos; e III) se o filho for tão pobre, que não tenha bens nenhuns donde se possa alimentar, Ord. liv 1, tit. 88, § 10, vers. últ., e § seg., e liv. 4, tit. 99, § 2, *ibi: E não tendo o filho bens, far-se-ha á custa da mãe, em quanto o ella bem poder fazer.*

É vã esta questão que se move sobre a criação dos filhos na constância do matrimónio, pois eles devem ser alimentados dos bens comuns Por isso, só pode ter lugar, quando o matrimónio for dissolvido, devendo-se então dizer que a mãe e os ascendentes maternos

apenas são obrigados subsidiariamente, e à falta do pai ou ascendentes paternos, segundo a citada Ordenação, a lei 5, § 2, do tit *De agnoscendis et alienis liberis*, e Surdo, *De alimentis*, tit I, quaest 1 e 2

E É OBRIGADA A AMAMENTAR OS FILHOS NOS TRÊS PRIMEIROS ANOS

§ XVI — A mãe deve ela mesma amamentar o filho nos três primeiros anos, salvo se for nobre e de condição que não costume alimentar os filhos aos peitos; o pai é obrigado a fornecer-lhe tudo o mais que for necessário ao filhinho dentro dessa idade, Ord. liv. 4, tit. 99, no princípio: *a mãe será obrigada criar o filho até idade de três annos de leite sómente, e o pai lhe fará a outra despesa necessaria para sua criação. Porem, se a mãe for de qualidade, que com razão não deva criar seu filho aos peitos, o pai será obrigado a o mandar criar á sua custa no tempo de três annos, assi de leite, como de qualquer outra despesa necessaria para sua criação*

Na palavra *alimentos* cabe de modo muito especial a aleitação. Por consequência, parece verdadeiramente faltar ao seu dever a mãe que, por comodidade ou para conservar a forma, entrega o filho à amamentação de mulher alheia, quando ela mesmo abunda em leite. Cabem nesta matéria as observações feitas por Plutarco, *De educatione liberorum*, p. 3, por Gélio, *Noctes Atticae*, XII, pelo Pontífice, no cânone 4 da Distinção V, pelo nosso D. Rodrigo da Cunha nos comentários a esse cânone, e por Temudo, *Decisio* 32, e são notáveis a este respeito os escritos médicos e políticos do nosso Sanches nas cartas *Sobre a educação da mocidade*, Colônia, 1760, pág. 116. Todavia, não se deve levar à conta de falta que uma mãe muito delicada, fraca e destituída de leite, entregue a criança a uma ama

OS ESPÚRIOS TAMBÉM DEVEM SER ALIMENTADOS PELO PAI, E SUBSIDIARIAMENTE PELA MÃE

§ XVII — O que dissemos dos legítimos, também se deve estender aos ilegítimos. Com efeito, só o pai os deve alimentar, mas a mãe não, a não ser subsidiariamente e de leite só nos três primeiros anos, devendo-se entender isto não só dos filhos simplesmente naturais, mas também dos próprios espúrios, incestuosos e sacrílegos, os quais todos devem ser alimentados e educados pelo pai natural quase deste mesmo modo, Ord. liv. 1, tit. 88, § II, e liv. 4, tit. 99, § I.

Ignorando a natureza a diferença dos filhos, e sendo os chamados filhos ilegítimos, seja qual for a sua qualidade e condição, filhos por natureza, segue-se que todos eles devem ser dignamente alimentados e educados pelo pai. Foi isto mesmo que estabeleceu Clemente III, ou, como outros lêem, Celestino, no cap. 5 do tit. *De eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterum*, onde se manda criar os espúrios até onde lhes chegarem as posses, palavras estas que provam serem devidos aos espúrios não só os alimentos *naturais*, mas também os *civis*, visto que ambos se contêm na digna educação civil que os pais são absolutamente obrigados a dar aos filhos, não certamente por comensuração, isto é, para que não morram de fome, mas por um perfeito direito. Na verdade, devem não só conservar os filhos, prestando-lhes, por isso, tudo o que for necessário à vida, mas também engrandecê-los e felicitá-los quanto puderem, e assim educá-los, para que possam um dia ser úteis à pátria para a qual nasceram. No entanto, não devem estas minhas palavras ser tomadas tão à letra, que eu julgue que se devem prestar, tanto aos espúrios como aos legítimos, alimentos iguais e igualmente abundantes, mas que devem ser alimentados e tratados pelo pai, conforme sua condição e posses, por forma que não constituam uma desonra para ele, nem um fardo para a República. Gil, à lei 5 do tit. *De justitia et jure* do Digesto, no princípio, n. 35, Gama, *Decisio* 201, n. 4, Temudo, *Decisio* 36, n. 6. Barbosa, à lei 1, p. 4, desde o n. 64. Sendo isto assim, Bento XIV seguiu de perto a natureza, no *Synod. Dioecesis*, liv. XIII, cap. XXIV n. 21, onde diz que os clérigos beneficiados são obrigados a alimentar os seus filhos ilegítimos não menos dos bens patrimoniais que das

rendas eclesiásticas É, por conseguinte, barbara e contrária à razão natural e civil a Autêntica *Ex complexu*, do tit. *De incestis et inubus nuptis*, do Código

QUANDO PODE A MÃE REPETIR OS ALIMENTOS

§ XVIII — Como a mãe só subsidiariamente é obrigada a alimentar os filhos (§ XV), segue-se que, se os alimentar em vida do pai ou após a morte deste, pode cobrar as despesas pelos bens do pai ou do filho. Não pode, porém, repetir aquilo que fez por obrigação de piedade, ou aquilo que de livre vontade gastou com o filho, ainda que este fosse educado pelo seu pai, salvo se expressamente houver protestado que alimentava o filho, com intenção de se cobrar do próprio filho ou do pai ou tutores dele; sendo assim, a mãe, que administra os bens do filho ou for sua tutora, pode pedir os alimentos que sem protestação alguma prestou ao filho, pois é verosímil que o haja alimentado de sua própria fazenda, e por isso não com ânimo de doar, Ord. liv. 4, tit. 99, §§ 3, 4 e 5, tirada da lei 34 do tit. *De negotiis gestis*, e da lei 5, § 14, do tit. *De agnoscendis et alendis liberis*

O que acabámos de dizer respeita sobretudo aos alimentos pretéritos, que a mãe realmente pode repetir do pai, segundo a citada Ord. liv. 4, tit. 99, § 1, *ibi* *será feita á custa do pai*, e *ibi* *E se nos atos tres annos a mãe fizer com o filho alguma despesa, que o pai he obrigado fazer, poderá em toáo caso cobrala, e havela do pai* São, portanto, contrárias a esta Ordenação as sentenças da Relação do Porto dos anos de 1592 e 1602, *apud* Barbosa, nos comentários à mesma Ordenação, n. 26, e, assim, de nenhum valor

OS ALIMENTOS NÃO SÃO DEVIDOS AOS FILHOS MAIORES RICOS

§ XIX — Porém, não são obrigados os pais a alimentar de seus próprios bens os filhos ricos, ou maiores, que possam abas-

tar-se com o seu trabalho, lei 5, § 7, do tit. *De agnoscendis et alendis liberis*, Ord. liv. 1, tit. 88, § 10, no fim, *ibi*: *até serem de idade, em que possam merecer soldada*. Todavia, o filho desta condição, que não possa servir a outrem sem desonra nem resalva de sua dignidade, deve ser inteiramente alimentado pelo pai, Perez, no n. 8 dos Comentários ao tit. *De alendis liberis*, do Código.

NEM AOS INGRATOS

§ XX — Aos filhos ingratos, que mal merecem dos pais e podem, por isso, ser deserdados, não são devidos alimentos, o que se deve entender dos alimentos *civis* e mais ricos conforme a condição do pai, pois, quanto aos alimentos naturais, não pode o crime dos filhos, por mais grave que seja, suprimi-los e ab-rogá-los totalmente. Por crime dos pais não podem, por lei alguma, ser os filhos privados dos alimentos, que lhes são devidos pelo direito natural.

É opinião corrente que os pais devem denegar alimentos aos filhos pelas mesmas causas com que os podem por direito deserdar e que são enumeradas na Ord. liv. 4, tit. 88, Man. 72, Afons. 99. Esta opinião é verdadeira e consentânea com a razão do direito e da equidade, se se entender somente dos alimentos *civis*. Por outro lado, não se deve confundir em nada a causa dos alimentos com a causa da legítima sucessão. Com efeito, os alimentos somente são devidos em vida do pai aos filhos que não têm donde se alimentem, e conforme a qualidade e idade dos filhos, ao passo que a legítima não é devida senão depois da morte do pai, e sempre sem olhar à idade, qualidade e riquezas dos filhos. Valasco, *De partitionibus*, cap. XVIII, p. 40. A confiscação de bens em crimes capitais, como os de heresia e lesa-majestade, estatuída na Ord. liv. 5, tit. 1, no fim do princ. e tit. 6, § 9, deve ser entendida, salvos sempre os alimentos devidos ao filho pelo direito natural, como em seu lugar diremos (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. I, § XVII, Tit. II, §§ IX e X, Nota, e Tit. III, §§ II e IV, Nota).

§ XXI — Ora, isto e inteiramente verdade, se o pai confessar que o filho é seu; mas, se negar, pode ser obrigado em juízo pelo filho ou pela mãe a reconhecê-lo e alimentá-lo, Ord. liv. 3, tit. 9, § 4 (*Instituições*, Liv. IV, Tit VI, §§ VII e XXIII, deste livro).

O senátus-consulto *Planciano sobre o dever de reconhecer os filhos* havidos após o divórcio, apenas deve ser referido aos divórcios dos Romanos, feitos por autoridade particular, não tendo, por isso, actualmente uso nenhum. O mesmo se deve dizer doutro senátus-consulto, publicado no tempo de Adriano, sobre o reconhecimento do parto na constância do matrimónio, lei 3, § 1, do mesmo título do Digesto, pois difficilmente succede um caso em que se possa duvidar da legitimidade do filho nascido de justas núpcias. Porém, a sentença e disposição desse senátus-consulto estende-se perfeitamente aos filhos de fora do matrimónio. Eis porque a mulher, que teve um filho de união ilegítima e reprovada pelas leis, acciona por direito contra o pai, para este o reconhecer e alimentar, no entanto, o reconhecimento necessariamente traz consigo a obrigação de alimentar, lei 1, § 14 e lei 4, do tit *De agnoscendis et alienis liberis*

E QUE FILHOS É O PAI OBRIGADO A RECONHECER

§ XXII — Ora, os pais são obrigados a reconhecer os filhos que se sabe terem nascido dele, para cujo efeito valem as seguintes presunções e outras semelhantes. I) a prova do coito; II) o frequente convívio com a mãe; III) a ausência simulada; IV) a fuga do pai, pois o torna suspeito; V) a circunstância de ser havido como seu filho pela voz geral e pelos vizinhos; VI) o reconhecimento, educação e entrega a uma ama feitos pelo pai, ou então a sua nomeação em testamento ou em outra qualquer escritura pública ou particular; ou VII) o nome e o cognome de família; e enfim outros argumentos e provas que

Pegas longa e fastidiosamente explica, como é seu costume, no *De maioratibus*, cap. 9, desde o n. 446, Febo, *Decisio* 76, Nn. 6, 7, 8 e outros

Sobre a prova de filiação muitas coisas ensinam a cada passo os escritores nacionais e estrangeiros em lugares conhecidíssimos, que não temos vagar de transcrever aqui. Limto-me a observar que, para o juiz decretar alimentos ao filho, bastam quaisquer conjecturas e presunções de direito, que seguramente não bastariam, se a questão incidisse sobre a sua successão e outros direitos, o que tudo se deve attribuir ao facto de se tratar da causa de alimentos, que é uma causa especial e se chama, e bem, uma causa favorável, Ord. liv. 4, tit. 78, § 3

A ACÇÃO DE ALIMENTOS

§ XXIII — Os alimentos devidos pelo direito de sangue e pela lei (§ XXI deste tit.) são pedidos ao officio do juiz secular e não do eclesiástico (*Instituições de Direito Público*, Tit V, § XLV), pois trata-se de uma causa temporal e muito favorável, a qual, por isso, nem admite a compensação, Ord. liv. 4, tit. 78, § 3, nem a ordem ordinária do processo, nem a apelação suspensiva, Cabedo, P. I, *Decisio* 66, Febo, P. I, Arest. 98, e II, Arest. 72, Pegas, *Forenses*, cap. 15, n. 103.

Os alimentos, devidos por contrato ou testamento, devem ser pedidos em acção própria e ordinária fundada em contrato ou testamento, e não ao officio do juiz. Seja, porém, qual for o modo por que se peçam em juízo, é uma causa sumária e deve ser tratada pela forma do processo sumario; nisto difere da causa de filiação, na qual se faz mister maior rigor para que alguém seja reconhecido como filho, e que é, por sua natureza, ordinária. Mas, se, como as mais das vezes succede, se juntar à causa de filiação a questão de alimentos, esta deve ser tratada em primeiro lugar, e, após haver tomado conhecimento sumário, devem os alimentos ser decretados por sentença do juiz, sem que com isso se prejudique a causa de filiação, a qual, como ordinária que é, requer mais larga investigação, Covarrúbias, *Practi-*

caes *Quaestiones*, cap 6, onde diz que basta para decretar os alimentos que a filiação seja provada por uma única testemunha ou pela fama dos vizinhos

E DOS ALIMENTOS PROVISIONAIS

§ XXIV — Na mesma causa entram os alimentos, que chamamos *in litem* (alimentos provisionais), pois as despesas necessárias para a demanda devem também ser sumariamente atribuídas ao filho juntamente com os alimentos necessários ao seu sustento.

Provada de qualquer modo a causa de filiação, antes que o juiz conheça dela e faça a pronunção, devem os alimentos ordinários e os provisionais ser sumariamente decretados pelo juiz, o que, embora não se ache expressamente determinado nas nossas leis, foi, todavia, de direito e mérito recebido no foro, talvez em consequência das palavras e sentido da lei 27, § 3, do tit *De inofficioso testamento*, do Digesto, onde em causa de deseramento, uma vez interposta apelação pelo herdeiro, *aprouve decretar-se entretanto os alimentos, conforme as posses, por causa da carência de meios do pupilo, e considerar necessário que o adversário lhes forneça até ao fim da demanda* Estas duas espécies de alimentos definidas no decreto não se suspendem com a interposição da apelação, sobretudo se se certificar que o filho não tem donde lhe venha o sustento e com que possa possuir a demanda; além disso, não deve o filho ser obrigado a prestar caução alguma ou dar fiadores idóneos, pois dificilmente os encontrará, e até nem deve ser obrigado a restituir os alimentos percebidos, ainda quando não vença, na instância de apelação Valasco, *Consult* 1, Cabedo, P 1, *Decisio* 66, Covarrúbias, *Practicae quaestiones*, cap 6.

SÃO DEVIDOS ALIMENTOS AOS PAIS E COLATERAIS

§ XXV — Também pelos filhos são devidos alimentos aos pais, porque é uma acção infame não os alimentar. Com efeito,

o dever de alimentar é recíproco entre pais e filhos, não interessando que estes sejam legítimos ou ilegítimos. Deve também o irmão prestar alimentos ao irmão germano ou unilateral, mesmo natural e ilegítimo (*Instituições*, Liv III, Tit. IX, § XXIX). Os transversais de grau inferior não são obrigados pelo direito de sangue ou por razões de piedade ou comiseracão a alimentar os outros transversais; são, no entanto, obrigados enquanto herdeiros e sucessores daquele que lhes devia prestar alimentos Cessam, porém, estes alimentos, assim como os dos filhos, perante notável ingratidão do pai ou do irmão, o que se deve entender dos alimentos civis somente, conforme já acima advertimos (§ XX deste tit.). São também devidos aos pais e irmãos os alimentos provisionais que o juiz deve igualmente assinar-lhes. E, finalmente, acerca da prestação de alimentos deve para todos os efeitos ver-se o Assento da Casa da Suplicação de 9 de Abril de 1772, que D. José I confirmou pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776; a lei 5, §§ 1 e segs, do tit *De agnoscendis et alendis libens*; a lei 5, do tit. *De patria potestate*, do Código; a lei 2 do tit. *De alendis libens*, do Código; Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VII, § V; Guerreiro, *De munere judicis orphanorum*, liv 5, cap. 15; Temudo, *Decisio* 35; e outros.

OS DIREITOS DOS AGNADOS

§ XXVI — Os agnados e os cognados, visto que são abrangidos no nome geral de família, lei 195, § 2, do tit. *De verborum significatone*, gozam de muitos direitos da família, que em seus lugares mais oportunamente diremos. Daqui resulta que são admitidos *ex officio* a acusar ou defender os consanguíneos, Ord. liv. 5, tit. 124, § 9; que são seus legítimos tutores, Ord. liv. 4, tit. 102, § 5; e, para omitir outros direitos, sucedem nos bens deles, Ord. liv. 4, tits 90 e 94, no princípio, e 96

emprestar a mulher, e muito menos no direito de vida e morte, mas na faculdade de dirigir as acções da mulher, defendê-la, e castigá-la moderadamente quando desregrada, Ord liv 5, tit 36, § 1 (*Instituições*, Liv. I, Tit. III, § V).

O direito de corrigir as mulheres pouco dóceis foi sempre recebido em Portugal, e mais entre os plebeus que entre as pessoas de qualidade. Muitas vezes aquelles derivam para as sevícias, por mor das quais quase todos os dias se afadigam os juizes, mormente os eclesiásticos. E não raro essas discórdias matrimoniaes se resolvem com a separação de cama e mesa por algum tempo.

TÍTULO VII

DO PODER DO MARIDO SOBRE A MULHER

O PODER DO MARIDO SOBRE A MULHER

§ I — Ao marido compete um certo poder sobre a pessoa da mulher, que a ele se submeteu com consentimento próprio e até pelo direito natural, e igualmente sobre os seus bens e acções: poder este que é aprovado na Ord. liv. 4, tit. 66, no princ., palavras *sob seu poder*, e noutros passos

Todos os direitos aprovam este poder do marido sobre a mulher. Por instituição de Rómulo, a mulher era considerada partícipe das coisas sagradas e dos bens, e estava tal como uma filha-família na mão e poder do marido, mas não sob a sua tutela, da qual pelo direito romano estão imunes os púberes, que, sejam homens, ou mulheres, se podem defender por sua livre vontade, lei 1, do tit. *De tutelis*. Porém, a tutela marital aprouve aos Germanos, Gauleses e outras nações, Beyer, Dissert. *De hodierna tutoris ac curatoris differentia*, Heinéccio, Exercit. XXV *De marito tutore, et curatore uxoris legitimæ*. Todavia, nas leis dos Visigodos, com as quais outrora vivemos, estava estabelecido no liv. IV, tit. 2, lei 15, que o marido tem a sua mulher sob seu poder. Por conseguinte, nem nas nossas leis, nem nas visigóticas, se acha vestígio da tutela marital.

EM QUE CONSISTE

§ II — Mas este poder marital dista muito do império e poder heril, porquanto não consiste no direito de vender ou

ALGUNS EFEITOS DO MESMO

§ III — Competindo ao marido um certo poder sobre o corpo e pessoa da mulher, segue-se que não só a pode castigar, Ord. liv. 5, tit. 36, § 1, mas também prender em cárcere privado, por argumento da Ord. liv. 5, tit. 95, § 4, acusar de adultério, Ord. do mesmo liv., tit. 25, § 3, e Nova Constituição de 26 de Setembro de 1769; matar a mulher apanhada em adultério, Ord. liv. 5, tit. 38, no princípio, o que não é concedido ao pai pelo nosso direito; e daí resulta também que a esposa deve ser decentemente sustentada, não só dos bens comuns, mas também dos bens próprios do marido, Ord. liv. 4, tit. 103, § 1, e que, finalmente, a mulher não é admitida em juízo sem consentimento do marido, Ord. liv. 3, tit. 47.

A mulher sem consentimento e autondade do marido nem sequer sobre os bens móveis é admitida em juízo, mas o marido, pelo contrário, sim. Exceptuam-se dois casos que confirmam a regra em contrário: I para revogar a alienação de imóveis feita sem consentimento dela, Ord. liv. 4, tit. 48, § 2, II para revogar as coisas que o marido deu à concubina, Ord. tit. 66 do mesmo livro.

ADMINISTRAÇÃO RESTRITA DO MARIDO

§ IV — E, porque o marido também tem direito sobre as acções e bens da mulher, resulta também que a pode e deve dirigir nos negócios públicos e particulares, muito especialmente defendê-la em juízo, e administrar dentro e fora de casa todos os bens de família; contudo, esta administração não é tão livre, que ele possa dispor tanto dos bens móveis como imóveis sem consentimento da mulher, Ord. liv 4, tits. 48, 60, 64 e 66.

A mulher não está sob o domínio e tutela do marido, mas sob o seu poder, e tão sujeita a ele, como cabeça e chefe de família, quanto o parece exigir a natureza da sociedade conjugal, à qual quase todas as nossas leis foram acomodadas, e, como pelas mesmas leis é companheira e não escrava do marido, resulta que o marido não pode alienar contra a vontade dela as coisas imóveis, Ord liv 4, tit 48, nem os móveis de maior valor, tit 64, nem ficar por fiador de outros, tit 60 do mesmo liv. Exceptua-se a fiança por débito público, a qual afecta indistintamente todos os bens móveis, embora tenha sido feita sem consentimento da mulher, de harmonia com a dita Ordenação que Barbosa explica bem nos comentários à lei 1 do tit *Solutio matrimonii*, do Digesto, p 3, Na 60 e 61

DO MARIDO DA RAINHA

§ V — Também está sujeita a este poder marital a Rainha casada com um Príncipe, o qual nenhum império tem no Reino dela, sem, todavia, deixar de estar submetido, tal como os restantes súbditos, e com ressalva das suas prerrogativas de marido, ao poder e império civil da mulher; porém, estes princípios devem ser definidos mais pelas Leis Fundamentais do Reino e pelos pactos públicos antenupciais, que pelo direito natural, ou pelo civil particular.

A Rainha, que é obrigada a casar com um Príncipe particular, não lhe comunica a majestade, por isso, impera no marido, e exerce

sòzinha o império na sociedade civil, na sociedade conjugal, porém, está sujeita ao marido Sobre o mando da Rainha dá, entre outros, João Filipe Palthen, numa dissertação especial sobre este assunto, vários elementos, que não há vagar de transcrever Em Portugal, por disposição das Cortes de Lamego, o mando da Rainha também não usa o nome de Rei, *senão depois que tiver da Rainha filho varão, e quando for nas Cortes, ou autos públicos, o mando da Rainha irá da parte esquerda, e não porá em sua cabeça a Coroa do Reino*

DIREITOS DA MULHER SOBRE O MARIDO

§ VI — A esposa também tem direito, mas não poder, sobre o corpo do marido, e fica a pertencer à família dele Daqui resulta que o marido é igualmente obrigado a guardar a fidelidade do toro conjugal, Ord liv 5, tit 25, porque, como bem diz Lactância, *Divinae Institutiones*, liv. VI, cap. XXIII, *a mulher deve ser ensinada com o exemplo da continência, para proceder castamente É, na verdade, iníquo que exija aquilo que tu mesmo não podes dar.* A mulher pede com justiça alimentos ao marido, Ord. liv 4, tit. 103, § 1; participa da sua dignidade, segue o seu foro e domicílio, e usa quase os mesmos títulos honoríficos e os mesmos privilégios, Ord. liv. 1, tit 91, § 7, liv. 2, tit. 59, § 15, liv. 3, tit. 86, § 23; goza do benefício da restituição por via da pessoa do marido, com o qual se reputa a mesma pessoa, Ord. liv 3, tit. 42, § 4, Reinoso, *Observat.* 30, n. 17; tem com o marido perfeito convívio e sociedade, assim como comunhão de bens. Ord. liv. 4, tit. 46, cuja posse retém por morte dele, tit 95 do mesmo livro; e, finalmente, é havida como se fora um seu cognado, para o efeito de bem poder suceder-lhe ab intestado, Ord do mesmo liv., tit. 94, Man. 69, Afons. 95.

Entre os direitos, que competem à mulher, não é dos mais significantes o direito de seguir a dignidade do marido Com efeito, contendo os casamentos um trato indivíduo de vida e uma comunhão

de direito divino e humano, lei 1 do tit *De ritu nupharum*, são por sua natureza iguais, ainda que contraídos entre pessoas de condição diferente, prevalece, no entanto, a condição do pai de família, que desempenha os cargos e officios da República, e, por isso, a mulher e os filhos seguem o seu foro e domicílio, e participam da sua honra, dignidade e restantes direitos civis. Daqui resultam muitas coisas. Com effeito, em primeiro lugar, a plebeia que casa com um nobre, usa o título e insígnias do marido; semelhavelmente, a nobre que casou com um plebeu segue a condição do marido, e não a paterna, o que parece se deve entender, se distar muito da condição do marido. Da mesma nobreza gozam os filhos nascidos de matrimonio desigual, que sucedem inteiramente ao pai mesmo nos bens Reais, sendo neles preferidos aos filhos havidos posteriormente de mulher illustre. Rei noso, *Observat* 3, Cabedo, P 1, *Decisio* 98, e 213, n 16, Tiraquel, *De nobilitate*, tomo I, cap 18, Strauch, *De jure publico*, liv I, tit 32, § 3, Perez, ao tit *De dignitatibus*, do Código, Henrique Coccey, *Dissert. De lege Morganatica*, Sect III, §§ 2 e segs, e ad Grotium, *De jure belli ac pacis*, liv II, cap V, § 8

DA MULHER DO REI

§ VII — Também a mulher do Rei participa da dignidade do marido, e usa de direito e mérito o título de Rainha; não goza, porém, de império e majestade, estando, por consequência sujeita tanto ao poder material como civil do marido. No entanto, tem, como é justo, muitas honras e privilégios, o que não a escusa de viver com as leis do império, das quais nunca foi desligada.

A mulher do Imperador estava livre por privilégio, não das leis naturais, nem da lei do império, mas das civis somente. Assim rectamente entende Jacobo Gotofredo, Oração *De majestate Principis Romani legibus soluta*, § 3, *Oper Min.*, pág 298, a Ulpiano na lei 31 do tit *De legibus*. Em Portugal, até às próprias leis civis e ao direito consuetudido está sujeita, goza, todavia, de muitos privilégios, pois, além do honorificentíssimo título de Rainha, exerce jurisdição civil e criminal nas povoações doadas, assunto de que tratamos no Tit III,

§ LV. Os seus bens são todos como *Reguengos*, gozam sempre dos mesmos direitos, e são do mesmo modo administrados no Conselho da Fazenda da Rainha, Regimento de 11 de Outubro de 1656. Incorporam nas mesmas penas os que ousarem obstar às graças e privilégios concedidos pelos Sumos Pontífices ao Rei ou à Rainha, Ord liv 2, tit. 15, assum como também os que tentarem contra a vida do Rei ou da Rainha, Ord liv 5, tit 6, § 1 São honradas pública e particularmente com o mesmo título majestático, Extravagantes de 16 de Setembro de 1597 e 29 de Janeiro de 1739, *apud* Colecção I à Ord liv. 5, tit 92, Nn 3 e 4 Assistem com o Rei nas Cortes sob o mesmo docel, ficando, todavia, à esquerda, como mais de uma vez succedeu com as Rainhas D Luísa e D Maria Francisca nos Reinados de D João IV, D Afonso VI e D Pedro II, porém, D Pedro II deu sempre a direita às Rainhas, Sousa, *História Genealógica*, tomo VII, liv. VII, pág. 731. São citadas a juízo só depois de impetrada *carta* que chamamos *de Camara*, Ord liv 3, tit 1, § últ, Extravagante de D Manuel de 31 de Dezembro de 1502, *apud* Leão, p 3, tit 1, lei 1, Cabedo, P 1, *Decisio* 179 Concedem aos moradores de suas terras a immundade dos encargos dos Concelhos, Ord liv 2, tit 45, § 37 Finalmente, na morte da Rainha usam-se, como é costume, os mesmos trajes de dó que na morte do Rei, Extravagante de 24 de Maio de 1749, cap. 17, excepto a cobertura fúnebre dos escudos, cerimonia que apenas é devida ao Rei, ou então à Rainha, que detém o supremo poder, e foi, por isso, omitida na morte do Infante D Pedro, chamado Rei porque era casado com a Rainha Fidelíssima.

TÍTULO VIII

DA COMUNHÃO DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES

DONDE DERIVA A COMUNHÃO DE BENS

§ I — Sendo o matrimónio uma sociedade, e dizendo-se os cônjuges sócios em todos os bens, direitos e fortunas, ninguém pode duvidar de que a comunhão de bens entre cônjuges deriva da natureza e índole da sociedade conjugal, ou que pelo menos é muito consentânea com ela. E, havendo realmente nas nossas leis muitas e notáveis disposições a seu respeito, este assunto é verdadeiramente digno de ser tratado num título especial.

A sociedade conjugal (como agrada perfeitamente a alguns) não arrasta necessariamente consigo a comunhão de bens, visto que foi iniciada, não para se comunicarem os bens, mas para se procriar descendência, no entanto, esta comunhão parece ajustar-se-lhe inteiramente, e é de modo muito especial desejada pela estreitíssima união de vida entre os cônjuges.

NÃO TEM LUGAR NO DIREITO ROMANO

§ II — Rómulo, seguindo a natureza da sociedade, reconheceu e confirmou esta comunhão de bens entre os cônjuges, conforme Dinis de Halicarnasso, *Antiquitates Romanae*, liv. II, nestas palavras: *A lei determinava o seguinte: que a*

mulher casada, que pelas sagradas leis passasse de casa de seu pai para o poder do marido, participasse com ele de todos os bens e coisas sagradas. Plutarco, in *Praecepta connubialia*, liv. XX, Balduin, ad *Leges Romuli*, cap. XIII. No entanto, esta lei não se manteve muito tempo, pois nas núpcias solenes por *confarreação, coempção, e uso*, em sendo a mulher levada de casa do pai para o poder do marido, tornava-se filha-família e sua herdeira, e adquiria tudo para o marido, Ulpiano, in *Fragmenta*, tit. IX, tit. XI, § 13, e tit. XIX, § 18; não podia, por isso, a comunhão de bens ter lugar em sociedade tão desigual, nem o teve depois, com a crescente corrupção dos costumes romanos e a abolição das solenidades nupciais, se isso não fosse expressamente estabelecido, lei 57, § 1, do tit. *Solutio matrimonio*, Tácito, *Anais*, liv. IV, cap. XVI.

Esta comunhão de bens também não tem lugar no direito canónico, pois, contra o que se afirmou a alguns, Urbano III não a estabeleceu com carácter geral no cap. 2 do tit. *De donatombus inter virum et uxorem*, de facto, como bem observa Gonzalez nos commento ao citado cap., n. 6, aquele Pontífice em seu rescripto condescendeu com o costume particular da diocese Lexoviense, onde pelas leis públicas os bens eram divididos entre os cônjuges.

NASCE DO NOSSO DIREITO

§ III — Porém, pelo nosso direito os bens são comunicados entre os cônjuges, salvo se entre eles se acordou e contratou o contrário, e comunicam-se, mesmo sem eles saberem, por virtude e poder da lei, e por costume geral do Reino, Ord. liv. 1, tit. 46, no princ., e tit. 95, Man. tit. 7, e liv. 2, tit. 47, § 1.

A comunhão de bens resulta hoje do matrimónio feito *simplesmente* e sem adição alguma contratual, sendo este o costume do Reino, que, realmente, reinando D. Afonso V, vigorava apenas nalgumas povoações, e nelas somente por ele aprovado, como consta da sua

Ordenação liv 4, tit 12, § 5. todavia, foi genericamente recebido pelas Ordenações posteriores citadas, e vigora em toda a parte, e portanto em todos os bens, quer já adquiridos, quer a adquirir; com effeito, esta comunhão é hoje universal, e comprehende todos os bens que podem ser alienados. Entre os Visigodos a comunhão ou sociedade de bens era particular, e apenas respeitava aos lucros, deste modo, as coisas que haviam chegado a um ou outro cônjuge por direito hereditário, ou haviam caído num deles por favor da sorte, não eram comuns a ambos, mas transitavam-se aos herdeiros de cada um, liv 4, tit. 2, lei 16. Porém, notemos de passagem que alguns políticos consideram esta comunhão de bens, que as nossas leis aprovaram, contrária à utilidade do comércio, crendo, por isso, que sena do interesse público que ela não tivesse lugar pelo menos entre os grandes negociantes. Mas outros que vejam este problema. Em vários aspectos esta comunhão difere da sociedade de todos os bens, que o nosso Valasco enumera por sua ordem no *De parthombus*, cap 5, n. 8

E DO MATRIMÓNIO VERDADEIRO E CONSUMADO

§ IV — Mas esta comunhão de bens só se efectiva, quando se contraiu verdadeiro e legítimo matrimónio, depois perfeito e consumado pela cópula conjugal, pois as nossas leis exigem estes dois requisitos, Ord. liv. 4, tit 46, § 1, Man. liv. 2, tit. 47, § 1.

Ora, visto que as nossas leis requerem cópula conjugal, segue-se por consequência: 1) que não basta o coito ilícito antes do matrimónio, visto que este não se diz consumado nem perfeito por coito antecedente, mas sim por coito subsequente; 2) que não se comunicam os bens, mesmo que a esposa seja levada para casa do marido, se os cônjuges não tiverem leito comum, e ela morrer antes de ser conhecida do marido. O mesmo 3) se deve dizer do matrimónio contraído com mulher enferma, que logo morreu; ou 4) do matrimónio celebrado com mulher que sempre evitou o marido, e nunca lhe deu licença de si ou nunca o recebeu no leito nupcial. Por isso, não se adquirem os lucros nupciais, se os cônjuges não tiverem copulado um com o outro. Um pouco diferentemente pensam Gama, *Decisio* 124, Valasco, *Consull.* 137, n. 8, Covarrúbias, *De sponsalibus*, p 1, cap. 4, n. 23

NÃO TEM LUGAR NO PUTATIVO

§ V — E, como pelas citadas Ordenações se requer matrimónio verdadeiro, segue-se que a comunhão não resulta do matrimónio putativo, o qual, embora contraído de boa fé, foi nulo de princípio. De facto, neste caso a questão deve ser dirimida por novos pactos; comunicam-se, todavia, os adquiridos na constância do matrimónio, se tiver precedido boa fé de ambos os cônjuges. Não entenderam assim António da Gama, *Decisio* 220, e outros.

COMUNICAM-SE OS BENS ADQUIRIDOS E A ADQUIRIR NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÓNIO

§ VI — Quando inquirimos desta comunhão de bens, não interessa nada saber se os cônjuges são maiores ou menores de vinte e cinco anos, pobres ou ricos, nobres ou plebeus, porquanto a comunhão de todos os bens resulta sempre, incluindo mesmo os adquiridos, seja qual for o título, lucrativo ou oneroso, com que tenham sido obtidos na constância do matrimónio; o que, todavia, se deve entender apenas do matrimónio *simplesmente* contraído segundo costume do Reino, e não por dote e arras. Valasco, *De parthombus*, cap 5, Nn 9 e 14.

E MESMO QUANDO DISSOLVIDO O MATRIMÓNIO

§ VII — De igual modo também resulta a mesma comunhão nos bens adquiridos após a separação do matrimónio devida a sevícias ou adultério; de facto, o nosso direito determinou a comunhão de bens em geral, e, como não exceptua nem distingue tempo nenhum, não o devemos distinguir sem lei; isto, porém, deve entender-se enquanto dura o vínculo do matrimónio; por isso, dissolvido o vínculo por direito, cessa a

comunhão. Também, enquanto este vínculo dura, julgo que nada interessa, para induzir a comunhão, se o matrimónio foi separado por culpa da mulher ou do marido, pois com esta pena não é castigado o cônjuge que deu causa ao divórcio.

Costuma duvidar-se se os adquiridos se comunicam em caso de divórcio subsequente Covarrúbias nega no *De sponsalibus*, p. 2, cap. 7, § 1, N.º 6 e 7, porque — diz ele — *as leis sobre a comunhão de bens devem-se entender, depois que o homem e a mulher começaram de coabitarem, e ainda coabitam ao tempo em que as coisas são adquiridas* Diz o mesmo autor, aí também, que os bens adquiridos, já depois de dissolvido o matrimónio, pelo cônjuge que deu causa ao divórcio, se tornam, por pena, comuns a ambos, sucedendo o contrário, se adquiridos pelo cônjuge inocente, para o qual revertem na totalidade, em cessando a coabitação Da mesma opinião foi, entre outros, o desembargador Gama, *Decisão* 357 Eu, porém, resultando a comunhão, por força da lei, de verdadeiro e legítimo matrimónio logo que se lhe acrescentou a cópula conjugal, e compreendendo ela todos os bens presentes e futuros, tanto adquiridos como adquiridos, entendo que ela dura, mesmo após a dissolução do matrimónio, quer porque o vínculo matrimonial não se dissolveu, mas dura e persevera ainda após a separação, quer porque, cessando a causa desta separação, os cônjuges são obrigados a voltar à mesma comunhão, por outro lado, os que dão causa ao divórcio não devem ser castigados com esta pena, e privados da comunhão, visto que não há lei que a inflija Também não exceptuo a causa de adultério, pois, embora a mulher dele convencida e condenada à morte perca os bens dotais e quaisquer outros, que, não havendo filhos, devem ser aplicados ao marido, Ord. liv. 5, tit. 25, § 6, e tit. 38, § 2, esta pena não foi imposta à separação ou divórcio, mas ao adultério

SALVO SE SE PACTUAR O CONTRÁRIO

§ VIII — No entanto, a sociedade ou comunhão de bens, como já advertimos no § III, não tem lugar, se os cônjuges entre si pactuarem o contrário, Ord. liv. 4, tit. 46, no princípio, nestas palavras: *Todos os casamentos... se entendem serem*

feitos per Carta d'ametade: salvo quando entre as partes outra cousa for acordada, e contractada; porque então se guardará o que entre elles for contractado.

OU SE O MATRIMÓNIO FOR CELEBRADO POR DOTE

§ IX — Também não tem lugar, quando o matrimónio foi contraído por dote e arras, e na forma do direito comum, Ord. liv. 4, tit. 47, no princípio, nas palavras: *Quando alguns casão não pelo costume, e lei do Regno, per que o marido e mulher são meeiros, mas per contracto de dote, e arras.*

NESTE CASO NÃO SE COMUNICAM OS ADQUIRIDOS, MAS BEM SE COMUNICAM OS FRUTOS

§ X — Ora, quando os cônjuges excluem por pacto a comunhão, ou, sem adicionar pacto algum, contraem simplesmente o matrimónio por dote e arras, presume-se que se afastam tácitamente da mesma comunhão, e esta já não tem lugar, não só nos bens que eram deles no tempo do matrimónio segundo a citada Ordenação, mas também nos adquiridos depois na sua constância. Não obstante, comunicam-se os lucros e frutos provenientes desses bens.

Alvaro Valasco, *Cons.* 103, n. 7, e Gama, *Decisão* 314, n. 4, julgam que se comunicam os bens adquiridos após o matrimónio, quer porque não foram exceptuados, quer porque a natureza da sociedade conjugal parece exigir esta comunhão. Mas, como a sociedade conjugal não se destina à comunhão de bens (§ I deste título) mas apenas ao concúbulo e trato indivíduo de vida, eu hoje sou de opinião que também não são comuns entre os cônjuges os bens adquiridos constante o matrimónio, mas que devem ser inteiramente adjudicados a um dos dois, e esta é a disposição do direito romano, leis 8 e 11 do tit. *De pactis conventus*, do Código, com a qual se parecem conformar

os cônjuges que contraíam núpcias por dote e arras, e na forma daquele direito. Assim também sentem conosco Barbosa, à lei 1 do tit *Solução matrimónio*, do Digesto, p 1. n. 34, e p 4, n 100, e Pereira, *Decisão* 53 Mas, embora não se comunique a propriedade dos bens, que fica pertencendo ao cônjuge que adquire por qualquer título, comunicam-se, no entanto, os frutos e lucros dela percebidos, os quais, por permissão da lei, e de harmonia com o direito natural, são recebidos pelo marido, que deve, por isso, applicá-los às necessidades da sociedade comum, de facto, ele não é o senhor *in solidum* desses frutos e lucros, mas o seu legítimo administrador e usufrutuário. Pereira, supra, n 8, Barbosa, p 1, n. 36, Valasco, *De partitio-nibus*, cap 6, n 37, Schilter, *Exercit* XXXVI, ad Pandectas, § 78.

NAS SEGUNDAS NÚPCIAS TAMBÉM SE COMUNICAM OS BENS

§ XI — Nas segundas núpcias também se comunicam os bens entre os cônjuges, mesmo havendo filhos do primeiro matrimónio, o que, conforme já mais de uma vez dissemos, se deve entender do matrimónio contraído simplesmente segundo o costume do Reino

As Ordenações Régias, que estabelecem a comunhão entre cônjuges, não exceptuam as segundas núpcias, por isso, tem lugar nelas, mesmo quando haja filhos do primeiro matrimónio, os quais se devem contentar com a legítima que receberam do pai ou mãe já falecida, devendo essa legítima ser entregue a eles, se forem maiores, e aos tutores, se forem menores, ou então deixados à legítima administração do pai, Ord liv. 1, tit. 88, § 6. Portanto, os filhos não podem obstar nem às segundas núpcias nem à comunhão de bens, estabelecida pela lei, quer dos já adquiridos quer dos a adquirir na constância do segundo matrimónio, mas todos os bens, por morte do pai ou mãe comum, devem ser enfim um dia divididos entre os filhos comuns. Exceptuam-se os bens paternos ou maternos, em que o pai ou a mãe succedeu ao filho, pois esses não se comunicam no segundo matrimónio e devem ser conservados para os filhos do primeiro matrimónio, Ord liv 4, tit 91, §§ 2, 3 e 4. mas esta excepção, que se funda

na razão especial de que em seu lugar falaremos (*Instituições*, Liv. II, tit VIII, § XV), confirma a regra da comunhão de bens tanto nas primeiras como nas segundas núpcias. Pela Nova Constituição de 5 de Setembro de 1769, §§ 27, 28 e 29, foi proibida a comunhão de bens, no caso de haver filhos do primeiro matrimónio, todavia, o direito antigo foi restabelecido, e o novo que a mencionada Constituição introduziu ab-rogado por Decreto da nossa Rainha de 17 de Julho de 1778 Reinoso, *Observat.* 43.

E QUE DIZER DA MULHER QUINQUAGENÁRIA

§ XII — Quase o mesmo dizemos da mulher quinquagenária, que casou pela segunda vez; com efeito, deste segundo matrimónio resulta igualmente a mesma comunhão, não havendo filhos, e, se os houver, resulta apenas nos bens adventícios adquiridos após as segundas núpcias. Mas não se comunicam os bens que a mãe já tinha ao tempo das segundas núpcias, ou que depois adquiriu, por qualquer título, dos ascendentes ou descendentes, nem deles pode dispor entre vivos ou por morte, exceptuando a terça que se não conta para a legítima, Ord. liv. 4, tit. 105, Man. tit 75, § último.

Não se apoiam no ódio ao matrimónio, mas no favor aos filhos, as citadas Ordenações, as quais, no caso em que não há lugar à comunhão, se devem entender também dos bens do marido, que casou com uma quinquagenária, e ainda da própria terça dos bens, da qual a mulher pode dispor livremente, faculdade que sem dúvida não teria, se a terça fosse comum com o marido. Ora, porque a referida Ordenação fala da mulher quinquagenária, que casou pela segunda vez, não havendo filhos, segue-se: 1) que a sua disposição não tem lugar no varão quinquagenário; 2) nem na mulher quinquagenária, não havendo filhos, ainda que 3) os pais sejam vivos, nem 4) nos bens depois adquiridos, que não provieram de ascendentes ou descendentes. Tudo isto, se não me engano, deduz-se õptimamente das seguintes palavras da Ordenação: *Quando alguma mulher casar, sendo de cincoenta annos, ou dahi para cima, tendo filhos, ou outros descendentes. . não poderá alheas por titulo algum que seja em sua vida, nem*

ao tempo de sua morte as duas partes dos bens, que tinha ao tempo, que concertou de se casar, nem as duas partes dos bens, que depois de ser casada houve por qualquer título de seus ascendentes, ou descendentes; e somente poderá dispor da terça dos ditos bens à sua vontade. Estas palavras não só provam à maravilha o que dissemos, mas também demonstram e confirmam claramente a regra da comunhão de bens nas segundas núpcias, mesmo havendo filhos, porque só negam a comunhão na quinquagenaria que casa pela segunda vez, o que é um caso especial. Gama, *Decisio* 320, Cabedo, p 1, *Decisio* 114, Febo, p 1, *Decisio* 93, Gil, à lei *Tihæ* 100, do tit. *De constitombus et demonstratombus*, p 3, n 75.

EM QUE BENS CESSA A COMUNHAO

§ XIII — Há, no entanto, certos bens que se não podem comunicar, como os bens de morgado, de emprazamento, e da Coroa do Reino, Ord. liv. 4, tit 95, § 1; comunicam-se, porém, as benfitorias, e as despesas extraordinárias que se fizeram nesses bens e serviram para os valorizar, assim como também a estimação e preço da enfiteuse comprada na constância do matrimónio, Ord. liv 4, tit 95, § 1, vers. *salvo*, e tit. 97, § 24, do mesmo liv.; Valasco, *De partitionibus*, cap 6, n. 18, e *Consult.* 116, Nn. 14 e 15.

NÃO SE COMUNICAM AS DIVIDAS

§ XIV — É difícil definir quando se comunicam as dívidas da mulher ou do marido. Em primeiro lugar, como os bens só se entendem deduzidas as dívidas, quando o matrimónio foi contraído segundo o costume do Reino, é certo que não se comunicam as dívidas feitas antes do matrimónio, sendo, por isso, obrigado ao seu pagamento só aquele que as contraiu, pelos bens próprios, e não pelos do cônjuge; comunicam-se, porém, as dívidas novas feitas após o matrimónio, porque se

presume terem sido feitas para proveito da sociedade conjugal. No matrimónio por dote, as dívidas seguem sempre o seu autor, e nunca se comunicam, quer quando contraídas antes, quer quando contraídas depois do matrimónio. E esta é a suprema regra tirada da Ord. liv. 4, tit 95, § 4, Man. tit 7, § 5, sobre a qual se devem ver Valasco, *De partitionibus*, cap. 23, e *Consult.* 103, desde o n. 33, Gama, *Decisiones* 177 186 e 200, Gabriel Pereira, *Decis.* 50 e 86, Cabedo, P. I, *Decisio* 131, Barbosa, à lei *Si constante* 24, do tit. *Soluto matrimonio*, do Digesto, desde o n. 47, Bohemero, *Dissert. De aeris alieni inter conjuges communio ex jure Hamb.*, na qual se acham muitas coisas notáveis, que se ajustam às nossas leis e costumes.

POSSE DA MULHER APÓS A MORTE DO HOMEM

§ XV — Desta comunhão de bens seguem-se vários efeitos, sendo o principal o de a mulher ser considerada pelo nosso direito, após a morte do marido, como possuidora, e ficar na posse dos bens, ou como diz a referida Ordenação, tit. 95 no princ., *em posse, e cabeça de casal*, a qual pode recuperar pelos remédios possessórios, se se vir dela espoliada, embora ela verdadeiramente, vivo ou morto o marido, nada possuia. Portanto, morto um dos cônjuges, a posse continua até à divisão seguinte, e entretanto o cônjuge sobrevivente possui e administra os bens comuns a si aos filhos do defunto; chegada a altura das partilhas, metade dos bens são atribuídos ao cônjuge sobrevivente.

Que pelo nosso direito, na constância do matrimónio, a posse dos bens fica apenas em poder do marido, colhe-se bem das palavras da dita Ordenação *o marido por morte da mulher continua a posse velha*, de facto, não seria necessário o remédio da citada Ordenação, se a mulher possuísse os bens conforme a sua parte ou em comum com o marido. Mas, como esta posse é meramente civil, e introduzida pelo ministério da lei, apenas opera os efeitos contidos na mesma Ordenação, devendo ser entendida só daquele matrimónio de que

resulta a comunhão de coisas e bens, o que está expressamente decidido no § 3 da mesma Ord., *ibid.*: *E o que dito he, não haverá lugar nos casamentos feitos por cartas de arns Valasco, De partitionibus*, cap 6, Nn. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 34 e 35.

E EM QUE BENS TEM LUGAR

§ XVI — Esta posse civil da mulher cessa de todo, quando cessa a comunhão de que ela resulta. Não tem, por conseguinte, lugar nos bens de morgado, de emprazamento, e da Coroa do Reino, porque estes não se comunicam; no entanto, ainda que estes bens não sejam comuns, podem ser retidos pelo cônjuge viúvo em razão das despesas e benfeitorias feitas, ou quando lhe são obrigados com o consentimento do senhorio, de harmonia com a citada Ordenação, liv. 4, tit. 95, § 1, vers. *Salvo*.

A comunhão apenas respeita aos bens alienáveis, quais não são os morgadios, etc., cuja alienação é proibida, no entanto, são comuns os frutos percebidos de tais bens Hoffman, Dissert. *De commumone bonorum conjugum*. Porém, ainda que estes bens não estejam em comunhão, podem ser retidos por causa das despesas; no entanto, o cônjuge sobrevivente deve ser removido da posse desses bens, e estes imediatamente entregues e restituídos ao legítimo sucessor, se este lhe prestar caução suficiente do valor das despesas e benfeitorias, sempre que se vir que elas estão certas e claras. E esta é a praxe que testemunham Valasco, *De partitionibus*, cap 6, n. 23, e *De jure emphiteutico*, quaest. 25, n. 23, e Febo, p. 2, arest. 11.

NÃO SÃO CONFISCADOS POR DELITO DO CÔNJUGE

§ XVII — Nesta posse civil dos bens (que nós dizemos *estar em posse, e cabeça-de-casal*), fica o cônjuge sobrevivente, e não pode ser privado dela por crime do cônjuge defunto; e, como na pena somente devem incorrer os seus autores, o côn-

juge sobrevivente não perde os seus bens por delito em que não participou, não podendo, por isso, ser-lhe confiscados, Ord. liv. 4, tit. 46, § últ., e liv. 5, tit. 6, § 20, Cabedo, P. I, *Decisio* 103, n. 10, e P. II, *Decisio* 82, n. 15 (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. I, § XXII).

Não há dueto nenhum que obrigue a mulher por delito do marido, e vice-versa. Segue-se daqui: 1) que o cônjuge, que por delito incorre numa multa, a deve pagar apenas pelos bens próprios, 2) que a ele só é imputado aquilo que perdeu, por exemplo, ao jogo, ou por qualquer feito ilícito; 3) as dívidas que contraiu, não para bem da sociedade comum, mas para almentar os seus vícios, as quais devem ser deduzidas, não dos bens comuns, mas da sua parte somente, sendo, por isso, injustamente imputadas na sorte do cônjuge inocente. Realmente, nos crimes nenhuma sociedade se dá, salvo se se provar que o sócio participou neles, devendo, por isso, suportar com equanimidade somente aquilo que aconteceu por acaso e em razão da sociedade, e não por culpa ou delito doutro sócio, segundo as citadas Ordenações, às quais se deve juntar a Ord. liv. 4, tit. 64, Valasco, *De partitionibus*, cap 24, Cabedo, p. 1, arest. 20.

OUTROS EFEITOS DA COMUNHÃO NOS BENS IMÓVEIS

§ XVIII — Da mesma comunhão de bens necessariamente se segue que nenhum dos cônjuges pode alienar as coisas imóveis sem o consentimento do outro; e esta é a regra máxima. Dela resulta que: I) não valem as doações, permutas ou vendas de imóveis só por vontade do marido, sem expresso consentimento da mulher, que deve constar de escritura pública, Ord. liv. 4, tit. 48, no princ., Man 6, Afons. 11; II) é nula a alienação, seja qual for o modo por que se diga contraído o matrimónio, na mesma Ord.; III) a esposa pode revogá-la, e repetir as coisas alienadas, depois de obtida a autoridade do marido, ou então do juiz, no caso de aquele contrariar, § 2 da mesma Ord. e últ. Ord. liv. 3, tit. 47; IV) que sobre estas mesmas coisas não seja

ouvida em juízo, mesmo no possessório, a mulher sem o marido, e o contrário, Ord. liv. 3, tit. 47, no princ., pois é um caso especial que o marido possa ser compelido pelo juiz a reparar os caminhos e restitui-los ao primitivo estado, sem citação da mulher, Ord. liv. 1, tit. 66, § 11; V) que ambos os cônjuges devem ser ouvidos mesmo para a alienação necessária e para a execução da própria coisa julgada, Ord. liv. 3, tit. 86, §§ 27 e 28, no fim; e VI) para prosseguir qualquer apelação judicial, Ord. liv. 1, tit. 79, § 22, e liv. 3, tit. 70, § 4.

E NOS BENS MÓVEIS

§ XIX — Isto a respeito dos imóveis Quanto aos móveis, pode o marido aliená-los contra a vontade da mulher; no entanto, se a alienação for imoderada e dela resultar prejuízo grave, a alienação afecta somente o quinhão do marido, e não a metade da mulher, Ord. liv. 4, tit. 64; em contrapartida, a mulher nem sequer pode alienar a sua parte dos bens móveis, visto que sem o marido não pode contratar, Ord. liv. 4, tit. 66, nem accionar ou ser accionada em juízo, Ord. liv. 3, tit. 47, Cabedo, P. I, *Decisão* 106, Febo, *Decisão* 98, e 180, n. 12. Estes direitos e semelhantes derivam também do poder marital sobre a mulher, de que falámos no título antecedente.

TÍTULO IX

DO DIREITO DOS DOTES

VÁRIOS PACTOS DOTAIS

§ I — Às núpcias costuma juntar-se, as mais das vezes, o *dote*, a *doação para núpcias*, as *arras*, o *dotalício*, a *liberalidade sponsalícia*, e vários pactos dotais, o mais frequente dos quais é o dote, de que se tratará em primeiro lugar; mas, antes, há que distinguir entre bens *dotais*, *parafernais*, e *receptícios*.

QUE SÃO BENS DOTAIS, PARAFERNAIS, E RECEPTÍCIOS

§ II — Dizem-se bens *dotais* os que foram expressamente dados para dote, e, à parte dos restantes bens, submetidos ao nexa especial de dote; os outros que a mulher levou consigo para casa do marido e submeteu à sua administração, ou que enfim adquiriu por qualquer título durante o matrimónio, chamam-se *parafernais*; e aqueles que a mulher guardou para si mesma, e cujo domínio e administração evidentemente ela só e não o marido detém, dizem-se *receptícios*. E assim, nos bens dotais, o domínio natural pertence à mulher, e o civil ao marido; nos parafernais o marido apenas tem a administração,

e não o domínio, nos receptícios, nem o domínio, nem a administração.

Esta distinção dos bens foi recebida quer pelo direito romano quer pelo uso forense, mas apenas tem lugar no matrimónio contraído por dote, porquanto, se for contraído simplesmente sem pacto algum, os bens já não se dizem indistintamente dotais ou parafernais, mas próprios e comuns dos cônjuges. Depende, portanto, dos pactos antenupciais, genericamente aprovados nas seguintes palavras da Ord. liv. 4, tit. 46, no princ.: *Salvo quando entre as partes outra coisa for acordada, e contractada; porque então se guardará o que entre elles for contractado.* O pacto sobre bens receptícios mal se usa, mas, uma vez feito, obriga, segundo a dita Ordenação. Nos parafernais o marido tem a administração, e não o usufruto ou qualquer outro semelhante direito, como nos dotais; no entanto, toda esta matéria depende da vontade dos pactuantes. Em suma, deve advertir-se que no nosso foro renam quase todas as disposições que no direito romano havia sobre o dote e pactos dotais, com poucas excepções, que, como é nosso hábito, indicaremos em seus lugares.

O QUE É O DOTE

§ III — Chamamos *dote* ao dinheiro que por convenção expressa é dado ao marido, em favor da mulher, para suportar os encargos do matrimónio. Na palavra *dinheiro* cabem todas as coisas que podem ser úteis. Estes bens costumam ser determinados por pactos dotais, onde não é necessário nomear especialmente o título de dote, bastando quaisquer palavras que declarem ao certo a substância e razão do dote, pois este na dúvida não se presume constituído.

Que na dúvida os bens da mulher devem ser considerados parafernais, ensina-o fundando-se em boas razões de direito Menóquio, *De praesumpt*, liv. 3, *praesumpt* 7, mas outros, pelo contrário, consideram-nos indistintamente como dote Schilter, *Exercit.* XXXVI ad Pandectas, § 77, diz que não tem utilidade nenhuma a distinção entre bens parafernais e dotais, mas a verdade é que ela entrou nos nossos

usos, já desde o tempo em que o direito romano penetrou nos nossos tribunais, fazendo dela menção, entre outros escritores nossos, Barbosa, nos comment à lei I do tit. *Soluto matrimonio*, p. 3, n. 31. E, em boa verdade, esta questão não é ociosa, antes tem vários efeitos verdadeiramente úteis e proveitosos (§§ XV e XIX, Nota, deste título)

NOTE PROPECTICIO E NOTE ADVENTICIO

§ IV — O dote constituído pelo pai chama-se *profecticio*, e o constituído pela mãe ou um estranho, *adventicio*, lei 5, no princ., e §§ 9 e 11, do tit. *De jure dotium*. Esta distinção do direito romano pode tolerar-se, se bem que não tenha quase utilidade nenhuma, ou porque os filhos se livram do pátrio poder pelo casamento, Ord. liv. 1, tit. 88, § 6, ou porque, extinto o matrimónio por morte, o dote, embora *profecticio*, pertence, não ao que o constituiu como no direito romano, lei 6 do tit. *De jure dotium*, mas à mulher ou seus filhos.

O que Pompónio diz na referida lei 6, *Pelo direito socorreu-se o pai com o leuitivo de, no caso de a filha morrer, se lhe entregarem o dote que esta dele recebera, a fim de não sentir o dano da perda da filha e do dinheiro*, não tem hoje lugar, porque, morto o marido, o dote fica a pertencer à mulher, e não ao pai que o deu, e, morta a mulher, fica aos seus filhos ou outros herdeiros, no entanto, o dote deve ser confendo, Ord. liv. 4, tit. 97, no principio O dote adventicio não se confere. Valasco, *De partibus*, cap. 12, desde o n. 20, e cap. 13, N. 13 e 14, Pereira, *Decisio* 28, n. 3

O PAI É OBRIGADO A DOTAR A FILHA

§ V — Ora, pertencendo ao dever do pai prover aos filhos e filhas para todos os eventos, é obrigado a constituir dote em favor da sua legítima descendência, lei últ. do tit. *De dotis promissione*, do Código, e pode ser obrigado pelo juiz a casar e dotar a filha, lei 19, do tit. *De ritu nuptiarum*, Barbosa, à lei 1

do tit. *Solutio matrimonii*, do Digesto, pág. 4, nn. 1 e segs., ainda que ela seja rica, pois o dever do pai não pode deixar de ser cumprido com base na riqueza da filha, Barbosa, supra, n. 23; Vinnio é doutra opinião, in *Select. jur. quaest.*, liv. II, cap. 14.

MESMO A ILEGÍTIMA

§ VI — Esta obrigação paterna deve estender-se também às filhas ilegítimas; por isso, o pai é obrigado não só a alimentá-las, mas também a dotá-las, se forem pobres. Porém, Barbosa, nota, e bem, no lugar citado, n. 56, vers. *Quare: Que a filha natural não merece tamanho dote como a filha legítima.*

Não é sempre válido o argumento da sucessão testamentária ou legítima, para a causa do dote ou alimentos dos filhos, porquanto a sucessão depende apenas da lei civil, pela qual são privados todos os que pelo direito não são filhos, agnados, ou cognados, ao passo que os alimentos e o dote são devidos pela natureza e pelo direito do sangue, e promanam do dever paterno, ora, estas razões da natureza e equidade convêm por igual, tanto ao pai simultaneamente natural e legítimo, como ao natural somente, pois à face da natureza o dever de ambos é o mesmo.

IGUALMENTE A MÃE

§ VII — No direito romano a mãe só por grande causa e subsidiariamente é obrigada a dotar a filha, lei 14 do tit. *De jure dotium*, do Código. Porém, como entre nós a comunhão de todos os bens resulta do consórcio conjugal, Ord. liv. 4, tit. 46, a mãe é obrigada, não só subsidiariamente, mas tão principalmente como o pai, a dotar a filha pelos bens comuns. Por consequência, morto o pai, e feita a divisão dos bens, a mãe fica livre do encargo de dotar a filha, devendo esta contentar-se com o seu quinhão, Barbosa, à lei 1, do tit. *Solutio matrimonii*, p. 4. Nn. 89 e 90.

E O IRMÃO TAMBÉM

§ VIII — Porém, o irmão só subsidiariamente é obrigado a dotar dos bens próprios a irmã pobre, convém a saber, pelo modo de alimentos, e não conforme a sua dignidade ou a medida das suas possibilidades, lei *Cum plures* 12, § *Cum tutor* 3 do tit. *De administratione et periculo tutorum*, Barbosa, supra, desde o n. 125, Pereira, *Decisio* 28, n. 3, Temudo, *Decisio* 35, n. 6.

O FILHO NÃO É OBRIGADO A DOTAR A MÃE

§ IX — Todavia, os filhos não são obrigados a dotar a mãe que contrai segundas núpcias, porque, embora entre pais e filhos exista a mesma razão de alimentos, nem por isso esta se deve estender sempre à causa de dote, mormente nas segundas núpcias, que o direito não acompanha de favor algum, lei 22 do tit. *De administratione tutorum*, Strykio, ao tit. *De jure dotium*, § 6.

DE QUE MODO SE PROVA O DOTE

§ X — O dote só se constitui por convenção expressa, a qual deve ser sempre provada, aliás os bens não serão dotais, mas parafernais (§ III deste título), mas o dote constituído entre estranhos, desde que passe da quantia fixada na lei, não pode ser provado por testemunhas ou escritura particular, mas sim por escritura pública, Ord. liv. 3, tit. 59, no princípio; entre consanguíneos é diferente, na mesma Ord. §§ II e 12.

E EM QUE COISAS SE CONSTITUI O DOTE

§ XI — Dão-se em dote todas aquelas coisas que estão no comércio e podem ser úteis ao marido, portanto, pode-se cons-

tituir o dote nos bens móveis, imóveis, e até nos bens litigiosos, Ord. liv. 4, tit. 10, § 11, lei últ., § 1, no fim, do tit. *De litigiosis*, do Código. No entanto, não podem ser dados em dote, sem autorização régia, os bens da Coroa do Reino, Ord. liv. 2, tit. 35, § 18, nem os bens enfiteúticos, sem primeiro se notificar o senhorio, Ord. liv. 4, tit. 38, no princípio, Gama, *Decisio* 244, nem os de morgado contra a lei da sua instituição.

QUANTIDADE DO DOTE

§ XII — Em tempos muito antigos a quantidade do dote era pequena (*História do Direito Civil Português*, cap. I, § IX). No tempo do domínio (1) godo em toda a Espanha, não podia exceder a décima parte dos bens, liv. 3, tit. 1, lei 5. Hoje, para o dote constituído por um estranho, não há quantia fixada por lei; mas, no dote constituído pelo pai, não pode exceder a legítima da filha e a terça do pai, Ord. liv. 4, tit. 97, § 3.

Aquilo que nos tempos tão pobres dos nossos antepassados se dava às filhas nubentes, era realmente de valor muito insignificante. Depois, com o crescimento das riquezas, os dotes eram bastante suculentos, e de princípio quase consistiam em ouro e prata em bruto, dinheiro contado, e alfaías preciosas, por último, começaram a dar em dote bens imóveis, feudais, e realengos. Ora, antigamente as núpcias costumavam ser celebradas sobretudo pelos nobres com grande aparato e pompa, daqui a introdução das *colectas* ou exações precárias, em português *pedidos*, a prestar pelos súbditos, quando os filhos daqueles eram armados cavaleiros ou as filhas se casavam, Ord. liv. 2, tit. 26, § 4, Barbosa, à lei 1 do tit. *Solutio mairmomo*, do Digesto, p. 4, n. 14, no fim.

(1) O texto latino diz *donatione* (doação), mas pareceu-me lapso, e assim li *dominatione* (domínio) (*Nota do Tradutor*).

§ XIII — Os dotes das mulheres nobres não podiam exceder a quantia de 12 000 moedas (isto é, *doze mil cruzados*), não entrando nesta quantia a legítima, segundo o alvará de D. João IV de 14 de Agosto de 1645, apud *Colecção* I, à Ord. liv. 4, tit. 47, n. 1. Pela Nova Constituição de 17 de Agosto de 1761, as mulheres nobres, cujos pais têm de rendimento *três contos de reis* por ano, são privadas da legítima dos pais, e a título de dote não podem receber outra coisa senão um enxoval de roupa branca até ao valor de quatro mil cruzados. Actualmente, ab-rogada a referida Constituição por Decreto da Rainha Fidelíssima de 17 de Julho de 1778, é restituída a legítima para todos os eventos às mulheres nobres, e os seus dotes, feitos segundo as prescrições das leis pátrias, valem e mantêm-se sem distincção alguma, se não forem inoficiosos, isto é, se as coisas dadas em dote não excederem a sua legítima e a terça do pai, Ord. liv. 4, tit. 97, § 3, Valasco, *Consult.* 188. Pelo mesmo Decreto, a doação, uma vez feita à noiva pelo noivo ou seu pai, vale até à soma de 8.000 cruzados, que era realmente menor na Pragmática de D. João V de 24 de Maio de 1749, cap. 16.

O DIREITO DO MARIDO NO FUNDO DOTAL

§ XIV — O direito do marido varia com a diversidade das coisas. Com efeito, primeiramente, não pode alienar, obrigar, ou penhorar o fundo dotal, ainda mesmo consentindo a mulher; e, assim, já de há muito e ainda hoje tem lugar entre nós a Constituição de Justiniano na lei últ., § 15, do tit. *De rei uxoriae actione*, do Código, e no princípio do tit. *Quibus alienare licet, vel non*, das Institutas (*Instituições*, Liv. IV, Tit. VI, § XII).

Não é lícito duvidar do uso e autoridade da Lei Júlia e da mencionada Constituição de Justiniano, pelas quais foi prohibido obrigar e alienar, mesmo com o consentimento da mulher, os bens dotais imó-

veis Por isso, as Ordenações do liv 4, tits 48 e 60, que pelo argumento denominado *a contrario sensu* parecem estabelecer o contrário, devem ser entendidas, não dos bens propriamente dotais, mas dos parafernais, ou dos adquiridos na constância do matrimônio, ou dos comuns, Valasco, *Cons* 150 E é tão inútil a alienação ou obrigação do fundo dotal, que nem mesmo vale quando feita a favor do fisco, Febo, p 2, arst 10 Todavia, com autorização régia os bens dotais podem ser permutados com outros, § 40 do Regimento do Desembargo do Paço

O DIREITO DO MARIDO NOS BENS PARAFERNAIS

§ XV — Pode, porém, o marido, consentindo a mulher, alienar e obrigar os bens parafernais desta, de harmonia com a dita Ord. liv. 4, tits. 48 e 60, e a mulher não pode ser ajudada com alguma excepção contra a alienação feita por sua vontade; mas pode, pelo contrário, ser ajudada com a excepção do *Veleiano* contra a obrigação ou fiança, feita em separado, ou em comum com o marido, ainda quando ela tenha dado consentimento. E assim se deve entender a citada Ord. tit. 60, Gama, *Decisio* 31.

Nos parafernais não tem lugar a Lei Júlia que proíbe a alienação ou obrigação do fundo dotal, mesmo consentindo a mulher Por isso, bem pode o marido aliená-los com o consentimento da mulher, e esta fazer o mesmo até contra a vontade e conhecimento do marido, pois só a ela pertencem, lei 6, do tit *De revocandis donationibus*, do Código, lei 35, do tit *De donationibus*, do Código, Ciriaco, *Controuersae forenses*, 29, n 30, o que se deve entender, se o marido não tiver nesses bens usufruto ou outro direito semelhante a este, caso em que se requer o consentimento dele

E NOS BENS COMUNS

§ XVI — O marido pode alienar e obrigar os bens comuns imóveis com expresso consentimento da mulher, que conste de escritura pública, Ord. liv. 4, tit. 48, no princípio; porém, a alie-

nação feita com o desconhecimento e dissentimento da mulher não tem valor, nem sequer em relação à parte do marido, pelo qual também pode ser totalmente revogada, segundo a dita Ordenação, § 3. A respeito da mulher ninguém duvida.

Sendo esta alienação de imóveis absolutamente nula, a mulher pode revogá-la com o consentimento do marido, ou, se este contrariar, com licença do juiz, todavia, o marido não pode, sem a mulher, revogar e declarar nula a alienação que fez de sua livre vontade, Ord liv 4, tit 48, § 3 E esta diferença entre ambos os cônjuges é extremamente notável, porque contraria o direito romano, à face do qual nem mesmo com a mulher é permitido ao marido reivindicar a coisa que somente ele vendeu, pois a isso obsta a excepção de coisa vendida e entregue, e a regra vulgar segundo a qual *a excepção repele o autor obrigado por acção de evicção* (Tit. VIII, § XVIII).

E NOS BENS MÓVEIS

§ XVII — O marido, que vive em comunhão, pode perfeitamente alienar, sem a mulher, os móveis ainda que preciosos; no entanto, a mulher pode revogar a doação relativamente à sua parte, depois de separado o matrimônio, Ord. liv. 4, tit. 64, Man. tit 6, § últ., lei 68 do tit. *Pro socio*, do Digesto. Com o consentimento dela pode alienar quaisquer bens móveis mesmo dotais, pois a Lei Júlia somente fala dos imóveis. Aliena por sua livre vontade as coisas menos preciosas e de pequeno valor, não sendo lícito à mulher, constante ou soluto o matrimônio, revogar essas coisas, seja qual for o modo por que hajam sido alienadas. Estas e algumas outras concessões são feitas ao marido na sua qualidade de cabeça e chefe de família, e, por isso mesmo, denegadas à mulher segundo as citadas Ordenações, porque estas apenas mencionam o marido, e não a mulher (Tit. VIII, § XIX).

Esta é uma prerrogativa do marido A mulher, essa nem sequer os móveis de pequeno valor pode alienar, ainda mesmo por esmola,

nem celebrar quaisquer contratos sem o mando, ainda que este ausente, a não ser com licença do juiz, nem doar ou administrar na constância do matrimónio os bens comuns ou os dotais, Ord. liv. 4, tit. 64, Cabedo, P. I, *Decisio* 106, Febo, *Decisio* 98 e 180, Barbosa, à lei 1 do tit. *Solutio matrimonii*, p. 1, desde o n. 38. Em Castela também a mulher não pode contratar sem licença do mando, como se acha expressamente decidido na lei 55 de *Toro*, lei 2, tit. 3, liv. 5 da Recopilación, o que realmente se achava de há muito estabelecido nos costumes, lei final, tit. 11, liv. 1, e lei 3, tit. 20, liv. 3 do *Fuero*, Covarrúbias, *De sponsalibus*, p. 2, cap. 7, § 1, n. 1.

COMO SE OBRIGA A ESPOSA POR CONTRATO DO MARIDO

§ XVIII — A esposa é obrigada pelo contrato do marido feito sem o seu consentimento, e participa do lucro e dano, se tiver sido preparado por forma que de sua natureza possa originar lucro ou dano. E daqui resulta que, se o marido tomar para si, sem outorga da mulher, rendas anuais, quer públicas, quer particulares, e com este título obrigar os bens, a esposa é abrangida por esta obrigação, e sente os lucros ou danos daí resultantes; no entanto, não é obrigada pela fiança que o marido der, visto que esta é sempre prejudicial, Ord. liv. 4, tit. 60, no princípio, e vers. *E isso mesmo*, Man. tit. 13, Afons. tit. 16, Barbosa, à lei 1 do tit. *Solutio matrimonii*, do Digesto, p. 3, n. 62.

PRINCIPAIS PRIVILÉGIOS DO DOTE

§ XIX — Entre os principais privilégios do dote o principal consiste em todos os bens do marido estarem sujeitos à obrigação de hipoteca tácita para o fim de o dote ser repetido, e em a mulher ser preferida, na sua repetição, a todos os credores, mesmo que estes sejam anteriores e hipotecários possuindo hipoteca tácita ou expressa, Alvará de 17 de Agosto de 1761, nas palavras: *E se conservarão na referida posse com os pri-*

vilegios de preferència, e com todos os mais, que por Direito se achão estabelecidos a favor dos bens dotaes; Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 40: *Exceptiuo em setimo lugar o dote, quando consistir em fazendas, e se der estimado ao marido; para preferir a respeito delle a mulher a outros quaesquer credores anteriores, ou posteriores do mesmo marido, postoque sejam geral, ou especialmente hypothecamos.*

E do seguinte teor a sentença de Pompónio na lei 1 do tit. *Solutio matrimonii*, do Digesto: *Em toda a parte e em todos os tempos a causa dos dotes é de capital importância, pois também é do interesse público que se conservem os dotes às mulheres, visto ser extremamente necessário que as fêmeas sejam dotadas, para procrearem descendência e encherem a cidade de filhos*. Porém, embora isto assim seja, todavia não se devem estender os privilégios do dote ao ponto de se poder tirar o direito adquando por terceiros, e até há muitos que seriamente julgam que o uso dos dotes deve ser, a exemplo dos Espartanos, ou inteiramente suprimido, ou pelo menos severamente restringido. Mas outros que vejam este tema. Pelo que nos toca, nas Ordenações Régias que usamos, nem uma só palavra se acha, que eu saiba, a respeito dos privilégios dos dotes. mas no foro, já há muito e desde a recepção do direito romano, se observam os privilégios tais como foram estabelecidos por esse direito, achando-se hoje expressamente aprovados nos Diplomas citados. Quanto ao privilégio de hipoteca tácita, é possível encontrá-lo na lei 12, § 1, do tit. *Qui potiores in pignore*, e na lei única, § 1, do tit. *De rei uxoriae actione*, do Código, e por estas mesmas leis esse privilégio também compete aos herdeiros da mulher. Quanto ao privilégio de prelação, consta ele daquelas mesmas leis, sem que, todavia, computa aos herdeiros estranhos, mas tão-sòmente à mulher ou seus filhos, lei única do tit. *De privilegio dotis*, do Código, Novela 91, cap. 1. Os bens parafernais ou doados para núpcias gozam apenas do privilégio de hipoteca, e não do de prelação, lei 29 do tit. *De iure dotium*, do Código. Porém, a mulher não goza de nenhum privilégio, nem sequer do de hipoteca, nos bens do mando em razão dos alimentos, que lhe são devidos por lei, ou dos adquiridos na constância do matrimónio, visto que tal privilégio não lhe é concedido pelas leis citadas, nem pode ser ampliado e estendido, sem lei, aos casos ainda que semelhantes, Barbosa, à lei 1, do tit. *Solutio matrimonii*, p. 3, Nn. 27, 28 e 31.

§ XX — Todavia, a dação do dote, tal como as restantes doações, deve ser insinuada, e, não o sendo, só vale até à quantia prescrita na Ord liv. 4, tit. 62, Man. tit. 54, Afons. 68 do mesmo livro, e na Carta de Lei de 25 de Janeiro de 1775, leis estas que se devem entender apenas do dote *adventício*, pois o *profectício* parece não carecer de insinuação alguma.

As leis romanas sobre a obrigação de insinuar as doações diziam mais respeito às doações *simples*, que se fazem por mera liberalidade, do que às *relatas* (referidas) que têm certo fim e causa, e mais à promessa de doar, do que às próprias coisas já doadas e entregues, Thomásio, in Not ad Inst tit *De donatombus*, e sobretudo às que se faziam oculta e particularmente, lei 25 do tit *De donatombus*, do Código, Schilter, *Exercit* XLIII ad Pandectas, § 6 Neste direito, insinuar era o mesmo que confessar publicamente a doação, e registá-la em notas públicas ou em autos perante o juiz do domicílio, ou do lugar da coisa, lei 3 do tit *De donatombus*, do Código de Teodósio, lei 25 de igual título do Código de Justiniano, ou perante qualquer outro juiz, visto que este acto se refere à *jurisdição voluntária*, Lauterbach, *Compendium juris*, ao tit *De donatombus*, e à lei 32 do mesmo tit do Código Constantino, pois, decretou, leis 1 e 3 do tit *De donatombus*, do Código de Teodósio, que, indistintamente, todas as doações deviam ser insinuadas Teodósio com Honório dispensou a necessidade de insinuação nas doações antenupciais até à quantia de duzentos soldos, lei 8 do tit *De sponsalibus*, do Código de Teodósio O mesmo imperador declarou dispensável a insinuação, isto é, a escritura judicial, quando a doação fosse comprovada por testemunhas idóneas ou outros documentos idóneos, lei 29 do tit. *De donatombus*, do Código Justiniano estendeu o que Teodósio constituiria nas doações antenupciais de valor abaixo de duzentos soldos, a todas as doações que não excedessem trezentos soldos, lei 34 do tit. *De donatombus*, do Código, e por fim às que não passassem de quinhentos soldos, lei 36, § 3, do mesmo, e § 2 do tit. *De donatombus* das Institutas, com excepção de certas doações que não careciam de nenhuma insinuação, entre as quais se contavam muito preferentemente as doações dotais, lei últ do tit. *De jure dotum*, do Código, Novela 127, cap 2 E basta isto no direito romano Para nós, a insinuação é o

mesmo que a confirmação pedida ao Rei ou aos Desembargadores do Desembargo do Paço, e deve ser concedida, se constar por testemunhos do doador e dos vizinhos que não foi extorquida pela força, dolo, ou medo, Ord liv. 4, tit 62, § 1. E é necessária nas doações, mesmo nas firmadas por escritura pública, e nas judiciais ou reduzidas a auto, e deve ser pedida, não a qualquer juiz, mas ao Rei somente ou seus Desembargadores Era diferente no direito romano, do qual retemos hoje o vocábulo *insinuação*, como muitos outros, emboia evidentemente com outro sentido A este respeito diz a Ord. Afonsina liv. 4, tit. 68 *Segundo Direito commum, e geralmente usado, toda doação, que passa contra de quinhentas dobras, ou coroaes d'ouro, deve ser insinuada, que quer tanto dizer como cousa aprovada pela Justça da terra, e abaixo. E peroque os Direitos estabelecessem que esta insinuação fosse feita pelos Juizes das terras, a usança geral destes Regnos, e estilo da Corte foi, e he usado por tam longo tempo, que a memoria dos homens nom he em contrario, que taes Doações seyam per nós confirmadas, e a seguir mandaremoslhe assy dar nossa carta de confirmaçom* Já agora desta Ordenação, e semelhantes dos Códigos Manuelino e Filipino, e da história da nossa jurisprudência forense, deve-se em suma extrair, sobre a matéria que estamos tratando, as seguintes observações: I) pelas leis dos Visigodos com que outrora vivemos, as coisas doadas ou entregues por escritura não careciam de insinuação nenhuma, liv V, tit 2, lei 6, II) aquilo que Jacobo Gotofredo e outros ensinam do uso do Código de Teodósio no Ocidente, deve referir-se a tempos muito remotos, anteriores aos Visigodos ou quando estes dominavam na Espanha; III) em Portugal desde o século XII não vingou o direito teodosiano, mas o justinianeu, IV) na expressão *Direito commum* da citada Ordenação Afonsina, deve entender-se o justinianeu, quer porque nessa altura só este reinava no foro, quer porque a menção especial de *quinhentos soldos* clara e manifestamente se refere à Constituição Justinianeia, V) só o direito de Justiniano e suas excepções sobre a obrigação de insinuar as doações, e não o de Constantino ou Teodósio, foi aprovado pela Ord Afons e seguintes, apenas com a diferença de que, no direito romano, a insinuação podia ser feita por qualquer juiz, ao passo que no nosso o donatario tinha de pedi-la ao Rei, VI) a dação do dote, que pela Constituição de Justiniano foi isenta da condução da insinuação, goza da mesma isenção na Ord Afonsina e seguintes, que aprovaram genericamente a lei de Justiniano sobre a insinuação das doações e suas excepções, VII) a confirmação régia da doação, que as

Ordens Ordenações requerem, foi introduzida pelos nossos costumes em vez da insinuação judicial do direito romano, não tanto para evitar a prodigalidade, como para locupletar o erário com os réditos, que chamamos *Novos Direitos*, a pagar pela confirmação, VIII) no nosso foro, já desde a recepção geral do direito romano, foi aprovado o direito justinianeu que libertou alim as doações dotais da necessidade de insinuação, Gama, *Decis* 120 e 213, Pinhel, à lei 1 do tit *De bonis maternis* do Código, p. 3, n. 62, vers *inferitur*, Barbosa, à lei 1 do tit *Solutio matrimonii* do Digesto, p. 1, n. 17, e p. 7, n. 42, Cabedo, p. 1, *Decisão* 135, n. 6 E a opinião destes escritores deve ser tida em grande conta para se indagar o verdadeiro sentido da Ordenação liv. 4, tit. 62, visto que eles foram os seus principais autores, ora, eles não ternam realmente exceptuado a causa do dote da lei geral da insinuação contra a dita Ordenação, se outra fosse a mente desta IX) no direito romano e no pátrio, antigamente valiam sem a insinuação sobretudo as doações que contêm causa onerosa, qual é a dação do dote, visto que não partem de mera liberalidade, não sendo, assum, verdadeiras doações. Cumpre, finalmente, notar que, sendo o pai pelo mesmo direito obrigado a dotar a filha (§ V deste Título), o dote já não é uma mera liberalidade, mas uma vinculação necessariamente imposta pelo direito. Nestes termos, as citadas Ordenações e a Carta de Lei de 25 de Janeiro de 1775, que submetem todas as doações, excepto as régias, à necessidade da insinuação, parecem dever entender-se das doações voluntárias, feitas sem ninguém o impor, e, por isso, do dote *adventício*, pois no *profectício* a insinuação é necessária, e faz-se por mandato da própria lei. E, no entanto, absurdo ampliar e estender a referida Carta de Lei às doações anteriores que nela não são mencionadas, tanto mais que aquela Carta de Lei não se pode dizer uma lei verdadeiramente *declaratória*. De resto, as referências históricas que nela vêm, não estão longe de toda a dúvida (Ver *Consulias da Casa da Suplicação*, *Assembleia* de 21 de Julho de 1797)

NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÓNIO PODE-SE
ALGUMAS VEZES PEDIR O DOTE

§ XXI — Mas, porque o dote é dado ao marido para sustentar os encargos do matrimónio, segue-se daí que, na cons-

tância deste, não pode ser repetido, salvo se o marido cair em pobreza; na realidade, como bem diz Ulpiano na lei *Si constante* 24, do tit. *Solutio matrimonii*, do Digesto, *compete exactio do dote, logo que se veja com extrema evidência que os recursos do marido não chegam para essa exactio*, opinião esta que é aprovada no foro, segundo testemunham Febo, *Decisão* 151, e Barbosa, nos comentários à mesma lei *Si constante*, do tit. *Solutio matrimonii*, desde o n. 32.

DISSOLVIDO O MATRIMÓNIO POR MORTE,
A QUEM PERTENCE O DOTE?

§ XXII — Dissolvido o matrimónio, o dote reverte inteiramente para a mulher. Eis por que, morto o marido, o dote deve ser pago à mulher, obtendo esta então a sua livre administração, lei 2 do tit. *Solutio matrimonii*, do Digesto. Morta a mulher, o dote *profecticio* não é entregue ao pai, como no direito romano, lei 6 do tit. *De jure dotium*, nem fica em poder do marido para suportar os encargos do matrimónio, mas fica a pertencer aos filhos; no entanto, o respectivo usufruto compete ao pai, enquanto eles forem menores e estiverem sob o seu poder, Ord. liv. 1, tit. 88, § 6. À falta de filhos, sucedem os restantes herdeiros da mulher, competindo a estes a repetição do dote. Semelhantemente, o dote *adventício*, por morte do marido, pertence à mulher, e, por morte desta, aos seus herdeiros, e não ao estranho que constituiu o dote; com efeito, aquele que uma vez doou um domínio, presume-se que o transferiu para sempre, caso não tenha feito pacto reversivo da coisa doada, lei 24 do tit. *De jure dotium*, do Código. O mesmo se deve dizer dos bens parafernais. Porém, quando há comunhão de bens entre os cônjuges, é fora de dúvida que, por morte de um deles, a metade dos bens comunicáveis pertence ao cônjuge sobrevivente, e a outra metade aos filhos ou outros herdeiros do morto, Ord. liv. 4, tits. 46, 47, 95 e 96.

Se, porém, o dote for estimado, o marido restituiu-o ou restituiu o seu valor, mas não restituiu os frutos percebidos, que são atribuídos ao marido para ajudar aos encargos do matrimónio, lei 20 do tit *De jure dotum*, do Código. Os frutos pendentes do último ano são divididos pelo marido e pelos herdeiros da mulher à proporção do tempo que a mulher esteve no matrimónio, lei 7, §§ 1 e segs., do tit *Solutio matrimonii*, do Digesto, Barbosa, à lei 8 do mesmo tit., p. 1, n. 28

E QUAL O DIREITO, SE O MATRIMÓNIO FOR DISSOLVIDO POR ADULTÉRIO OU OUTRA CAUSA?

§ XXIII — No caso de o matrimónio ser dissolvido, em vida dos cônjuges, por outro motivo, convém a saber, por aquele modo que em direito se pode dissolver, como, por exemplo, devido a adultério da mulher, os bens dotais, à falta de filhos, são applicados ao marido, Ord. liv. 5, tit. 25, § 6, Novela 117, cap. 8, cap. 4 do tit. *De donationibus inter virum et uxorem*, das Decretais de Gregório IX. No entanto, isto é de entender assim, se o marido acusar criminalmente a mulher, e esta for condenada à morte natural, porque, se ela for absolvida ou condenada em uma pena mais branda, o marido não vencerá os bens, na dita Ord. §§ 6 e 7; no caso de o matrimónio ser dissolvido por causa de sevícias, a mulher conserva os seus próprios bens, ainda que tenha sido ela a dar-lhes ocasião, conforme já acima advertimos (Tit VIII, § VII).

DEVEM SER DEDUZIDAS AS DESPESAS FEITAS NOS BENS DOTAIS

§ XXIV — As despesas necessárias ou úteis, feitas nos bens dotais, não só podem ser pedidas por acção ordinária, como também por causa delas é concedida ao marido a retenção desses bens, Ord. liv. 4, tit. 54, § 1, tit. 95, § 1, e tit. 96, § 1. No direito romano somente foi concedido o direito de retenção

pelas despesas necessárias, e não pelas úteis, competindo, porém, por título destas, e depois de restituído o dote, ou a *acção de mandato* ou a *acção de gestão de negócios*, lei única, § 5, do tit. *De rei uxoriae actione*, do Código, Barbosa, à rubrica *Solutio matrimonii*, p. 3, n. 21.

É inútil pôr esta questão sobre os cônjuges que vivem em comunhão de bens, pois as despesas feitas para os bens comuns e indivisos, não podem ser deduzidas e entram no lucro e perdas à conta dos donos e sócios, Groenewegen, *De legibus abrogatis*, ao tit. *De impensis in rem dotalem factis*

QUAIS OS PACTOS VÁLIDOS NO DOTE

§ XXV — Qualquer pacto feito no dote é válido, Ord. liv. 4, tit. 46, no princípio, desde que não contrarie os bons costumes a natureza do dote, Ord. liv. 4, tit. 70, § 3. Por conseguinte, não é válido o pacto de não acusar a mulher que cometer adultério, ou que subtrair ou doar os bens; o pacto de nunca entregar o dote, ou de não receber os frutos do dote, ou o de restituir os frutos recebidos, etc. Mas é válido o pacto segundo o qual o marido, por morte da mulher, poderá lucrar todo o dote se não houver filhos, e parte dele, se os houver, pois tal pacto ou outro semelhante não contraria nem os bons costumes nem a natureza do dote, e é geralmente aprovado, citada Ord. liv. 4, tit. 46, no princípio.

Os pactos dotais são regidos pelas leis comuns das convenções, e, por isso, não requerem nem escritura pública, se não excederem a quantia prescrita na Ord. liv. 3, tit. 59, nem a insinuação (§ XX deste título). São, porém, reprovados, pelas leis e costumes, vários pactos dotais, de que falam os Escriitores nos comentários ao tit. *De pactis dotalibus*, como aquele de conservar perpétua viuvez sob pena de perda do dote, pois se opõe à liberdade de matrimónio e à procriação de cidadãos, Brunneiman, à lei 2 do tit. *De pactis dotalibus* E também inútil o pacto de renúncia à successão que se costuma fazer

sobretudo no casamento de nobres, convém a saber, quando a mulher promete contentar-se com o dote recebido e renuncia à legítima, Decreto de 17 de Julho de 1778, Strykio, no tratado *De successiombus ab intestato*, Dissert VIII, cap 10 É, porém, válido o pacto de não repetir as despesas necessárias feitas para os bens dotais, porque não piora, antes melhora a causa do dote, no direito romano é diferente, lei 5 do tit *De pactis dotalibus*, e Groenewegen nos comentários a essa lei O pacto de não acusar a mulher que subtrai as coisas é inútil, porque dá ocasião ao pecado, deve-se, no entanto, observar aqui que os cônjuges que vivem em comunhão não cometem furto, visto que este não se comete em coisa própria (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. VI, § XV), e, por isso, tem pouquíssimo uso entre nós a acção de coisas tiradas, devido sobretudo a ser muito difícil a licença de divórcios Quanto à faculdade de um cônjuge repetir, sem pena nem infâmia, a coisa que o outro cônjuge tirou, é do direito natural, e não do civil, lei 25 do tit *De actione rerum amolarum*, do Digesto, Ramus, preleção sobre essa lei, § 12, *apud* Meerman, tomo 7, pág 211.

AS DOAÇÕES «PROPTER NUPTIAS» NÃO ESTÃO EM USO

§ XXVI — Seguem-se as doações *propter nuptias* (§ I deste Título). No direito romano esta doação não era mais que o dote contrário do marido, e pouco diferia do dote da mulher (§ 3 do tit. *De donatombus*, das Institutas). Com efeito, por este direito o marido podia, entre outras coisas, ser compelido, depois de constituído o dote, a esta doação, e os pais eram pelo mesmo direito obrigados não só a darem o dote, mas também a doação *propter nuptias* (por razão do matrimónio) em favor da sua descendência, lei últ do tit. *De dotis promissione*, do Código, e, se o dote fosse aumentado, também a doação *propter nuptias* o devia ser, Novela 97, caps 1 e 2, porquanto devia ser inteiramente guardada a igualdade no dote e na doação antenupcial, Autêntica *Aequalitas* do tit. *De pactis conventis*, do Código E, como estas doações não quadram aos nossos

costumes nem aos das outras nações, diz bem Cujácio, no liv V das *Observationes*, cap. 4, que o seu uso foi totalmente abolido.

Estes vocábulos *dote*, *dotalício*, *doação «propter nuptias»*, *esponsalício* são muitas vezes confundidos, não só pelos antigos, conforme demonstrou com muitos exemplos Ludewig, Dissert *De dote mariti*, mas algumas vezes também pelos mais recentes tratadistas Aós, porém, distinguimo-los, como é justo neste parágrafo e seguintes. O dote, que hoje e já há muito apenas se diz da mulher, dizia-se em tempos antiquíssimos e na Idade Média apenas do marido, de facto, ainda que entre os Germanos, Francos, Hispanos, etc., a mulher, ao ir para casa do marido, levasse alguns bens paternos para sustento da sua condição, todavia estes dons não constituíam um verdadeiro dote, mas sim lucros e dádivas nupciais. Henécio, *Elementa Juris Germanici*, liv. I, tit XI, § 242, é que, realmente, nesses tempos não era a mulher que oferecia o dote ao marido, mas o marido que o oferecia à mulher. Entre os Visigodos era sem dúvida o marido sózinho a dar o dote, o qual ele não podia constituir à mulher para além da décima parte dos bens, tit. 1, liv 3, lei 5; mas aquilo que cada um constituía, passava para o domínio da mulher, e a esta era lícito dispor dele à vontade, excepto se tivesse filhos ou netos sobrevivivos, aos quais era obrigada a deixar pelo menos três quartas-partes, tit. 5, liv 4, lei 2. Todavia, o direito romano perturbou estes costumes antigos, constituindo o dote à mulher, e ao marido a doação *propter nuptias*, a qual não era mais do que o dote contrário do marido, totalmente semelhante ao dote e constituída à mulher para sua segurança, e, assim, por este direito não podia subsistir sem o dote da mulher; constituído ou aumentado o dote da mulher, necessariamente devia ser constituída e aumentada a doação *propter nuptias* na mesma quantidade, podendo o pai ser compelido também a constitui-la. Tudo isto nem parcial nem totalmente foi jamais recebido entre nós no sentido do direito romano Valasco, *De partitionibus*, cap 13, n. 42, e *Cons 2*, nn. 11, 12 e 13, Portugal, *De donacionibus*, liv 1, preclud. 2, § 6, n. 2; Barbosa, à lei *Si cum dote* 22, § *Transgrediamur* 12, do tit. *Solutio matrimonio*, do Digesto, n. 30

TAMBÉM NÃO ESTÃO EM USO AS ARRAS
DO DIREITO ROMANO

§ XXVII — O mesmo cumpre dizer das arras esponsalícias, as quais no sentido do direito romano foram desconhecidas das nossas leis e costumes. Valasco, *Consult.* 2, n. 2.

Arrha ou *arrhābo*, palavra hebraica, ou melhor púnica, significa firme, e *inquebrável*, e é tomada por Plauto (*Miles gloriosus*, IV, 1, 11) na aceção de penhor. É empregada em qualquer contrato, sobretudo esponsalício, ou como sinal, ou como penhor dele. O seu efeito é o de que, segundo-se o matrimónio, deve voltar a quem o dá, e, no caso de não se realizar o matrimónio, o noivo disso culpado entrega ao outro em dobro as arras recebidas, leis 3 e últ. do tit *De sponsalibus et arrhis sponsalibus*, do Código. Porém, estas arras do direito comum não estão em uso, Covarrúbias, *De sponsalibus*, p. 2, cap. 3, § 7, nn 7, 8 e 9, Valasco, supra

PODEM, NO ENTANTO, SER RÉCEBIDAS E POSTAS
EM USO POR PACTO

§ XXVIII — No entanto, os contraentes podem expressamente dar e receber arras em sinal e argumento de contraírem matrimónio, e a Ord. liv. 4, tit 2, § 1, Man. tit. 24, § 1, Afons. tit 36, prova-as sem dúvida no contrato de compra e venda; e nos esponsais são genéricamente aprovados todos os pactos que não se acham expressamente proibidos, Ord liv 4, tit. 46, no princ., Man tit 7, Valasco, *Cons.* 135

Ainda que entre nós as arras, no sentido do direito romano, isto é, dadas e recebidas em penhor de contrair matrimónio não estejam em uso, todavia nada obsta a que os contraentes não só as possam dar, no que todos convêm, mas também prometer. Valasco, *Cons.* 2, n. 1, é de opinião que, nos esponsais, nem a pena prometida nem as arras, ainda que dadas com muito maduro conselho, têm validade, visto que com elas não se restringe menos a liberdade do matrimónio

Mas já acima no Tit V, § III, na Nota, dissemos com Riegger que a pena aposta não contraria nem a lei divina, nem a eclesiástica, nem a natureza do negócio; por outro lado, também não se acha estabelecido no nosso direito que o noivo ou a noiva não possam pactuar entre si, ou dar e receber semelhantes arras, com a condição de que elas, em se seguindo o matrimónio, voltem para quem as dá, assim como também não se acha estabelecido que as perca aquele ou aquela de quem dependeu que não se seguisse o matrimónio

O QUE SÃO E COMO SE CONSTITUEM
AS NOSSAS ARRAS

§ XXIX — Nós chamamos arras àquela quantia certa no contrato dotal o noivo dá ou promete à noiva virgem ou viúva, pois neste ponto as nossas leis e costumes não fazem distinção alguma, Valasco, *Cons.* 2, n. 4. Ora, para que esta promessa ou doação tenha validade: 1) deve ser certa, porquanto a promessa de quantia incerta, que a Ord liv. 4, tit 47, chama *de camera cerrada*, é absolutamente inútil; 2) as arras não podem exceder a terça parte do dote da mulher, sendo nulo o excesso na promessa ou na entrega, mesma Ord. no princípio; 3) não podem, por isso, constituir-se arras à mulher indotada, visto que elas devem proporcionar-se à dita terça parte, segundo a mencionada Ordenação; 4) não são devidas, quando o dote só consistiu em promessa, porque não há dote sem efectiva tradição, Ord. citada, nas palavras: *da terça parte do que a mulher trouxe em seu dote*, Cabedo, P I, *Decisio* 177, Gama, *Decisio* 370, n. 2; 5) não se prometem nem dão na constância do matrimónio, segundo a referida Ord. e semelhante do Código Manuelino, tit 9, § últ, nas palavras: *mas poderá cada hum em o contracto dotal*, as quais se vêem aprovar somente as arras constituídas antes do matrimónio, Valasco, *Cons.* 4, desde o n. 2, Portugal, *De donatombus*, liv. I, Praelud 2, § 6, nn. 13 e 14; 6) com o nome de arras nada se pode constituir para além da terça parte do dote da mulher, nem ainda com o pretexto

de que o noivo é de idade, condição e categoria diferente, porquanto esta distinção não é reconhecida, mas expressamente reprovada nas seguintes palavras da mesma Ord.: *Mandamos que pessoa alguma de qualquer stado, e condição que seja;* Valasco, supra, n. últ, no fim; Portugal, n. 16.

Estas e semelhantes deduções tiram-se muito bem das palavras e sentido da citada Ord. liv 4, tit 47, Man 9, § último. Portanto, em Castela e Portugal, as arras apenas se referem ao marido, e em ambas as nações devem ser certas e fixas, efectivamente, pela lei 1, tit. 2, liv. 3 do Fuero Real, hoje lei 1, liv. V, da Nueva Recopilación, tit. *De los dotes y arrhas*, não podem exceder a décima parte dos bens que o noivo possui ao tempo da doação esponsalícia, nas nossas leis, não podem exceder a terça parte dos bens, não dos bens do noivo que as constituiu, mas dos bens do dote da mulher, segundo a Ord muitas vezes citada, Covarrúbias, *De sponsalibus*, p 2, cap 3, § 7, desde o n 8.

HAVENDO FILHOS NÃO VALEM AS ARRAS QUE EXCEDAM A TERÇA PARTE DOS BENS

§ XXX — O marido, que tiver filhos legítimos da primeira mulher, ou filhos ilegítimos que por direito devam suceder-lhe, não pode a título de arras prometer ou entregar à noiva a legítima dos filhos, ou dar-lhe alguma outra coisa para além da terça dos bens, da qual livremente pode dispor, e que deve ser computada em relação ao tempo do contrato dotal, Ord. liv. 4, tit. 47, § 1, Man. 9, § últ., Ordenação esta que se deve ampliar ao pai, mãe, e restantes ascendentes, visto que a legítima é tão devida a estes como aos descendentes. Pereira, *Decisio* 100, Portugal, *De donationibus*, liv I, Praelud 2, § 6, nn. 38 e 39.

NO DOMÍNIO DE QUEM FICAM, E A QUEM PERTENCEM AS ARRAS POR MORTE DA MULHER OU DO MARIDO

§ XXXI — Porém, entre nós as arras, dadas e entregues à noiva, não ficam em seu pleno e perpétuo domínio, pois, morrendo ela primeiro, revertem ao marido donde partiram, porém, se morrer primeiro o marido, ficam juntamente com o dote em poder da mulher, mas sòmente por sua vida; por isso, depois da morte dela os bens dados a título de arras pertencem aos herdeiros do marido. No entanto, este pelas arras prometidas só pode ser citado pela mulher, e não pelos seus herdeiros, e tal é o direito que usamos. Bento Gil, à lei 5 do tit. *De justitia et jure* do Digesto, P. I, cap. XI, n. 89.

A mulher não lucra as arras, se não sobreviver ao marido. Esta cláusula, que costumava ser aposta pelos tabelães no contrato dotal, acabou por se introduzir nos costumes, e, por isso, ainda que não seja incluída nos contratos dotais, deve sempre considerar-se como existente, Gil, supra. Por conseguinte, como, em morrendo a mulher, as arras não ficam a pertencer aos seus herdeiros, mas aos do marido, parece que a mulher goza nelas mais um usufruto por sua vida do que um verdadeiro domínio. Não obstante, por pacto, o qual dá a lei ao contrato, pode dar-se à mulher a sua plena propriedade e a faculdade de dispor delas tanto entre vivos, como por testamento, o mesmo Gil, Henécio, *Elementa Juris Germanici*, liv 1, tit IV, § 249, na nota. Em Castela as arras ficam a pertencer, não aos herdeiros do marido, mas a quaisquer herdeiros da mulher, segundo a lei 51 de *Toro*.

EM QUE DIFEREM AS NOSSAS ARRAS DO DOTE

XXXII — As nossas arras, porém, diferem do dote, das arras do direito romano, e das doações *propter nuptias*, em muitos aspectos que me aprez indicar, digamos à maneira de índice. Diferem, pois, do dote: 1) porque não são dadas para ajudar aos encargos do matrimónio, como o dote; 2) porque

são constituídas por mera vontade, e não por imposição do direito; 3) porque não estão sujeitas à administração da mulher, na constância do matrimónio; 4) porque, ainda quando o marido morra primeiro, a mulher é mera usufrutuária, e não senhora; 5) porque, mesmo durante o matrimónio, não lucra nenhuns frutos delas; 6) porque, pelas arras prometidas, só ela mesma, e não os seus herdeiros, pode accionar, e no mais que do exposto facilmente deriva

E DAS ARRAS DO DIREITO ROMANO

§ XXXIII — Diferem também das arras do direito romano. 1) porque estas podem ser dadas por qualquer um dos cônjuges, mas as nossas pelo noivo sómente; 2) no direito romano apenas podem ser dadas, e não prometidas, Covarrúbias, *De sponsalibus*, p. 2, cap 3, § 7, nn. 7 e 8, e no nosso dadas e prometidas, Ord. liv. 4, tit. 47, no princípio; 3) as arras romanas valem com qualquer soma e quantidade, mas as nossas não, segundo a dita Ordenação, 4) realizado o matrimónio, as arras romanas revertem logo para quem as deu, visto que foram constituídas só para contrair e firmar mais o matrimónio; as nossas vão em proveito da mulher, que, morto o marido, lucra por inteiro os frutos delas

E DAS DOAÇÕES «PROPTER NUPTIAS»

§ XXXIV — Diferem das doações *propter nuptias* 1) porque estas correspondem inteiramente ao dote, e devem ser-lhe iguais, ao passo que as nossas arras não; 2) porque as doações antenuptiais revestem a natureza de dote, e, por isso, são dadas para sustentar os encargos do matrimónio, e em penhor e segurança do dote, Vínio, ao § 3 do tit *De donatiombus* das

Institutas, n 4; as arras não estão sujeitas a nenhuns encargos, nem ao vínculo de hipoteca ou penhor, nem sequer em razão do dote, Valasco, *Cons.* 2, n. 9; 3) as nossas arras, não é o noivo obrigado a dá-las à noiva, nem o pai ao filho, o que não se verifica nas doações *propter nuptias*. Valasco e Covarrúbias apontam outras diferenças nos lugares já citados.

O QUE É O DOTALÍCIO

§ XXXV — O dotalício, de que se faz menção no cap 15 do tit. *De foro competent* das Decretais, no cap. 4 do tit. *De donatiombus inter virum et uxorem*, e no cânone 10 da Causa XXXVI, questão II, é para nós o pacto dotal, pelo qual se atribuem à esposa certos bens, frutos e rendas, para com eles cômodamente se sustentar na viuvez. A este pacto chamamos nós hoje em português *apanagios*, *alimentos*, *alimetes*, e geralmente arras Cartas de Lei de 17 de Agosto de 1761, e 4 de Fevereiro de 1765

Este pacto *dotalício* compreende também certa soma de dinheiro, que deve ser paga mensalmente à mulher, mesmo durante o matrimónio, e à qual damos o nome de *alimetes*, como querendo assim significar tudo aquilo que é necessário ao ornamento da mulher. Por conseguinte, o dotalício abrange, não só os presentes dados à mulher no dia solene da escritura dotal, mas também as pensões mensais a pagar à mulher durante a constância do matrimónio, e ainda os frutos ou rendas que ela deve ter no estado de viuvez. Actualmente, os presentes não podem exceder a soma de 8.000 réis, pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 (§ XIII deste Título). A quantia da pensão mensal não está definida por lei, dependendo totalmente do livre arbítrio do noivo, no entanto, a lei atribui para alimentar a viúva, enquanto ela permanecer neste estado, certa quantia, que consiste na décima parte das rendas de todos os bens alodiais, da Coroa do Reino, ou do morgado, nos quais, pela dita Carta de Lei de 17 de Agosto de 1761, § 7, ela tem o direito de tática hipoteca, prelação e retenção. Tudo isto, porem, sómente se acha estabelecido nas núpcias dos nobres, cujos

bens de morgadio e da Coroa lhes rendam 300 000 réis ao ano Por isso, os nobres de outra categoria podem dar às noivas quaisquer presentes e em qualquer tempo e vez, e attribuir-lhes quaisquer rendas para o tempo de viuvez, porém, à falta desta attribuição, não poderá a viúva pedir, a título de arras, a décima parte das rendas, visto que a referida Carta de Lei apenas a concedeu às mulheres dos nobres de que fala, e, assim, o seu dotalício e o de mulheres semelhantes deve reger-se, ou por pactos especiais, ou pelas leis gerais e comuns, isto é, pela Ord. liv. 4, tit. 47. Finalmente, cumpre notar, antes de deixar este assunto, que o vocábulo *apanagios* é inteiramente estrangeiro, e foi pela primeira vez nacionalizado, isto é, introduzido pela referida Carta de Lei de 17 de Agosto de 1761, e de qualquer modo ajustado às nossas leis e costumes. A sua origem e significado é demonstrado por vários autores, entre os quais Henrique Coccey na disputa especial que intitulou *De successione apanagu*

E EM QUE DIFERE DAS NOSSAS ARRAS, DAS ARRAS DO DIREITO ROMANO, E DAS DOAÇÕES «PROPTER NUPTIAS»

§ XXXVI — O dotalício difere das arras do direito romano, porque: 1) não é dado em penhor e sinal de celebração do matrimónio como as arras, lei 56, do tit. *De episcopis et clericis*, do Código, mas para consolação na viuvez; 2) porque começa a ser devido, uma vez dissolvido o matrimónio; 3) porque abrange mais coisas do que a doação de arras, isto é, as que dizem respeito, constante ou soluto o matrimónio, ao ornato e sustentação da mulher ou viúva. Ora, a estas arras muito se assemelham as dádivas nupciais, as quais se contêm, como acima dissemos, no nosso dotalício, visto que também, no caso de não se efectuar o matrimónio, revertem imediatamente para o doador de quem partiram. Em muitos aspectos difere também o dotalício das nossas arras que a Ord. liv. 4, tit. 47, aprova e estabelece. Com efeito, 1) o pacto dotalício é mais amplo que a doação de arras; 2) refere-se apenas às noivas dos nobres, 3) e especialmente às noivas indotadas;

e por isso, 4) a sua quantidade não é estimada à proporção do dote, que é nenhum, mas do património do noivo até ao limite da lei. E bastem estas indicações. Quanto às diferenças entre o dotalício e as doações *propter nuptias*, demonstra-as com vários autores Bohemero no *Jus Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De donatombus inter virum et uxorem*, §§ XI e seguintes.

SE SE PODE REPETIR A LIBERALIDADE ESPONSALICIA

XXXVII — As restantes doações entre noivos, que não se possam classificar nos pactos dotais já mencionados, cabem na designação geral de liberalidade esponsalícia. No direito romano a sua natureza era a de não se poderem alguma vez recuperar, mesmo não se seguindo o matrimónio, salvo se se houvesse aposto expressamente tal condição. Mas Constantino, na lei 15 do tit. *De donatombus ante nuptias* do Código, estabeleceu que todas as doações entre noivo e noiva se entendiam feitas sob condição de futuras núpcias, havendo, por isso, lugar à repetição, no caso de as núpcias não se efectuarem sem culpa do doador. Eu, porém hoje não concederia facilmente esta repetição, excepto se as dádivas esponsalícias fossem muito importantes. As restantes disposições, que Constantino fixa na lei 16 do mesmo título, sobre a repetição ou não das coisas doadas, quando intervém ósculo ou cópula, não são aprovadas pelas nossas leis e costumes. Em Castela, a lei 52 de *Toro* decide especificamente esta matéria, quase pela forma do direito romano António Gomez, *ibidem*.

TÍTULO X

DAS DOAÇÕES ENTRE MARIDO E MULHER

NO DIREITO ROMANO NÃO SÃO VÁLIDAS, E PORQUÊ,
AS DOAÇÕES ENTRE MARIDO E MULHER

§ I — No direito romano não valem as doações entre marido e mulher, não porque seja desonesto um cônjuge enriquecer por meio do outro, mas *para que não se tornasse vernal o amor, e, dando rédeas às doações, não se espolhassem mutuamente*. Esta é a razão de Ulpiano e Prócuro nas leis 1 e 31, § 7, do tit. *De donacionibus inter virum et uxorem*

Era aceita pelos costumes romanos a invalidade isto é, a nula importância das doações entre marido e mulher, lei 3, §§ 10 e 11, do referido título. Todavia, com o andar dos tempos este direito foi-se abrاندando, pois na Oração de Antonino Caracala a doação vale *ipso jure*, e a coisa torna-se propriedade daquele a quem foi doada, não obstante, é permitido àquele que doou arrepender-se da doação lei 32, §§ 1 e 2 do mesmo tit. No mesmo direito valem as doações, que não tornam o doador mais pobre ou o donatário mais rico, ou as que são confirmadas pela morte do doador, lei 5, §§ 8 e 16, e lei 32 § 3, do tit. *De donacionibus inter virum et uxorem*. Omitto outras excepções à regra

NEM TODAS AS NAÇÕES RECEBERAM ESTE DIREITO

§ II — Mas nem todas as Nações receberam este direito, visto ele se apoiar em razões meramente civis. Entre os Visigo-

dos apenas foram proibidas as doações dentro do primeiro ano do casamento. Lei 5, tit 1, liv. III: *seguramente que, se o marido possuindo já a mulher, a saber, passado um ano, quizer dar-lhe por amor ou merecimento alguma coisa a título de obsequio conjugal, poderá fazê-lo sem hesitar. Porque, doutro modo, u menos de um ano não poderá o marido, exceptuando, como já se disse, o dote, fazer doação alguma à mulher, nem a mulher ao marido, salvo se se virem gravemente enfermos e na iminência da morte*. E na lei última, tit. 2, liv. V: *Se o marido doar alguma coisa a sua mulher, confirme com sua assinatura ou sinal a escritura daquilo que ela quizer haver; e seja por forma que assistam duas ou três testemunhas livres que assinem ou aponham o seu sinal nessa escritura, e assim tenha firmeza a vontade do marido. Semelhante forma de doação se observe também sobre a vontade da mulher que quizer doar ao marido*. Entre os Francos, Germanos, e outros povos, também não foi inteiramente recebido o direito romano, como *ex professo* demonstram Schilter, *Exercit. XXXVI, ad Pandectas*, e Strykio, ao tit. *De donacionibus inter virum et uxorem*

QUANDO FOI RECEBIDO ENTRE NÓS

§ III — Entre nós o direito romano, neste ponto, acabou por ser recebido, e pela primeira vez aprovado por D. Afonso V, em seu Código, liv 4, tit. 14, passando daí ao Manuelino, tit. 9, e ao Filipino, que usamos, no tit. 65 do mesmo liv. Com efeito, nas antigas leis e costumes do Reino eram válidas as doações entre marido e mulher.

Que eu saiba, não existe nenhuma lei antiga do Reino que proíba estas doações. Pelo que respeita aos costumes, lemos escrito no Código Afonsino, no citado tit. 14, do liv 4 *Costume foy dantiguamente usado em estes Regnos, e escripto em a nossa Chancellaria em tempo d'ElRey Dom Affonso o Terceiro em esta fórma, que se segue* *Costume he, que se o marido daa em sua vida a sua mulher alguma*

herdade, depois da morte do marido aduga (isto é, leve) a mulher essa herdade a partição com os filhos do marido, ou dambos. Porém, como estas palavras mencionam especialmente a doação feita pelo marido à mulher, e não a feita pela mulher ao marido, assim como também a doação feita havendo filhos, segue-se que a mulher em todo o caso podia doar ao marido, e, não havendo filhos próprios ou comuns, o marido à mulher, e até, mesmo havendo filhos, era válida a doação em vida do doador, embora sujeita à partilha e colação, por isso, só depois da morte dele devia ser invalidada e rescindida como inoficiosa, se se visse que suprimia ou diminuía a legítima dos filhos, o que se podia verificar depois de instituída a partilha e colação de bens. Porém, embora isto fosse assim, D Afonso V, interpretando a mencionada usança e os antigos costumes, acomodou-os ao direito romano, que recebeu em geral. Depois, D. Manuel e Filipe seguiram este direito, sem discrepância alguma, nas citadas Ordenações.

QUE COISAS PODEM HOJE OS CÔNJUGES DOAR ENTRE SI

§ IV — Actualmente, portanto, são aprovadas pelo nosso direito, tanto a regra da proibição das doações entre cônjuges, como as suas excepções. Por consequência, só são proibidas. 1) as doações e não os restantes contratos, salvo os celebrados em fraude da lei; 2) entre cônjuges, e não entre noivos; 3) na constância do matrimónio, e não depois dele dissolvido; 4) entre vivos, e não *causa mortis*; 5) as que tornam o doador mais pobre, e o donatário mais rico; 6) as doações de alguma importância, e extraordinárias; é diferente, se consistirem nas dádivas e presentes, que se costumam dar nos dias natalícios e solenes, etc., as quais são em geral aprovadas e recebidas pelo direito romano e pela mencionada Ord. liv. 4, tit. 65, § 3.

São dignas de nota as palavras desta Ordenação *E se no caso acima dito fosse a doação feita em tal modo, que logo em vida de ambos valesse per Direito, assi como quando o que faz a doação não he por ella feito mais pobre, ou a quem he feita não he por ella feito*

mais rico, ou em qualquer outro caso, em que tanto que a doação he feita per o marido à mulher, ou per ella a elle, logo he per Direito vahosa. Com estas palavras manifestamente se comprovam as excepções acima mencionadas, e outras semelhantes pedidas ao direito romano, cuja total referência, sobre supérflua, está fora do nosso plano

QUANDO SE REVOGA A DOAÇÃO PELO NASCIMENTO DE FILHO

§ V — É *ipso jure* revogada a doação que um cônjuge faz ao outro, logo que nasçam filhos de ambos, Ord. liv. 4, tit. 65, no princípio, e lei 8 do tit. *De revocandis donationibus*, do Código; com efeito, ainda que na Ord. liv. 4, tit. 63, se não enumere o nascimento de filhos entre as causas de revogação da doação, é todavia um princípio especial que, depois de haver filhos, fiquem revogadas pelo nascimento deles, não quaisquer doações feitas por qualquer pessoa, mas somente as doações feitas entre cônjuges. Porém, não gozam deste direito todos os filhos do cônjuge doador ou os havidos em qualquer tempo, mas apenas os naturais e legítimos havidos do cônjuge doador e nascidos depois de feita a doação, segundo a dita Ord. tit. 65, no princípio, nas palavras *se o que a fez, não tinha a esse tempo filho algum, e depois lhe veo a nascer de entre dambos*, a qual parece dever entender-se deste modo e à letra. Barbosa, P. I, lei 2, nn. 165 e 166, do tit. *Solutio matrimonio* do Digesto; Febo, *Decisio* 86, Vinnio, liv. II, *Select.* cap. 32.

DA DOAÇÃO FEITA A CONCUBINA

§ VI — Ora, porque as doações entre cônjuges são proibidas muito especialmente para que não se torne venal o amor entre os cônjuges e estes não se espoliem um ao outro dando lar-

gas às doações, o que (não) é menos de temer na verdadeira esposa do que na concubina, não é lícito que a doação feita à concubina seja ratificada, *a fim de que não seja melhor a condição dos que delinqueram*, como diz em símil Ulpiano na lei 3, § 1, do tit. *De donationibus inter virum et uxorem*. Eis por que as disposições da Ord. liv. 4, tit 66, Man 8, Afons. 13, acerca da faculdade de a mulher ou seus herdeiros revogarem dentro de certo tempo as doações feitas pelo marido à barregã, parecem dever-se ampliar e entender genéricamente de toda e qualquer doação feita à concubina, ou muito especialmente de qualquer legado deixado à concubina, sobretudo tratando-se de nobres e clérigos. Gama, *Deciso 226 (Instituições, Liv IV, Tit. IV, § XI)*.

USO DO TITULO

§ VII — É ocioso advertir o seguinte. este título não tem uso nenhum entre os cônjuges que vivem em comunhão, porquanto, sendo eles indivisamente senhores e sócios universais de todos os bens, a coisa que eles se doarem, fica imediatamente comum.

TÍTULO XI

D A S T U T E L A S

DE QUE DIREITO EMANA A TUTELA

§ I — Diz bem Justiniano no § 6 do tit *De Attiliano tutore*, das Institutas. *E conforme ao direito natural que os impúberes estejam sob tutela, de forma que aquele que não tenha idade suficiente (para se dirigir), seja regido pela tutela de outro*. Com efeito, a tutela deriva ou do direito da família e pátrio poder, ou do direito da cidade e officio do magistrado, referindo-se, por isso, perfeitamente ao direito natural. Outros pensam doutro modo. Vejam-se, querendo, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap XXII, § XII, Coccey, *Dissert Prooem. XII*, liv III, cap. IV, Sect. VII, Otto, ao dito § 6 do tit *De Attiliano tutore* das Institutas.

COMO SE DEVE DEFINIR E QUAIS AS SUAS ESPÉCIES

§ II — A tutela é a *força e poder num homem livre, para proteger aquele que por sua idade não se pode defender*. A tutela, pelo nosso direito e pelo romano, ou é *testamentária*, ou *legítima*, ou *dativa*, Ord. liv. 4, tit. 102 De cada uma destas espécies se vai tratar aqui, mas primeiramente falar-se-á da

testamentária, à qual sempre se deve dar o principal cuidado, § 1 da mesma Ordenação.

As palavras *tutela*, *curatela*, *tutor*, *curador*, são de origem estranha, e eram antigamente significadas pelos vocábulos *guarda*, *guardador*, Ord. Afons liv 4, tit 82: *Disserom os Sabeadores, que em tres maneyras podem ser estabelecidos os Guardadores, que se chamam em direito Titores e curadores dos moços, que ficam Orfãos A primeira he, quando o Padre estabeleceo Guardador a seu filho em seu testamento, a que chamam em latim Tutor Testamentarius*, etc Com este mesmo significado se tomam nas leis das Partidas, tit. 16, no princ, e leis 1 e 2 da Sexta Partida: *Que cosa es guardar, a que dizem em latim tutela quando el padre establece guardador a su fijo en su testamento, a que llaman en latin tutor testamentarius*

QUEM ESTÁ SOB TUTELA

§ III — Antes de tudo, deve-se advertir que sob tutela apenas estão os pupillos, isto é, os impúberes órfãos de pai; de facto, os púberes, isto é, os menores até aos vinte e cinco anos não estão sob tutela, mas sob curatela, Ord. liv. 4, tit. 104, § 6

Hoje distinguimos com os Romanos entre tutores e curadores, pois antigamente, como dissemos no § II, eram todos indistintamente chamados *guardadores*. Os Gregos também não tinham vocábulos próprios com que separassem a tutela da curatela, Samuel Petit, ad *legg. Aeth* neste título. O mesmo testemunha Beyer dos povos da Germânia e da Gália, na Dissertação *De differentia tutoris et curatoris jure Germanico*, onde informa que os antigos ignoraram a diferença entre menores e impúberes. Todavia, já há muito que as nossas leis receberam essa diferença do direito romano, pois também definem os anos da puberdade, da menoridade, e da legítima e perfeita idade, Ord. liv. 3, tit 42, § últ, e liv 4, tit 104, § 6 (Tit XII, §§ I e II deste livro)

§ IV — No entanto, pode algumas vezes extraordinariamente acontecer que se dê tutor ao filho impúbere em vida de seu pai; é o caso, por exemplo, se o pai se afastou para regiões longínquas, se se tornou furioso, ou contraiu segundas núpcias. Neste aspecto veja-se a lei 1 do Código dos Visigodos, liv. 4, tit. 3, o que vem em Schilter, *Exercit. XXXVI* ad *Pandectas*, § XXII, *Reinoso, Observat.* 30, e o que dissemos no Tit. V, § XXIV deste Livro, e as seguintes palavras da Ord. liv. 1, tit. 88, § 6: *E se o pai for torvado do entendimento, ou doente de tal enfermidade, que não possa reger, ou administrar os bens de seus filhos, não lhe serão entregues... mas ser-lhes-ha dado tutor, ou curador.*

TUTELA PACTICIA

§ V — É sem dúvida um dever do pai prover ao filho em toda e qualquer eventualidade, e procurar-lhe um tutor idóneo que dele cuide após a sua morte. Por conseguinte, à face do direito natural pode, melhor, deve o pai dar, mediante pacto, e não por testamento, um tutor ao filho; é que, realmente, neste direito é desconhecida a disposição que tem efeito e começa a valer só após a morte.

Diz-se *tutela pacticia*, quando alguém, a rogo do pai, promete ser tutor dos seus filhos, § 9 do tit *De excusationibus tutorum*, lei 15, § 1, de igual tit. do Digesto, e lei 29 do tit *De testamentaria tutela* do Digesto. Na verdade, pode-se admitir esta tutela sendo o tutor, dado desta maneira, preferido aos legítimos, Strykio, ao tit. *De tutela*, § 14, pois deve-se sempre atribuir grande valor ao juízo do pai, cujo conselho há que crer como o melhor em defesa dos filhos. Ora, ainda que as nossas leis não façam menção desta tutela, não é ela menos consentânea com a analogia do nosso direito do que os pactos successórios, e os testamentos dos cônjuges que mutuamente se instituem na mesma escritura, pactos e testamentos esses de que falam Gama, *Decisio* 231, Valasco, *Consult* 7, Pinheiro, *De testamentis*, disp. 2, sect. 4, § 5, e disp. 6, sect. 3, § 3.

O TUTOR DADO PELO PAI EM TESTAMENTO

§ VI — De todas as tutelas a mais frequente é a *testamentária*. Podem, pois, o pai, a mãe, ou um estranho, dar em testamento tutor aos seus filhos, e aos filhos alheios, ainda que por modo e direito diverso. O tutor dado pelo pai ou, morto ele, pelo avô paterno aos filhos ou netos ganha efeito immediato sem necessidade de fiança nem inquirição, caso os filhos ou netos estejam sob o seu poder ao tempo da sua morte, Ord. liv. 4, tit. 102, § 1, Alons. tit. 82, do mesmo liv., Man. liv. 1, tit. 67, § 20.

No entanto, carece de decreto ou confirmação do magistrado, a qual difficilmente se pode entender sem uma inquirição sobre a pessoa e costumes do tutor. A necessidade desta averiguação é significada pelas seguintes palavras da Ord. liv. 4, tit. 102, § 1 *E sabera outro si, se daxou por tutor, ou curador pessoa, que por direito o pode ser; e um pouco abaixo em quanto o fizer bem, e como deve a proveyo do orfão, ou menor.* Ao tutor devem ser entregues os bens dos pupillos por inventário feito judicialmente, Ord. citada, no princ.. Constitui, porém, uma questão inútil averiguar se o pai pode nomear tutor ao filho deserdado ou emancipado, visto que a exherdação e a emancipação difficilmente caem num pupillo.

O TUTOR DADO PELA MÃE OU UM ESTRANHO

§ VII — O tutor nomeado pela mãe a seus filhos, o tutor nomeado pelo pai ao filho natural, e o tutor nomeado por um estranho que institui seu herdeiro um pupillo, carecem de confirmação, a qual, como dissemos, importa sempre necessariamente uma inquirição sobre a pessoa do tutor, Ord. liv. 4, tit. 102, § 2, Man. liv. 1, tit. 67, § 21. Esta, porém, deve ser maior e mais escrupulosa sobre a pessoa do tutor nomeado por um estranho do que pelos pais, porque as leis presumem que os pais tomam a melhor resolução para seus filhos, e que só os entre-

garão à protecção de pessoas cuja fidelidade e zelo tenham visto e experimentado.

Quais os tutores que no direito romano carecem de confirmação assaz consta do tit. *De confirmando tutore*. Mas o certo é que o tutor só pode receber a administração dos bens do pupillo, depois de eles serem estumados e a ele entregues por decreto do juiz e inventário legitimamente feito, Ord. liv. 4, tit. 102, no principio. *fará entregar . por inventario feito pelo scrvão de seu carregio.* E neste sentido todos os tutores precisam de confirmação e inquirição. Todavia, se for o pai ou a mãe a nomear tutor, não é necessária tão escrupulosa inquirição, *mas simplesmente o conjurma* (o magistrado), *mas se for algum outro a dá-lo, então inquire se é pessoa capaz,* como diz, e bem, Modestino na lei 1, § 2, do tit. *De confirmando tutore*, do Digesto. Por isso, hoje são na realidade absolutamente a mesma coisa o decreto do juiz e a confirmação da tutela, a qual deve ser pedida, não aos magistrados maiores nem em Tribunal, como no direito romano, leis 2, 4 e 7 do tit. *De confirmando tutore*, mas ao juiz ordinário, perante quem é feito o inventário, ou ao juiz dos órfãos. Também hoje não interessa se o pai ou se a mãe nomeou em testamento, em codicillos, por palavras directas, ou indirectas, porque todos os tutores têm de ser confirmados pelo modo que dissemos. Assim se deve entender a citada Ord. liv. 4, tit. 102, §§ 1 e 2.

QUEM PODE SER NOMEADO TUTOR TESTAMENTARIO

§ VIII — Não podem ser nomeados tutores testamentários os menores de vinte e cinco annos, os furiosos, os pródigos, os inimigos do pupillo, os pobres, os escravos, os religiosos, as mulheres, Ord. liv. 4, tit. 102, §§ 1 e 3, no fim, Man. liv. 1, tit. 67, § 20, e os mais que ao tempo da morte ou da feitura do testamento não podem, nem de facto nem de direito, administrar immediatamente os bens do pupillo ou olhar bem e convenientemente pela pessoa do mesmo. Entre estes deve-se enumerar o filho de família, ou porque não é independente, não podendo,

assim, cuidar como lhe cumpria dos bens pupilares, ou porque não pode ser admitido a exercitar um officio e cargo público, qual se diz ser a tutela, Ord. liv. 1, tit. 94. No entanto, podem ser nomeados tutores os credores do pupilo, se forem honrados, se a dívida for certa, e não se recear que venha daí algum perigo para o pupilo. Um pouco diferente pensa Justiniano na Novela 72, cap. 1.

No direito romano, o furioso e o menor nomeados tutores por testamento, sê-lo-ão, o primeiro quando recobrar o juizo, e o segundo, quando fizer os vinte e cinco anos, § 2 do tit *Qui testamento tutores dari possunt*: por isso, a nomeação subsistia em favor do testamento e por causa do latíssimo poder concedido aos pais na lei 10, § 3, do tit. *De testamentaria tutela* Entretanto nomeava-se um curador ou tutor *Athiano*, que fazia as vezes do testamentário, e não havia lugar ao tutor legítimo, pois a isso se opunha a regra do direito civil que nunca admite a tutela legítima, enquanto há esperança de tutela testamentária, lei 11 do tit. *De testamentaria tutela* Mas, no nosso direito, a nomeação dum furioso ou dum menor é inútil, segundo a dita Ord. liv. 4, tit 102, § 1° *se deixou por tutor, ou curador pessoa, que por direito o pôde ser, que não seja menor ou sandeu*; e não se subentende condição alguma que a torne útil alguma vez, visto que em parte nenhuma se acha escrita e é por principio inválida. Por conseguinte, neste caso há lugar ao tutor legítimo, e não ao dativo, não podendo aquele ser removido da tutela que bem e útilmente desempenhe, ainda que, por exemplo, o menor nomeado tutor testamentário atinja a idade legítima. É que a regra do direito civil que determina que não há lugar à tutela legítima, enquanto houver esperança de tutela testamentária, apoia-se numa mera subtiliza e tem fundamento naquella latíssimo poder de legar sobre dinheiro ou tutela de coisa sua, que actualmente se acha muito restringido nas nossas leis e costumes. Deve, pois, dizer-se que, sendo a tutela um encargo, o devem suportar primeiro os cognados, que sucedem ao pupilo ab intestado, do que os estranhos que nenhuma esperança têm de successão. E esta regra é superior e mais antiga que aquella do direito civil romano. Thomásio, nas Notas ao tit *Qui testamento tutores* das Institutas.

DA TUTELA SOB CONDIÇÃO, DESDE CERTO DIA, OU ATÉ CERTO DIA

§ IX — A nomeação de tutor desde certo dia, ou até certo dia, ou sob condição impossível, casual, ou mista, não vale, visto que nenhuma utilidade traz ao pupilo; deve, por isso, o juiz rejeitá-la officiosamente, e nomear tutor legítimo, Thomásio, lugar citado. Efectivamente, a condição impossível não parece posta por homem de são juizo, e a casual, ou a mista deve ser rejeitada pela razão de que não é lícito fazer depender a tutela do pupilo dum evento duvidoso. Quanto à condição possível, que estiver em poder do tutor, essa é em boa verdade admissível. No direito romano não é assim, § 3 do tit. *Qui testamento tutores* das Institutas.

TUTELA LEGÍTIMA

§ X — A tutela testamentária succede a tutela *legítima*, assim chamada porque é deferida pela lei. No direito romano, a tutela legítima era: I) dos agnados, II) dos patronos, III) dos pais, IV) fiduciária. Estas espécies são explicadas em diversos títulos das Institutas de Justiniano que hoje não têm ou nenhum Com effeito, é nula a diferença entre agnados e cognados tanto na herança como na tutela, visto que o próprio Imperador a suprimiu na Novela 118, cap. 5. Da tutela dos *patronos*, não há que curar, uma vez que foi suprimida a escravatura, assim como também não da tutela dos pais, visto estes já não terem a liberdade de emancipar os filhos impúberes; quanto ao irmão, morto o pai, não é ele tutor fiduciário, mas legítimo, do irmão impúbere Por isso, no nosso direito a tutela legítima apenas é deferida ou às mães e avós, ou aos parentes do impúbere.

PRIMEIRAMENTE É DEFERIDA A MÃE OU AVÓ

§ XI — Em primeiro lugar, é deferida à mãe e à avó que a queira aceitar, se viverem honestamente, prometerem perante o juiz que administrarão devidamente a pessoa e bens do pupilo, renunciarem a segundas núpcias e ao benefício da Lei do Veleiano, e cumprirem o mais que clara e escrupulosamente se contém na Ord. liv. 4, tit. 102, § 3, Man. 67, § 22, tirada da Novela 118, cap. 5, Autêntica *Matrī, et avīae*, do tit. *Quando mulier tutelae officio fungi potest*, Caldas, à lei *Si curatorem 3*, palav. *sine curatore*, n. 107, do tit. *De in integrum restitutione minorum*, do Código.

No entanto, a tutela do filho impúbere não é defesa à mãe pelo juiz dos órfãos, mas pelo Rei, isto é, pelos Desembargadores do Paço, se o valor dos bens do filho passar de 60 000 réis, segundo a Ord. liv. 1, tit. 62, § 37, no fim *E isto se entenderá, quando a fazenda não passar de sessenta mil réis, porque passando da dita quantia, o hão de requerer a nós.*

DEPOIS É DEFERIDA AOS PARENTES

§ XII — Se a mãe não quiser aceitar a tutoria do filho impúbere (pois não pode ser obrigada, segundo a Ord. liv. 4, tit. 102, § 3: *e quizerem*), a tutoria é deferida aos parentes próximos sem diferença de agnados e cognados, § 5 da dita Ord., podendo estes ser constrangidos a aceitá-la. Se se acharem parentes do mesmo grau, o juiz escolhe o mais hábil, considerando-se como tal, em igualdade de circunstâncias, o mais abastado, segundo o mesmo § 5: *E em quanto o juiz achar parente do orfão abonado para ser tutor, não constrangerá o que não for abonado, ainda que seja parente mais chegado em grão.* Os parentes que se escusarem da tutoria legítima, não sucedem ao pupilo que morrer antes da puberdade, § 6 da citada Ord..

Portanto, o agnado não é preferido ao cognado do mesmo grau, salvo se for mais rico e hábil para exercitar a tutela, segundo a Ord.

liv. 4, tit. 102, § 5, vers. *E se tever*, e vers. *E em quanto* Por outro lado, não parece estatuído o contrário na Ord. liv. 1, tit. 88, § 13, nas palavras. *E havendo dous em igual grão, precederá o da parte do pai, que for mais abastado*, quer porque manda preferir sempre o mais rico, ao referir-se ao *mais abastado*, quer porque apenas deve ser entendida no caso especial de que fala.

O TUTOR DATIVO

§ XIII — A falta de tutor testamentário ou legítimo, succede o tutor *dativo* ou *Atihano*, que o juiz é obrigado a dar officiosamente dentro dum mês (§ VIII, Nota), segundo a Ord. liv. 4, tit. 102, no princ., e § 7, Man. liv. 1, tit. 67, §§ 17 e 27, Afons. liv. 4, tit. 85. Todavia, não deve nomear um estranho, enquanto houver parentes que possam desempenhar devidamente o officio de tutor, de harmonia com a dita Ord. § 5, no fim: *E em quanto for achado parente do orfão idoneo e pertencente para ser seu tutor, não seja constrangido a isso algum estranho.* A nomeação do tutor pertence ao juiz do domicílio, e não ao juiz do lugar onde estiverem os bens, devendo este, a pedido do primeiro, dar curador a esses bens, Ord. citada, § 8, e liv. 1, tit. 88, § 24, e liv. 3, tit. 11, § 3, lei *Pupillo 27* do tit. *De tutoribus et curatoribus datis.*

DA FIANÇA DOS TUTORES

§ XIV — Os tutores testamentários dados pelo pai ou mãe estão imunes de toda a fiança, segundo a dita Ord. liv. 4, tit. 102, § 1, no fim, e § 2. A mãe e a avó, quando têm a tutoria de seus filhos ou netos, prestam caução de fiança, caso não tenham imóveis que respondam pelos bens e pessoa dos pupilos, § 3.

Os outros tutores legítimos prestam ambas as cauções, a de juramento e a de fiança; no entanto, estão livres desta última, se forem muito ricos, ou tão pobres, que não possam achar fiadores, caso em que basta a caução de juramento, § 5. O tutor dativo não é obrigado a nenhuma caução, bastando que a sua idoneidade seja reconhecida pelo juiz; de resto, no § 7 da citada Ordenação, em que se trata do tutor Atiliano, não se faz menção de fiança ou caução alguma, sucedendo, por isso, a regra do princípio do tit. *De satisfatione tutorum*, das Institutas, que se apoia na boa razão.

Anda que nem todos os tutores sejam constrangidos a prestar fiança, carecem, todavia, todos eles de confirmação, e não dispensam uma inquirição, ainda que sumária, destinada a averiguar se o tutor é honesto e rico, como já acima observámos (§ VII). Eis por que lhes é vedado administrar os bens do pupilo sem decreto do juiz, precedido de inventário por este solenemente organizado. Ord. liv. 4, tit. 102, no principio: *fará entregar . por inventário*, e liv. 1, tit. 88, §§ 4 e 5.

DO OFÍCIO, AUTORIDADE E ADMINISTRAÇÃO DO TUTOR

§ XV — O ofício do tutor, por mais importante que seja, e é seguramente da maior importância, está contido nestas duas funções: *autoridade e administração*. O ofício do tutor é quase o mesmo que o do pai, em cujo lugar sucede, e o do magistrado ou do Príncipe, por quem foi dado ou confirmado, e que é o tutor máximo e supremo de todos os cidadãos, especialmente dos pupilos ou menores, Heinéccio, Dissert. *De suprem. Principis et Magistratus tut.*, §§ XIV e XV. A *autoridade* do tutor é a aprovação, ou seja, a confirmação dos actos que o pupilo depois da infância realizou sózinho, bastando para a possuir qualquer consentimento, expresso ou tácito, antecedente ou

subsequente, sem solenidade alguma, prestado por carta ou mensageiro. No direito romano é diferente, em todo o tit. *De auctoritate tutorum*, das Institutas, e no tit. *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*, das Pandectas. A *administração* respeita aos bens e, preferentemente, à pessoa do pupilo. Por conseguinte, o tutor deve educar liberalmente o pupilo, em conformidade, no entanto, com os seus recursos, ou então exercitá-lo no ofício paterno, e defendê-lo de todas as ofensas especialmente em juízo. Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 10, 13, 15, 16 e 18, e liv. 3, tit. 41, § 8; administrar as coisas do pupilo como bom pai de família, e para este fim fazer tudo o que se acha bem e sãbiamente acautelado na citada Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 22 e seguintes. Nestes termos, segue-se que o pupilo quase nada pode fazer sem o tutor; e que este faz perfeitamente tudo sem o pupilo, podendo até adir à herança e praticar outros actos semelhantes mais solenes no direito romano, Thomásio, nas Notas às Institutas, liv. I, tit. XXI. Em assuntos de magna importância, tais como celebrar esponsais, constituir procuradores judiciais e extrajudiciais, nomear e apresentar em benefícios, o pupilo maior de sete anos, visto que possui algum discernimento, deve ser ouvido juntamente com o tutor, Strykio, ad Pandectas, liv. XXVI, tit. VIII, § V. Mas, porque os tutores fazem as vezes do magistrado, resulta também daí que, sem o consentimento e decreto deste, mal podem fazer coisa de alguma importância. Com efeito, se bem que entre os Romanos apenas se fizesse mister o decreto do magistrado para alienar as coisas imóveis ou mais preciosas, tit. *De rebus eorum qui sub tutela*, todavia entre nós é preciso, segundo a citada Ord., o consentimento, autoridade e decreto do juiz do pupilo para vender outras coisas, emprestar dinheiro a juros, assinar dívidas, colocar os pupilos ao serviço de outrem ou casá-los, aceitar pagamentos, e actos semelhantes; no entanto, isso não é exigido na alienação das coisas de impossível conservação, nem no pagamento de dívida que tem de ser absolutamente paga em

tempos fixos, como rendas anuais, censos, juros, e outras coisas que dispensam qualquer conhecimento de causa.

Os nossos Príncipes cuidam dos pupilos não só enquanto impenhorados, mas também pelo título especial de tutores de que em extremo se orgulham. A este respeito diz bem D. João I na lei dada em Santarém a 22 de Maio do ano 1441 da Era (no Código Afonso, liv. 4, tit. 88, § 2) e *Nós pelo Estado, que nos Deos deu, temos da guarda desses orfãos grande encargo, porque huma das cousas, que emcomendadas sam ao Rey na sua terra assy he manter, e defender esses orfãos, porém consirando Nós todas estas cousas, e querendo tother o mal, que se seguiu alta ora, etc*

DA RESPONSABILIDADE DO TUTOR, DO SEU DEVER DE PRESTAR CONTAS, E ONDE DEVE SER CITADO

§ XVI — O tutor é inteiramente obrigado pelo dano que causou ao pupilo por culpa ou negligência, Ord. liv. 3, tit. 41, § 3: e *haver emenda do damno, que por culpa, ou negligência de seu tutor, ou curador receber*; Caldas, à lei *Si curatorem* 3, verbo *sine curatore*, nn. 6 e 7. Pode, por isso, ser citado no lugar do domicílio, ou perante o juiz que o nomeou tutor, Ord. liv. 3, tit. 11, § 3, e deve dar contas da sua administração, não só no fim da tutela, como no direito romano, lei 3, no princ., lei 9, § 4, do tit. *De tutelae et ratombus distrahendis*, do Digesto, mas também em cada ano, Clementina *Qua contingit* 2, § 1, do tit. *De Religiosis Dombus*.

Pela tutela obrigam-se os tutores, os fiadores, e os magistrados, mas pelas leis mencionadas no direito romano não compete acção de tutela, senão quando esta acabar. Não entendeu assim o Pontífice na Clementina *Qua contingit* 2, § 1, do tit. *De Religiosis Dombus*, onde manda aos tutores e administradores prestar contas todos os anos. Disposição idêntica foi tomada, à semelhança do antigo direito, pelo Imperador Carlos V na Reforma Política de 1548, tit. 2, § 2, e por Rodolfo II na Ord. 1577. Actualmente, quase todas as nações seguem

este direito, que, sendo o mais útil ao pupilo, deve ser trazido para a nossa cidade. Schilter, *Exercit ad Pandectas* XXXVII, § 174, Strykio, ad tit. *De tutelae et ratombus distrahendis*, § 5.

DA CITAÇÃO DOS FIADORES E MAGISTRADOS DO TUTOR

§ XVII — Também os fiadores do tutor são obrigados pelo dano que este causou por culpa ou negligência, Ord. liv. 4, tit. 102, § 5: *dará fiador abonado, que por elle se obrigue*, todos os anos, como hoje os tutores, e não no fim da tutela, Strykio, ad *Pandectas*, liv. XXVII, tit. III, § 7, e tit. VII, § 1, e podem ser citados, não pelo pupilo, mas pelos contutores ou curadores nomeados, lei 9, § 6, do tit. *De tutelae et ratombus distrahendis*, ou officiosamente pelo juiz do pupilo, na presença de quem se hão-de prestar contas, Schilter, lugar citado. Os magistrados também são judicialmente responsáveis pelas faltas verificadas na tutela, Ord. liv. 88, §§ 3, no fim, 7, 16, 18 e 24, *ibi*: *E faça de tal maneira, que por culpa sua, e negligencia os bens dos orfãos não recebam damno, porque todo o damno e perda que receberem, pagará per seus bens*; e liv. 3, tit. 41, § 3, no fim: *ou do juiz, que tal tutor, ou curador deu*. Quanto aos nomeadores e abonadores, de que fala o tit. *De fidejussoribus et nominatoribus* das *Pandectas*, são eles ignorados das nossas leis e costumes.

ESCUSAS DOS TUTORES

§ XVIII — A tutela é um encargo público que todos os cidadãos são obrigados a assumir, salvo possuindo legítima escusa. A posse de cinco filhos vivos ou perdidos na guerra dispensa o pai de toda a tutela, mesmo a testamentária e a legítima, Ord. liv. 4, tit. 104, no princ. Man. liv. 1, tit. 67, §§ 31 e segs., Afons. liv. 4, tit. 83. Também são escusos os Desembargadores, Corregedores, Ouvidores, Vereadores, e seus officiaes, § 1, os

administradores das coisas fiscaes, § 2, os maiores de setenta anos e os menores de vinte e cinco, § 3, os gravemente enfermos, enquanto durar a doença, § 4, os Nobres, os Cavaleiros, e os Doutores, § 5. Estas escusas, tiradas do direito romano, livram de toda a tutela, e as restantes, que competem por privilégio especial, dispensam apenas da tutela dativa, segundo a dita Ord., no principio. Estas escusas e outras semelhantes recebidas no foro ou se chamam voluntárias, a saber, porque tendem a favorecer somente o tutor, e é o caso da escusa pelo número de filhos, ou chamam-se necessárias, porque foram introduzidas em favor da república e dos pupilos, e dispensam mesmo aquele que quer ser tutor, e é o caso da idade pupilar, da nobreza, da dignidade militar, da doutoral, etc..

D. João I revogou, pela lei dada em Santarém a 22 de Maio de 1441 da Era, todos os privilégios pelos quais tinha sido concedida escusa do encargo de tutela. D. Afonso V interpretando a mesma lei estabeleceu, na sua Ordenação liv. 4, tit. 88, § 4, differença entre privilégios insertos no corpo do direito romano, e privilégios extravagantes, como o do vassallo, o do *bésteiro* e outros semelhantes, que competem por lei especial e não pelo direito comum, e por fim estabeleceu que os primeiros aí mesmo citados dispensassem de toda a tutela, e os outros da dativa somente. Desta Ordenação foi depois tirada e transcrita a Manuelina e Filipina, lugares citados.

COMO SE EXTINGUE A TUTELA

§ XIX — Como no nosso direito se acham definidos os annos da puberdade, extingue-se a tutela: 1) nos homens aos dezete annos, nas mulheres aos doze, Ord. liv. 4, tit. 104, § 6; 2) por morte do tutor ou do pupillo; 3) por condição posta pelo testador (§ IX deste título); 4) decorridos dois annos, pois o tutor estranho não é obrigado a suportar a tutela mais tempo, Ord. liv. 4, tit. 102, § 9; 5) pela «capitis deminuição»; 6) pela

relegação e qualquer mudança de estado incompatível com o útil desempenho da tutela. E baste isto, pois não é necessário referir todos os modos pelos quais se extingue a tutela.

DOS TUTORES SUSPEITOS

§ XX — Também cabe aqui a remoção do tutor suspeito, que não gere a tutoria fielmente, e falta ao seu dever por dolo, culpa ou negligência. Este tal deve ser removido, Ord. liv. 4, tit. 102, § 1: *em quanto o fizer bem, e como deve a proveito do orfão, ou menor, e não fizer cousa, por que deva ser tirado da dita tutoria*. A accusação dos tutores suspeitos, tanto pública como particular, não está actualmente em uso, costumando o juiz remover o tutor, ou officiosamente, ou por denuncia seguida de inquerito.

TUTELA DE PESSOAS ILUSTRES

§ XXI — No direito romano, lei 1 do tit. *De tutoribus vel curatoribus illustrium, vel clarissimarum personarum*, do Código, lei 7, § 6, vers. *Sed si*, do tit. *De curatore furiosi*, do Código, podem ser nomeados para pessoas illustres tutores de qualquer ordem, mesmo inferior à sua. Este direito ainda hoje vigora entre nós, pois em lei nenhuma se acha determinado que o tutor dum nobre seja igualmente nobre; no entanto, deve-se nomear pessoa de *optima e integra reputação*, dito § 6, e *tutor de qualquer ordem*, contanto que *idóneo*, dita lei 1; assim o parece exigir a utilidade do pupillo. O mesmo se observa na Alemanha, onde o direito feudal lançou mais fundas raizes, como contra Schilter demonstra Strykio, ad *Pandectas tit. De tutelae*, § XIX, Coccey, *De tut illust.*, cap. IV, § 4.

§ XXII — A tutela do Rei impúbere é confiada ao tutor ou tutores testamentários, nomeados pelo Rei defunto em testamento ou escritura; na falta destes, à Rainha Mãe viúva; e, por último, aos cinco Conselheiros de Estado mais antigos no exercício. Porém, se houver Infante irmão do Rei falecido, ele governará sózinho, pois embora deva ouvir os ditos cinco Conselheiros de Estado, a decisão só a ele pertence, excepto em algumas poucas coisas de maior importância referidas na lei das Cortes de 23 de Novembro de 1674, *apud* Coleção I, N I, à Ord. liv. 4, tit. 102, e Sousa, tomo V das *Provas* ao liv. VII da *História Genealógica*, N. 83, pág. 93.

Esta lei das Cortes, dada a pedido do povo por D Pedro II, Governador do Reino, é chamada *Fundamental*, se com direito ou sem ele, é assunto que deixo ao critério dos outros, uma vez que ela teve por autor, não a todo o povo, mas a D Pedro, que então administrava o Reino em nome de seu irmão o Rei D. Afonso VI. Como quer que seja, a referida lei tem fundamento no direito romano, porquanto, em primeiro lugar, admite os tutores testamentários, antepondo-os a todos os mais, depois chama a Rainha viúva, enquanto não contrair segundas núpcias, e só a ela, preferindo todos os agnados, entrega a tutela legítima, a qual declara cessar, logo que o sucessor do Reino perfaça os catorze anos. Ora, tudo isto é tirado do direito romano. Difere, porém, deste direito e dos antigos costumes do Reino em nomear por último certos tutores dativos, a saber, os cinco Conselheiros de Estado mais antigos no exercício. Mas os nossos Reis, ao darem a tutela do Príncipe impúbere, mais de uma vez recorrem ao direito romano, cuja autoridade era realmente tamanha, que prevalecia nos negócios públicos e particulares. D João III nomeou em 1537 por testamento a Rainha D Catarina tutora do neto comum o Príncipe D. Sebastião, e confiou-lhe o governo do Reino até este Príncipe fazer os vinte anos, o que é de notar, pelas seguintes palavras, *apud* Sousa, tomo III das *Provas* ao liv IV, N. 135, pág. 22: *E como pelas ordenações destes Reynos, e por direito commum o avô, que tem seu neto em poder, depois de ter fallecido seu filho,*

pay do dito neto, pode em seu Testamento dar tutor e curador ao tal neto: peillos quais respetos eu por este meu Testamento ordeno e mando, que se ao tempo, em que nosso Senhor houver por bem de me levar para si, o dito Príncipe meu neto for menor de idade de vinte annos compridos, que a Rainha sua avó seja sua tutora e curadora, e a dou por tutora e curadora do dito Príncipe sihe a dita idade dos vinte annos. Declaro, ordeno, e mando que em todo o dito tempo, que o Príncipe meu neto não for de vinte annos compridos, a Rainha sua avó seja Governador dos ditos Reynos e Senhores, e os governe assy e tam inteiramente como o dito Príncipe o fizera no tal tempo, se fora mayor dos ditos vinte annos. Um exemplo de tutela como que pactícia e testamentária, pedido ao direito romano, foi-nos deixado por El-Rei D. Duarte, que nomeou os Infantes D Pedro e D Henrique curadores do Príncipe D Afonso, por carta de 6 de Novembro de 1433, *apud* Sousa, tomo I das *Provas* ao liv. III, N 15, pág. 418, cuja guarda e conservação confiou aos mesmos Infantes. Afastando-se desta primeira vontade, D Duarte deu em testamento sua esposa D Leonor como tutora do Rei impúbere, e só a ela confiou o governo do Reino, excluindo os Infantes, contra a expectativa destes e os desejos do povo, daqui nasceram dissídios, perturbações, e Cortes sediciosas, que, entre outros, deploram e contam Pina, *Cronica de D Duarte*, cap XLIV, e de D. Afonso V, caps III e segs., Leão, *Cronica*, cap VI, Faria, *Euroça Portuguesa*, tomo II, P III, cap III. Deste mesmo direito já muito antes usavam os primeiros reis de Portugal. Assim, vê-se D. Afonso II, em seu testamento do ano de 1221, *apud* Sousa, tomo I das *Provas* ao liv I, N 19, pág. 34, attribuir a tutela do Infante sucessor e o governo do Reino, enquanto aquele não atungisse a perfeita idade, a todo o Reino, ou melhor aos *Vassallos*, isto é, aos Nobres, nas seguintes palavras: *E sendo caro que ao tempo de minha morte o filho ou filha que herdar meu reino não tenha ainda capacidade e idade conveniente, estejam eles e o reino sob a administração e cura de meus vassallos, ate que cheguem a tempo de governo* (1) Palavras semelhantes se lêem no testamento de D Sancho II. Porém, apraz-nos notar aqui que esta tutela dada por

(1) Tradução de Frei António Brandão, nas *Cronicas de D Sancho I e D. Afonso II*. pág. 254. Ed da Livraria Civilização Editora (Nota do Tradutor)

D. Afonso e D. Sancho aos Vassallos não compete a estes por direito próprio, mas por virtude do testamento e da nomeação testamentária régia, o que, embora seja contravertível olhando ao Direito Público universal, é todavia entre nós indubitável, visto que, por nenhuma lei escrita nem pelos costumes, a tutela do Príncipe impúbere e o governo do Reino competem a todo o Povo, ou aos *Vassallos*, isto é, aos Nobres com exclusão dos restantes cidadãos. Nem o contrário provam as alegações, conselhos, escritos, e, finalmente, as próprias Cortes de Torres Vedras de 1438, pois o que nestes difficilimos tempos se fez, no meio de tantas e *tamanhas* facções civis, não deve ser havido como direito, nem apresentado como exemplo. Revertendo, pois, à nossa lei das Cortes de 1674, que é a única que hoje tem autoridade, está assente: I) que a tutela do Príncipe impúbere cessa, não aos vinte anos como D. João III estabeleceu, mas no ano da puberdade, isto é, aos catorze anos de idade; II) que o Rei pode dispor arbitrariamente da tutela do Príncipe impúbere, e confiá-la por testamento ou escritura a um ou mais tutores; III) e também da curadonia do Rei púbere, privado de entendimento ou sofrendo de outro impedimento legítimo que o inabilite para o governo do Reino; IV) que, à falta de tutor nomeado pelo pai, a tutela legítima é confiada à Rainha Mãe, V) que a Rainha tutora e o tutor testamentário exercem a tutela do pupilo e o governo e a livre administração do Reino, sem limites alguns fixados na mencionada lei, com effeito, a autoridade e o officio do tutor são os mesmos que os do Rei, e consistem ambos em defender, tanto os legítimos direitos do Reino, como os dos cidadãos, e no poder de fazer tudo o que conduz à felicidade da República; VI) que os cinco Conselheiros, dados em último caso pela predita lei como tutores, têm o governo effectivo do Reino, não sendo, porém, a sua administração tão livre como a da Rainha Mãe ou do tutor testamentário, e não podendo, por isso, alienar e doar os bens públicos, e realizar o mais que é vedado aos tutores particulares sem decreto judicial; VII) que o Infante irmão do defuncto Rei gere a tutela do Príncipe e do Reino juntamente com estes cinco Conselheiros, cujo conselho deve ouvir na gestão de todos os negócios, sendo, no entanto, o voto dos Conselheiros *consultivo*, e não *decisivo*; porém, os negócios de maior importância, como os de guerra e paz, casamento do Rei, e alienação, total ou em grande parte, dos bens públicos, são decididos por pluralidade de votos. Quem quer pode facilmente observar tudo isto na muitas vezes citada lei das Cortes. Quanto, porém, ao que os escriptores de Direito Público geral-

mente costumam disputar sobre o tutor do Príncipe, não cabe aqui referi-lo. Vejam-se, no entanto, querendo, o nosso Caldas Pereira, nos Comentários à lei *Si curatorem* 3, do tit *De in integrum restitutione*, do Código, palav *sine curatore*, desde o n 118, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv I, cap III, § V, e Henrique Coccey, *Disput LXXXIV, De tutela illustrium*

TÍTULO XII DAS CURADORIAS

QUEM É O CURADOR

§ I — Diz-se curador, para distinguir do tutor, aquele que tem o cuidado, não do pupilo, mas do menor, do pródigo, e do furioso, cujas pessoas e bens protege. Os antigos costumes e leis nem sequer reconheceram esta diferença, bem como também não a diferença de nomes entre o tutor e o curador (§§ I e II do tit XI).

A DIFERENÇA ENTRE O TUTOR E O CURADOR É ACTUALMENTE NENHUMA

§ II — Os Jurisconsultos romanos haviam constituído entre os tutores e os curadores muitas diferenças, que Modestino refere na lei 20 do tit. *De tutoribus et curatoribus*, e Cujácio nas *Observationes*, liv. XVII, cap. VII. Essas diferenças são, em resumo, as seguintes: 1) os impúberes recebiam, contra sua vontade, o tutor, ao passo que os menores não recebiam o curador contra sua vontade, salvo em certos casos, como, por exemplo, para um litígio, § 2 do tit. *De curatoribus*, das Institutas, para livrar um tutor, lei 7 do tit. *Qui petant tutores*, do Código, ou um devedor, lei 7, § 2, do tit. *De minoribus*, 2) o tutor era dado principalmente à pessoa, o curador aos bens; 3) não se nomeavam curadores legítimos, como se nomeavam tutores

legítimos, visto que os menores podiam preterir em testamento, e privar da sucessão os agnados próximos; 4) o tutor devia interpor a sua autoridade simplesmente estando presente, § 2 do tit. *De auctoritate tutorum*, das Institutas, ao passo que o curador podia dar o seu consentimento de qualquer modo. No entanto, tudo isto não tem actualmente quase nenhum uso, pois são os mesmos o poder e autoridade do tutor e do curador tanto nas coisas como na pessoa do pupilo ou do menor, e os mesmos os seus officios. As únicas diferenças consistem em chamarmos tutor ao que defende o pupilo, e curador ao que defende o menor, e em a tutela acabar com a puberdade, e a curadoria com a idade legítima, isto é, os vinte e cinco anos.

Todas estas diferenças não têm hoje valor algum. Com effeito, os menores, mesmo contra vontade, recebem curadores, segundo a Ord. liv. 4, tit. 102, no principio. *O juiz dos orfãos terá cuidado de dar tutor, e curadores a todos os orfãos, e menores*. Depois, são iguais os poderes do tutor e do curador, e significam absolutamente o mesmo a sua autondade e consentimento. Por outro lado, não duvido de que perfeitamente se possam dar um ou mais tutores ou curadores para todos ou certos bens, visto que a suprema regra é o bem do pupilo, e não se curar muito de palavras. Hoje também os agnados dos menores são curadores legítimos, porque lhes succedem ab intestado, e, finalmente, tanto se pode deixar em testamento o tutor como o curador, segundo a Ord. liv. 4, tit. 102, § 1.º *deixou em seu testamento tutor, ou curador*

CURADORIA TESTAMENTÁRIA

§ III — Por isso, a curadoria, tal como a tutela, ou é testamentária, ou legítima, ou dativa. A primeira a tomar em conta é a testamentária, que vem expressamente mencionada na Ord. liv. 4, tit. 102, § 1, e é deixada em testamento pelo pai, mãe, ou um estranho. Por isso, o que mais acima dissemos dos tutores testamentários (Tit. XI), queremos se diga dos curadores, segundo a mesma Ord. liv. 4, tit. 102, §§ 1 e 2, e tit. 104, § 6.

§ IV — A curadoria legítima é deferida ou à mãe, ou à avó, ou aos parentes mais chegados, segundo a Ord. liv. 4, tit. 102, § 5: *E se o orfão, ou menor não tiver tutor, ou curador dado em testamento, nem mãe, ou avó, que seja sua tutora, ou curadora . o parente mais chegado será constrangido, que seja seu tutor, ou curador.* A mesma Ordenação também aprova a dativa, ao dizer no § 7: *E não se achando parente. o juiz obrigará hum homem bom para ser tutor, e curador.*

CURADORIA DOS MENORES

§ V — E, em primeiro lugar, pelo nosso direito deve ser dado curador aos menores de vinte e cinco anos. Ord. liv. 4, tit. 102, no princípio: *curadores a todos os orfãos, e menores;* tit. 103, no princípio: *Porque além dos curadores, que hão de ser dados aos menores;* e tit. 104, § últ.: *E porque além destes tutores, que são dados aos orfãos, em quanto não chegão á idade de quatorze annos, se são varões, ou até doze, se são fêmeas, depois que passão da dita idade, e não chegão a vinte cinco annos, lhe são dados curadores.*

Pela Lei das XII Tábuas só os furiosos estavam sujeitos à tutela legítima, depois, pela lei Letónia os menores recebiam curador em certos casos expressamente aprovados, e finalmente Marco António determinou, sem especificar os casos, que todos os adultos tivessem curadores (Capitolino, na vida deste imperador, cap. X). Deviam, porém, pedir curador, pois não lho impunham contra a vontade. Mas no nosso direito, segundo as Ordenações mais acima referidas, tem que se dar curador aos menores, quer eles queiram quer não. E este direito já vigora há muito desde o tempo de D. Afonso IV, que foi o primeiro a estabelecer que se dessem curadores aos menores, mesmo sem estes quererem, contra os antigos costumes e usança do Reino, que ele próprio revogou a pedido do povo nas Cortes de Santarém, restabelecendo o direito romano, Ord. Afons. liv. 4, tit. 93

§ VI — Não se dá curador aos menores de vinte e cinco anos, que tenham sido emancipados pelo pai, casado, ou obtido o suplemento de idade do Desembargo do Paço, pois não se concedem a emancipação, o matrimónio e o suplemento de idade, se os menores não tiverem firme consciência de si. Ord. liv. 1, tit. 88, § 6: *quando forem emancipados, ou casarem;* e § 27: *E defendemos ao Juiz dos orfãos, que não mande entregar os bens a nenhum orfão, salvo se houver vinte cinco annos perfectos, ou for casado por sua auctoridade depois de haver dezoito annos, ou levar carta de suprimento de idade passada pelos Desembargadores do Paço.* De igual modo também interpretou D. Afonso V em seu Código, dito liv. 4, tit. 93, a mencionada lei de D. Afonso IV

CURADORIA DO FURIOSO

§ VII — Aos furiosos e mentecaptos dá-se curador, Ord. liv. 4, tit. 103, Man. liv. 1, tit. 67, §§ 37 e segs., Afons. liv. 4, tit. 86. Nesta Ordenação o furioso, que é designado por *sandeu*, palavra como que derivada de *insania*, está sujeito à curadoria mesmo durante a interrupção do furor, embora neste tempo possa administrar os seus bens, § 3 da mesma Ordenação. Os mentecaptos são designados pelas palavras *desasistados* e *desmemoriados*. Também são aqui abrangidos os surdos, os mudos, e em geral todos os que por doença permanente ou outra causa não podem cuidar das suas coisas; no entanto, devemos distinguir cautelosamente o furioso e do mentecapto o demente capaz de fazer pequenos serviços, o simples, e o cego, aos quais não se deve dar curador. Bem, pois, responde o imperador Filipe na lei 3 do tit. *Qui dare tutores* do Código: *Falsamente te persuadiste de que um cego deve ter curador.*

§ VIII — Tanto a curadoria do furioso, como a do mentecapto e outros, são curadorias legítimas, tendo qualquer delas a mesma força e poder. São absolutamente desprezíveis as disputas que nesta matéria fazem os intérpretes do direito romano, Fabro, Bachov, Amaia, etc ..., pois dependem grandes energias com as maiores bagatelas. E, assim, esta curadora é confiada, primeiramente, ao pai; em seguida, ao avô paterno ou materno; depois, ao filho de legítima idade, e, na falta destes, ao irmão e restantes consanguíneos. Se o furioso for casado, a sua curadoria pertence, em primeiro lugar, à mulher, caso esta queira e viva honestamente, Ord. liv. 4, tit. 103, no princípio, e § 1, 2, 4 e 5, Man. liv. 1, tit. 67, § 37, Afons. liv. 4, tit. 86.

DO CURADOR DO PRÓDIGO

§ IX — Como o pródigo pouco dista do furioso, deve o juiz dar-lhe um curador, depois de fazer um inquérito e de citar o pródigo, Ord. liv. 4, tit. 103, § 6, ibi: *por inquirição*. Considera-se pródigo aquele que dilacera os bens dos antepassados, amontoa dívidas, e conduz os filhos à miséria. Assim o descreve Lucrécio no liv. IV, vers. 1116, e Juvenal na *Sátira* VI, vers. 362. Na fórmula de interdição que vem nas *Sentenças* de Paulo, liv. III, tit. IV, § 7, lê-se o seguinte. *Quando com tua prodigalidade te arruinás* (ou, como lê Cujácio, quando arruinás os teus) *bens paternos e dos teus antepassados, e levás os teus filhos à miséria, interdigo-te, por este motivo, destas coisas e do comércio*. Igualmente se lê na Ordenação Régia, liv. 4, tit. 103, § 6: *desordenadamente gasta, e destrúe sua fazenda*. Faça, pois, o juiz por não confundir o homem muito dadivoso e liberal ou o vicioso com o pródigo e o dissipador, porquanto a liberalidade é uma virtude digníssima do homem nobre, e

os vícios não se punem com esta pena, mas com outra muito diferente, Caldas Pereira, no n. 14, à lei *Si curatorem* 3, *palav. non absimilis*, do tit. *De in integrum restitutione*, do Código. Semelhantemente, aquele que gasta todo o seu dinheiro ao jogo, não tem curador, nem é privado da administração, mas castigado com degredo, segundo a qualidade da culpa, Ord. liv. 5, tit. 66, § 7, visto que não é pródigo aquele que pretende atingir determinado fim com despesas mesmo imoderadas. A curadoria do pródigo é confiada às mesmas pessoas e da mesma maneira que a do furioso.

A CURADORIA DA VIÚVA PRÓDIGA

§ X — A viúva pródigo é privada da administração dos bens pelo juiz, o qual, no entanto, deve informar imediatamente o Rei de tudo o que se passa, Ord. liv. 4, tit. 107, no princípio, Man. liv. 4, tit. 10. Mas, se se tratar da viúva dum Desembargador, ou Fidalgo, ou Cavaleiro, não lhe deve interdizer o comércio de suas coisas sem deliberação régia, § 1. E, assim, eu entendo as duas Ordenações, a do liv. 4, tit. 103, § 6, e a do tit. 107, no princípio, § 1, como se referindo realmente ao pródigo, sendo este tit. 107 especialmente dedicado à viúva pródigo, à qual não se deve dar imediatamente curador com desconhecimento do Rei, o que foi assim estabelecido por honra dela e do marido, como ali se diz. *por honra do marido, e da sua honragem, fação-no-lo logo a saber antes d'outra cousa, para mandarmos o que for direito sem escandalo de sua geração*.

As citadas Ordenações foram tiradas da lei dada por D. Afonso IV em Santarém a 14 de Julho de 1381 da Era, *apud* Ord. Afons. liv. 4, tit. 15, e devem ser entendidas da viúva pródigo, que não tem fim, nem limite, nem tempo nas despesas, Caldas Pereira, lugar citado, n. 17, vers. *quamobrem*, e n. 18, no fim. O nosso Gal., à lei 1, § 2,

do tit *De sacrosanctis Ecclesiis*, do Código, P 1, desde o n 5, defende que as mencionadas Ordenações se aplicam não só à viúva verdadeiramente pródiga, que se não coíbe de despesas imoderadas, mas também à luxuosa, incontinente e dada aos vícios, se bem que não prodiga, e anda à que vive no esplendor e se banqueteia opípara e lautamente. Porém, esta opinião, além de totalmente repugnante ao sagrado direito da propriedade, como não tem lugar na mulher ou homem casado ou solteiro, muito menos o deve ter na viúva, que é digna de maior favor por honra sua e do mando, segundo as referidas Ordenações

CURADOR PARA A LIDE

§ XI — Aos menores, embora já tenham tutor ou curador, deve ser dado um curador especial para a lide, quer eles sejam autores, quer sejam réus. Ord. liv 3, tit 41, § 9: *E sendo o feito tratado sem lhe ser dado curador á lide na forma sobredita, serão os actos e sentenças por os ditos actos dadas nenhuma, o que parece ter sido introduzido contra a razão do direito romano, lei 1, do tit. De in litem dando tutore vel curatore, do Código.*

E DA NOMEAÇÃO DE CURADOR PARA OS BENS

§ XII — Aos ausentes e cativos, que não tiverem curador idóneo, é dado um curador pelo juiz dos órfãos, ou pelo provedor da comarca, ou pelo Desembargo do Paço, consoante a condição e recursos deles, ou officiosamente, ou a requerimento dos parentes, ou de qualquer pessoa do povo, que entretanto administra os bens depois de prestar caução. Porém, só deve ser dado curador no caso de se ignorar o lugar do domicílio do ausente, e não se saber se é vivo, se morto, Ord. liv 1, tit. 90, e tit. 60, § 30, Regimento do Desembargo do Paço, § 50. Febo. P. I, *Decisão* 42, Tomé Valasco, *Adlegatio* 79, desde o n. 5, A curadoria deve ser confiada aos que têm esperança na futura

sucessão, pois assim o parece exigir a utilidade do próprio ausente. No liv XLII do Digesto existe um título *De curatore bonis dando* (Da obrigação de dar curador aos bens), a saber, do devedor privado de dévidas, do morto, ou do ausente, a instâncias dos credores; mas as nossas leis não fazem menção desta espécie de curador, assim como também não do contraditor que oponha, se as houver, excepções aos credores autores

DO CLÉRIGO TUTOR OU CURADOR

§ XIII — Finalmente, deve-se observar que quase tudo o que até aqui dissemos tanto tem lugar no leigo como no clérigo. Com efeito, como por favor das nossas leis o clérigo sucede ab intestado aos agnados próximos, Ord liv 2, tit. 18, § 5, será tutor ou curador legítimo do impúbere ou menor, e será privado da herança daqueles, se se escusar da tutela ou curadoria, Ord liv 4, tit. 102, § 6 Semelhavelmente, ao clérigo furioso ou pródigo deve ser dado pelo juiz secular um curador que administre os seus bens e património, e pelo mesmo juiz também é obrigado o clérigo a aceitar a tutela do impúbere e a prestar contas da sua administração, Ord. liv. 3, tit. 11, § 3 Cabedo sente um pouco diferentemente nas *Decisions* 80 e 81 da Primeira Parte

Justiniano concedeu aos clérigos a imunidade da tutela testamentana, legítima, e dativa, na lei 52 do tit *De Episcopis et Clericis* do Código, Novela 123, cap V, porém, quis que apenas tenham este beneficio os Clérigos que permanecem junto das sacrossanias igrejas, não se arredando delas, nem sendo negligentes no ministério divino, visto que com este beneficio queremos favorecer aqueles que, deixando tudo o mais, se dedicam ao serviço de Deus omnipotente (§ 1 da dita lei 52) Mas nem sequer esta dispensa foi aprovada pelas nossas leis; e até a Ord. Afons. liv. 3, tit 13, parece denegar, em causa de tutela, o privilégio do foro aos clérigos tutores, visto que na mesma

Ordenação o não tem o clérigo discípulo, ecónomo, ou testamenteiro dum leigo No § 30 *Se o Crehguo he Escolar discipolo de algum Mestre leiguo, o juiz leiguo o poderá costringer, e citar, e ser seu juiz* No § 16. *Se os Crehguos fossem mordomos de leiguos, podem e devem ser citados, e costringidos per nós, e per nossos juizes leiguos* E no § 22 *Se algum Crehguo fica per testamenteiro d'algum leiguo, em que aja residoo, pode ser citado por esse residoo perante nós, e perante nossos juizes leiguos.*

TÍTULO XIII

DE OUTRAS DIVISÕES DAS PESSOAS

DIVISÃO DAS PESSOAS EM MAIORES E MENORES

§ I — Segundo o estado natural os homens são ou *maiores* ou *menores*. Neste último nome entendemos aqui não só os impúberes, e todos os púberes até aos 25 anos, mas também certos maiores, como os furiosos, mentecaptos, encarcerados, as viúvas, e outras pessoas miseráveis, etc., que gozam do direito dos menores, Ord liv. 3, tit. 41

O estado do homem ou é *civil*, a saber, de liberdade, cidadania e família, ou *natural*, segundo este último estado, os homens ou são maiores ou menores Esta divisão contém muitas subdivisões, de que abaixo falaremos. Não é, porém, necessário explicá-las todas, e, por outro lado, não interessa muito o lugar em que as collocamos, contanto que se guarde certa ordem na sua exposição

QUAIS SÃO OS IMPÚBERES

§ II — Dizem-se impúberes os varões até aos 14 anos, e as fêmeas até aos 12, Ord liv. 4, tit. 104, § 6, os quais até aos 7 anos se chamam *infantes* (crianças) e não têm juízo nenhum; os maiores de 7 anos ou são próximos à puberdade ou à infância, e possuem já algum juízo, se bem que fraco.

Acúrsio, ao § 9 do tit. *De inutilibus stipulationibus* das Institutas, e à lei 1 do tit. *De novationibus*, distingue três graus da idade

pupilar, e, como praticamente não há dúvidas quanto à classificação de infante, divide o septênio, que vai da infância à puberdade, em duas partes iguais, por forma que o impúbere dentro da primeira parte se diz *próximo à infância*, e na segunda *próximo à puberdade*. Daqui tiram Acúrsio e seus sequazes vários efeitos jurídicos. Eu, porém, deixo esta questão ao arbítrio do juiz, uma vez que ela não está definida no direito

OS PÚBERES

§ III — Por consequência, dizem-se púberes os varões desde os 14 aos 25 anos, e as fêmeas desde os 12 aos 25 anos; e, assim, estima-se a puberdade, tanto nas nossas leis como nas romanas, não pelo desenvolvimento do corpo, mas pelos anos, dit. Ord. liv. 4, tit. 104, § 6, e no princ. do tit. *Quibus modis tutela finitur* das Institutas. A puberdade, que começa aos 14, chama-se menos plena, aos 18 plena, e aos 25 pleníssima. Estas diversas idades da puberdade são necessárias para certos efeitos e actos jurídicos.

O QUE OS MENORES PODEM OU NÃO FAZER

§ IV — Para o exercício dos officios públicos e cargos da República requer-se a puberdade pleníssima; não podem, por isso, exercitá-los os menores de vinte e cinco anos, Ord. liv. 1, tit. 94, no princípio, ainda que sejam casados e tenham obtido suplemento de idade, Valasco, *Adlegatio* VIII, desde o n. 11. Todavia, o Desembargo do Paço pode, neste caso, conceder pequena dispensa, § 85 do seu Regimento. E não basta ter-se começado os 25 anos, segundo a dita Ordenação, a qual se deve entender tanto do officio próprio, como do alheio que se exerce em nome de outrem. Semelhantemente, os menores de 25 anos não são admitidos como procuradores em juízo, salvo se possuírem títulos universitários, Ord. liv. 1, tit. 48, §§ 3 e 20, Caldas, à lei *Si curatorem* 3, palav. *hunc contractum*, do tit. *De in inte-*

grum restitutione minorum, do Código, nn. 36 e 39, Gil, à lei *Ex hoc jure* 5, do tit. *De justitia et jure*, do Digesto, P. II, cap. 10. Fora de juízo basta a idade plena, isto é, os 17 ou 18 anos, Ord. liv. 3, tit. 9, § 5, e § últ. do tit. *Qua et quibus ex causis*, das Institutas, pois o dono que constitui tal procurador, deve imputar a si todas as consequências. Porém, para o testamento chega a puberdade menos plena, Ord. liv. 4, tit. 81, no princípio

DA OBRIGAÇÃO DOS MENORES, TANTO A JUDICIAL.

§ V — O tutor gere perfeitamente sozinho sem o pupilo todos os negócios e actos judiciaes do impúbere, e bem assim os extrajudiciaes ordinários e de pequena importância, respeitantes à administração dos bens, mas os de maior importância, esses realiza-os o próprio pupilo, caso entenda o que faz, sob a autoridade do tutor. O curador do menor deve ser ouvido e citado em juízo juntamente com o menor, e também nas coisas extrajudiciaes e nos contratos, que dizem respeito a todo o património ou à sua maior parte; as restantes coisas, que não são de igual importância, administra-as o curador sozinho; e assim se deve entender a Ord. liv. 3, tit. 41, §§ 8 e 9, e tit. 29, § 1. Veja-se querendo o tit. XI, § XV, deste livro.

COMO A EXTRAJUDICIAL

§ VI — Por conseguinte, os menores mesmo púberes não são obrigados em juízo sem o tutor ou curador, segundo a dita Ord. liv. 3, tit. 41, § 2: *porque se o feito fosse tratado por elle mesmo sem auctoridade do tutor, ou curador, a sentença dada contra elle será per direito nenhuma*. Igualmente os impúberes não são, sem tutor, civilmente obrigados nos contratos, assim como também não os púberes que têm curador; assim, de facto, se conclui, não só da natureza da própria tutela ou curadoria,

mas também de toda a série da Ord. liv. 3, tit 41, e liv. 4, tits. 102 e 103. De facto, como os menores na censura do direito não têm firme consciência das coisas, recebendo, por isso, tutores e curadores, não podem ser obrigados senão por autoridade daqueles. Mas, se entenderem aquilo que fazem, são naturalmente obrigados; porém, esta obrigação não produz efeitos civis prejudiciais ao pupilo ou menor.

Não há ninguém que não veja que se obriga naturalmente aquele que sabe o que faz. Todavia, no imenso volume das Pandectas, existem muitas leis do direito romano sobre a obrigação dos menores, as quais parecem entre si contraditórias; sobre elas devem ver-se António Agostinho, *Emendat* liv 3, cap 5, e Jacobo Gotofredo, à lei 3 do tit *De regulis juris*

COMO SE OBRIGAM OS MENORES NOS DELITOS

§ VII — Porém, nos delitos são civilmente obrigados sem o tutor ou curador, quer porque se tornam indignos de serem contemplados com o favor das leis, quer porque nos delitos, como nos contratos, não se teme a diligência da parte. Por isso, os que passarem dos vinte anos são inteiramente punidos com a mesma pena dos maiores; os que forem de idade de dezassete até vinte anos, sofrerão a pena ordinária ou outra mais suave, conforme o arbítrio do julgador; e os menores de dezassete anos de modo nenhum sofrerão a pena ordinária. Ord. liv. 5, tit 19, § 1, tit. 36, § 1, e tit 135.

A Ord liv 5, tit 135, que é a sede deste assunto, apenas tem lugar nos delitos capitais dos menores, nos delitos não capitais, manda a mesma Ordenação guardar as disposições do direito romano. A este respeito, prometo dizer algumas coisas, conforme a dignidade e frequência do tema, nas *Instituições Criminaes do Direito Pátrio* (Tit I, §§ VI e XXV) que temos em mente. Entretanto deve ler-se o § 18 do tit *De obligatombus quae ex delicto nascuntur* das Institutas,

a lei 23 do tit *De furis*, a lei 13, § 1, do tit *De dolo malo*, a lei 5, § 2, no fim, do tit *ad Legem Aquilianam*, e a lei 111 do tit *De regulis juris* com os respectivos comentários de Gotofredo

DA RESTITUIÇÃO AOS MENORES

§ VIII — Porque o entendimento dos jovens é fraco, concede-se aos menores lesos a restituição *in integrum* (por inteiro) São, pois, restituídos contra a sentença definitiva ou interlocutória, mesmo que o feito fosse tratado sob a autoridade do tutor, Ord. liv. 3, tit. 41, no princípio, e §§ 1, 2, 3 e 4, Man. tit. 86, Afons. 126, contra a aceitação da herança, Ord. liv. 4, tit. 87, § 3, contra a prescrição, tit. 79, § 2, contra as divisões e partições feitas em juízo de partilhas, tit. 96, § 21, e geralmente contra todo o dano recebido por dolo ou culpa. No entanto, só se deve conceder a restituição, depois de provadas a idade e a lesão do menor, só pode ser pedida uma única vez no mesmo caso e artigo, segundo a dita Ord. liv. 3, tit 41, § 7; deve ser pedida ao Rei, ou ao juiz ordinário, ou ao delegado e não ao árbitro, § 6 da citada Ord., e dentro dos quatro anos a contar da legítima idade, isto é, até aos 29 anos, § 6. O efeito da restituição *in integrum* é o de reduzir tudo ao estado primitivo, revogando-se, assim, depois dela alcançada, tudo o que houver sido movado, § 4 da mesma Ord.. Mas, se a restituição for pedida com mau dolo, não impede a execução da sentença, § 5, porquanto as leis não socorrem os enganadores, mas os enganados, Ord. liv 4, tit 61, § 3

Aqui apenas se toca, de passagem, na restituição que se concede aos menores ou quase menores, pois é este um assunto que, me parece, devo tratar mais desenvolvidamente noutra lugar (*Instituições*, liv IV, Tit III, § XVII) Quase tudo o que vem na Ord. liv. 3, tit 41, foi tirado do direito romano, do qual se faz menção em mais de um passo da mesma Ord. § 4, no fim, 7, e outros lugares, e na Afons. tit. 126, § 3, onde se lê: *E disseram os Subedores, que coplaram as Leys Im-*

pernas. Também não será despropositado advertir aqui que a *Autentica Sacramenta puberum*, do tit *Si adversus venditionem*, do Código, que manda guardar o juramento dos menores sobre a não retractação de seus contratos, não tem lugar entre nós, Ord. liv. 4. tit. 73, Man. 3. Afons. 6

E AOS QUASE MENORES

§ IX — Neste caso consideram-se menores os furiosos, os mentecaptos, a República, o Fisco, a Igreja, as cidades, os presos, os hospitais, as casas religiosas, as viúvas, e outras pessoas miseráveis, etc., às quais é em geral concedido o benefício da restituição (Ord. liv. 3, tit. 41, § 4, no fim, e § 7, e tit. 9, § 12; Caldas à lei *Si curatorem* 3, palavra *minoris*, desde o n. 60; Febo, P. I, *Decisio* 61, n. 9, e P. II, *Decisio* 147, desde o princípio), o qual deve ser pedido dentro do quadriênio a contar do dia do contrato ou da notícia [da lesão], caps. 1 e 2 do tit *De restitutione in integrum*, das Decretais do liv. 6°

QUAIS SÃO OS MAIORES

§ X — Tomam a designação de maiores e são admitidos a todos os cargos da República aqueles que passam dos 25 anos, pois é esta a idade considerada legítima no nosso direito, Ord. liv. 3, tit. 42, § últ. Todavia, há o caso especial de se exigir a idade de trinta anos para se ser juiz dos órfãos, Ord. liv. 1, tit. 88, § 1, e tit. 94, no fim do princípio, e também a mesma idade para o governador que o alcaide-mor dum castelo nomear em sua substituição, Ord. liv. 1, tit. 74 (1), § 4.

E QUAIS SÃO OS QUASE MAIORES

§ XI — O que tendo vinte anos for casado ou tiver obtido o suplemento de idade, é havido como maior, Ord. liv. 3, tit. 41,

(1) No original, 47, o que é lapso (*Nota do Tradutor*)

§ 8, no fim: *E isto se não entenderá no menor, que impetrou de nós graça para ser havido por maior, ou que for casado, sendo de vinte annos; porque estes taes são havidos por maiores.*

Estes menores, embora sejam tidos como maiores, não gozam do benefício da restituição nos contratos, nem contra lesão judicial; todavia, porque não são verdadeiramente maiores, não podem alienar bens imóveis sem autoridade do juiz, Ord. liv. 1, tit. 88, § 28, e liv. 3, tit. 42, §§ 1, 2 e 3, salvo se tal faculdade lhe houver sido expressamente concedida no rescrito do Príncipe (segundo o dito § 2), pois as leis da idade são civis, e dependem inteiramente do arbítrio do Príncipe.

OUTRA DIVISÃO DAS PESSOAS

§ XII — Os maiores e os menores dividem-se ainda em varões ou fêmeas, jovens, velhos, solteiros, casados ou casadas, e viúvos ou viúvas, e todos estes são ou de íntegra fama, isto é, de íntegra reputação, ou infames. Omitto outras divisões.

E OS DIREITOS DESTAS PESSOAS

§ XIII — As mulheres, por causa da timidez e fragilidade do sexo, são de melhor condição que os varões. Com efeito, só por grave delicto são encarceradas, Ord. liv. 3, tit. 31, § 4, e liv. 4, tit. 76, § últ.; podem acusar por procurador, tanto na primeira como na segunda instância, Ord. liv. 5, tit. 124, § 16; não se obrigam, se intercederem por outrem, Ord. liv. 4, tit. 61; e nos delitos devem ser um pouco mais brandamente castigadas. Os solteiros não são admitidos aos officios públicos, e sendo-lhes dados, devem casar-se dentro de um ano, Ord. liv. 1, tit. 94, § 1, que o Desembargo do Paço podia prorrogar por mais um ou dois anos a todos os officiaes, excepto ao juiz ou escrivão dos órfãos, segundo os §§ 16 e 42 do Regimento dos Desembargadores do Paço, que hoje se vêem ab-rogados pela Extravagante

de Filipe III de 27 de Abril de 1607, Colecção I, à Ord. liv. I, tit. 94, n. 1. Os maiores de setenta anos são escusos de toda a tutela, Ord. liv. 4, tit. 104, § 3, e dos restantes encargos públicos, Ord. liv. 2, tit. 54, Man. 24, Afons. 48. Os cônjuges entre si gozam dos mesmos direitos, e o benefício da menoridade dum aproveita ao outro, Ord. liv. 3, tit. 42, § 4. A viúva usa o direito do marido, e goza dos mesmos privilégios, Ord. liv. 2, tit. 59, § 15, e, seja autora ou ré, pode escolher para seu juiz o Corregedor da Corte, ou o juiz que chamam *das auções novas* da Casa do Porto, ou o juiz ordinário do lugar, Ord. liv. 3, tit. 5, § 3, e tit. 12, § 1, e liv. 2, tit. 45, § 46, e tit. 59, § 13, e liv. 1, tit. 8, § 6. Semelhante privilégio têm os órfãos de pai, quaisquer mulheres que vivem honestamente, e as pessoas miseráveis, Ord. liv. 3, tit. 5, §§ 3 e 5. Os infames são repellidos de todos os empregos e honras da República, Ord. liv. 5, tit. 6, § 13, não podendo, por isso, ser juizes, vereadores, almotacés, e desempenhar outros cargos públicos, Ord. liv. 1, tit. 67, §§ 10 e 14, advogar e procurar por outros, Ord. liv. 1, tit. 48, § 25, ser tutores e curadores, Ord. liv. 4, tit. 102, § 1, herdar por testamento ou ab intes tado, liv. 5, tit. 6, § 13, contradizer o testamento do irmão, Ord. liv. 4, tit. 90, § 1, Man. 74, Afons. 101, leis 19 e 27 do tit. *De inofficioso testamento*, do Código; além disso, o seu testemunho difficilmente se admite, e quase nenhuma fé faz em juízo, Ord. liv. 3, tit. 58, § 5. E basta isto ao nosso propósito.

A infâmia é uma pena gravíssima, que só nos delictos maiores deve ser infligida, como em seu lugar diremos (*Instituições de Ducato Criminal*, Tit. I, § XVIII, Nota). Nasce ella apenas de factos torpes, que são condemnados pelo próprio direito, donde a *infâmia de direito*, ou somente pelo juízo dos homens bons e graves, donde a *infâmia de facto*. Esta divisão é aprovada na Ord. liv. 4, tit. 90, § 1, nas palavras *infâmia do direito ou do facto*. Só a lei marca a infâmia de direito, mas o seu effeito no foro é nenhum, se não for declarada por sentença do juiz, e, como apenas nasce de facto torpe e desonesto, segue-se que não são infames os executores da justiça, os meirinhos, os carneiros, os capadores de porcos, e outros que exercem qual-

quer género de vida, embora baixo e desprezível na opinião do vulgo, Henécio, Exercit. VII *De levis notae macula*, nem as mulheres que se casam dentro do ano do luto, nem os soldados que arrendam prédios, nem os tutores que levam as pupilas para sua casa, e outros que no direito romano são notados de infâmia, Thomásio, Not. ad Pandectas tit. *Qui notantur infamia*, nem os actores que actualmente representam por salário e com fins lucrativos, Strykio, *Us. mod.*, liv. III, tit. II, §§ 7 e 8; Art.º X da Companhia de Teatro instituída em Lisboa em 30 de Maio de 1771, aprovada por Alvará de D. José I de 17 de Julho do mesmo ano nas seguintes palavras: *Que a dita Arte per si he indifferente, e que nenhuma infama irroga daquellas pessoas, que a práticao nos Theatros públicos, quando alias por outros principios não a tenhão contrahido.*

PASCOAL JOSE DE MELO FREIRE

FIM

(Tradução do Dr. Miguel Pinto de Meneses)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS^(*)

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

*Sê indulgente para as obras que escrevemos,
Não por amor da glória, mas pelo dever
E pela utilidade humana compêidos.*

Ovídio, *Epistolas do Ponto*, III, 9, 55 e segs.

*Que mente não moveu aquele senador
Mais prestante que o qual ninguém outrora foi,
Nem Cévola Serbídio, nem mais grave Cuio,
Nem melhor o jurista, a quem renome ilustre
Concedeu a gente Úlpia?*

*.....
Quando irá eleger a Cúria um nome igual,
Ou subirá seu estrado génio semelhante?*

L. ANDRÉ DE RESENDE, *Epist. II ad Lupum Scintillam Jurisconsultum*

(*) Continuação do Boletim, n.º 164.

PARA
D. JOÃO,
PRÍNCIPE DO BRASIL,
FILHO DA AUGUSTA RAINHA,
HERDEIRO DO IMPÉRIO PORTUGUÊS,
PATRONO DAS LETRAS E LETRADOS,

PEDE
PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE

A
DEUS INFINITAMENTE BOM E GRANDE,
PERPÉTUA FELICIDADE

AOS OUVINTES
DE DIREITO PÁTRIO
DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
DIRIGE
PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE
AS MELHORES SAUDAÇÕES

Libertos enfim de parte da nossa palavra, e concluído de algum modo o estudo do Direito das Pessoas, que é o primeiro objecto do Direito Particular, vamos entrar, ouvintes, como prometemos, no segundo objecto, ao qual pertencem os modos de adquirir os domínios das coisas, tanto os universais como os singulares, e tanto os do Direito Natural, como os do Direito Civil, assim como também os direitos especialmente chamados *in re* (reais); com efeito, os direitos chamados *ad rem* (pessoais), pertencem ao terceiro objecto do Direito Particular, isto é, às *Obrigações e Acções*. A todos eles incluímos neste opúsculo, como na estreiteza de uma única tábua. Aqui se contém e com a possível brevidade se explicam assuntos nobilíssimos e importantíssimos, como as sucessões testamentárias e legítimas, matéria de enorme explanação, que absorve quase todo o direito romano. Com igual brevidade se ensinam os direitos *reais* das prescrições, morgados, capelas, enfiteuse, servidões e penhores, que vemos não tanto explicados, como complicados pelos Intérpretes em muitos volumes. Nós seguimos caminho

diferente; e não só abraçámos um método diferente, e sem dúvida mais fácil, de tratar as questões, o que antes de nós ninguém fez; mas também, interpretando o nosso direito a partir das suas genuínas fontes, serviço que aqueles não prestaram, consagramos o nosso cuidado, tanto às nossas leis e costumes antigos, como às que ainda vigoram. Daqui resultou a queda total de muitos axiomas do direito romano e de conclusões recebidas, que eles consideravam imutáveis, e que ainda hoje não sabemos por que motivo se respeitam no foro. Mas a ninguém ofende, cremos, falar-se livremente em nosso tempo das leis romanas, e indagar-se em toda a parte da sua justiça e equidade, cujo frequente abandono encontra mesmo justificação no facto de elas serem algumas vezes contrárias entre si. E até se acha este assunto tão debatido, que quem actualmente tomar a sua defesa, se presta à irrisão e mordacidade dos outros. Eis por que, omitindo estas e muitas outras coisas, que reservamos para o prefácio de outro livro, em que se há-de explicar o método desta obra, pomos fim à presente introdução. Entretanto oferecemos e expedimos, como obséquio a vós e à Pátria devida, este opúsculo, sem dúvida de pequeno volume, mas de grande e ingente trabalho, que escrevemos nas horas subsecivas das várias occupações e negócios em que andamos occupados. E, muito embora não duvidemos de que nele existam algumas incorrecções (seria, de facto, quase um milagre seguir caminho direito no meio de tão espessa floresta de assuntos), contudo ele certamente vos servirá da máxima utilidade e ajuda na aprendizagem do Direito Pátrio. Porém, pela parte que nos toca, já nos basta termos começado e incitado os outros, quer a escrever de novo, quer a corrigir e castigar o nosso trabalho. Façam-no, todavia, com ânimo simples e franco, e não com intuito de polémica, como convém a homens sábios, lembrados do que devem às normas da urbanidade. Bem hajam.

LIVRO TERCEIRO DO DIREITO DAS COISAS

TITULO I DA DIVISÃO E QUALIDADE DAS COISAS

O QUE SÃO AS COISAS

§ I — Tratado de algum modo o direito das *Pessoas*, seguem-se as *Coisas*, que são o segundo objecto do direito. Para nós as *coisas* são aqui tudo aquilo que aumenta os nossos bens e património, e neste significado se contêm também os direitos e *acções*; no entanto, nós a estas não as tomamos como coisas incorporais, ou direitos que nos competem, mas como meio de prosseguir o nosso direito em juízo, pertencendo, neste sentido, ao terceiro objecto do direito.

PRIMEIRA DIVISÃO DAS COISAS

§ II — *A suprema divisão das coisas*, segundo a opinião de Gaio na lei 1, do tit. *De divisione rerum*, do Digesto, *reduz-se a duas partes: umas do direito divino, e outras do direito humano*. E chama do direito divino as coisas sagradas, santas, religiosas. Pode manter-se esta divisão das coisas, mas no sentido que logo diremos.

COISAS SAGRADAS

§ III — Para nós são coisas sagradas todas aquelas que em rito solene são consagradas pelos Bispos ou com sua licença,

como as igrejas, e os próprios oratórios particulares já em uso desde os sécs. VIII e IX, os altares, os vasos sagrados, e coisas idênticas muito ligadas ao serviço do culto divino, e das quais se devem distinguir as coisas eclesiásticas, aplicadas a uso diferente, qual o de ornar e refazer as igrejas, e alimentar os ministros eclesiásticos.

As coisas sagradas, que por *consagração* ou *bênção* ou dedicação especial ao uso divino estão isentas do comércio, costumam os escritores chamar indistintamente *sagradas*, *santas* e *religiosas*. Mas dizem-se propriamente sagradas aquelas coisas que estão dedicadas a Deus pelas solenidades da consagração, ou ao menos por bênção peculiar, Gilbert, *Corpus Juris Canonici*, tomo II, Tract. post. *De Eccles.*, tit. XXIV, Wiestner, ad lib. III, tit. XI, n. 10. Devem-se, por isso, distinguir das outras coisas e bens eclesiásticos, tanto móveis, como imóveis, pertencentes à Igreja ou seus Ministros, de cuja diferença e direitos especiais não cabe aqui inquirir. Veja-se querendo Muratori, *Antiquitates Italiae medii aevi*, tomo IV, Dissert. LXVII, *De modis, quibus Ecclesiae, Episcopi, Canonici et monasteria terrenis opibus, et commodis auctae sunt* (De que modos as Igrejas, os Bispos, os Cônegos e os mosteiros cresceram em riquezas e utilidades terrenas).

OS DIREITOS DAS COISAS SAGRADAS

§ IV — E essas coisas chamam-se do direito divino, não porque estejam no domínio de Deus, a quem, como sabemos, tudo pertence, mas porque foram especialmente destinadas ao Seu culto e não podem ser aplicadas a usos profanos. Neste sentido, também se dizem estar fora do comércio e nos bens *nullius* (de ninguém). Aos sagrados ministros da Igreja foi concedida a sua guarda e administração, e não o seu domínio, segundo o cap. 2 do tit. *De donationibus: Sejam os Bispos e Prelados procuradores, e não senhores, das coisas eclesiásticas.*

As coisas eclesiásticas de qualquer género não estão no pleno e verdadeiro domínio dos Bispos, da própria Igreja, ou do Príncipe.

Quanto aos Bispos, é assunto resolvido no dito cap. 2 do tit. *De donationibus*, nos caps. 1 e 2 do tit. *De permutationibus*, e no cap. 1 do tit. *De pignoribus*. Com efeito, embora a princípio se deixasse ao seu arbitrio e poder a alienação destas coisas, Causa XII, questão II, cânones 66 e 73, todavia, como mais de uma vez abusassem desse poder em detrimento das igrejas, Van-Espen, P. II, Sect. III, tit. XII, cap. IV, § 2, já desde o século IV que ele lhe foi coarctado por vários Concílios e Constituições Pontificias, que, entre outros, refere Clariss. Riegger, *Institutiones Jurisprudentiae Ecclesiasticae*, P. I, Sect. II, § 442, e P. III, tit. XIII, acabando a alienação das coisas eclesiásticas por ser geralmente proibida, com pequenas excepções. Também a própria Igreja não é senhora daquelas coisas que adquiriu com permissão da lei, ao menos para o efeito de poder dispor delas livremente e sem as solenidades requeridas pelo direito; realmente, neste particular deve ser tida como o pupilo ou a pupila, que, sendo embora senhores de suas coisas, não as podem alienar sem a autoridade do tutor, Institutas, tit. *Quibus alienare licet vel non*, no princípio e no § 2. Igualmente, as coisas eclesiásticas não estão no domínio do Príncipe, mas sob o seu cuidado, tutela, ou império. Eis por que não lhe é lícito dispor destas coisas à vontade, mas apenas para evidente utilidade da Igreja ou da República; e, como lhe cumpre velar pelo bem da mesma Igreja, ao qual anda unido o bem da República, bem pode, melhor, é obrigado a proibir se façam alienações e penhoras das coisas eclesiásticas, e restantes contratos prejudiciais à Igreja e contraídos sem sua licença, sem primeiro conhecer e aprovar a causa. E com este direito os Imperadores Leão e Antémio interdisseram, na lei 14 do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis*, do Código, a alienação dos bens eclesiásticos ao Bispo e Clero de Constantinopla. Anastácio, na lei 17 de igual título do Código, estendeu essa interdição a todas as Igrejas do Patriarcado de Constantinopla, e, finalmente, Justiniano, nas Novelas VII e CXX, ampliou-a a todas as Igrejas. O mesmo se decretou no nosso direito, Ord. liv. 2, tit. 24, Man. 13, e Alvará de D. José I de 6 de Julho de 1776. Porém, os casos, em que é permitida a alienação, não estão definidos no nosso direito, devendo, por isso, ser deixados ao arbitrio do Príncipe, mas estão definidos no direito romano, nas ditas Novelas VII e CXX, cap. 10, lei 22 do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis* do Código, e § 8 do tit. *De rerum divisione* das Institutas, e no direito canónico, tit. *De rebus Ecclesiae alienandis vel non*, Riegger, lugar citado.

COISAS SANTAS

§ V — No sentido do direito romano, não temos coisas nenhuma santas, assim como também não existe qualquer carácter sagrado nos nossos muros e portas, muito embora, se quisermos derivar a palavra *santias* da palavra *sanciendo* (sancionar), os muros, as leis, os Príncipes, os magistrados, se possam dizer, e bem, santos e invioláveis, assim como também os palácios dos Príncipes, Ord. liv. 5, tit. 39, e milhentas coisas mais.

Não são em geral de guardar as disposições que o direito romano estabeleceu sobre os muros e portas das cidades, pois não lhes é inerente, para assim dizer, nenhuma santidade sagrada ou civil, e, por outro lado, os muros e portas não são coisas «nullius», mas de alguém, convém a saber, da cidade, à qual estão sujeitas como as restantes coisas públicas, ou da comunidade. De resto, a pena capital estabelecida para aqueles que cometem atentados para violar os muros, Institutas, tit. *De rerum divisione*, § 10, e lei última de igual título do Digesto, respicita ao rigor da disciplina militar romana, e hoje só pode ter lugar contra os que escalam as muralhas com intenção hostil e traiçoeira. No outro significado, em que se dizem santas as coisas invioláveis, desligadas dos usos profanos, e defendidas por sanções severas contra todas as injúrias, cabem as coisas especialmente ditas sagradas, as religiosas, e todos os lugares, a que foi concedida uma certa imunidade e o direito de asilo, como os templos e os palácios dos Príncipes, os edifícios públicos e mesmo as casas particulares, os magistrados régios e seus oficiais, etc.. Por este motivo são castigados com as mais severas penas os que cometerem violência ou arrancarem espada nas igrejas, Ord. liv. 5, tit. 40, Man. 75, ou na Cidade ou Casa onde estiver El-Rei, Ord. liv. 5, tit. 39, Man. 10, Afons. 33. Os edifícios públicos também são santos, mas não gozam da mesma santidade que os palácios dos Príncipes e os templos de Deus, não devendo, por isso, os que os violam ser tão severamente punidos. Pelo nosso direito é igualmente atribuída uma certa santidade às casas particulares, não por motivo do culto dos Deuses Penates. Cícero, *Pro domo*, cap. XLI, donde não era lícito tirar e chamar alguém a juízo, lei 21 do tit. *De in jus vocando*, lei 4, § 5, do tit. *De damno infecto*, lei 103 do tit. *De regulis juris*, mas porque a casa

deve ser o refúgio mundíssimo de cada um; e, como antigamente os nossos maiores perturbavam as casas particulares com bandos e guerras particulares, foi considerado do interesse público julgá-las como coisas santas e defendê-las com sanções penais. Daqui provém: 1) que é castigado com penas gravíssimas aquele que atacar ou entrar em casa alheia, e cometer violência contra o seu dono ou familiares, Ord. liv. 5, tit. 45, Man. 51, Afons. 45; 2) que o dono pode opor-se ao porteiro e impedi-lo de entrar em sua casa para fazer penhora em coisa sua, Ord. liv. 3, tit. 89, § 1, Man. 72, Afons. 92, Cabedo, P. I, Arest. 96; 3) que o dono não pode em sua própria casa ser citado por porteiro, mas apenas por escrivão ou tabelião, Ord. liv. 3, tit. 9, § últ., Man. 8, Afons. 9. Porém, os juizes e oficiais régios são considerados os mais santos e invioláveis de todos, Ord. liv. 5, tits. 49, 50 e 51, Man. 36, 66 e 75, Afons. 63, 91 e 104, Alvará de 24 de Outubro de 1764.

COISAS RELIGIOSAS

§ VI — Semelhavelmente, tornam-se para nós religiosos os lugares onde se sepultam os mortos, não no sentido do direito romano, mas porque esses lugares dentro das próprias igrejas ou em seus adros são para isso destinados por rito solene e autoridade pública; efectivamente, não é cada um que faz por vontade sua o lugar religioso. E diz-se que estes lugares estão nos bens de ninguém e fora do comércio, não porque não estejam no domínio ou império da cidade, mas porque de modo nenhum é permitido usá-los para fins profanos e indiscriminados; por isso, na erecção dos cemitérios devem estar presentes a autoridade do Príncipe e a do Bispo.

No direito romano, cada um fazia por vontade sua o lugar religioso, § 9 do tit. *De rerum divisione* das Institutas; actualmente, faz-se mister a autoridade pública. Sem dúvida as razões de humanidade e a utilidade de toda a sociedade parecem exigir indispensavelmente que os cadáveres sejam enterrados ou queimados, costumes estes que os Gregos e Romanos seguiram, Cícero, *ad Famil.*, liv. IV,

Epist. 12, e *De legibus*, liv. II, 22; porém, os Cristãos abstiveram-se sempre das cremações, Tertuliano, *De anima*, cap. LI, e *De resurrectione carnis*, cap. I. É sabido que as leis de Sólon e as das Doze Tábuas proibiam se sepultassem os homens na cidade, Paulo, *Sententiae*, liv. II, tit. XXI, disposição esta que os Imperadores por mais de uma vez confirmaram em seus rescritos, lei 3, § 5, do tit. *De sepulcro violato*, lei 6 de igual título do Código de Teodósio, e respectivo comentário de Gotofredo, Hoffmann, Dissert. *De coemeteriis ex urbibus tollendis*, cap. II. Por esta razão é que os Romanos sepultavam os cadáveres fora da cidade nos próprios fundos e a maior parte das vezes nas vias públicas; daí o figurarem nas inscrições as palavras solenes *Pára*, *viandante*; igual procedimento adoptaram também os primeiros cristãos, uma vez que, devido ao grande ódio dos Gentios, eles a principio não podiam ter lugares publicos destinados à sepultura dos seus. Porém, assim como os Gentios se acostumaram a sepultar na cidade os Imperadores e outros varões exímios por sua piedade e insignes por seu valor, Cícero, *De legibus*, liv. II, 23, assim também os Cristãos, que primeiramente tinham os mártires sepultos em criptas fora da cidade, depois, quando foi dada a paz à Igreja, passaram-nos para dentro da cidade e seus templos. Daqui resultou que a maior parte dos Cristãos queria ser sepultada junto dos mártires; e se bem que as leis dos pagãos e dos legítimos Príncipe o proibissem, dita lei 6 do tit. *De sepulcro violato* do Código de Teodósio, todavia, com o andar dos tempos, e sobretudo a partir do séc. VI, começaram a ser sepultados, não só na cidade e à volta dos muros das igrejas, mas também dentro das próprias igrejas, primeiro os Bispos, clérigos, monges, e os leigos mais dignos, e, finalmente, todos os Cristãos, Thomassin, *De Disciplina Eccles.*, P. III, liv. I, cap. LXV, § 7. (Porém, introduzido contra a antiga disciplina o costume de sepultar os cadáveres dentro das igrejas, não se olhou à saúde dos fiéis; com efeito, em recintos fechados o ar inficiona-se com as partículas mal cheirosas que se exalam dos cadáveres, prejudicando a respiração e a vida. Por isso, as sepulturas nas igrejas prejudicam muitíssimo a sanidade dos cidadãos, devendo, portanto, ser inteiramente proibidas. Veja-se Concílio Bracarense do ano 563, cânone 18, apud Aguirre, *Collectio Conciliorum Hispan.*, e *Code de l'Humanité*, palavra *Cimetière*).

QUAL O DIREITO DO PRÍNCIPE E DO BISPO NESTES LUGARES

§ VII — Ora, ao Bispo pertence, entre outras coisas, consagrar os lugares com preces solenes, constituir os ritos eclesiásticos dos funerais, conceder ou denegar sepultura eclesiástica; e ao Príncipe, demarcar dentro ou fora da cidade lugar para sepultar os mortos, estabelecer penas para os violadores dos sepulcros, proibir o seu uso profano, reprimir a audácia dos que, mesmo a pretexto de dívidas, não deixam sepultar os cadáveres, publicar leis funerárias, definir o luto público e o particular, determinar que se dê sepultura a todos gratuitamente ou por módico preço, e, por fim, suprimir radicalmente os abusos e maus costumes neste particular, etc..

A Igreja principalmente cabe não só definir os ritos eclesiásticos dos funerais, mas também conceder ou denegar sepultura, não qualquer sepultura, mas a eclesiástica, isto é, a comunhão dos sagrados. Não cabe dizer aqui em que consiste esta comunhão; apenas citamos a regra geral nesta matéria: *Com aqueles com quem comunicamos em vida, também podemos comunicar na morte*, e o contrário: *Com aqueles com quem não comunicamos em vida, também não devemos comunicar na morte*, cânones 1, 3 e 6 da Causa XXIV, questão II. Porém, ao Príncipe, como supremo magistrado criminal e Ministro da policia, compete: 1) negar, totalmente e por pena, sepultura nos delitos graves, lei 1 e por todo o título *De cadaveribus punitorum*, do Digesto; 2) defender com cominação de penas as sepulturas contra as injúrias e profanações, devendo-se recorrer a ele para que defina essas penas, visto que entre nós não estão definidas e em uso as disposições do tit. *De sepulcro violato* do Digesto; 3) assinar lugares certos para as sepulturas, e oferecê-los aos Bispos, para que os consagrem com palavras solenes e pela forma prescrita pela Igreja, lei 6 do tit. *De sepulcro violato* do Código de Teodósio; 4) fazer com que se dê a todos, e pelo menos aos pobres, sepultura gratuita ou barata, Concílio Meldense, cân. 72, cânones 14 e 15 da Causa XIII, questão II, caps. 8 e 9 do tit. *De simonia*, Guilherme Jerónimo Bruckner, Dissert. *De sepultura gratis concedenda*; 5) proibir as extorsões imoderadas de certos eclesiásticos nos officios divinos que se rezam pelos mortos; para este efeito, deve ver-se a Epístola Régia dada por

D. João V aos Bispos de todo o Reino em 8 de Maio de 1715; 6) coibir a audácia e avariza dos párocos, que a seu arbítrio definem o preço da sepultura, e a costumam muitas vezes negar enquanto o não recebem, lei 38 do tit. *De religiosis et sumptibus funerum*, lei última do tit. *De sepulcro violato* do Código, Novela LX, cap. I, e Novela CXV, cap. 5, § 1; 7) taxar as despesas e vestuário dos lutos, Ord. liv. 5, tit. 100, as Extravagantes contidas na Nova Coleção sobre aquela Ordenação, Sanção Pragmática de 24 de Maio de 1749 (Veja-se Cícero, *De legibus*, liv. II, 25). Por qualquer género destas despesas são inteiramente obrigados os herdeiros, os quais, para isso, podem ser demandados mas no foro secular; mas aquele que voluntariamente fizer estas despesas, pode repeti-las dos herdeiros pela *actio negotiorum gestorum* (acção de gestão de negócios), ou *funerária*, porque essas despesas presumem-se feitas, não com ânimo de doar, mas por um princípio de humanidade, lei 12, § 2, do tit. *De religiosis et sumptibus funerum*, que se baseia numa razão boa e pública.

COISAS COMUNS, PÚBLICAS, DA UNIVERSIDADE, E DE CADA PARTICULAR

§ VIII—A divisão das coisas do direito humano em *comuns, públicas, da universidade, e de cada um*, pedida ao direito romano, pode realmente ser recebida, mas deve ser acomodada ao nosso *Estado*, isto é, à Monarquia. Com efeito, embora se digam *comuns* aquelas coisas cuja propriedade é *nullius* e o seu uso patente a todos, como o ar, a água corrente, o mar, e por isso os litorais do mar. § 1 do tit. *De rerum divisione* das Institutas, e *públicas* as que pertencem a todo o povo como todos os rios e portos, e da *universidade* as que respeitam a esta ou àquela cidade ou povoação, como os teatros, estádios e seme-lhantes, §§ 2 e 6 do mesmo título das Institutas, a verdade é que o mar próximo dos litorais já ocupado, e na medida em que pode ser ocupado e possuído, bem como os litorais, são do ocupante e sujeitos a domínio, Selden, *Mare clausum*, Strauch, *De dominio maris*, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 8, 9 e 10, Extravagantes

de 9 de Fevereiro de 1591 e 18 de Março de 1605. Do mesmo modo, os rios perenes e os portos são considerados, pelas nossas leis, bens Reais, segundo as ditas Ordenações, o que também foi reconhecido pelos próprios Romanos, depois que o supremo poder passou para um só, lei 9, § 1, do tit. *De rerum divisione*, lei 1, § 41 do tit. *De aqua quotidiana*. Também os teatros e os estádios, que Justiniano chama coisas da *universidade*, dizem-se públicos, lei 6 do tit. *De contrahenda emptione*, lei 13, § 7, do tit. *De injuriis*, pela evidente razão de que servem para os usos públicos e é lícito a qualquer do povo usar deles, estando, por isso, sujeitos apenas ao *império*, e não ao *domínio* do Príncipe. Quanto à palavra *universidade*, refere-se ela sobretudo às cidades municipais, cujas coisas, visto estarem no domínio delas, de modo nenhum se devem dizer públicas, lei 15 do tit. *De verborum significatione*. E, primeiro que tudo, contam-se no número destas coisas da *universidade* os pastos comuns ou divisos, que os nossos maiores deixaram a toda a *universidade*, Ord. liv. 4, tit. 43, § 12. Agora, quais são as coisas *de cada um*, facilmente todos o entendem. Para nós, porém, são públicas muito especialmente as *terças* tiradas das multas agrárias, pois claramente se diz que não são do Rei, mas do povo, na Ord. liv. 2, tit. 28, § 2, *ibi: não são do Rei*; no entanto, o Rei apenas as pode arrendar e nomear tesoureiros públicos para as cobrar, razão esta pela qual na Ord. liv. 1, tit. 70, § 3, se dizem del-Rei, não porque lhe pertençam, mas somente porque ele é o administrador e distribuidor dos bens que a cidade destinou para a sua própria defesa; e assim se deve entender a dita Ordenação e conciliar com a Ord. liv. 2, tit. 28, § 2. Quanto às coisas da universidade, que as cidades municipais por direito possuem, são suas próprias, e não do povo ou Príncipe; dizemos sem hesitação que são tais não só os fundos, possessões e rendas, que lhes são concedidas, mas também as matas e pastagens, que pertencem ao Senado do lugar, Ord. liv. 4, tit. 43, §§ 12 e 15, e liv. 1, tit. 66, § 17, Alvará de 23 de Julho de 1766, *Caldas, De emptione*.

cap. XXI, desde o n. 6, Valasco, *De jure emphyteutico*, quaestio VIII, desde o n. 40, Cabedo, P. II, *Decisio* 112 (e P. I, Arest. 46). Vejam-se, querendo, as Instituições de Direito Público, Tit. IX, *De legibus nauticis*, (Das leis náuticas) §§ II, III, IV e XIV. As coisas comuns e públicas no sentido do direito romano pertencem em quase todas as nações aos Imperantes. Disse elegantemente Grócio, no *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VIII, § V: *Ora, como deviam ser atribuídos aos Príncipes e Reis alguns bens com que dignamente se sustentassem, os povos da Germânia entenderam sábiamente que se devia começar por aquelas coisas que podem ser dadas sem dano para ninguém; tais são todas aquelas que ainda não caíram no domínio de alguém. Vejo que também os Egípcios usaram este direito.*

E COISAS DO PRÍNCIPE

§ IX — Sabe-se que os bens do Príncipe não são dum só género, pois, conforme explicámos nas Instituições de Direito Público, Tit. IV, §§ II e segs., são ou *patrimoniais*, ou *fiscais*, *domaniais*, ou *reguengos*, etc..

Os bens, que pertencem ao Príncipe, ou são *patrimoniais*, e é o caso dos que ele possui como um particular e que estão em seu perfeito domínio podendo aliená-los livremente, ou são *públicos*, isto é, do erário e do povo, os quais estão sujeitos não ao seu domínio, mas ao seu império, como os tributos e outras coisas destinadas à defesa da cidade, sendo ele o seu distribuidor e administrador, e não o seu senhor; ou *fiscais*, isto é, *domaniais*, como os *reguengos*, as *jugadas* e outros já desde os começos do Reino atribuídos para seu sustento e manutenção da dignidade régia, sendo semelhantemente o Rei seu livre administrador e não senhor, visto que, salva sempre a sua substância e propriedade, pode usá-los e fruí-los à vontade, pois não lhe é lícito usar e fruir dos bens públicos senão para ocorrer às necessidades comuns e ao bem da República, Portugal, *De donationibus*, liv. II, cap. IV. Os Romanos tinham também uns certos bens des-

tinados ao uso dos Príncipes, muito semelhantes aos nossos *reguengos*, como, por exemplo, o *fundo Albano*, lei 39, § 8, do tit. *De legatis I*, os *Agros Romanos* no monte Albano, aos quais Tácito, na *Vila Agricola*, cap. XLV, chama *vila Albana*, os *hortos Salustianos*, e os *prédios de César*, muito embora estes bens mais pareçam pertencer às coisas do Príncipe, ou seja, ao património do Imperador, do que às coisas fiscaes, ditos §§ 8 e 10.

COISAS MÓVEIS, IMÓVEIS, HEREDITARIAS, ADQUIRIDAS

§ X — Além disso, as coisas são corporais, incorporais, móveis, ou imóveis. Ninguém ignora esta divisão e os seus efeitos. Nas coisas de sua natureza imóveis ou estáveis contam-se no nosso direito as rendas anuais, as pensões, e os arrendamentos por longo tempo, isto é, por dez anos, Ord. liv. 3, tit. 47, no princípio, e liv. 4, tit. 48, § 8. Pela Carta de Declaração de 9 de Setembro de 1769, § 1, os bens dividem-se em hereditários e adquiridos, mas esta lei não declara quais e como são uns e outros. Eu, porém, entenderia como hereditários apenas os provenientes dos avós, ou seja *os de avoengo*, a saber, os que recebemos dos nossos antepassados, ou pelo menos do avô. Mas hoje não nos devemos preocupar muito com este assunto, visto que a citada lei de 1769 foi ab-rogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

A chamada lei *de avoengo* deve a sua origem ao direito feudal, pois neste era proibido alienar as coisas dos avós. Daí a tirou D. Afonso II, mas cessou quase de todo no tempo de D. João I, em cujo reinado o direito romano (que ignorava a diferença entre bens hereditários e adquiridos) alcançou no foro muito mais autoridade que antes. Por esta razão, a citada lei de 9 de Setembro de 1769 deve ser atribuída ou à mencionada lei *de avoengo* já há muito ab-rogada, ou então às leis de Hamburgo e Lubeck que ainda hoje fazem semelhante distinção, a qual se deve derivar da mesma fonte, isto é, do direito romano. Parece, portanto, reposta em uso pela mencionada lei de 1769 a célebre lei *de avoengo*, que

D. Afonso V, seguindo os princípios do direito romano, ab-rogou na Ord. liv. 4, tit. 37. Mas não é fácil definir quais os bens hereditários à face dessa lei. Por mim, enquanto não houver lei especial a definir esta matéria, entendo por bens hereditários os bens antigos que recebemos de nossos antepassados, segundo a vontade e o sentido da lei de D. Afonso V. E, por isso, devem considerar-se adquiridos: 1) os que adquirimos por liberalidade dos amigos ou consanguíneos, tanto entre vivos como por morte; 2) os que um cônjuge deu ao outro; 3) os que o pai ou a mãe recebeu por sucessão do filho predefunto; efectivamente, os bens do pai ou mãe, em que o filho sucede, são hereditários ou de avoengo, pela maneira que chegaram até ele, mas em relação ao pai são adquiridos, visto que não provieram de seus antepassados; 4) os que o filho recebeu do pai, não por testamento ou ab intestado, mas entre vivos; 5) os que o filho adquiriu por via dos próprios bens hereditários; 6) os que recebeu do pai ou mãe somente, e não do avô ou outros antepassados; 7) as coisas móveis, as armas, as alfaias por mais preciosas que sejam; no entanto, aqui exceptuaria as coisas que chamam *expeditórias*, como as espadas, os escudos, as couraças, os cavalos, e outras destinadas ao uso bélico, as quais não podiam ser alienadas e pertenciam por uma espécie de prerrogativa ao filho mais velho.

OUTRA DIVISÃO DAS COISAS

§ XI — No nosso direito é frequente a divisão das coisas em próprias ou alodiais, enfitêuticas, e de morgado. Dizem-se alodiais as que são nossas de pleno direito, e por mor das quais não somos obrigados a suportar nenhuma prestação além dos encargos e tributos públicos, a que estão sujeitos os bens de todos os cidadãos. Enfitêuticas são as que recebemos, com certas condições, de outrem que, por isso mesmo, aceitamos como quase senhor e a quem pagamos certas pensões. Quanto aos bens de morgado, não os usamos e fruimos livremente, mas pelo modo de vocação.

§ XII — Como todos os direitos affectam a *pessoa* ou a *coisa*, dividem-se perfeitamente em *reais* e *pessoais*. As espécies do direito *in re* (real) são o domínio, a servidão, o penhor; no direito *ad rem* ou pessoal cabem todas as obrigações, tanto as provenientes de contrato, como de delicto. De tudo isto falaremos por sua ordem e em seu lugar, mas primeiro trataremos do domínio, suas espécies, e modos tanto naturais como civis de o adquirir.

pleno. Por isso, os efeitos resultantes do domínio e a livre faculdade de usar a coisa são restringidos ora pelas leis gerais, ora pela própria convenção das partes.

Tendo o Príncipe o domínio eminente, ou o império (vocabulo menos odioso) sobre os bens dos cidadãos, Ord. liv. 3, tit. 71, § 2, no fim, pode exercê-lo conforme a necessidade ou utilidade da República, e circunscrever em certos limites a livre faculdade de os cidadãos usarem da sua coisa; deve, por isso, providenciar para que ninguém use tão mal da sua coisa, que com isso sofram detrimento a República ou os cidadãos, Ord. liv. 4, tit. 107, no princ.. De facto, neste fundamento se apoiam os direitos dos tutores, curadores, e prescrições, a necessidade de insinuar as doações, as solenidades dos testamentos e convenções, e milhentas coisas mais que se verão do que vai dizer-se. Agora, que os efeitos do domínio podem ser restringidos por expressa convenção das partes, parece exigi-lo inteiramente a sua natureza. Nesta matéria apenas advirto o seguinte: o direito, que compete ao dono, de excluir os outros do uso de coisa sua, não pode ser tirado por lei nenhuma, visto que invade a natureza e essência do domínio.

TÍTULO II

DO DOMÍNIO E POSSE

O QUE É O DOMÍNIO

§ I — A principal espécie do direito *in re* (real) é o domínio, pelo qual entendemos o direito de dispor livremente da coisa, receber toda a sua utilidade, excluir os outros do seu uso, e reivindicá-la de quem quer que seja, Ord. liv. 4, tit. 36, § 1, no fim, tit. 43, § 11, e liv. 5, tit. 86, § 8, lei 21 do tit. *Mandati* do Código.

OS SEUS EFEITOS

§ II — Pode, pois, o dono dispor livremente da sua coisa, e transferi-la para outro; pode reivindicá-la em juízo por acções reais, e também defendê-la extrajudicialmente mesmo pela força, mas imediatamente e quando não é possível recorrer ao auxílio do juiz, Ord. liv. 4, tit. 58, § 2. Estes os principais efeitos do domínio.

ALGUMAS VEZES RESTRINGEM-SE

§ III — Todavia, o domínio está sujeito às leis da sociedade, devendo o dono usar da coisa segundo as normas nelas prescritas, sem que com isso pareça perdê-lo ou possuí-lo menos

DISTINÇÃO DO DOMÍNIO

§ IV — Nas nossas leis encontra-se a cada passo a distinção de domínio pleno ou menos pleno, directo ou útil, mas nós só applicamos esta última distinção nos bens enfitêuticos, visto que não temos feudos nenhuns. Com efeito, embora a Ord. liv. 5, tit. 6, §§ 16 e 17, fale do feudo do Rei ou da Igreja, não afirma nem declara que ele se use entre nós, mas, como admite a hipótese da sua existência, decide o caso contido nesses §§. Vejam-se, no entanto, as *Instituições, Do Direito das Pessoas*, Tit. I, § XIII, Nota, e Tit. III, § XIX, Nota. Quanto ao domínio que temos nos bens da Coroa do Reino ou nos bens de morgado, é ele um verdadeiro domínio, mas menos amplo, como em seu lugar veremos (Tit. IX, § XXVIII, deste livro); eis por que não se pode bem chamar directo ou útil.

O QUE É A POSSE

§ V — A posse, quer seja uma espécie de direito real, quer de direito pessoal, quer de um ou outro, assunto muito versado por Coccey, *Jus Controversum*, liv. I, tit. VIII, Quaest. II, Strúvio, ao tit. *De interdictis*, aproxima-se muito do domínio e costuma definir-se assim: *Facult de natural de apreender a coisa com intenção de a deter como sua*, lei 3, § 3, do tit. *De adquirenda vel amittenda possessione*. Consiste em facto e em direito, e adquire-se, assim, com o corpo e o ânimo, lei 1, § 3 do tit. *De adquirenda vel amittenda possessione*. Eis por que se deve distinguir da simples detenção e da detenção havida em nome alheio; não pode, por isso, o furioso começar a possuir, e o colono, o inquilino, o procurador, etc., detêm a coisa, mas verdadeiramente não a possuem, Ord. liv. 3, tit. 45, § 10: *em cujo nome possue*, e tit. 86, § 1: *nem per si, nem per outrem fique per via alguma em posse*; lei 1, § 3, leis 12, 18, 25, § 1, do tit. *De adquirenda vel amittenda possessione*.

EM QUE DIFERE DO DOMÍNIO

§ VI — Em muitas coisas se distingue a posse do domínio. Com efeito, aquela consiste na faculdade natural de deter a coisa com direito ou sem ele, e o domínio na faculdade de apreender a coisa ou a deter com justa causa e título; por isso, aquela consiste mais no facto, e este mais no direito de possuir. É por isso que o domínio passa aos herdeiros, pois nasce dum direito, mas a posse não, porque resulta dum facto. Omitto outras diferenças.

DA AQUISIÇÃO, RETENÇÃO, OU AMISSÃO DA POSSE

§ VII — A posse só se adquire com o nosso ânimo, e com o corpo, isto é, com facto nosso ou alheio; com efeito, podemos

adquiri-la por meio dum procurador, tutor ou curador, Ord. liv. 3, tit. 45, § 10, lei 1, § 2, do tit. *De adquirenda vel amittenda possessione*. Mas, para reter a posse, basta só o ânimo, pois não é necessário que detenhamos sempre a coisa com o corpo, lei 3, § 11, do mesmo título. Perde-se a posse, se acabar a faculdade natural de deter a coisa, o que acontece, se a própria coisa possuída perecer, ou não puder mais ser detida, como é o caso, se for furtada, ou ocupada à força por outro, ou se o possuidor decidir que não quer continuar a possuí-la, como no *constituto possessório*, lei 6, § 1, do tit. *Unde vi* do Código, ou, finalmente, se constar ao certo do direito de outrem, pois então é manifesto que a posse é injusta e, por isso, indefensável.

DAS VÁRIAS DIVISÕES DA POSSE

§ VIII — A posse ou é judicial, a que é dada pelo juiz ou tabelião, Ord. liv. 1, tit. 78, § 8, e liv. 4, tit. 58, § 3, ou extrajudicial, a que se adquire por autoridade própria, quando apreendemos as coisas móveis com as mãos, e entramos nas imóveis, isto é, nos fundos, para adquirirmos a posse. Há também a posse natural, a que se adquire com direito ou sem ele com o nosso ânimo e com o corpo, isto é, com um facto, e a civil, a que obtemos pelo próprio direito sem facto algum. A simples detenção não constitui posse, e é inteiramente destituída de efeito jurídico. Finalmente, a posse divide-se em nova, antiga, de breve, de longo, de longuíssimo tempo, e inmemorial. Esta divisão tem muito uso, mormente nas prescrições.

A posse requer por sua natureza ambas as coisas: o corpo, isto é, um facto, e o ânimo. Mas algumas vezes, por exigências da utilidade pública, a lei concede a posse sem facto, a qual se chama civil para diferenciar da natural. Há muitos exemplos desta matéria. Com efeito, o herdeiro, muito embora pelo direito romano não adquira a posse dos bens de herança senão pela sua apreensão, lei 23, no princ., do tit. *De adquirenda vel amittenda possessione*, todavia pelas leis ou costumes da França, Itália, e Espanha, Gotofredo, à dita lei 23, An-

tónio Gomez, *ad legem Tauri* 45, e também pelas nossas conseqüências *ipso jure* simultaneamente a posse e o domínio, Carta de Lei de 9 de Novembro de 1754. O mesmo é de dizer, segundo esta Carta de Lei, do sucessor do morgado e do enfiteuta. Semelhantemente, a mulher após a morte do marido não retém a posse, visto que, em vida dele, a não tinha, mas adquire-a de novo sem facto algum pelo poder da lei, Ord. liv. 4, tit. 95. A posse também se divide em meramente natural, meramente civil, e mista. Chamam meramente natural à que se adquire com um facto, mas injustamente, como a do usurpador; meramente civil à que não requer nenhum facto; e mista, à que resulta dum facto justo e da faculdade de deter a coisa com justiça. Há, depois, em direito diversas accepções da posse natural e civil. Assim, 1) diz-se posse natural a detenção nua e física da coisa sem intenção de a ter como sua; civil ou jurídica a detenção com ânimo de ter a coisa como sua; 2) também se chama natural a posse sem opinião de domínio do possuidor de má fé, e civil a posse com opinião de domínio do dono ou possuidor de boa fé; 3) diz-se posse natural e possuidor natural ao que detém a coisa com o corpo, e civil ao que não a segura com o corpo, mas a possui com o ânimo; 4) também se diz posse natural aquela que se tem de uma coisa na qual tenho um direito real menos importante que o domínio, como o do penhor, servidão; e civil a daquela cujo dono sou e que eu de direito mantenho e possuo. Tudo isto é muito notável, pois as leis romanas e pátrias e os comentaristas usam destas diversas accepções da posse natural e civil, as quais, por isso, importa conhecer.

EFEITOS DA POSSE

§ IX — Ora, como da posse, isto é, da simples detenção da coisa alheia resulta algum direito para o possuidor, segue-se, por consequência, que pode dispor desse direito e transferi-lo para outrem, defender em juízo por acções e interditos possessórios tanto a sua posse, como a faculdade de deter a coisa, e accionar para alcançar, ou reter ou recuperar a posse. Portanto, todo o possuidor, seja justo ou injusto, pode perfeitamente accionar pela sua posse. Qual, porém, a diferença entre o possuidor justo e o injusto, quer em causa de posse, quer no modo de accionar, é assunto que trataremos no livro seguinte.

TÍTULO III

DA AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO DAS COISAS

MODOS DE ADQUIRIR O DOMÍNIO

§ I — Sendo o direito natural e das gentes, que a recta razão constituiu entre todas as nações, igualmente observado por todos, § 1 do tit. *De jure naturali, gentium et civili*, das Institutas, não pode duvidar-se de que os modos de adquirir o domínio, tanto para os Romanos, como para os Lusitanos e todas as nações, são naturais ou civis. Primeiro, tratemos dos naturais, que se dizem *originários* ou *derivados*. Aos originários referem-se a *ocupação* e a *accessão*; aos derivados, a *tradição*.

Disse bem Justiniano no § 1 do tit. *De jure naturali, gentium et civili*, das Institutas: *Todos os povos, que se regem por leis e costumes, servem-se, em parte, de um direito próprio, e, em parte, de um direito comum a todos os homens.* Não nos devem, pois, tomar como defeito o dizermos aqui algumas coisas sobre os modos naturais de adquirir o domínio, que se usam no nosso País e são aprovados pelas nossas leis.

DA OCUPAÇÃO DAS COISAS PÚBLICAS

§ II — A ocupação refere-se perfeitamente à aquisição originária e respeita às coisas que não estão, mas podem estar, no domínio dalgum. Mas, porque entre nós e em quase todas as

nações os mares próximos dos litorais, os litorais, os rios perenes, os álveos derrelictos e restantes coisas, que pelo direito romano se dizem comuns ou públicas, são dalguém, isto é, do Príncipe ou da Cidade, não ficam pertencendo ao ocupante, Ord. liv 2, tit. 26, §§ 8, 9 e 10, Cabedo, P. II, *Decisio* 45 (§ VIII, Tit I, deste livro).

Porém, embora os litorais do mar sejam públicos, as pedras preciosas e outros objectos neles encontrados e que se dizem *nullius* (de ninguém), não se tornam do Príncipe, mas do ocupante. Assim se vê mais de uma vez julgado sobre o âmbar achado nas costas do Brasil, em Cabedo, P. II, *Decisio* 48, nn. 9 e 10, Portugal, *De donationibus*, liv. 3, cap. 13, n. 92, Strykio, ao tit. *De divisione rerum*, § 9, do Digesto.

DA OCUPAÇÃO HOSTIL

§ III — As coisas adquiridas na guerra não ficam a pertencer ao ocupante, mas ao Príncipe em cujo nome se faz a guerra. E não distinguimos entre coisas móveis ou imóveis, e entre coisas apresadas por cada soldado ou por todos em guerra pública, pois em ambos os casos não adquirem para si, mas para aquele cujo instrumento são, Extravagante de 20 de Dezembro de 1713, Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 32, § 1, N. 1 (*Instituições*, Do Direito Público, tit. XI, § VI).

DA CAÇA E PESCA

§ IV — As feras e os peixes, visto que estão no domínio *nullius*, cabem ao ocupante. Porém, ainda que actualmente entre nós qualquer um possa caçar e pescar, todavia é proibido fazê-lo em certos meses e com certos instrumentos, Ord. liv. 5, tit. 88, tirada da Extravagante del-Rei D. Sebastião de 1 de Julho de 1565, apud Leão, p. 4, tit. 14, lei últ., assim como

também nos viveiros criados por autoridade régia, Ord. do mesmo livro, tit. 91. Aquele que infringe estas leis venatórias, incorre nas penas nelas fixadas, mas faz a presa sua; e não se exige que a tome com a mão, mas basta que fira o animal por forma que este possa ser facilmente apanhado, conforme a opinião de Trebácio aprovada pela Ord. liv. 5, tit. 62, § 6. De pensar diferente foi o Jurisconsulto Gaio, cuja opinião Justiniano seguiu no § 13 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas.

O mesmo Justiniano diz claramente, no § 12 do tit. *De rerum divisione* das Institutas, que *as bestas feras pelo direito das gentes são «nullius»*; mas não se pode negar que em certo aspecto o Estado também tem sobre elas algum domínio, e que pode fazer leis venatórias, e proibir a caça total ou parcialmente, Thomásio, *Jurisprud. Divin.*, liv. II, cap. X, nn. 147 e segs., Strykio, no prefácio do *Corpor. Jur. Venator. forestal. Rom. Germanic.*. No entanto, só ao Príncipe cabe proibir a caça ou pesca, e definir o trato de terra onde a ninguém é lícito caçar ou pescar sem sua licença, Ord. liv. 5, tit. 91. É fora de dúvida que a caça era considerada pelos nossos maiores como própria somente dos Reis e Nobres, pois pertence aos costumes militares e leis da guerra, principal meio com que se gloriavam e sobressaíam da plebe. Mesmo que outros documentos não houvesse, prova este costume o Alvará de D. José I de 1 de Julho de 1776, § 4, no qual, por respeito à antiguidade ou por qualquer outra razão, foi interdito aos plebeus o uso da caça na província que chamamos *Estremadura*. Outrora também podiam os Nobres proibir a caça nas matas dos súbditos, o que usavam como espécie de prerrogativa da sua nobreza; mas por fim o direito venatório ou *forestal*, como se chamava na Idade Média, foi contado entre os direitos reais, Ludewig, *Dissert. De different. Juris Romani et Germani in venatu ejusque regali differ.* V. E é a este tempo que se deve remontar, 1) o poderem hoje exercer a caça quaisquer pessoas, nobres ou plebeias, que não estejam expressamente proibidas; 2) e tanto em fundo próprio, como em alheio; 3) excepto nos tratos de terra onde seja proibida a caça; 4) só ao Rei compete demarcá-los; 5) aquele género de caça que se faz com falcões e açores ainda hoje é reservado aos Príncipes e Nobres como principal; 6) só os Reis possuem matas maiores para a caça de feras, as quais em português chamamos *Coutadas*; 7) os Nobres só

possuem coutadas por vontade e doação dos Reis; e, finalmente, que o direito de caça concedido pelo Rei é um direito Real, devendo, por isso, ser considerado e regido pelas Ordenações especiais dadas aos bens da Real Coroa. Quase tudo isto se deduz da hodierna Ord. liv. 5, tits. 88 e 91, Man. III, Afons. 46. Entre nós o número das coutadas reais foi reduzido por D. João II a pedido do povo nas Cortes de Montemor, por D. Manuel nas Cortes de Lisboa de 1498, e pelos Filipes II e III nos Alvarás de 9 de Julho de 1594, e 4 de Abril de 1601, apud Cabedo, P. II, *Decisio* 89. Contudo, ainda não se proveu à agricultura na medida conveniente. O Regimento do Monteiromor e do juiz que chamamos *das Coutadas*, vem no tomo II da Colecção de Manescal, e em Cabedo, *Decisio* 90, e em Pegas, tomo XIII à Ord. liv. 3, tit. 5, pág. 154. Tudo o que acabo de dizer da caça se deve estender ao direito de pesca; cumpre, no entanto, advertir que a baleia e os peixes maiores, que chamam peixes reais, são del-Rei, não se tornando, por isso, daqueles que os apanham, cap. 94 do Regimento da Fazenda Real, foral de Setúbal, que começa *E foi mais assentado*.

DAS COISAS ACHADAS E DERRELECTAS

§ V — As coisas achadas ou tiveram dono alguma vez, ou nunca chegaram ao poder dalgum. As do primeiro género devem ser restituídas a seu dono sem paga do achamento, Ord. liv. 5, tit. 62, § 4; devem, no entanto, pagar-se ao achador todas as despesas que ele tiver feito para a sua conservação. Cabem neste aspecto muito especialmente os bens dos naufragos, e as naus atiradas pela força dos ventos contra os nossos litorais, segundo a Ord. liv. 2, tit. 32, tirada das leis das Cortes de Coimbra no reinado de D. Afonso II em 1211, e das de Atouguia no reinado de D. Fernando em 1375 (Instituições, Do Direito Público, tit. IX, § IX). Porém, aquelas coisas que nunca estiveram sujeitas ao domínio de ninguém, como as pedras preciosas, são adquiridas pelo achador, e não pelo Rei (§ II, Nota, deste título), o que me parece não dever entender-se das coisas de valor muito elevado, pois estas ficam para o Príncipe, e não

para o achador. Porém, as coisas havidas por derrelictas, e as espalhadas, como as moedas arremessadas ao povo, tornam-se *nullius*, e, por isso, são de quem as apanha.

A regra da Ord. liv. 5, tit. 62, § 4, segundo a qual a coisa achada, que algum dia teve dono, não é do achador, mas deve ser conservada e restituída ao dono, limita-se em dois casos: 1) no caso de a coisa achada ser ave de caça, a qual, se, depois de apregoada durante trinta dias em locais públicos, não aparecer o dono, é adquirida pelo achador, segundo a dita Ord. § 3; 2) nas bestas e gado do vento, quatro meses após pregão feito da mesma maneira, segundo a Ord. liv. 3, tit. 94. A aquisição de coisa derrelicta ou espalhada e de moedas arremessadas ao povo é indevidamente incluída por Triboniano, nos §§ 45 e 46 do tit. *De rerum divisione* das Institutas, entre os modos de adquirir o domínio por tradição, pois pertence à ocupação das coisas *nullius*, visto que aquilo que assim se espalhou e abandonou torna-se *nullius*. Mas já os bens vacantes, de que em seu lugar falaremos (Tit. VIII, § XIX, deste livro), não têm aqui cabimento, porque são adquiridos pelo Rei, e não pelo ocupante, Ord. liv. 2, tit. 26, § 17, sendo assim coisas de alguém, isto é, do fisco, nem podem em boa verdade ser enumerados entre as coisas consideradas derrelictas, visto não se saber com que intenção foram abandonados.

DOS TESOUROS E MINAS DE METAL

§ VI — No respeitante aos tesouros, sabe-se do § 39 do tit. *De rerum divisione* das Institutas o que o direito romano estabeleceu acerca da sua aquisição; entre nós, vão para o fisco, como bens vacantes, segundo a Ord. geral, liv. 2, tit. 26, §§ 16 e 17, quer achados em prédio próprio quer em prédio alheio. Semelhantemente, são do Rei as minas de ouro, prata, cobre ou outro metal, seja qual for o lugar em que se achem, público, particular, próprio, ou alheio, e contam-se entre os direitos reais, dita Ord. liv. 2, tit. 26, § 16, Barbosa, lei *Divortio* 8 (*Fructus* 7), § *Si vir* 13, desde o n. 18, do tit. *Soluto matrimonio* do Digesto, e não se entendem doadas, salvo se expressamente o forem pelo

Rei, Ord. liv. 2, tit. 28. Não obstante, os Reis muitas vezes concedem ao achador estas veias de oiro ou prata, com certos encargos e tributos, e prometem-lhe prémios, Ord. liv. 2, tit. 34, deduzida do Alvará del-Rei D. Sebastião de 17 de Dezembro de 1557, apud Leão, p. 5, tit. 6, lei única, à qual se juntaram várias Extravagantes, Colecção I à Ord. liv. 2, tit. 34, Nn. 1, 2, 3, 4 e 5.

O tesouro é bem contado entre os bens vacantes, e até só por esta causa pertence ao fisco, Ord. liv. 2, tit. 26, § 17 (Ver Ord. Afons. liv. 2, tit. 2, art. 5); além disso, não é novidade nenhuma que ficam a pertencer ao fisco todas as coisas carecentes de dono, e isto é como um direito das gentes, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VIII, § 7, Jacobo Gotofredo, à lei 1 do tit. *De thesauris* do Código de Teodósio, e dele usaram sempre os Germanos, Grócio, ibidem, e os Visigodos, Cassiodoro, liv. IV, cap. XXXIV, e liv. VI, cap. VIII. Em Castela existe o mesmo direito, segundo a lei 1, liv. 6, tit. 13, da Nueva Recopilación. Apesar disso, porém, o nosso Portugal diz no tratado *De donationibus*, liv. III, cap. 13, n. 91: *Neste Reino de Portugal nada havendo estabelecido acerca do tesouro, este será um direito Real só naqueles casos em que ou todo ou parte dele pertence ao Príncipe segundo o direito comum*; Jorge de Cabedo, P. II, *Decisio* 56, parece ser da mesma opinião. Mas ambos foram levados a este parecer pelo preconceito da autoridade do direito romano, ao qual conforme o génio do século atribuíam muita importância. Porém, os nossos Príncipes seguindo a equidade natural, como diz Justiniano no § 39 do tit. *De rerum divisione* das Institutas, costumam quase sempre conceder o tesouro ao achador, só o conservando para si, quando ele é precioso ou digno da estima régia por sua beleza ou antiguidade; mas neste caso ainda ou pagam o seu verdadeiro valor e preço, ou o compensam doutra forma. Tal equidade seguiu no ano transacto a Rainha, quando reivindicou para si umas moedas de oiro de imperadores romanos achadas em local particular do Reino do Algarve, mas as pagou ao achador por mais do seu justo valor. Lanterbach traz muitas informações sobre esta matéria na Dissertação jurídica *De thesauris*, vol. I.

DA ACESSÃO NATURAL

§ VII — A accessão, outro modo originário no direito natural de adquirir o domínio, ou é *natural*, ou *industrial*, ou *mista*. A natural pertence o feto dos animais e todos os incrementos fluviais. Portanto, pelo direito de accessão o feto dos animais pertence ao dono da mãe, e não se olha a quem seja o pai ou o dono do pai, Pufendorf, liv. IV, cap. VII, § 4. Os incrementos fluviais, como a ilha nascida no rio, o álveo derrelicto e a aluvião são do mesmo direito que o rio. Esta a razão por que a ilha não é adquirida pelos particulares que possuem os prédios de ambas as margens, como pensou Paulo cuja opinião Justiniano seguiu no § 22 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas, mas pelo fisco, conforme também opinou Labeão na lei 65, § últ. do tit. *De adquirendo rerum dominio*. O mesmo se deve dizer do álveo derrelicto, que as leis romanas adjudicavam aos prédios vizinhos, § 23 do tit. *De rerum divisione*, e o mesmo, enfim, da aluvião que se vir dalguma importância; Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 8 e 10; caps. 1 e 33 do chamado *Regimento das lesirias e dos paúes*, ordenado em 1576; Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VIII, §§ 8 e 9 (*Instituições*, Liv. I, Tit. IX, § XIV).

DA ACESSÃO INDUSTRIAL

§ VIII — Há várias espécies de accessão industrial, como a especificação, a adjunção, a intextura, a confusão, a comixtão, a inedificação, a escrita, e a pintura. Como não temos nenhuma lei escritas sobre estas espécies, seguiremos o direito natural e das gentes, e não o civil dos Romanos, que ordinariamente se desvia da equidade, como já outros demonstraram. Os Sabinianos atribuíam a especificação ao dono do material, e os Proculianos ao fabricante; Gaio, Ulpiano e Paulo preferiam o material, isto é, o seu dono, se a nova espécie pudesse ser reduzida ao seu primitivo estado, e o fabricante, no caso con-

trário, e Justiniano aprovou no § 25, do tit. *De rerum divisione*, das Institutas, esta distinção, que, em boa verdade, não agrada a todos os eruditos. Quanto a mim, entendo que, se a nova espécie for feita de uma coisa fungível, deve ser atribuída ao que de boa fé a confeccionou, devendo o preço do material ser restituído ao seu dono; e que, no caso de ser feita de uma coisa não fungível, deve ser atribuída àquele a quem pertence a coisa ou obra de maior preço, ou àquele que pode privar-se da coisa com menor detrimento, Everardo Otto nos coment. ao dito § 25 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas. Nas coisas unidas ou tecidas sobre outras, de que fala o § 26 daquele tit. *De rerum divisione*, deve-se dar o seu a cada um, se as coisas unidas puderem separar-se indemnes; se não puderem, aquilo que se uniu ou teceu sobre outra coisa, cede ao dono do todo, mas o seu preço tem que ser restituído ao respectivo dono. Quanto às coisas confundidas por acaso ou voluntariamente, são comuns de seus donos, § 27 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas; o mesmo sucede com as coisas comixtas, embora Justiniano não afirme assim no § 28 daquele título; de facto, tanto as coisas confusas como as comixtas ou não podem distinguir-se e separar-se totalmente, ou, se podem, é com muita dificuldade, o que basta para induzir a comunhão. Quanto aos edifícios de boa fé levantados em solo alheio, nem sempre se tornam propriedade do dono deste, ao contrário do que diz o direito romano, nos §§ 29 e 30 do referido tit. *De rerum divisione*; realmente, sendo os edifícios muito mais valiosos do que o solo, no qual não cai o preço da afeição, é mais equitativo atribuir o edifício ao edificante, entregando-se ao dono do solo a estimação deste. Semelhantemente, aquele que escreve ou pinta em papel ou tábua alheia, deve ser preferido ao dono destas coisas como fungíveis que são e nas quais não cai nenhuma estimação especial, Thomásio, na Nota aos §§ 33 e 34 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas, e na disputa *De pretio adfectionis*, cap. III. Outros filosofam doutro modo, e eu não me oponho.

DA ACESSÃO MISTA

§ IX — As acessões mistas pertencem a plantação e a sementeira, a cujo respeito nem sequer uma palavra se acha nas nossas leis, e também a percepção dos frutos. E, embora no direito romano, a árvore de Tício, que pegou e lançou raízes no solo de Névio, seja deste, e comum, a que, nascendo no limite de duas propriedades, estendeu as suas raízes para o fundo do vizinho, § 31 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas, todavia, manda a simplicidade natural que se estime o domínio da árvore, não pela imissão das raízes, mas pela sua origem; e não me parece que o dono perca o domínio da sua árvore, muito embora esta em pequenas partes se nutra e cresça com os alimentos da terra alheia, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VIII, § 22; por isso, difficilmente duvido de que o dono possa reivindicar e tirar a sua árvore e planta do solo alheio, se nela se verificar afeição. Semelhantemente, deverá deixar-se a messe àquele que de boa fé semeou em fundo alheio, caso pague o uso do campo, pois não é sempre verdadeira a regra do direito romano, no § 32 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas, de que as plantas arraigadas e os grãos semeados cedem ao solo, Coccey, Dissert. *De iure seminis*. Daqui resulta, por inteira consequência, que o possuidor de boa fé faz seus os frutos recebendo-os, Ord. liv. 2, tit. 53, § 5: *por quanto os havemos por constituídos em má fé para que não possam fazer seus os dictos frutos* (Instituições, Liv. IV, Tit. VI, § X).

É famosa no direito romano a questão sobre a aquisição dos frutos pelo possuidor de boa fé, e tem a sua sede no § 35 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas, na lei 48 do tit. *De adquirendo rerum dominio*, e na lei 45 do tit. *De usuris*. Como de costume, os intérpretes não a resolvem do mesmo modo. Uns distinguem entre o possuidor com título oneroso, o qual, na opinião deles, faz os frutos seus, e o possuidor com título lucrativo, que não faz os frutos seus; outros já não distinguem o título do possuidor, mas os próprios frutos, e

concedem os frutos industriais ao possuidor, e os naturais ao dono; outros, pospondo a distinção do título e do fruto, atribuem ao possuidor todos os frutos consumidos, e ao dono todos os existentes, quer pendentes, quer separados; e outros, finalmente, distinguem entre os frutos já percebidos e separados do fundo e os pendentes, adjudicando estes últimos ao dono, e os separados juntamente com os consumidos, ao possuidor; porém, todos concordam em que os pendentes pertencem apenas ao dono do fundo. Não me cabe a mim harmonizar tamanhas diferenças de opinião. No entanto, como nas nossas leis nada achamos escrito sobre esta matéria, e como só por argumento a contrario sensu julgamos se pode deduzir perfeitamente da Ord. liv. 2, tit. 53, § 5, que o possuidor de boa fé faz os frutos seus, sem que todavia de modo nenhum possamos conseguir que frutos faz seus, se os naturais, se os industriais, se os consumidos, se os existentes, se os separados, ou os pendentes, não hesitamos em conjecturar e afirmar que, sendo o possuidor de boa fé havido como dono, pelo direito natural e civil, enquanto não aparece o verdadeiro dono, lei 48, no princípio, do tit. *De adquirendo rerum dominio*, e lei 136 do tit. *De regulis juris*, é ele que obtém todos os frutos, naturais, industriais, consumidos, ou existentes, como se fosse o verdadeiro dono da coisa; porém, pelo que toca aos frutos pendentes, deve, para os obter e fazer efectivamente seus, pagar ao dono pelo uso do campo a renda desse ano, e, assim, ressarcir o dono do prejuízo que este sofre com os frutos pendentes, visto que, realmente, nenhum dano lhe resulta dos frutos já percebidos e separados nesse mesmo ano e anteriores; portanto, o possuidor de boa fé não é obrigado em razão destes frutos; mas o possuidor de má fé, esse já é obrigado por todos, mesmo pelos consumidos, quer seja ladrão, quer se haja constituído em má fé após a litiscontestação, leis 33, 62, § últ., do tit. *De rei vindicatione*, lei 4 do tit. *Unde vi* do Código, lei 2 do tit. *De fructibus et litis expensis*, do Código, Ord. liv. 2, tit. 53, § 5. E é obrigado não só pelos frutos desonestamente percebidos, mas também pelos honestamente percebíveis, pois deve imputar a si mesmo não só o facto de haver cientemente cultivado o fundo alheio, mas também o facto de, depois de saber que a coisa era alheia, a não haver restituído; no entanto, pode deduzir as despesas necessárias, Ord. liv. 4, tit. 48, § 6.

§ X — Por último, a tradição, que é um modo derivado de adquirir o domínio no direito natural. Uma vez aceita a tradição, nada mais se ajusta à equidade natural do que ter como válida a vontade do dono que quer transferir a sua coisa para outro, § 40 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas. Segundo a simplicidade natural, pode abdicar-se o domínio por simples palavras e transferir-se a propriedade a outro por qualquer acto externo em que se declare a vontade, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VI, § 1, e cap. VIII, § 25, Pufendorf, liv. IV, cap. IX, § 6. Porém, no direito romano, era absolutamente necessária a tradição, lei 20 do tit. *De pactis* do Código; no nosso direito, também parece ser necessária, segundo a Ord. liv. 4, tit. 7, § 7, no princípio, sendo este o fundamento da diferença entre as acções reais e as pessoais. Entendemos por tradição qualquer facto, e até quaisquer palavras do transmitente ou do aceitante, que para o efeito seguramente se tenha operado entre os contratantes. Além disso, a tradição é *verdadeira*, ou *facta*, ou *simbólica*, e diz-se feita *brevi* (1) ou *longa manu* (2). A tradição *verdadeira* dá-se nas coisas móveis, que se entregam de mão em mão; nas coisas imóveis dá-se a introdução na posse; e nas coisas incorporais ou servidões considera-se tradição o uso de um e o consentimento de outro. Notam-se muitos casos de *tradição facta*, por exemplo na coisa dada em locação, ou em comodato, e na coisa vendida, § 44 do tit. *De rerum divisione*, das Institutas, Ord. liv. 4, tit. 1, no princípio, na coisa presente e na trazida à vista, lei 79 do tit. *De soluto*, na entrega das chaves junto do armazém, § 45 do tit. *De rerum divisione* das Institutas.

(1) Na tradição *brevi manu* (com mão breve) não havia deslocação física da coisa, porque quem adquiria o direito de propriedade sobre ela, já a tinha em seu poder por outro título, por exemplo, em depósito. (*Nota do Tradutor*).

(2) A tradição *longa manu* (com mão longa) fazia-se indicando ou assinalando a distância o objecto cuja propriedade se tratava de transferir. (*Nota do Tradutor*).

tas, etc... Porém, uma coisa é certa em todo o direito: a tradição feita por quem não é dono, ou sem causa e título justo, ou, finalmente, não aceita por outro, não pode transferir o domínio, lei 54 do tit. *De regulis juris*, lei 31 do tit. *De acquirendo rerum dominio*, lei 55 do tit. *De obligationibus et actionibus*. E quase todos estes princípios se aplicam não só ao domínio, mas também à posse.

O que aqui dissemos da tradição, é por assim dizer do direito das gentes, tendo, por isso, lugar em todas as nações. Entre os Visigodos, segundo a lei 6, liv. 5, tit. 2, os bens imóveis só eram entregues com solenidades, na presença de testemunhas e árbitros, e com escrituras. O mesmo aprovou aos povos da Germânia, que praticavam a solenidade de, ao tomarem posse do prédio, não só tirarem uma palheira, mas também um torrão de terra, ou arrancar o ramito duma árvore, levando tudo isto consigo em sinal de aquisição da posse. Para nós basta a tradição, não se requerendo o *pro-forma* de quaisquer solenidades, embora ainda hoje se use, quando alguém entra num fundo para tomar posse, arremessar um punhado de terra ao ar e cortar um ramo, sinais estes que os notários costumam referir em suas escrituras. Hoje também não é necessária qualquer escritura pública ou particular para transferir o domínio em todo e qualquer contrato, excepto na enfiteuse eclesiástica e noutros em que se requer escritura para sua validade, Ord. liv. 4, tit. 19, Man. 36, Afons. 57, ou para prova, Ord. liv. 3, tit. 59, Man. 45, Afons. 64.

MODOS DE ADQUIRIR O DOMÍNIO NO DIREITO CIVIL

§ XI — Estes os modos de adquirir o domínio no direito natural; quanto ao direito civil, o direito romano e o nosso inventaram vários, que são universais ou singulares. Aos universais pertence hoje apenas (para omitir as posses de bens, as ad-rogações, e outros que não estão em uso) a herança, que se transmite por testamento ou ab intestado. Aos singulares respeita especialissimamente a usucapião ou prescrição, da qual vamos tratar a seguir.

TITULO IV

DAS PRESCRIÇÕES

O QUE É A PRESCRIÇÃO E QUE DIREITO A INTRODUZIU

§ I — A prescrição ou usucapião (pois hoje e já de há muito usamos com o mesmo efeito estes vocábulos, outrora distintos) é o principal modo de adquirir o domínio por título singular, introduzido pelo direito civil; de facto, a simplicidade natural ignora como é que uma coisa nossa possa passar a outrem sem facto nosso; é, portanto, do direito civil, e não do direito natural, a regra extraída da lei 28 do tit. *De verborum significatione*, segundo a qual *dificilmente se presume que não aliena aquele que consente a usucapião*. No entanto, para que se mantivessem os domínios e se limitassem os dissídios, sempre pareceu do interesse da República introduzir a prescrição, isto é, a aquisição do domínio pelo uso e posse durante certo tempo, lei 3 do tit. *De usurpationibus et usucapionibus*.

No direito romano existem cinco modos *singulares* de adquirir o domínio: a usucapião, a doação, o direito de acrescer, o legado, e o fideicomisso; e outros tantos *universais*: a herança, a posse dos bens, a ad-rogação, a adição, e a compra dos bens do devedor insolvente e pelo senátus-consulta Claudiano. A maior parte destes modos já desde o tempo de Justiniano que deixou de estar em uso entre os próprios Romanos; e nós aqui apenas referiremos aqueles que estão em uso e comprovados pelas nossas leis.

OS SEUS REQUISITOS E ESPÉCIES
NO DIREITO ROMANO

§ II — O tempo da prescrição variava com a diversidade das coisas. De Sólon derivaram os Decênviros o capítulo que diz: *Será de dois anos a usucapição dum fundo, e de um ano a das restantes coisas*, apud Cícero, in *Topica*, IV, e *Pro Caecina*, XIX. Justiniano prolongou aquele tempo, e determinou numa Constituição que as coisas móveis prescrevessem por uso de três anos, e as imóveis por posse de longo tempo, isto é, de dez anos entre presentes, e de vinte entre ausentes, no princípio do tit. *De usucapionibus*, das Institutas, lei única do tit. *De usucapione transformanda*. As acções reais, como nascem dum direito real e duram o mesmo que esse direito, prescrevem no mesmo tempo, isto é, em três, dez e vinte anos, lei 1 do tit. *De praescriptione longi temporis* do Código. As acções pessoais reipersecutórias prescrevem em longuíssimo tempo, isto é, trinta anos, leis 3 e 7 do tit. *De praescriptione triginta vel quadraginta annorum* do Código. À mesma prescrição estão sujeitas as coisas dos menores, lei última do tit. *In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est* do Código; as coisas furtadas, lei 8, § 1, do tit. *De praescriptione triginta vel quadraginta annorum* do Código; e, finalmente, as que devido a má fé ou falta de título não podem ser adquiridas, dita lei 8, § 1, Novelas 119, cap. 7, e 131, cap. 6. Por prescrição de quarenta anos adquirem-se as coisas fiscaes e patrimoniaes do Príncipe, lei 4 do tit. *De praescriptione triginta vel quadraginta annorum*, as coisas imóveis das cidades, dos municípios e das igrejas, Autêntica *Quas actiones* do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis* do Código. A prescrição de cem anos só cabe às coisas da Igreja Romana, segundo a mesma Autêntica. A imemorial, isto é, aquela de que não há memória em contrário, aplica-se aos bens e direitos reais, e não a todos. E estas são as prescrições ordinárias. Quanto às extraordinárias ou anômalas, difficilmente podem ser reduzidas a ordem certa;

delas tratou Henrique Coccey numa disputa especial, no vol. II, pág. 402. Depois, a prescrição de longo tempo requer a boa fé, pelo menos no princípio, porquanto a má fé superveniente não interrompe a usucapição, lei 48, § 1, do tit. *De adquirendo rerum dominio*, lei única do tit. *De usucapione transformanda*; requer justo título e posse contínua, lei 3 do tit. *De usurpationibus et usucapionibus*; a prescrição de longuíssimo tempo, isto é, de trinta ou quarenta, ou cem anos, não requer nem título nem boa fé em tempo algum. Estas as noções principais que julgá-mos cabido anotar aqui sobre o direito romano, podendo-se, assim, ver fácilmente o que o nosso direito acrescentou ou tirou àquele.

E NO DIREITO CANÓNICO

§ III — O direito canónico aprovou e recebeu quase tudo isto, com a excepção de, contra a razão do direito civil, requerer sempre a boa fé em todas as prescrições mesmo na de longuíssimo tempo, cap. últ. do tit. *De praescriptionibus*, nas seguintes palavras: *Importa que aquele que prescreve, em parte nenhuma do tempo tenha consciência de que a coisa é alheia*. Ora, neste direito, bem como no civil, a boa fé não é mais do que a *justa opinião pela qual aquele que possui a coisa alheia, julga que esta é sua e ignora que é alheia*, cap. 5 do mesmo tit., e lei 109 do tit. *De verborum significatione*.

Coccey defendeu veementemente a doutrina do direito civil contra os injustos avaliadores das coisas, na Dissertação *De finibus bonae fidei in praescriptione de jure canonico*, Sect. I, §§ 6 e segs.. E, pelo contrário, Lyncher, na Dissertação *De bona fide in praescriptione tam jure civili, quam canonico*, Thes. IV e segs., defende a causa do direito canónico contra Coccey, que se viu, por isso, obrigado a escrever outra Dissertação *De finibus bonae fidei in praescriptione de jure canonico*, na qual responde a Lyncher.

A PRESCRIÇÃO NAS OUTRAS NAÇÕES

§ IV — Entre os Francos, Germanos, e Visigodos, adquiriam-se por trinta anos com posse justa, contínua, e ininterrupta, especialmente os imóveis e as acções, sem necessidade de boa fé ou título; por isso, nas leis destas nações bastava apenas o lapso de tempo, Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. IV.

DO TEMPO DA PRESCRIÇÃO

§ V — As nossas leis sobre as prescrições foram colhidas no direito civil e no canónico, e, por este motivo, as Ordenações antigas e modernas não se harmonizam bem na questão da boa fé. Portanto, no nosso direito as coisas móveis prescrevem em três anos, as imóveis e as acções reais em dez anos entre presentes e vinte entre ausentes, Ord. liv. 1, tit. 84, § 23, no fim, e liv. 4, tit. 3, § 1, Man. 33, Afons. 49. As acções pessoais, que derivam de contrato ou quase contrato, só podem ser adquiridas por longuíssimo tempo, isto é, trinta anos, Ord. liv. 4, tit. 79, no princípio, deduzida da Extravagante de D. João III de 4 de Fevereiro de 1534, apud Leão, p. 6, tit. 1, lei 1.

Que eu saiba, não temos nenhuma lei escrita que limite o tempo na prescrição das coisas móveis, mas os costumes antigos e actuais guardam os três anos do direito romano. Na usucapião das coisas imóveis também não há tempo expressamente delimitado; mas já o há por D. Afonso V na prescrição das acções reais, Ord. liv. 4, tit. 49, na qual se constituiu longo tempo, isto é, dez anos entre presentes, que vivem na mesma província ou *comarca*, e vinte entre ausentes. E desta Ordenação e das concordantes citadas, que exigem dez ou vinte anos na prescrição das acções reais, pode inferir-se perfeitamente que os bens imóveis prescrevem nesse mesmo tempo; de facto, estas acções, como nascem dum direito real, seguem reciprocamente os direitos das coisas, durando enquanto aquele dura, e extinguindo-se quando ele se extingue. As acções pessoais pela Ord. Man. liv. 4, tit. 80, prescreviam em cinco anos, para aqueles que viviam

na mesma povoação, em dez para os que viviam na mesma província, e em vinte para os que viviam em província diferente. Porém, D. João III, seguindo a constituição de Honório e Teodósio o Moço, na lei 3 do tit. *De prescriptione triginta vel quadraginta annorum*, estabeleceu em geral trinta anos na dita Extravagante de 4 de Fevereiro de 1534, a qual passou, depois, para a Ordenação que usamos, liv. 4, tit. 79. No entanto, El-Rei D. Dinis estabeleceu, genérica e indistintamente, dez anos para as prescrições das acções e das coisas, numa lei dada em Santarém, apud Ord. Afons. liv. 4, tit. 108, § 3.

PRESCRIÇÃO DE LONGUÍSSIMO TEMPO

§ VI — As nossas leis também reconhecem a prescrição de longuíssimo tempo, a qual é de trinta, ou quarenta anos, ou imemorial. Em trinta anos prescreve a acção real hipotecária, quando a coisa obrigada veio ao poder do possuidor sem título algum, Ord. liv. 4, tit. 3, § 1, e em quarenta entre ausentes, quando ficou em poder do devedor ou seu herdeiro, segundo a mesma Ordenação. E esta é talvez a única espécie a que as leis pátrias aplicam a prescrição de trinta ou quarenta anos; todavia, no foro foram recebidos quase todos os preceitos que o direito romano estabeleceu nesta matéria e cuja súmula apresentámos acima no § II. Quanto à prescrição de cem anos, o nosso direito não a menciona.

A IMEMORIAL

§ VII — Menciona, porém, a prescrição imemorial; com ela adquire-se — para ilustrar este assunto com um ou outro exemplo — a liberdade de não pagar aquilo que se contém na lei foral; todavia, não pode adquirir-se o direito de exigir aquilo que não se acha expressamente concedido na mesma lei foral, Ord. liv. 2, tit. 27, § 1, quer porque deve fazer-se interpretação mais plena em favor da liberdade, quer porque a isso obsta

sempre a má fé provada por escritura censual, segundo a mesma Ord. § 3 (Veja-se a seguir o § VIII). Com tempo imemorial prova-se a instituição das capelas e morgados, Ord. liv. I, tit. 62, § 5t.

DA BOA FÉ NAS PRESCRIÇÕES

§ VIII — No nosso direito não se requer título nas prescrições de longuíssimo tempo, Ord. liv. 4, tit. 3, § 1, vers. *E vindo*; requer-se, todavia, boa fé, e sempre, em toda e qualquer prescrição, segundo a dita Ord. no fim, e tit. 79, no fim do princípio, e liv. 2, tit. 53, § 5, e é ela hoje necessária tanto no autor como no seu sucessor universal ou particular, segundo as citadas Ordenações, que, deste modo, devem ser entendidas pelo sentido do direito canónico; no direito romano, era diferente, § 12 do tit. *De usucapionibus* das Institutas. Por conseguinte, o possuidor de má fé em tempo nenhum pode prescrever, e considera-se como tal não só aquele que sabe que a coisa é alheia, mas também aquele que o ignora, contanto que tenha em seu poder escritura donde se veja que a coisa é alheia, Ord. liv. 2, tit. 27, § 3.

Na Ordenação Afonsina liv. 4, tit. 49, § 3, requerem-se, nas prescrições de longo tempo e apenas no início, boa fé e justo título, e assim se deve interpretar e acomodar a Ordenação ao direito civil, que nessa altura reinava no foro com preferência sobre o canónico; porém, não se requer na prescrição de longuíssimo tempo, *ibi*: *E esta demanda lhe poderaa fazer ataa dez anos compridos e contados des o primeiro dia, em que a dita cousa foi a poder do possuidor com título, e boa fee, e se ambos eram moradores em huma Comarca... E indo essa cousa ao possuidor sem titulo alguum, havenão acerqua della maa fee porque sabia bem que nom era sua de Direito, nem lhe perencia, em tal caso lhe poderaa ser feita a dita demanda pelo dito credor ataa trinta annos compridos*. Igualmente não se requer, na Ordenação Manuelina liv. 4, tit. 33, e tit. 80, boa fé na prescrição das acções reais e pessoais, ou pelo menos não se fez menção expressa

dela. Eis por que se vê o nosso direito, na questão da boa fé, seguir mais o romano que o canónico, até ao tempo de D. João III, que foi o primeiro a preferir o direito canónico na Extravagante citada. Também na Partida 3, tit. 29, lei 12, se requer a boa fé apenas no início, quando a coisa veio ao poder do possuidor por título de doação ou permuta. Algumas informações notáveis sobre esta matéria trazem M. Franc. Ignac. Dunod de Chamage, no *Traité des prescriptions*, P. I, chap. III, e Luís António Muratori, no *Difetti della Giurisprudenza*, cap. 15, no fim.

E QUANDO SE DEVE PRESUMIR

§ IX — Porém, o possuidor deve provar a boa fé e o justo título, na prescrição de longo tempo; mas, na de longuíssimo, não é obrigado a provar nem uma nem outra coisa, pois ambas se presumem, caso o adversário não prove o contrário, Strykio, ad Pandectas liv. XLI, tit. III, § 2, Thomásio, in Not. ad tit. Inst. *De usucapionibus*.

USURPAÇÃO DA PRESCRIÇÃO

§ X — No nosso direito também se requer a posse contínua para a prescrição. Por isso, no caso de não estar ainda completa a usucapião, esta interrompe-se *naturalmente* pelo espólio da posse, ou *civilmente* pela citação, Ord. liv. 4, tit. 79, § 1. Esta interrupção da usucapião, chama-se, no direito romano, *usurpação*, lei 2 do tit. *De usurpationibus et usucapionibus*.

QUE COISAS PODEM PRESCREVER

§ XI — Estão sujeitas à usucapião todas as coisas que podem estar em domínio; são, por isso, imprescritíveis as coisas isentas do comércio humano, ou as que por lei se proíbem adqui-

rir e alienar. Vêm muitos exemplos na Ord. liv. 2, tit. 46, no fim, e tit. 53, § 5, e liv. 4, tit. 43, § 13, e *passim*. Deve, todavia, observar-se que muitas coisas, que em tempo nenhum se podem adquirir por usucapião, se adquirem por doação ou qualquer outro título, Ord. liv. 2, tit. 28, no princ., e tit. 34, § 10, e tit. 45, §§ 10 e último. Há, portanto, menos direito na prescrição mesmo imemorial do que num título verdadeiro, isto é, simultaneamente natural e civil.

PESSOAS CONTRA AS QUAIS NÃO CORRE PRESCRIÇÃO

§ XII — Contra o pupilo não corre prescrição nenhuma; no entanto, aos menores prejudica a prescrição de longuíssimo tempo, contra a qual podem pedir restituição dentro dos quatro anos contados do dia em que perfazem a idade legítima, Ord. liv. 4, tit. 79, § 2, e liv. 3, tit. 41, § 6. Constitui benefício especial não correr contra os menores o triénio concedido aos criados para pedirem o salário ajustado, Ord. liv. 4, tit. 32, no fim do princípio.

Entre irmãos não havia antigamente prescrição nenhuma, tendo isto sido constituído, não por lei escrita, mas pelos costumes, que D. Afonso III recorda nestas palavras: *Costume he em casa d'El-Rey que irmão contra irmão nom possa prescrever*, apud Ord. Afons. liv. 4, tit. 108, § 1.

DA PRESCRIÇÃO DOS BENS E DIREITOS REAIS

§ XIII — A doutrina sobre a prescrição dos bens e direitos reais não está suficientemente explicada no nosso direito. Em suma, devem-se fixar as seguintes generalidades: I) os bens

particulares do Príncipe ou os fiscaes prescrevem em quarenta anos, lei 4 do tit. *De praescriptione triginta vel quadraginta annorum*; II) os *domaniais* em tempo nenhum, cap. 33 do tit. *De jurejurando*; III) o mesmo se deve dizer dos direitos reais maiores, que difficilmente se podem separar do Imperante, Ord. liv. 2, tit. 45, no fim do princ., e § 8; IV) dos direitos reais menores, que consistem principalmente no império, autoridade e jurisdição, §§ 10, 55 e 56 da mesma Ord.; V) porém, aqueles direitos que contêm mais proveito e utilidade do que império ou jurisdição, podem ser adquiridos por tempo imemorial, se forem daqueles que os reis costumam doar, Ord. liv. 2, tit. 27, § 1. Mais informações trazem, entre outros, Thomásio, na Dissertação especial *De praescriptione Regalium ad jura subditorum non pertinente*, e Harpect, in *De praescriptione immunitatis a collectis*. Vejam-se as nossas *Instituições de Direito Público*, Tit. V, § LII, e Tit. VII, § XVI.

PRESCRIÇÕES EXTRAORDINARIAS

§ XIV — Existem ainda as prescrições extraordinárias, que se não podem reduzir a ordem certa. Com efeito, I) a accusação criminal prescreve por vinte anos, lei 12 do tit. *ad Legem Cornelianam de falsis*, do Código, Ord. liv. 1, tit. 84, § 23, no fim (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XXIII, § II); II) a acção, que chamamos querela e que é uma espécie de accusação, deve ser apresentada ao juiz dentro de um ano, Ord. liv. 5, tit. 2, § 4, e tit. 117, § 1; III) a apelação deve ser interposta dentro de dez dias, Ord. liv. 3, tit. 70, no princípio; IV) e introduzida e prosseguida no juízo superior dentro de seis meses, §§ 3 e 4 da mesma Ord.; V) a excepção *non numeralae pecuniae* (de dinheiro não recebido) deve ser oposta ao escrito de obrigação dentro de sessenta dias, Ord. liv. 4, tit. 51; VI) passados vinte e cinco anos sobre a morte do testador, não podem ser obrigados a

prestar contas os herdeiros e testamenteiros, Ord. liv. 1, tit. 62, §§ 8 e 22; VII) os salários dos escrivães e tabeliães prescrevem três meses depois de dada a sentença, Ord. liv. 1, tit. 79, § 18, e tit. 84, § 30; VIII) só dentro de ano e dia se pode accionar por *damno infecto* (dano eventual) e pelo interdito *quod vi aut clam* (de dano ou alteração, violenta ou clandestinamente praticada), Ord. liv. 1, tit. 68, § 25, e a mulher não pode demandar o seu corruptor um ano depois de deixarem de ter relações, Ord. liv. 5, tit. 23, § 2. E bastem estas prescrições.

TITULO V

DA MANEIRA DE ORDENAR OS TESTAMENTOS E OS CODICILOS

O QUE É O TESTAMENTO E A QUE DIREITO DEVE A SUA ORIGEM

§ I — Aos modos de adquirir o domínio por título universal actualmente só pertence a herança, que se transmite por testamento ou ab intestado. O testamento, isto é, *a justa decisão da nossa vontade sobre aquilo que alguém quer que se faça após a sua morte*, lei 1 do tit. *Qui testamenta facere possunt*, é ou *pagânico* ou *militar*. A origem de um e outro deve ser atribuída ao direito civil, pois o natural ignora a disposição que começa a valer após a morte, Pufendorf, *De officio hominis et civis*, liv. I, cap. XII, § 13, Everardo Otto, nos Comentários ao mesmo, Galvano, Merfilio, Bynkershoek, Thomásio, etc...

USO DOS TESTAMENTOS

§ II — Os nossos maiores parecem ter recebido dos Romanos o uso dos testamentos, e já do tempo em que foram sujeitos ao seu império, o que assaz provam os Códigos Teodosiano e Alariciano, publicados no séc. V em favor dos Provinciais da Hispânia, Gotofredo, in Prolegomena, cap. III, nos quais se

acham muitas disposições, pedidas ao direito romano, sobre testamentos e últimas vontades. Nos tempos seguintes, o seu uso foi muitíssimo conservado pelos Visigodos, Germanos, etc., acerca dos quais veja-se Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. VII, Thomásio, na disputa *De origine successionis testamentariae*. Entraram, porém, de ser frequentíssimos, depois que o direito das Decretais surgiu e começou a ter grande autoridade, juntamente com o civil, quer no foro, quer na Universidade.

Deve-se buscar o uso dos testamentos principalmente a partir do séc. XII; primeiro, desenvolveu-se entre os Príncipes e magnates, depois entre os outros nobres, e, por fim, entre plebeus de qualquer ordem ou condição; todos estes faziam testamentos, não tanto para instituírem herdeiro, como para distribuírem certos legados pios em prol e remédio de sua alma, fórmula esta que se costumava pôr em quase todos os testamentos a partir deste tempo. E por isso é que muitos consideravam de seu particular interesse que os testamentos não fossem invalidados após a sua morte; para tanto, mais de uma vez inseriam neles execrações e maldições contra os que ousassem tornar irrito esse derradeiro juízo. Podem servir de exemplo entre nós o testamento de D. Afonso I, apud Sousa, tomo VI das *Provas*, pág. 573, ibi: «*Aprouvs-me tirar uma parte dos meus haveres e dá-la pela minha alma*»; o de D. Afonso III, apud Sousa, tomo I das *Provas*, pág. 54: «*Faço o meu testamento, para que o Senhor propicie a minha alma, e não conte os meus pecados... e pela salvação da minha alma*»; e de D. Constança Sancha (3), filha de Sancho I, apud Sousa, ibidem, pág. 21: «*Se alguém da minha Parentela ou dos estranhos tentar impedir este meu testamento... incorra por isso na maldição de Deus Omnipotente e na minha; e os que o ajudarem a cumprir sejam para sempre abençoados por Deus*»; o de D. Dinis, ibidem, pág. 99: «*Pera pröll de minha alma... E o que per alguma maneira per si, ou per outrem, embargar, aja a maldiçam de Deos, e a minha pera todo sempre, e seja condemnado com Judas traedor em fundo do Inferno*».

§ III — Ora, nós desde o início do Reino até D. Afonso V não tivemos quase nenhuma lei testamentária, mas sim costumes, e estes ajustados aos preceitos do direito romano e sobretudo do canónico. D. Afonso foi o primeiro que reduziu a escrito estes costumes, acrescentando e tirando-lhes muitas coisas, na maior parte colhidas no direito romano, as quais inseriu em seu Código, liv. 4, tits. 97, 98, 99, 100, 101, 102 e 103, e passaram depois aos Códigos Manuelino e Filipino nos títulos concordantes do mesmo livro.

Que eu saiba, até ao tempo de D. Afonso V, temos muito poucas leis sobre testamentos; todavia, porque já há muito os testamentos haviam sido recebidos por longo uso dos povos, recorria-se, na sua feitura, em parte aos costumes pátrios, em parte ao direito romano, e em parte preferentemente ao direito canónico. E, assim, havia sido constituído pelos costumes: 1) que, mesmo existindo filhos, os pais pudessem dispor livremente da terça dos bens, Ord. Afons. liv. 4, tit. 97; 2) que bastassem cinco testemunhas, homens ou mulheres, para validar o testamento, na mesma Ord. tit. 103; 3) que o testamento do pai valesse sem expressa instituição ou deserdamento do filho, tit. 97; 4) que o preterido se cresse tácitamente instituído, o que depois foi confirmado por lei de D. João I, no mesmo tit.; 5) que só o pai succedesse ao filho morto, e excluísse o irmão deste, tit. 102; 6) que o filho natural succedesse ao pai plebeu, tit. 98; 7) que todas as coisas, que o filho adquirira em vida do pai, fossem sujeitas à colação, tit. 105. Quanto ao direito canónico e seus intérpretes, ficou-se-lhes devendo o facto de ter validade o testamento feito perante o pároco e duas testemunhas, resultando daí não ser o número das testemunhas o mesmo e igual em toda a parte, pois nos testamentos antigos acham-se ora três, ora quatro, ora cinco testemunhas; ao mesmo direito canónico se deve que difficilmente valesse o testamento sem liberalidades e legados pios; que, para a sua validade, parecessem necessários os legados pios; que três quartos da herança, por disposição de algumas Constituições Sinodais, pertencessem *ipso jure* à Igreja; que ninguém pudesse testar sem conselho do pároco ou doutrem em seu nome; e, finalmente, que o Sumo Pontífice fosse havido pelos

(3) Allás, Sanches. (Nota do Tradutor).

Reis e Príncipes como supremo *guardião testamentário e executor* de testamentos, a quem, por isso, se deixavam legados. Entre nós podem servir de exemplo: a Constituição Sinodal do célebre Mateus, Bispo de Lisboa, apud Brandão, P. V, liv. XVI, cap. 73, pág. 148, e P. VI, liv. XVIII, cap. 58, pág. 250; o já referido testamento de D. Afonso III nas palavras: *E deixo ao Senhor Papa, que então for, 100 marcos de prata, e rogo-lhe, como a senhor do meu corpo e da minha alma, que com sua santíssima autoridade confirme e faça cumprir todas e cada uma das sobredditas coisas, e não permita que alguém impeça alguma delas. E suplico a Sua Santidade que, se algum ou alguns quiser ou quiserem impedir este meu testamento, em todo ou em parte, o não consinta, mas faça como de justiça deve fazer pela salvação das almas*; o de D. Dinis também acima referido, *ibi*: *E eu como filho obediente da Santa Igreja de Deos mando ao Papa, e aos Cardeaes quinhentos marcos de prata, e demnos meus testamenteiros aqui na terra a seu certo recado, que elles sejam lembrados deste meu testamento fazer cumprir, e aguardar assy como eu mando, e de rogar a Deos por minha alma*; e o testamento de D. Constança Sancha (4), que também já recordámos, *ibi*: *E se acaso o predito Senhor Rei ou a Senhora Rainha ou D. Dinis não puderem ou não quiserem defender este testamento, ou o impedirem por si, ou o fizerem impedir por outros, rogo, quanto posso, ao Sumo Pontífice da Sacrossanta Igreja Romana, a quem foi cometido por solicitude do officio pontifical o cuidado de defender os testamentos, que, para se cumprir a vontade do defunto, proteja e defenda de tal modo este meu testamento, que se dê execução efectiva conforme à minha vontade por meio dos meus supra-mencionados executores. Para isso, e para que faça observar e cumprir este meu testamento como está, lego ao mesmo Sumo Pontífice, que ao tempo for, doze marcos de esterlinos novos para auxilio da Terra Santa.*

ESPÉCIES DE TESTAMENTOS

§ IV — O testamento ou é *público*, ou *particular*, conforme assenta em fé pública ou particular; *pagânico*, ou *militar*; *escrito*, ou *nuncupativo*; *aberto*, ou *cerrado*; *solene*, ou *menos solene* ou *privilegiado*.

(4) Aliás, Sanches. (Nota do Tradutor).

TESTAMENTO PÚBLICO E JUDICIAL

§ V — Diz-se testamento *público*, o que é apresentado ao Príncipe, e igualmente *judicial*, o que é apresentado ao juiz, e fica registado em auto, leis 18 e 19 do tit. *De testamentis* do Código. As nossas leis não o mencionam; todavia, não pode duvidar-se da sua validade sem algumas solenidades externas, Strykio, no tratado *De cautela testamentorum*, cap. VII, Lauterbach, tomo III, *Dissert. Acad.* 133. O testamento aberto também se pode chamar *público* para se diferenciar do *cerrado*, visto que se faz pública e abertamente.

TESTAMENTO ABERTO ESCRITO PELO TABELIAO

§ VI — Chama-se testamento *aberto* principalmente aquele que é feito por tabelião público. É firmado pelo tabelião, que o escreveu e o munuiu com o seu testemunho, e por cinco testemunhas varões livres, ou tidos por livres, e que sejam maiores de 14 anos, os quais todos o devem assinar juntamente com o testador. No caso de este não saber escrever, ou não o poder fazer por doença, uma das testemunhas o assinará por seu mandado, devendo-se fazer disto menção expressa, Ord. liv. 4, tit. 80, no princípio, Man. 76. (Veja-se o Assento de 17 de Agosto de 1811 da Casa da Suplicação).

Esta é a fórmula do testamento aberto, claramente recomendada pelas citadas Ordenações; se ela faltar, o testamento é nulo; todavia, depois disso, não se requer mais coisa nenhuma. Nesta matéria deve-se fixar a seguinte regra máxima: para a validade do testamento apenas se requerem as formalidades contidas nas palavras claras e manifestas das Ordenações citadas, podendo-se, por isso, preferir e passar impunemente o resto. E é só a partir desta regra que se devem decidir as inúmeras questões que os nossos escritores e os alheios tratam em longas páginas. Pelos antigos costumes as mulheres podiam ser testemunhas nos testamentos escritos, como já acima recordámos (§ III deste tit.), Ord. Afons. liv. 4, tit. 103.

TESTAMENTO ABERTO ESCRITO PELO TESTADOR OU UM PARTICULAR

§ VII — O testamento aberto, feito pelo testador ou por um particular a seu rogo, é igualmente firmado por cinco testemunhas, varões (5), maiores de 14 anos e livres; e o testador, e aquele que escreveu o testamento, é havido como tabelião. No entanto, o testamento deve ser lido diante das testemunhas, antes de estas o assinarem, Ord. liv. 4, tit. 80, § 3, *ibi*: *as quaes testemunhas assinarão no testamento, sendo primeiro lido perante ellas*. Cumpre atentar nisto, porque, no testamento aberto escrito pelo tabelião, as citadas Ordenações, no princ., não exigem expressamente o *pro forma* de o testamento ser lido perante as testemunhas, parecendo bastar que o testador diga que o testamento é seu. Valasco, *Cons.* 7, n. 4, Ord. liv. 4, tit. 102, § 3, e liv. 1, tit. 78, § 4.

TESTAMENTO CERRADO

§ VIII — O testamento *cerrado* ou místico, de que Gotofredo fala abundantemente nos com. à lei 3 do tit. *De testamentis* do Código, é escrito e fechado pelo testador ou por outrem a seu mandado, e pelo testador entregue, na presença de cinco testemunhas varões maiores de 14 anos e livres, ao tabelião, que lhe perguntará perante elas se o testamento é seu; se o testador disser que sim, deve o tabelião fazer o instrumento de aprovação, no qual assinarão o testador e as cinco testemunhas; e, para se evitar toda a suspeita de fraude, deve o instrumento de aprovação começar na mesma folha em que o testamento acabar, Ord. liv. 4, tit. 80, §§ 1 e 2.

(5) No original, em vez de *masculis* (varões) diz *maioribus* (maiores), o que é lapso evidente. (*Nota do Tradutor*).

TESTAMENTO NUNCUPATIVO

§ IX — O testamento *nuncupativo* feito na altura da morte exige seis testemunhas, homens ou mulheres, Ord. liv. 4, tit. 80, § últ.; mas, se o testador convalescer, o testamento fica nulo, como claramente se dispõe naquele §, vers. *Porém*, o que constitui uma singularidade alheia à razão do direito comum. No caso, porém, de o testamento *nuncupativo* ser feito em outra altura (pois nada impede que alguém são de corpo e espírito possa testar, por escrito, ou viva voz), vale para sempre, isto é, enquanto não for revogado, requerendo, no entanto, que todas as testemunhas sejam homens. Barbosa, *Remissiones* à Ord. citada, § últ.

Nesta Ord. o vers. *Porém* foi acrescentado contra ou à margem das leis ou costumes pátrios, que os nossos anteriormente usavam, porquanto não existe nos Códigos de D. Manuel e D. Afonso. É nulo, portanto, o testamento nuncupativo (se escrito, é diferente), quando o testador convalesce da sua doença, segundo a citada Ordenação, a qual também é de entender no caso de todas as testemunhas serem varões; de facto, é muito especial a opinião de Cordeiro sobre este assunto, nas *Dubilai.* tract. I *De testamentis*, dubit. 2. O testador nuncupativamente é permitido a qualquer um e em qualquer tempo, embora alguns escritores, mas não apoiados em nenhuma autoridade das leis, restrinjam essa faculdade apenas ao tempo da morte. Pela Carta de Lei de D. José I de 25 de Junho de 1766, §§ 5 e 6, os que sofressem de doença grave e aguda, ou de vertigens, não podiam testar de modo nenhum, o que foi ab-rogado pelo mesmo Rei pela Lei de 9 de Setembro de 1769, § últ., no fim. Actualmente, por Decreto da Rainha de 17 de Julho de 1778, tanto podem fazer testamento as pessoas de boa saúde como as enfermas, desde que estejam em seu perfeito juízo.

COMO SE HÃO-DE ABRIR OS TESTAMENTOS

§ X — Morto o testador, *abre-se, publica-se, ou reduz-se a pública forma* o testamento. O escrito pelo tabelião ou por ele

aprovado em instrumento público, é extrajudicialmente aberto pelo pároco ou qualquer outro, não exigindo esta abertura nenhuma publicação, citação ou reconhecimento das testemunhas, pois não é feito por outro motivo senão para que possa constar da vontade do testador. O lavrado por mão particular, ou pelo testador ou por um estranho, como apenas se apoia em fé particular, deve ser judicialmente aberto e publicado perante o juiz ordinário do lugar, ou perante qualquer outro juiz (pois trata-se dum acto de jurisdição voluntária), o qual diligentemente inquirirá as testemunhas acerca de seus sinais, assinaturas e o mais que importa à validade do testamento, e, depois de citar aqueles a quem interessa que seja deferida a herança *ab intestado*, mandará reduzir os seus depoimentos a escritura judicial, ou, como dizem, a pública forma, para perpétua memória da coisa, Ord. liv. 4, tit. 80, § 3, vers. *E neste caso*, Reino *Observat.* 39, n. 21, Gomez, à lei 3 de *Toro*, desde o n. 35. Diga-se coisa semelhante do testamento nuncupativo, o qual deve do mesmo modo ser publicado e reduzido a pública forma; com isso não se muda em testamento escrito, embora, depois, para memória do facto a nuncupação haja sido reduzida a escrito.

As nossas leis não definem em que tempo se deve abrir o testamento, mas no direito romano definia-se, como se infere de Paulo, *Sententiae*, liv. IV, tit. VI, Novela 115, cap. 5, § 1. E de notar que, embora a publicação tribute fé ao testamento particular, não se deve inferir que, à falta de publicação, o testamento fique logo inválido e destituído. Portanto, deve-se presumir pela validade do testamento, enquanto não se prove à evidência o contrário, ainda que todas as testemunhas hajam morrido e não possam, por isso, reconhecer as suas assinaturas. Na realidade, nunca se ensinou no direito que o testamento se torna írrito por falta de publicação, Strykio ad tit. III, liv. XXIX, Pandect. § 4. Morta também uma ou outra testemunha, o testamento pode ser aprovado e reconhecido por duas que sobrevivam, pois são diferentes a maneira de fazer e a de provar o testamento. Bohemero, ao tit. *Qui testamenta facere possint*, § 36.

OS QUE NÃO PODEM TESTEMUNHAR NOS TESTAMENTOS

§ XI — Podem testemunhar nos testamentos quaisquer pessoas que não estejam expressamente proibidas. Ora, estão proibidas as mulheres, excepto nos testamentos feitos ao tempo da morte, Ord. liv. 4, tit. 80, § últ., o impúbere, o furioso, o mudo, o surdo, o cego, o pródigo, o herdeiro escrito ou nuncupado, o filho deste e o pai, ou os irmãos que estiverem sob o poder do pai. Mas podem ser testemunhas a mãe, o avô, os irmãos emancipados, os domésticos e os legatários, Ord. liv. 4, tit. 85.

Tudo isto foi colhido do direito romano. Neste mesmo direito e naquela Ordenação, os escravos são de modo muito especial proibidos de testemunhar nos testamentos, a não ser que na opinião vulgar sejam havidos por livres; e isto, não porque o erro comum faça direito, como vamente diz Acúrsio, pois esta regra é desconhecida dos Jurisconsultos, mas por provável ignorância de facto, e porque a equidade do direito parece reclamar que subsista o acto feito de boa fé; assim se deve entender a dita Ordenação, nas palavras: *pois pelo erro comum, em que todos com elle stavão, era tido por livre*. O mesmo é inteiramente de dizer, e não se infirma o testamento, se servir de testemunha um impúbere que passe por púbere ou uma mulher que dissimule de homem, ou se alguém não é actualmente tabelião, mas era na altura havido como tal. Gouveia, *Variae lectiones*, liv. 1, cap. 6, n. 7, Cujácio, *Observationes*, liv. X, cap. XIII, no fim.

DO CLÉRIGO E DO MONGE COMO TESTEMUNHAS

§ XII — Lei nenhuma das nossas proíbe os filhos-família, os clérigos ou monges, de testemunhar em testamento, ou redigir os testamentos dos outros. Todavia, não tem validade o legado ou herança deixada a um mosteiro em testamento escrito por um monge em nome alheio, Extravagante de Filipe IV de 26 de Março de 1634, cap. 8 das Cortes do ano de 1641, Alvará de 2 de Maio de 1647, apud Ord. liv. 4, tit. 80 Collecção I, N. 1, Lei

de 25 de Junho de 1766, § 1, a qual não está revogada nesta parte, visto que confirma o direito antigo.

Por esta mesma Lei também era nula a herança ou legado deixado aos parentes até ao quarto grau do clérigo ou leigo que escreveu o testamento em nome alheio; porém, hoje que aquela Lei se acha abrogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, essa herança ou legado vale, desde que não exista fraude e dolo. Vejam-se, no entanto, as leis 20, 21 (6) e 27 do tit. *De episcopis et clericis* do Código de Teodósio, e Gotofredo, *ibidem*.

SOLENIIDADES EXTERNAS DO TESTAMENTO

§ XIII — Em rigor, não se exige rogação especial de testemunhas, como no direito romano, lei 21, § pen., do tit. *Qui testamenta facere possint*, porquanto fazem fé as encontradas por acaso, desde que assistam e entendam a vontade do testador, Caldas, *De emptione*, cap. VI, n. 23. Requer-se, no entanto, a sua assinatura, Ord. liv. 4, tit. 80, e, se não souberem escrever, basta que aponham no testamento o venerável sinal da Cruz. Deste direito (ou melhor, desta invenção dos praxistas) usamos, não sendo, por isso, necessários sinais feitos com o mesmo ou diverso anel, Gudélin, *De jure novissimo*, II, 5. Também não é necessária a assinatura do testador, mas a testemunha que assinar por ele, deve fazer disto menção expressa. Além disso, deve o testamento feito por mão particular, ser lido perante as testemunhas, antes de assinado por elas. Também é verdade aquilo que se costuma dizer quanto à obrigação de o testamento ser feito num só e mesmo contexto e acto contínuo; no entanto, há que referir esta obrigação não ao acto da escritura, que pode ser lavrada em vários dias, mas à interposição da solenidade, isto é, à assinatura das testemunhas e aprovação do tabelião. Nos testamentos podem celebrar-se válidamente doações, con-

tratos, e outros actos chamados externos, pois nenhuma lei pátria os proíbe, antes se acham as doações expressamente aprovadas na Ord. liv. 1, tit. 62, § 7, no fim. E estas são as principais solenidades externas dos testamentos; em faltando uma só que seja, o testamento é nulo. Valasco, tomo II, *Cons.* 149; Gama, *Decis.* 45 e 126.

TESTAMENTO DO DIREITO CANÓNICO

§ XIV — O direito canónico omitiu muitas solenidades. Com efeito, Alexandre III no cap. 10 do tit. *De testamentis* quis que *fiquem válidos os testamentos, que os paroquianos fizerem em última vontade na presença do seu presbítero e de mais três ou duas pessoas idóneas*. No entanto, esta constituição, sobre cuja razão e pretexto se deve ver, entre outros, Conano, *Comment.* liv. IX, cap. 2, nunca foi recebida genéricamente pelas leis ou costumes de Portugal.

D. Afonso V colheu as solenidades dos testamentos no direito civil, como ele mesmo claramente o diz na Ord. liv. 4, tit. 103, § 6: *mandamos que valham assy como se tivessem sete ou cinco testemunhas, segundo a forma do Direito commum*. Do mesmo direito foram tiradas as disposições que lemos nos Códigos posteriores sobre os testamentos, razão esta por que é totalmente nulo o testamento ordenado segundo a forma do direito canónico. Todavia, mal se pode duvidar que antigamente e até D. Afonso V estes testamentos eram considerados firmes e válidos, se não em toda a parte, pelo menos nalguns lugares; tamanha era, sem dúvida, naqueles tempos a autoridade do direito canónico, isto é, das Decretais (§ III deste tit.).

TESTAMENTO DO SOLDADO

§ XV — Ora, estas solenidades dispensam-se, não todas, nos testamentos *privilegiados*. Entre estes cabe referir, em primeiro lugar, os testamentos dos soldados, os quais em expedição

(6) No original: 12 (Nota do Tradutor).

podem testar como quiserem e como puderem. E esta constitui a parte mais importante do privilégio, cuja causa não é a ignorância dos soldados, mas o risco iminente, porquanto, afastado este, e uma vez nos quartéis de inverno, eles usam do direito comum, Ord. liv. 4, tit. 83.

Estas Ordenações foram quase literalmente tiradas do direito romano. Porém, este privilégio, para dizermos a verdade, parece ter sido constituído mais em ódio que em favor dos soldados, pois lhes é conveniente que não tenha valor o testamento que fizeram no meio de tantos e tamanhos perigos. Procede-se inãbilmente ampliando-o aos cavaleiros das Ordens Militares, e mais inãbilmente ainda aos clérigos e doutores, nos quais cessa a razão do privilégio.

OUTROS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS

§ XVI — O testamento dum pai, que testa entre filhos e só entre eles, vale sem solenidades, bastando que conste da sua vontade, ou por escritura assinada por mão própria ou alheia, ou por duas testemunhas, lei 21, § 1, do tit. *De testamentis* do Código, Autêntica *Quod sine* do mesmo, Novela 107, cap. 1. E deste direito usamos no foro, Gama, *Decisio* 61, Cabedo, P. I, *Decisio* 199, Pereira, *Decisio* 32. Todavia, as nossas leis não fazem menção nenhuma dele. No testamento feito no campo bastam três testemunhas, caso não seja fácil achar mais; assim o determinou a Ord. Afons. liv. 4, tit. 103, e Man. tit. 76, § últ., lei últ. do tit. *De testamentis* do Código, a qual não passou ao Código Filipino. Valasco, *Consult.* 117. O mesmo número de testemunhas parece bastar no testamento feito em tempo de peste, não sendo além disso preciso para a sua validade que as testemunhas se juntem e assinem no mesmo momento e tempo, lei 8 do tit. *De testamentis* do Código, Gotofredo, *Dissertação De testamento tempore pestis, vel a testatore peste contacto condito*, Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XVI, n. 33. Gama, *Decisiones* 81 e 210.

§ XVII — O chamado testamento pio, feito por quem não tem o direito de testar ou então sem as solenidades requeridas pelo direito, não tem validade; é que a constituição de Alexandre III no cap. *Relatum* 11 do tit. *De testamentis* nunca foi em geral recebida pelas leis ou costumes de Portugal, assim como também não a forma de testar estabelecida pelo mesmo Pontífice no cap. 10 de igual título das Decretais (§ XIV deste título).

Em matéria temporal, qual é a testamentária, o direito canônico só vale na medida em que tiver sido recebido; e ele só pode ser recebido em complemento dos preceitos do direito pátrio e não contra eles. Ora, como a fonte do nosso direito, na ordenação dos testamentos, é o direito civil e não o canônico, conforme já acima advertimos (§ II deste título), e como o direito civil não admite a validade do testamento pio que não seja justo, perfeito e assente em toda a razão de direito, lei 13 do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis*, segue-se que não tem validade o testamento em favor de causas pias feito sem as solenidades do direito; por isso, os Doutores, que defendem a sua validade a partir do direito canônico, contrariam abertamente as nossas leis.

O TESTAMENTO ENTRE CONJUGES

§ XVIII — O testamento dos cônjuges entre si, ou o de outros feito, como dizem, *de mão comum*, no qual mutuamente se instituem, não é um testamento privilegiado, visto que requer as solenidades do direito; apenas tem de especial o poderem ser válidamente escritos no mesmo documento, no qual, embora contenha dois testamentos, basta, todavia, o mesmo número e assinatura de testemunhas, Valasco, *Consult.* 7, onde decide várias questões sobre esta matéria.

SOLENIIDADES INTERNAS

§ XIX — As solenidades internas dos testamentos têm que ser pedidas principalmente à pessoa do testador e ao modo de testar. No testador requer-se: 1) integridade mental, e não física; 2) plena liberdade; 3) capacidade civil. Ao modo de testar respeita a instituição de herdeiro, e, no testamento dum pai, a instituição ou exherdação dos filhos. Porém, tudo isto, e mormente o que diz respeito ao modo de testar, não é genêricamente verdadeiro no nosso direito, como se verá do que vamos dizer.

DO FURIOSO E OUTROS A QUEM NAO E PERMITIDO FAZER TESTAMENTO

§ XX — Ora, porque no testador se requer a integridade mental, segue-se: 1) que não podem testar os furiosos; 2) os mentecaptos, e 3) os impúberes (com os menores, mesmo sem curador, é diferente), os quais evidentemente não têm nenhum juízo ou, se o têm, é pouco firme. No entanto, vale o testamento do furioso feito nos intervalos de lucidez; se houver dúvida e o testamento se apresentar bem ordenado, é de crer que o tenha feito num desses intervalos. O pródigo, a quem foi tolhida a administração dos bens, não pode testar, visto que é quase havido como furioso e muito semelhante a este; do mesmo modo, o surdo e mudo de nascença, pois muitas vezes um defeito corporal anda unido à debilidade do espírito; o surdo e mudo *por acidente*, que souber escrever, testa válidamente fazendo o testamento por sua mão; se não souber escrever, é necessário impetrar licença do Príncipe para que o testamento fique válido, Ord. liv. 4, tit. 81, no princ., e §§ 1, 2, 4 e 5, que é uma Ordenação especial, extraída de conhecidíssimos lugares do direito romano, porquanto nos Códigos antigos não existe título nenhum sobre a quem é permitido fazer testamento.

Compara-se ao furioso o irado que ao mínimo pretexto facilmente se exalta; por isso, não tem valor o testamento em que ele, irado contra o que é chamado ab intestado, fez herdeiro um estranho, caso morra num accessio de ira, lei 48 do tit. *De regulis juris*, Bohemio no n. 4 dos Com. ao tit. *Qui testamenta facere possint* do Digesto, Lauterbach, Dissertação *De ira ejusque in jure effectibus*, vol. 3. Também é nulo o testamento do melancólico (por moléstia, e não por temperamento), tal como o do furioso, devendo dizer-se da sua validade tudo o que sobre o testamento do furioso estabelece a Ord. citada, liv. 4, tit. 8, do princípio, §§ 1 e 2. De facto, na opinião dos médicos, entre os quais bastará referir Carlos Lorry, *De melancholia et morbo melancholico*, tomo I, P. II, cap. 5, art. 3, ibi *Em todo o melancólico existe o delírio, enquanto se julga da sua doença... E têm isto de particular os melancólicos: que nunca ou raro delíram por coisas que não lhes pertencem, mas enlouquecem sempre por si ou por objectos só a si pertencentes. A variedade dos delírios acompanha os vários graus da doença*. Sendo esta a opinião dos médicos, que devemos perfiñar nesta matéria, segue-se que o testamento do melancólico, tal como o do furioso, é nulo, se do seu teor não se vir que foi ordenado por um homem de espírito íntegro e são. Por consequência, esta questão respeita à jurisprudência médica, sobre a qual devem ler-se Miguel Albert, *Systema jurisprudentiae medicae*, Paulo Amman, *Med. Crit.*, Paulo Zacchia, liv. II, tit. I, quaest. 9, n. 26, Menóquio, *De praesumptionibus*, 45, n. 58, Thomásio, no prefácio à *Jurisprudentia Medica* de Albert, n. 5, e na Dissertação inaugural *De praesumpt. furor. et dement.*, § 32, Cristóvão André Ramer, na disputa jurídica *De imputatione actionum ex melancholia provenientium*.

DOS FILHOS-FAMILIA, ESCRAVOS, DEPORTADOS, ETC.

§ XXI — Do mesmo direito e da mesma Ordenação, § 3, provém que o filho-família de qualquer idade, como não goza de capacidade civil, isto é, da *factio activa testamenti* (poder de dispor por testamento), não pode testar dos bens *pagânicos*, ainda que o pai consinta; mas já pode dos bens *castrenses* ou *quase*, mesmo contra a vontade e opposição do pai, o que de modo nenhum parece de ampliar aos bens *adventícios extraordinários*.

rios, em que o filho tem plena propriedade, pois segundo o direito romano não pode testar destes bens, Vinnio no n. 6 dos Com. ao principio do tit. *Quibus non est permissum facere testamentum* das Institutas. Mas o que neste mesmo direito se diz dos escravos, cativos na guerra, deportados e estrangeiros, não foi inteiramente recebido, porquanto nós não temos escravos de espécie alguma, conforme já noutra lugar demonstrámos (Instituições, Liv. II, Tit. I, § IV); os cativos na guerra e os reféns hoje não são escravos, sendo de nulo valor as ficções da lei Cornélia e do postlimínio, Valasco, *Consult.* 30; hoje também não há diferença nenhuma entre degredo e deportação, Gil, Coment. à lei 1 do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis* do Código, P. I, § 6, n. 3; e, como actualmente e já de há muito recebemos os estrangeiros não como bárbaros e inimigos, mas como cidadãos domésticos e cordialmente, segue-se que os cativos, os deportados ou relegados, e os estrangeiros podem testar por direito. O mesmo não se deve dizer dos condenados à morte, a quem apenas se permitiu dispor da *terça* dos bens para causas e usos pios, Ord. liv. 4, tit. 81, § 6, António da Gama, tratado *De Sacramentis praestandis ultimo supplicio damnatis, ac de eorum testamentis*, Quaest. VI. Vejam-se as *Instituições de Direito Privado*, liv. II, tit. I, §§ IV, VI, VII, XI, XII e XIII.

DOS TESTAMENTOS DOS CLÉRIGOS

§ XXII — Os clérigos podem fazer testamento não só dos bens patrimoniais e adventícios, mas também dos clericais ou profectícios que adquiriram dos réditos da Igreja ou por razão do seu officio sagrado, Ord. liv. 2, tit. 18, § 5: *Concedemos a todos os Clerigos, e Beneficiados... que os bens, que assi comprarem, ou per outro qualquer titulo adquirirem, elles os possuão em suas vidas possuir, e gozar, com tanto que querendo-os alhear*

em suas vidas, ou per suas mortes, os alheem, e deixem a pessoas leigas e da nossa jurisdição; e no § 7: E isto mesmo se entenderá nos bens adquiridos por razão da Igreja naquelles casos, em que seus parentes mais chegados lhes succedem ab intestado conforme ao costume geral, que ha. Em Castela observa-se o mesmo, lei 3, do tit. 21, da Primeira Partida, sendo este o costume geral da Espanha, Pereira, *De Manu Regia*, cap. 64, n. 27, e *Decisio* 95, Gama, *Decisio* 113, Valasco, *De partitionibus* cap. 35, Covarrúbias, *De testamentis*, cap. 7, n. 23, Espen, *Jus Ecclesiae Universalis*, P. II, Sect. IV, tit. I, cap. VII, desde o n. 21, Riegger, *Institutiones Jurisprudenciae Eccles.*, P. III, § 403, Berard, tomo II, Dissert. VI, cap. III, págs. 338 e segs. da minha edição. Devem, porém, observar todas as solenidades dos testamentos contidas na Ord. liv. 4, tit. 80 (*História do Direito Civil Português*, § LXXXIX, Nota).

No foro externo valem os testamentos feitos pelos clérigos dos proventos eclesiásticos mesmo para usos profanos, ou em favor de consanguíneos não indigentes, evitando-se, assim, quase infinitas demandas e ódios, visto que difficilmente se podem separar e distinguir os bens clericais dos bens próprios. No entanto, devem os clérigos ordenar os testamentos segundo a fórmula prescrita pelo direito civil, Riegger, § 398. O nosso Valasco, *Consult.* 74, n. 13, entende que nos testamentos dos clérigos bastam duas ou três testemunhas, e dá a seguinte razão: *Porque os clérigos apenas estão sujeitos à lei divina e canónica, e não às constituições civis, segue-se que não são obrigados pelas leis civis dos testamentos, razão esta realmente inepta a mais não poder ser.* Deve-se acrescentar aqui que, pela Extravagante de D. João III de 6 de Setembro de 1553, apud Leão, p. 2, tit. 2, leis 9 e 100, se vê aprovado o direito canónico que proíbe os clérigos de testarem dos bens adquiridos por razão da Igreja; no entanto, essa lei não foi depois metida na Ordenação Filipina que usamos, como nota o mesmo Valasco na *Praxis partitionum et collationum*, cap. 35, n. 8, não tendo, por isso, nenhuma autoridade.

§ XXIII — Não podem, todavia, os Bispos testar dos bens adquiridos por razão da Igreja, cap. 7 do tit. *De testamentis*, lei 42, § 2, do tit. *De Episcopis et Clericis* do Código; na verdade, o costume, que vingou em Castela e Portugal, para que os eclesiásticos possam dispor dos bens e rendas da Igreja tanto entre vivos como em última vontade, fala somente dos clérigos inferiores, não devendo, por isso, ser ampliado aos Bispos. Francisco Sarmiento, bispo de Astorga, *De redditibus ecclesiasticis*, P. II, cap. I, e P. IV, cap. VI, Covarrúbias, Pereira, Espen, e outros acima citados. Todavia, bem podem os Bispos testar dos bens adquiridos antes do episcopado, ou dos adquiridos depois por título meramente laico, Novela 131, cap. 13, e caps. 1, 2, 7 e 9 do tit. *De testamentis*. Porém, tudo aquilo que o bispo possui à hora da morte, presume-se que vem da Igreja, a não ser que os seus herdeiros provem o contrário, sobretudo se não tiver feito inventário antes de assumir o episcopado, Gama, *Decisio* 313. A questão sobre se, com dispensa do Sumo Pontífice, os Bispos ou outros Prelados maiores podem testar dos bens eclesiásticos para usos profanos e em favor de consanguíneos não indigentes, é tratada por Riegger, P. III, § 402, Espen, nn. 30 e segs., Sarmiento, P. IV, cap. VIII. Pela nossa parte não hesitamos em afirmar que este rescrito pontifício não tem autoridade nenhuma no foro, se não for aprovado por carta del-Rei, Ord. liv. 2, tit. 14, Afons. tit. 12, etc.

TESTAMENTO DOS MONGES

§ XXIV — Os monges, nome em que agora entendemos todos os que emitiram os três votos solenes de Religião, não podem testar, Ord. liv. 4, tit. 81, § 4, *ibi: nem o Religioso professo*, cap. 2 do tit. *De testamentis*, Autêntica *Ingressi* do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis* do Código, Novela 123, cap. 38. Os no-

viços, esses podem, visto serem leigos antes de professarem, Covarrúbias, ao citado cap. 2; mas, depois de professarem, assim como não podem fazer testamento, assim também não podem revogar o anteriormente feito, porque assim disporiam de seus bens por via indirecta, Barbosa, *De officio et potestate Episcopi*, P. III, Alleg. 99, n. 14, e ad Trid. Sess. XXV *De regularibus*, cap. XVI, n. 20, Valasco, *Praxis partitionum et collationum*, cap. XVI, n. 18. No entanto, ainda que o testador, já feito monge, não possa revogar o testamento, nem por isso o legado ou a herança, que enquanto ele viver é nula, é imediatamente devido ou pode ser pedido após a profissão, à qual chamam morte civil, mas há que esperar pela morte natural; entretanto o mosteiro administra os bens, e por meio do monge faz os frutos seus, Bento Gil, à lei 1 do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis*, P. IV, § 2, desde o n. 5, de Luca, *De testamentis*, Discuss. XXXVI, n. 9, Bohemero, ao tit. *De peculio clericorum*, § 19.

A disposição do Concílio Tridentino, Sessão XXV *De regularibus*, cap. XVI, segundo a qual *Não valerá nenhuma renúncia ou obrigação do noviço antes da profissão, se não for feita com licença do Bispo ou seu vigário dentro dos dois meses anteriores à profissão*, não tem lugar nos testamentos e noutras últimas vontades, porquanto é sempre permitido ao noviço desistir da profissão; assim foi decidido pela Congregação do Concílio em 22 de Janeiro de 1598. Gallebart, *ibidem*, e Barbosa, n. 14; Valasco, no dito cap. XVI, n. 15.

TESTAMENTOS DOS CAVALEIROS E CLÉRIGOS DAS MILÍCIAS DO REINO E ORDEM DE MALTA

§ XXV — Pela Bula de Júlio II *Ad pia et meritoria opera* de 12 de Dezembro de 1505, apud Carvalho, tomo I, pág. 700, pela Bula *Honestis* de Clemente VIII de 14 de Outubro de 1600, apud Carvalho, pág. 677, etc., e por diplomas e estatutos especiais das Ordens de Cavalaria, os soldados, cavaleiros e clérigos das Milícias Sagradas do Reino podem testar, tanto

dos bens próprios, como dos bens, rendas, proventos e frutos das Ordens. Os Cavaleiros de Malta ou *Hospitalários* só o podem fazer com licença do Grão-Mestre, Estat. I, tit. 18, *Delle proibizioni, e delle pene*, Estat. XX, tit. 8 *Del Maestro*, a qual só costuma ser concedida para os bens patrimoniais ou hereditários; não podem, por isso, testar dos adventícios ou adquiridos por qualquer outro modo, Gallemart, ao Trident. Sess. XXV, *De regularibus*, caps. I e II, Discurs. XXXIV, n. 15, de Luca, *De testamentis*, Supplem. liv. XVI, P. III, Discurs. XCI, n. 2. No entanto, o rescrito do Grão-Mestre não pode ser dado à execução sem o plácito régio, Ord. Afons. liv. 2, tit. 12, *ibi*: *Das letras, que veem da Corte de Roma, ou do Gran Mestre de Rhodes, que nom sejam publicadas sem carta d'El-Rev.*

TESTAMENTOS DOS CARDEAIS

§ XXVI — A Bula de Paulo IV *Decet Romanum Pontificem* de 28 de Maio de 1555, tomo X das *Mémoires du Clergé de France*, pág. 984, diz: *Todos e cada um dos S. R. E. Cardeais, ao tempo existentes, poderão testar e dispor livremente em favor de quaisquer pessoas, tanto entre vivos, como e n. última vontade, de todos e cada um dos seus bens, e também dos frutos recebidos ou a receber das Catedrais, Igrejas Metropolitanas, ou Mosteiros e doutros quaisquer Benefícios Eclesiásticos; e não sejam para esse efeito obrigados por necessidade alguma a obter qualquer licença ou faculdade especial.* Porém, embora por esta Bula, que aprovou o *Convênio* pouco antes celebrado entre os próprios Cardeais *sede vacante*, lhes tenha sido concedida a faculdade de testar, livremente e sem solenidades, tanto dos bens próprios, como dos eclesiásticos, de Luca, *De testamentis*, Discurs. VI, Gallemart, *Annotat. ad Trid.*, Discurs. XLII, n. 7 — como as constituições dos Sumos Pontífices quase nenhuma autoridade têm fora do território

temporal da Igreja em matéria testamentária, que é meramente civil, se não receberem vigor e firmeza do poder civil por leis públicas, expressa ou tácitamente, ou por qualquer outro meio legítimo, o que é hoje um princípio indubitável do Direito Público Universal — por ele deve julgar-se, sem solenidades, no foro externo dos efeitos da referida Bula, ou do *Convênio* e da validade dos testamentos dos Cardeais; mas da amplíssima faculdade de dispor dos bens eclesiásticos, pela mesma concedida, deve julgar-se pelos verdadeiros e genuínos princípios do direito canónico.

TESTAMENTOS DOS REIS

§ XXVII — Os Reis bem podem testar dos bens particulares. Agora se, quando testam ou são instituídos herdeiros, são obrigados a guardar todas as solenidades do direito civil, e se podem por direito receber herança de testamento imperfecto, são questões tratadas, entre outros, por Coccey, *Disput. XIX De testamento Principis*, P. II, § 5, pelo outro Coccey, *Dissert. Proem. XII, liv. IV, cap. III, Sect. IV, nn. 5 e 7*, e *Juris Civilis controvers.* ad tit. *De testamento militis*, quaest. XIII, Gundeling na *Dissert. De Principe herede*. Não podem, todavia, dispor dos bens públicos, e *domaniais* ou fiscaes, que necessariamente devem vir ao successor, Coccey no lugar citado, nem da successão do Reino contra as leis *Fundamentais*, o mesmo Coccey, nem no testamento julgar dúbia a successão do Reino, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VII, § 27, Coccey, *Disput. LXVI De justitia belli ac pacis in Statu Regni Portugallici*, Art. III, Quaest. I. A Gronóvio não aprovou assim nas Notas a Grócio, mas este doutíssimo varão mais parece demonstrar aí uma solução ideal que uma solução do direito. Não devem, pois, os testamentos dos Reis ser havidos como leis públicas ou particulares, ou como Constituição de Estado, a qual de modo nenhum é lícito formar e estabelecer a seu talante; e também

não obrigam o sucessor do Reino, a quem o Rei agora reinante por nenhuma lei pode obrigar. Podem servir-nos de exemplo os testamentos de D. Sancho I e D. João II, de que D. Afonso II e D. Manuel fizeram pouco caso. E bastem estas noções ao nosso intuito.

PLENA LIBERDADE DO TESTADOR

§ XXVIII — Às solenidades internas do testamento pertence de modo muito especial a plena liberdade do testador (§ XIX). Daqui resulta: 1) que é nulo o testamento extorquido pela força, medo, ou mau dolo, pois nada é mais contrário à liberdade que a violência e o medo; 2) que é privado, como indigno, da herança aquele que tolheu alguém de testar, não introduzindo as testemunhas ou o tabelião, ou impedindo a sua vinda, Ord. liv. 4, tit. 84, no princípio, e §§ 1, 2 e 3, títulos *Si quis aliquem testari prohibuerit* do Digesto e do Código; porém, só a sua parte, e não a dos legítimos herdeiros, é aplicada ao fisco, lei 2 do tit. *Si quis aliquem testari prohibuerit* do Código, Perez ao mesmo tit., n. 3, pois é uma iniquidade que os agnados mais próximos, a quem a lei e a natureza destinaram a herança, sejam privados dela por feito de outrem; 3) que também é nulo e destituído de efeito o testamento daquele que for levado a fazê-lo com muitas e assíduas persuasões, imoderados e instantíssimos carinhos, ou com preces impertunas e ameaças dos mais poderosos, Febo, P. I, *Decisio* 25, Barbosa, à Ord. liv. 4, tit. 84, § 4, Coccey, *Disput. LXXVI De suggestionibus earumque jure*, cap. III; mas é diferente, se os carinhos e sugestões forem moderados e não dolosos, Strykio, *De successione ab intestato*, Dissert. XII, cap. I, § últ., pois é lícito a cada um tratar bem dos seus interesses, e quem pede, não obriga; 4) que não vale o testamento escrito pelo frade nas coisas que deixa ao seu mosteiro, devido ao perigo de sugestão, mas vale nas restantes coisas, pois não se vicia o

útil pelo inútil, Alvará de 26 de Março de 1634, cap. 8 das Cortes de 1641 reinando D. João IV, e Alvará do mesmo Rei de 2 de Maio de 1647, apud Colecção I, n. 1, à Ord. liv. 4, tit. 80; 5) que também é vão e de nenhum valor o testamento nuncupativo, sobretudo quando feito em artigo de morte a perguntas doutrom, pois nesta altura o testador não está em sua plena liberdade, devido à perturbação causada pela cogitação da morte e pela doença, e, além disso, ao enfado motivado pelas perguntas, Coccey na citada *Disputa De suggestionibus*. Eis por que era muito de desejar que tais perguntas fossem completamente eliminadas das últimas vontades pelas leis dos Príncipes, conforme já há muito desejou Júlio Claro nas *Receptae sententiae*, liv. III, § *Testamentum*, quaest. XXXVII, n. 5.

A INSTITUIÇÃO DE HERDEIRO NÃO É DA ESSENCIA DO TESTAMENTO

§ XXIX — Entre as solenidades internas do testamento conta-se também a instituição de herdeiro (§ XIX), a qual, no § 34 do tit. *De legatis* das Institutas, se diz que *é como que a cabeça e fundamento de todo o testamento*. Todavia, não se deve tomar esta afirmação como não valendo o testamento sem a instituição de herdeiro, porquanto nada impede que uma pessoa distribua todos os seus bens por múltiplos legados; a tal disposição chamamos, e bem, testamento, embora não caiba com justeza o nome de herdeiros, mas sim o de legatários, àquele ou àqueles que o testador elegeu para seus sucessores singulares; em boa verdade, a designação de herdeiro apenas pertence ao sucessor universal, Vigilo, ao princip. do tit. *De testamentis* das Institutas, n. 32, Strykio, *Us. mod.* ao tit. *De hered. instit.* §§ 1 e 6, Gama, *Decisio* 196 e suas *Additiones*, ibidem. O testamento do Conde Martinho Gil de Sousa feito em 23 de Novembro do ano 1350 da Era, apud Brandão, *Monarchia Lu-*

sitana, P. VI, no Apêndice, p. 578, apenas constava de legados. Em Castela o testamento subsiste sem instituição de herdeiro, lei 1, tit. 4, liv. 5, da Recopilación.

REGRA MÁXIMA SOBRE A INSTITUIÇÃO DE HERDEIRO

§ XXX — São válidamente instituídos herdeiros todos os que podem suceder no direito do defunto e receber a herança por testamento. Gozam deste direito e da chamada *factio passiva testamenti* (capacidade exigida para poder ser considerado como herdeiro) todos os que não se acham especialmente proibidos pelas nossas leis ou costumes; exceptuados estes, é inteiramente livre ao testador, à falta de descendentes e ascendentes, a quem é devida a legítima, preterir os agnados e cognados e instituir herdeiros a quaisquer estranhos e dispor de todos os bens em testamento.

Esta liberdade de testar, aprovada pelo direito romano e pelas nossas leis e costumes, foi pela primeira vez revogada por D. José I na Lei de 9 de Setembro de 1769, onde proibiu em absoluto testar dos bens hereditários, e dos adventícios ou adquiridos, a não ser em favor dos agnados até ao quarto grau; mas por Decreto da Rainha de 17 de Julho de 1778 foi reconduzido o direito antigo, ficando aquela Lei abrogada, ou suspensa até à promulgação do Novo Código.

QUAIS AS PESSOAS PROIBIDAS DE SEREM INSTITUÍDAS HERDEIRAS

§ XXXI — São proibidos: 1) o religioso, Ord. liv. 4, tit. 81, § 4, o qual, no entanto, pode receber, para alimentos, legados e réditos anuais por vida até certa soma declarada na lei de 25 de Junho de 1766, § 10, soma esta, aliás, actualmente indefinida no Decreto de 17 de Julho de 1778; 2) o proscrito,

isto é, o *desnaturalizado*, visto que esta sucessão, de que estamos tratando, é uma sucessão do direito civil, de cuja comunhão aquele não goza; é diferente com os peregrinos, e os deportados que chamamos *degradados* (7), quer a pena destes seja perpétua ou temporária, visto que com o exílio e o degredo não perdem a cidadania e os bens, Autêntica *Omnes peregrini* do tit. *Communio de successionibus* do Código, Stykio, Dissert. *De jure peregrinorum*, Thomásio, Notas ao tit. *De capitis diminutione* das Institutas. Igualmente podem ser instituídos herdeiros os condenados à morte e os *banidos*, de que fala a Ord. liv. 5, tit. 126, § 7, porque morrem livres e cidadãos, Thomásio, ibidem, Strykio, *Us. mod.* ad. tit. *De hered. instit.*, § 2 (§ XXI deste título); 3) o herege, Ord. liv. 5, tit. 1, no princ., leis 4 e 5 do tit. *De haereticis* do Código; 4) o apóstata, na mesma Ord., § 4, lei 3 do tit. *De apostatis* do Código, cap. 25 do tit. *De haereticis* do Liv. 6.º, direitos estes que a mencionada Ordenação parece aprovar com as palavras: *punindo os hereges condenados, como per direito devem... e lhe daremos a pena segundo direito*; 5) os filhos e netos dos criminosos de lesa-majestade, Ord. liv. 5, tit. 6, § 13; as filhas não assim, § 14; 6) um clérigo não pode ser instituído herdeiro por outro clérigo, nem ter a herança deste ab intestado por mais de um ano, Ord. liv. 2, tit. 18, § 7; e 7) finalmente, os Colégios e Corpos mesmo lícitos, quer eclesiásticos, quer seculares, como igrejas, mosteiros, Ordens de Cavalaria, confrarias, etc., são proibidos de receber em testamento, não porque não possam aceitar a herança, mas porque já desde o início do Reino há as leis da *amortização* a privá-los inteiramente de toda a sucessão, Leis de 4 de Julho de 1768, 12 de Maio e 9 de Setembro de 1769, § 10.

Os Colégios lícitos não podem, sem licença do Rei, adquirir bens imóveis por título *oneroso* ou *lucrativo*, pois, seja qual for o título e modo de aquisição, a razão *intrinseca* e pública das leis é a mesma.

(7) No original *degradados*, o que é lapso evidente (*Nota do Tradutor*).

Todavia, se lermos e meditarmos as suas palavras, é irrecusável que não só as leis antigas, mas ainda as novas feitas em nossos tempos, sofrem de certa obscuridade e dificuldade, sobretudo em matéria de aquisição por título de legado ou herança testamentária, e que ainda agora dão ocasião a poder-se duvidar se esses corpos são proibidos de receber por testamento *simpliciter* e *absolute*, ou *secundum quid* (na verdade, nada impede que algumas vezes para mais fácil explicação nos sirvamos de termos escolásticos), isto é, se a aquisição de imóveis feita com este título é por princípio proibida, e, portanto, nula e injusta, ou se o é apenas a sua retenção para além de ano e dia. Por mim, embora entenda que as nossas leis denegam aos Colégios e Corpos a *faciō passiva testamenti* (capacidade de ser herdeiro), e que eles, por isso, nem mesmo por um momento podem adquirir a herança que lhes é deixada em testamento, não sou, todavia, dotado de tamanha autoridade, que possa condenar a opinião dos que pensam o contrário e entendem que não é proibida a aquisição, mas apenas a conservação e retenção durante mais de um ano. Porém, este assunto é dos tais que só se podem conhecer e decidir com a assídua leitura e meditação das próprias leis; e, como estas não andam nas mãos de todos, nem facilmente se podem conseguir, aprouve-me apor no couce deste opúsculo um sumário delas e uma colecção de documentos afinentes a esta matéria [o autor omitiu esta colecção, para não tornar o livro grande]; é ao confronto e exame dessas leis e documentos, e não aos prejuízos dos doutores, que se deve pedir a decisão da questão proposta. Noutro lugar (§ LV da *História do Direito Civil Português*) fizemos a história das leis da *amortização*.

DA INSTITUIÇÃO «EX DIE» E DA REGRA «TESTATUS»

§ XXXII — Devendo ser livre a vontade do testador e lícito a cada um dispor de suas coisas, desde que não obstem leis especiais, é consequente que, uma vez introduzido o uso dos testamentos, se pode instituir herdeiro pura ou condicionalmente e em coisa certa, e dar a herança desde certo dia (*ex die*) ou até certo dia, sem que a menção da coisa certa ou o dia designado se tenha por não escrito; por isso, instituído o herdeiro desde certo tempo ou até certo tempo, a herança é defe-

rida ab intestado, depois de decorrido esse tempo ou antes de ele chegar, Groenewegen, *De legibus abrogatis*, aos §§ 5, 7 e 9 do tit. *De heredibus instituendis* das Institutas, Gudelin, *De jure novissimo*, liv. II, cap. V, Vinnio, ao § 5, n. 7, e § 9, n. 5, *De heredibus instituendis*, Thomásio, in *Notas ibidem*, Schilter, *Exercit. XXXVIII*, §§ 80 e 81 e segs., Strykio, *Us. mod.*, ao mesmo tit. §§ 7 e 8, Perez no n. 10 dos Com. ao tit. *De heredibus instituendis* do Código. Portanto, não têm nenhum uso, autoridade e importância os seguintes e decantados princípios e regras do direito romano: I) é ignominioso morrer sem herdeiro, § 1 do tit. *Qui et quibus ex causis* das Institutas; II) o nosso direito não permite que o que não goza de privilégio militar morra em parte com testamento e em parte sem ele; estas duas situações, *testado* e *intestado* repugnam-se por natureza (8), lei 7 do tit. *De regulis juris*; III) não é válida a herança dada desde certo dia ou até certo dia, e o dia que se apuser tem-se por não escrito (9), § 9 do tit. *De heredibus instituendis* das Institutas; IV) àquele que for instituído herdeiro único dum fundo, acresce toda a herança, prescindindo da menção do fundo, lei 1, § 4, do tit. *De heredibus instituendis*; e outras mais regras e princípios de que falaremos em seus lugares.

A Lei testamentária de 9 de Setembro de 1769 reprovava, em seu prefácio, com justiça e razão, estas regras, ou, como o dizem, estes axiomas do direito romano, por supersticiosos e baseados em mera subtileza; e, embora essa lei esteja hoje, por assim dizer, abrogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 até à promulgação do Novo Código, a verdade é que merece sempre grande apreço. Também os reprovava a lei de 18 de Agosto do mesmo ano, ainda em vigor, visto serem meramente civis e contrariarem a simplicidade do direito natural e a recta razão. E até já haviam sido reprovados na Ord. liv. 3, tit. 64, Man. liv. 2, tit. 5, pela qual foi recebido, não todo o direito

(8) É esta a regra *Testatus* (*Nota do Tradutor*).

(9) É esta a regra *ex die* (*Nota do Tradutor*).

romano, mas somente aquele que se apoia na boa razão. Não incorre, portanto, em nenhuma injúria ou ignomínia aquele que morre sem herdeiro testamentário; também não é ignominiosa a posse de bens *ex edicto Praetoris* (por sentença judicial), e, se ignominiosa, não evita a ignomínia ou infâmia do facto aquele que faz do seu escravo herdeiro para em nome deste os credores venderem os bens hereditários. Também não há nenhuma repugnância natural entre testado e intestado quanto às diversas porções e qualidades dos bens, mas apenas repugnância civil, esta sim totalmente absurda; de facto, essa repugnância não nasce doutra fonte senão de ser individua a pessoa do defunto, a qual, por isso, a subtiliza do direito romano não admite seja representada por partes e por diversos direitos de sucessão, razão esta que é inepta e estulta a mais não poder ser. De facto, que coisa pode obstar a que um homem tenha vários herdeiros por causas dissemelhantes? E que alguém tenha um só herdeiro ab intestado nos bens enfitêuticos, submetidos ao vínculo do morgado, ou nos hereditários, e outros por testamento nos alodiais, adventícios e adquiridos por trabalho ou diligência pessoal? No nosso direito, concede-se que o instituído herdeiro tenha os bens alodiais por vontade do testador, e os enfitêuticos por lei, Ord. liv. 4, tit. 36, no princípio, e que um estrangeiro receba a *terça* dos bens por testamento, e os filhos a legítima ab intestado, Ord. liv. 4, tit. 82, no princípio, o que é o mesmo que ter herdeiros de diversos géneros e morrer em parte *testado* e em parte *intestado*. No entanto, obsta a Ord. liv. 4, tit. 83, § 3, que parece aprovar a mencionada regra, da qual nasceram tantas e tamanhas demandas, no testamento pagânico (não militar), visto que põe excepção a ela no testamento militar; mas parece somente, pois na realidade não a aprovou expressamente, como se fazia mister. Depois, deve-se entender esta Ordenação em conformidade com o génio do século, em que o direito romano andava na boca de todos tão honrado e, digamos, tão supersticiosamente venerado, como se tivesse caído do Céu, e deve-se também, tanto quanto possível, acomodá-la a este nosso século, aos costumes hodiernos, e ao presente estado de coisas. Em boa verdade, este método de interpretação é tido como inteiramente necessário na aplicação sobretudo das leis antigas pelos nossos escritores, que, acostumados à lição do direito romano e cativados pelo seu amor, não vêem outra coisa, e não ousaram, já não digo escrever, mas nem mesmo sentir nada em contrário dele. Eu, porém, direi confiadamente o que sinto contra isto, a saber, que a predita regra *Testatus* é absolutamente indigna de que no nosso tempo se lhe

tribute qualquer honra; e faça-se o mesmo juízo da regra que probe se dê a herança desde certo dia ou até certo dia e que tem aquela mesma regra por fundamento.

A CONDIÇÃO IMPOSSÍVEL VICIA A INSTITUIÇÃO

§ XXXIII — Os estranhos são válidamente instituídos herdeiros sob qualquer condição *possível*. A condição *impossível*, *desonesta* ou totalmente *irrisória*, essa vicia a instituição, devendo ser tida por nula e irridícula, como se fora feita por um louco, o que também os próprios Romanos reconheceram nas restantes causas, com excepção da última vontade. Groenewegen, *De legibus abrogatis* ad tit. *Inst. De heredibus instituentis*, § 2, Grócio, *Introd. liv. II, P. 18, n. 32*. Strykio, *Us. mod.* ad tit. *De condit. instit.*, § 1, e outros entenderam doutro modo.

REJEITA-SE A CONDIÇÃO DO JURAMENTO E A DE «SE NÃO CASAR»

XXXIV — Deve-se, porém, distinguir a condição impossível ou desonesta daquela que a lei reprova por razões civis, e não por razões naturais. Tal é a condição do juramento, que, sendo de seu natural honesta, apenas é proibida porque *alguns homens são inclinados a jurar por desprezo da religião, e outros tão tímidos que o fazem por medo supersticioso do poder adivino; e para que nem uns, nem outros conseguissem ou perdessem o que lhes foi deixado*, rejeita-se a condição do juramento e tem-se por não escrita, sem que com isso se afecte a instituição, lei 8 do tit. *De conditionibus institutionum*, Schilter, *Exercit. XXXVIII ad Pandectas*, §§ 100 e 101, Strykio, *Us. mod.* ad tit. *De condit. instit.*, § 2. Semelhantemente, se rejeitam as condições «*se não casar*», «*se guardar viuvez*», «*se viver castamente*», ficando válida e devida a herança ou legado sob elas

deixada, ainda quando se siga o casamento, quer porque o casamento é lícito de todo o direito, quer porque o celibato não é mandado por lei nenhuma, mas sim recomendado, leis 22 e 64 do tit. *De conditionibus et demonstrationibus*, Perez ad tit. *De indicta viduitate et lege Julia Miscella tollenda* do Código, Ramos ad l. *Jul. et Pap.* liv. IV, Reliquat. XXVII, tomo V, *Thesaurus* de Meerman, pág. 487, Bento Gil, *Relectio leg. Titiae* 100, *De conditionibus et demonstrationibus*, P. I.

AS CONDIÇÕES INEPTAS E FÚTEIS TÊM-SE POR NULAS

§ XXXV — Há que distinguir também das condições impossíveis por natureza ou pelo direito, as condições ineptas, fúteis, inúteis, frívolas e exóticas, as quais, quando postas na instituição, não a anulam, mas são havidas por nulas e não escritas. Assim expressamente o determinou, nos morgados, a Carta de Lei de 3 de Agosto de 1770, § 10.

DA INSTITUIÇÃO CONTUMELIOSA, CAPTATÓRIA, PACTÍCIA, E CONFERIDA A ARBITRIO DE TERCEIRO

§ XXXVI — A instituição dum estranho, feita com palavras contumeliosas e injúria, deve ser considerada desonesta e irrisória, como querendo o instituidor não instituir herdeiro, mas ou gracejar e escarnecer dele, ou offendê-lo, cada uma das quais anula o testamento. O mesmo não é dizer quando os deste modo instituídos são os herdeiros *seus* e legítimos, pois, sendo estes chamados à sucessão pela própria natureza e pela lei civil, deve presumir-se que a injúria foi posta, não para escarnecer ou ofender o herdeiro, mas sim por exuberância de amizade e condescendência das leis, razão esta que cessa num estranho, que só por benemerência é instituído herdeiro; e

talvez seja este o sentimento do próprio direito romano, porquanto a lei 48, § I, do tit. *De heredibus instituendis*, apenas fala do filho. A instituição, que chamam *captatória*, concebida com estas palavras ou semelhantes *Instituto Ticio na mesma porção, em que ele me tem instituído*, é válida, pois cessa actualmente o ódio aos caçadores de dotes, a captação de testamentos, e o perigo de por este motivo procurar a morte alheia, do que difficilmente ou nem mesmo difficilmente aparece um exemplo em nossos tempos, Thomásio, *Dissert. De captatoria institutione*, § XLI, e *De injusto hereditetarum jure*, Bynkershoek, *Diatriba De captatoria institutione*. Por conseguinte, são válidos os testamentos reciprocos dos cônjuges ou outros na mesma escritura, Schilter, *Exercit. XXXIX ad Pandectas*, § 57 (§ XVIII deste título), e os pactos successórios, ainda que pareçam conter certa captação, Strykio, *Us. mod.* ad tit. *De heredibus instituendis*, e no tratado *De successioneibus ab intestato*, *Dissert. VIII, cap. XII, § 26*. Na realidade, estes foram aprovados pelos Visigodos, lei 6, liv. 5, tit. II, pelos próprios Romanos no testamento do soldado, lei 19 do tit. *De pactis* do Código, Heineccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. VI, §§ 133 e segs., e pelos nossos antepassados; de facto, nada mais frequente que os pactos successórios nas cartas de doação e outros instrumentos a partir do séc. XII. Hoje também nada impede que a instituição seja conferida a arbitrio de terceiro, não só tácita e indirectamente, o que foi permitido pelo direito romano, lei 68 do tit. *De heredibus instituendis*, mas também expressamente, o que esse direito nega na lei 32 do mesmo título, e o canónico se vê conceder no cap. 13 do tit. *De testamentis*, contanto que conste da vontade do testador por modo legítimo, isto é, por escritura pública ou particular, ou por nuncupação ordenada com as mesmas solenidades que o próprio testamento, das quais perfeita e rectamente se veja que ele quis testar por meio de outrem. Em Castela admite-se o testamento por procurador *comissário* em nome doutro, lei 6, tit. V do *Fuero Real*, leis 5, 6, 8,

9 e 10, liv. V, tit. IV da Recopilación. Quanto ao testamento em favor de causas pias, pode, segundo a opinião comum e recebida, ser conferido a arbitrio de outrem, Bruneman à lei 32 do tit. *De heredibus instituendis*, no fim, [Bento] Gil, à lei 1 do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis* do Código, P. VI, § 1, n. 10.

Os pactos sucessórios ou são *de succedendo* (de sucessão) e de aquisição da herança futura de pessoa viva, ou *de non succedendo* (de não sucessão), isto é, de renúncia, repúdio e divisão da mesma herança. O pacto *de succedendo*, a saber, aquele pelo qual se ajustou que alguém seja instituído herdeiro por outro, é, segundo a opinião recebida dos escritores do nosso direito, a tal ponto nulo, que nem mesmo por juramento pode ser confirmado; e o *de non succedendo* só vale, quando nele for posto juramento, ou pena, ou o consentimento daquele de cuja herança se trata; e assim se vê estabelecido na Ord. Régia liv. 4, tit. 70, §§ 3 e 4, deduzida do direito civil, lei última do tit. *De pactis* do Código, e no direito canónico, cap. 2 do tit. *De pactis* do Liv. 6, Cabedo, P. I, *Decisio* 164, Caldas, *De emptione*, cap. 30, Gil à lei 5 do tit. *De justitia et jure*, P. II, cap. XIII, clausul. 9, n. 7, Gama, *Decisio* 375, Valasco, *Praxis partitionum*, cap. XVI, e *Cons.* 99 e 130, Guerreiro, *De rationibus reddendis*, liv. VIII, cap. 17. Por conseguinte, nesta Ordenação reprova-se absolutamente o pacto *de succedendo*; mas os outros pactos sucessórios não são assim absolutamente reprovados, valendo somente se forem confirmados por juramento ou imposição de pena, ou então por vontade daquele sobre cuja herança se contrata; no entanto, os intérpretes do nosso direito divergem quanto à questão de saber se são de exigir todas estas coisas em conjunto ou cada uma delas em separado. Quanto a mim, julgo que os pactos *de non succedendo* são válidos, mesmo sem adição de pena, por isso que esta não pode invalidar nem validar o acto a que se adiciona; por outro lado, também não é necessário o consentimento da pessoa de cuja herança se trata, pois o assunto afecta os pactuantes, e não essa pessoa; e finalmente, também não é necessário o juramento, visto que este nada tira nem põe ao contrato em que se coloca, succedendo até que, com a sua aposição, esse contrato se invalida. Ord. tit. 73 do mesmo livro. Por isso é que sem juramento e adição de pena, aquele que parte para regiões longínquas ou ingressa numa Religião, bem pode renunciar à sucessão paterna em favor de outro, e dividir ou dar, total ou parcialmente,

ao irmão ou irmã os bens que já tem ou espera do pai, pactuar de qualquer modo sobre a futura legítima, e constituir-lhe certos limites, ónus e pensão, Gama, Valasco, e Guerreiro, nos lugares citados. Semelhantemente, é válido o pacto *de succedendo*, porquanto nenhuma desonestidade existe no contrato de fazer herdeiro a outrem, não merecendo, por isso, chamar-se odioso ou cheio de tristíssimo e perigoso evento, como se afigurou a Justiniano na última lei do tit. *De pactis* do Código, nem também é hoje de recear que se armem ciladas à vida do promitente para se lhe caçar a herança; se tais contratos fossem de temer e de mau agoiro, então também não deviam permitir-se e tolerar-se na sociedade os testamentos recíprocos dos cônjuges, as instituições de morgados, e até as leis de sucessão legítima, etc., pois pode dar-se o caso de, com mira no interesse, um cônjuge atraíçoa o outro cônjuge, o irmão o outro irmão, e o parente o outro parente, o que é absurdo. Porém, este pacto sucessório, como se assemelha à última vontade, que é deambulatória até à morte, lei 4 do tit. *De adimendis legatis*, pode ser alterado em qualquer altura pelo promitente, e assim se acha expressamente estabelecido pelos Visigodos, lei 8, tit. 2, liv. 5, e por Justiniano nos contratos *de non succedendo*, dita lei últ. do tit. *De pactis* do Código. Mas a que propósito estas considerações, quando a dita Ord. liv. 4, tit. 70, §§ 3 e 4, decide o contrário? É que, sendo esta Ord. tirada sem selecção alguma do direito romano e das Decretais, e não se ajustando ela aos nossos costumes, mesmo antigos, e, como por outro lado ela se apoia na mencionada razão, em parte supersticiosa, qual deve ser considerada aquela chamada do mau agoiro e tristíssimo evento, em parte falsa, a que consiste no perigo de provocar a morte alheia, não me parece que se lhe deve atribuir muita importância, porquanto as Ordenações Régias, que não têm por fundamento a recta intenção, nem os costumes e leis pátrias, mas princípios meramente civis e peculiares dos Romanos, acham-se actualmente ab-rogadas, Carta de Lei de 18 de Agosto de 1769. Mas, se é necessário e deve o bom cidadão e Jurisconsulto interpretar de qualquer modo a referida Ordenação, há que a entender da pena posta, que é a única coisa nela reprovada, visto tolher a liberdade do testador, e não do pacto *de succedendo*, o qual não diminui a liberdade do pactuante, visto que, como acima dissemos, este não é obrigado a perseverar nele. Depois, mesmo que se entenda que essa Ordenação se refere ao pacto, como não declara se aquele, de cuja sucessão se trata, acomodou ou não a sua vontade ao contrato, e nela perseverou até ao último momento de vida, apenas

deve ser tomada no caso em que ele se afastou dessa vontade, e assim de certa maneira aplicada à dita lei últ. do tit. *De pactis* do Código. Acresce que a Ordenação nem aprova nem reprova expressamente os pactos sucessórios, pois só diz que eles são reprovados pelo direito, e estatui que a pena neles posta não é devida. Ver *Instituições de Direito Público*, Tit. III, § X, na Nota.

EM QUE TEMPO SE REQUER A CAPACIDADE NO HERDEIRO

§ XXXVII—Sòmente podem ser instituídos herdeiros aqueles com quem há *factio testamenti*, a qual basta ter ao tempo em que a herança é deferida. No direito romano requerem-se três tempos: o da outorga do testamento, o da morte do testador, e o da adição da herança, e, no caso de instituição condicional, também o tempo da existência da condição, lei 49, § 1, do tit. *De hereditibus instituendis*, § 4, do tit. *De heredum qualitate et differentia* das Institutas.

No nosso direito não está definido em que tempo se deve considerar a capacidade do herdeiro; e ainda que esta se costume considerar seguindo o direito romano, eu por mim entendo que não se deve regular nem atender ao tempo da ordenação do testamento nem ao da morte do testador, como naquele direito se determinou, mas apenas ao da adição da herança. Por isso, aquele que ao tempo do testamento ou da morte do testador não tem o direito de receber heranças, não deve ser privado da herança, caso usufrua esse direito na altura em que entra na sua posse, mormente se o testador legou com conhecimento da incapacidade desse herdeiro e perseverou em sua vontade até à morte. Obsta a *regra catoniana*, que dispõe o seguinte: *O legado que seria inútil, se o testador morresse na altura da ordenação do testamento, não vale em qualquer outro tempo que ele faleça*, lei 1 do tit. *De Regula Catoniana*, ou, como diz Paulo na lei 29 do tit. *De regulis juris*, *Aquilo que é nulo em seu princípio, não pode convalescer com o andar do tempo*. No entanto, esta regra é falsa em muitos casos, como observa Celso; com efeito, ela não pertence às leis novas e instituições condicionais, nem às heranças e lega-

dos, cujo dia cede não da morte do testador, mas após a adição da herança, leis 3, 4 e 5 do tit. *De Regula Catoniana*, e cessa inteiramente no testamento do soldado, § 4 do respectivo título das Institutas, e nos contratos de boa fé, lei 41 do tit. *De pignoratitia actione*, lei 32 do tit. *De pignoriibus*, lei 22 do tit. *De usucapionibus*, etc.. Por consequência, sofrendo ela tantas e tamanhas excepções no direito romano, por que razão há-de ser admitida no nosso foro em geral e sem excepção? Sendo assim, a *regra catoniana* parece apenas ter lugar nos actos por direito solenes, e naqueles negócios, em que só uma vez podemos querer, ou em que as leis mandam atender por formalidade à condição, qualidade e presente estado da pessoa; cessa, porém, nos actos menos solenes, em que não se requerem semelhantes formalidades, ou naqueles que não se estimam nem se concluem para o presente, mas são conferidos, para futuro, pela lei, ou pelo testador, ou pelos contratantes. Daqui resulta que não convalesce o testamento do impúbere, do filho-família, do mentecapto, quando, respectivamente, se fizer púbere, emancipado, ou são, porque as leis só aos púberes, aos pais de família, e aos de são juízo, permitem fazer testamento, Ord. liv. 4, tit. 81. E, pelo contrário, quanto à herança ou legado, como não cedem (não são exigíveis) nem são devidos ao tempo do testamento, mas ao tempo da morte ou a partir da adição da herança, basta que o herdeiro ou legatário tenha nesta altura o direito de os receber. O mesmo Celso, na lei 1, §§ 1 e 2, e Paulo, na lei 2 do tit. *De Regula Catoniana*, apresentam alguns exemplos de legados que são devidos e convalescem, ainda que a princípio seriam inúteis e não devidos, se o testador tivesse morrido logo depois de fazer o testamento, Gotofredo às leis 29, 201 e 210 do tit. *De regulis juris*.

TODOS OS FILHOS TEM DE SER NECESSARIAMENTE INSTITUÍDOS

§ XXXVIII—Pelo que toca à necessária instituição ou deserdamento dos filhos, como se trata de solenidades internas do testamento (§ XIX), e omitindo as diferenças estabelecidas pelo antigo direito romano entre filhos, filhas e netos, quer nascidos, quer nascituros, e entre pai e mãe (pois não aproveita nada conhecê-las), é certo no nosso direito que todos os filhos

de qualquer idade, categoria, grau e sexo, quer *seus*, quer *emancipados*, devem ser expressamente instituídos ou deserdados tanto pelo pai, como pela mãe; e que, se eles forem preteridos ou deserdados sem causa legítima ou sem declaração desta, o testamento é nulo, ficando, porém, firmes os legados se não excederem a *terça* dos bens, Ord. liv. 4, tit. 82, § 1. Disposições quase semelhantes acabou por estabelecer o egrégio inovador Justiniano, últ. lei do tit. *De liberis præteritis* do Código, § 5 do tit. *De exheredatione liberorum* das Institutas, Autêntica *Ex causa* do tit. *De liberis præteritis* do Código, Novela 115, cap. 3.

MESMO OS PÓSTUMOS

§ XXXIX — Também devem ser inteiramente instituídos os descendentes póstumos, quer *seus*, quer *alheios* havidos de filho emancipado ou de filha; e a sua preterição rompe e anula em absoluto o testamento, tanto em relação à instituição, como em relação aos legados, Ord. liv. 4, tit. 82, § 5. De igual modo, a preterição de filho já nascido, que o pai não mencionou em testamento por o crer morto, anula por completo o testamento, § 3 da mesma Ordenação, em parte deduzido na lei últ. do tit. *De hereditibus instituendis*. Por conseguinte, são inúteis e de nenhum uso as disposições que se acham nas leis romanas acerca do direito e diferenças dos póstumos, e mais inúteis ainda as disputas que se travam a respeito da agitadíssima e famosa lei 29 do tit. *De liberis et postumis* do Digesto.

E DEVEM SER INSTITUÍDOS PURAMENTE, E NÃO SOB
CONDIÇÃO ALGUMA, AINDA QUE POTESTATIVA

§ XL — Tudo isto se deve entender apenas da porção legítima, na qual todos os filhos devem ser instituídos puramente, e não sob condição, mesmo potestativa, a qual sempre

contém gravame, visto que antes do seu preenchimento o filho instituído não recebe a herança; ora, de modo nenhum pode gravar-se a legítima, lei 32 do tit. *De inofficioso testamento* do Código. Mas o que é deixado para além da legítima, isso pode ser dado sob qualquer condição, Strúvio, Exercit. XXXIII, § 47, Strykio, *Us mod.* ad tit. *De conditionibus institutionum* do Digesto, § 3.

A *terça* dos bens não é computada na legítima, e, por isso, bem pode o pai deixá-la a um estranho, Ord. liv. 4, tit. 82, no princípio, e tit. 92, no princípio; assim foi recebido nos costumes antigos, que D. Afonso V foi o primeiro a confirmar por lei escrita em seu Código, liv. 4, tit. 97. Pela Lei de 9 de Setembro de 1769, § 2, a *terça*, existindo filhos, somente podia ser deixada a um deles, mas hoje não está em vigor esta disposição.

PRESUMEM-SE INSTITUÍDOS, SE O PAI DISPÕE DA TERÇA

§ XLI — Todavia, não se faz mister a instituição especial dos filhos, quando o pai dispõe da *terça* em favor doutro, porquanto entende-se que com este facto ele não os pretere, mas os institui nas outras duas partes, Ord. liv. 4, tit. 32, no princípio, tirada da lei de D. João I, referida na Ordenação Afonsina, tit. 97 do mesmo livro.

DEVEM SER IGUALMENTE INSTITUÍDOS OU DESERDADOS OS PAIS E IRMÃOS

§ XLII — E não só os filhos, mas também os pais, nome em que abrangemos todos os ascendentes, e os irmãos têm de ser necessariamente instituídos ou deserdados, visto que por certo respeito lhes é devida a legítima. Por isso, a injusta preterição ou deserdação dos ascendentes rescinde o testamento,

tal como a dos filhos, Ord. liv. 4, tit. 82, § 4, vers. *E isso mesmo*. O mesmo cumpre dizer dos irmãos, se lhes for preferida pessoa torpe, Ord. liv. 4, tit. 90, § 1, Man. 74, Afons. 101 do mesmo livro.

CAUSAS DE DESERDAÇÃO DOS FILHOS

§ XLIII — Os pais não podem deserdar os filhos à sua vontade, mas só por certas e justas causas que vêm na Ord. liv. 4, tit. 88, Man. 72, Afons. 99. Essas causas são: 1) injúria real, § 4 da citada Ord.; 2) injúria verbal atroz, § 5; 3) acusação criminal espontânea, § 6; 4) convívio com feiticeiros, § 7; 5) maquinações contra a vida do pai, §§ 8 e 9; 6) incesto com a madrastra ou com a manceba do pai, § 10; 7) delação criminal de que se siga dano, § 11; 8) recusa de fiança ao pai preso, § 12; 9) impedimento a que o pai faça testamento, § 13; 10) remissão ou negligência em cuidar do pai furioso ou enfermo, §§ 14 e 15; 11) não pagamento do λύτρον (preço de resgate) pelo pai cativo, § 16; 12) heresia, § 17; 13) vida de meretriz ou concubinato público de filha de menor idade, § 1 da mesma Ord., nas palavras: *dormir com algum homem* (Instituições de Direito Criminal, Tit. X, § X, Nota), a qual deve ser entendida assim; Barbosa interpreta-a doutro modo nos Comentários à lei 1 do tit. *Solutio matrimonio* do Digesto, P. IV, n. 45; 14) o casamento da filha menor contraído sem o pai saber ou querer, §§ 1, 2 e 3. São estas as justas causas de deserdamento dos filhos pedidas ao direito romano, especialmente à Novela 115, cap. 3. Agora se há outras causas do mesmo género é questão que os intérpretes do direito não decidem da mesma maneira.

A filha menor de 25 anos, que casou contra a vontade ou sem conhecimento do pai ou mãe, era deserdata por lei de D. Dinis promulgada em Santarém a 1 de Fevereiro do ano de 1339 da Era, e também *ipso jure*, sem que houvesse necessidade de deserdação especial, não podendo o pai, por muito que quisesse, fazê-la herdeira.

Porém, esta lei não tem lugar, por declaração de D. Afonso V em sua Ord. liv. 4, tit. 99, §§ 2 e 3, se não houver mais filhos, caso em que é permitido ao pai instituir essa filha como herdeira, e, se houver mais filhos, com o consentimento destes. Na Ord. Man. liv. 4, tit. 72, § 2, acrescentou-se outra excepção àquela lei dionisiana a respeito da filha que casou com pessoa mais digna, caso este em que igualmente não é considerada deserdata, e é admitida à sucessão em igualdade com os irmãos, não podendo o pai excluí-la de toda a legítima que lhe caberia, mas somente de metade dela. Por fim, esta excepção ou intelligência passou à Ordenação que usamos, liv. 4, tit. 88, § 3. Vejam-se, querendo, as *Instituições, Do direito das pessoas*, liv. II, tit. V, § VII.

CAUSAS DE DESERDAÇÃO DOS PAIS E IRMÃOS

§ XLIV — Os filhos podem deserdar os pais por sete causas, Ord. liv. 4, tit. 89, Man. 73, Afons. 100, extraída da dita Novela, 115, cap. 4: 1) maquinações contra a vida dos filhos, § 1 da citada Ord.; 2) estupro feito à mulher ou barrigã do filho, § 2; 3) impedimento a que o filho faça testamento, § 3; 4) se o pai der peçonha à mãe de seu filho, ou esta a der ao pai, § 4; 5) a recusa, negligência ou abandono em cuidar do filho furioso, § 5; 6) não querer remir o filho, § 6; 7) a heresia do pai, § 7. Um irmão pode preterir impunemente outro irmão mesmo carnal, desde que não faça seu herdeiro pessoa torpe, caso em que esse irmão deve ser instituído ou deserdata. Poderá, porém, ser deserdata por grande e notável ingratidão, qual a cometida por cada uma destas causas: 1) se tramou por alguma maneira a sua morte; 2) se lhe fez alguma acusação crime; 3) se lhe procurou a perda de quase todos os bens; 4) se lhe conheceu a mulher, Ord. liv. 4, tit. 90, § 2, deduzida da Novela 22, cap. 47.

A QUEM CABE PROVAR A CAUSA DA DESERDAÇÃO

§ XLV — A causa da deserdação de pais e filhos deve ser declarada no testamento, e provada pelo herdeiro instituído, Ord. liv. 4, tit. 82, § 2, Novela 115, cap. 3; entretanto os filhos e pais ficarão na posse dos bens hereditários, não devendo ser ouvido o herdeiro, se, em caso de omissão da causa, a quiser provar. Na deserdação de irmãos não se faz precisa a declaração da causa; e o irmão deserdado deve provar que fora grato, e assim estava estabelecido no antigo direito sobre a própria deserdação dos filhos, leis 2 e 3 do tit. *De liberis et postumis*; também não se deve ampliar a Novela 115, cap. 3, donde foi tirada a referida Ordenação, aos irmãos e irmãs, de que não faz menção alguma, Bohemero, ad tit. *De heredibus instituentis*, n. 15.

MODOS POR QUE SE INVALIDAM OS TESTAMENTOS

§ XLVI — O testamento diz-se *nulo*, *injusto*, *roto*, *irrito*, *inoficioso*, e *destituito*. Ainda hoje nos servimos destas palavras do direito romano, para significarmos os modos com que se invalidam ou rescindem os testamentos.

TESTAMENTO NULO E INJUSTO

§ XLVII — É *nulo* e em absoluto destituído de todo o efeito aquele testamento que não subsiste de princípio, o que acontece ou por inabilidade do testador, quando este não tem o direito de testar, Ord. liv. 4, tit. 81, ou por omissão das solenidades prescritas na mesma Ord. tit. 80. Também é *nulo*, quanto à instituição, o testamento do pai ou da mãe, que não instituiu, ou não deserdou com a indispensável menção da causa o filho *quer seu*, *quer emancipado*, ou a filha, Ord. liv. 4, tit. 82, § 2;

e o do filho que igualmente nem instituiu nem deserdou o pai declarando no testamento a causa, tit. 89; com o testamento do irmão ou irmã é diferente, porque, não sendo obrigado a instituir necessariamente o irmão, pode deserdá-lo sem exprimir a causa (§ XLV deste livro). O testamento *injusto*, assim chamado porque não foi feito de princípio com as solenidades exigidas no direito, mal se distingue do nulo e inválido.

O testamento, em que o pai ou a mãe pretere ou deserda o filho ou filha sem declarar a causa, é *nulo ipso jure*, pois é esta a forma de instituição e deserdação prescrita por Justiniano na dita Novela 115, cap. 3, e aprovada na Ordenação Régia, dito tit. 82, § 1, resultando necessariamente da sua inobservância e anulação do testamento; é, por isso, supérflua e inútil a petição da *bonorum possessio contra tabulas* (10), ou a querela de testamento inoficioso, com a qual se rescinde apenas o testamento válido por direito. É, no entanto, necessária a querela de nulidade, e a sentença *declaratória*, que declare haver lugar à sucessão ab intestado, Schilter *Exercit.* XXXVIII ad Pandectas, §§ 54 e 58. É *nulo* também o testamento em que há preterição do neto, embora o pai o preceda, porque as citadas Novela e Ordenação mandam instituir ou deserdar indiscriminadamente todos os descendentes seja qual for o seu grau, o mesmo Schilter, no § 60.

TESTAMENTO ROTO POR NASCIMENTO DUM PÓSTUMO

§ XLVIII — O testamento válido de princípio rompe-se, mesmo permanecendo o testador no mesmo estado, ou por nascimento dum póstumo preterido, ou por outro testamento posterior solene; por isso, os filhos ou netos nascidos após o testamento, e preteridos, rompem o testamento, que se invalida totalmente quanto à instituição e quanto aos legados, segundo

(10) É a posse de bens concedida pelo magistrado contra as disposições testamentárias do *de cujus*, principalmente em favor dos filhos preteridos (*Nota do Tradutor*).

a dita Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 3 e 5, o que já mais de uma vez dissemos (§§ XXVIII e XXIX deste título). No entanto, se estes netos ou filhos preteridos morrerem em vida do testador, o testamento tem força, segundo o citado § 5, nas palavras *e he vivo*, e a lei 12 do tit. *De injusto, rupto, irrito facto testamento*.

TESTAMENTO ROTO POR OUTRO POSTERIOR

§ XLIX — Um testamento rompe-se com outro posterior solene e perfeito, Ord. liv. 4, tit. 84, § 2, no princípio, ainda que o primeiro contenha cláusula revogatória da última vontade, que é deambulatória até à morte, lei 6, § 2, do tit. *De jure codicillorum*, lei 4 do tit. *De adimendis vel transferendis legatis*. Semelhantemente, o pacto de não revogar o testamento não tira ao testador a liberdade de o mudar; coisa diferente é de dizer, se interessar ao pactuante que o testamento não se altere, e ele tiver dado ou feito para isso alguma coisa, caso em que se deve cumprir o contrato, Schilter, *Exercit. XXXIX*, ad Pandectas, § 57. Com a revogação nua do testamento feita perante três testemunhas não se rompe o testamento, ainda que sobre essa revogação tenham decorrido dez anos, pois não está em uso a Constituição de Justiniano na lei 27 do tit. *De testamentis* do Código, segundo testemunha Groenewegen, *De legibus abrogatis*, no coment. àquela lei.

Uma coisa é a cláusula de não revogar a primeira vontade, que o testador espontaneamente pôs no testamento, e da qual é lícito afastar-se, lei 6, § 2, do tit. *De jure codicillorum*, pois dela não resultou a aquisição de direito para ninguém, e outra coisa é o pacto, contraído com o herdeiro ou outro, de não revogar o primeiro testamento, pacto esse do qual também é lícito ao testador afastar-se, visto ele revestir a natureza da última vontade, lei últ. do tit. *De testamentis* do Código (§ XXXVI, Nota). Todavia, isto é de entender assim, se a coisa permanecer dentro da natureza do simples pacto sucessório, e o pactuante ou outro não tenha contratado, feito ou dado algo que

possivelmente haja dado causa ao contrato de não revogar o testamento; sendo assim, deve ser recebida no foro a opinião supra de Schilter, e de Strykio, *Us. mod.* ad tit. *De injusto, rupto*, §§ 2, 3, 4, 5 e 6. Podem servir de exemplo os testamentos dos cônjuges feitos na mesma escritura, os quais seguramente qualquer um deles pode revogar sem o conhecimento do outro, visto que, na realidade, os testamentos são dois, e é permitido a cada um mudar de vontade; deve, porém, dizer-se o contrário, e denegar-se esta faculdade no caso de esses testamentos entre cônjuges serem reciprocos e neles figurar o contrato de não revogação do testamento contra a vontade do outro cônjuge; é porque aqui já não se dá um simples contrato, mas uma instituição mútua e reciproca quiçá feita apenas por esta causa, e um dos cônjuges seria enganado, se fosse permitido ao outro afastar-se, contra a palavra dada, da sua disposição, o que atenta indubitavelmente contra toda a equidade; e não merce audiência o nosso Valasco, *Consult. 7*, que se vê sentir diferentemente, por preconceito do direito romano.

DAS COISAS RISCADAS NO TESTAMENTO

§ L — Também se rompe o testamento em que todas ou algumas palavras são apagadas, riscadas ou falsificadas, contando que isto tenha sido cientemente feito pelo testador, lei últ. do tit. *De injusto rupto*, e lei 1 do tit. *De his, quae in testamento delentur*, o que na dúvida se deve presumir, se o herdeiro escrito não provar o contrário. Todas as nações usam deste direito; no entanto, as Ordenações Régias não fazem menção expressa dele.

TESTAMENTO IRRITO

§ LI — O testamento torna-se *irrito*, se o estado do testador mudar, porque nem o escravo, nem o deportado, nem o filho-família, podem fazer testamento, no princípio das Institutas e por todo o seu tit. *Quibus non est permittum facere tes-*

tamenta, Ord. liv. 4, tit. 8r, caindo, por isso, o testamento num caso em que não pode ter origem. Todavia, difficilmente se usa este modo de invalidação do testamento, pois não se praticam frequentemente as adopções (*Instituições, Do direito das pessoas*, tit. VI, § IX); os degredados, quer para sempre, quer por certo tempo, não perdem os direitos de cidadania (Tit. II, § XII, do mesmo livro), e ninguém actualmente nasce ou se faz escravo (Tit. I, §§ IV, VI, VII, XI e XIII do mesmo livro). Aquele que ingressa numa Religião, não sofre a *capitis minutio* (perda de direitos e liberdade civil), e, por isso, o testamento, por ele feito antes de professar, não se torna, depois, irrito ou roto, Covarrúbias, *De testamentis*, cap. II, n. 8, Barbosa, *De officio et potestate Episcopi*, P. III, Adlegat. 99, n. 13, Valasco, *Praxis partitionum*, cap. XVI, n. 17.

A regra do direito civil romano, que aqui mencionamos de lance, e segundo a qual *se extinguem as coisas que foram de início válidamente estabelecidas, se caírem num caso em que não podem ter origem*, lei 98 e penúlt. do tit. *De verborum obligationibus*, obsta outra regra do mesmo direito segundo a qual *não se invalidam as coisas que uma vez foram útilmente constituídas, ainda que sobrevenha o caso em que não poderiam ter começado*, § 14 do tit. *De legatis* das Institutas (lei 85, § 1 do tit. *De regulis juris*); todavia, Arnolfo Vinnio interpreta-as bem, como é seu costume, e harmoniza-as nos Comentários ao dito § 14 do tit. *De legatis*, e ao § 1 do tit. *Quibus non est permillum facere testamenta*, n. 4.

TESTAMENTO INOFICIOSO E QUERELA DE TESTAMENTO INOFICIOSO

§ LII — Testamento *inoficioso* é o testamento *feito válidamente, mas contra os deveres da piedade*, leis 2 e 3 do tit. *De inoficioso testamento*, e chama-se assim ao testamento em que a quele a quem é devida a legítima foram deserdados ou preteridos sem causa. Este testamento é válido no rigor do direito,

mas pode ser revogado por *querela de testamento inoficioso*, pela qual se pode pleitear contra os herdeiros instituídos para que o testamento seja rescindido com o pretexto de que o testador não estava em seu perfeito juízo.

QUANDO TEM LUGAR A QUERELA DE TESTAMENTO INOFICIOSO

§ LIII — Portanto, como a querela de testamento inoficioso apenas tem lugar no testamento feito válidamente mas contra os deveres da piedade, segue-se que ela cessa, quando o filho é preterido ou deserddado pelo pai ou mãe, ou o pai pelo filho ou filha, sem causa ou sua declaração; de facto, este testamento segundo o direito não se chama bem inoficioso, mas nulo, por isso que foi feito contra a forma de direito alfim estabelecida por Justiniano na dita Novela 115, cap. 3, aprovada na Ord. liv. 4, tit. 82, § 1. Por isso, somente é necessária a querela de testamento inoficioso entre ascendentes e descendentes, quando estes foram deserddados por causa justa mas falsa expressa no testamento, e entre irmãos, quando é instituída herdeira pessoa torpe e eles preteridos e deserddados sem menção de causa, Strykio, ad tit. *De inoficioso testamento* (§ XLV deste título). Uma vez rescindido o testamento pela querela, somente se vicia a instituição, ficando firmes os legados e outros capítulos, tal como quando os filhos são cientemente preteridos ou deserddados, ditas Novela e Ordenação, Strykio, no lugar citado, § 6, Thomásio nas Notas ao tit. *De inoficioso testamento* do Digesto.

As querelas de testamento inoficioso após as Novelas 115 e 118 deixaram de ser frequentes como eram no tempo de Ulpiano, segundo este mesmo o atesta na lei 1 do tit. *De inoficioso testamento*, do Digesto. A Ord. Régia, liv. 4, tit. 90, Man. 74, Afons. 101, faz menção desta querela, mas apenas em testamento de irmão, *ibi: que-*

relar o testamento do irmão. Deve-se inferir daí que ela difficilmente tem lugar entre ascendentes e descendentes, para os quais a dita Ord. nos tít. antecedentes prescreveu certa forma de fazer testamentos, pedida ao direito das Novelas. Da mesma Ord. se conclui que só há lugar à querela em testamento válido, *ibi: contradizer, e fazer revogar o testamento, em que assi for desherdado,* porquanto o testamento que é nulo, não pode ser rescindido e revogado; e, finalmente, que é válido o testamento em que se pretere ou deserda o irmão sem mencionar a causa, visto que a sobredita Ordenação não requer essa menção; com o testamento de pai, é diferente, Ord. liv. 4, tit. 82, § 1.

TESTAMENTO DESTITUTO

§ LIV — Diz-se testamento *destituto* aquele a que vem a faltar o herdeiro instituído, ou porque este não quer adir à herança, ou então porque não pode, devido a morte ou não cumprimento da condição, § 7 do tit. *De hereditatibus quae ab intestato deferuntur.* Este testamento, tal como o irrito, é nulo e de nenhum vigor, tanto quanto à instituição, como quanto aos legados e outras coisas nele confiadas; o que estava estabelecido no direito velho, § 2 do tit. *De lege Falcidia* das Institutas, e lei 26 do tit. *Si quis omissa causa testamenti,* não se vê mudado no novo, conforme diz Strykio, *Us. mod.* ad tit. *De injusto, rupto,* § 12. No entanto, por mim entendo que do testamento destituto, do qual ninguém ficou herdeiro, ou por não querer, ou por não poder adir à herança, são devidos os legados; com efeito, o direito romano, neste ponto, apoia-se naquella regra do direito civil, que não permite que o testamento seja válido sem a instituição de herdeiro com efeito, e da qual falámos mais acima no § XXIX. Além disso, também não se deve deixar a validade dos legados ao arbítrio do herdeiro instituído. Portanto, devem os herdeiros legítimos satisfazer, quando requeridos, esses legados, como que por fideicomisso tácito, dentro das forças da herança, caso a tenham aceitado; e, se eles faltarem ou não existirem, há que considerar os legatários

como herdeiros. Veja-se, no entanto, Lauterbach, Dissert. *De testamento destituto,* Membr. III, e lei 1, tit. 4, liv. 5 da Recopilación.

DAS SUBSTITUIÇÕES, REMISSIVAMENTE

§ LV — A respeito das substituições acham-se muitas disposições na Ord. liv. 4, tit. 84, mas não temos que nos afadigar muito com elas, visto terem sido todas colhidas no direito romano, devendo, por isso, ser entendidas e interpretadas de harmonia com esse direito, pois, que eu saiba, os nossos legisladores nada inovaram neste aspecto.

A Ordenação citada é especial, pois não existe nos Códigos Manuelino e Afonsino. Os compiladores formaram-na de harmonia com o sentido do direito romano, e embora o exprimissem clara e brillantemente, todavia a doutrina respeitante às substituições ficou sempre implicada, difficil e obscura. Parecia, por isso, de interesse para a República que se proscresse o seu uso por lei especial, olhando sobretudo a que foram estatuídas para que o testamento não se tornasse destituto, ou os filhos impúberes ou dementes não morressem intestados, fim esse que hoje não tem absolutamente nenhuma razão de ser e não merece consideração.

DOS CODICILOS

§ LVI — Quase todas as disposições, que se acham estabelecidas acerca dos codicilos na Ord. liv. 4, tit. 86, foram tomadas do direito romano; e assim deve buscar-se neste direito: 1) que nos codicilos não pode dar-se nem tirar-se *directamente* a herança, no que consiste a suprema differença entre eles e o testamento, dita Ord. no princípio, § 2 do tit. *De codicillis* das Institutas; 2) que, quando se fizerem, bastam quatro testemunhas, homens ou mulheres, com quem o escrever, § 1 da citada Ord., lei últ., § últ. do tit. *De codicillis* do Código; 3) que nos

codicilos feitos em lugares de pequena povoação, bastem apenas três testemunhas, § 2 da citada Ord., lei últ. do tit. *De testamentis*, do Código; 4) que só pode fazer codicilos, aquele que pode fazer testamento, § 3 da mesma Ord., lei 6, § 3, e lei 8, § 2, do tit. *De jure codicillorum*. Depois, os codicilos são *escritos* ou *nuncupativos*, com ou sem testamento, feitos por pessoa pública ou particular, e finalmente, *abertos* ou *cerrados*, citada Ord., no princípio e § 1.

Se a justa decisão da nossa vontade sobre aquilo que queremos se faça após a morte contém a instituição de herdeiro, chama-se testamento; se não contém, chama-se codicilo. No direito romano antes de Justiniano podia-se instituir directamente herdeiro nos codicilos que não fossem precedidos de testamento, lei 1 do tit. *De codicillis* do Código de Teodósio, com os respectivos comentários de Gotofredo. O mesmo direito vigorava entre os Visigodos no tempo de Alarico, Schilter, Exercit. XXXVIII ad tit. *De jure codicillorum*, § 136. Em Aragão confundem-se as leis dos testamentos com as dos codicilos, *Inst. del Derecho de Castilla*, liv. II, tit. III, pág. 123. Os nossos antepassados parecem ter distinguido o testamento dos codicilos apenas pelo número de solenidades, visto que nos testamentos exigiam cinco testemunhas do sexo masculino, e nos codicilos quatro, homens ou mulheres, único aspecto em que se distinguem e separam na Ord. Afons. liv. 4, tit. 103, Man. 76, § 5, acabando, porém, por se adoptar o direito justinianeu sobre os codicilos na dita Ord. liv. 4, tit. 86. Naquelas mesmas Ordenações bastavam três testemunhas tanto para os codicilos, como para os testamentos, feitos nas pequenas povoações, mas nas Ordenações Novas ou Filipinas, que usamos, omitiu-se a palavra testamento, e faz-se apenas menção dos codicilos, conforme já advertimos noutro lugar (§ XVI deste título). Valasco, *Consult.* 117, Cabedo, P. I. *Decisio* 170, Barbosa *ad legem 2 De legatis* 1, n. 31.

DA CLAUSULA CODICILAR

§ LVII — Entre as cláusulas dos testamentos ocupa o principal lugar a *cláusula codicilar*, que ou é especial e se escreve

com carácter específico, ou é geral do seguinte ou outro teor: *Quero que o testamento valha de qualquer modo*. Com ela, pois, se obtém que um testamento, que por falta de uma solenidade externa não pode valer, valha e se mantenha pelo direito dos codicilos, o que só é de entender, se tiver as solenidades que se requerem nos codicilos. Por isso, com esta cláusula sustenta-se o testamento assinado por cinco testemunhas, homens ou mulheres, sem nenhuma instituição de herdeiro, ou então com esta mesmo directamente feita nos codicilos. De facto, estas coisas e semelhantes pertencem às solenidades externas do testamento e não são da sua essência. Pelo contrário, não se sustenta o testamento, nulo por preterição dos descendentes, ascendentes, ou o de irmão, roto, irritado, ou destituído por instituição de pessoa torpe, ou ainda aquele em que foram testemunhas pessoas impúberes ou outras inábeis para o efeito; e, finalmente, todos os que são nulos por defeito de vontade ou poder do testador, ou por omissão de solenidades internas. Há tratadistas que pensam diferentemente, mas fique cada um em sua opinião, pois este assunto não foi decidido pelas nossas leis, e nem mesmo pelas leis romanas, como desejava Brunne-man, no n. 13 dos Com. à lei 8 do tit. *De codicillis* do Código, Veja-se Fabro Turreto no tratado especial *De clausula codicilari*, Strykio, na Dissert. sobre a mesma cláusula e *De cautel. testament.*, cap. XXIII, Coccey, *De clausula testament.*, Disp. 79, vol. I, pág. 1160, Gama, *Decisiones* 126 e 196, Pinheiro, *De testamentis*, Disput. II, Sect. XI, Guerreiro, *De division.*, liv. 5, caps. 17 e 18, e outros cujo número só por si seria longo referir.

TÍTULO VI

DA ACEITAÇÃO OU RENÚNCIA DA HERANÇA

O QUE É A HERANÇA

§ I — A herança é perfeitamente definida por Grócio, II, *Manud.* XI, em três palavras: *Patrimônio do defunto com seus ónus*, ou, como diz Cícero, o *Dinheiro* (palavra em que se contém todas as coisas e direitos, lei 222 do tit. *De verborum significatione*) que por morte de alguém chega de direito à posse de uma pessoa. Por isso, define-se imprópriamente, na lei 24 do tit. *De verb. signif.*, e na lei 62 do tit. *De regulis juris*, como a *sucessão em todo o direito que o defunto teve*, porquanto a sucessão não pertence à herança, mas ao herdeiro, como bem observa Vinnio, ao princ. do tit. *De rebus corporalibus et incorporalibus* das Institutas, n. 4, e ao § 7, n. 3, do tit. *Per quas personas cuique adquiritur* das Institutas.

A herança ainda não adida, que a Ord. liv. 3, tit. 80, § 1, denomina *jazente*, vocábulo este pedido ao direito romano, é considerada por este mesmo direito como uma espécie de pessoa, que sucede em todo o direito do defunto, e o representa, bem como ao herdeiro, enquanto se aguarda o evento da adição da herança; e assim harmoniza Vinnio, ao § 2 do tit. *De heredibus instituendis* das Institutas, Ulpiano na lei 34 do tit. *De adquirendo rerum dominio*, com Pompônio na lei 24 do tit. *De novationibus*. Mas quem não vê que são total-

mente inúteis, ociosas e irrisórias estas e semelhantes ficções do direito? Na verdade, como a herança no entendimento do direito não é coisa *nullius*, mas de alguém, pois é deferida pela lei logo após a morte aos herdeiros legítimos ou escritos, devendo-lhe ser dado, enquanto não for adida, um curador, Ord. liv. 1, tit. 90, para que este defenda os direitos e bens do defunto, e entrementes sustente, ou, como dizem os Juristas, represente a sua pessoa, que utilidade há em fingir a personificação da herança? Portanto, não há necessidade nenhuma de máscaras e ficções. Veja-se a Lei de 9 de Setembro de 1769, no prefácio.

TODOS OS HERDEIROS SÃO VOLUNTARIOS

§ II — Actualmente não há herdeiros *necessários*, porque não temos escravos, nem também herdeiros *seus* e *necessários*, porque pelo direito natural e civil é permitido ao filho renunciar ou aceitar a herança do pai. Portanto, todos os herdeiros são voluntários. Também não existe diferença alguma entre *seus* e *emancipados*, tanto em causa de testado, como de intestado; na verdade, a herança é deferida *ipso jure* a todos por igual. Todavia, ainda hoje existe vestígio da *suidade* na substituição pupilar, Ord. liv. 4, tit. 87, § 7, e na tutoria, tit. 102, § 2, do mesmo livro.

Como pela Novela 115, cap. 3, não só o filho e a filha, mas também os netos, uma vez morto ou deserdado o pai, devem ser nominalmente instituídos ou deserdados pelo pai ou mãe, avô ou avó, pois pela lei são imediatamente chamados à sucessão, e, por isso, se preteridos, rompem o testamento, segue-se que o direito de *suidade* foi inteiramente abolido por Justiniano, tanto em causa de testado, como de intestado, e que todos os descendentes já não são herdeiros *seus* no sentido do direito romano, embora com outro significado se possam chamar *seus* e *necessários*, quer porque têm de ser necessariamente instituídos pelos ascendentes, quer por estreitíssima ligação de sangue, ou enfim por razão do poder natural, que é tão comum ao pai como à mãe pelo direito natural e das gentes. Todos estas coisas

não devem, à face do melhor direito, ter lugar entre nós, visto não ser possível encontrar, nem nas Ordenações citadas, nem noutra lugar, as palavras *suidade*, *herdeiro seu*, e semelhantes.

TODOS OS FILHOS SÃO HERDEIROS *IPSO JURE*

§ III — Hoje também os filhos não diferem quanto ao modo de aquisição da herança, pois o emancipado é herdeiro *ipso jure* e adquire a herança sem adição, tal qualmente o filho sob poder; no entanto, isto parece dever entender-se apenas da legítima, visto que a tem não por deliberação e vontade do pai, mas por disposição da lei, Surdo, *Cons.* 343, Menóquio, *Cons.* 994, n. 34. Por conseguinte, o que se diz dos herdeiros *seus* na lei 14 do tit. *De suis et legitimis heredibus*, *Nos herdeiros seus não é necessária a adição, visto que são imediatamente herdeiros (ipso jure)*, deve-se ampliar em geral a todos os filhos. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, nos coment. à dita lei 14, e ao § 2 do tit. *De heredum qualitate et differentia* das Institutas.

DE QUE MODOS SE ADQUIRE E REPUDIA A HERANÇA

§ IV — Por consequência, só os filhos adquirem *ipso jure* a herança, ou pelo menos a legítima; o mesmo cumpre dizer dos pais. E os estranhos só por palavras ou actos, dos quais conste que querem ser herdeiros; se declararem a sua vontade por palavras, diz-se que *adem* a herança, e se o fizerem por actos, diz-se que *procedem como herdeiros*. Por estes mesmos modos repudiam os estranhos a herança, porquanto os *seus* propriamente falando, nem *adem* nem repudiam a herança, mas imiscuem-se ou abstêm-se, como dizem os Juristas. Ora, ainda que esta propriedade de palavras não esteja definida

em nenhum lugar do nosso direito, nada impede que as usemos, não no sentido do direito romano em que se significava a *suidade*, mas no sentido natural e óbvio, como sendo os filhos de qualquer categoria, tanto os emancipados, como os sob poder, chamados à sucessão dos pais pela natureza e pela lei, como herdeiros *própios, seus, e domésticos*.

No entanto, deve-se entender isto por forma que, hoje, dificilmente ou nem mesmo difficilmente haja diferença entre o benefício da abstenção da herança concedido aos filhos e a repudição da herança de que só os estranhos usavam, e entre a imixção dos *seus*, e a gestão, como herdeiro, dos estranhos.

SE A GESTÃO COMO HERDEIRO OU A REPUDIÇÃO PODEM SER FEITAS PARCIALMENTE OU SOB CONDIÇÃO

§ V — Pela adição, isto é, por palavras expressas pode-se adquirir toda ou parte da herança, por si, ou por procurador, puramente, ou sob a condição *se a herança for solvável* ou qualquer outra. Com efeito, toda esta questão depende do arbítrio do herdeiro, salvo se esse arbítrio estiver limitado pelo testador, ou por lei pública especial, que de certeza não temos na matéria que estamos tratando. Realmente, não sendo a adição *acto legítimo* que exija formalidades de palavras, nada obsta a que admita condição ou procurador, este, todavia, habilitado com mandato especial. No direito romano, achava-se estabelecido doutro modo por razões civis e especiais, leis 77 e 123 do tit. *De regulis juris*, que não se ajustam aos nossos costumes, pois derivaram principalmente da regra *testati et intestati*, de que falámos no Tit. V, § XXXII. Porém, pela gestão como herdeiro adquire-se toda a herança, e adquire-se puramente; e assim é de presumir dos actos do herdeiro, que, sem declaração alguma, cultivou os campos hereditários e exige as dívidas

e o mais donde se veja que ele realizou esses actos com ânimo de herdeiro. Todavia, a herança, uma vez adida, não pode ser repudiada, salvo por privilégio da idade, Ord. liv. 4, tit. 87, § 3, pois com essa adição os credores e os legatários adquiriram um direito de que não devem ser privados.

Que a herança não pode ser em parte adida, e em parte repudiada, decorre da dita regra *testati et intestati*, que se apoia em mera subtilidade. Acresce que, as mais das vezes, a herança contém utilidades e benefícios, que se não conferem contra a vontade do herdeiro, devendo este, por isso, ter a liberdade de a aceitar no todo ou em parte. Mas pela gestão como herdeiro adquire-se toda a herança e património do defunto; é que o herdeiro que, sem fazer declaração alguma, praticou qualquer acto como tal, demonstra com esse acto que quer adquirir toda a herança, e não apenas parte dela. Todavia, uma vez adquirida por qualquer modo, seja este a adição ou a gestão como herdeiro, não a pode repudiar em prejuízo dos legatários e credores, com os quais quase contraiu.

DA INSTITUIÇÃO DOS FURIOSOS E OUTROS HERDEIROS

§ VI— Os furiosos, os mentecaptos, as crianças, e os menores, como não podem explicar em direito a sua vontade, adem a herança por meio dos procuradores ou dos pais, lei 18 do tit. *De jure deliberandi* do Código, lei últ., § 3, do tit. *De curatore furiosi* do Código. O filho-família de justa idade, apenas por seu arbítrio, pode adir a herança que lhe foi deferida; deve, no entanto, requerer o consentimento do pai, e, se este lhe for recusado, adquire a propriedade plena deste pecúlio, Ord. liv. 4, tit. 98, § 3, lei últ., no princípio, e §§ 1 e 2, do tit. *De bonis quae liberis* do Código.

O HERDEIRO SUCEDE EM TODO O DIREITO DO DEFUNTO

§ VII — O herdeiro representa a pessoa do defunto e sucede-lhe no direito, Ord. liv. 4, tit. 48, § 3, e com a adição obtém, não só todos os direitos hereditários, mas também a posse, ainda que não a tome manual e corporalmente, Alvará de 9 de Novembro de 1754; no direito romano é diferente, lei 23, no princ., do tit. *De acquirenda vel amittenda possessione*. Por consequência, é o herdeiro obrigado a ratificar os contratos celebrados pelo defunto, Ord. liv. 4, tit. 42, no fim, e tit. 45, §§ 1, 2 e 3. Em consequência dessa representação, goza dos direitos transmissíveis, como os da Ord. liv. 3, tit. 11, § 2, tit. 38, § 6, tit. 59, § 12; há, no entanto, certos direitos intransmissíveis, como os referidos na Ord. liv. 3, tit. 25, § 10, e liv. 4, tit. 63, § 9.

MAS NÃO É OBRIGADO ALEM DAS FORÇAS DA HERANÇA

§ VIII — Aquele que uma vez adiu a herança, pode, pelo direito romano, ser demandado pelos credores *in solidum*, ainda que a herança não seja solvável, lei 8 do tit. *De acquirenda vel omittenda hereditate*, e lei 10 do tit. *De jure deliberandi* do Código. Porém, como este direito não se acha aprovado nas nossas leis e tira a sua origem da individual representação do defunto, com o qual se considera o herdeiro uma mesma pessoa, razão esta que é meramente civil e supersticiosa, para não dizer fútil e inepta, não deve ter hoje lugar na nossa sociedade. Por conseguinte, o herdeiro não é obrigado além das forças da herança, ainda que não tenha feito inventário.

Os Visigodos não admitiam que os herdeiros fossem onerados além das forças da herança, lei 8, tit. 5, liv. 7. O mesmo aprouve aos Saxões e outros povos da Grande Alemanha, Heinéccio, *Elementa*

Juris Germanici, liv. II, tit. X, §§ 299 e segs.. No mundo romano, por uma constituição de Gordiano, também os soldados, que adiam a herança sem inventário, apenas ficavam obrigados dentro das posses do defunto, lei últ., § últ., do tit. *De jure deliberandi* do Código. O mesmo se observa hoje, por opinião dos Intérpretes que Perez aprova nas Notas àquele título, n. 14, quando o fisco ocupa os bens como vacantes ou em razão de delito cometido pelo defunto, não sendo o fisco, mesmo sem fazer inventário, obrigado além das forças da herança. Em boa verdade, o direito natural não admite que o herdeiro pague toda a dívida, quer os bens hereditários cheguem ou não para a solver; isto mesmo acabou o próprio direito romano por reconhecer, quando introduziu o benefício de inventário.

DO BENEFÍCIO DE INVENTÁRIO

§ IX — O benefício de inventário, que Justiniano foi o primeiro a introduzir na lei últ. do tit. *De jure deliberandi* do Código, nunca foi recebido pelas nossas leis e costumes; no entanto, os nossos escritores mencionam-no aqui e além, sem dúvida só porque o vêem aprovado no direito romano, que veneram com excessiva superstição; mas ainda que, mesmo sem fazer inventário, o herdeiro não seja obrigado além das forças da herança, todavia, não parece defender bem os seus interesses aquele que aceita a herança desprezando tal benefício.

Esta cautela é necessária, porque no foro domina a doutrina do direito romano. No entanto, segundo este direito, para que o benefício possa aproveitar ao herdeiro, devia o inventário ser devidamente feito, isto é, pelo modo que Justiniano prescreveu na dita lei últ. e na *Novela 1*, cap. 2, §§ 1 e 2. Efectivamente, devia ser começado dentro de 30 dias, e concluído dentro de 60 ou de um ano a contar da adição da herança ou do dia do conhecimento. Deviam, além disso, ser citados os legatários, os credores, e outros a quem ele interessasse, devia ser assinado pelo herdeiro, e cumprir-se outras formalidades muito minuciosamente indicadas por Justiniano, no lugar citado. Contudo, nem todas estas coisas foram recebidas na praxe, pois basta o

testemunho escrito perante o magistrado certificando a adição da herança com benefício de inventário, não se requerendo, na sua organização, a assinatura do herdeiro, a citação dos credores ou legatários e outras solenidades do direito romano, conforme testemunha Álvaro Valasco, *Consult.* 52.

E DO BENEFÍCIO DO DIREITO DE DELIBERAR

§ X — Não está definido no nosso direito em que tempo se deve adir a herança. Todavia, na praxe, de que falam Valasco, *Consult.* 96, desde o n. 7, e *Praxis partitionum*, cap. VII, n. 33, e Neto, *De testamentis*, liv. V, tit. 10, n. 6, não se concede prazo para deliberar; o juiz, a requerimento dos credores ou do substituto, marca oito ou dez dias, decorridos os quais se tem a herança por repudiada, quando pedidos pelo substituto, e por adida, quando pedidos pelos credores ou legatários. Portanto, não está em uso o benefício de deliberar, nem em boa verdade ele é necessário, quer porque o remédio do inventário é mais fértil e fácil, quer porque o herdeiro só é obrigado dentro das forças da herança pelos encargos do defunto (§ IX deste título).

ALGUMAS NOÇÕES ACERCA DA OBRIGAÇÃO DE O HERDEIRO OU OUTROS FAZEREM INVENTÁRIO

§ XI — São, porém, obrigados a fazer inventário todos aqueles que administram bens alheios (Tit. XII, § XI, deste livro), ou então aqueles que querem defender bem os seus interesses, cabendo no número destes principalmente os herdeiros testamentários e legítimos (§ IX deste título). Deve também fazer inventário o marido ou a mulher, ainda que não instituído ou instituída pelo cônjuge defunto, Ord. liv. 4, tit. 95; se houver filhos menores, e o inventário não for feito dentro de

dois meses, o cônjuge sobrevivente é privado da sucessão e da tutela, e da administração e usufruto dos bens, Ord. liv. 1, tit. 88, § 8. Ao juiz dos órfãos impõe-se que officiosamente cuide de fazer inventário de menores onde se descrevam todos os bens móveis e de raiz, bem como os nomes dos devedores, depois de aquele em cuja posse esses bens ficam prestar juramento de os descrever fielmente; e, se este os encobrir com mau dolo ou fizer alguma coisa para que não sejam descritos, é multado no dobro, citada Ord. § 9, que também tem lugar nos maiores. Valasco, *Praxis partitionum*, cap. VIII, nn. 39, 40, 41 e 42, Gama, *Decisio* 122. Tudo isto deve estender-se aos furiosos, menores, mentecaptos e ausentes, cujos bens igualmente devem ser inventariados pelo *juiz ordinário*, Ord. liv. 1, tits. 79, § 13, e 78, § 7. Quanto ao inventário do espólio do bispo, quem o faz é o corregedor da comarca, Cabedo, P. I, *Decisio* 84, Pereira, *Decisio* 95, n. 16, e *De Manu Regia*, cap. XVI, desde o n. 19, Guerreiro, *De inventario*, liv. 4, cap. IV. E assim é a praxe que estes escritores testemunham. Algumas vezes costuma El-Rei ordenar ao corregedor por rescrito especial que pague o salário aos fâmulos e as mais dívidas do bispo falecido, Cabedo, supra, n. 4. E — notemos de passagem — se o bispo fizer testamento em que nomeie executores, estes são obrigados, mesmo que sejam eclesiásticos, a prestar contas apenas no foro secular, Cabedo, P. II, Aresto 88. Uma coisa, porém, é certa: os herdeiros não podem accionar, nem ser accionados, dentro do tempo da confecção do inventário, Valasco supra citado, nn. 20 e seguintes.

A HERANÇA NÃO ADIDA TRANSMITE-SE, CONTANTO QUE TENHA SIDO DEFERIDA

§ XII — Todos os herdeiros, mesmo estranhos, que morrem depois do testador, sem adirem nem repudiarem a herança, transmitem-na a quaisquer herdeiros. Por morte do testador,

a herança deixada sem condição é deferida, e todos os herdeiros, quer testamentários, quer legítimos, a adquirem por poder da lei, Alvará de 9 de Novembro de 1754. Portanto, não tem uso nenhum aquilo que o direito romano estabeleceu sobre a transmissão da herança com fundamento na *suidade*, no *direito de sangue*, e no *direito de deliberar*.

Morto o herdeiro em vida do testador, não fica lugar nenhum à transmissão, pois não há herança de pessoa viva, nem transmissão de coisa alguma; mas é diferente, se o herdeiro morre após o testador, porque nessa altura já ele adquiriu a herança ou o direito hereditário.

NA ESTIPULAÇÃO CONDICIONAL TRANSMITE-SE A «SPES DEBITUM IRI» (11)

§ XIII — Morto também o herdeiro depois do testador, e pendente a condição sob a qual foi instituído, também se transmite a todos os descendentes, não a própria herança, porque ainda não foi deferida, mas o direito hereditário, ou seja, a *spes debitum iri* (esperança de vir a ser devido), o que é inteiramente concedido pelo direito romano nos contratos, lei 25 do tit. *De verborum obligationibus*, § 4 de igual tit. das Institutas, e absolutamente negado nas últimas vontades, lei 4, e lei 5, § 2, do tit. *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat*.

Na estipulação condicional (expressão que em direito abrange todos os contratos) apenas há a *spes debitum iri* (esperança de vir a ser devido), a qual, visto o direito romano, transmitimos ao herdeiro; mas, nas instituições e legados deixados sob condição, vigora direito diferente. Costuma-se dar como razão desta diferença de di-

(11) Isto é, a *esperança de vir a ser devido* (Nota do Tradutor).

reito a seguinte: porque as estipulações recebem força desde logo, ao passo que os actos dos moribundos ficam suspensos até à sua morte, e sobretudo porque nos contratos o estipulador parece providenciar não só para si, mas também para os seus herdeiros, ao passo que o testador parece contemplar somente o legatário ou aquele que escolheu para successor, e não os herdeiros destes, muitas vezes de si desconhecidos, Everardo Otto, ao § 4 do tit. *De verborum obligationibus* das Institutas, etc.. Esta razão, porém, não satisfaz. Com efeito, embora os actos dos moribundos se suspendam até à morte, no entanto extinguem-se logo que esta se verifique, começando logo a ser devidas as coisas deixadas puramente em testamento; mas as que são deixadas sob condição, não são devidas, visto que não são exigíveis antes de satisfeita essa condição; existe, no entanto, a esperança de poderem ser devidas em qualquer altura que se dê a condição, e essa esperança nenhuma razão de direito proíbe se transmita ao herdeiro. E, muito embora as heranças e os legados costumem ser dados por benemerência ou outra causa, nem por isso se deve dizer que o direito eventual e a *spes debitum iri*, que o instituído e o legatário adquirem logo após a morte do testador, não se podem transmitir aos seus herdeiros, que sucedem em todos os direitos do defunto. Acresce que tanto a herança como o legado são por sua natureza perpétuos, e, caso não obste nenhuma razão especial, são transmissíveis aos herdeiros. Eis por que este mesmo direito, que vigora nos contratos, me parece de estender às últimas vontades. Em favor desta opinião alguns alegam a própria Glosa à lei *Is cui* 42 do tit. *De obligationibus et actionibus*, e Alexandre, *ibidem*.

A QUEM PERTENCE A EXECUÇÃO DO TESTAMENTO

§ XIV — Os testamentos são obrigatoriamente executados pelos executores neles mesmos nomeados, que chamamos *testamenteiros*, e pelos herdeiros, se não houver executores nomeados. O cuidado para que se dêem à execução incumbe aos bispos e aos provedores régios.

§ XV — O testamenteiro é obrigado a executar as disposições do testamento dentro do tempo assinado pelo testador, Ord. liv. I, tit. 62, no princ., e, não indicando o testador tempo algum, dentro de ano e mês, contados da morte deste, § 2, Guerreiro, tratado I *De inventario*, liv. IV, cap. VI, desde o n. 288. É também obrigado a dar contas, ainda que o testador o proibisse, na mesma Ord., no fim do princípio, mas apenas no juízo do seu domicílio, § 4, no fim, e igualmente a fazer inventário, ainda que o testador o dispensasse, Valasco, *Consult.* 52, n. 33, Gama, *Decisio* 157. Não deve, todavia, ser rigorosamente obrigado à execução testamentária que ainda não aceitou, Covarrúbias, *De testamentis*, cap. *Joannes* 19, n. 3. O testamenteiro culpável ou doloso na omissão de cumprir o testamento é removido como suspeito, e perde, por isso, o prémio deixado pelo testador, que é aplicado à redenção dos cativos, § 12. A lei não atribui nenhum prémio pela execução do testamento; este serviço é de sua natureza gracioso, visto que parte da amizade, Gaspar Morard, *De testament. Oper. Politico-Moral.*, P. II, cap. XI, § LVI; pode, no entanto, pedir salário ao juiz, que lho arbitrará de acordo com as posses do defunto e o costume local, Reinoso, *Observatio* 55, n. 23, Agostinho Barbosa, *Vot.* 126, n. 143. Antigamente o Desembargo do Paço podia prorrogar por justa causa o tempo determinado pela lei ou pelo testador para a prestação de contas do testamento, citada Ord. § 2, no fim, mas hoje não pode, § 117 do Regimento Novo dos Desembargadores. Não se dando no testamento executores, ou recusando-se eles a aceitar, ou sendo removidos da execução por negligência ou culpa, os herdeiros escritos são, por assim dizer, os executores *legítimos*, visto que são totalmente obrigados a executar o testamento e a prestar contas perante o juiz competente, o qual, finalmente, deve

constituir um executor *dativo*, Guerreiro, supra, nn. 76 e 124, Henrique Cocey, Disp. XLVII *De exsecutoribus testamentariis et jure patronatus*, Lauterbach, *De exsecutoribus ultimorum voluntatum*, vol. 3.

DOS PROVIDORES E BISPOS COMO EXECUTORES DE TESTAMENTOS, E DA SUA ACTUAL JURISDIÇÃO

§ XVI — Ao officio do provedor régio pertence, acima de tudo, providenciar para que se executem os testamentos dentro do tempo determinado pela lei ou pelo homem; e, sendo este o seu principal encargo, deve cumpri-lo gratuitamente, ficando, por isso, proibido de tomar coisa alguma dos bens do defunto, sem embargo de qualquer costume que haja em contrário, Ord. liv. I, tit. 62, § 23; todavia, pode tomar certa pequena soma de dinheiro, definida na citada Ordenação, dos bens do executor negligente, ou então do prémio ou legado deixado ao testamenteiro para execução do testamento. Não havendo testamenteiros nomeados, também foi confiada aos bispos, pelo direito civil, canónico, e pátrio, a execução dos testamentos, leis 28, 46 e 49 do tit. *De Episcopis et Clericis* do Código, Novela 131, cap. II, caps. 6 e 19 e por quase todo o tit. *De testamentis*, Ord. liv. I, tit. 62, § 4, e *passim*. E já desde o séc. XIII que estes juntamente com o Sumo Pontífice são chamados por direito próprio executores das últimas vontades nalguns testamentos de Príncipes e Nobres (§§ II e III, do tit. V deste livro). Qual seja actualmente a jurisdição dos bispos na execução dos testamentos, já noutro lugar o dissemos, *Instituições, Do Direito Público*, Tit. V, §§ L, LI e LII.

TÍTULO VII DOS LEGADOS E FIDEICOMISSOS

AUTORIDADE DO DIREITO ROMANO NESTA MATÉRIA

§ I — Temos poucas leis escritas sobre legados e fideicomissos; todavia, segundo os nossos costumes, reinam no foro quase todas as disposições que sob este título se acham notavelmente estabelecidas no direito romano; por isso, sempre que incidir questão sobre este assunto, hemos de recorrer ao direito romano como espécie de norma comum. Deve-se, pois, considerar como lei tudo aquilo que os Jurisconsultos bem e elegantemente applicam a certas espécies de factos, desde que, como quase sempre costuma acontecer, isso tenha por fundamento a razão natural e a genuína interpretação da vontade. Como de costume, apraz-nos fazer algumas anotações sobre esta matéria.

Uma vez recebido o uso dos testamentos, foram primeiro conhecidos os legados, principalmente os pios, e os fideicomissos, e depois as instituições solenes de herdeiros, como já noutro lugar advertimos (Tit. V, § II, Nota, deste livro). Veja-se Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. VIII, § 209. Ora, é a este direito, do qual recebemos o uso dos testamentos e legados, que se deve pedir a decisão das questões atinentes a esta matéria, e guardar-se inteiramente essa decisão, caso se ajuste aos costumes hodiernos. Afonso X de Castela extraiu do direito romano muitas disposições sobre legados e fideicomissos, que se acham na Partida 6, tit. 9.

QUEM E A QUEM SE PODE LEGAR

§ II — Sòmente podem deixar legados e fideicomissos aqueles que podem testar, e só os podem receber aqueles que são capazes de receber heranças. Isto é de direito certo e indubitável, leis 2 e 114, § 1, do tit. *De legatis* 1, Ord. liv. 2, tit. 26, § 23; deve, pois, aplicar-se aqui o que dissemos no Tit. V, §§ XX, XXI e XXX.

LIVRE FACULDADE DE LEGAR

§ III — É também indubitável que, não havendo herdeiros necessários, isto é, aqueles a quem por direito é devida a legítima, fica a cada um a livre faculdade de testar e legar de todos os bens, observando-se, todavia, as prescrições das nossas leis que referimos no citado Título.

DE TESTAMENTO NULO NÃO É DEVIDO

LEGADO, MESMO PIO

§ IV — É também hoje certíssimo que, anulado um testamento por falta das solenidades que chamamos *internas* ou *externas*, ou por qualquer outra causa, com excepção da preterição ou deserdação, não é devido o legado, mesmo pio, Ord. liv. 4, tit. 82, no princípio, lei 13 do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis* do Código, Riegger, *Jurisprudentia Ecclesiastica*, P. III, § 412 (Tit. V, § XVII, deste livro).

QUE ACÇÕES COMPETEM AO LEGATARIO NO DIREITO ROMANO E PATRIO

§ V — O legatário pode pedir a coisa legada, ou por acção de reivindicação, pois que esta acção nasce do domínio, lei 23

do tit. *De reivindicazione*, que passa ao legatário logo após a morte do testador, ou por acção pessoal *ex testamento*, visto que se entende que o herdeiro adindo a herança quase contrai com os legatários, § 5 do tit. *De obligationibus quae quasi ex contractu* das Institutas, ou finalmente por acção hipotecária, visto que os bens hereditários ficam obrigados por penhor tácito aos legatários e fideicomissários, lei 1 do tit. *Communia de legatis* do Código. Realmente, no nosso direito não se denegam estas acções ao legatário; no entanto, o seu uso é raro no foro, pois entre nós os legados são pedidos por outra acção mais fácil e rápida, que chamamos *assignação de dez dias*, Neto, *De testamentis*, liv. VI, tit. 8, n. 24, Mendes, in *Praxis*, liv. III, cap. 22, Pegas, *Forenses*, I, cap. I, n. 29.

DO LEGADO DE DÉBITO

§ VI — É inútil o legado de puro débito, visto que dele não resulta utilidade para o legatário credor, e só vale, quando o legado é maior que a dívida, § 14 do tit. *De legatis* das Institutas; se não há dívida, o legado não vale, e por causa nenhuma pode o legatário pedi-lo, nem por quase dívida, nem por fideicomisso, visto que não se pode dever fideicomisso por vontade e confissão errônea do testador; o contrário afirma Cévola na lei 88, § 10, do tit. *De legatis* 2, a qual Groenewegen, *De legibus abrogatis*, ibidem, entende de direito e mérito que deve ser ab-rogada.

O QUE SE LEGA AO CREDOR, DEVE ENTRAR NA COMPENSAÇÃO DA DÍVIDA

§ VII — Mas, se o devedor legar ao seu credor, não o próprio débito, mas outra coisa qualquer, deve entender-se que o legado foi deixado com intenção de compensar a dívida; e não

distinguimos, como vulgarmente se faz, entre o débito *voluntário*, que deriva dum contrato ou feito do homem, e o *necessário*, que se deve por disposição da lei. Com efeito, todo o débito é necessário, e, por isso, deve-se sempre presumir no testador a intenção de compensar. Este é, se não me engano, o sentimento da Ord. liv. 4, tit. 3^o, § II (*Instituições*, Liv. II, Tit. I, § II).

DO LEGADO DEIXADO ATÉ CERTO TEMPO OU LUGAR

§ VIII — O legado deixado até certo tempo extingue-se *ipso jure* findo esse tempo. O mesmo é de dizer do legado que foi deixado para certo lugar, pois não pode pedir-se fora dele. O princípio dos antigos, segundo o qual *A obrigação não se confina no lugar, condição, e tempo*, é uma estrita subtilidade de direito (Tit. V, § XXXII).

É boa, portanto, a regra que Pompónio ensina na lei 55, no princípio, do tit. *De legatis I: Ninguém pode prover em seu testamento, para que as leis não tenham lugar nele*. Mas os exemplos, com que ele ilustra esta regra, óptima sem dúvida e fundamentada em razões públicas, sobre o dever de não se limitar a obrigação no *tempo, lugar, ou condição*, não se ajustam à jurisprudência actual, nem têm um algum no foro, Strykio, *Us. mod.* ao tit. *De legatis*, § 20.

REGRA SOBRE O SIGNIFICADO DAS PALAVRAS NOS LEGADOS

§ IX — Na questão sobre o significado das palavras com que foi deixado o legado, deve-se procurar a interpretação da vontade do testador, não na propriedade da linguagem latina, nem na significação jurídica dos vocábulos que o testador quase sempre ignora, mas no significado natural, corrente e popular,

que a língua usada pelo testador admite segundo a acepção vulgar e o uso comum de falar (*História do Direito Civil Português*, cap. XIII, § CXXII).

DO LEGADO DE MÓVEIS

§ X — E, assim, embora na palavra *móveis* caibam, em significação jurídica, o dinheiro, os títulos de dívidas e os semoventes, todavia, como pelo costume comum e vulgar de falar sòmente se entendem nessa palavra as coisas móveis que se destinam ao ornato da casa, segue-se daí que no legado de móveis não se contém: 1) os frutos já percebidos e os extantes, visto que o povo não lhes chama móveis, mas frutos; 2) o dinheiro por qualquer motivo depositado na arca, porque sempre o distinguimos dos móveis; 3) as acções, direitos e títulos dos devedores, visto que constituem a terceira espécie de bens distinta dos móveis e imóveis; 4) ovelhas, bois, e outros animais; 5) os vasos de ouro ou prata destinados à mesa ou cozinha; 6) o linho ou a lã, quer manufacturados, quer em bruto, e coisas semelhantes. E, assim, só se compreendem as alfaias, isto é, os ornamentos da casa, como cadeiras, papeleiras, espelhos, tapetes, quadros, e o mais que chamamos *móvel, e alfaiá de casa*.

Outros exemplos, podem procurar-se no legado de vinho, o qual não compreende o vinagre, o zito (espécie de cerveja), a cerveja, o hidromel, o vasilhame, mas o vinho puro, que é o significado do povo; vejam-se, querendo, as leis 9 e 15 do tit. *De tritico, vino et oleo legato*, Averano, I *Interpret. Juris*, cap. 18. Procurem-se também outros exemplos nos legados de trigo, azeite, fundo aparelhado de alfaias, comestíveis, mobília, etc., cuja interpretação e significado ineptamente se busca no direito romano, e que em português não se podem explicar apenas numa palavra.

NEM O ERRO DE NOME NEM O DE VOCABULO
PREJUDICAM O LEGADO

§ XI — Dizendo-se que o erro no nome ou apelido do legatário, ou no nome próprio da coisa legada, não prejudica o legado, se constar da pessoa ou coisa legada, diz-se a verdade. De facto, como bem diz Justiniano no § 29 do tit. *De legatis* das Institutas: *Servindo os nomes para designar as pessoas, nada importa que sejam designadas doutra maneira, contanto que conste quais sejam.* Coisa diferente é de dizer, na opinião de Ulpiano na lei 4 do tit. *De legatis* I, se alguém errar no nome apelativo das coisas, como, por exemplo, chamando vestido à mobília, linho à lã, etc., porque, diz ele, *os vocábulos das coisas são imutáveis, e os das pessoas, mutáveis.* No entanto, eu, aqui, não vejo bem a razão da diferença entre o erro no nome e o erro no vocábulo. Admitamos, porém, que os vocábulos das coisas são imutáveis; na questão sobre a vontade do testador, conhecendo-a nós e sabendo de certeza em que coisa ele pensou e quis legar, não interessa nada o nome com que a designou. Por isso, o que se diz do erro no nome do legatário ou da coisa legada, deve ampliar-se ao erro no vocábulo, isto é, no nome apelativo das coisas, devendo constituir-se, tanto num como noutro caso, o mesmo seguinte direito: *quando é evidentíssimo o sentido do testador, nunca a interpretação das palavras deve valer tanto que se sobreponha a esse sentido,* lei 3 do tit. *De liberis praeteritis* do Código.

TAMBÉM A FALSA DEMONSTRAÇÃO OU CAUSA
NÃO PREJUDICA O LEGADO

§ XII — É também verdade o que se costuma dizer: que a demonstração falsa não vicia o legado, § 30 do tit. *De legatis* das Institutas; de facto, é supérfluo tudo aquilo que se acres-

centa à coisa suficientemente designada, lei I, § 8, do tit. *De dote praelegata*. Também não o invalida a causa falsa, § 31 do mesmo tit. das Institutas, isto é, a causa *impulsiva e pretérita, porque a razão de legar não fica unida ao legado,* lei 72, § 6, do tit. *De conditionibus et demonstrationibus*.

DO LEGADO COM CLAUSULA MODAL
E DA CAUÇÃO MUCIANA

§ XIII — A causa final ou modo imposto ao legado não impede que este possa ser imediatamente pedido; no entanto, deve prestar-se caução de cumprir esse modo, lei 80 do tit. *De conditionibus et demonstrationibus*. Se alguma coisa foi deixada sob condição potestativa negativa, essa coisa pode ser pedida imediatamente pelo legatário, se este prestar a *caução Muciana*, lei 7 do mesmo título do Digesto. E este direito observamos, pois se apoia na boa razão.

A CONDIÇÃO IMPOSSIVEL E AS PALAVRAS CONTUMELIOSAS
PREJUDICAM O LEGADO

§ XIV — O que dissemos da condição impossível por natureza ou pela lei, que, posta na instituição de herdeiro, vicia a instituição (Tit. V, § XXXIII), queremos se diga igualmente dos legados e fideicomissos, aos quais são inteiramente applicáveis as anotações feitas nos §§ XXXIV, XXXV e XXXVI.

O LEGADO CONDICIONAL TRANSMITE-SE

§ XV — Se alguma coisa for deixada sob uma condição possível, a obrigação fica pendente do preenchimento dessa condição, e o legado só é útil se essa condição acontecer, lei 45,

§ 1, do tit. *De legatis*, lei 17, §§ 2 e 3, do tit. *De conditionibus et demonstrationibus*. E isto é inteiramente verdade. Mas o direito eventual, que compete ao legatário após a morte do testador, transmite-se aos herdeiros daquele, conforme já mais acima notámos, no Tit. VI, § XIII.

O LEGADO PODE SER RENUNCIADO ANTES DA CONDIÇÃO, OU DO DIA, E REPUDIADO EM PARTE

§ XVI— Também se pode repudiar o legado em parte, tal como a herança, conforme dissemos no Tit. VI, § 5, e renunciar no todo, embora ele tenha sido deixado sob condição, ou desde certo dia, e pode-se realmente, antes que o dia venha ou a condição se verifique.

Pompônio pensou de modo diferente na lei 43, § 1, do tit. *De legatis 2*, *ibi*: *Se nos for deixado um legado sob condição ou desde certo dia, não podemos repudiá-lo antes dessa condição ou desse certo dia, pois ele não nos pertence antes de esse dia chegar ou essa condição se verificar*. Esta razão não nos agrada, pois nenhuma lei proíbe renunciar a um direito futuro e eventual. Acresce que nos fideicomissos condicionais há lugar à transacção, segundo a lei 1 do tit. *De pactis* do Código, *ibi*: *A incerteza da condição extingue-se com uma convenção fundada em razões não iníquas*, e, por isso, também com a renúncia, porque entende-se que as coisas que admitem transacção, também admitem renúncia. Tudo isto se deve entender igualmente dos legados.

PERECENDO UMA DAS COISAS LEGADAS, AS RESTANTES SÃO DEVIDAS

§ XVII— É mais que certo, certíssimo, que o legado se extingue perecendo a coisa legada. Mas costuma perguntar-se:

se de várias coisas legadas uma perecer, são porventura devidas as restantes? Julgo que sim.

Nesta questão, sem dúvida difícil, costumam distinguir assim: se as coisas legadas são igualmente principais, perecendo uma, serão devidas as restantes; mas é diferente, se uma só for principal e essa perecer: então não são devidas as restantes, como suas acessórias. Cabem aqui os seguintes exemplos. Legada uma escrava com seus filhos, ou então legados os servos ordinários com seus substitutos, em morrendo a escrava ou os servos ordinários, fica o legado subsistente quanto aos filhos da escrava e aos servos substitutos, § 17 do tit. *De legatis*, das Institutas; a razão é porque nem os filhos são por sua natureza acessórios da mãe, nem os servos substitutos são acessórios dos servos ordinários, pois todos são servos; por isso, como todos foram igualmente legados por modo principal, todos são igualmente devidos. Na inversa, legado um servo com seu pecúlio, ou um fundo com seus instrumentos, em morrendo o servo ou alienado o fundo, nem o pecúlio nem os instrumentos são devidos, porque tanto o pecúlio como os instrumentos são considerados acessórios; ora, as coisas que são desta condição costumam extinguir-se, quando se extingue a coisa principal. O mesmo, e até *a fortiori*, entendem que se deve dizer, se a coisa se extingue e reduzir a outra forma; por isso é que, *morto o boi legado, nem o coiro nem a carne são devidos*, segundo a opinião de Paulo na lei 49 do tit. *De legatis 2*. No entanto, eu, posta de lado a distinção entre coisas legadas igualmente principais ou não, entendo que, legadas várias coisas, as que restam são inteiramente devidas, não havendo que saber se a coisa que pereceu era principal ou não; simplesmente há que investigar se o testador quis que o legado subsistisse na parte que não pereceu; e, assim, toda a decisão depende da vontade do testador e não da distinção mencionada. Nestes termos, ninguém pode duvidar de que, legado um boi, ou um servo com seu pecúlio, ou um fundo com seus instrumentos, a vontade do testador foi que o legatário lograsse, não só o boi vivo, mas também a sua carne e o seu coiro quando morresse, e não só o servo, mas também o seu pecúlio, isto é, o seu pequenino património, e semelhantemente também não só o próprio fundo, mas ainda os seus instrumentos; visto que todas estas coisas estão contidas nas palavras do legado, todas elas legou o testador, e todas elas podem ser úteis e lucrativas ao legatário, a quem o testador quis contemplar e prover. E, se são várias as coisas legadas, que é que o desaparecimento de

uma tem de comum com as outras? Na verdade, não parece que a vontade do testador se altera com a mudança ou redução da coisa a outra forma, ou com a sua destruição; aliás, o mesmo direito seria de constituir para o caso de as coisas legadas serem igualmente principais. Mas, se no caso de ser legado um rebanho e este se reduzir a uma ovelha, esta é devida, § 18 do tit. *De legatis* das Institutas, e se, no caso de ser legada uma casa ou uma ilha e estas arderem, também a área é devida e pode ser reclamada pelo legatário, § 22 do tit. *De legatis* I, que coisa pode obstar a que se estabeleça, total e geralmente, o mesmo direito em toda e qualquer mutação da coisa ou na sua destruição? Eu conheço as razões que os intérpretes do direito civil costumam apresentar para conciliar tão importantes matérias, mas não tenho vagar para as referir e refutar; apenas direi que me parecem razões muito subtis, e mais filosóficas, isto é, mais próprias das escolas e das disputas escolásticas do que razões simples e naturais que possam, na vida civil, estar ao alcance de todos os cidadãos. É mais simples a regra deste mesmo direito que diz: *As coisas que não valem da maneira que são feitas, valham doutra maneira possível; e a vontade, que não pode surtir efeito total, surta o efeito possível.*

O QUE É UM FIDEICOMISSO UNIVERSAL OU SINGULAR

§ XVIII — Os fideicomissos ou são universais, isto é, aqueles em que o herdeiro instituído é solicitado com palavras *precativas* a restituir toda a herança, § 2 do tit. *De fideicommissaris hereditatibus*, ou singulares, isto é, aqueles em que o herdeiro instituído é rogado com as mesmas palavras a restituir qualquer coisa particular, no princípio do tit. *De singulis rebus per fideicommissum relictis*. Por conseguinte, ainda agora os legados e os fideicomissos diferem nas fórmulas das palavras, pois, na realidade, os efeitos são os mesmos, no direito romano e no pátrio.

Também usamos os fideicomissos mais pelos costumes que pelas leis, pois raro se faz menção deles nos Códigos antigos e novos das

leis pátrias. Quais sejam as palavras *imperativas* e *precativas* é assunto a ver, não no direito romano, mas na propriedade da linguagem portuguesa, no uso comum de falar, e no significado corrente das palavras (§§ IX e X deste título). O uso dos fideicomissos já vem do início do século XIV, como o prova, entre outros, o testamento da Rainha Santa Isabel, apud Sousa, tomo I das *Provas* ao liv. II da *História Genealógica*, N. 16, nas palavras: *Mando a minha coroa de esmeraldas à Rainha D. Beatrix, minha filha, e rogolhe que a leixe á Infanta D. Maria sa filha.*

DO FIDEICOMISSO CONVENCIONAL

§ XIX — Um fideicomisso pode ser deixado, não só em testamento e codicilos, como normalmente se costuma fazer, mas também por contratos entre vivos, o que parece consentâneo, tanto com os costumes actuais, como com o direito civil. A este respeito, Cévola apresenta uma espécie primorosa na lei 37, § 3, do tit. *De legatis* 3, Harprectr, *De fideicommissio conventionali*, Thes. VII e seguintes. (Veja-se, querendo, o Tit. V, § XXXVI).

RESTITUIDA A HERANÇA, O FIDUCIARIO NÃO CONTINUA HERDEIRO

§ XX — O herdeiro fiduciário, que foi solicitado a restituir a herança, uma vez que o faça, já não é herdeiro, não sendo, por isso, obrigado a pagar dívidas, nem podendo demandar nem ser demandado por qualquer acção mesmo directa. No direito romano era diferente, § 3 do tit. *De fideicommissariis hereditatibus*, lei 88 do tit. *De hereditibus instituendis*.

O que Justiniano diz no referido § 3: *Porém, restituída a herança, aquele que a restituiu fica, apesar disso, herdeiro*, e Gaio na dita lei 88, no fim: *Não pode o herdeiro acrescentado fazer com que aquele que uma vez foi herdeiro, deixe de ser herdeiro*, é de estrito direito,

segundo o qual aprouve que as obrigações e as acções não pudessem ser arrancadas à pessoa, para a qual ou contra a qual uma vez foram adquiridas. Mas, embora esta espécie de axioma jurídico possa de qualquer modo entender-se naquele que renunciou espontaneamente ao seu direito e o passou para outrem, pois não é permitido aos devedores ceder as suas acções e obrigações em prejuizo dos credores, contra a vontade destes ou pelo menos sem seu consentimento, *Olea, De cessione iurium*, tit. 3, quaest. 9, desde o n. 8, não deve, todavia, ter lugar naquele que renuncia por necessidade do direito; por isso, sendo o fiduciário constrangido a restituir ao fideicomissário a herança que lhe foi deixada, de modo nenhum pode ser demandado em razão da herança que lhe restituiu por imposição da lei. Mas, se no direito romano o fiduciário não pode accionar nem ser accionado por acções úteis, e lhe compete, a ele e contra ele, a «excepção de herança restituída», lei 1, § 4, do tit. *ad Senatusconsultum Trebellianum*, com que utilidade o direito romano lhe concede, a ele e contra ele, acções directas, as quais, visto o mesmo direito, são absolutamente destituídas de qualquer efeito? E que vale dizermos que o fiduciário, ainda é herdeiro, se em seu poder não fica nenhum direito hereditário, o qual foi todo transferido, como dizem, *activa e passivamente* para o fideicomissário. É, por consequência, vã, para não dizer irrisória, a distinção entre acções directas e úteis, bem como de nenhum uso no foro, sendo até inadmissível, visto não encontrar apoio algum nas nossas leis, como em seu lugar diremos (*Instituições*, Liv. IV, Tit. VI, § V). Portanto, disse bem Paulo, na lei 47, § 1, do tit. *De negotiis gestis*: *Não interessa se alguém demanda ou é demandado por directa ou útil (... esta é uma subtiliza supérflua)*, *momento quando ambas as acções são do mesmo poder e têm o mesmo efeito*. Bem disse igualmente Schilter, *Exercit. XI ad Pandectas*, § 34: *É iníquo que aquele que restituiu o domínio e a posse, possa ser atormentado com acções hereditárias, ainda então sob o pretexto de reter o domínio directo, isto é, por causa dum mero nome e duma ficção, e não em consequência de uma verdade real e consistente*.

DA LEI FALCÍDIA

§ XXI — Aos legados também diz respeito a *Lei Falcidia*, dada no tempo de Augusto no ano 714 ab U. C.; nela se de-

cretou que a ninguém seria lícito legar para além de três quartos da herança, isto é, *seja o legado de tal forma que os herdeiros não recebam em testamento menos que a quarta parte da herança*, lei 1 do tit. *ad Legem Falcidiam*. Mas, como o nosso direito nunca menciona esta lei, a autoridade dela é nenhuma.

A principal razão da Lei Falcidia foi a utilidade pública, pois convém que as últimas vontades dos homens sejam cumpridas, lei 5 do tit. *Testamenta quemadmodum aperiantur*; em segundo lugar, foi promulgada tanto em favor do herdeiro, lei 71 do tit. *ad Legem Falcidiam*, como do testador, a fim de que este não morresse intestado, por os herdeiros escritos se recusarem a adir a herança devido ao nenhum ou pequeno lucro, como diz Justiniano no princ. de igual título das Institutas. Estas razões conformes à política testamentária dos romanos chegaram até nós, mas essa política agora é outra, devendo, portanto, ser outra também a disposição do direito. De facto, em primeiro lugar, afirmam Jurisconsultos de grande nome e Mes tres da Jurisprudência civil, apud Heinécio, *Exercit. De testament. fact. jure Germanico*, § 4, que o uso dos testamentos já não interessa à República e que até deve ser absolutamente eliminado da sociedade. Depois, não deve o favor do herdeiro ser motivo para que haja lugar à quarta Falcidia contra ou para além da vontade do testador, o qual, se quisesse, poderia tê-la pré-legado; e também não o favor do testador, que da dedução da Falcidia, não tira nenhuma vantagem nem desvantagem, por isso que o testamento fica destituído; nem, finalmente, o favor do legatário, quer porque, se o herdeiro instituído não adir a herança deixada em testamento para a receber ab intestado, é obrigado a satisfazer os legados e fideicomissos, lei 1, no princ., e lei 6, § 3, do tit. *Si quis omnia causa testamenti*, quer porque, muito embora o testamento fique totalmente destituído e a herança seja deferida ab intestado aos herdeiros, estes, rogados, devem prestar os legados por quase fideicomisso (Tit. V, § LIV). Acresce que o próprio Justiniano quase alterou toda a lei Falcidia e a razão do direito antigo, concedendo aos testadores a possibilidade de proibirem a detracção da quarta Falcidia, Novela 1, cap. 2, § 2, o que anteriormente não era permitido, lei 15, § últ. de igual título; ora, esta proibição não é necessária entre nós, visto não possuírmos nenhuma lei escrita, que admita a Falcidia, e ser vão, neste sentido, o recurso aos costumes; de facto, estes não se provam, segundo João de Carvalho, tra-

tado *De una et altera quarta deducenda, vel non legitima, Falcidia, et Trebellianica*, e segundo outros escritores do direito pátrio, que quizeram, cada um conforme seu cargo, como o dito Carvalho, comentar o direito civil ou o canónico, e não o direito pátrio, por entenderem que, no tempo em que escreveram, aqueles dois primeiros direitos eram indistintamente recebidos entre nós. Por conseguinte, deve provar-se a recepção do direito romano neste particular, ou com monumentos das leis antigas, ou pelo menos com testamentos antigos desde o século XIII até ao nosso tempo, em que os herdeiros excessivamente gravados tivessem usado mais de uma vez do benefício da Falcidia; porém, estes documentos não aparecem, e, mesmo que apparecessem, eu não lhes daria muita importância, porque hoje cessam todas as razões que ocasionaram a Lei Falcidia. Strykio, *Us. mod.*, neste tit., § XII: *Em alguns lugares foi totalmente abrogada a Falcidia, como no Estatuto de Nuremberga, tit. 29, lei 10; e não pode duvidar-se de que estatutos como este possam ser introduzidos, visto toda esta disposição ser de mero direito civil; Schilter, Exercit. XXXIX ad Pandectas, § 138. Em Aragão não é conhecida a Falcidia, pois lá vigoram estes dois princípios: o herdeiro não é obrigado além das forças da herança, e os legatários e substitutos recebem os bens, não do herdeiro, mas immediata e directamente do testador, Observat. III e XII, De testament., Portol, verb. Heres, n. 61.*

DO SENÁTUS-CONSULTO TREBELIANO

§ XXII — O mesmo dizemos do Senátus-consulto Trebeliano, cuja história, relatada no tit. *De fideicommissarius hereditatibus* das Institutas, e no tit. *ad Senatusconsultum Trebellianum* do Digesto, nem os caloiros de direito ignoram. A sua autoridade também é igualmente nula, visto que nem as leis pátrias nem os costumes antigos o mencionam.

O que dissemos da Lei Falcidia, é inteiramente applicável ao Senátus-consulto Trebeliano. Seria, porém, desejável que tanto o uso dele, como o da Lei Falcidia, fosse proscrito por lei pública, pois por sua

causa surgem, por assim dizer de chofre, inúmeras questões, difíceis e complexas, sobre as quais não se harmonizam nem as leis nem os seus intérpretes.

DO DIREITO DE ACRESCEER NA HERANÇA E NOS LEGADOS

§ XXIII — Também diz respeito aos legados a agitadaíssima questão sobre o direito de acrescer, com a qual não me preocupo muito, visto entender que este tão decantado direito não tem hoje lugar nem nas heranças nem nos legados. É que assim foi recebido pelos costumes informa Groenewegen, *De legibus abrogatis*, ao § 5 *Inst. De hereditibus instituendis*, onde alega vários autores.

O direito de acrescer foi constituído pelo direito civil, isto é, por interpretação dos Jurisconsultos à Lei das Doze Tábuas, entre os herdeiros legítimos, porque estes deviam à face destas mesmas leis receber toda a herança; entre os herdeiros escritos, porque no testamento *per aes et libram* comprava-se toda a herança, e o herdeiro representava integralmente a pessoa do defunto; e daqui é que nasceu a regra *Testati et intestati*, de que falámos no Tit. V, § XXXII. Foi introduzido entre os legatários, não por necessidade do direito, mas em consequência da presumida vontade do testador, a qual inferiam da união das palavras com as coisas. Mas facilmente se vê que estas razões são, em parte, supersticiosas, como as que derivam da compra da herança, da representação do defunto, e da regra *Testati*, e em parte falsas, como as que se fundamentam na conjectura sobre a vontade do testador. Com efeito, o testador, que sabe, ou deve saber, da existência de leis sobre a successão legítima, as quais têm lugar, quando ele, permitindo-o a lei, não dispõe dos seus bens, constituindo dois herdeiros em partes certas ou em comum quis deixar a cada um apenas a sua porção; e, se um destes não adquirir ou repudiar a sua parte, deve-se crer que o testador quer seguir as leis gerais da successão, e antes deixar salva a porção vaga aos herdeiros legítimos que ao co-herdeiro escrito. No respeitante aos legados, disse bem Schilter

na *Exercit. XXXIX* ad Pandectas, § XVI: *acresce ainda a seguinte razão de jurisprudência civil ou legislatória: que, em matéria de legados, o favor do legatário é menor que o do herdeiro, devendo na dúvida presumir-se que o testador quis que o herdeiro dê o menos ao legatário, como com Papiniano diz Ulpiano na lei Si ita 14 deste mesmo título. E, assim, presume-se que o testador neste caso antes quis deixar a parte vacante ao herdeiro que ao co-legatário, salvo se der um deles como substituto do outro ou deixar a coisa a ambos in solidum. Ver Exercit. XVII, §§ LIII e LV.*

(Continua)

PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE

(Tradução do Dr. Miguel Pinto de Meneses)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS^(*)

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

TÍTULO VIII

DAS SUCESSÕES AB INTESTADO

QUANDO TEM LUGAR A SUCESSÃO AB INTESTADO

§ I — Se alguém morreu intestado e não escreveu de modo nenhum o testamento, ou escreveu um que não pode ser válido, ou se o testamento que fez se tornou roto ou írrito, ou é destituído, dá-se lugar à sucessão legítima ab intestado, lei 1 do tit. *De suis et legitimis heredibus*.

DE QUE DIREITO DIMANA

§ II — E, embora por simplicidade natural a morte extinga o domínio, ficando, assim, os bens dos que morrem, como que derrelictos, a pertencer por supremo direito ao ocupante, e, neste sentido, a sucessão legítima pareça de certo modo contrariar o direito natural, todavia, como à opinião comum dos homens repugna considerar os bens como derrelictos e sujeitos à mercê de qualquer ocupante, todas as nações, com o intuito de evitar distúrbios, admitiram leis sobre a sucessão legítima,

(*) Continuação do *Boletim*, n.º 165.

a qual por esta razão é perfeitamente attribuída ora ao direito das gentes, ora ao direito civil, uma vez que todas as nações a receberam, confirmaram, e acrescentaram, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VII, § 3, Puffendorf, *De jure Naturae et Gentium*, liv. IV, cap. XI, Bynkershoek, *Observationes*, liv. II, cap. I.

ORDEM DE SUCESSÃO

§ III — Portanto, a sucessão ab intestado é deferida àqueles que o morto, devido aos vínculos de sangue, mais amou ou deveria amar, quais são, primeiro, os descendentes, em seguida os ascendentes, depois os colaterais, e por fim os cônjuges, e o fisco. Estas são as cinco ordens de sucessão definidas alfim por Justiniano na Novela 118, e pelo nosso direito, Ord. liv. 4, tit. 96, no princípio.

A Novíssima Constituição 118 de Justiniano foi de direito e mérito recebida em quase toda a parte, e com poucos aditamentos ou omissões; todavia, Justiniano omitiu nesta Novela muitas coisas, tornando, assim, dúbia e incerta a jurisprudência sobre as sucessões ab intestado, como já entre outros observou Thomásio, nas Notas ao tit. *De successionibus ab intestato* das Institutas. Entre nós, esta matéria, que é de enorme importância, nunca foi definida em capítulo especial, pois tanto nas antigas, como nas actuaes Ordenações, nada mais temos que as cinco referidas ordens de sucessão distribuídas aqui e além. Com elas não se decidem as questões controvertidas pelos Doutores, o que motiva grandes inconvenientes de carácter público, como todos facilmente vêem.

COMO SUCEDEM OS FILHOS LEGÍTIMOS E NATURAIS

§ IV — Portanto, a primeira causa é dos filhos, que são ou legítimos e naturais, ou só legítimos, ou legitimados, ou ilegí-

timos. Os simultâneamente legítimos e naturais sucedem aos pais sem diferença de sexo, família, idade, grau e bens, visto que tal diferença a não fazem nem as nossas leis nem os nossos costumes, tanto na sucessão testamentária, como na legítima, Ord. liv. 4, tits. 82, 91 e 96, no princípio.

Portanto, a filha é igualmente admitida com os irmãos à herança do pai, e este direito também usavam outrora os Visigodos, lei 9, liv. 4, tit. 2. Também as mulheres nobres sucedem ao pai juntamente com o irmão em partes iguais, pois o Alvará de 17 de Agosto de 1761, que pela primeira vez entre nós privou as filhas dos nobres da legítima paterna e que apenas lhes deu direito a pedirem alimentos ao irmão mais velho, acha-se hoje ab-rogado por Decreto de 17 de Julho de 1778. E este direito seguimos hoje e já desde o início do Reino nos bens alodiais; quanto aos bens enfiteúticos e de morgado, em seus respectivos lugares diremos qual o direito. Não agradou ele inteiramente a todas as nações, que, ao deferirem a sucessão legítima, tinham em maior conta o esplendor das famílias do que o amor e a presumida vontade do defunto, preferindo os filhos às filhas na sucessão paterna, Jacobo Perizon, *Dissert. De lege Voconia*, págs. 10 e seguintes.

DA SUCESSÃO DOS NETOS

§ V — Os descendentes sucedem em qualquer grau; no entanto, o grau estabelece diferença quanto à porção. Com efeito, os filhos sucedem *in capita* (por cabeças), isto é, a herança é dividida por pessoa segundo o número de filhos; os netos e netas sucedem *in stirpes* (por estirpes) pelo direito de representação, isto é, occupam o lugar do pai defunto, cuja porção todos recebem simultâneamente. Succedem, portanto, quer sós, quer em concurso com os filhos, e sempre *in stirpes*, mesmo que sejam os únicos descendentes existentes. Henrique Coccey, *Disput. 96 De successione nepotum*, vol. I, pag. 1634.

A sucessão dá-se *in capita* ou *in stirpes*. *In capita*, se se faz conforme o número de pessoas, a saber, quando cada um sucede por

direito próprio e quase por direito da sua cabeça, Novela 118, cap. 3. *In stirpes*, quando os graus mais afastados, ocupando o lugar dos pais pré-defuntos, recebem a parte destes, o que se chama direito de representação, visto que não sucedem por direito próprio, mas porque representam a estirpe, donde nasceram, e, por isso, apenas recebem aquela porção que aquele, cuja pessoa representam, devia receber, ainda que sejam muitos os oriundos da mesma estirpe. Porém, este direito, que na linha dos descendentes se estende a todos em geral e até ao infinito, só tem lugar entre os colaterais até ao terceiro grau, e, portanto, somente entre os filhos dos irmãos, segundo a dita Novela 118, cap. 3, vers. *Hujusmodi vero*, a qual quase todas as nações observam por igual, pois tem por fundamento a razão natural, Grócio. *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. VII, § 6. Entre os Visigodos foi Chindasvindo o primeiro que admitiu a representação, lei 4, liv. 4, tit. 5, porquanto as antigas leis não a concediam, se houvesse filhos vivos, lei 2, liv. 4, tit. 2. Quanto aos netos, Justiniano não definiu na dita Novela 118, cap. 1, como observa Thomásio no lugar citado, se sucedem *in stirpes* ou *in capita*, quando sós. Daqui resultou a divergência de opiniões dos Doutores neste ponto; no entanto, a opinião mais verdadeira é a dos que pensam que eles sucedem *in stirpes*, visto que vêm à sucessão, não por direito próprio, mas por transmissão do direito do pai.

DA SUCESSÃO DOS CLÉRIGOS, MONGES, CAVALEIROS DAS ORDENS E CAVALEIROS DA MALTA

§ VI — Portanto, ao pai sucedem igualmente todos os filhos mesmo clérigos, quer concorram com os irmãos, quer sejam sós, lei 56, § 1, do tit. *De Episcopis et Clericis*. O mesmo dizemos dos soldados, cavaleiros e clérigos das Milícias Sagradas do Reino, os quais semelhantemente são chamados com o mesmo e igual direito à herança do pai, tanto por testamento, como ab intestado; de facto, como eles segundo prescrição das nossas leis testam válidamente de suas coisas (Tit. V, § XXV), não se pode denegar a sucessão legítima, que é natural, àquele a quem se concede a livre faculdade de testar. Os Cavaleiros

de Malta ou Hospitalares sucedem ab intestado somente no usufruto da legítima, Lei de 12 de Maio de 1778. Os monges, palavra em que queremos abranger todos aqueles que fizeram os três votos solenes aprovados na Religião, são incapazes tanto da sucessão legítima como da testamentária, Lei de 9 de Setembro de 1769, § 10, a qual nesta parte não foi ab-rogada pelo Decreto da Rainha de 17 de Julho de 1778.

QUAIS OS QUE SUCEDEM AO CLÉRIGO AB INTESTADO

§ VII — Ao clérigo que morre sem testamento sucedem os parentes mais chegados, tanto nos bens patrimoniais, como nos clericais, Ord. liv. 2, tit. 18, § 7, ibi: *E se os ditos Clerigos, ou Beneficiados em vida, ou per morte não disposerem dos ditos bens, a quem devão vir, virão ao seu parente mais chegado; e depois: E isto mesmo se entenderá nos bens adquiridos por razão da Igreja*. E este é o costume geral da Espanha, como dissemos acima no Tit. V, § XII. Eis o que diz Riegger, *Jurisprudéntia Eccles.*, P. III, § CLXXX, a este respeito: *Mas, se esses herdeiros não receberem simultâneamente este ónus e não applicarem os bens aos mesmos fins a que ordinariamente estava obrigado o próprio clérigo, não vejo que haja de louvável neste costume*.

AO BISPO

§ VIII — Ao Bispo, nos bens patrimoniais, sucedem ab intestado os parentes mais chegados, e, nos bens episcopais, adquiridos por razão do ofício ou benefício, a Igreja, caps. 7 e 12 do tit. *De testamentis* (Tit. V, § XXIII). Exceptuam-se os imóveis, que a Igreja não pode adquirir sem licença régia (Tit. V, § XXXI).

§ IX — Pròpriamente falando, não se diz que o mosteiro sucede ao monge, visto que este não tem ou não pode ter nada de próprio, e, por outro lado, o monge não sucede por direito na própria legítima do pai natural, segundo a dita Lei de 9 de Setembro de 1769, § 10, e, por isso, nem o próprio mosteiro. Se tiver sido instituído herdeiro por um estranho, entende-se que foi instituído o mosteiro, o qual, assim, recebe a herança por ele, se for capaz de bens; deve entender-se isto dos móveis, conforme já mais acima advertimos, pois os imóveis, esses não os pode ter nem adquirir por nenhum título, mesmo *lucrativo*. Ao *noviço* sucedem inteiramente os parentes, e não o mosteiro, visto ele ser leigo antes da profissão.

DOS ESPÓLIOS DOS CLÉRIGOS E BISPOS

§ X — Sendo assim, segue-se que o *direito do espólio*, que consiste em recolher e reivindicar os bens dos clérigos e preladados falecidos sem testamento, não tem lugar entre nós. Por isso, os *espólios* dos clérigos, isto é, os bens móveis clericais não pertencem aos bispos, mas aos herdeiros legítimos, caso aqueles morram sem testamento; e os dos bispos não pertencem à Santa Sé, mas à Igreja. De facto, este direito nunca foi recebido entre nós, Carta Régia de 9 de Setembro de 1609, apud Pereira, *Decisão* 95, no fim, Portugal, *De donationibus*, Praelud. II, § VII, n. 90.

A história do direito dos espólios, que os Prelados pretendem dos Priores a si sujeitos, os Bispos dos clérigos beneficiários, e a Santa Sé dos Bispos ou clérigos falecidos sem testamento, é exibida por Thomasino, *Vetus et Nova Disciplina*, P. III, liv. II, caps. 56 e 57, onde diz que tal direito foi proibido por Edictos de Carlos VI, Luis XI, e Luis XII. Entre nós nunca foi recebido, sendo por este motivo expres-

samente proibido na Carta Régia de 9 de Setembro de 1609, a qual teve por fundamento os antigos usos do Reino, que alega, e o costume imemorial. Para mais informações, veja-se Gabriel Pereira, no lugar citado, Barbosa, *Jus Ecclesiae*, liv. III, cap. XVII, n. 62, Bohemero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ad tit. *De successione ab intestato*, §§ 9, 10 e 11, Espen, *Jus Ecclesiae Universalis*, P. II, Sect. IV, tit. I, *De pecunio Clericorum*, cap. VIII, n. 38.

DA LUTUOSA

§ XI — Também se segue que os bispos não podem escolher e tomar para si, dos bens de pároco falecido, uma coisa móvel ou semovente, que chamamos em português *lutuosa*, nem, quando o pároco morre sem testamento, ocupar-lhe os bens como vacantes, ainda que não apareçam parentes deste até ao décimo grau.

Diz-se que esta *lutuosa*, que o bispo escolhe a seu arbítrio das alfaias do clérigo morto, Constituição VIII do Episcopado do Porto, liv. IV, tit. X, se sub-rogou em lugar da porção canónica, legítima, ou seja o *mortuário*, que é devida aos bispos dos bens dos clérigos e vem mencionada nos caps. 14 e últ. do tit. *De testamentis*. No entanto, parece-me mais provável que ela tenha derivado dos costumes feudais, que não admitiam que o *vassallo* testasse contra a vontade do *Senhor*, visto que a este competia o direito de tomar dos bens do *vassallo* certas coisas, isto é, a *lutuosa civil*, a cuja semelhança parece ter-se introduzido a *lutuosa eclesiástica* tirada dos bens dos clérigos. A este respeito existe no Código Afonsino, liv. 2, tit. 47, uma lei de D. João I, que declara as coisas em que consiste a *lutuosa*, cuja exação foi alfim proibida pela Ordenação de 6 de Dezembro de 1499. Como quer que seja, provenha esta *lutuosa eclesiástica* da *lutuosa civil* ou provenha da dita porção canónica ou legítima, como pode ela hoje subsistir, uma vez que nunca foi recebida pelos nossos costumes e se acha já há muito abolida pela citada Ordenação? E como é possível aprovar e reter o seu uso contra as leis públicas do Reino que sem distinção deferem ab intestato todos os bens dos clérigos a seus herdeiros? Além disso, nem a citada Constituição Portuense nem outras têm autoridade alguma nesta matéria como meramente

civil e temporal que é. Portanto, actualmente só goza do direito do *mortuário* a Ordem de Malta ou do Hospital, nos bens do seu Comendador, Estat. 4, 19, 28, tit. V, *Del comun Tesoro*, pois esse direito não tem lugar nem nos Cavaleiros e *Comendadores* das Ordens de Cavalaria do Reino, nem nos próprios Priores das igrejas dessas Ordens, cujos herdeiros não devem segundo a *Definição* 30 da Ordem de Avis, tit. V, o *mortuário*, isto é, a *lutuosa*, já não direi ao bispo, mas nem mesmo à Ordem que o defunto professou. Mas mais fraco ainda é aquele direito que reivindica para o bispo como vacantes os bens dos clérigos falecidos sem herdeiro até ao décimo grau, pois não pode conceber-se o fisco episcopal sem privilégio real. Riegger, *Jurisprudentia Eccles.*, P. III, § 428, Bohemero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ad lib. III, tit. XXVII, § 17, Portugal, *De donationibus*, liv. 3, cap. 20, nn. 6 e 7. O nosso Tomé Valasco pensa doutro modo na *Adlegatio* 37.

OS FILHOS NATURAIS SUCEDEM AO PAI PLEBEU

§ XII — Os filhos naturais de pai plebeu sucedem-lhe ab intestado juntamente com os legítimos, Ord. liv. 4, tit. 92, Man. 71; não assim com os filhos naturais de cavaleiro, segundo as ditas Ordenações. E deste costume já há muito usamos nos costumes, que El-Rei D. Dinis foi o primeiro a confirmar por lei escrita, apud Ord. Afons. liv. 4, tit. 98. Ora, são naturais não só os nascidos de concubina mantida em casa ou havida publicamente, mas em geral os filhos de solteiro e solteira. A definição de cavaleiros, escudeiros e plebeus, demo-la nas *Instituições*, *Do direito das pessoas*, Tit. III, §§ XI, XII, XIII, XIV, XV e XVI.

Nas leis antigas chamava-se filho natural apenas àquele que nascia de concubina como esposa natural, e neste sentido se toma na citada Ord. Afonsina: *Uso e costume he em Portugal, que quando algum homem he solteiro, e se tomou com huma manceva solteira, e fazem algum filho antre ambos, este filho he chamado filho natural, e moormente sendo elle piam.* Nos Códigos posteriores chamam-se naturais

os filhos havidos de solteira, ou pelo menos de uma só concubina; por isso, os nascidos de várias concubinas não são naturais, Ord. citada, tit. 92, *ibi*: *Se algum homem hower ajuntamento com alguma mulher solteira, ou tener huma so manceba.* Hoje, porém, dizem-se naturais todos aqueles que nascem de pessoas entre as quais não podia haver matrimónio válido, sendo, por isso, naturais os nascidos de uma ou mais concubinas, ou de virgem desflorada, ou de viúva, ou de cavaleiros e comendadores das Ordens de Cavalaria do Reino. Febo, *Decisio* 68 e 76, nn. 11, 12 e 161, Valasco, *Consult.* 136, n. 6, Tomé Valasco, *Adlegatio* 6, desde o n. 9.

DE OUTROS FILHOS ILEGÍTIMOS

§ XIII — Os filhos naturais não sucedem ao pai nobre; no entanto, sucedem à mãe, se ela não tiver prole legítima. Os espúrios, isto é, os *vulgo quaesiti* (de pai incerto), que não podem indicar o pai, sucedem tal como os naturais apenas à mãe, mesmo illustre, quando esta não tem filhos legítimos, lei 5 do tit. *ad Senatusconsultum Orphicianum* do Código, Vinnio, ao § 3 de igual título das Institutas, Lauterbach, *De successionibus secundum Novellam* 118, §§ 18 e 19. Os filhos havidos de coito danado e punível, como os adulterinos, os incestuosos, os sacrílegos, não sucedem a nenhum dos pais, Autêntica *Ex complexu* do tit. *De incestis et inutilibus nuptiis* do Código, Ord. liv. 4, tit. 93, Man. 81, Valasco, *Consult.* 94, nn. 2 e seguintes.

Estas disposições tiradas do direito civil romano são quase totalmente aprovadas pelas nossas leis. Mas não temos lei especial que diga se o filho natural ou espúrio sucede ou não à mãe illustre. Pelo que concerne à mãe plebeia e aos filhos nascidos de coito danado, as questões emergentes sobre a sua successão podem ser facilmente decididas com a citada Ord. tits. 92 e 93. Porém, o que aqui dizemos dos filhos ilegítimos, deve entender-se apenas da successão ab intestado; de facto, eles podem suceder por testamento e ser instituídos herdeiros, se não houver filhos legítimos e outros herdeiros necessários, pois, que eu saiba, nenhuma lei pátria proíbe a sua instituição.

§ XIV — Os legitimados por subseqüente matrimónio são inteiramente havidos como legítimos e sucedem ao pai em absoluta igualdade de condições com os verdadeiramente legítimos, Ord. liv. 2, tit. 35, § 12; mas os legitimados por autoridade régia ou por qualquer outro modo não sucedem ao pai ab intestado, sendo excluídos, não só pelos filhos legítimos, mas também pelos colaterais; e deste direito usamos actualmente, e já desde o tempo del-Rei D. Duarte. Gama, *Decisões* II, 134 e 138, n. 5, Cabedo, P. II, *Decisio* 69, Febo, *Decisio* 97. O mesmo cumpre dizer dos legítimos apenas, ou seja, dos adoptivos (*Instituições de Direito Civil Português*, liv. II, *Do direitos das pessoas*, Tit. VI, § IX e Nota).

No nosso direito os filhos ilegítimos, mesmo legitimados, são considerados quase estranhos nas coisas que respeitam à casa e família do pai: não sucedem, por isso, ao pai ab intestado, mas só por testamento, e evidentemente naquilo que o pai lhes quis deixar, cláusula esta que hoje e já de há muito se põe em todas as cartas de legitimação. Mas ninguém pode duvidar de que os ilegítimos podem ser legitimados plenissimamente e para todos os efeitos, e ser igualados aos verdadeiramente legítimos, tanto na successão testamentária, como na legítima, quer porque toda a successão pertence ao direito civil, quer porque é a lei civil e não a natureza que estabelece diferença entre os filhos, como bem diz Justiniano na Novela 89, cap. 9. Por consequência, toda esta questão depende das palavras do rescripto e vontade régia. Consta, porém, da dita Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, vers. *E posto que*, que nas cartas de legitimação antes da Lei Mental nem sempre se punha a cláusula de succeder apenas nas coisas que o pai quisesse deixar; pelo contrário, nesses tempos quase todos os ilegítimos eram legitimados para succeder tanto por testamento como ab intestado; e, deste modo, foi legitimado por El-Rei D. Dinis seu filho *bastardo* Afonso Sanches, e por D. Fernando no ano 1413 da Era Gonçalo Vasques de Azevedo, filho de Francisco Pires, Prior de Santa Cruz, e Teresa monja de Lorvão, apud José Soares da Silva, *Memórias de D. João I*, Documento IV, etc..

§ XV — Morto o pai comum, que tem filhos vivos do primeiro e segundo matrimónios, apenas os filhos do primeiro matrimónio succedem ao pai ab intestado naqueles bens que, durante ele, chegaram por qualquer razão a esse pai comum e foram adquiridos por ambos os cônjuges, Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2 e 4, Man. 75, §§ 3 e 5. E, salvo este direito, os filhos recebidos de pai comum succedem em comum.

No direito romano, o cônjuge que contraiu segundas núpcias, em havendo filhos do primeiro matrimónio, perde a propriedade das coisas que adquiriu ou por successão dos filhos, ou do primeiro cônjuge, ou por razão do primeiro matrimónio, ficando apenas com a posse e mero usufruto dessas coisas, as quais devem ser conservadas e deixadas aos filhos havidos do primeiro matrimónio, lei 3, § 1, do tit. *De secundis nuptiis* do Código (*Instituições*, Liv. II, Tit. VIII, § XI, Nota). Pelo mesmo direito, o cônjuge, marido ou mulher, que casou segunda vez, succede por testamento aos filhos do primeiro matrimónio como qualquer estranho, mas ab intestado succede tão-sòmente no usufruto, Autêntica *Ex testamento* de igual tit. do Código, da qual foi tirada a citada Ord. tit. 91. Todas estas leis foram promulgadas em ódio das segundas núpcias, e em favor dos filhos do primeiro matrimónio, aos quais muito raramente são úteis as segundas núpcias; e, por isso, essas leis só têm lugar, se houver filhos vivos desse primeiro matrimónio e eles morrerem sem testamento, segundo a dita Autêntica e a dita Ordenação. Mais elementos tem o nosso Bento Gil, à lei *Titiae 100* do tit. *De conditionibus et demonstrationibus*, P. III, nn. 62 e segs., Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XIX, nn. 16, 17, 18, 19, 20, 21 e 22. Porém plenissimamente (embora não segundo o direito) se atendeu aos filhos do primeiro matrimónio na Lei de 9 de Setembro de 1769, § 27, e no Alvará de 23 de Novembro de 1770, que hoje não vigoram, visto que, com a sua ab-rogação, foi restabelecido o direito antigo por Decreto da Rainha de 17 de Julho de 1778.

QUANDO E COMO SUCEDEM OS ASCENDENTES

§ XVI — A *segunda ordem* de sucessão ab intestado é a dos ascendentes (§ 3 deste tit.). Portanto, à falta de descendentes a herança dos descendentes intestados é devolvida aos ascendentes, excluindo mesmo os irmãos germanos e os filhos destes, Ord. liv. 4, tit. 91, Man. 75, Afons. 102. Porém, o ascendente mais próximo exclui sempre o mais afastado, pois entre ascendentes não tem lugar o direito de representação, Autêntica *Defuncto* do tit. *ad Senastusconsultum Tertillianum* do Código, Novela 118, cap. 2. Os pais ilegítimos sucedem aos filhos pelo mesmo modo que estes aos pais, pois que a sucessão é recíproca, na mesma Novela, cap. 3.

Pela dita Novela 118, cap. 2, os pais concorrem à sucessão do filho juntamente com os irmãos germanos desse filho ou os filhos desses irmãos. Pelo contrário, no direito dos Visigodos, liv. 4, tit. 2, lei 2, os ascendentes são preferidos a todos os colaterais, sendo, na verdade, este o direito, e não o romano, que os nossos maiores sempre guardaram em seus costumes, que D. João I foi o primeiro a aprovar em uma lei especial a pedido de advogados e procuradores, apud Ord. Afons. citada. Não é leve a controvérsia, que as nossas leis e as romanas não decidem, sobre se o pai e a mãe são por igual admitidos à sucessão sem diferença de bens. A mim parece-me mais verdadeira a opinião de Baldo contra Bártolo, segundo a qual tanto os ascendentes paternos, como os maternos, devem ser admitidos à sucessão dos descendentes sem diferença de bens, ressalvada sempre a prerrogativa do grau, Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XIX, nn. 6, 7 e 8.

E OS COLATERAIS

§ XVII — A *terceira ordem* é a dos colaterais; a estes se defere a herança ab intestado, na falta de descendentes e ascendentes. E, em primeiro lugar, defere-se aos irmãos germanos e seus filhos, os quais sucedem *in stirpe*, quer concorram com

irmão germano, quer sejam sós (§ 5 deste tit.); não existindo irmãos germanos e filhos destes, sucedem pelo mesmo modo os irmãos ou irmãs unilaterais e seus filhos sem diferença sobre se os bens são paternos ou maternos, Coccey, *Jus Civile Controversum*, ad liv. XXXVIII Pandect. tit. XV, quaest. VIII. E, se não houver irmãos germanos nem unilaterais, nem filhos de uns e outros, acaba a herança por ser devolvida aos parentes seguintes mais próximos, que sucedem sempre *in capita* e segundo a prerrogativa do grau, de harmonia com a dita Novela, cap. 3. Os ilegítimos, mesmo os nascidos de coito danado, tornam-se herdeiros legítimos dos parentes conjuntos por parte de sua mãe, e sucedem entre si, § 4 do tit. *De successione cognatorum* das Institutas, Ord. liv. 4, tit. 93, Portugal, *De donationibus*, liv. 3, cap. XVIII, nn. 86 e 87.

Nas sucessões ab intestado deve rejeitar-se a distinção entre bens paternos e maternos, da qual, nem vestígios há na dita Novela 118, como magistralmente defende Samuel Coccey no lugar citado. Todavia, esta questão não foi decidida com a necessária clareza na mencionada Novela, resultando daí discordâncias entre os Doutores, conforme observámos com Thomásio mais acima na Nota ao § III. Em Castela, Terceira Partida, tit. 13, lei 6, os consanguíneos são preferidos nos bens paternos; nos maternos, os uterinos; e, nos restantes, sucedem por igual; assim era no direito do Código, tit. *De legitimis hereditibus*, lei 13, § 1, o qual se vê corrigido no direito das Novelas, Coccey, e Portugal (§ XVI, Nota).

QUANDO SUCEDEM OS CÔNJUGES

§ XVIII — Não havendo parentes até ao décimo grau contado pela forma do direito civil, sucedem os cônjuges entre si, Ord. liv. 4, tit. 94, Man. 69, Afons. 95, e é esta a *quarta ordem* de sucessão (§ III). E assim foi geralmente estabelecido a pedido do povo nas Cortes de Elvas por lei especial de D. Pedro,

apud Ord. Afonsina citada. Por consequência, por esta lei de D. Pedro, o cônjuge sobrevivivo sucede ao outro, mas apenas no caso de ao tempo da morte estarem unidos em justo matrimônio e com comunhão de cama e mesa, pois, de harmonia com a interpretação autêntica de D. Afonso V àquela mesma lei, interpretação que foi feita com base na lei única do tit. *Unde vir et uxor* do Digesto e passou aos Códigos posteriores, a separação não exclui o fisco. Mas, se o cônjuge não deu causa à separação, sucede ao cônjuge defunto; assim é entendida a Ord. liv. 4, tit. 94, por Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XIX, nn. 55 e 56, e Barbosa, à rubrica do tit. *Solutu matrimonio*, P. II, nn. 58, 59 e 60.

A sociedade tão íntima e tão santa dos cônjuges parece exigir que na sucessão legítima se conte com eles. Porém, há que contar de modo muitíssimo especial com os pactos antenupciais, testamentos recíprocos e doações entre cônjuges, que o nosso direito não ignora em absoluto (Tit. V, §§ XVIII e XXXVI, Nota). Divergem neste artigo as instituições dos povos, como referem Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. IX, desde o § 362, e Strykio, *De successioneibus ab intestato*, Dissert. IV, cap. III, §§ 8 e segs.. Entre nós muitas vezes o fisco ocupava os bens, se não restavam parentes; isto deu origem às queixas do povo no cap. LIX das Cortes de Elvas e à citada lei de D. Pedro I que preferiu o cônjuge ao fisco.

DA SUCESSÃO DO FISCO NOS BENS VACANTES

§ XIX — Por último, a herança ab intestado defere-se ao fisco, e esta é a *quinta* e última *ordem* de sucessão (§ III deste tit.). Ora, o fisco sucede nos bens vagos, direito este enumerado entre os direitos reais, Ord. liv. 2, tit. 26, § 17; no entanto, adquirindo-a fica obrigado às dívidas e encargos inerentes à herança, Henrique Coccey, Disput. *De bonis vacantibus*. Com efeito,

como bem diz Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. III, cap. II, § 1: *Estabeleceu-se juntamente com os domínios das coisas que os bens passassem com os encargos* (Veja-se o Alvará de 26 de Agosto de 180r).

Na falta de todas as ordens de herdeiros, sucede por fim o fisco; no entanto, existe a questão sobre com que direito é que o fisco chega aos bens vacantes, isto é, se por direito próprio ou hereditário. Tal questão é tratada, entre outros, por Amaya, ao tit. *De bonis vacantibus* do Código. Seja, porém, qual for a resolução, o certo é que o fisco fica obrigado ao ónus a que o defunto e seus bens estavam por direito sujeitos; assim se acha estabelecido no direito romano e no canônico, lei *Si marito 31*, do tit. *Solutu matrimonio*, lei *Mulier 72* do tit. *De jure dotium*, lei *Non possunt 11* do tit. *De jure fisci*, cap. *In literis 5* do tit. *De raptoribus*, cap. *Tua 9* do tit. *De usuris*. Não devem, todavia, os bens vagos ser applicados ao fisco, sem a certeza de que são efectivamente vagos, depois de feita citação daqueles a quem a questão interessa e o mesmo fisco ser declarado sucessor por sentença judicial, lei 7 do tit. *De jure fisci* do Código, e respectivos comentários de Brunneinan, n. 8. Aquilo que se diz da sucessão do colégio, universidade, ou *Senhor* nos bens de colegial ou *vassalo* seu que morre sem herdeiro, não é aprovado pelas nossas leis e costumes, não estando, pois, em uso o título do Código Justiniano *De hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium militum, et fabricensium*, por isso que as cidades, os colégios e os Senhores de terras não gozam, sobretudo desde o tempo de D. João I, dos privilégios do fisco e dos direitos reais maiores nos bens dos vassalos e colegiais, Amaya, à lei 1 do tit. *De bonis vacantibus* do Código, desde o n. 34. Dos bens dos condenados e dos bens *ereptícios* que se lhes tiram como pessoas indignas, falaremos em seu lugar, isto é, no tratado dos delictos e penas (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. I, § XVII).

TÍTULO IX

DA SUCESSÃO DO MORGADO

DEFINIÇÃO DE MORGADO

§ I — Olhando à dignidade do tema, a sucessão do morgado requer um tratado especial, mesmo que isso nos leve a faltar em muitas outras coisas. Por morgado entende-se: *O direito de suceder nos bens deixados com a condição de estes se conservarem perpétuamente íntegros na família e serem deferidos por ordem sucessiva a qualquer primogénito mais próximo.* Molina, *De primogeniis*, liv. I, cap. I, n. 22.

ORIGEM DOS MORGADOS

§ II — A sua origem em toda a Espanha atribui-se ao Principado, pois sendo os seus reinos hereditários, e sucedendo nelles apenas o filho mais velho, os nobres começaram, à imitação do Principado do Reino, a instituir morgados, isto é, a designar certos bens que ficassem em poder somente do primogénito.

No tempo dos Visigodos o filho não sucedia ao pai, a não ser que, ainda em sua vida ou após a sua morte, tivesse sido eleito com o consenso dos padres, IV Concílio de Toledo, cânone últ., e V Con-

clílio, cânone 3. Porém, o reino de Leão, que sucedeu ao Gótico, foi, desde o tempo de Pelaio, hereditário, ou por lei, ou por costume, sucedendo nele só o filho mais velho ou qualquer outro primogénito mais próximo. De Portugal ninguém duvida. Sendo esta a constituição e sucessão do Reino, em grande parte atribuível ao direito feudal (pois o Reino era um grande feudo, que continha outros menores), e permanecendo ella sempre na sucessão do morgado do Reino, ou seja, do Principado, os Senhores feudais, maiores ou menores, a quem por este direito era vedado alienar bens hereditários, começaram, com a grande diminuição ou quase total extinção desse direito, a poder dispor dos bens hereditários, e a sujeitar, por isso, ao vínculo de fideicomisso perpétuo, em vez daqueles, certos bens, a que chamaram *majoratus* (morgado), por isso que ficavam pertencendo ao *major em natu* (mais velho); e, deste modo, quizeram conservar para todo o sempre a sua linhagem, e o seu nome, família e agnação. E, por consequência, é sobretudo nesta fonte que se deve buscar a origem e instituição do morgado, a qual se deve remontar, em Castela, principalmente ao tempo de Afonso X, chamado o Sábio, e, em Portugal, a D. João I, durante cujo reinado se extinguiu o direito feudal e entrou o direito romano, Molina, no prefácio da obra citada. A questão sobre a justiça, equidade e utilidade dos morgados já instituídos ou a instituir, célebre entre juriconsultos e políticos, encontra defensores e opositores; por mim, deixo-a indecisa; sobre ella deve ver-se, entre outros, Gaspar Morard, *De testam. Opera Politico-Moralia*, P. I, § 170, e P. II, § 4x.

DA SUCESSÃO DO REINO

§ III — Ora, sendo a sucessão do Reino, a cujo exemplo foi instituído o morgado, deferida, por direito de sangue, a um só, o primogénito, por linhas e graus, e sendo deferida tanto a descendentes, como a colaterais, e tanto a varões, como a fêmeas, com a excepção de, na mesma ordem, ser preferido o varão mais novo à fêmea mais velha, como manda a *Lei Fundamental* da successão do Reino; segue-se que as questões atinentes a morgados devem ser decididas, à falta de leis especiais, de harmonia com aquella Lei, Molina, obra citada, Retes, *De*

fideicommissio perpetuo familiae relicto, cap. I, § 18, apud Meerman, *Thesaurus*, tomo VII, pág. 631, Cabedo, P. II, *Decisão* 51, n. 9.

A ordem a observar na sucessão do Reino está sobretudo contida nas primeiras Cortes do Reino celebradas em Lamego. Veio, depois, a Lei das Cortes de 12 de Abril de 1698, apud Sousa, tomo V das *Provas* ao livro VII da *História Genealógica*, N. 84, pág. 96, onde se ab-rogou aquele capítulo das Cortes de Lamego em que o filho do Rei, que sucedeu ao irmão, não era Rei, se o não fizerem os Bispos, os Procuradores e Nobres da Corte del-Rei [História do Direito Civil Português, §§ XI e LXVI, Nota (a)]. E parece que, na matéria vertente, apenas estas duas leis se devem considerar *Fundamentais*, pois a lei das Cortes de 11 de Dezembro de 1679 é especial e restringível apenas ao caso de que fala; de facto, o capítulo da Lei de Lamego, que privou da herança do Reino a filha do Rei que casasse com Príncipe estrangeiro, não foi por ela ab-rogado, mas dispensado em favor da Princesa D. Isabel, filha de D. Pedro II. E, quanto àquela lei das Cortes de 23 de Novembro de 1679, não trata ela da sucessão do Reino, mas da tutela do Rei impúbere. Por conseguinte, quase toda a questão da sucessão do Reino depende da Lei de Lamego, com a qual se devem conjugar inteiramente as tradições e usos do Reino, e ainda os testamentos dos Reis, se bem que estes não tenham o mesmo, mas muito menor valor, e o mais que se vê auxiliar neste tema. Vista, por isso, toda esta lei, é evidente das palavras que dela abaixo se transcrevem: I) que os descendentes de D. Afonso I devem ser admitidos à sucessão do Reino, com observância da prerrogativa do sexo e grau; e que, por isso, o Reino é deforado de certo modo por direito de sangue e por direito hereditário; II) que, na linha dos descendentes, é de admitir a representação até ao infinito; III) que a sucessão só passa a outra linha, quando a anterior estiver extinta; IV) que devem ser admitidos os colaterais, se não restarem filhos ou filhas; V) que na mesma linha o varão deve ser preferido à fêmea; VI) que a filha deve ser admitida e anteposta aos colaterais e aos varões de outra linha e ordem; VII) que os *bastardos* e legitimados devem ser excluídos, visto que, na mesma lei, não são abrangidos na palavra filho, nem o pai com o seu reconhecimento pode tirar o direito adquirido pelo povo e pelo sucessor, com este direito, que o costume do Reino sempre aprovou, foi preferido

na sucessão do Reino D. Manuel, Duque de Beja, a D. Jorge, filho natural legitimado de D. João II. Tudo isto se prova admiravelmente com as seguintes palavras da referida Lei de Lamego: «*Viva o Senhor Rei D. Afonso... Se tiver filhos varões, vivam e tenham o Reino... Por sua morte herdará o filho, em seguida o neto, depois o filho do neto, e, finalmente, os filhos dos filhos em todos os séculos para sempre... Se o primeiro filho del-Rei morrer em vida de seu pai, o segundo será Rei, e, se este falecer, o terceiro, e se o terceiro falecer, o quarto, e os mais que se seguirem por este modo. Se el-Rei falecer sem filhos, em caso que tenha irmão, este possuirá o Reino em sua vida... Também as filhas do Senhor Rei são de sua descendência, e queremos que elas sucedam no Reino... se o Rei não tiver filho varão*». Esta mesma ordem de sucessão provam os testamentos dos primeiros Reis: o de D. Afonso II, apud Sousa, tomo I das *Provas* ao liv. I da *História Genealógica*, N. 19, pág. 34, *ibi*: «*Primeiramente, mando que o Infante D. Sancho, meu filho, o qual tenho da Rainha D. Urraca, haja o reino com toda a paz e inteireza; e morrendo sem filhos legítimos, lhe suceda o filho mais velho que eu tiver da mesma rainha; ou, fallando filho varão, entre no reino minha filha a infanta D. Leonor, que tenho desta própria rainha*». Palavras quase semelhantes se lêem no testamento de D. Sancho II, apud Sousa, *ibidem*, N. 24, pág. 48, e no de D. João I, *ibidem*, ao liv. III, N. 4, pág. 356, *ibi*: «*Fazemos nosso testamenteiro... o Infante D. Duarte, meu filho primogenito, e herdeiro, que prazendo a Deos, depois de nossos dias ha de ficar em nosso lugar... ou seu filho, ou neto lúidmo descendente por linha direita, segundo se requere por direito e costume em sucessam destes Regnos, e Senhorio, ou algum de meus filhos per sua direita ordenança, a saber, primeiramente o Infante D. Pedro, e depois de sua morte seu filho, ou neto na maneira suso dita, e nom o havendo hi, fique o Infante D. Henrique, deshi aos outros meus filhos pelo modo sobre dito*». No de D. João II, apud Sousa, tomo II das *Provas* ao liv. IV, N. 28, pág. 167, *ibi*: «*Ey o Duque D. Manoel meu Primo por meu verdadeiro herdeiro, e successor, não me dando Nosso Senhor filho, ou filha legítimos*». A mesma ordem de sucessão consta das escrituras dotais celebradas entre D. Beatriz, filha de D. Fernando Rei de Portugal, e D. João I Rei de Castela, apud Sousa, tomo I das *Provas* ao liv. II, N. 39, pág. 296, e do testamento de D. Pedro II, tomo V das *Provas* ao liv. VII, N. 78, pág. 83, e de muitos outros documentos que seria longo referir; foi, porém, necessário anotar estes, digamos sumariamente, porque muito ajudam ao en-

tendimento da matéria que estamos tratando. Em Castela a sucessão do Reino está definida na Segunda Partida, tit. 15, lei 2, *ibi*: *Que el señorío del Reyno heredassen siempre aquellos, que viniessen por la línea derecha. E por ende establescieron que si fijo varon y non oviesse, la fija mayor heredasse el reyno. E aun mandaron, que si el fijo mayor muriesse anteque heredasse, si deixasse fijo, o fija, que oviesse de su mujer legitima, que aquel, o aquella lo oviesse, e non otro ninguno. Pero si todos estos falleciessen, deve heredar al reyno el mas propinco pariente.*

LEIS ESPECIAIS SOBRE O MORGADO

§ IV — Temos poucas leis especiais que declarem a sucessão do morgado. De facto, sobre o morgado não existe título nenhum nos Códigos Afonsino e Manuelino, mas já existe no Filipino, liv. 4, o tit. 100, *Per que ordem se succederá nos morgados, e bens vinculados*, que foi quase organizado com base nas Leis Taurinas promulgadas por D. Joana, Rainha de Castela, em 1505, na Nueva Recopilación, liv. 5, tit. 7, e nas duas Extravagantes del-Rei D. Sebastião de 15 de Setembro de 1557, apud Leão, p. 6, tit. 1, leis 12 e 13. Durante o feliz reinado de D. José I, vieram a público as Leis de 9 de Setembro de 1769, §§ 11 e segs., e 3 de Agosto de 1770, que são os principais diplomas que hoje regulam esta matéria.

E praticamente são estas as leis sobre os morgados, as quais, para dizermos a verdade, não regulamentam cabalmente o assunto, resultando daqui ser ainda hoje arbitrária a jurisprudência sobre a sucessão dos morgados, e depender esta, em grande parte, dos preconceitos e autoridade dos Doutores. A Lei Mental de D. João I não trata da sucessão dos morgados, mas da dos bens da Coroa do Reino, sendo, por isso, vã a sua aplicação às questões do presente assunto. Em Castela também difficilmente ocorre a palavra morgado nas antigas leis do *Fuero*, do *Ordinamenti*, do *Estilo*, e das *Partidas*, e, pela primeira vez, se tratou convenientemente desta matéria nas Cortes de Toro no reinado de D. Joana, as quais, depois, Filipe II passou para a sua Recopilación, dito liv. 5, tit. 7, Molina, no prefácio da obra citada.

DEVE-SE DISTINGUIR O MORGADO DO DIREITO DE PRIMOGENITURA, DOS FIDEICOMISSOS PERPÉTUOS, E DAS CAPELAS

§ V — Não se devem confundir os nossos morgados com as prerrogativas vulgarmente attribuídas aos mais velhos, nem com os direitos dos primogénitos, de que fala o Génesis, XXV e XXVII, Molina, *De primogeniis*, liv. I, caps. I e II, Pegas, *De majoratibus*, cap. I; facilmente se vêem as respectivas diferenças. Também não se devem confundir com os fideicomissos perpétuos dos Romanos, os quais rigorosamente não pertenciam ao primogénito, e podiam ser divididos entre vários duma família; além de que neles o filho mais novo não era preferido à filha mais velha, Retes, obra citada. Finalmente, não devem confundir-se com as capelas, como veremos no cap. seguinte (Tit. X, § I).

ANTIGAMENTE OS MORGADOS ERAM REGULARES OU IRREGULARES

§ VI — Antigamente podiam instituir-se morgados sem licença do Rei, e eram ou de sucessão regular, a saber, quando o filho é chamado e preferido à filha, embora mais velha, ou de sucessão irregular, ou seja, extraordinária, quando, por exemplo, só os descendentes sucedem por linha varonil, com perpétua exclusão das mulheres. É também irregular o morgado de nomeação livre ou certa, em que succede um estranho ou um da família chamado pelo possuidor do morgado ou por um colégio, isto é, por uma confraria. Todas estas diferenças, que dependiam da lei especial da instituição, foram em geral aprovadas pela Ord. liv. 4, tit. 100, § 3, *ibi*: *não declarando, ou dispendo o instituidor... em outra maneira; porque o que ella ordenar, e dispozer, se cumprirá.*

Sendo a instituição dum morgado muito exorbitante do direito, só por lei escrita ou longos costumes pode ser mantida, Retes, na obra citada. Entre nós foi recebida pelos costumes desde o tempo de D. João I ou pouco antes, e era quase deixada ao arbítrio de qualquer particular, como se apenas promanasse da simples natureza do domínio, ou faculdade, concedida ao senhor, de dispor de qualquer modo da sua coisa; não era, por isso, necessária licença especial do Rei. Diz-se morgado *regular* o que imita a sucessão do Reino e foi instituído segundo o seu exemplo e norma; e *irregular*, aquele que se desvia da forma de sucessão do Reino, e contém diversas vocações, cláusulas, e condições.

HOJE SÃO TODOS REGULARES

§ VII — Porém, actualmente todos os morgados tornaram-se regulares, sendo reprovadas as cláusulas da masculinidade e da agnação, as condições ineptas e frívolas. Só podem ser instituídos com licença régia pela maneira definida na Lei de 3 de Agosto de 1770, §§ 8, 9, 10, 13, 24 e 25.

O QUE SE REQUER HOJE PARA A INSTITUIÇÃO DO MORGADO

§ VIII — Por isso, hoje já não é permitido a qualquer um instituir morgado a seu talante, mas somente com licença régia, dada mediante consulta do Desembargo do Paço, dita Lei, § 13; esta licença apenas é concedida em favor dos nobres e daqueles que bem mereceram da Pátria nas armas, nas letras, no comércio e na agricultura, §§ 15, 16 e 17; e apenas no caso de os bens destinados ao morgado renderem ao possuidor por ano, livres de todos os encargos pios ou profanos, em Lisboa 6.000 cruzados, isto é, 2.400\$; 3.000 cruzados, isto é 1 200\$ nas chamadas províncias da Estremadura e Alentejo; e um conto de réis, nas outras províncias, §§ 18, 19, 20 e 21.

§ IX — As condições impossíveis por natureza ou pela lei, impostas nos morgados instituídos quer em contrato quer em testamento, viciam a instituição; deve, por isso, aplicar-se aqui o que dissemos no Tit. V, §§ XXXIII, XXXIV e XXXV deste livro. Porém, as condições possíveis, mas ineptas, frívolas e exóticas, não anulam a instituição, mas são nulas em si e têm-se como não escritas, §§ 10 e 25. E tais são: 1) a condição ou cláusula de agnação ou masculinidade, e qualquer outra que faça o morgado irregular, §§ 9 e 24; 2) a condição de anexar perpétuamente a terça do possuidor, § 5; 3) a da livre ou restrita nomeação dependente do possuidor ou dalguma confraria, § 8. Também se deve considerar frívola e exótica a condição de casar ou não com pessoa certa ou de certa família, ou de morar em determinada localidade, e, em geral, qualquer condição que embarce a liberdade natural e civil do homem, e, finalmente, aquela de cujo cumprimento e realização não resulte nenhuma verdadeira vantagem e utilidade para terceiro.

A liberdade, que vulgarmente se atribui ao senhor, de dispor da sua coisa sob qualquer condição, deve ser restringida pelas leis civis, visto que é do interesse público que ninguém use mal de coisa sua. De facto, como da manutenção dessa liberdade surgem no foro inúmeros litígios e demandas, bem e prudentemente andou a referida lei de 3 de Agosto de 1770 em considerar como não escritas as condições frívolas e exóticas; mas quais sejam essas condições, não o disse aquela louvada Lei expressamente, nem ao menos uma vez o exemplificou, como se fazia mister. A mim parecem-me ser essas condições as que trazem mais desvantagem ao possuidor que cómodo e verdadeira utilidade a outrem, ou então as que consistem mais em encargos e servidão pessoal que em verdadeira honra e proveito. Por conseguinte, eu chamo a estes encargos, no sentido da dita Lei, frívolos e exóticos; devem eles ser inteiramente rejeitados, com ressalva, todavia, das prestações, pensões e obrigações, que o instituidor uniu com os ditos encargos, as quais, sempre que lícitas e úteis, devem ser observadas e prestadas. E, se me cabe emitir opinião, também

julgo frívolas e ineptas as condições que se costumam pôr ao casamento e habitação do possuidor; pois não é verdade que, além de se oporem ao bem público que resulta da liberdade de matrimónio e livre trânsito, parece o mais estulto dos mortais aquele que presume dispor, ainda para além da milésima geração, não digo já das suas coisas, mas das acções dos seus descendentes, tão sérias e realmente tão importantes na vida natural e civil, as quais em absoluto não lhe pertencem, mas tão-sómente a eles e à sociedade? E, entendida assim a citada Lei, não há que fazer conta nenhuma dos arestos do Senado e opiniões dos Doutores em contrário.

QUE PESSOAS PODEM INSTITUIR MORGADO

§ X — Pedida e alcançada a licença régia, podem instituir morgado os leigos, e também os clérigos, estes mesmo dos bens adquiridos por razão da Igreja, de que podem por direito testar, Ord. liv. 2, tit. 18, § 7, no fim, Molina, *De primogeniis*, liv. II, cap. X, N. 53 (Tit. V, § XXV), pois nada obsta a que tais instituições se mantenham no foro externo. Podem instituir morgado os maiores de 25 anos e os menores púberes, em testamento ou em contrato, sob autoridade do curador, os pais e os filhos-família dos bens que de pleno direito lhes pertencem, os solteiros, e os sem filhos, e também os casados que, tendo filhos embora, podem vincular, em favor dum deles e com exclusão dos outros, a terça dos bens, salva sempre a legítima a estes devida a contar do tempo da morte e da qual por direito nenhum podem ser privados.

E vulgar a opinião de que se pode vincular ao morgado instituído com licença régia a legítima dos filhos, mesmo que estes não consintam, e era esta a principal diferença entre o morgado instituído por autoridade própria e o instituído por autoridade régia, Molina, *De primogeniis*, liv. II, cap. II, Pegas, *De maioratibus*, liv. I, cap. III, nn. 1 e 2. Mas eu entendo, pelo contrário, que os filhos não podem ser privados dos alimentos, nem da legítima que os substitui, nem pelo

pai, ainda quando instituiu o morgado com licença régia, nem mesmo pelo próprio Rei, Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XVIII, N. 9.

E EM QUE BENS

§ XI — Sendo o morgado de sua natureza perpétuo, só pode ser constituído em bens imóveis. Exceptuam-se os móveis preciosos, como anéis, pérolas, vasos de oiro ou prata de grande valor, os brazões, e outras coisas que ostentam a honra e antiguidade da família, as quais se consideram como imóveis, Molina, liv. II, cap. X, n. 7. As rendas anuais, as pensões, e as usuras sujeitas a remição, ainda que sejam enumeradas entre as coisas imóveis, Ord. liv. 3, tit. 47, no princ., não são válidamente vinculadas ao morgado senão com a cláusula expressa de que o dinheiro proveniente da sua remição será empregado na compra de imóveis, Molina, n. 8, e *ibidem* Maldonado. A enfitese perpétua (pois da temporal, ou por vidas, ninguém duvida), também não é válidamente vinculada ao morgado sem o consentimento do senhorio directo, porque este não pode ser privado, contra vontade, dos laudémios, direito de prelação, etc... Febo, *Decisio* 5, Gama, *Decisio* 70, Cabedo, P. I, *Decisio* 130, Molina, *De primogeniis*, liv. II, cap. X, n. 72 e respectivos Adicionadores. Outros entendem doutro modo, e entre eles deve contar-se principalmente Manuel Alvares Pegas, *Forenses*, cap. IX, desde o n. 32.

DE QUE MODOS SE INSTITUI, E SUA PROVA

§ XII — Uma coisa é, porém, certa: que, precedendo ou seguindo-se licença régia, se pode perfeitamente instituir morgado, tanto em testamento, como entre vivos; e o instituído por este modo segue a natureza do acto em que foi expresso, isto é,

a natureza de contrato ou a de última vontade. A sua instituição prova-se com o próprio testamento, com escritura pública ou particular de fundação do instituidor ou fundador, e com o diploma régio que o confirma. Também se admite e prova a instituição dum morgado com o costume e prescrição inmemorial, lei 45 de *Toro, Recopilación*, liv. 5, tit. 7, lei 1, Ord. liv. 1, tit. 62, § 51, Lei de 3 de Agosto de 1770, § 4.

Segundo esta citada Lei, prova-se de modo muito especial a instituição dum morgado com a sentença judicial em que certos bens hajam sido declarados pertença desse morgado. A este respeito e sobre a prova do morgado trazem muitas informações Larrea, *Decisão 56*, Macedo, *Decisão 15*, e Pegas, no citado cap. VI.

NO MORGADO SOMENTE SE ADMITE A SUCESSÃO COGNÁTICA

§ XIII — A sucessão do morgado ou é hereditária, quando o sucessor é chamado segundo a proximidade do grau, ou *lineal*, quando se olha, não ao grau, mas à ordem e linha. Por sua vez, esta ou é *agnática*, a que exclui para sempre as fêmeas, ou *cognática*, a que, à falta de varões, admite as fêmeas na mesma linha, ou finalmente *mista*, a que só admite as fêmeas quando se extinguem os varões de todas as linhas. Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv II, cap. VII, desde o § 12. Entre nós não há hoje nenhuma sucessão agnática nem mista, mas cognática, pois as fêmeas da primeira linha são realmente postostas aos varões da mesma linha, mas preferidas aos varões da segunda ou terceira, Lei de 3 de Agosto de 1770, §§ 9 e 24, Ord. liv. 4, tit. 100, § 1, a qual se deve entender assim.

Grócio, no lugar citado, trata da sucessão do Reino, mas Coccey diz bem no § 12 dos Comentários a esse lugar: *Que ele forma tantas espécies de sucessões, que mal se pode conceber uma controvérsia que*

não possa ser defendida e igualmente refutada com base nestes mesmos princípios; e depois: Que a partir destes princípios se podia defender ainda que com armas injustas qualquer usurpador, que segundo a ordem natural de sucessão fosse dela excluído, assim como também definir à vontade a natureza da sucessão. Sendo assim, não se deve aplicar, inteiramente e sem selecção, à sucessão do morgado aquilo que Grócio aqui inculcou, pois não são verdadeiros e claros os princípios por ele ensinados nesta matéria, mas muito difíceis e intrincados, como o dito Coccey demonstrou com grande aparato no referido lugar e numa dissertação especial sobre o assunto.

E A LINHA DE SUBSTANCIA

§ XIV — Porque hoje todos os morgados são regulares (§ VII), deve-se olhar, ao deferir a sua sucessão, apenas à chamada *linha de substância*, e não à de *qualidade*. Por isso, as qualidades, requeridas no sucessor pelo instrumento de instituição, devem ser havidas como não escritas, tal como as condições e cláusulas exóticas.

A linha de consanguinidade é comumente definida como a *colecção de pessoas conjuntas pelo mesmo sangue e descendentes do mesmo tronco, a qual contém diversos graus*. Divide-se em linha de descendentes, ascendentes, e colaterais, recta e obliqua, paterna ou materna. Mas diz mais directo respeito ao nosso caso a divisão em *linha de substância* e *linha de qualidade*. A primeira é aquela em que naturalmente se compreendem os descendentes, ascendentes e transversais sem distincção de varões e fêmeas, concedendo-se a prelação entre eles pela seguinte ordem: linha, sexo, grau e idade. Chama-se *linha de qualidade* à que se compõe somente daquelas pessoas que têm as qualidades naturais ou accidentais prescritas pelo instituidor do morgado; esta linha contém em si várias espécies. Carlos António de Luca, tratado *De lin. legal.*, art. 1, n. 20, e art. 10. É, portanto, regular o morgado que segue a *linha de substância*, e irregular o que segue a *linha de qualidade*.

A QUALIDADE E REJEITADA DA INSTITUIÇÃO

§ XV — Por consequência, deve rejeitar-se da instituição a qualidade de que no morgado apenas suceda ou clérigo, ou agnado, ou varão, doutor ou magistrado, ou qualquer outra deste género. O mesmo cumpre dizer da qualidade de *bastardo*, a qual é igualmente de rejeitar. Portanto, eliminada da linha qualquer qualidade que faça o morgado irregular, sucede aquele que está nessa linha, mesmo que não tenha tal qualidade; e, assim, para dar ao menos um exemplo, quando pelo instituidor foram chamados somente Doutores, rejeita-se esta qualidade, e admite-se o que está mais chegado na linha, ainda que professe a carreira das armas.

Tudo isto resulta necessariamente das palavras e sentido da muitas vezes citada Lei de 3 de Agosto de 1770, que tornou todos os morgados regulares, nos quais não se admitem as mencionadas qualidades, visto repugnarem à sua natureza. A qualidade da successão de *bastardo* é própria dum morgado irregular, pois no regular apenas succede o legítimo; e, por isso, embora o instituidor chame expressamente um bastardo, este não é hoje preferido ao colateral mais próximo. Deste modo, após a dita Lei, as cláusulas e qualidades irregulares expressas nos antigos morgados devem ser consideradas como não escritas e inúteis, nos pontos, evidentemente, que contrariam a regular successão do Reino e do morgado.

GRADUAÇÃO RECEBIDA NO MORGADO

§ XVI — A ordem successória no morgado, ou, como dizem, a *gradação*, derivou do direito feudal, e é a seguinte: primeiro, atende-se à linha; em seguida, na linha, ao grau; depois, no grau, ao sexo; e, em quarto lugar, no sexo, à idade. A prerrogativa da linha é a mais poderosa e vence todas as outras, não obstante mesmo a prerrogativa do grau; o primogénito transmite a prerrogativa da linha a toda a sua posteri-

dade, Ord. liv. 4, tit. 100, no princ., *ibi: per sua ordem*, de Luca, citado art. 8, n. 5, Febo, P. I, *Decisio* 22, n. 12, Macedo, *Decisio* 16, nn. 5, 6 e 7.

SUCCESSÃO LINEAL

§ XVII — Nesta matéria cumpre observar as seguintes regras, e que quase todos concordam, e decidir a partir delas as principais questões sobre a successão dos morgados, as quais a norma que impus ao meu trabalho não permite, não digo já expor, mas nem sequer indicar e sumariar. I) Os direitos de primogénito passam de primogénito para primogénito. II) A linha do primogénito entende-se que é chamada até ao infinito, e deve ser anteposta a todas; daqui resulta que esta linha exclui todas as outras, até à altura em que se extinguirem todos os que descenderam da linha do primogénito. III) No morgado succede-se sempre em linha recta, por forma que nem a successão se retrotraí, nem se deve passar de uma linha para outra. IV) A linha não deve ser constituída por todos os descendentes do instituidor ou de qualquer possuidor do morgado, mas apenas pelos primogénitos que sucedem gradualmente; por isso, entre filhos, netos e bisnetos só os primogénitos formam linha e são admitidos sucessivamente. V) Extinta a linha do primogénito mais antigo, imediatamente succede o segundogénito e a sua linha; e, extinta esta, o terciogénito e a sua linha. VI) Extinta a linha recta dos descendentes, defere-se o morgado à linha do primogénito dos colaterais, e succede o primogénito entre os próprios transversais; mas, acabados todos estes, admite-se o transversal da linha do segundogénito. VII) Extinta uma linha, não consideramos a pessoa mais próxima, mas a linha mais chegada, e procuramos nela aquele que descende por linha recta do filho mais antigo, de Luca, citado art. 8, desde o n. 40, que diz no vers. *Ex eisdem* do n. 47, o seguinte: *Na successão dos morgados deve observar-se como*

regra a ordem das linhas, seguindo por linha recta e preferindo todos os da linha em que a successão uma vez entrou, e olhando sempre à linha recta, e isto tanto em relação aos descendentes como aos transversais. VIII) A linha actual, que o possuidor do morgado constituiu, deve ser considerada em primeiro lugar, visto que tem a maior prerrogativa entre todas as linhas, Pereira, *Decisão* 59, n. 5. IX) A linha actual segue-se imediatamente a linha habitual do primogénito que ele constituiu para si e seus descendentes; e o primogénito e seus descendentes, mesmo no caso de o primogénito falecer antes da successão, excluem sempre o segundogénito e seus descendentes, de Luca, n. 51 e 52.

DEVE ADMITIR-SE A REPRESENTAÇÃO NA SUCESSÃO DO MORGADO

§ XVIII — E é daí que vem o direito de representação, em consequência do qual o filho ou o neto do primogénito pré-defunto, mesmo que o pai deste seja vivo, o representa a ele pré-defunto e sucede no direito de primogenitura; e, como ocupa o lugar do pré-defunto, e está na mesma linha actual, ou de primogenitura, é preferido ao tio paterno segundogénito, embora este esteja em grau mais próximo, Ord. liv. 4, tit. 100, no princípio, lei 45 de *Toro*, Recopilación, liv. 5, tit. 7, lei 5, Molina, *De primogeniis*, liv. III, cap. VI. Por conseguinte, este direito de representação no morgado instituído pelos ascendentes prolonga-se hoje até ao infinito na linha dos descendentes; mas, se se apresentar instituído por um transversal, apenas se estende aos filhos do irmão; e assim de facto foi estabelecido na muitas vezes citada Lei de 3 de Agosto de 1770, § 26, sendo reprovadas as outras opiniões.

Por consequência, está definida no nosso direito a questão sobre o tio paterno e o neto, acerca da qual já não é lícito disputar entre

nós. A regra de que no morgado succede o mais próximo em grau, deve ser entendida para o caso de este não ser excluído por outro pelo direito de representação. De facto, como o primogénito, mesmo em vida do pai, e logo desde o nascimento possui o direito ao morgado, e é já considerado seu sucessor e administrador, senão em acto, pelo menos, como dizem, em hábito ou potência, transmite esse direito, quer já deferido e adquirido, quer adquirindo, aos descendentes, que, por esse motivo, são preferidos ao tio paterno, posto que de grau mais próximo, de Luca, no lugar citado. Portanto, esta transmissão do direito e a representação da pessoa concede-as a Ord. liv. 4, tit. 100, no princ., aos descendentes do instituidor até ao infinito, e igualmente aos colaterais que deste descendem; mas a mesma Ord. no fim do princípio, que entre outros bem explicam Gabriel Pereira, *Decisão* 59, n. 7, e *Decisão* 116, Macedo, *Decisão* 16 nn. 11, 12, 13, 14, 15 e 16, também concede a representação, embora restrita e até ao segundo grau segundo a forma do direito comum, aos transversais não descendentes do instituidor. Na citada Lei de 3 de Agosto de 1770, § 26, é um pouco diferente; de facto, esta diferença foi estabelecida não entre descendentes, ou transversais procedentes ou não do instituidor, como faz a Ordenação, mas entre o morgado instituído por ascendentes e o morgado instituído por transversais; por isso, aquela Lei estabelece a representação perpétua na linha dos descendentes no morgado fundado por ascendentes, e dentro apenas do segundo grau, isto é, entre irmãos e filhos de irmãos, no morgado instituído por transversais. Mas este assunto carece ainda de mais ampla e clara explicação. Muitas mais informações vêm em de Luca, art. 27.

SÓ O PRIMOGÉNITO SUCEDE, EMBORA SEJA IMPCBERE OU FURIOSO

§ XIX — Como no morgado só um pode succeder, entre todos deve ser preferido o primogénito, que adquiriu desde o momento do nascimento o direito de successão, direito este que, uma vez ele nascido, não lhe pode ser tirado; e assim é também a natureza do Reino e do *Principado*, cuja força, como bem diz Salústio Crispo no liv. 6 dos *Anais* de Tácito, se dis-

solve, se for distribuída por mais que um. E deve ser preferido o primogénito, mesmo que seja criança, furioso, ou mentecapto.

Por razão nenhuma deve ser preferido o mais novo ao mais velho, porquanto aquele que é o primeiro no tempo, é o melhor no direito. Ora, o direito ao morgado não pode ser tirado mais por causa da idade que por causa da doença, ausência, ou outro impedimento temporário. O facto de o primogénito se tornar furioso não o pode privar do direito que adquiriu logo desde o nascimento; no entanto, durante o tempo do furor deve confiar-se a administração a outros, isto é, a tutores ou curadores. E este direito deve ter lugar, não só no simples morgado, e naquele a que foi anexa jurisdição temporal, mas também na própria sucessão do Reino, da qual não pode ser privado o primogénito, ainda que impúbere ou furioso. Coccey, nos coment. a Grócio, liv. II, cap. VII, § 12. Outros pensam diferentemente, Gomez, à lei 40 de Toro, n. 69.

SE NASCEREM GÊMEOS, QUAL DELES DEVE SER PREFERIDO

§ XX — Se nascerem gémeos, é preferido o primeiro que veio à luz; na dúvida, são admitidos ambos à sucessão do morgado, dividindo-se os bens por igual. Esta é a opinião mais recebida, a qual se vê aprovada em Castela, na *Partida* 7, tit. 33, lei 12, ibi: *Nascen a las vegadas dos criaturas de una vez del vientre de alguna muger, e contece que es dudda qual dellas nasce primero; e dezimos que si el uno es varon, e el otro hembra, que deuenos entender, que el varon salio primero, pues que non se puede averiguar el contrario. E si fueren ambos varones, e non puede ser sabido qual dellos nacio primeramente: estonce ambos deven aver aquella honrra, e el heredamiento que auria el que ante naciesse, a quen dizen en latin primogenito.* Antonio Gomez, à lei 40 de Toro, n. 68.

Apesar de isto ser assim e recebido no foro, eu resolveria contra o morgado, visto este chegar a um caso em que não pode começar

nem ter saída; por isso, dissolvido o seu vínculo, julgaria os bens alodiais. Em boa verdade, já há muito opino que os morgados são muito prejudiciais e difficilmente toleráveis. (Ver *Code de l'Humanité*, palavra *Majorat*). Por isso, na dúvida e já que não temos nenhuma lei especial que determine neste caso a sua conservação, deve considerar-se extinto, pois facilmente a coisa regressa à sua natureza, segundo a qual os bens são alodiais, e todos os filhos sucedem ao pai sem diferença. O Alvará de 9 de Janeiro de 1788, visto que trata dum caso especial, só a este deve ser aplicado, e não pode constituir regra geral.

NAO SUCEDEM OS BASTARDOS NEM OS LEGITIMADOS

§ XXI — Por isso, em primeiro lugar, defere-se a sucessão do morgado aos descendentes do possuidor, e entre estes ao primogénito (§ XIX), mas aos legítimos somente. Não sucedem, pois, os bastardos ou espúrios, Ord. liv. 4, tit. 100, no princípio, ibi: *Filho, ou neto, ou descendentes legítimos*; Partida 2, tit. 15, lei 2, ibi: *si dexasse fijo, o fija, que oviesse de su muger legítima*; lei 40 de Toro; Recopilación, liv. 5, tit. 7, lei 11. E nem mesmo sucedem à mãe, muito embora esta haja sucedido no morgado, de Luca, citado art. 8, n. 63, vers. *Extenditur*. Não sucedem também os legítimos, ou seja, os adoptados, nem os legítimados por rescrito régio; mas já sucedem os legítimados por subsequente matrimónio, visto que são havidos para todos os efeitos como naturais e legítimos, Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, Molina, liv. III, cap. III.

E é esta a ordem de sucessão regular, que se observa também na sucessão do Reino (§ II). Todavia, sucedia o bastardo expressamente chamado, segundo a Ord. liv. 4, tit. 100, § 3, mas hoje, após a promulgação da Lei de 3 de Agosto de 1770, que fez todos os morgados regulares, não sucede (§ XV).

TAMBÉM NÃO SUCEDEM OS CLÉRIGOS, OS MONGES,
OS MOSTEIROS, E OS CRIMINOSOS DE LESA-
-MAJESTADE E SEUS FILHOS

§ XXII — Também não sucedem os clérigos, e os monges, Extravagante de 3 de Setembro de 1769, § II, e, por isso, o possuidor de morgado, que recebeu ordens maiores ou ingressou em mosteiro e aqui fez profissão solene, perde logo após a profissão a posse e administração do morgado, a qual, pela mente da dita Lei, deve ser deferida, não ao mosteiro, mas àquele a quem o morgado deve de direito pertencer, e assim há que entender hoje Cabedo, P. I, *Decisio* 133. Também não sucedem os réus de lesa-majestade, Ord. liv. 5. tit. 6, § 15, Gomez, lei 40 de *Toro*, n. 91, nem os filhos deles, citada Lei de 3 de Agosto de 1770, § II, a qual interpretou deste modo a mencionada Ordenação; e, finalmente, também não, todos os que não descendem do primeiro adquirente ou não lhe são conjuntos pelo sangue.

NEM OS ASCENDENTES

§ XXIII — No morgado os ascendentes não sucedem aos descendentes, porque não são da linha e raiz destes, isto é, da sua substância. Daqui resulta que, se o filho, que sucedeu no morgado para que foi chamado, morrer ficando seu pai vivo, não é este, mas o irmão ou o primo que deve suceder-lhe, de Luca, art. 8, desde o n. 47, Gabriel Pereira, *Decisio* 5. E é esta a opinião recebida no foro, mas deve ser limitada, se o pai tiver sido o instituidor do morgado, ou se o morgado tiver sido constituído por um estranho na pessoa do filho por consideração ou bons merecimentos do pai, de Luca, n. 86, e Pereira, *Decisio* 48, n. 5.

OS TRANSVERSAIS SUCEDEM

§ XXIV — Não havendo filhos, sucedem os colaterais, os quais são igualmente admitidos na sucessão do Reino (§ II). Porém, somente sucedem os colaterais, que ou descendem do instituidor, ou são seus consanguíneos, devendo ser preferido, entre eles, o que for mais chegado pelo sangue ao último possuidor, Ord. liv. 4, tit. 100, § 2, *ibi: succederá o parente mais chegado ao ultimo possuidor, sendo do sangue do instituidor*, extraída da Extravagante del-Rei D. Sebastião de 15 de Setembro de 1557, apud Leão, p. 6, lei 13, tit. 1, Pereira, *Decisio* 59, n. 7, Molina, *De primogeniis*, liv. III, cap. IX, de Luca, art. 9, desde o n. 7, Pegas, *De majoratibus*, tomo II, cap. IX, nn. 89 e 130, 438, 440 e 707, onde se podem encontrar muitas mais informações relativas à sucessão dos transversais, cuja explanação não me é permitida pelo plano desta obra. Mas a proximidade de sangue, que se exige, deve ser considerada em relação àquela parte donde se pretende a sucessão, isto é, em relação ao instituidor, Gama, *Decisio* 258, n. 4, Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XXI, nn. 10 e 11. Na sucessão do Reino também é preferido aquele que for mais chegado ao Rei último possuidor, e não ao fundador do Reino, segundo a Partida 2, tit. 1, lei 9, *ibi: La primera es, quando per heredamiento hereda los Reynos el fiijo mayor, o alguno de los otros, que son mas propincos parientes a los Reyes al tiempo de su finamiento*.

QUANDO SUCEDE A MULHER

§ XXV — Faltando os varões no mesma linha e grau, sucede a mulher, visto que esta só é excluída pelos varões na mesma linha e grau, Ord. liv. 4, tit. 100, § 1, deduzida da Extravagante del-Rei D. Sebastião de 15 de Setembro de 1557, apud Leão, p. 6, tit. 1, lei 12, Caldas, *De nominatione*, quaest. 17, n. 37. Segue-se daqui: 1) que entre as mulheres também

se dá o direito de primogenitura, à semelhança do varão primogénito; e, por isso, 2) a filha mais velha é como que rainha entre as irmãs às quais deve ser preferida na sucessão do morgado; 3) também deve ser preferida aos varões da linha inferior; 4) e aos consanguíneos mais remotos, se ela for mais chegada pelo sangue ao último possuidor; 5) aos ascendentes e colaterais; 6) e a filho seu, neto do último administrador, a quem vence pela prerrogativa do grau, e que não pode ter mais direito que a mãe, Coccey, *Disput. LI, De ordine succedendi feminarum illustrium*, Sect. III, § VIII. No entanto, ela é preferida pelo irmão mais novo, mesmo havido do segundo matrimónio, Pereira, *Decisio* 122, e na linha dos transversais por todos os varões no mesmo grau. E bastam ao nosso intento estes princípios, que hoje são realmente claros e correm sem obstáculos, depois que na Lei de 3 de Agosto de 1770. §§ 9 e 24, foi reprovada a cláusula de masculinidade e agnação nos morgados novos e antigos, a qual é difficilmente admissível em qualquer parte do mundo [onde] pelas Leis Fundamentais as mulheres são chamadas à sucessão do Reino.

DA SUCESSÃO DO FISCO, POR EXTINÇÃO DA FAMÍLIA

§ XXVI — Sobre a sucessão do fisco, cumpre fazer estas duas observações: *primeira*, extinta a família do fundador, sucede finalmente o fisco; ora, a família extingue-se, quando não existem colaterais até ao milésimo grau que sejam consanguíneos do fundador, o que constitui um privilégio especial na sucessão do morgado, pois na sucessão ordinária o fisco é excluído apenas pelos consanguíneos até ao décimo grau. Manuel Barbosa, à *Ord.* liv. 4, tit. 100, § 2, no fim. Porém, estes consanguíneos ainda do mais remoto grau excluem o fisco, se forem do sangue do instituidor, porquanto, se forem apenas consanguíneos do possuidor, não devem ser preferidos

ao fisco na sucessão do morgado, a qual é deferida pelo direito de sangue, visto serem estranhos ao instituidor; são, porém, preferidos até ao décimo grau na sucessão hereditária dos bens, e também na sucessão da capela com ónus de missas sem vocação da família e sem proibição de alienação, a qual é hereditária; de facto, a capela assim instituída não se diz bem um morgado, visto que os seus bens podem ser vendidos, alienados, e divididos entre herdeiros. Gama, *Decisio* 30, Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XXI, nn. 25 e 26. A *segunda* observação, que entendemos fazer, é a de que o fisco, extinta a família, ocupa o morgado, não realmente por direito hereditário, ou pelo direito fiscal ordinário que tem sobre os bens vagos, mas por direito não escrito e costume geral do Reino, o qual deu ao Príncipe os morgados e capelas vacantes, não para ficarem em seu perpétuo poder, mas para lhes nomear um administrador. Portugal, lugar citado, n. 19, Gama, *Decisio* 193 e 288, Cabedo, P. II, *Decisio* 51. Por isso, embora, pelo direito que chamam comum, os bens do morgado ou os sujeitos ao vínculo de fideicomisso familiar se tornem livres e alodiais com a extinção da família, e, assim, dissolvido este vínculo, o último possuidor da família possa dispor desses bens à sua vontade, todavia, entre nós as coisas passam-se doutra maneira; na verdade, os bens são deferidos com sua causa ao Rei como particular, e entende-se que este é chamado pelo instituidor, não para suceder no morgado, mas para lhe nomear administrador; e o último da família não pode derogar em seu testamento esta vocação legal, Portugal, n. 27.

Extinta a família do instituidor, antes sucede o Príncipe que o fisco pela lei e modo que dissemos, e, por isso, não é o juiz do fisco mas o da Coroa que conhece de tais causas. Porém, embora o Príncipe, segundo o recebido costume do Reino, não possa conservar perpetuamente para si o morgado, todavia hoje e já de há muito pode concedê-lo por vida ou para sempre, Portugal, n. 30, o que outrora foi muito controvertido, Gama, *Decisio* 288.

§ XXVII — O fisco não sucede no morgado por delito do possuidor, visto que pela lei da instituição o legítimo sucessor deve ser preferido, ao fisco, na successão como verdadeiro credor; porém, enquanto viver o possuidor, que foi condenado à revelia, todas as comodidades e direitos anexos ao morgado pertencem ao fisco, e não ao sucessor, Ord. liv. 5, tit. 6, § 15. Todavia, se se tratar de morgado instituído em bens da Coroa, é confiscado, e nele preferido o fisco aos filhos e netos do possuidor delinquente, citada Ord., § 16. Se os transversais são admitidos e devem ser preferidos ao fisco, é questão complexa, que Portugal, liv. II, cap. XXIX, nn. 135 e 137, resolveu a favor dos transversais.

QUAL O DOMÍNIO DO POSSUIDOR DO MORGADO,
E COROLÁRIOS DAÍ DERIVADOS

§ XXVIII — Costuma duvidar-se sobre a quantidade e qualidade de direito que o possuidor tem nos bens sujeitos ao vínculo do morgado. Uns fazem o possuidor mero usufrutuário, outros atribuem-lhe o domínio útil e dizem que o directo pertence ou ao próximo sucessor ou a toda a família. Por mim reconheço no possuidor o domínio verdadeiro e perfeito, mas restrito, temporal, e ajustado à natureza e condição especiais desses bens. Molina, liv. I, cap. VII, n. 8, e cap. XIX, desde o n. 4 com os segs., Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. II, § XLI. Daqui se segue que pertencem ao possuidor como verdadeiro senhor da coisa todo o lucro e dano, os frutos provenientes da coisa, todo o aumento, em especial o que crescer por benefício da natureza, o direito tanto eclesiástico como secular de padroado, a jurisdição e o mero ou misto império anexo ao morgado, e, finalmente, o direito de reivindicar de

qualquer estranho possuidor as coisas alienadas. Mas, porque o seu domínio é temporal, restrito e sujeito a restituição, também resulta daí que ele não pode alienar, vender, trocar, empenhar, empenhar ou hipotecar, e arrendar por longo ou longuíssimo tempo os bens pertencentes ao morgado, nem impor-lhes servidão, nem consentir prescrição que prejudique o sucessor, nem causar-lhe por feito seu qualquer prejuízo, etc...

Os bens do morgado estão como fora do comércio, e, por isso, não podem ser alienados (todavia, Henrique VII, Rei de Inglaterra, concedeu sábia e avisadamente a liberdade de alienar semelhantes bens); podem, no entanto, ser permutados por outros com licença do Desembargo do Paço e consentimento do sucessor, § 39 do Regimento do Paço, Cabedo, P. I, *Decisio* 176, Mendes, in *Praxis*, p. 2, liv. 1, cap. 2, n. 14, e com a mesma licença ser empenhados, ou, sem licença, se tal faculdade tiver sido concedida pelo instituidor, Ord. liv. 4, tit. 41, *ibi: que tiverem poder para aforar os bens da Coroa, capellas, morgados*; Carvalho, ao cap. *Raynaldus* 18 do tit. *De testamento*, p. 2, n. 312, Febo, *Decisio* 6; porém, esta concessão enfiteuticã só fica firme, quando feita por autoridade do juiz em hasta pública, Ord. liv. 1, tit. 62, §§ 45 e 46, Reinoso, *Observatio* 70, nn. 49 e 50. Todavia, os frutos do morgado, quer os nascidos, quer os nascituros, podem ser livremente vendidos e alienados pelo possuidor, visto entrarem no número dos bens móveis, nos quais não consiste o morgado, sendo esses frutos, caso o possuidor haja morrido e eles já estejam separados do fundo, divididos entre os herdeiros; não assim com os frutos pendentes, os quais não pertencem a todos os herdeiros e sucessores, mas ao sucessor do morgado somente, Gomez, n. 47 à lei 40 de *Toro* (Tit. XII, § IX, deste livro). Quanto ao arrendamento, pode o possuidor fazê-lo, mas por pouco, e não por longo tempo, isto é, dez ou vinte anos, visto que com o arrendamento quase se transfere e adquire o domínio útil, Ord. liv. 3, tit. 47, no princípio, *ibi: porque em taes arrendamentos de dez annos o senhorio proveitoso da cousa arrendada passa áquelle, a que o arrendamento he feito*. Porém, o arrendamento vigora, apenas enquanto viver o possuidor, pois o sucessor não é obrigado a manter o contrato do antecessor, e a guardar de sua pessoa o tempo por este concedido ao arrendamento, Gomez, à lei 40 de *Toro*, n. 84. Não pode também o possuidor impor por autoridade

própria servidão ao prédio, mas tem a faculdade de permitir que alguém use dele, porquanto esta obrigação afecta a pessoa, e não a própria coisa. Molina, liv. I, cap. XX, nn. 4 e 8 e seguintes. Semelhantemente, a transacção sobre as coisas do morgado não prejudica nem aproveita ao sucessor, mas ao transigente. Mas poderá o sucessor, em vida do possuidor, reivindicar a coisa que este contra direito alienou, empenhou, aforou ou sujeitou a servidão, e agir em juízo para que todos estes actos *se anulem* e rescindam? Eis uma questão sobre a qual os escritores não se harmonizam bem. Por mim, só após a morte do possuidor concederia ao sucessor o direito de agir, visto que só então vem e conta o dia, não sendo entretanto anuláveis os actos do antecessor. Nos bens do morgado não tem lugar a prescrição de longo tempo; tem a de trinta ou quarenta anos contra aquele que alienou a coisa, e não contra o sucessor; a imemorial prejudica a todos. Gomez, n. 90, Reinoso, dita *Observatio* 70, nn. 45 e 46, Pereira, *Decisio* 52. Do exposto segue-se também que o pretendente ao morgado não pode, enquanto viver o possuidor, agir em juízo para que seja declarado sucessor, visto não ter sobre o morgado nenhum direito *actual*, mas communmente direito *habitual*, Gomez, n. 79, Portugal, *De donationibus*, Praelud. II, § 2, n. 30; nem também pedir a restituição do morgado, pelo facto de o possuidor haver arruinado e delapidado os seus bens, o que a este parece concedido em extremo direito, uma vez que ele é o seu verdadeiro senhor, muito embora por esta causa possa ser privado, como pródigo, não do próprio morgado, mas apenas da sua administração, se fizer mau uso dela em detrimento da família, devendo ser essa administração confiada por arbitrio do juiz ou ao sucessor ou a qualquer outra pessoa. Maldonado, *Addit. ad Molinam*, liv. I, cap. XVI, aos nn. 1, 2, 7 e 9. Desta mesma fonte promana não poder o sucessor ser privado do morgado pelo seu possuidor mesmo pelas causas em que se concede a deserção, Gomez, n. 71; de facto, o morgado não está contido na herança do possuidor, mas na do autor ou instituidor, do qual depende e parte; na realidade, é a este, e não ao último possuidor, que o sucessor legítimo sucede, assim como também é ao direito que aquele teve, e não ao que este deixou, que o mesmo possuidor sucede. Coccey, tomo II, Disput. LI, *De ordine succedenti feminarum illustrium*, Sect. II, §§ 3, 4, 5 e 6, e Disput. LXII, *De fideicommissis familiaribus e manu heredum non capiendis*, desde o § 34. Por consequência, diz bem Alfeno na lei 3 do tit. *De interdictis et relegatis*, que *permanecem incólumes [aos filhos] as coisas que lhes foram dadas, não pelo pai,*

mas pelos antepassados, pela cidade, pela natureza. Finalmente, para omitir muitas outras coisas, desta mesma fonte deriva que só o possuidor deve ser demandado por coisa do morgado, visto ser ele o senhor e possuidor da coisa, e que o sucessor pode, se quiser, assistir à demanda e defendê-la em juízo, pois trata-se de coisa sua. No entanto, a sentença, proferida contra o possuidor prejudica o sucessor, mesmo que este não seja ouvido. Gomez, n. 73.

QUEM É OBRIGADO A SOLVER A DÍVIDA CONTRAÍDA PELO INSTITUIDOR OU PELO POSSUIDOR

XXIX — Também costuma duvidar-se se os bens do morgado não podem ser vendidos e alienados, ao menos para pagamento de dívidas. E, em primeiro lugar, é fora de dúvida que podem ser vendidos para solver as dívidas do instituidor, Ord. liv. 3, tit. 93, no princ., Man. 75; e isto deve entender-se, quer o morgado haja sido instituído por título especial e em coisa certa, quer por título universal em toda ou parte da herança; com efeito, o fideicomisso não pode ter validade, quando a dívida é superior aos bens; porém, neste caso, isto é, quando o morgado está instituído em coisa certa, os bens são vendidos e o morgado extinto, se os outros bens não bastarem para pagar as dívidas do fundador. O mesmo se deve dizer das capelas laicas, e eclesiásticas, instituídas por autoridade do Sumo Pontífice ou do bispo, cujos bens igualmente podem ser vendidos, no foro eclesiástico ou secular, para solver a dívida contraída pelo instituidor; e assim se deve entender a dita Ordenação, no princípio, vers. últ., tirada da Extravagante de D. João III de 8 de Julho de 1553, apud Leão, p. 2, tit. 2, lei 6. Pelas dívidas do possuidor não se vendem os bens, mas arrendam-se, sendo os seus réditos e proventos atribuídos aos credores, depois de satisfeitos primeiro os encargos reais, na mesma Ord. § 1; porém, esta adjudicação ou assignação judicial não prejudica o sucessor, para quem os bens devem passar livres

e sem ónus algum. Mendes, in *Praxis*, P. I, liv. III, cap. XXI, nn. 18 e 19, Pereira, *Decisio* 18. No entanto, o sucessor não é obrigado pelas dívidas *communis* contraídas pelo possuidor. Exceptuam-se as dívidas, que chamam *qualificadas*, quais são: 1) as contraídas em serviço do Rei, ou 2) da República, ou 3) para alimentar os filhos, e outras de que fala a Ord. liv. 4, tit. 101, *Man.* 35, Cabedo, P. I, *Decisio* 115, e P. II, *Decisio* 110, Febo, *Decisio* 1 e 84, as quais devem ser pagas pelo sucessor até ao limite que a mencionada Ordenação declara. Deve, porém, exceptuar-se muito especialmente a dívida feita pelo possuidor por causa necessária e para utilidade do morgado, por exemplo, para refeição das casas, a qual o sucessor deve pagar pelos frutos do morgado, não de dois ou quatro anos, como no caso de acima, mas pelos frutos de sempre, Molina, *De primogeniis*, liv. I, cap. X, Gomez, n. 72, Retes, Praelectio, *De fideicommissio perpetuo familiae relicto*, por toda ela e sobretudo nos nn. 18, 20, 21, 22 e 23, apud Meerman, *Thesaurus Juris Civilis Romani*, tomo VII, pág. 132. E daqui advém que as benfeitorias, necessárias ou úteis de alguma importância, feitas nos bens do morgado, pertencem aos herdeiros do melhorante, sendo o sucessor no morgado obrigado a pagá-las, Ord. liv. 4, tit. 95, § 1, Cabedo, P. II, *Decisio* 111, Pereira, *Decisio* 121 (Tit. XII, § IX, deste livro). Pelo que respeita aos encargos reais, como censos e tributos, mesmo pretéritos, é o sucessor obrigado a satisfazê-los, pois affectam a própria coisa; no entanto, fica-lhe o regresso contra os herdeiros dos bens alodiais. Retes, *ibidem*, n. 9.

Também affecta a própria coisa o ónus de alimentos, o qual passa com os bens ao sucessor, sendo este, por isso, obrigado a alimentar os irmãos menores após a morte do pai, mesmo no caso de a mãe sobreviva ser rica. Gomez não pensa assim, no n. 75 à lei 40 de *Toro* (*Instituições, Do direito das pessoas*, Liv. II, Tit. VI, § XXV).

§ XXX — Já noutro lugar falámos da sucessão nos bens da Coroa do Reino (*Instituições de Direito Particular*, Liv. II, Tit. III, § XXVI). Porém, o morgado instituído pelo Rei em bens desse género deve ser havido como feito e instituído por um particular, e a sua sucessão regulada, não pela Lei Mental, que foi concebida para os bens da Coroa simplesmente doados, mas pela lei especial da vocação; é, por isso, deferida por linhas e graus, sucedendo em tal morgado tanto os descendentes como os transversais, e logo após a morte do possuidor, sem necessidade de carta de confirmação; assim se deve entender a Ord. liv. 4, tit. 100, § 4. No entanto, este morgado reverte mais facilmente à Coroa, ou por delicto do possuidor, ou por extinção da família, hipóteses estas que se resolvem de modo diferente no morgado instituído por um particular ou pelo Rei nos bens patrimoniais (§§ XXVI e XXVII deste Título).

E PELOS CONJUGES NA MESMA ESCRITURA

§ XXXI — Costuma perguntar-se quem sucede no morgado, quando este foi instituído pelos cônjuges na mesma escritura. Neste caso, uns admitem os consanguíneos do marido e da mulher, cada um na sua parte, visto lhes parecer que são dois os morgados instituídos; outros admitem apenas os consanguíneos da parte do marido, por este ser a cabeça da mulher; outros, enfim, chamam à sucessão o parente mais chegado a qualquer dos dois. Mas esta questão é das tais que só se podem decidir com séria análise e ponderação de todas as cláusulas da instituição. Muitas mais noções trazem Pegas, à Ord. liv. 1, tit. 50, cap. 8, desde o n. 176, Molina, liv. 4, cap. 2, n. 84, Agostinho Barbosa, *Vot.* 126, n. 222, Larrea, *Decisio* 60, Covarrúbias, rubr. *De testamentis*, p. 2, desde o n. 19, e de Luca, art. 9, n. 42.

DAS OBRAS PIAS

§ XXXII — Finalmente, cumpre advertir aqui que os morgados novos constituídos para cá de 1770 se entendem sempre gravados na centésima parte dos réditos ânuos a aplicar em obras pias, § 27 da muitas vezes dita e citada Lei de 3 de Agosto daquele mesmo ano. Isto parece ter sido feito pelo Rei Fidelíssimo a exemplo del-Rei D. Manuel que fez idêntica doação dos réditos públicos para obras pias, art. 206 do Regimento do Património Real ordenado em 17 de Outubro de 1516, Alvará de 1 de Agosto de 1752.

TÍTULO X

DAS CAPELAS

O QUE É UMA CAPELA E EM QUE DIFERE DO MORGADO

§ I — Por *capela* entendemos nós aqui o direito de suceder nos bens sujeitos a encargos pios e a perpétua proibição de alienação, tendo o sucessor ou administrador certa quota, por exemplo um terço ou um quarto, pelos trabalhos de administração; e é muito especialmente nisto que difere do possuidor do morgado, Ord. liv. 1, tit. 62, § 53, Gil à lei 1, Cod. *De Sacrosanctis Ecclesiis*, P. V, § II, n. 16. Speelmam, Du Cange, Vicat, etc... exibem vários significados deste vocábulo *capella* em seus glossários e vocabulários.

Esta é a diferença legal; mas, na realidade, morgado e capela são absolutamente o mesmo e empregam-se indistintamente. Todavia, no morgado, ao contrário do que sucede nas capelas, o instituidor não olha, como dizem primeira e principalmente, às obras pias, mas à honra e esplendor da família. Gil, obra citada, n. 15.

SUA ORIGEM

§ II — A origem da capela está, tal como a do morgado, no modo e forma de sucessão (Tit. IX, § II). Mas, se atendermos às obras pias, por causa das quais foi instituída, deduzimos

a sua origem do modo e forma de testar, que desde o séc. XII vigorou em quase todas as nações, e sobretudo da opinião, nessa altura radicada em muitos espíritos, de que se deviam remir os pecados e as penas com obras pias.

Já demos algumas informações, no Tit. V, §§ II e III, acerca dos testamentos e legados pios. Porém, o bom conselho *Resgata os teus pecados com esmolas* deve ser inteiramente tomado segundo o espírito e sentido de S. Agostinho quando diz na obra *Da cidade de Deus*, liv. XXI, cap. XXVII: *Devem-se dar esmolas, para que se jamos atendidos, quando pedimos perdão dos nossos pecados passados, e não para que, perseverando neles, creiamos comprar com esmolas a licença de mal fazer*. Mas, na verdade, era tamanha nesses tempos a superstição dos homens, que criam bastarem as esmolas para expiarem os pecados e resgatarem as penas temporais e as eternas, sem necessidade de penitência interna e externa, muito embora em espírito aceitassem e até às vezes praticassem essas penitências. Todos vêm com facilidade, e não é este o lugar para o demonstrar, quanto isto é dissonante e alheio à verdadeira religião e piedade, a qual de modo nenhum exige o nosso dinheiro, mas um coração contrito e humilhado. E é principalmente daqui que parecem ter tomado origem os testamentos e legados pios, e as capelas perpétuas e temporárias instituídas *para bem e remédio da alma* (hoje, tal como os morgados, difficilmente toleráveis, Tit. IX, § XX, Nota, deste livro). Veja-se, querendo, Gaspard Morard no opúsculo *De testament. Oper. Político-Moral.* P. I. cap. VII, §§ 133 e segs., Turim, 1790.

QUANDO É QUE O ÔNUS DE MISSAS CONSTITUI MORGADO OU CAPELA

§ III — Pròpriamente falando, não se entende instituída capela, no sentido em que aqui a tomamos, pelo ónus perpétuo ou temporário de missas sem proibição expressa de alienação (§ I deste Tit.); no entanto, a coisa destinada a obras pias passa com seu ónus para qualquer possuidor. Reinoso, *Observatio* 68, desde o n. 18, Febo, *Decisio* 119, desde o n. 9, Gama,

Decisiones, 30, 48, 224, n. 8, e 286, n. 1, Valasco, *Consult.* 82, Cabedo, P. I, *Decisio* 96, n. 1.

António Gomez diz, no fim do n. 65 à lei 40 de Toro, que em Espanha os bens sujeitos ao ónus e vínculo de aniversário ou officio divino devem ser considerados à semelhança dos morgados; mas deve ser entendido como querendo referir-se ao caso de haver proibição de alienação.

AS CAPELAS SÃO REGIDAS PELAS MESMAS LEIS QUE OS MORGADOS

§ IV — Visto que as capelas mal diferem dos morgados, aquilo que no título antecedente dissemos da instituição do morgado, pessoas que o podem instituir, modo de sucessão, ordem, cláusulas, condições, representação, extinção, etc., deve ampliar-se às capelas, às quais são de aplicar todas as leis, regras e princípios já ensinados sobre os morgados.

O QUE A RESPEITO DAS CAPELAS ESTABELECEU A LEI DE 9 DE SETEMBRO DE 1769

§ V — A Lei de 9 de Setembro de 1769 insere várias disposições sobre as capelas. Com efeito, 1) por esta Lei é nula a instituição de capela, em bens imóveis, sem o conhecimento do Rei, § 14; 2) mas é válida em dinheiro corrente, precedendo licença da Mesa do Desembargo do Paço, § 17; 3) não se admitem encargos pios que excedam a décima parte dos rendimentos anuais, sendo reduzidos a esta soma os excedentes, § 19; 4) extinguem-se as capelas antigas, que nas províncias não renderem para o administrador 100.000 réis ánuos, § 21; 5) as vacantes por qualquer título adquirem-se, sem os encargos, para

a Coroa do Reino; 6) por expressa determinação da mesma Lei, não há, enfim, nenhuma instituição de alma por herdeiro, dito § 21.

E O DECRETO DE 17 DE JULHO DE 1778

§ VI — Mas, porque algumas disposições daquela Lei iam contra as normas do direito antigo, o Decreto de 17 de Julho de 1778 ab-rogou, ou melhor suspendeu, até à promulgação do novo Código, os §§ 18, 19, 20 e 21 da referida Lei, que falavam da extinção das instituições de alma e capelas insignificantes, e da total abolição ou redução dos encargos pios, restabeleceu o antigo direito, e permitiu a instituição de capelas sujeitas a pequenos ou grandes encargos, desde que o Rei as permitisse.

O CENSO DAS CAPELAS, E QUEM AS PODE INSTITUIR

§ VII — Todavia, uma vez que a capela é instituída, não para favorecer a honra da família, mas por atenção à causa das obras pias que é pública e patente a todos, a sua instituição não é, como a dos morgados, apenas concedível aos nobres, mas em geral a todos os que têm a livre administração das suas coisas. É, no entanto, necessária a licença régia, pois, doutro modo, não pode manter-se a proibição da alienação e amortização dos bens. Além disso, também não se exige para a sua instituição tamanha quantidade de bens e rendimentos como no morgado requer a Lei de 3 de Agosto de 1770, §§ 18, 19, 20 e 21, a qual, em boa verdade, parece de aplicar, não às capelas, mas ao morgado, pois só deste fala.

DAS CORPORAÇÕES ECLESIASTICAS E CLÉRIGOS QUE ADMINISTRAM CAPELAS

§ VIII — Não é válida a instituição de capela, em que são chamados à sua administração igreja, mosteiro, religiosos ou clérigos, Mendes, in *Praxis*, tomo II, liv. I, cap. II, n. 94, o que deve entender-se das capelas instituídas em bens imóveis, Alvará de 23 de Maio de 1775, *ibi*: *Capellas, ou morgados estabelecidos em bens de raiz para andarem sempre em Clérigos, ou outras pessoas Eclesiásticas*. No entanto, pelas Leis de 4 de Julho de 1768 e 12 de Maio de 1769, podem administrar as capelas antigas, mesmo as fundadas em bens imóveis, em cuja posse, evidentemente, estavam no ano de 1611. De facto, foi generosamente concedido por estas leis às corporações eclesiásticas reterem os bens que, contra as leis da *amortização*, tinham no dito ano de 1611; e a sua equidade deve ser estendida à administração das capelas, visto que repugna menos às mesmas leis do que a aquisição e retenção de imóveis; e até podem reter aquelas capelas em cuja administração estavam no ano de 1640 por Decreto de D. João IV de 2 de Janeiro de 1651, Alvará do Desembargo do Paço de 26 de Junho de 1769 para o Corregedor de Tomar (veja-se o Decreto de 8 de Julho de 1802).

Sem licença régia não pode instituir-se capela em que sejam chamados igreja ou clérigo para seus administradores perpétuos ou temporários; e esta é a suprema regra, que provam inúmeros documentos quase desde o início do Reino até aos nossos dias, alguns dos quais me aprez referir. 1) Uma sentença de 1 de Setembro de 1439 no reinado de D. Afonso V, pela qual foram confiscados os bens deixados com ónus de missas aos clérigos da Igreja de Veiros, e lhes foi dado um administrador leigo, sendo atribuída a este a quinta parte dos rendimentos pelo trabalho de administração, e as restantes generosamente concedidas à Igreja, tomo I das Capelas da Coroa do Reino, organizado por Tomé Pinheiro da Veiga, pág. 21, no Arquivo do Reino; 2) uma carta concedendo a administração da capela, que Martim Paes

instituiu na Igreja de Aviz, a Ruy Vaz em 20 de Março de 1472, pelo facto de a administrar um clérigo, liv. VI *d'Odiana*, pág. 51; 3) outra dada pelo mesmo motivo em 1476 a D. Vasco de Ataíde para administrar a capela que Brites Borboleta fundou na Igreja de S. Nicolau de Lisboa, liv. VII *d'Odiana*, pág. 267; 4) outra do mesmo ano a Gonçalo Lourenço para administrar a capela instituída por Gonçalo Gonçalves no Convento de S. Domingos do Porto, liv. IV *d'alem do Douro*, pág. 260; 5) a Carta Régia de 1484 em que D. João II fixou certa forma à administração das capelas, interdisse a sua administração aos eclesiásticos, e atribuiu a quarta parte dos rendimentos aos administradores leigos, liv. VI *da Estremadura*, pág. 240; 6) uma sentença de 1488, em que foi confiscada a capela chamada *do Corpo de Deos* em Estremoz, que um clérigo administrava, liv. II *d'Odiana*, pág. 146; 7) a carta de 22 de Dezembro de 1495, na qual El-Rei D. Manuel permitia a Leonor Afonso que pudesse nomear para primeiro administrador, na capela que se dispunha instituir na igreja paroquial de Juromenha, a João Pires, pároco da mesma igreja, liv. I *d'Odiana*, pág. 2; 8) uma carta concedendo a Luísa Bessa em 19 de Junho de 1504 a renúncia a uma capela em favor de João Escobar, porque aquela tencionava entrar num convento, e, depois da profissão, não a podia administrar, liv. VI *da Estremadura*, pág. 53; 9) uma carta no ano de 1512 às Monjas de Santa Clara de Lisboa para administrarem mesmo através de uma monja a capela instituída por Martinho Lourenço, liv. XIII *da Estremadura*, pág. 200. E bastem este elementos ao nosso propósito. Quanto às sentenças em nossos tempos proferidas no juízo da Coroa do Reino, não há vagar de as referir; aliás, ninguém as desconhece.

DAS CAPELAS DE D. AFONSO IV

§ IX — Entre nós merecem especial memória as capelas fundadas por D. Afonso IV na Igreja de Lisboa, as quais constam de muitos e grandes rendimentos, *reguengos* e povoações a elas anexas com jurisdição. São administradas por um Provedor e Ouvidor especial, do qual se pode apelar para a chamada Real Mesa da Consciência; usa ele um Regimento dado por El-Rei D. Sebastião em 3 de Janeiro de 1561. Para satisfa-

zer os encargos destas capelas foram dados um Capelão-mor, dez capelães menores, e vinte e quatro intercessores mercenários, que chamamos *Merceeiros*. A jurisdição do Ouvidor deve ser hoje tomada segundo a vontade e o sentido da Lei de 19 de Julho de 1790.

DAS CAPELAS VACANTES

§ X — As capelas vagas, instituídas com as devidas solemnidades, são applicadas ao fisco com os seus encargos, mas com a condição de este poder e dever nomear administrador que mantenha e cumpra os mesmos encargos; porém, as que vagarem por delicto, ficam a pertencer ao fisco livres de todos os encargos e vínculo. Este direito usamos, e a instituição da capela, que foi nula desde o princípio, não pode produzir efeito algum.

Já dissemos no Título antecedente, § XXVI, que o fisco, ou melhor a Coroa, sucede na capela vacante, não por direito real ou direito próprio de occupação que tem sobre os bens vacantes, mas pelo direito especial da instituição, como se houvera sido chamado pelo instituidor; fica, por isso, ligado aos encargos e vínculo da capela, dos quais seguramente seria solto, se succedesse por direito próprio (Veja-se Decreto de 26 de Janeiro de 1802). Muitas mais noções traz Pegas no tomo X à Ord. liv. 2, à rubrica do tit. 35, cap. 94, págs. 525 e seguintes.

DO RESGATE, COMUTAÇÃO, E REDUÇÃO DAS OBRAS PIAS

§ XI — As obras pias, como quer que impostas por direito, podem ser *resgatadas*, isto é, *extintas*, ou *comutadas* por outras obras pias, ou finalmente *reduzidas* pelo poder legítimo, desde que intervenha justa causa. D. José I, no § 18 da Lei de 9 de Setembro de 1769, aboliu e extinguiu inteiramente as obras pias nas capelas de qualquer modo devolidas à Coroa Real; toda-

via, manteve o vínculo, isto é, a proibição da alienação, o que cumpre notar, visto ser muito funesto à República. O mesmo Rei, abolindo as capelas insignificantes no § 21 da dita Lei, aboliu os encargos a elas anexos. Finalmente, no § 19 da citada Lei reduziu as obras pias à décima parte dos rendimentos das capelas.

O Concílio Tridentino, Sess. XXII, *De reformatione*, cap. VI, attribuiu só aos Bispos as *comutações* das últimas vontades e, finalmente, das obras pias. Porém, este decreto, conforme observa Gallemart no respectivo comentário, não foi admitido em França, e também outros Príncipes não aquiesceram a ele. Entre nós, as comutações parecem ser consideradas próprias do Rei, Ord. liv. 1, tit. 62, § 41, *ibi: E por quanto em algumas instituições se mandão cumprir algumas obras pias, sem se declarar quaes são, declaramos que são missas, etc.* De facto, se o testador não definir as obras pias, pode o Rei defini-las e declará-las; semelhantemente, ainda que já tenham sido definidas por ele, bem poderá ainda o Rei, se for de interesse público, voltar a defini-las, avaliá-las, extingui-las, comutá-las, e reduzi-las, e, finalmente, interpretar de harmonia com a equidade natural a última vontade do homem, e adaptá-la à causa pública, a mais pia de todas, visto encerrar em si todas as mais (Instituições, Liv. I, Tit. V, § I, II, Nota). Acresce que, com licença do Desembargo do Paço, § 39 do respectivo Regimento, podem os bens dos morgados e capelas ser substituídos por outros; por isso, entende-se que as obras pias anexas aos bens podem ser sub-rogadas, mediante a mesma autoridade; também podem e costumam ser aumentados no mesmo Desembargo os salários dos administradores pelos seus trabalhos de administração, o que necessariamente leva à diminuição e redução das obras pias. Reinoso, *Observatio* VII, n. 37. Depois, a redução das obras pias, isto é, das missas e semelhantes por diminuição do valor dos bens ou outra justa causa, atribuída aos Bispos em Sínodo, a qual hoje pertence à Congregação do Concílio pelos Decretos gerais publicados em 1625 e corroborados com a autoridade de Urbano VIII, Cardeal de Luca, *Adnotationes Practicae ad Tridentinum*, Discurs. XXI, vê-se pertencer entre nós aos Provedores Régios, que sempre reduziram as obras pias, quando os rendimentos a elas destinados não chegavam para as cumprir, Ord. liv. 1, tit. 62, § 55. Reinoso, lugar citado, desde o n. 27 ao n. 37. Actualmente, pelo Breve do Nosso Santíssimo Senhor o Papa

Pio VI, dado em Roma a 6 de Março de 1779 a instâncias da Rainha Fidelíssima, a redução das obras pias cabe aos Bispos do Reino, como delegados da Sé Apostólica, *ibi: Foi-Nos há pouco exposto da parte da Nossa Caríssima filha em Cristo, Maria Francisca Rainha Fidelíssima, que existem, nos Reinos de Portugal e dos Algarves sujeitos a seu supremo domínio, muitas primogenituras e morgados tão gravados de encargos pios, que difficilmente, ou nem mesmo difficilmente, chegam as forças da herança para os cumprir... Por isso, Nós, cedendo a tais súplicas, concedemos, attribuímos e damos com Autoridade Apostólica, pelo teor das presentes letras, a vossas Fraternidades, como delegados nossos e da Sé Apostólica, a faculdade de resolverdes inteiramente fora de Sínodo o que em vossa consciêcia, depois de diligente exame da questão, virdes ser mais conveniente à honra de Deus e utilidade das Igrejas, nos casos em que os testadores hajam imposto nos vários bens deixados tão pesado ónus, que não se lhes possa satisfazer dentro das forças da herança de qualquer morgado ou primogenitura. E este direito usamos.*

DO DELATOR DE CAPELA VACANTE

§ XII — Aos denunciantes das capelas por qualquer modo vacantes é concedida a administração por uma ou duas vidas como prémio da delação; no entanto, os delatores devem observar todos os requisitos que minuciosamente prescreve o Alvará de D. José I de 23 de Maio de 1775.

Aos que denunciavam os Benefícios pertencentes à Coroa do Reino era concedido, quase como prémio, o próprio Benefício, uma vez que este fosse reivindicado; todavia, hoje não se concede o Benefício, mas o direito de padroado, porque é temporal e nele não cai nenhuma mácula de simonia, Alvará de 26 de Setembro de 1791.

Em português, a enfiteuse chama-se *prazo*, *aforamento*, o enfiteuta *fo-reiro*, o dono directo *senhorio*, e o cãnone a pagar pelo enfiteuta *foro*, *pensão*, Ord. liv. 4, tít. 36, 37, 38, 39, 40, e passim.

SUA ORIGEM

§ II — A origem da enfiteuse, no sentido em que hoje se toma, tanto nos Códigos públicos das nossas leis, como nas Novíssimas Constituições, parece dever buscar-se no direito romano.

O direito enfiteutico parece ter sido conhecido dos Egípcios (Génesis, cap. XLVII, vers. 24), Gregos (Aristóteles, *Oeconomica*, liv. II; Tucídides, liv. III), e Judeus (Josefo, *Antiquitates Judaicae*, liv. II, cap. IV), embora haja mais razão para se entender nestes passos uma espécie de bens censitários. Otto, no prefácio ao tomo V do *The-saurus Juris Civilis*, pág. 19. Portanto, este direito deve a sua origem aos romanos, para os quais os fundos públicos eram *vectigales* (tributários) ou *non vectigales* (não tributários): os primeiros eram ordinariamente dados para sempre sob condição de se pagar um tributo, isto é, uma pensão ou *onus real*; e os segundos, apenas por arrendamento vulgar e *um preço de aluguer*. Por isso, tal como nos tributos, não se transferia nem o domínio nem o direito real dos primeiros, os quais, acabando por perder o nome de *vectigales*, começaram, talvez no tempo de Constantino, por entronização da palavra grega *εμphyτευσις*, a chamar-se *emphyteuticarii*. Schilter, *Exercit.* XVI, § 77. Jacobo Gotofredo, tomo III, Cod. Theod., pág. 397. Porém, primeiro foram entregues em enfiteuse as coisas das cidades, em seguida as dos templos, depois as do Príncipe e do fisco, e, por último, as dos particulares. Gotofredo, ao tit. Cod. Theod. *De locat. fund. jure emphyteutico*. E, assim, provém do direito romano: 1) a prestação do cãnone enfiteutico; 2) o laudémio; 3) o direito de *renovação*; 4) o direito de *caducidade*, de *comisso*, e de *prolimeseos* (preferência), etc... que os Germanos e outras nações ou totalmente ignoraram, ou receberam apenas em parte e sob outro nome. Heinécio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. II, § 33. Os Longobardos e os Visigodos aproximaram-se muito dos estatutos dos Romanos, mas nem mesmo estes seguiram todo o

TÍTULO XI

DO DIREITO ENFITEUTICO

DEFINIÇÃO DA ENFITEUSE

§ I — A enfiteuse é *uma espécie de direito de propriedade, isto é, o domínio útil que alguém tem temporária ou perpétua-mente sobre uma coisa imóvel alheia, pagando, por isso, certo cãnone em reconhecimento do domínio directo*. Também são quase assim as definições de Bachov, ad Treutl., vol. II, Disp. XXIX, Thes. IX, letra A, e de Strúvio, *Syntagma Juris Civi-lis*, Exercit. IX, Thes. LIII.

A enfiteuse toma-se ou pelo contrato através do qual se constitui este direito, ou pelo direito real que se adquire por convenção dos contraentes com a efectivação da tradição, ou ainda pela própria coisa concedida segundo o direito enfiteutico; neste sentido pertence realmente ao tratado das coisas, e é por nós aqui tomada e definida. A nossa definição explica a sua natureza em poucas palavras, e o que havemos de dizer fá-la-á mais clara. Cujácio define a enfiteuse dontra maneira, nos comentários a este tit. do Código, assim como também o nosso Valasco no *De jure emphyteutico*, quaest. I, n. 2, e outros autores, mas todos eles bem, tanto no seu sentido, como no sentido jurídico; com efeito, não é próprio dum homem occupado corpor as suas definições à maneira dos Dialécticos, isto é, com excessivo escrúpulo, nem próprio dum sábio discutir definições; e ao juris-consulto basta dar da coisa qualquer definição que a distinga das outras. Everardo Otto, no seu prefácio ad *Edictales, Papianistas et Prolytas*.

direito romano. Vejam-se, querendo, o Código dos Longobardos, liv. III, tit. 8, lei 2, e o dos Visigodos, liv. X, tit. 1, leis II, 12, 13, 14, 15, 16 e 18. Como quer que seja, e derive este direito ou dos Romanos ou dos Visigodos, ou de qualquer outro povo, ele começou a ser praticado entre nós sobretudo no tempo de D. João I, em cujo reinado o direito justinianeu alcançou grande autoridade no foro, tendo sido a partir deste direito que, com poucas excepções, se organizaram os tits. 78, 79 e 80 do liv. 4 do Código Afonsino, no Manuelino, tits. 63, 64 e 65, no Filipino, tits. 37, 38, 39 e 40.

O QUE É DA SUBSTANCIA E NATUREZA DA ENFITEUSE

§ III — Antes do mais, devem fixar-se os seguintes princípios gerais, que na verdade dizem inteiramente respeito à natureza da enfiteuse, e facilmente se deduzem da sua definição: I) segundo o direito não pode ser dividida, Ord. liv. 4, tit. 36, § 1, *ibi*: *E por quanto o foro não ha de ser partido entre muitos*; II) só se constitui em coisas imóveis, tit. 37, no princ., *ibi*: *herdade, vinha, casa, olival, ou outra possessão de foro*; III) o enfiteuta não é seu senhorio pleno, mas útil, e com este nome é designado a cada passo nas leis romanas e pátrias; IV) o enfiteuta paga o cãnone em reconhecimento do senhorio directo, distinguindo-se, especialmente nisto, dos outros contratos que têm prestações quase semelhantes; V) o enfiteuta não pode alienar a coisa enfiteutica sem o conhecimento do dono a quem compete o direito de prelação, devendo, por isso, se tenciona vendê-la, declará-lo ao senhorio, Ord. liv. 4, tit. 38, no princ., e § 1; e, finalmente, VI) perde o seu direito, se não pagar o cãnone dentro de três anos ou no tempo estabelecido, tit. 39, no principio. Mas não pertencem à substância da enfiteuse: I) o laudémio; II) as benfeitorias; III) a escritura na enfiteuse civil; IV) o modo, qualidade e tempo do pagamento; e V) finalmente, o risco contingente na coisa enfiteutica; com efeito, estas e muitas outras coisas parecem pertencer inteira-

mente à natureza da enfiteuse, mas não entram na sua essência, podendo, por isso, estar ausentes dela e alterar-se por consenso das partes, Ord. liv. 4, tit. 38, § últ., Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 1, n. 19, e quaest. 4. Os princípios especiais da enfiteuse eclesiástica anotá-los-emos no § últ. deste título.

A essência e natureza própria da enfiteuse é aquella que os pactuantes lhe impõem, a tal ponto que se distingue mais pelos pactos e vontade dos contraentes que pelas simples palavras e denominação do contrato; e os próprios pactos não operam extrinsecamente como nos outros contratos, mas constituem a natureza própria da enfiteuse, e devem ser inteiramente cumpridos, sejam eles quais forem, quer quanto ao detrimento e risco da coisa, quer quanto à expulsão, perda ou conservação do direito por não se pagar o cãnone, quer quanto à alienação, successão ou sua restrição ao primogénito, à terceira geração, aos filhos, e herdeiros, quer quanto a outros quaisquer artigos, leis 1, 2 e 3 do tit. *De jure emphyteutico*; isto, desde que não se subverta totalmente a substância do contrato, como, por exemplo, pactuando que não se pague pensão nenhuma, ou que se pague a pensão mesmo depois de totalmente destruída a coisa, ou que não se denuncie ao senhorio a alienação da coisa enfiteutica, e outros pactos feitos a exemplo da venda concebida sem preço, ou a exemplo do *precário* com pacto de não ser lícito ao senhorio repetir a sua coisa, lei 12 do tit. *De precario* do Digesto.

EM QUE DIFERE DA COMPRA E LOCAÇÃO

§ IV — Há, pois, que distinguir a enfiteuse da compra ou venda, e da locação e condução, mesmo de longo ou longuíssimo tempo. Com efeito, pela venda adquire-se o domínio pleno da coisa vendida e entregue, e pela locação apenas a acção pessoal; além disso, na locação a pensão não se paga em reconhecimento do domínio directo, como o cãnone na enfiteuse, mas pelo aluguer ou uso da coisa arrendada, devendo, por isso, a pensão corresponder aos frutos e cómodo dessa coisa. Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 19 e 20.

A darmos crédito a Zenão e Justiniano no § últ. do tit. *De locatione* das Institutas e na lei 1 do tit. *De jure emphyteutico* do Código, a enfiteuse não tinha nome certo no tempo dos Jurisconsultos. Estes mesmos não se harmonizavam suficientemente sobre a sua essência. isto é, sobre se ela era uma espécie de alienação que produzia domínio, ou uma espécie de locação ou condução que apenas produzia acção pessoal. Porém, já há muito que no tempo de Paulo e Ulpiano vigorava o uso de em parte se transferir o domínio e competir a *actio in rem* (acção real) aos enfiteutas, lei 1, § 1, do tit. *Si ager vectigalis* do Digesto, aos quais o Imperador Constantino chama *dominos* (senhores) na lei única do tit. *De communi dividundo* do Código de Teodósio. Esta a razão por que os jurisprudentes de modo nenhum duvidaram se a enfiteuse era uma espécie de compra e venda, ou uma espécie de locação e condução (era, realmente, rematado absurdo pôr tal dúvida, pois todos vêem facilmente a diferença que há entre estes contratos e ela), mas tão-sòmente se a enfiteuse era título hábil para transferir o domínio. Zenão compôs este dissídio definindo a natureza própria da enfiteuse e distinguindo-a da compra e locação, mas a questão, dado o estado calamitoso em que então se achavam o império e a jurisprudência, não ficou suficientemente esclarecida no pensamento dos velhos jurisprudentes. Schilter, *Exercit.* XVI, n. 78. A locação por longo tempo, isto é, por dez anos e mais, confere em muitos aspectos com a enfiteuse; de facto, primeiramente (e este ponto é considerado primordial), a locação é uma espécie de alienação, com a qual se transfere o domínio útil no nosso direito, Ord. liv. 3, tit. 47, no principio; e daqui resulta que o marido não pode demandar nem ser demandado sem a mulher sobre coisa arrendada por longo tempo, segundo a dita Ord., nem alienar essa coisa, Ord. liv. 4, tit. 48, § 8. Difere, porém, em muitos aspectos; com efeito, o locador nem perde o laudémio com a alienação da coisa, nem o domínio desta no caso de a pensão não ser paga durante três anos; por isso, as Ordenações liv. 4, tits. 38 e 39, que parecem estabelecer o contrário, devem ser entendidas como se referindo, não ao locador ou condutor, mas ao enfiteuta temporário, tit. 38, principio, *ibi: O foreiro que traz... e* tit. 39, princ., *ibi: O foreiro que recebeo*. Cumpre, agora, advertir bem aqui que da locação feita por dez anos e mais não resulta actualmente a transferência do domínio útil, e que não se pode fazer enfiteuse por menos que três gerações, ou, como nós dizemos, três *vidas*, conforme o Alvará de 3 de Novembro de 1757, a cuja mente e sentido se devem ajustar as Ordenações citadas.

§ V— Também se deve distinguir a enfiteuse do censo, com o qual costuma confundir-se. Com efeito, o censuário é, de pleno direito, senhor da coisa recebida a censo e pode aliená-la contra vontade e sem conhecimento do senhorio; por outro lado, não perde a coisa, se não pagar o censo dentro de dois ou três anos, nem deve laudémico do preço da sua venda. Ora, tudo isto é diferente nos bens enfiteuticos.

O censo tem vários significados e paga-se ou em sinal de *protecção*, ou de *isenção*, ou de *sujeição*, como com muitos exemplos demonstra Bohemero na Dissert. *De varia census significatione et jure*; porém, nós aqui não falamos destes censos, mas sòmente daqueles que se pagam pelos prédios censíticos. Estes prédios costumavam antigamente ser dados com ou sem *investidura*, não só pelos Galeses, Germanos, etc., mas também pelos Hispanos, Terceira Partida, tit. 18, lei 68. A *investidura* era o acto solene em que o senhor da coisa transferia para outro o domínio útil dessa coisa mediante certas palavras e dando um sinal, e sob condição de fidelidade e estipulação de serviços militares ou outras prestações, Carlos Du Fresne, in *Glossarium Latinum*, palavra *Investitura*. Aquele que recebia um prédio desta maneira, embora fosse ser senhorio útil e dele pagasse laudémio, não era verdadeiramente enfiteuta, porque bem o podia alienar contra a vontade do dono e mudar a sua face, e não perdia o seu direito, se não pagasse o cânone ou censo durante dois ou três anos. Mas aquele, a quem era concedido o prédio sem *investidura*, tinha o domínio pleno da coisa, não podendo aquele, que daí recebia o censo, de modo nenhum dizer-se seu senhorio. Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. II, §§ 34, 35 e 36. Todas estas coisas devem a sua origem ao direito feudal, que lançou fundas raízes sobretudo na Alemanha; e, embora este direito nunca tivesse sido recebido nas nossas leis escritas, todavia manteve-se durante muito tempo e intensamente nos nossos costumes, consoante já advertimos nas *Instituições, Do direito das pessoas*, Liv. II, Tit. I, § XIII. Ora, nós já de há muito que não temos nenhuns fundos censíticos dados em *investidura* no sentido do direito germânico, mas sem *investidura* temos muitos, tanto públicos, como particulares, já desde o início do Reino, e sem dúvida

mais antigos do que os enfiteuticários; por alguns deles pagam-se não só certos censos, mas ainda algumas prestações e serviços pessoais. Para mais informações, veja-se Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 32. Para a justa avaliação dos censos no Reino dos Algarves foram promulgadas as Extravagantes de 16 de Janeiro de 1773 e 4 de Agosto do mesmo ano, que para todos os efeitos merecem ser vistas (com o Alvará de 15 de Julho de 1779).

EM QUE DIFERE A ENFITEUSE DO FEUDO, DA SUPERFÍCIE, DAS PENSOES ANUAS, E DAS PRECÁRIAS

§ VI — Semelhantemente, deve distinguir-se a concessão enfiteutica da *feudal*, que necessariamente importa prestações, e serviços pessoais, mormente militares; da *superfície*, isto é, do direito de ter alguma coisa edificada, plantada ou colocada em solo alheio, a qual é ou uma espécie de locação, ou de domínio útil totalmente diverso do enfiteutico, Heinéccio, ao tit. *De superficie*; das *pensões anuas* atribuídas aos credores em prédio sujeito a hipoteca, porque a obrigação delas não é enfiteutica, ou seja real, mas pessoal, e, além disso, não são pagas em reconhecimento do senhorio directo, Pinheiro, *De censu*, Disp. I, Sect. I, n. 7, e Sect. VII, § 4, Carlos Molina, no tratado *De feudis*, P. II, § 56, Francisco Conano, *Comment. Juris Civilis*, liv. VII, cap. II, no fim; e das *precárias*, isto é, das concessões de bens eclesiásticos que os bispos ou reitores das igrejas em melhores tempos costumavam fazer em favor de clérigos e leigos necessitados, renováveis quando muito de cinco em cinco anos, visto que podiam consistir em coisas móveis e em rigor não exigiam pensão, Cujacio, *Observationes*, liv. IV, cap. VII, Du Cange, no *Glossarium*, palavra *Precaria*. Porém, em nada difere da enfiteuse o contrato *libelário* celebrado com o enfiteuta, a saber, quando este concede a alguém mediante certa pensão o seu domínio útil e o prédio que recebeu em enfiteuse, e assim chamado talvez de *libella*, palavra que em Cícero, *In*

Verrem, II, 10, significa pequena importância de dinheiro, e, na lei 9 do tit. *De episcopali audientia* do Código, medida de trigo que pode chegar para alimento dum dia, Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 35.

O feudo, de que fala expressamente Afonso o Sábio, na Quarta Partida, tits. 25 e 26, importa necessariamente homenagem e serviço militar, e até só por isto difere da enfiteuse. Porém, quase abolida esta palavra e direito, o seu lugar foi de certo modo occupado em toda a Espanha: 1) pelas beatrias; 2) pelo domínio, que chamamos *de solar*, visto que outrora continha homenagem e serviço militar; 3) pela obrigação de servir na guerra com cavalo, e qualquer outra, abrangidas em português na palavra *lanças*; 4) pelas *Capitanias* conhecidas no Reino desde os seus primórdios, *Instituições, Do direito das pensões*, tit. III, § XXII, Nota, e no Brasil quase em nosso tempo.

OS COLONOS SÃO DIFERENTES DOS ENFITEUTAS

§ VII — Finalmente, deve-se distinguir o enfiteuta do colono *simples, originário, adscriptício, parceiro*, etc..., os quais pagam pensão anual, não em reconhecimento do senhorio directo, mas pelo aluguer ou por outro fundamento.

A palavra *colonos* abrange, geralmente, todos os arrendatários de campos, e, por isso, também os próprios censuários e enfiteutas. Dizem-se, porém, *simples colonos* os que cultivam um fundo alheio mediante o pagamento de certa pensão em dinheiro corrente ou em certa quantidade de frutos; se esta quantidade for incerta, por exemplo, a terça parte dos frutos, o arrendatário toma o nome especial de colono *parceiro*, o qual é mais um verdadeiro sócio nos frutos que um arrendatário, Ord. liv. 4, tit. 45, § 2, lei 25, § 6, do tit. *Locati*, Valasco, *Quaest.* 30, Schilter, *Exercit.* XXXI, § 7; no Alentejo este colono chama-se *posseiro*?, Lei de 9 de Julho de 1773, § 14, talvez da palavra grega *πονηρός*. Além disso, os colonos são ou *totais*, isto é, *principais*, os que receberam sòzinhos a coisa dada a censo, enfiteuse, ou locação de longo tempo, ou *parciais*, os que têm, parcial-

mente, a coisa em comum com outros. A dita lei de 9 de Julho de 1773. § 14, que hoje está ab-rogada, ou melhor suspensa, pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 até à promulgação do Novo Código, manda se adjudiquem ao colono principal todos os fundos e possessões comuns accessórias e menos principais. Também há quem chame colonos aos que são obrigados a pagar ao respectivo senhorio, pelo fundo que cultivam ou habitam, não já certo dinheiro, nem certa ou incerta porção de frutos, mas certos trabalhos servis; no entanto, estes homens assemelham-se mais à constituição feudal, isto é, servil, do que à enfiteutica ou colonária (Tit. XIII, § II). Não temas colonos originários e adscriptícios, Ord. liv. 4, tit. 42 (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. I, § XIII).

DIVISÃO DA ENFITEUSE

§ VIII — A suprema divisão da enfiteuse é em civil ou *secular*, e *eclesiástica*. Diz-se secular, quando é dada em enfiteuse uma coisa profana, quer pública, quer particular, pelo Príncipe, cidade ou um particular; e eclesiástica, quando é concedida da mesma forma uma coisa eclesiástica pelos reitores das igrejas e administradores das Corporações ou Casas Religiosas, Ord. liv. 4, tit. 39, §§ 1 e 2, Novela 7, cap. 3, Novela 120, cap. 6, Covarrúbias, *Variarum*, cap. XVII. Ambas são *perpétuas* ou *temporárias*, Ord. liv. 4, tit. 39, princ., e liv. 2, tit. 1, § 6; *hereditárias*, liv. 4, tit. 36, § 7, e tit. 96, § 23; *familiares*, tit. 96, § 24; ou, finalmente, de *nomeação*, tits. 36 e 37; e estas são igualmente de *livre nomeação*, ou *hereditárias*, ou *familiares*. Ambas são também ou *antigas*, quando alguém as recebeu já estabelecidas pelos antepassados, ou *novas*, se foi o primeiro a adquiri-las. Todas estas divisões dependem do consenso de quem dá ou recebe a enfiteuse, consenso esse que dá leis aos contratos; não admira, por isso, que, advindo depois esse consentimento, a enfiteuse, de princípio simples, perpétua e hereditária, se torne, depois, de nomeação, temporária, ou familiar, Ord. liv. 4, tit. 38, § último.

E da natureza, e não da essência da enfiteuse, que esta seja perpétua. Por isso, a concedida simplesmente considera-se perpétua, e é sempre entendida pelas designações de *futeusim*, *aforamento*, *emfiteuta*, empregadas não só nas antigas *investiduras*, mas também na lei de 3 de Novembro de 1757. E não apenas a coisa secular, mas também a eclesiástica pode ser dada temporariamente, segundo as citadas Ordenações, com as quais se deve conjugar a Lei de 12 de Maio de 1769. Mas hoje a enfiteuse temporária abrange pelo menos três gerações, que chamamos *vidas*, segundo a dita Lei de 3 de Novembro, embora antigamente pudesse ser dada por toda a vida do enfiteuta e por dez anos, de harmonia com as ditas Ord. liv. 4, tits. 38 e 39, no princípio, as quais, conforme já acima advertimos na Nota ao § IV, devem ser conciliadas com a referida Lei. A enfiteuse *hereditária*, que se dá a *Ticio e seus herdeiros*, ou é *pura*, quando requer no sucessor apenas a qualidade de herdeiro, ou *mista*, quando, além dessa qualidade, se vê exigir a de filho ou filha, ou varão. A *familiar* também ou é *pura*, a que se concede a *Ticio e sua família*, ou *mista*, a que chama certos da família, por exemplo, os filhos varões e legítimos. Diz-se enfiteuse de *nomeação*, que quando muito se concede por três vidas ou gerações, aquela em que foi dada ao enfiteuta a faculdade de escolher sucessor, ou entre vivos ou por morte, Ord. liv. 4, tit. 37, no princípio, e § 1. Além disso, esta faculdade ou é *livre*, quando é permitido nomear qualquer sucessor, ou *restrita*, quando é permitido nomear apenas um da família ou um dos herdeiros; e, assim, a enfiteuse com o poder de nomear ou é familiar, ou hereditária, ou totalmente livre, dita Ord. § 6. A toda a enfiteuse, que não é hereditária, chama-se *de pacto e providência*. Muitas outras divisões ensinam Valasco no fim da *Quaest.* 40, cujas fórmulas mais frequentes entre nós ele explica na *Quaest.* 4, n. 8, e Pinheiro, *De emphyteusi*, disp. 1, sect. 3, §§ 1 e 2.

QUE COISAS ADMITEM A ENFITEUSE

§ IX — Só podem ser aforadas as coisas imóveis ou pedregadas ao solo, susceptíveis de receberem melhoramento, alienação e domínio útil (§ III). Portanto, emprazam-se perfeitamente os prédios rústicos e urbanos, Ord. liv. 4, tits. 37 e 38, no

princípio, e actualmente tanto os cultivados como os incultos segundo as ditas Ordenações, desde que por preço inferior àquele por que costumam ser arrendados, Extravagante de 4 de Julho de 1776. Porém, a pensão pela enfiteuse constituída em casas actualmente só pode consistir em dinheiro corrente ou aves, Ord. liv. 4, tit. 40, Man. 65, § últ.; Valasco, na *Quaest.* 20, n. 6, dá a seguinte razão: *porque os cidadãos e habitantes das cidades pagam mais facilmente a dinheiro que com réditos.* Todavia, esta Ordenação foi, pela primeira vez, estabelecida por El-Rei D. Manuel, pois não vem no Código Afonsino; e até se acham muitas concessões enfitêuticas antigas consistindo em frutos. E, analisada esta razão, deve-se pelo contrário dizer que as locações de campos a dinheiro se podiam algumas vezes converter em locações por cereais, ou devido à carestia da vida, ou porque os lavradores pagam mais facilmente em frutos do que a dinheiro, que é a razão de Valasco, Renato Chopin, *De privilegiis rusticorum*, liv. II, cap. V, no fim. Também se podem empraçar as coisas pegadas ao solo, sem que todavia este seja abrangido, como os edificios de madeira e as árvores num fundo alheio, durante a enfiteuse das árvores por todo o tempo que elas estiverem nesse fundo. Coccey, *Disput.* XLI, *De emphyteusi*, vol I, cap III, n. 3. Também se podem aforar os moinhos, quer os de água edificadas nos rios, quer os de vento em que este é como um operário assalariado para moer, porque são contados entre as coisas imóveis; de facto, não podem ser facilmente destruídos nem deslocados, visto que têm alicerces presos à terra. Coccey, supra, nn. 6, 7, 8, 9 e 10, Valasco, *Quaest.* XII, n. 9. Os impostos, tributos, e rendas anuais, ou pensões, quer sejam dados para sempre ou por certo tempo, muito embora estejam abrangidos na designação de imóveis, Ord. liv. 3, tit. 47, no princ., e § últ., não podem ser aforados, Valasco, *Quaest.* XII, nn. 5 e 6; e também não os direitos e acções mesmo reais, porque constituem certo género de bens que não se pode classificar nem entre os móveis

nem entre os imóveis, o mesmo Valasco, n. 10. Uma coisa, porém, é certa: não se podem prender ao vínculo da enfiteuse os bens de alienação proibida, como os da Coroa, morgado, capela, etc., Ord. liv. 2, tit. 35, § 25, e liv. 4, tit. 41, Molina, *De primogeniis*, liv. I, cap. XXI, n. 31, Febo, *Decisio* 6.

Todavia, com licença régia os bens da Coroa podem ser aforados, segundo a dita Ord. liv. 2, tit. 35, § 25; e os de morgado, capela, e dotais também, mas só mediante licença do Desembargo do Paço, §§ 39 e 40 do respectivo Regimento. Os empraçamentos antigos constituídos em bens das Ordens Militares podem ser constituídos, dados e renovados ao arbitrio do Comendador, mas os novos só com permissão do Grão-Mestre, e mediante consulta da Mesa da Consciência e Ordens, Alvará de 7 de Fevereiro de 1772, §§ 5 e 6. Os bens comuns dos concelhos pertencentes às Câmaras locais só podem ser empraçados com licença do Desembargo do Paço, depois de observado tudo aquilo que inuniciossimamente declara o Alvará de 23 de Julho de 1766, § 2 (veja-se o Alvará de 27 de Novembro de 1804).

E QUEM PODE AFORAR, E EM QUE COISAS

§ X — É, portanto, da substância da enfiteuse que ela consista apenas em coisas imóveis (§ III). Podem empraçar todos os que têm a livre administração de seus bens, e receber bens por empraçamento todos os que não estejam proibidos por lei especial, como os eclesiásticos nos fundos patrimoniais dos Reis, que chamamos *Reguengos*, Ord. liv. 2, tit. 16, tirada da lei de D. Dinis, inserta no Código Afonsino, liv. 2, tit. 13; os nobres nos mesmos fundos, tit. 17; os Corpos chamados *de mão-morta*, tits. 18 e semelhantes; os magistrados temporários ou perpétuos e seus officiaes, dentro dos limites da sua jurisdição, Ord. liv. 4, tit. 15, Man. 38, Afon. 61, Extravagante de 10 de Janeiro de 1678, apud Ord. liv. 2, tit. 63, Colecção I, N. 2; os pobres e as almas, dos quais como pessoas incertas difficil-

mente se podem obter as prestações enfiteúticas. Caldas, *De extinctiōne*, cap. X, n. 21, Valasco, *Consult.* 193, n. 6, Pinheiro, *De emphyteusi*, Disp. VI, Sect. III, n. 39.

COMO SE CONSTITUI A ENFITEUSE, E DA SUA PROVA

§ XI — A enfiteuse constitui-se ou em testamento ou entre vivos, Ord. liv. 4, tit. 37. E, neste sentido, a enfiteuse é um contrato consensual sobre a concessão do domínio útil de uma coisa imóvel mediante o pagamento de certo cãnone em reconhecimento do senhorio, § 3 do tit. *De locatione* das Institutas, lei 1 do tit. *De jure emphyteutico* do Código. Mas, porque só com o consenso se torna perfeito, a escritura não é da sua substância, e apenas se requer para prova; exceptuamos, no entanto, a enfiteuse eclesiástica, Ord. liv. 4, tit. 19. Constitui-se em testamento, quando se lega a alguém o domínio útil, o que deve ser livre a cada um, quando feito em conformidade com a prescrição das leis testamentárias e sem quebra das suas disposições. Mas, como este legado contém o ónus de pensão ânua, a cuja prestação ninguém pode ser coagido contra vontade, deve ser havido quase como condicional e aplicado a ele o que dissemos dos legados condicionais no Tit. VII, § XV, deste livro.

A enfiteuse é um contrato do direito das gentes, e como tal ficou depois de Zenão; por isso é que não requer escritura. O facto de, na enfiteuse eclesiástica, se exigir instrumento escrito, deve-se à razão especial de os ecónomos e administradores mudarem frequentemente, lei 14, § út., do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis* do Código, Novela 120, cap. 6, §§ 2 e 7.

§ XII — Pelo exposto fãcilmente se conhecem os principais direitos do enfiteuta e do senhorio. E, em primeiro lugar, como o enfiteuta é o senhorio útil da coisa e a possui natural e civilmente, visto que a retém para si e em seu próprio nome, Valasco, *Quaest.* 18, n. 6, segue-se por consequência: 1) que recebe toda a utilidade e proveito daí provenientes, § 3 do tit. *De locatione* das Institutas; 2) que a pode reivindicar de qualquer possuidor, e até do próprio senhorio (Instituições, Liv. IV, Tit. VI, § XI), lei út. do tit. *Si ager vectigalis*; 3) defendê-la com quaisquer interditos e acções possessórias, lei 1, § 1, do tit. *Si ager vectigalis*, lei 1 do tit. *De superficiesibus*; 4) subemprazá-la a outrem, mas com o consentimento do senhorio, Valasco, *Quaest.* 13, nn. 9 e segs.; 5) nomear, Ord. liv. 4, tit. 37; 6) transmiti-la a quaisquer herdeiros ou descendentes, consoante o permitir a sua natureza, Ord. tit. 36, § 7, e tit. 37, § 6; 7) que pague os tributos e colectas que a coisa motivar, lei 2, do tit. *De jure emphyteutico* do Código; todavia, não reclama as despesas e benfeitorias, ou porque foram feitas em coisa própria, ou porque é obrigado a fazê-las, dita lei 2, Novela 120, cap. 8 (§ XIX deste Título); 8) que suporte todo o dano que acontecer em parte da coisa, lei 1, no fim, lei 2 do tit. *De jure emphyteutico* do Código, § 3 do tit. *De locatione* das Institutas Ao senhorio competem, em razão do domínio directo, o direito de aprovar ou confirmar a alienação da coisa aforada, e os direitos de preferência, do cãnone, do laudémio, de renovação, e de consolidação por título de comisso ou devolução, Ord. liv. 4, tits. 38 e 39.

DO CãNONE ENFITEUTICO

§ XIII — Pertencendo, pois, o pagamento do cãnone à substância da enfiteuse (§§ III e XII), resulta daí que o enfi-

teuta é inteiramente obrigado à sua prestação por *acção enfiteuticária*, e não *hipotecária*, visto que esta nenhum direito a concede, nem jamais se pode admitir hipoteca tácita fora dos casos expressos. Coccey, *Disput. citada*, cap. IX, n. 6, Surdo, *Decisio 271*, n. 10. Todavia, concede-a na enfiteuse eclesiástica a Lei de 4 de Julho de 1768, vers. *Permitto mais*; esta excepção confirma a regra em contrário; por isso, há que entender da excepção sòmente, e não da regra, a outra Lei de 20 de Junho de 1774, § 38, que se vê estabelecer a hipoteca tácita em geral. Ora, o cãnone prometido pode consistir em dinheiro e em frutos, Ord. liv. 4, tit. 39, no princípio, e pode ser constituído por uma só moeda, visto que é pago, não em compensação dos frutos, mas em reconhecimento do domínio, Perez, ao tit. *De jure emphyteutico* do Código, devendo-se até, para favorecer a agricultura, emprazar os prédios incultos sòmente por cãones módicos, Lei de 4 de Julho de 1776, visto que, pelo contrário, os prédios cultivados admitem uma pensão correspondente aos frutos quase até ao limite da locação, Lei citada; por isso é que a pensão nem se diminui nem se remite, ainda quando o fundo tenha perecido em mais de metade, lei 1 do tit. *De jure emphyteutico* do Código, e, assim, também não em caso de incurção do inimigo ou grande esterilidade, salvo se for imoderada e quase corresponder aos frutos, hipótese em que se deve remittir por equidade, Coccey, lugar citado, n. 4, Barbosa, à Ord. liv. 4, tit. 39, n. 18, Valasco, *Quaest. XXVII*, n. 11; e isto deve estender-se às colectas e demais encargos; de facto, embora o enfiteuta seja obrigado a eles, é equitativo que o senhorio sustente os encargos à proporção, quando o cãnone pouco difere da renda justa. Coccey, lugar citado, Valasco, *Quaest. XVII* e *XXVII*, desde o n. 11. Ora, porque para pagamento da pensão compete contra o enfiteuta acção pessoal enfiteuticária, e não real, isto é, hipotecária, segue-se por consequência que este não é obrigado de modo nenhum às pensões que o seu antecessor deixou por pagar, Ord. liv. 4, tit. 36,

§ 5, *ibi*: *E cada huma das pessoas, a que... vier o foro, será obrigada pagar*. Deve-se exceptuar a enfiteuse eclesiástica, porque, pela dita Lei de 4 de Julho de 1768, goza do privilégio de hipoteca tácita. Por outro lado, a pensão, assim como não pode ser remittida pelo senhorio, assim também não pode ser aumentada por ele; por isso, a renovação da enfiteuse, visto que não é um novo benefício, mas a sua continuação, feita por mandado da lei, deve ser inteiramente trazida para o limite da antiga prestação, Lei de 4 de Julho de 1768, §§ 2 e 3. Alvará de 12 de Maio de 1769 (§ XXVI), as quais, embora sòmente falem da enfiteuse eclesiástica, devem em todo o caso estender-se à civil e profana, constituída em bens públicos ou particulares, dos concelhos, ou da Coroa Real, pois em todos se verificam a mesma razão de equidade e o favor da agricultura. Efectivamente, nos contratos onerosos deve observar-se principalmente a equidade, e neles a Coroa tem o mesmo direito que os particulares, Ord. liv. 2, tit. 35, § 7. Embora isto seja assim, ainda hoje mais de uma vez se aumenta o cãnone enfiteutico na renovação tanto da enfiteuse eclesiástica, por exemplo dos mosteiros e Ordens de Cavalaria, como da civil, por exemplo da Coroa Real, que os donatários detêm por benefício e em nome dela. Agora, se isto se faz com justiça ou sem ella depois da promulgação das ditas leis, é ponto fácil de julgar. Também cabe aqui o Decreto de 14 de Março de 1759 nas palavras: *e com avaliação do foro pelo que as terras rendião, ou poderião render antes da calamidade do primeiro de Novembro de mil setecentos cincoenta e cinco*.

A pensão a pagar pelo enfiteuta chamavam os Latinos *vectigal*, lei 39, § 5 do tit. *De legatis 1*, os Gregos *canon emphyteuticus*, lei 3 do tit. *De jure emphyteutico* do Código, e *emphyteuma* nos Basílicos e na lei 32 do tit. *De episcopali audientia* do Código, e nós *foro ou pensão*, Ord. liv. 4, tit. 30. Já agora digamos que, assim como Aristóteles, *Oeconomica*, liv. II, escreve que os Bizantinos, quando necessitavam de dinheiro, costumavam arrendar os fundos públicos férteis

por algum tempo, e os infrutuosos perpétuamente. assim também os Romanos arrendavam por pouco tempo, isto é, um lustro, os campos cultivados, que se chamavam *non vectigales*; mas davam os incultos e desertos a cultivar e plantar para sempre mediante um tributo anual, o que, na lei 10 do tit. *De locato* do Código, se chama *perpetua conductio* (arrendamento perpétuo), assim como *jus perpetuarius* (direito perpétuo) do colono na lei 1 do tit. *De officio Comitibus Sacri Palatii* do Código, e este colono *perpetuarius conductor* (arrendatário perpétuo) nas leis 1 e 3 do tit. *De locatione praediorum civilium* do Código. Ora, ainda que desta locação perpétua não derivasse verdadeiro domínio, o pretor concedia acção útil de reivindicação; e, como no tempo de Triboniano e na idade de Constantino já estivessem em uso o cânone enfiteutico e os direitos de *comisso* pela locação perpétua dos fundos particulares, na lei 15, § 1, do tit. *Qui salis dare cogantur*, interpreta-se o *agrum vectigalem* (campo tributário) no sentido de *agrum emphyteuticum* (campo enfiteutico). Everardo Otto, no prefácio do tomo V do *Thesaurus Juris Civilis*, pág. 18. Entre nós, os bens chamados *reguengos*, que estão sob o domínio do Príncipe ou do Estado e por ele são arrendados temporária e não perpétuamente, assemelham-se de certo modo aos fundos *non vectigales*, e aos *vectigales* os restantes bens reais, que foram atribuídos aos nobres, igrejas ou mosteiros por prêmio ou devoção, com a condição de aqueles pagarem ao Rei certo cânone anual, dizendo-se, por isso, perfeitamente seus senhorios. Também se podem assemelhar aos *vectigales* os campos censíticos das pessoas privadas, em virtude da pensão ou censo que são obrigadas a prestar ao senhorio. Porém, nós a estes fundos não chamamos bem enfiteuticários no sentido do direito justinianeu e pátrio, mas censíticos, censuais, ou tributários, pois os enfiteuticários foram entre nós conhecidos juntamente com este mesmo direito ou, pelo menos, frequentes (§ II, Nota). Mas, prosseguindo, o que dissemos de nada se remittir do cânone por motivo de esterilidade, incursão inimiga, ou inundação, no caso de a coisa não perecer totalmente, é verdadeiro, mas deve ser entendido quando a pensão é tão módica, que mais parece constituída em reconhecimento do senhorio que para compensação dos frutos; e esta opinião, intermédia entre os que afirmam e negam, parece-me a mais verdadeira, como igualmente favorável que é para o senhorio e para o enfiteuta. Além disso, o enfiteuta é dispensado pelo dano parcial e esterilidade, no caso de se haver convencionado pagar a pensão pela porção dos frutos recebidos do prédio enfiteutico, porquanto, como a pensão é limitada aos frutos do próprio prédio, se

estes não nascerem, não pode ser paga; de resto, quando simplesmente prometida, seria devida, se fosse módica, mesmo que nenhuns frutos se colhessem.

DA ALIENAÇÃO NECESSÁRIA DA ENFITEUSE

§ XIV — É também da essência da enfiteuse que ela não pode ser alienada sem ciência e consentimento do senhorio (§§ III e XII deste Tit.), isto é, ser vendida, permutada, doada, dada para pagamento ou dote, ou empenhada para sempre, Ord. liv. 4, tit. 38, no principio, lei últ. do tit. *De jure emphyteutico* do Código, o que se deve entender da alienação voluntária, porquanto na necessária, feita por autoridade do juiz, não se requer o consentimento do senhorio, Ord. liv. 3, tit. 93, § últ., nem vale o pacto em contrário, segundo a mesma Ordenação. Também se aliena a enfiteuse sem o consentimento do senhorio havendo uma razão de utilidade pública, o que sucede, por exemplo, quando o fundo enfiteutico é vendido por justo preço para fomento das estradas públicas, Alvará de 13 de Dezembro de 1788, § 11, ou quando na área aforada, onde o incêndio ou terramoto destruiu as casas, se constrói edificio público ou particular, que o seu senhorio não quis ou não pôde fazer em conformidade com o regulamento da urbanização; a este assunto respeitam o Alvará de 12 de Maio de 1758, § 7, os Decretos de 14 de Março de 1759, e 6 de Março de 1769, o Alvará de 23 de Abril (Fevereiro?) de 1771, e outros diplomas promulgados para a restauração de Lisboa. Semelhantemente pode-se alienar a enfiteuse sem o consentimento do senhorio, quando, havendo vários sucessores, ela é encabeçada num deles, ou então vendida a um estranho, se os sucessores não acordarem no seu valor, Ord. liv. 4, tit. 36, § 1. Também pode o pai dotar a enfiteuse à filha sem consentimento do senhorio, mormente se o prazo for de nomeação e o dote inestimado, Ord. liv. 4, tit. 37, § 2, pois esta alienação parece necessária; por isso, deve-se en-

tender a Ord. liv. 4, tit. 38, no princ., vers. *E no caso que a quizer doar, ou doiar*, do dote estimado ou constituído por um estranho, ou (o que é mais provável) da necessidade de notificar o dote ao senhorio, e não em rigor do consentimento deste. Valasco, *Consult.* 113, Cabedo, P. I, *Decisio* 103, n. 4, Gama, *Decisio* 242.

DA ALIENAÇÃO VOLUNTÁRIA

§ XV — Mas, se o enfiteuta alienar a coisa por vontade sua sem consentimento do senhorio, cai em comisso, e é privado da própria enfiteuse, se o senhorio quizer usar do seu direito; se não, pode obrigá-lo a recobrar a enfiteuse e a pagar-lhe o cãnone, Ord. liv. 4, tit. 38, § 1, lei últ. do tit. *De jure emphyteutico* do Código, pois a alienação, feita sem o conhecimento do senhorio, não produz efeito nenhum, visto ser nula. Porém somente é proibida aquela alienação pela qual se transfere para outrem a própria coisa aforada ou o direito enfiteutico; por este motivo é que sem o consentimento do senhorio o prazo não pode ser vendido, doado, trocado, subemprazado, dado em dote por um estranho, ou penhorado para sempre, segundo a dita Ord. tit. 38, no princ. (§ XIV); todavia, bem pode ser arrendado por muito ou pouco tempo, e ser sujeito a hipoteca ou ónus de servidão real, contra a vontade do senhorio, enquanto o enfiteuta viver; a razão é porque daí não advém prejuízo nenhum para o senhorio, a quem, como quer que acabe a enfiteuse, a coisa regressa livremente, nem para os sucessores, que também recebem a coisa livre de encargos, visto que estes apenas affectam o enfiteuta e enquanto ele viver. Barbosa, ao cap. *Potuit* 4 do tit. *De locato*, Brito, *ibidem*, § II, n. 9, Cépola, *De servitutibus*, liv. I, cap. XIV. No entanto, esta opinião, por mais consentânea que pareça com a jurisprudência, não foi inteiramente recebida no foro. Pelo contrário, hoje e já de há muito prevalece no foro a opinião dos que entendem que a enfiteuse,

mesmo a perpétua e hereditária, não pode ser sujeita ao vínculo de morgado ou capela, contra a vontade ou sem o conhecimento do senhorio; de facto, uma vez constituído este vínculo, o senhorio não só é privado dos laudémios, como também da esperança de adquirir a enfiteuse. Pinheiro, *De emphyteusi*, P. II, Disp. IV, Sect. VII, § 8 (Tit. IX, § XI). Todas estas coisas foram estabelecidas em favor do senhorio, para que não lhe seja impingido contra vontade um novo enfiteuta, e para que fique suficientemente garantido o respeito dos laudémios. Entende-se que o senhorio dá o seu consentimento, quando aprova a alienação por palavras ou factos; por isso, se exigir ou receber o cãnone do novo enfiteuta, ou aquiescer à notificação de que a coisa vai ser alienada, e não a aprovar nem recusar dentro de trinta dias, a alienação mantém-se, Ord. liv. 4, tit. 38, no princípio. Se não aprovar a alienação em favor de certa pessoa, esta não pode ser substituída por outra; é diferente, se der licença genérica para alienar, caso este em que é dada livre e licitamente a qualquer um, contanto que este seja tão idóneo como o próprio enfiteuta, e não faça pior a condição do senhorio; tais são os demasiado pobres ou os demasiado poderosos, Caldas, *De extinctioe*, cap. 13, n. 37, e, em suma, todos aqueles que estão proibidos por qualquer motivo de possuir prazos. E assim se devem entender as palavras da Ord. liv. 4, tit. 38, no fim do princípio: *o foreiro a poderá vender a quem quizer* (§ X), isto é, se não estiver proibido por lei especial, nem disso resultar algum detrimento para o senhorio, pois, como dizem, sempre se deve fazer a interpretação em termos hábeis.

O dizer-se que a enfiteuse não pode ser alienada sem consentimento do senhorio não é de entender como sendo nula a alienação, se for contra a vontade dele, mas apenas se for sem ele saber. Eis porque é necessário notificar a alienação ao senhorio, e que este saiba quem é o novo enfiteuta; na verdade, isto pertence à essência da enfiteuse; mas não se requer que o senhorio dê assentimento expresso à alienação, pois basta que a não ignore, que dela seja certificado pelo enfi-

teuta, e que se peça, embora não se obtenha, o consentimento para alienar. Feita esta notificação ou atestação, fica sem dúvida válida a alienação, embora o senhorio a não aprove nem louve o novo enfiteuta. Compete-lhe, todavia, o direito de preferência e sobretudo o direito de obstar à alienação, se dela lhe advier algum dano, o que acontece, quando o novo enfiteuta não é tão capaz como o primeiro; e diz-se tal aquele de quem devido a seu grande e notável poder, ou pobreza, ou qualquer causa semelhante, não se pode obter ou inteira ou tão facilmente o cãnone enfiteutico. Devem, por isso, entender-se as palavras da Ord. liv. 4, tit. 38, no princ., e § 1, *sem consentimento... sem auctoridade do senhorio*, como referindo-se à notificação expressa, e não ao consentimento expresso (aliás, nunca bastaria o tácito), ou ao consentimento, isto é, à licença pedida, ainda que não obtida. E, na verdade, tudo isto, se não me engano, bem se deduz da lei últ. do tit. *De jure emphyteutico* do Código, a qual se deve acomodar a Ordenação Régia dela tirada. De facto, Justiniano estabeleceu no início a regra de que *de modo nenhum é licito ao enfiteuta transferir sem consentimento do senhorio... o direito enfiteutico*, e bem, pois que ele não é senhor pleno da enfiteuse. *Mas* (continua o Imperador) *para que, aproveitando esta ocasião, os senhorios não os enganem e com isso pereça o cômodo do enfiteuta, ordenamos* (e aqui vai agora a intelligência da regra, ou seja, a excepção) *que se declare e diga previamente ao senhorio a quantia que se vai receber com a transferência. E se, realmente, o senhorio preferir dar essa quantia... tem absoluta preferência para adquirir estas coisas. Caso contrário... dê-se ao enfiteuta licença para vender as suas benfeitorias quando quiser e sem consentimento do senhorio... Devem os senhorios necessariamente... aceitar o enfiteuta... e aceitar... e não contradizer o novo enfiteuta em sua posse... Se, porém, o senhorio de modo nenhum quiser aceitar o novo enfiteuta ou comprador da benfeitoria, e, feita a notificação, sobreviver durante dois meses em o fazer, é licito ao enfiteuta transferir para outros o seu direito ou as suas benfeitorias mesmo sem os senhorios consentirem.*

DO DIREITO DE PREFERENCIA

§ XVI — A essência da enfiteuse pertence muito especialmente o direito de preferência (§ XIV). Por isso, o enfiteuta,

que tenciona vender a coisa, deve notificar ao senhorio a compra e venda, o comprador, e sobretudo o preço oferecido, para que o senhorio possa deliberar maduramente se fica com a coisa para si, ou se aceita o novo enfiteuta. Mas, se dentro de trinta dias a contar da denúncia, o senhorio não declarar se quer a coisa, ou declarar, mas não pagar o preço, a venda é absolutamente válida e livre, Ord. liv. 4, tit. 38, no princípio. Ora, este direito tem principalmente lugar na venda, tanto na voluntária, como na necessária, Ord. liv. 4, tits. 38 e 36, § 1, e tit. 96, § 23, e, por isso, cessa: 1) nas doações, que promanam de mera liberalidade, e igualmente 2) na permutação da coisa por outra em que não pode cair afeição, 3) na dação de dote, Ord. dito tit. 38. E, embora nestes e talvez noutros casos se entenda que cessa o direito de retracto, isto é, de prelação, todavia deve-se sempre declarar a alienação ao senhorio, quer para ele ficar a saber quem é o novo foreiro e lhe poder exigir o foro, quer para poder obstar à alienação, se o novo foreiro não for igualmente idóneo, Ord. citado tit. 38, nas seguintes palavras do princípio: *e todavia lho fará saber, para ver se tem algum legítimo embargo.*

Se o enfiteuta ocultar com mau dolo o verdadeiro preço da coisa em prejuizo dos laudémios ou do direito de preferência, cai em commisso. Barbosa, no n. II ao cap. *Potuit* 4 do tit. *De locato*, Caldas, *De emphyteusis extinctione*, cap. 13, n. 34, Valasco, *Quaest.* 8, nn. 10 e 11. O direito de preferência funda-se na máxima equidade, porquanto, embora o enfiteuta em extremo direito possa transferir para outro o domínio útil, é equitativo que o senhorio tenha a preferência em igualdade de condições, isto é, quando o direito do foreiro fica salvo e este não sofre nenhum prejuizo com isso. A necessidade da declaração da alienação pertence mais às regras da justiça que da equidade, pois a justiça exige que se denuncie ao senhorio qualquer alienação, a fim de não lhe ser impingido, sem ele saber, um foreiro inútil, nem vir a ser defraudado no laudémio. Por conseguinte, deve ser preferido o senhorio na venda e troca da coisa por uma coisa fungível, visto que nada pode interessar ao foreiro obter o preço e as coisas fungíveis do senhorio ou dum estranho; é diferente, se o próprio foreiro douu ou

legou a coisa, embora seja oferecido ao donatário o justo preço, pois impede-se a liberalidade, se a coisa não vem ao donatário, que é a única causa da doação; o mesmo se verifica na permuta por uma coisa não fungível, por exemplo, na permuta da coisa por uma casa, quinta, etc., nas quais pode cair afeição; por isso, seria injusto, se o enfiteuta, em vez disso, fosse obrigado a receber do senhorio outra coisa qualquer, ainda que do mesmo ou maior valor. Everardo Otto, no prefácio ao tomo V do *Thesaurus Juris Civilis*. E assim se deve entender a Ord. liv. 4, tit. 38, no princípio, palavra *escambar*.

DO LAUDÉMIO

§ XVII — O laudémio é devido ao senhorio em compensação, digamos, do consentimento prestado à alienação da coisa; e é devido nos casos em que, alienada a coisa, compete ao senhorio o direito de preferência. É, pois, devido: 1) tanto na venda voluntária, como necessária, Ord. liv. 4, tit. 38, no princípio, e liv. 3, tit. 93, § últ.; 2) na dação da enfiteuse em pagamento de dívida, dação que é de princípio e causa voluntária; 3) na troca por uma coisa fungível, Ord. tit. 38 (§ XVI); 4) na venda da enfiteuse a um estranho, feita pelo facto de os co-herdeiros não acordarem na sua adjudicação a um dentre eles, Ord. liv. 4, tit. 36, § 1, e tit. 96, § 23; de facto, nestes e semelhantes casos tem lugar o direito de preferência. Cessa, por isso, naqueles em que este direito não tem lugar, como: 1) na doação e na dação de dote, Ord. citada, tit. 38; 2) na troca de coisa não fungível (§ XVI); 3) na alienação imposta por lei por razões de utilidade pública, caso em que se deve pagar laudémio apenas até ao limite definido no Decreto de 6 de Março de 1769; 4) na venda feita por virtude de pacto de retrovendendo, a qual não é uma nova venda, mas uma anulação da primeira; 5) na nomeação da enfiteuse feita àquele a quem ela de direito pertencia, a saber, pelo modo de concessão enfiteutica, visto que esta não requer nem o consentimento do senhorio nem nova investidura; 6) na alienação feita com conhecimento do senho-

rio mas contra sua vontade, quando este a desaprovou e rejeitou, e não quis aceitar o novo foreiro, visto que o laudémio é dado para compensar a *louvação* e aprovação do novo foreiro; 7) na divisão da enfiteuse por estimação, visto que então não se aliena e divide a própria coisa, mas o preço; 8) na alienação da enfiteuse com que o senhorio quis ficar pelo direito de preferência, visto que se verifica o caso de renúncia do laudémio contemplado na Ord. liv. 4, tit. 38, no princípio, vers. *E declarando*; 9) na venda feita sob condição, enquanto esta se não preencher, ou na venda pura, enquanto não for pago o preço, ou se obtiver a garantia dele ou se seguir a entrega, Ord. liv. 4, tit. 5, § 1, e tit. 7, pois neste caso não se entende feita venda nenhuma; e, finalmente, 10) cessa na locação por longo tempo, e também no penhor, usufruto e servidão, visto que não se verifica aqui nenhuma verdadeira alienação da coisa, pois só da verdadeira alienação se deve laudémio. Muitas mais informações trazem Pinheiro, *De emphyteusi*, Disp. IV, Sect. IV e segs., e Barbosa, à Ord. liv. 4, tit. 38, n. 51.

No direito romano o laudémio reduziu-se à quinquagésima parte do preço, lei últ. do tit. *De jure emphyteutico* do Código, e no nosso à quadragésima, Ord. liv. 4, tit. 38, no princípio; porém, em ambos os direitos, esta soma pode, por pacto dos contraentes, ser fixada em outra proporção, diminuída, aumentada, e até totalmente suprimida, visto que o laudémio não é da substância, mas da natureza do contrato. É devido pelo comprador, e não pelo vendedor, Glosa à dita lei última, palavra *accipere*, visto ser devido pelo consentimento e investidura, com que o novo enfiteuta é aprovado e empossado. Mas, no nosso direito, deve ser pago pelo enfiteuta vendedor, e não pelo comprador, Ord. liv. 1, tit. 62, § 48, e liv. 4, tit. 38, no princípio, Pinheiro, *De emphyteusi*, Disput. IV, Sect. IV, n. 36, Caldas, *De extinctione*, cap. XVI, n. 16. Diz-se *laudémio de laude* (louvor), por ser como que o prêmio do louvor e aprovação da alienação; ou então dos vocabulos arcaicos *leodes* ou *leudes*, que nas leis antigas designam os homens súbditos, feudatários, vassallos, sujeitos à homenagem *vassalítica*. Porém, *leude* nas mesmas leis significa os serviços, isto é, a *composição* que esses homens súbditos ou vassallos são obrigados a

prestar ao senhor. Gregório de Tours, liv. III, cap. XXIII, Cujácio, *De feudis*. liv. I, no princípio, Schilter, *Exercit.* XVI ad Pandectas, § 84. Ademais, a origem do direito laudemial parece dever buscar-se nos prédios feudais ou censíticos dados com investidura, nos quais os colonos pagavam um laudémio ao senhor *que os investia*, sempre que, por mudança de possuidor, havia que pedir a renovação, motivo este por que a posse e domínio útil como que era remida pelo senhor. Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, §§ XXXV, XLV, XLVI, CXVIII, CXIX.

A ENFITEUSE É INDIVISÍVEL

§ XVIII — A enfiteuse é indivisível, não por sua natureza (pois nada impede se divida por glebas), mas sim pelo direito, Ord. liv. 4, tit. 36, § 1, *ibi*: *E por quanto o foro não ha de ser partido*, e tit. 96, § 23, *ibi*: *E porque os taes bens, segundo a natureza dos foros, não se hão de partir, e hão de andar em humma só pessoa*. E isto pertence à sua essência, a qual não se pode mudar por pacto (§§ III e XII), não podendo, além disso, ser dividido, sem embargo de qualquer costume já introduzido, Alvará de D. Pedro II de 6 de Março de 1669, apud Ord. liv. 4, tit. 96, § 23, Colecção I, N. 1.

Foram as leis que deram esta natureza ao contrato de enfiteuse, porque, se se admitisse a divisão, facilmente se seguiria a confusão do cânone enfiteutico, conforme a razão que dá a dita Ord. tit. 36, § 1, *ibi*: *por se não confundir a pensão delle*. A enfiteuse perpétua e hereditária admite a divisão por estimação, mas então o que se divide não é a própria coisa, mas o seu preço, sendo, no entanto, o prazo adjudicado a um dos herdeiros com o acordo dos outros, Ord. liv. 4, tit. 96, § 23, Valasco, *Consult.* 53. Apesar disto ser assim, e de tantas e tão importantes leis proibirem a divisão, na província, que chamamos *Entre Doiro e Minho*, divide-se a enfiteuse entre os herdeiros do defuncto por regiões, sendo, no entanto, o prazo adjudicado, ou, como se diz, *encabeçado* num só deles, de quem o senhorio recebe o cânone integral, pagando os restantes co-herdeiros e co-enfiteutas a sua res-

pectiva parte ao herdeiro que foi encabeçado. Deste costume, que ainda hoje vigora com justiça ou sem ela, falam os nossos escritores a cada passo.

DAS BENFEITORIAS

§ XIX — As benfeitorias feitas no prazo seguem o próprio prazo, não podendo, por isso, o foreiro aliená-las sem conhecimento do senhorio, visto que este tem nelas, tal como na própria coisa aforada, o direito de preferência, lei últ. do tit. *De jure emphyteutico* do Código. Mas, porque é iníquo que alguém se locuplete com o dano alheio, tanto o foreiro, como os seus herdeiros, podem deduzir e repetir as benfeitorias imódicas e extraordinárias, pois, quanto às moderadas e ordinárias, que respeitam à cultura ordinária da coisa, e que se fazem ou por imposição do direito, ou em consequência do pacto, não é o senhorio obrigado a pagá-las, Ord. liv. 5, tit. 1, § 3, e liv. 4, tit. 97, § 22, no fim, *ibi*: *E isto não se entenderá em algumas despesas, e bemfeitorias pequenas, nem em algumas outras, que o nomeante de necessidade, conforme a direito, sem outra convenção das partes, nem condição posta no contracto emphyteutico, he obrigado fazer*. Valasco, *Quaest.* 25, Pinheiro, *De emphyteusi*, Disp. III (Tit. XII, § X).

COMO SE SUCEDE NA ENFITEUSE HEREDITARIA PURA

§ XX — A sucessão enfiteutica diverge consoante a diversidade de condições da enfiteuse. A hereditária pura, constituída *em favor de Tício e seus herdeiros e sucessores* (§ VIII deste Título), é deferida por direito hereditário, quer aos herdeiros escritos, quer aos herdeiros legítimos, e adquire-se do mesmo modo que a herança, cuja natureza segue, ou em testamento, ou ab intestado. E daí provém: 1) que nesta enfiteuse apenas sucede aquele que é efectivamente herdeiro; não sucede, por

isso, o deserddado, ou aquele que se absteve da herança ou a repudiou; 2) que os herdeiros testamentários devem ser preferidos aos legítimos, pois esta é a ordem geral de sucessão; 3) que o enfiteuta pode dispor da enfiteuse hereditária pelo mesmo direito que dispõe dos restantes bens da herança; 4) que deste mesmo modo se invalida e rescinde o testamento ou outra disposição do foreiro sobre esta coisa, pelos herdeiros legítimos preteridos, deserddados, ou de outro qualquer modo lesados; 5) que a sua sucessão ab intestado é deferida, primeiro, aos descendentes, em seguida aos ascendentes, depois aos colaterais, e, por fim, ao cônjuge e ao fisco. Por isso, o filho legítimo, o natural, e o legitimado sucedem, tanto em testamento, como ab intestado, na enfiteuse hereditária, pelo mesmo modo e direito que nos outros bens da herança. Por este motivo, o neto sucede na enfiteuse hereditária pelo direito de representação, Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 50, n. 5, Caldas, *De nominatione*, quaest. 17, n. 13, e o filho natural somente ao pai plebeu, e não ao pai cavaleiro, Pinheiro, *De emphyteusi*, Disput. 5, sect. 5, § 2, n. 125; por consequência, a Ord. liv. 4, tit. 36, §§ 2 e 4, que na sucessão da enfiteuse nega a representação e admite o filho natural, deve ser entendida da familiar ou de nomeação, e não da hereditária. Também sucedem por sua ordem os ascendentes e os colaterais, devendo, pois, aplicar-se aqui o que em seus lugares dissemos da sucessão daqueles nos bens hereditários. Semelhantemente, sucede o cônjuge na enfiteuse hereditária pura, a qual deve ser dividida, por estimação, entre ele e os herdeiros do defunto, salvo se se houver pactuado o contrário, Ord. liv. 4, tit. 96, § 24; no entanto, a enfiteuse só deve ser encabeçada no cônjuge sobrevivivo, se este já a tinha antes do matrimônio, dita Ordenação. Quanto ao fisco, só sucede, se os bens forem confiscados por delicto, ou se o herdeiro instituído for indigno por qualquer motivo, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 17 e 21, e liv. 4, tit. 84, e liv. 5, tit. 1, § 1, e tit. 6, §§ 17 e 18. Mas não sucede, se faltarem agnados e cognados do enfiteuta até ao dé-

cimo grau, porque, neste caso, é melhor a condição do senhorio que a do fisco, devendo a enfiteuse, visto que não está vacante, reverter ao senhorio, Ord. liv. 2, tit. 1, § 6. 6) Que na enfiteuse hereditária sucedem não só os filhos ou filhas, e os agnados ou cognados, mas também os estranhos, Ord. liv. 4, tit. 36, § últ., e sucedem, não em porções iguais, mas em porções hereditárias, Ord. liv. 4, tit. 96, § 23, *ibi*: *segundo forem herdeiros*. Mas, porque a enfiteuse é por direito indivisível, deve ser encabeçada com acordo dos outros num dos herdeiros, que pagará aos restantes a estimação nas devidas proporções; à falta de acordo, deve ser vendida, e o preço dividido entre eles, Ord. liv. 4, tit. 96, § 23, Valasco, *Consult.* 53. 7) Que o sucessor é obrigado a pagar as dívidas do último enfiteuta possuidor, visto que dele recebe a enfiteuse por direito hereditário, e, finalmente, à colação da enfiteuse, visto que ela está contida na herança, Ord. liv. 4, tit. 97, § 17.

E NA ENFITEUSE HEREDITARIA MISTA

§ XXI — Na enfiteuse hereditária mista, que requer outra qualidade além da de herdeiro (§ VIII deste Título), apenas sucede aquele que é herdeiro e tem, além disso, essoutra qualidade declarada na concessão da enfiteuse. Por isso, na enfiteuse concedida *em favor dos herdeiros e descendentes* somente sucedem os descendentes; na concedida *em favor de agnados ou cognados*, apenas os que são da família; na concedida *em favor dos descendentes masculinos*, estes apenas, com exclusão das fêmeas. Porém, quando são chamados à sucessão os descendentes varões, embora não possa suceder a filha, sucede, todavia, o neto filho desta, porque é varão, mormente se não houver outros netos descendentes pelo sexo masculino. Valasco, *Quaest.* 41, n. 5. Na enfiteuse dada *em favor dos filhos* são admitidas as filhas e os netos, se não houver filhos, Ord. liv. 4, tit. 37, § 6, pois aqueles são abrangidos no nome e apelativo de filhos. Ora,

porque nesta enfiteuse, como hereditária que é, necessariamente se requer a qualidade de herdeiro, e tal qualidade se considera precípua, segue-se, por consequência, que à sua sucessão apenas devem ser admitidos os efectivamente herdeiros, e que estes são obrigados aos encargos da herança. Se na enfiteuse concedida *em favor de Tício ou de seus filhos, ou cognados herdeiros*, for instituído um estranho, costuma duvidar-se qual deva ser preferido, se o herdeiro escrito, se o legítimo sucessor. Por mim admitiria este último, e não o herdeiro por testamento, quer porque o instituidor na mencionada fórmula quis olhar pela sua família, quer porque não embarçou que fosse instituído o herdeiro legítimo, e quase assim pensam Pinhel, no n. 10 à lei 2 do tit. *De bonis maternis* do Código, Gama, *Decisio* 50, nn. 2 e 3, Alciato, à lei *Lege obvenire* 130 do tit. *De verborum significacione*, e *De paradoxis*, cap. 7.

Hoje, depois da Lei de 3 de Agosto de 1770, §§ 9 e 24, que fez todos os morgados regulares (Tit. IX, §§ VI, VII, VIII, IX), não se admite nos morgados novos e antigos a cláusula de masculinidade, agnação, ou nomeação. Mas, porque esta Lei fala dos bens de morgado, não deve ser ampliada aos enfiteuticos. Seria para desejar que, reprovada a faculdade de nomear, e admitida somente a enfiteuse hereditária pura e a familiar, todas elas se tornassem, para assim dizer, regulares; desta maneira, a hereditária pertenceria indiscriminadamente aos herdeiros escritos ou legítimos, sendo, todavia, encabeçada num somente, a saber, no maior e mais velho, e a familiar, tal como o morgado, nos filhos, e filhas, e netos, e cognados próximos. Entretanto, chamados à sucessão os varões e seus descendentes, só estes são admitidos, com perpétua exclusão das mulheres; mas, se forem chamados os filhos, é admitida a filha por nomeação do pai, mesmo havendo filho varão, e o neto, somente se faltar filho ou filha, Ord. liv. 4, tit. 37, § 6; havendo filho varão, não se admite ab intestato a filha, Ord. liv. 4, tit. 36, § 2. No caso de serem chamados os filhos e descendentes, não se admitem os cognados, visto que não são filhos; contudo, isto só é de entender no caso de existirem filhos e descendentes, porque, à falta destes, os cognados sucedem ao enfiteuta na enfiteuse familiar de nomeação, Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26, e isto cumpre notar.

§ XXII — A enfiteuse familiar pura, concedida *em favor de Tício e sua família*, não entra na herança do enfiteuta; por isso, não requer em rigor a qualidade de herdeiro, visto que não é deferida pelo direito hereditário, mas sim pelo direito de sangue, e o sucessor não a recebe do próprio enfiteuta, mas do senhorio. E daqui resulta que nesta enfiteuse podem suceder em testamento ou por nomeação entre vivos, isto é, pelo modo de investidura, todos os que forem da família; não assim, os estranhos, Ord. liv. 4, tit. 37, § 6; no entanto, deve ser encabeçada num só, Ord. liv. 4, tit. 36, § 1, e tit. 96, §§ 23 e 24 (§ XVIII). Porém, ab intestato sucedem, primeiro, os filhos tanto varões como fêmeas, Ord. tit. 37, § 6, porque são todos da família; e até sucedem os filhos naturais ao pai nobre, Ord. tit. 36, § 4, porque por natureza são chamados e são realmente filhos; não assim, os espúrios ou nascidos de coito condenado pelas leis, na mesma Ord.; e sucedem, ainda que o pai os tenha deserdado, visto que a enfiteuse não está nos bens deste, nem dele é recebida, mas do senhorio. O mais próximo exclui sempre o mais afastado; e, assim, na sucessão desta enfiteuse não tem lugar o direito de representação, Ord. liv. 4, tit. 36, § 2, e tit. 37, § 6, Febo, P. I, *Decisio* 22. Na mesma linha e grau o varão é preferido à fêmea, e sempre o mais velho ao mais novo, Ord. liv. 4, tit. 36, § 2. Na falta de descendentes, sucedem os ascendentes pelo mesmo modo e direito, Ord. citada, tit. 36, § 4. Na falta de ascendentes, sucedem semelhantemente os cognados na enfiteuse dada *em favor de Tício, sua família, e parentes*; é diferente na concedida *em favor de Tício e seus filhos*, se estes existirem; e assim se deve entender a Ord. tit. 36, § 2 (§ XXI deste Título). O cônjuge sobrevivente não sucede na enfiteuse familiar do cônjuge defunto, pois ela pertence apenas aos herdeiros deste, Ord. liv. 4, tit. 96, § 24, vers. *Porem*, ibi: *não se partira o tal aforamento, nem a estimação delle por morte de cada*

hum delles entre o que vivo ficar, e os herdeiros do que fallecer, mas ficará precipuo com o que antes o tinha, ou seus herdeiros; sucede, todavia, na herança pura ou mista, segundo a dita Ord. no mesmo vers., palavras: *sem fazer menção de herdeiros, e successores* (§ XX). Porém, esta enfiteuse é sempre conferida, dita Ord.; a familiar, não, a não ser 1) que tenha sido dada ou doada pelo enfiteuta entre vivos, Ord. liv. 4, tit. 97, § 22, *ibi*: e em sua vida o *der*, Valasco, *De partitionibus*, cap. 13, n. 126, visto que estava nos bens daquele enquanto ele vivia, bens esses que em caso nenhum devem ser diminuídos em prejuízo dos filhos; 2) em razão do preço [pago pelo pai]; ou 3) de benfeitorias [feitas pelo pai]. O fisco nunca sucede, mesmo que os bens do enfiteuta sejam confiscados por delicto, caso este em que a enfiteuse ou reverte para o senhorio ou deve ser concedida ao mais próximo da família, Ord. liv. 5, tit. 1, §§ 2 e 3, e tit. 6, §§ 15 e 18.

Sendo a enfiteuse hereditária deferida por direito hereditário, estando na herança do enfiteuta, e não sendo, por isso, familiar, várias consequências se seguem daí. Com efeito, 1) o filho sucede nela, mesmo que repudie a herança do pai, pois nesta sucessão não se requer a qualidade de herdeiro; 2) pode havê-la, embora seja deserddado pelo pai, visto que a recebe, não do pai, mas do senhorio instituidor; 3) o gravado a restituir a herança, não restitui a enfiteuse, porque esta não entra no nome da herança; 4) não é imputada na legítima, por muito nova que seja e adquirida pela primeira vez pelo pai, visto que, seja qual for o modo por que se adquira, entra somente nos bens do adquirente, enquanto ele viver, e não na herança, Carvalho, ao cap. *Raynaldus* 18, p. 4, cap. 1, n. 19, Valasco, *De partitionibus*, cap. 13, n. 98; 5) não deve, por isso, ser trazida à colação, pois não é enumerada entre os bens hereditários do pai; no entanto, isto sofre limitação, se ela for concedida em vida do pai, por causa do prejuízo que este causa aos filhos, ao que não se olha na dação ou nomeação para depois da morte, visto que, neste caso, não se considera dada pelo pai, mas pelo senhorio, Ord. liv. 4, tit. 97, § 22, vers. *Querendo*, Valasco, *De partitionibus*, cap. 13, n. 126. Também deve vir à colação, no caso de o pai ter despendido dinheiro ou fazenda para a possuir, e isto quer

a doação seja feita entre vivos quer por morte, Ord. liv. 4, tit. 97, § 22, Valasco, supra, Pinheiro, *De emphyteusi*, P. II, Disp. 5, sect. 2, § 3, desde o n. 31, e, igualmente, no caso de o pai ter feito benfeitorias, Ord. citada; de facto, a enfiteuse comprada com o dinheiro do pai ou por qualquer outro título oneroso, deve ser considerada mais profectícia que adventícia; porém, uma vez feita a imputação por exemplo no filho, não mais deve ser feita no neto ou noutra successor, e imputada em sua legítima, Ord. citada, § 23, Cabedo, P. II, *Decisio* 3, n. 7; 6) a enfiteuse familiar obtida antes do matrimónio não se comunica entre os cônjuges, embora eles hajam casado segundo o costume do Reino, e, por isso, morto um deles, não se divide por estimação, Ord. liv. 4, tit. 96, § 24; efectivamente, não pode vir a posse de estranhos, ou estender-se além das pessoas nomeadas. O mesmo é de dizer da enfiteuse adquirida após o matrimónio por título lucrativo, Valasco, *De partitionibus*, cap. 26, n. 21, Pinheiro, *De emphyteusi*, Disput. V, Sect. V, § 3, n. 173; de facto, na adquirida por título oneroso, comunica-se o preço, por motivo do qual deve ser dividida. Agora, quanto à enfiteuse concedida ao marido e mulher, e a um dos filhos que nomear, é ela adquirida para ambos os cônjuges solidária e indivisivelmente, e, por este motivo, quando um deles morrer, não se divide entre os seus herdeiros, mas fica totalmente no cônjuge sobrevivente, Caldas, *De nominatione*, quaest. 19, nn. 84 e 85. E, finalmente, segue-se daqui que o sucessor nesta enfiteuse não é obrigado às dívidas do defuncto, senão em razão do preço ou das benfeitorias, porquanto, no concernente às dívidas desta proveniência, a enfiteuse diz-se de certo modo hereditária; não pode, porém, ser vendida por motivo de dívidas, visto que é realmente um bem de família; razão esta por que somente se deve fazer a execução em seus frutos, o que cumpre notar. Gama, *Decisio* 5. Tudo isto se passa diferentemente na enfiteuse hereditária, a qual é dividida entre herdeiros, imputada na sua legítima, e comunicada entre cônjuges, seja qual for o tempo da sua aquisição, antes ou depois do matrimónio, Ord. liv. 4, tit. 96, §§ 23 e 24, Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 44.

E NA FAMILIAR MISTA

§ XXIII — Ora, tudo isto deve aplicar-se sem dúvida à enfiteuse familiar mista, em cuja sucessão se requer também

que no sucessor concorra a qualidade aposta na instituição primordial. Por isso, da concedida *em favor dos descendentes varões* são excluídas as mulheres; no entanto, são admitidos os varões filhos de mulher (§ XXI deste Título). Na concedida *em favor do primogénito*, só este é admitido, e os mais excluídos, etc... Deve-se considerar primogénito o mais velho que ficou ao tempo do falecimento do enfiteuta, devendo esse ser preferido ao neto filho do filho mais velho que faleceu em vida de seu pai, Ord. liv. 2, tit. 35, § 1, liv. 4, tit. 36, § 2, e tit. 37, § 6. Coisa diferente se deve dizer na sucessão dos bens de morgado, Ord. liv. 4, tit. 100, no princípio (Tit. IX, § XVIII), e da Coroa do Reino, Extravagante de D. João IV de 2 de Março de 1647, apud Ord. citada liv. 2, tit. 35, § 1, Colecção I, N. 1 (Liv. II, Tit. III, § XXVI, Do Direito das Pessoas). Todavia, se a enfiteuse tiver sido instituída por forma que a sucessão nela se faça pela via do morgado e a exemplo e pela mesma ordem deste, parece que deve admitir-se a representação, e, assim, preferir-se ao tio paterno o neto filho do filho mais velho. Píñheiro, *De emphyteusi*, Disput. V, Sect. IV, § 3, n. 95.

DA NOMEAÇÃO DA ENFITEUSE

§ XXIV — Diz-se enfiteuse de nomeação aquela que foi dada com a faculdade de nomear, e nisto muito especialmente difere da familiar e da hereditária. Esta faculdade pode ser conferida entre vivos e em testamento, Ord. liv. 4, tit. 37, § últ., e é ou totalmente livre, ou restrita aos herdeiros do enfiteuta ou sua família, aspecto em que convém com a hereditária e a familiar, devendo, por isso, ser-lhe aplicado o que daquelas duas dissemos nos §§ XX e seguintes. Podem nomear a enfiteuse todos aqueles que têm essa faculdade por disposição da instituição primordial, e ser nomeados todos os que não se acham especialmente proibidos. O marido nomeia válidamente sem a

mulher, Ord. liv. 4, tit. 97, § últ., porque nada confere ou aliena do seu. Desta mesma faculdade de nomear usam segundo o direito o religioso, o deportado, e o condenado à morte, Caldas, *De nominatione*, quaest. 5 e 6, porque a nomeação consiste mais num facto, de que são capazes, do que num direito. Exceptua-se o réu de lesa-majestade, Ord. liv. 5, tit. 6, § 19. Podem ser nomeados nos prazos concedidos com a livre faculdade de eleger ou nomear: 1) os filhos legítimos, legitimados, naturais e espúrios, pois estes só estão impedidos de suceder ab intestado, Ord. liv. 4, tit. 36, § 4, a qual se deve entender assim, e não por nomeação do pai feita entre vivos ou em testamento, Caldas, *De nominatione*, quaest. 19, n. 65, e *De potestate eligendi*, cap. 13, nn. 3 e 4; 2) os próprios estranhos, desde que não tenham sido proibidos (§ X); 3) os leigos e clérigos, embora nomeados por clérigos, porquanto a Ord. liv. 2, tit. 18, § 6, fala somente da sucessão legítima nos bens alodiais, e a Ord. do mesmo liv., tit. 35, § 10, dos bens da Real Coroa, e a Lei de 9 de Setembro de 1769, § 11, dos bens de morgado, não sendo, pois, em caso nenhum aplicáveis aos bens enfiteuticos; e também a outra Lei de 4 de Julho de 1768, § *Permitto mais*, nas palavras, *com tanto que somente possam ser arrematadas por terceiros seculares* apenas pode ser aplicada à enfiteuse eclesiástica comprada por eclesiásticos, e não à secular de livre nomeação e havida por este título; 4) o marido pode ser nomeado pela mulher, mesmo que esta tenha cinquenta anos, desde que ela não tenha filhos de anterior matrimónio, e a mulher pode ser nomeada pelo marido, mesmo que este tenha cinquenta anos e filhos; é que a Ord. liv. 4, tit. 105, Man. 75, § últ., não fala da mulher de menos de cinquenta, nem do marido, mas apenas da de cinquenta anos que tinha filhos quando casou segunda vez, Cabedo, P. I, *Decisio* 114, Febo, P. I, *Decisio* 93 (Liv. II, Do direito das pessoas, Tit. VIII, § XII). Isto quanto à nomeação livre. Quanto à restrita aos herdeiros, ou seja, na hereditária, apenas deve ser nomeado o que for her-

deiro; e na familiar pura, o que for da mesma linhagem e família. Por isso, na concedida em favor do filho pode ser nomeada a filha, mesmo havendo filhos, e o neto também, mas só à falta de filhos, Ord. liv. 4, tit. 37, § 6. Entre os filhos deve ser preferido aquele que o pai nomear, quer seja legítimo, quer seja natural, nascido de primeiro ou segundo matrimónio, Ord. tit. 36, § 2, pois que, sendo todos filhos por natureza, bem pode o pai nomear um de preferência a outro; não assim com o adoptivo, visto que não é filho por natureza. Na enfiteuse familiar mista, na qual, além disso, se requer a qualidade de varão ou legítimo, apenas deve ser nomeado o que tiver essa qualidade.

Se o enfiteuta falecer intestado no respeitante à enfiteuse, esta é deferida: 1) aos filhos e descendentes legítimos, e, na falta destes, aos naturais, com a condição, todavia, de que sempre o filho exclui a filha, o mais velho ao mais novo, e o mais próximo ao mais afastado, Ord. liv. 4, tit. 36, §§ 2 e 4; 2) aos descendentes, segundo a mesma prerrogativa, dito § 4; 3) aos colaterais pela mesma ordem até ao quarto grau, Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26. Ora, o enfiteuta falece intestado, 1) se não nomeou a enfiteuse, nem entre vivos, nem em testamento; 2) se não fez testamento nenhum; 3) se não trespassou a enfiteuse em outra pessoa por título de dote ou título geral de doação. De facto, não sendo feita nenhuma nomeação, o herdeiro escrito tem a enfiteuse, por se entender nomeado para ela, Ord. liv. 4, tit. 36, no fim do princípio. A doação também tem a força de nomeação, e, por isso, igualmente se considera nomeado aquele ou aquela a quem a enfiteuse foi doada ou legada por qualquer título, Ord. liv. 4, tit. 37, § 1, Caldas, *De nominatione*, quaest. 1, n. 8. Porém, o enfiteuta pode fazer essa nomeação sem consultar o senhorio, e dela não é devido laudémio, visto que é feita pelo direito da instituição primordial (§ XVIII), devendo a nomeação ser feita puramente e sem condição alguma segundo as prescrições da instituição primordial; não deve, por isso, o nomeado ser sujeito a novos encargos, nem obrigado a pagar as dívidas do enfiteuta, pois não é deste, mas do senhorio que o concede, que ele recebe a enfiteuse, Valasco, *Consult.* 27, nn. 8 e 9, Caldas, *De potestate eligendi*, cap. 17. Por este motivo também não é obrigado a trazer a enfiteuse à colação, Ord. liv. 4, tit. 97, § 22 (§ XXII).

E QUANDO SE PODE REVOGAR A NOMEAÇÃO

§ XXV — A nomeação, uma vez feita, não pode ser revogada, porque foi adquirido direito ao nomeado, ou porque se consumou a faculdade de nomear concedida pelo senhorio. E daí resulta, por consequência, que o enfiteuta, a quem foi dado simplesmente o poder de nomear, não pode revogar a nomeação uma vez feita, nem fazer outra, Ord. liv. 4, tit. 37, § 2, pois exerceu a sua competência; que, no entanto, pode revogar a nomeação, se tal poder lhe foi dado até ao tempo da morte, no princípio da mesma Ord., salvo se o nomeante em sua vida tiver trespassado no nomeado, por título de dote ou semelhante, todo o direito que tinha na enfiteuse, Ord. citada, § 1, caso este em que a nomeação se torna irrevogável. Pelo que respeita à faculdade de revogar a nomeação, nada interessa que ela tenha sido concedida em testamento, ou por contrato entre vivos, pois a nomeação é sempre revogável, se a faculdade lhe tiver sido dada até ao tempo de sua morte, e irrevogável, no caso de lhe ter sido simplesmente concedida sem referência alguma à morte, Ord. citada, § último. A nomeação feita em testamento segue o testamento e com ele se revoga, e deixa de valer, sempre que o testamento se infirme por qualquer causa, Ord. citada, § 4. Deve exceptuar-se a causa de preterição e deserdação, Ord. liv. 4, tit. 82, § 1, Autêntica *Ex causa* do tit. *De liberis praeteritis* do Código.

DA RENOVAÇÃO DA ENFITEUSE

§ XXVI — A enfiteuse extinta sem culpa do possuidor por findarem as vidas, ou outra causa que o pode excusar, deve ser renovada. Chamamos renovação à reiteração da concessão da enfiteuse extinta; mas esta renovação não é um benefício novo, mas a continuação ou prorrogação do antigo, fundamen-

tada na regra do direito natural e civil, que não admite que alguém se locuplete com o dano e perda de outrem. E daqui advém que o senhorio é obrigado a renovar o prazo extinto sem culpa do possuidor: 1) mesmo que não haja nenhum pacto sobre a renovação da enfiteuse, Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 38, n. 17, e *Consult.* 157, Pereira, *Decisio* 31, n. 4, e *Decisio* 128, pois a razão da equidade não padece que se tire aos descendentes, herdeiros e sucessores do enfiteuta o prazo que os seus maiores cultivaram e melhoraram a expensas próprias; 2) e, mesmo no caso de se haver feito pacto especial de não renovar a enfiteuse, Caldas, *De renovatione*, quaest. 8, n. 19, e quaest. 2, desde o n. 21, Valasco, *Consult.* 123, n. 13; e assim o parecem exigir o favor público da agricultura e a dita razão de equidade, que não pode ser alterada por pactos dos particulares; 3) e que o senhorio é obrigado a fazer a renovação, mesmo que nenhuma benfeitoria hajam sido feitas, contanto que a coisa não tenha sido deteriorada, Caldas, *supra*, e Valasco, *Consult.* 201, n. 4; 4) que o direito de renovação é contado entre os bens e pode ser legado, Valasco, *Consult.* 157, Pereira, *Decisio* 128; 5) e que o senhorio é obrigado a fazer a renovação ou por intervenção officiosa do juiz, ou por acção pessoal, cuja fórmula ensina Caldas, *De renovatione*, quaest. 20, e que nós também daremos em seu lugar, isto é, no Liv. IV, *Das obrigações e acções* [esquecendo-se, porém, do prometido, não a deus]; 6) que o sucessor do enfiteuta, a quem compete a renovação, pode, logo após a morte daquele, tomar posse do prazo ou reivindicá-lo de quem o detiver, Valasco, *Consult.* 157, Pereira, *Decisio* 128; 7) que, segundo o costume do Reino, se deve pedir a renovação dentro de um ano a contar da extinção da enfiteuse, sobre o que deve ler-se Valasco, *Quaest.* 39, salvo se houver justa causa que desculpe a demora, Pinheiro, *De emphyteusi*, Disput. VII, Sect. III; 8) que deve ser feita pelo modo contido na investidura, o mesmo Pinheiro, Sect. II, n. 14, e com as mesmas cláusulas e condições, e com a mesma pensão anual,

que as Leis de 4 de Julho de 1768 e 12 de Maio de 1769 proíbem se aumente (§ XIII); 9) que o senhorio não pode receber a mais insignificante coisa pela renovação que é obrigado a fazer, Ord. liv. 4, tit. 41; 10) que a renovação só é devida àqueles que podiam succeder no prazo, se este não se extinguisse, Caldas, *De renovatione*, quaest. 9, nn. 13 e 19, Pereira, *Decisio* 128, e, por isso, na enfiteuse *hereditária* o direito de pedir a renovação compete aos herdeiros instituídos, e na *familiar* sòmente aos que são da família, entre os quais o senhorio deve preferir o varão à fêmea, o mais velho ao mais novo, e o mais próximo ao mais remoto, Ord. liv. 4, tit. 36, § 2. Já agora digamos que, hoje succedendo ab intestado no prazo de nomeação, não só os descendentes e ascendentes, Ord. liv. 4, tit. 36, § 2, mas também os transversais até ao 4.º grau, Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26, a todos por igual compete em sua ordem o direito de pedir a renovação; mas, se esse direito tiver sido previamente legado a um deles, esse deve ser preferido a todos. Pinheiro, Sect. III, n. 33.

Portanto, actualmente não caduca a enfiteuse dada a *Ticio e seus descendentes*, nem a dada ao *homem e mulher, e ao filho de ambos, que o último nomear*, visto que é deferida aos seus cognados até ao 4.º grau, aos quais, mesmo não havendo filhos e não sendo feita renovação nenhuma, compete o direito de renovação, de harmonia com a citada Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26 (§ XXI). Além disso, o que aqui dissemos da renovação, deve entender-se, como é evidente, da renovação necessária, que é feita por imposição da lei, uma vez extinta a enfiteuse sem culpa do possuidor; por isso, se a enfiteuse acabar por culpa do possuidor, por exemplo, por comisso, delicto, devolução, cessão, prescrição e outros modos, de que falaremos já a seguir, em vão se pede a renovação; a razão é porque então a renovação depende totalmente da vontade do senhorio, em cujo arbitrio está possuir perpétuamente para si a coisa que consolidou, ou concedê-la ao antigo enfiteuta, ou a um terceiro, com o mesmo ou diferente cânone, e segundo ou contra a antiga investidura, pois já nenhuma conta há que fazer da enfiteuse, por se haver extinguido. Pinheiro, *De emphyteusi*, Disp. VII, Sect. IV.

§ XXVII — Perde-se a enfiteuse de muitos modos. E 1) sem culpa do possuidor por desaparecimento total da coisa, § 3 do tit. *De locatione* das Institutas, porque é um direito sobre uma coisa corpórea, o qual necessariamente se extingue com ela, no princípio do tit. *De usufructu* das Institutas; 2) por cessão ou renúncia em favor do senhorio, se a enfiteuse for de natureza que se possa renunciar sem prejuízo dos possuidores, e o senhorio aceitar a renúncia, pois contra a vontade dele não é permitido demitir a enfiteuse; 3) por prescrição, Coccey, *Disput. citada*, cap. VI, desde o n. 12; 4) por se extinguirem as vidas com o andar do tempo, pois com essa extinção o prazo reverte ao senhorio, Ord. liv. 2, tit. 1, § 6 (§ VIII, Nota); 5) por consolidação, ou seja por devolução devida à causa especial da caducidade, visto a consolidação significar geralmente a conjunção de ambos os domínios na mesma pessoa por qualquer causa. Ora, a enfiteuse caduca, quando faltam todos aqueles que eram chamados à sua sucessão pela instituição primordial, e, assim, na enfiteuse hereditária quando não há herdeiros, na familiar, quando não há descendentes, ascendentes e colaterais até ao 4.º grau, e, na de nomeação, quando não há ninguém expressa ou tácitamente chamado. Por culpa do possuidor perde-se a enfiteuse 1) por falta de pagamento do cãnone durante três anos, Ord. liv. 4, tit. 39, no princípio, ainda que o enfiteuta não seja interpelado para fazer o pagamento, pois o dia interpela pelo homem; por outro lado, o enfiteuta não purga a mora oferecendo depois o cãnone, nem se considera que o senhorio aceitando-o renunciou ao seu direito, Ord. citada, § 1; nem se faz mister sentença do juiz, visto que se perde a enfiteuse *ipso jure*, Heinécio, ad *Pandectas* ao tit. *Locati*, § 333, Nota. Todavia, o senhorio não pode expulsar por autoridade própria o enfiteuta que não pagou, pois a ninguém é permitido julgar em causa própria, quando é possível recorrer ao juiz, a fim de não se dar

motivo a maiores perturbações. No entanto, não se devolve a enfiteuse, quando o enfiteuta só pagou parte do cãnone, pois, embora aquele que pagou parte, verdadeiramente não pague, basta que o enfiteuta careça de dolo e que essa parte seja aceita pelo senhorio. Everardo Otto no prefácio ao tomo V do *Thesaurus Juris Civilis*. Eis por que, se o senhorio, acabada a enfiteuse, receber as pensões do tempo futuro, também não se devolve a enfiteuse. Barbosa, nos nn. 117 e 119 ao cap. *Potuit* 4 do tit. *De locato*. Além disso, perde-se a enfiteuse por culpa do possuidor, 2) quando há notável deterioração da coisa devida a dolo ou culpa lata, Novela 120, cap. 8; 3) quando se aliena a coisa sem conhecimento do senhorio, Ord. liv. 4, tit. 38, no princípio, sem exceptuar a doação, na mesma Ord.; e isto realmente, se o senhorio quiser usar do seu direito, Ord. citada, § 1; e, finalmente, 4) quando se comete delito contra o Estado a que foi imposta pelo direito semelhante pena, como, por exemplo, no crime de lesa-majestade, Ord. liv. 5, tit. 6, §§ 16 e 19. Porém, qualquer causa costuma excusar da pena de comisso, Gama, *Decisio* 242, n. 3, e *Decisio* 268, n. 2, Valasco, *Consult.* 11, n. 14, Reinoso, *Observat.* 59, n. 20.

ESPECIALIDADES NA ENFITEUSE ECLESIASTICA

§ XXVIII — Sendo a enfiteuse eclesiástica uma espécie de alienação, não pode ser constituída sem as solenidades canónicas, leis 14 e 17 do tit. *De Sacrosanctis Ecclesiis* do Código, cap. 5 do tit. *De rebus Ecclesiae alienandis vel non* das Decretais, a não ser que se trate de coisa desde tempos antigos habitualmente emprazada que reverta à Igreja, Extravagante *Ambitionosae*, do tit. *De rebus Ecclesiae non alienandis*. Depois, perde-se, se o cãnone não for pago durante dois anos, e não três como na secular, cap. últ. do tit. *De locato*, Ord. liv. 4, tit. 39, § últ.; todavia, o enfiteuta pode purgar a mora, satisfazendo rápida-

mente as pensões antes da contestação da lide, Ord. citada. A enfiteuse eclesiástica requer escritura não apenas para prova, mas também por formalidade, Novela 7, no princípio, e Novela 120, cap. 5, Ord. liv. 4, tit. 19, no fim do princípio. Não se prolongava além de filhos e netos, segundo a dita Novela 7, cap. 3, o cap. *Potuit* 4 do tit. *De locato*, e a cit. Ord. tit. 39, § últ., no fim; hoje prolonga-se, Lei de 9 de Setembro de 1769, § 26. A este assunto também dizem muito especial respeito a muitas vezes citada Lei de 4 de Julho de 1768 e o Alvará de 12 de Maio de 1769, nos quais se estabeleceu: 1) que se banisse do foro a opinião que sustentava que a Igreja podia adquirir e reter perpétuamente o prazo a si deferido por título de comisso, devolução, opção, ou consolidação, como contrária que era às leis da *amortização*, e sobretudo ao Alvará de Filipe III de 30 de Julho de 1611; 2) que fossem ratificadas as aquisições e consolidações feitas antes do dito ano, mas não as posteriores; 3) que também estas, postergando-se o direito do fisco ao qual se viam pertencer totalmente, pudessem ser de novo emprazadas pelas igrejas, conservando-se as pensões antigas; 4) que, devolvida por qualquer motivo a enfiteuse à Igreja, esta não a pudesse reter mais de ano e dia. Não obstante, esta Lei não deve ser aplicada aos prazos das Ordens Militares, aos quais não aludiu expressamente, Resolução Régia de 30 de Dez. de 1768, *ibi*: *Sou servido declarar, que não foi da minha Real intenção comprehender os bens das Ordens Militares na disposição da minha Lei de 4 de Julho do presente anno*. Portanto, hoje não têm lugar as Ord. liv. 1, tit. 62, § 48, e liv. 2, tit. 1, § 6, etc., que se vêm conceder perpétuamente às comunidades eclesiásticas os prazos por título de opção, prelação, consolidação, ou comisso.

Costuma duvidar-se se as comunidades eclesiásticas ou seculares podem ter sem licença régia a espécie de bens que chamamos *juros Reaes*. Parece que não, quer porque os referidos bens são considerados como imóveis, o que basta para a sua aquisição se ver interdita

pelas leis gerais da *amortização*, quer porque existe lei especial que proíbe a sua aquisição ou retenção, quer, finalmente, porque se guardam nos arquivos públicos do Reino quase inúmeras dispensas para esses bens poderem ser possuídos, as quais supõem lei proibitiva, pois, se esta não existisse, essas dispensas seriam totalmente inúteis e superfluas. Apraz-me apresentar alguns exemplos. Ei-los: 1) uma carta de D. João III datada de 22 de Agosto de 1550, na qual se concedeu às Monjas de Castanheira que pudessem comprar os mencionados bens, chamados *juros Reaes*, até à soma de 30.000 cruzados, liv. II da Chancelaria de D. João III, fol. 61, e liv. IV, fol. 129; 2) um Alvará de Filipe II de 8 de Agosto de 1585 dado ao Mosteiro de S. Jerónimo de Lisboa para ter 20.000 cruzados doados pelo Doutor Paulo Afonso, liv. XII da Chancelaria, fol. 160; 3) uma, como dizem, *Apostilla* de Filipe IV de 30 de Março de 1634 a favor das Monjas de Monsanto para terem e reterem perpétuamente 93.750 cruzados, liv. XXI da Chancelaria, fol. 321, *ibi*: *Hei por bem que este Alvará se cumpra, e passe pela Chancellaria sem embargo das Ordenações do liv. 1, tit. 2, § 19, e liv. 2, tit. 18, que prohibem que os Religiosos, ou Igrejas comprem bens de raiz, qual se reputa o juro conforme a Direito; e a dita compra se fará por este Alvará com as sollemidades da dita Ordenação, que o § 2 dispõe*. Porém, estas e semelhantes palavras se lêem igualmente em todas as cartas de dispensa, sem que nelas se mencione lei especial que contenha a proibição, o que cumpre notar. 4) Um Alvará de D. João IV de 17 de Junho de 1641 para as Monjas do Mosteiro de Santa Ana de Viana terem 25.400 cruzados pertencentes à capela, que Maria de Sousa, monja do mesmo cenóbio, administrava, liv. II da Chancelaria, fol. 164; 5) um Alvará de D. Afonso VI de 20 de Fevereiro de 1661 para os Religiosos de S. Francisco, dito *da Cidade*, terem, reterem e conservarem semelhantes bens até certa soma, liv. XLV da Chancelaria, fol. 57; 6) carta do mesmo Rei de 23 de Junho de 1670 concedendo aos Eremitas de S. Paulo que pudessem comprar 600.000 cruzados para seu sustento, liv. XXIV da Chancelaria, fol. 134; 7) Alvará de D. Pedro II de 30 de Outubro de 1689 para as Monjas Carmelitas de Évora poderem ter 14.500 cruzados doados por Cecília Pinto de Sousa, liv. LVIII da Chancelaria, fol. 66; 8) uma carta de D. João V de 7 de Novembro de 1713 para as Monjas de Santa Rosa de Lisboa conservarem 60.000 cruzados dados por Martinho Velho, liv. XXXVIII da Chancelaria, fol. 298; 9) Alvará do Desembargo do Paço de 27 de Novembro de 1717, expedido mediante consulta régia em favor da Congregação do Oratório em Estre-

moz, para que esta pudesse reter 60.000 cruzados à mesma doados com ónus de missas pelo presbítero Manuel de Sousa, liv. LI da Chancelaria, fol. 178. Finalmente, respeita a este assunto a sentença proferida em 26 de Novembro de 1652 no juízo, que chamamos *das justificações*, pela qual foi julgado que as Monjas do Mosteiro de Abrantes não podiam reter além de ano e dia os juros, de que falamos, os quais tinham por successão de Maria Mendonça, sua monja, Colecção Cronológica, P. III, Mass. XXXII, Documento 102. Não obstante ser assim, entendem alguns que as comunidades podiam adquirir e reter sem licença régia estes e semelhantes bens, porquanto — dizem — não existe lei nenhuma especial que proiba a sua aquisição. Na verdade, esta proibição não pode estar contida nas leis gerais da *amortização*, que apenas fazem menção dos bens imóveis, e não são, por isso, estendíveis a estes juros de dinheiro, os quais se chamam imóveis, não por propriedade de linguagem, mas por certa semelhança, isto é, porque os deve a Coroa do Reino, que é solvável, e permanece sempre firme e estável. Acresce que aqui não pode ter lugar nem o favor da agricultura, visto que estes bens não admitem cultura, nem o prejuízo do Erário Régio, visto que da sua venda não é devida sisa, e, depois, a Coroa facilmente satisfaz esta dívida, uma vez paga a sorte principal. As dispensas, que se apresentam em contrário, não provam a existência de lei especial *proibitiva*, visto que não a citam, mas apenas se referem às Ordenações gerais do Reino, que alegam, as quais nem literal nem mentalmente abrangem estes bens; por isso, as ditas dispensas pertencem às cautelas, ou seja, aos expedientes que os juriconsultos devem fornecer a seus clientes por obrigação de officio; para mais, o que abunda, não costuma prejudicar. Por fim concluem do exposto que pelo menos este problema não está definido nas nossas leis com a necessária liquidez e clareza. Mas a verdade é que se vê o Alvará de 31 de Janeiro de 1775, § *Porquanto*, para todos os efeitos digno de leitura, decidir e consumir toda esta questão. Uma coisa, porém, ficou posta fora de toda a dúvida: se as comunidades derem dinheiro a juros ao Rei, e este o aceitar, ainda que existisse lei especial a proibir tal usura, essa lei por este facto da aceitação entende-se remitida e dispensada. De facto, nem a boa fé nem a moral pública admitem que o fisco, confiscando neste caso a sorte principal, ou as usuras que espontaneamente prometeu, se locuplete com o prejuízo dos credores.

TITULO XII

DAS PARTILHAS E COLAÇÕES DE BENS

O QUE É A PETIÇÃO DE HERANÇA

§ I — Do direito hereditário, que se defere ou por testamento ou pela lei, nasce, primeiro que tudo, a petição de herança, pela qual o herdeiro escrito ou legítimo move acção contra aquele que procede como herdeiro ou possuidor, para que ele próprio seja declarado herdeiro e lhe seja restituída a herança com toda a causa e accessões. E esta petição universal da herança, como promana dum direito real, ou melhor, do domínio, compete a todos os herdeiros escritos e legítimos, pouco diferindo da reivindicacção no efeito e na causa (*Instituições*, Liv. IV, Tit. VI, § XVI).

O JUÍZO DE PARTILHAS E O QUE NELE SE CONTEM

§ II — Desta mesma fonte mana o juízo de partilhas, isto é, o juízo de divisão da herança entre os co-herdeiros. Ora, neste juízo dividem-se os bens da herança segundo a equidade natural entre os herdeiros, lei 2 do tit. *Familiae erciscundae*, do Digesto, devendo, todavia, adjudicar-se os bens que não admitem fácil divisão a um só dos herdeiros, que deve ser condemnado a pagar aos outros os respectivos interesses, lei 22, § 4, do mesmo tit. do

Digesto. Porém, a divisão, uma vez feita, dificilmente (1) se revoga, § últ. do tit. *De officio judicis* das Institutas. Tudo isto e muito mais, que o direito romano estabeleceu, também se acha estabelecido no nosso direito, Ord. liv. 4, tit. 96, que é a sede desta matéria (*Instituições*, Liv. IV, Tit. IV, § VIII).

O que está escrito acerca das partilhas de bens na Ord. liv. 4, tit. 96, Man. 77, Afons. 107, tem por autor principal El-Rei D. Afonso, Conde de Bolonha, o qual numa lei especial inserta no Código Afonsino quase reduziu toda esta matéria à jurisprudência romana, bastando só isto para provar o uso e autoridade deste direito durante o seu reinado.

DE QUE MODOS SE FAZEM AS PARTILHAS

§ III — As partilhas de bens ou são feitas pelos próprios herdeiros extrajudicialmente e em boa paz por acordos, que sempre se devem observar, e reduzir a escritura, se excederem a soma definida na Ord. liv. 3, tit. 59; ou por meio de partidores e avaliadores dados pelo juiz com o consentimento dos herdeiros; ou judicialmente, sendo os co-herdeiros chamados a juízo e pronunciada a sentença depois de observada a ordem do direito, Ord. liv. 4, tit. 96, § 18; ou, finalmente, pelo próprio testador, que bem pode dividir arbitrariamente a sua fazenda entre os herdeiros, salva a legítima destes. Valasco, *De partitionibus*, cap. XX.

A estes partidores, divisores, ou estimadores chamamos nós *avaliadores, partidores, alviadores*, os quais são escolhidos pela Câmara do lugar, ou pelas partes, ou, enfim, officiosamente pelo juiz. Quando estes discordarem na avaliação da coisa, o juiz nomeia outro, que é obrigado a aprovar a opinião dum deles, sem poder seguir outra diferente, Ord. liv. 3, tit. 17, § 2, *ibi: escolherão outro terceiro a aprazi-*

(1) Segundo o original *temere*, seria *fácilmente*, o que é lapso (Nota do Tradutor).

mento das partes, que se acorde com hum dos principaes arbitradores, que melhor lhe parecer. Esta Ordenação sempre me pareceu difficil e muito digna de nota, visto que se vê tirar o livre arbitrio ao avaliador, obrigando-o a seguir o juízo dum dos dois, o que, na realidade, ou pelo menos em sua opinião (e isto basta), pode ser injusto. Portanto, a dita Ordenação parece extraída por errôneo entendimento da lei 17, § 6, do tit. *De receptis qui arbitrium*, onde, em caso de desacordo dos árbitros, o *pretor deve obrigá-los a escolher uma terceira pessoa, a cuja autoridade se obedeça*, como se obedecer seja o mesmo que esse terceiro ser obrigado a seguir o parecer dum dos dois avaliadores sem poder seguir outro parecer diferente: mas não é assim que realmente se deve entender Ulpiano, autor da predita lei, e, por isso, não há que attribuir muito valor à citada Ordenação, deduzida dessa lei por erro ou negligência dos Compiladores.

TODOS OS CO-HERDEIROS DEVEM SER CHAMADOS AS PARTILHAS

§ IV — Ora, porque aquilo que a todos toca, por todos deve ser aprovado, no juízo de partilhas todos os herdeiros presentes devem ser citados e ouvidos. Os ausentes também devem ser citados, se estiverem em lugar certo, onde bem possam ser citados para virem, Ord. liv. 4, tit. 96, § 2; se estiverem em lugar incerto, fazem-se as partilhas, ficando o direito deles salvo, sem que seja necessário citá-los por editais, como, aliás, impõe a Ord. liv. 3, tit. 1, § 8, quer porque a Ordenação citada tit. 96, § 2, não requer a sua citação, quer porque as partilhas devem ser rapidamente terminadas, e nenhuma injustiça se faz aos ausentes, cujo direito fica salvo. Os menores, se excederem a idade pupilar, devem ser citados juntamente com o tutor, Ord. liv. 3, tit. 41, § 8; os impúberes não são citados, mas sim o seu tutor. O mesmo deve dizer-se do filho-família. Valasco, *De partitionibus*, cap. VII, n. 41. Porém, os quinhões devem sempre ser feitos com a intervenção do magistrado, Ord. liv. 4, tit. 96, § 6, *ibi: com auctoridade do Juiz, a que pertencer.*

AS PARTILHAS DEVEM SER PEDIDAS AQUELE QUE ESTÁ
NA POSSE DOS BENS

§ V — Ora, os herdeiros, embora actualmente se tornem por força e poder da lei verdadeiros donos e senhores dos bens da herança logo após a morte do defunto, Alvará de 9 de Novembro de 1754, não podem subtrair e tomar por autoridade própria a posse já ocupada por outros (é diferente se a posse estiver vaga), sem primeiro esses ocupantes serem chamados e convencidos perante o juiz. Valasco, *De partitionibus*, cap. III, n. 5. Eis por que devem pedir a partilha e divisão àquele que estiver na posse dos bens.

Ambrósio, na esteira de Séneca, louva imenso aquele modo de divisão pelo qual o maior divide e o menor escolhe, dizendo no *De Abrahamo Patriarcha*, liv. I, cap. III: *Divida o mais forte, e escolha o mais fraco, para não ter de que se queixar*, etc.. Porém, esta divisão de equidade parece respeitar mais às regras da simples honestidade que à força e poder da lei.

POR EXEMPLO, AO CONJUGE SOBREVIVO

§ VI — Deve-se, pois, em primeiro lugar, pedir partilha de bens ao cônjuge sobrevivivo, isto é, ao marido que, morta a mulher, conserva a antiga posse, e à mulher, depois de morto o marido, visto que é considerada como possuidora, Ord. liv. 4, tit. 95, no princípio. E é este o principal efeito da comunhão de bens, de que falámos por todo o Tit. VIII das *Instituições*, *Do direito das pessoas*, e em especial nos §§ XIII, XV e XVI.

E AO FILHO, OU ESTRANHO, QUE POSSUI
OS BENS DO DEFUNTO

§ VII — A mesma partilha deve pedir o irmão ao irmão ou irmã que estiver na posse dos bens do pai ou mãe, Ord.

liv. 4, tit. 96, § 9, e não se lhe deve conceder ou que entre na posse dos bens juntamente com o irmão, pelo facto de ser igualmente filho e herdeiro, ou que o irmão, que está em posse, seja dela expulso por qualquer causa, Ordenação citada. Ora, está na posse dos bens para o efeito de dar partilha, em português corrente *ficar em posse para dar partilhas da sua mão*, aquele que procedeu como herdeiro, como, por exemplo, aquele que ficou com as chaves em suas mãos, deu o salário ou alimentação aos criados, arrendou os fundos, etc.. Também, no caso de haver herdeiros estranhos instituídos, há que pedir partilha àquele que está na posse dos bens; por isso é que, se dois ou mais herdeiros, quer seus, quer emancipados, quer totalmente estranhos, possuírem os bens da herança, cada um deve proteger os bens em sua posse e é obrigado a trazê-los à partilha, Ord. citada, § 9. Se houver vários a concorrer à posse dos bens e daí se recearem rixas, devem os bens ser postos em sequestro, Ord. liv. 4, tit. 95, § 2, Valasco, *De partitionibus*, cap. IV, e *Consult. 191*, § 38.

COISAS QUE POR NATUREZA OU PELO DIREITO
NÃO ADMITEM DIVISÃO

§ VIII — Na realidade, nem todas as coisas que vêm a este juízo se dividem. Umas há que não se podem dividir por natureza, tais como: 1) as servidões, as quais, todavia, se dividem e prestam de qualquer modo para medida e estremas dos prédios: lei 22, § 3, do tit. *Familiae exercisundae* do Digesto; 2) as dívidas, acções e direitos incorpóreos, os quais, embora sejam *ipso jure* partíveis entre os herdeiros na proporção dos respectivos quinhões, todavia podem ser adjudicados, caso assim pareça mais cómodo, a um só dos herdeiros por acordo entre eles ou por officio do juiz, Valasco, *De partitionibus*, cap. XXVII, n. 5. Outros admitem divisão por natureza, mas com sua destruição,

como o escravo, o cavallo, o lagar, o moinho, etc., os quais igualmente devem ser adjudicados a um só, que tem de ser condemnado a pagar certa importância aos co-herdeiros; no caso de não pagar, deve vender-se ou arrendar-se a coisa, dividindo-se o preço ou a renda por todos, Ord. liv. 4, tit. 96, § 5.

Se, na adjudicação da coisa que não admite fácil divisão, aquela a quem ela foi adjudicada, não pode, devido ao seu elevado valor, pagar em dinheiro corrente ao co-herdeiro, costuma-se attribuir a este os rendimentos anuais, enquanto não lhe for pago o preço; e é esta a praxe, da qual fala Cabedo, P. I, *Decisio* 166, nn. 4 e 5. As coisas postas fora de comércio, como os medicamentos perigosos, os venenos, e os livros ímpios de leitura condemnada, ainda que venham à partilha e por isso devam ser inventariados, não se dividem entre os herdeiros, mas manda-se, e bem, destruí-los, lei 4, § 1, do tit. *Familiae erciscundae*. A Carta de Lei de 9 de Julho de 1773 proibia em seu § 1 se dividissem em Lisboa e nas povoações notáveis do Reino as casas que pelo menos tivessem seis janelas grandes de frente, e no § 10 se dividissem os prédios rústicos susceptíveis de serem lavourados em um dia com uma junta de bois, devendo, por isso, ser encabeçados em um só dos herdeiros; porém, esta Carta de Lei encontra-se hoje abrogada, ou melhor suspensa, até à promulgação do novo Código, pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

OS BENS DOS MORGADOS NÃO SE DIVIDEM; NÃO ASSIM
OS SEUS FRUTOS JÁ PERCEBIDOS
E AS BENFEITORIAS

§ IX — Porém, neste juízo de partilhas não entra o morgado, porque não está contido na herança do defunto, e, por isso, não se divide entre os seus herdeiros; de facto, ele pertence ao legítimo successor segundo a lei da vocação, e é para este adquirido logo após a morte do antecessor, Alvará de 9 de Novembro de 1754 (veja-se a Consulta de 16 de Fevereiro de 1786 da Casa da Suplicação). A este mesmo também pertencem como verda-

deiro senhor da coisa os frutos pendentes, porquanto os percebidos revertem a favor dos herdeiros, entre os quais devem, por isso, ser divididos. Gama, *Decisio* 308, n. 6, Valasco, *De partitionibus*, cap. 30 (§ XXVIII, Tit. IX, Nota). As benfeitorias feitas nos bens do morgado comunicam-se entre cônjuges, e são, por isso, divididas entre o cônjuge sobrevivente e os herdeiros do defunto como lucros adquiridos na constância do matrimónio, Ord. liv. 4, tit. 95, § 1; mas só podem ser reclamadas as benfeitorias e despesas extraordinárias, insólitas, e dalguma importância, que melhorem a coisa para sempre, Ord. liv. 4, tit. 97, § 22, no fim, Valasco, *Consult.* 11 e 116 (§ XXIX do Tit. IX, e § XIX do Tit. XI).

QUASE O MESMO SE DEVE DIZER
DOS BENS ENFITEUTICOS

§ X — Pelo que concerne aos bens enfiteuticos, baste em súmula dizer o seguinte: 1) a enfiteuse, quer hereditária, quer familiar, nunca admite divisão por glebas e regiões (Tit. XI, § XVIII); 2) a hereditária divide-se por estimação entre os herdeiros, devendo, todavia, ser encabeçada num só (§ XX do mesmo Tit.); 3) a familiar nem mesmo por estimação se divide (§ XXII); 4) e também não a de nomeação (§ XXIV), visto que não se contam no número dos bens de herança que são os únicos que vêm a este juízo de partilhas. No entanto, divide-se entre os herdeiros o preço da enfiteuse hereditária, ou da familiar comprada por um dos cônjuges antes ou durante o matrimónio (dito § XXII). Dividem-se também as benfeitorias extraordinárias (Tit. XI, § XIX) e os frutos percebidos, pois os pendentes pertencem ao successor ou ao senhorio, e seguem a própria coisa. Pinheiro, *De emphyteusi*, Disput. VIII, Sect. VI, §§ 1 e seguintes.

NECESSIDADE DE FAZER INVENTÁRIO

§ XI — Como difficilmente ou nem mesmo difficilmente se podem fazer partilhas sem inventário, aquelle que está na posse dos bens é obrigado a fazê-lo dentro de trinta dias a contar da morte do defuncto, Ord. liv. 1, tit. 88, § 4. O Desembargo do Paço pode, intervindo justa causa, prorrogar uma ou duas vezes esse prazo por seis meses, Alvará de 24 de Julho de 1713, Coleção I, n. 1 ao Regimento daquelle Desembargo. No inventário devem descrever-se todos os bens de herança móveis, imóveis, e dvidas. Não se descrevem os bens alheios, salve se o defuncto neles tivesse qualquer direito que na verdade aumenta o seu património, isto é, coisas emprestadas por comodato, depositadas, dadas ou aceitas em penhor, Ord. citada, § 4. Porém, todas as coisas devem ser descritas no inventário, avaliadas não pelos próprios herdeiros, que podem ignorar o seu valor, mas por árbitros ou louvados escolhidos pelos herdeiros ou pelo juiz, Ord. citada, § 5 (§§ IX e XI, Nota, do Tit. VI deste Livro).

O QUE É A COLAÇÃO, ENTRE QUE PESSOAS, E EM QUE BENS TEM LUGAR

§ XII — Ao juízo de partilhas pertence não só a divisão, mas também a colação dos bens. Colação é a *apresentação, feita pelos filhos na herança comum, do lucro recebido do pai ou mãe em vida destes*. Portanto, a colação apenas tem lugar entre os descendentes, e só entre aqueles a quem é devida a legítima, quer succedam em testamento ou ab intestado, e foi instituída para se observar a igualdade entre os filhos. Por isso, não conferem: 1) os estranhos entre si; 2) os ascendentes; 3) os legitimados por rescripto do Príncipe, sendo diferente nos legitimados por seguinte matrimónio; 4) os filhos naturais nascidos de pai nobre, sendo diferente com o pai plebeu. Porém, somente

devem ser trazidos à colação os bens recebidos dos pais, isto é, os profectícios, Ord. liv. 4, tit. 97, no fim do principio. Não se conferem, portanto: 1) os bens adventícios, que o filho adquiriu pelo próprio trabalho, diligência, ou outra via, Ord. citada, §§ 16 e 19; 2) os bens castrenses, ou quase castrenses; 3) as despesas feitas com os estudos, viagens, ou entrada do filho na dignidade de cavaleiro, § 7; 4) as doações ou mercês feitas pelo Príncipe, visto que pertencem aos bens quase castrenses, § 10; 5) os réditos ánuos attribuídos pelo Rei perpétua ou temporariamente, § 12; 6) os officios recebidos do Rei, ainda que em contemplação do pai, e os adquiridos por qualquer título, Ord. citada, §§ 10 e 12, Carta de Lei de 23 de Novembro de 1770. Muitas mais noções traz Valasco, *De partitionibus*, caps. XII e XIII, que não tenho vagar de transcrever, pois são quase todas tiradas do direito romano.

DA COLAÇÃO DO DOTE

§ XIII — Também deve ser trazido à colação o dote profectício e em geral tudo aquilo que os pais por qualquer motivo deram aos filhos ou filhas, Ord. liv. 4, tit. 97, no principio, *ibi: quer em casamento, quer em outra qualquer maneira*. O dote constituído pela mãe considera-se, para efeito de colação, profectício, citada Ord. *ibi: Se o pai, ou mãe, ou ambos*, devendo, por isso, ser conferido; é diferente, se for constituído por um estranho, ou pelos parentes, porque é adventício, § 10, vers. últ., salvo se for dado em contemplação do pai, caso em que deve ser trazido à colação, § 21. A filha não é obrigada à colação do dote, se não preferir ser herdeira, pois pode contentar-se com a doação, o que se deixa ao seu arbitrio, § 1, *ibi: se quizer entrar à herança*; no entanto, isto é de entender, desde que aos restantes filhos fique salva a legítima, §§ 3 e 5. Mas, porque a terça dos bens é *ipso jure* obrigada a refazer o dote e as doações nupciaes, § 3, no fim, somente se devem dizer inoficiosas as doações e dotes

que excedem a legítima dos filhos e a terça dos bens do doador, avaliadas ao tempo de sua morte ou ao tempo em que fez a doação, conforme aprovou ao donatário, § 4.

AS PARTILHAS, MESMO INJUSTAS, NÃO SE REVOGAM,
MAS REFORMAM-SE

§ XIV — Como as partilhas uma vez feitas dificilmente se rescindem (§ II), segue-se que: 1) os herdeiros devem ser metidos na posse dos bens adjudicados, sem que a isso obste apelação, agravo, ou quaisquer outros embargos ou excepções que se lhes oponham, Ord. liv. 4, tit. 96, § 22; 2) e devem ser metidos em posse, ainda que provem lesão na sexta parte, ou além da metade, pois nem mesmo neste caso as partilhas se rescindem, mas reformam-se, Ord. citada, § 18, *ibi*: *as partilhas outrosi se não desfarão; mas os outros herdeiros lhe comporão sòmente a sua direita parte*; 3) a lesão na sexta parte deve referir-se, não a toda a herança, mas apenas à porção devida ao herdeiro, § 19, *ibi*: *em a sexta parte do que lhe diretamente pertencia haver*; 4) a lesão deve ser reclamada até um ano contado do dia em que se fizeram as partilhas, § 19; porém, a lesão que ultrapasse a metade pode ser reclamada dentro de quinze anos, conforme está geralmente definido em todos os contratos, Ord. liv. 4, tit. 13, §§ 5 e 7; 5) são toleráveis as lesões módicas dentro da sexta parte da porção do herdeiro, e não devem ser reformadas pelo juiz, mesmo que para ele se interponha apelação, Valasco, *De partilionibus*, cap. 39, nn. 34 e 35. Todas estas disposições foram estabelecidas em favor dos herdeiros, para os quais se adquire *ipso jure* o domínio das coisas adjudicadas, o que constitui uma especialidade no juízo de partilhas, § último do tit. *De officio judicis* das Institutas, Ulpiano nos *Fragmenta*, tit. 19, § 16. Porém, neste juízo, muito embora seja muito privilegiado, as partes devem ser ouvidas, antes de o juiz julgar as partilhas feitas e as

confirmar com sua sentença; e é esta a praxe, sobre a qual Guerreiro, Tract. II, liv. VIII, cap. V, n. 33, e Paiva e Pona, *Orphanologia Practica*, P. I, cap. XV, n. 27.

As partilhas feitas com o expresso acordo das partes por lesão nenhuma eram rescindidas, segundo a lei de D. Afonso III aqui citada no § II (Ord. Afons. liv. 4, tit. 107, § 16) *ibi*: *Depois que os irmãos, ou parentes fizeram partição entre sy... nom pode depois ser desfeita per nenhuma guisa, e ibi*: *se a partiçam foy feita a prazer das partes a olhos abertos, nom se pode ja corregger*. Mas rescindiam-se as partilhas feitas sem o acordo dos herdeiros pelo juiz ou partidores, conforme o significa a mesma Ordenação dizendo: *se a partiçam foy nomeada per baração, e, precisamente, por todas estas causas por que se costumam rescindir as outras coisas. Sendo esta lei antiga, D. Afonso V, interpretando-a, declarou que também deviam ser rescindidas por lesão além da metade as partilhas feitas na presença e com o acordo dos herdeiros, a prazer das partes a olhos abertos; e esta declaração foi depois metida na Ordenação Manuelina, liv. 4, tit. 77, §§ 29 e 30. Na Extravagante del-Rei D. Sebastião de 18 de Novembro de 1577, §§ 37 e 38, foi pela primeira vez estabelecido que as partilhas, uma vez feitas, por causa nenhuma de injustiça, ou de nulidade (a qual assim se deve entender) se rescindissem, mas apenas se reformassem e suprissem *ex bono et aequo*; e este direito seguimos, por força da Ord. do dito liv. 4, tit. 96, §§ 18, 19 e 22, tirada da citada Extravagante. Por conseguinte, corrigem-se e emendam-se, mas não se revogam, tanto as partilhas judiciais, como as extrajudiciais, ou por apelação interposta dentro de dez dias, ou por querela perante o juiz feita dentro de um ano para a lesão na sexta parte, ou dentro de quinze dias na lesão para além da metade (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XXIII, § V). Do mesmo modo se corrige e emenda o mau arbitrio do arbitrador ou louvado, Ord. liv. 3, tit. 17, §§ 5 e 6, e tit. 78, § 2.*

TÍTULO XIII

DAS SERVIDÕES

O QUE É SERVIDÃO E QUANTAS ESPÉCIES HÁ

§ I — Servidão, no sentido do direito romano, é um *direito sobre a coisa alheia pelo qual o dono desta é obrigado a sofrer ou não fazer certas coisas no que é seu, para utilidade de outrem*, e é ou *peçoal*, quando a coisa serve a pessoa, como o *usufruto*, o *uso*, a *habitação*, e a *servidão de obras*, ou *real*, isto é, *predial*, quando a coisa serve outra coisa. Por sua vez, os prédios são *urbanos* ou *rústicos*; nos primeiros entendem-se os edifícios e lugares destinados a habitação e prazer dos homens, e nos segundos os destinados a colheita de frutos, quer se situem no campo, quer na cidade, leis 198 e 211 do tit. *De verborum significatione*. São, portanto, servidões dos prédios rústicos aquelas que um prédio deve a um prédio rústico, como o *caminho*, o *acto*, a *via*; e dos prédios urbanos, aquelas que um prédio deve a um prédio urbano, como a servidão *oneris ferendi* (de apoiar sobre o prédio serviente determinada construção) a *tigni immittendi* (de lançar vigas), *projiciendi* (de avançar sobre o prédio serviente determinada construção), *altius tollendi* (de levantar mais alto), etc. A natureza de todas elas é a de consistirem em uma coisa alheia; porém, o seu tratado pertence ao segundo objecto do direito.

A servidão é sem dúvida a principal espécie de direito real (Tit. I, § XII), e divide-se perfeitamente em *peçoal* e *real*. Todos admitem

esta divisão. Todavia, nós poucas leis possuímos que estabeleçam a natureza e diferenças das servidões, e, por isso, temos de definir esta matéria mediante os costumes, aos quais se deve ajustar o direito romano sem as suas reprovadas subtilezas.

SERVIDÃO EM NÃO FAZER

§ II — Não obstante, nos nossos costumes a servidão pode consistir não só em sofrer e não fazer, como no direito romano, mas também em fazer; por isso, esta subtileza do direito romano não está nem nunca esteve em uso. De facto, muitas vezes os nossos homens são obrigados, não por direito de convenção, mas pelo direito de servidão, que em sua origem se pode chamar feudal ou quase, a moer os cereais no moinho doutro, a comprar o vinho e o azeite na loja doutro, ou fabricá-los no lagar doutro. Estes e outros direitos semelhantes costumam chamar-se direitos *banais*, Brunneinan, à lei 8, n. 7, do tit. *De servitutibus* do Digesto, Strykio, *Us. Mod. Pand.*, liv. VIII, tit. I, §§ IV e V, Pedro Müller, Dissert. *De molendinis bannariis*.

No direito feudal os *vassallos* não tinham plena liberdade de pessoas nem de bens, mas apenas uma ligeira sombra dela. Não obstante o seu abrandamento e alfim a sua abolição, ficaram algumas servidões como relíquias desse direito, que ainda estão em uso e deste devem ser derivadas, como: 1) serem obrigados a servir todos os anos em certos dias na agricultura o senhor ou o prédio dominante, serviços estes que eram permitidos em quase todas as escrituras antigas nos empraçamentos do Mosteiro de Santa Cruz; 2) não poderem ter moinhos próprios para moer os seus cereais, mas serem obrigados a utilizar os moinhos dos senhores, ónus estes a que estão sujeitos, entre outros, os cidadãos de Tomar e Setúbal; 3) serem obrigados a cultivar e habitar para sempre certas possessões e fundos mediante a prestação ao senhorio de certa pensão de frutos e outros serviços, Ord. liv. 2, tit. 17; 4) terem de transportar a expensas próprias os frutos e pensões devidas para as casas dos senhores; 5) não poderem sem o

consentimento deles levantar da terra os frutos ou colocá-los nos celeiros; e outros vestígios do direito feudal, que ainda hoje vigoram, e são comprovados pelas próprias leis forais.

REPROVAM-SE ALGUMAS SUBTILEZAS DOS ROMANOS ACERCA DAS SERVIDÕES

§ III — Também não se ajustam aos nossos costumes as seguintes subtilezas dos Romanos: 1) que as servidões devem ter uma causa perpétua, lei 28 do tit. *De servitutibus praediorum urbanorum*, porquanto as servidões de caminho, de via, de acto, de levar o gado a beber, de tirar água, de fumo, de canalização das águas residuais, etc., não têm semelhante causa, Gronewegen, *De legibus abrogatis*, na parte relativa àquela lei 28; 2) que a servidão não pode ser restringida nem constituída em certa parte do prédio, lei 11 do tit. *De servitutibus*; 3) que não se pode constituir a servidão por certo tempo, lei 4 do mesmo tit.; nem 4) por causa da amenidade ou prazer, mas só por razões de utilidade, lei 8 do mesmo tit., Thomásio, nas Notas ao tit. *De servitutibus* do Digesto; e finalmente 5) que o proprietário, nem mesmo com o consentimento do usufrutuário, pode impor servidão, segundo Ulpiano na lei 15, § últ., do tit. *De usufructu*; confesso com Cúrcio, no n. 57 à lei pen. do tit. *De pactis*, e com Pinhel, P. II, n. 54, à lei 1 do tit. *De bonis maternis* do Código, e outros, que ignoro totalmente a razão desta lei 15.

Em defesa de Ulpiano na dita lei 15, § últ., do tit. *De usufructu*, trazem Jacobo Gotofredo, cap. V, *Animadvers.*, Huber, *Eunom. Juris*, nos comentários a essa lei, e Noodt, *De usufructu*, liv. I, cap. XV, muitas razões, mas mais especiosas que verdadeiras. Por outro lado, nenhuma razão apoia o princípio de que a servidão não pode adquirir-se nem tirar-se em parte, conforme estabeleceu Modestino na dita lei 11; com efeito, as servidões constituem-se entre vivos por pactos, e dependem inteiramente da vontade das partes, tanto na sua aquisição e conservação, como na sua amissão, devendo, por isso, deixar-se ao

seu arbítrio a possibilidade de constituir, restringir, ou suprimir as servidões em parte dum prédio: Por conseguinte, diz bem Paulo em contrário na lei 6 do mesmo tit.: *A servidão tanto pode restringir-se, como constituir-se em certa parte dum fundo*, opinião esta que, por mais adequada à equidade natural, deve ser preferida à de Modestino, cuja razão nem mesmo com muito suor e trabalho se poderá alcançar. E, observemo-lo de passagem, é trabalho totalmente vão, inútil e ocioso este que se consome na conciliação de todos estes direitos e leis em geral, muito embora com ele vulgarmente se obtenham grandes aplausos. Na realidade, que utilidade se obtém de conciliar Paulo com Ulpiano ou Papiniano, de quem realmente discorda ou parece discordar? Não teriam acaso a liberdade de seguir pareceres diferentes? ou levar-se-lhes-á à conta de falta divergirem de entendimento e opinião? E, se seria digno de riso aquele que tentasse reduzir à concórdia as discrepâncias de Cujácio e Donello, por que o não hão-de ser aqueles que trabalham intensa e demoradamente e se afadigam sobremodo em harmonizar as dissensões dos Jurisconsultos Romanos? Eis por que, perante a diversidade de respostas dos Jurisconsultos, o nosso dever é, não buscar a sua conciliação, mas investigar qual delas se baseia em melhor razão e se avizinha mais dos nossos costumes, e essa preferir, pois, não tendo elas entre nós vigor de lei, apenas devem ser havidas e consideradas como certos princípios dum homem verdadeiramente sábio, a quem cumpre tributar muita importância, mas não seguir cegamente. Agora, quanto àquilo que se diz na lei de 4 de igual título do Digesto, *As servidões não podem ipso jure constituir-se, nem desde certo tempo, nem até certo tempo, nem sob condição, nem durante certa condição (por exemplo, enquanto eu quiser)*, é absolutamente incivil, para não dizer absurdo ou inepto. De facto, nada havendo de mais congruente com a fé humana do que observar os acordos, lei 1 do tit. *De pactis*, que razão natural ou civil obstará a que os pactuantes possam constituir as suas obrigações por certo tempo? Dizem, porém, *Não pode dever-se por algum tempo*, § 3 do tit. *De verborum obligatione* das Institutas, porque o tempo não é um modo de constituir ou suprimir uma obrigação, lei 44, § 1, do tit. *De obligationibus et actionibus*; mas não é isto porventura, como dizem os Lógicos, explicar um princípio por outro princípio, cuja razão procuramos? Depois, a obrigação não se constitui nem se desfaz com o tempo, mas com o consenso, e, por isso, ainda que o citado princípio fosse verdadeiro e lhe pudesse ser dada qualquer justificação, não se aplica bem à questão das servidões e outras obrigações constituídas desde ou até

certo tempo, pois, assim como na dita lei 4, § 1, válidamente se lhes impõe um modo, assim também parece válido impor-lhe um tempo. E, realmente, nem a excepção de pacto convencional, ou de mau dolo, que o direito romano concede, e pela qual, sem dúvida, deve ser repellido aquele que contra o combinado pede para além do tempo, o defende da injustiça e iniquidade, porque é manifestamente injusto e iníquo que alguém peça ou demande em direito antes de vir o dia ou para além do tempo acordado; e, se se denega efeito à acção, uma vez oposta a excepção de dolo, para qué conceder essa acção? Acresce que é permitido pelas leis romanas *dar* o usufruto *ex die et in diem* (desde certo dia e até certo dia), lei única, § 3, do tit. *Quando dies usufructus legati cedat*, disposição esta que é applicável às servidões prediais, pois entre estas e o usufruto não há que fazer distincção nenhuma neste aspecto.

O QUE É O USUFRUTO

§ IV — O usufruto, principal espécie de servidão pessoal (§ I) define-se assim: *é o direito de usar e fruir as coisas alheias, sem alterar a sua substância*, lei 1 do tit. *De usufructu* do Digesto. As palavras *usar* e *fruir* significam que o usufrutuário tem o direito de colher todos os frutos provenientes da coisa, tanto os que se destinam à sua necessidade e utilidade, como ao seu deleite, no que difere do usuário; de facto, o uso é circumscrito pela necessidade do utente, ao passo que a fruição contém toda a utilidade e proveito. As palavras *sem alterar a sua substância* devem referir-se ao modo e officio do usufrutuário, o qual deve usar e fruir a coisa fructuária como bom e sóbrio pai de famílias, § 38 do tit. *De rerum divisione* das Institutas.

Outrora com a palavra *usufruto* os nossos maiores significavam quase sempre o domínio útil, e, por isso, chamavam-se usufrutuários o censuário e até o enfiteuta e outros que colhiam toda a utilidade da coisa alheia mediante o pagamento de certa pensão ou cãnone. Mas, com a introdução do direito romano, o usufruto já não é uma parte do domínio, mas uma servidão. Falamos aqui do chamado usu-

fruto *formal*, separado da propriedade, pois o *causal* ligado ao domínio compete ao senhor na sua coisa. A filosofia de S. Crisóstomo, que na *Homilia II ao povo de Antioquia* moteja do costume de se separar a propriedade do usufruto, como que tendo nós apenas o uso e não a verdadeira propriedade dos bens, nem agrada a todos, nem pode ter lugar na vida civil. Bem disse, pois, Pufendorf no *De jure Naturae et Gentium*, liv. IV, cap. VIII, § 1: *Como as coisas não foram divididas entre os mortais para que cessasse toda a comunicação de bens, dá succede muitas vezes não só que devemos por lei da humanidade conceder a outro as nossas coisas ou o seu uso, mas também que os outros busquem para si na nossa coisa algum direito perfeito ou menos perfeito, obtendo, assim, por direito seu alguma utilidade ou proveito da nossa coisa.*

DE QUE MODOS SE CONSTITUI O USUFRUTO

§ V — O usufruto é constituído ou pelo homem por actos entre vivos ou testamento, ou pelo juiz nos juízos de partilhas, se a questão não puder ter outra solução, Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 37 e 38, e §§ 4 e 5 do tit. *De officio judicis* das Institutas, ou pela lei. O usufruto legítimo compete: 1) ao pai nos bens adventícios do filho, Ord. liv. 4, tit. 97, § 19 (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. IV, § XIII), e não à mãe, §§ 6 e 15 *ibidem*; 2) ao pai ou à mãe, que, havendo filhos do primeiro matrimónio, contraíu segundas núpcias, nos bens havidos do filho já falecido por successão ab intestado, Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2 e 4 (Tit. V, § XIV, deste livro); 3) à mulher de cinquenta anos que casa novamente, existindo filhos do primeiro matrimónio, nos bens que já então tinha ou depois adquiriu, Ord. liv. 4, tit. 105 (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. IV, § XII); 4) pela Lei de 17 de Agosto de 1761, § 7, que nesta parte não foi ab-rogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, é concedido à viúva fidalga o usufruto na décima parte dos rendimentos ánuos de qualquer modo pertencentes à herança ou património do marido.

E POR QUE MODOS SE PERDE

§ VI — Nós não recebemos todos os modos pelos quais se perde o usufruto no direito romano. Está explicado que ele se perde com a morte natural, o perecimento, consolidação, e não-uso da coisa no tempo legítimo; mas não se perde com a *capitis diminutio*, da qual sem dúvida nenhum uso existe entre nós. Não, com a *máxima*, porque não temos escravos nenhuns; com a *média*, também não, porque não usamos o direito de deportar; e da *mínima* ninguém duvida. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, à lei 1 do tit. *Quibus modis ususfructus amittatur* do Digesto. O uso legítimo competente ao pai extingue-se inteiramente com a emancipação do filho por qualquer modo, Ord. liv. 4, tit. 97, § 19, *ibi*: e tanto que for emancipado, ou casado, logo lhe serão entregues, para delles haver o senhorio cumprido. No direito romano deixava-se ao pai emancipador metade do antigo usufruto, lei 6, § 3, do tit. *De bonis quae liberis* do Código. Também se perde o usufruto usando-o mal, § 3 do tit. *De usufructu* das Institutas. Por isso, perde o usufruto não só o estranho, mas também o pai, que abusa dos bens adventícios dos filhos, e esquecendo-se dos seus deveres paternos consome e dilapida esses bens. Strykio, *Us. mod. Pand.*, liv. VII, tit. 4, § 6.

COMO SE CAUCIONA O USUFRUTUÁRIO

§ VII — Na praxe observa-se a *caução fructuária* que deve ser arbitrada por um homem bom, e restituída quando o usufruto acaba. No entanto, esta caução cessa: 1) no usufruto constituído entre vivos pelo dono que não a mencionou; 2) no usufruto testamentário, se for dispensada pelo testador; no direito romano, não era assim, lei 1 do tit. *De usufructu* do Código; 3) no usufruto legítimo, qual o concedido pela lei ao pai nos bens adventícios, e à viúva fidalga na décima parte dos rendimentos

dos bens do marido, enquanto não contrair segundas núpcias (§ V). Basta, porém, a *caução juratória*, se o usufrutuário for fidedigno e não puder achar fiadores, Autêntica *Generaliter* do tit. *De episcopis et clericis* do Código. Porém, o usufrutuário não perde o usufruto, se não prestar a caução; mas, neste caso, a posse deve-lhe ser tirada e entregue por autoridade judicial a alguém de quem receba os frutos ánuos. Strykio, *Us. mod.*, nos comentários a este tit., n. 3. Não entenderam assim Próculo e Ulpiano, lei 7 do tit. *Usufructuarius quemadmodum caveat*.

DO USUFRUTO DAS COISAS QUE SE CONSUMEM COM O USO

§ VIII — As coisas fungíveis, que não podemos usar sem lhes alterar a substância, não são capazes de verdadeiro usufruto, mas de quase usufruto, mediante caução de restituir ao proprietário coisas da mesma quantidade e bondade ou a sua estimação, quando acabar o usufruto; e é na prestação de tal caução que consiste toda a substância desta servidão, segundo a lei 2 do tit. *De usufructu earum rerum quae usu consumuntur*, § 2 do tit. *De usufructu* das Institutas. Mas eu entendo que também esta caução pode ser dispensada, visto que ela não tende tanto à finalidade de constituir o usufruto, como à segurança e favor do proprietário, aos quais este pode renunciar. Por conseguinte, o quase usufruto constitui-se pelos mesmos modos que o usufruto verdadeiro, e tanto pode ser constituído numa só coisa fungível, o que raro acontece, como na totalidade dos bens, como seria o caso se o marido deixasse à mulher o usufruto de todos os bens, hipótese em que, conforme a diversidade das coisas, se entende deixado ora um verdadeiro usufruto, ora um quase usufruto, para o efeito de poder abusar das coisas fungíveis, e apenas usar e fruir das não fungíveis.

DO USO, DA HABITAÇÃO, E DO TRABALHO
DOS ESCRAVOS

§ IX — A diferença entre o *uso*, outra servidão pessoal (§ I), e o *usufruto* está suficientemente explicada no § I do tit. *De usu et habitatione* das Institutas. No entanto, entre nós, estas duas palavras *uso* e *usufruto* significam absolutamente o mesmo, pois o vulgo não distingue estes dois vocábulos. Por isso, o uso no sentido do direito romano só parece concedido entre nós, quando o senhor acrescenta alguma coisa donde se pode ver que ele quis dar o uso, e não o usufruto, como, por exemplo, concedendo a coisa para ocorrer à indigência dalguém; e o que, neste caso, se entende concedido nesta palavra e semelhantes, deve-se deduzir mais das palavras antecedentes e consequentes e do costume comum de falar que do seu significado jurídico. O mesmo cumpre dizer da servidão de *habitação*, isto é, do *direito de habitar a casa alheia, salva sempre a substância desta*, a qual difficilmente se distingue do usufruto da casa. A *servidão de obras*, na qual se entende o *direito de tirar utilidade do trabalho do escravo alheio e respectivo salário*, não está em uso, porque não temos escravos nenhuns, nem homens adscriptícios, Ord. liv. 4, tit. 42.

SERVIDÕES PREDIAIS

§ X — As servidões dos *prédios*, que o direito romano menciona, estão em uso, havendo até outras mais, derivadas da diversidade do sistema da propriedade rural e da edificação, reprovando-se, todavia, as subtilzas daquele direito (§§ II e III). No entanto, esta matéria não está definida nas nossas leis com o merecimento e a frequência suficientes. Apesar disso, a Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 22, 35, 38 e 39, faz menção das servidões *tigni immittendi* (de meter traves), *aquae recipiendae* (de receber as águas que vêm do prédio dominante), ou *stillicidii* (de

receber a água da chuva que cai do prédio dominante); e nos §§ 24, 27 e 33, das servidões *altius tollendi* (de levantar mais alto), *protegeri* (de avançar as estremas do telhado sobre o prédio serviente), *luminis* (de manter luz para o seu prédio), *prospectus* (de assegurar vista para o seu prédio). E, embora esta Ordenação não faça especial menção das servidões de caminho, acto, via, tiragem de água, abeberagem do gado, pastagem, aqueduto, intercepção de água, etc., o certo é que não pode duvidar-se do seu uso; e são constituídas ou pelo dono em seu direito ou pelo juiz em caso de necessidade, Ord. citada, §§ 37 e 38. Na praxe não há diferença nenhuma entre servidões urbanas e rústicas. Thomásio, Notas às Institutas, liv. 2, tit. 3, às Pandectas, liv. 8, tit. 4, e Disput. Lips. *De servitute stillicidii*, §§ 15 e seguintes.

Estas servidões chamam-se *reais*, e *reais* os direitos delas provenientes, por comparação com as servidões pessoais, não porque não competam às pessoas, mas porque só competem ao dono do prédio dominante. Grócio, liv. I, cap. 1, § IV. Cabe advertir aqui novamente que, embora as servidões do direito romano, como a via, o acto, o caminho, etc., tenham sido recebidas pelos nossos costumes, todavia não devemos buscar o seu significado no próprio direito romano, mas no costume do lugar e do falar e nas palavras antecedentes e consequentes, pois um só destes elementos não chega para no-las explicar. O mesmo dizemos da servidão de *pasto*, considerada entre nós como uma das principais servidões rústicas, pois o seu completo sentido também só se pode conhecer recorrendo ao costume da região. E, como são frequentes no foro as demandas sobre este direito, convém fixar as seguintes noções gerais: 1) sem servidão a ninguém compete o pasto em prédio alheio; 2) a servidão de pasto ou se adquire para a pessoa, caso em que percede com ela, ou para o prédio, e então passa para qualquer possuidor do prédio; 3) este direito pode igualmente adquirir-se e constituir-se, não só para a pessoa e para o prédio, mas também para certo município e cidade, caso em que também é perpétuo, devendo, no entanto, ser concedido só aos gados pertencentes aos moradores desse município; 4) o direito pessoal de pasto não pode ser arrendado, e o predial só com o próprio prédio; 5) o direito de *compasto*, que os

vizinhos constituem para si pelo direito de mútuo, de precário, e de familiaridade, pode ser livremente revogado contra a vontade de outro; com a servidão de *compasto* é diferente, pois, uma vez constituída, já o dono do prédio serviente não pode murar os locais destinados à pastagem, nem fazer em seu prédio qualquer coisa que dificulte a servidão, nem mesmo apascentar o seu gado contra a vontade do dono do prédio dominante, salvo se o pasto abundar e chegar para os animais de ambos; 6) quando os prédios forem tão contíguos, que não se possa apascentar o gado sem tocar no prédio do vizinho, a Câmara local, a quem incumbe velar em matéria pecuária, deve, mesmo sem haver servidão constituída, dividir e atribuir aos vizinhos o pasto de harmonia com o número de jearas; 7) nas pastagens comuns pertencentes à Câmara do lugar, os pastos, gados e respectivo número devem ser atribuídos pelos vereadores, não à sua vontade, mas conforme se costumar desde antigamente e o exigir o favor da agricultura; neste caso, o pasto deve ser distribuído por um pastor comum nomeado pelos vereadores, pois, assim, evita-se mais facilmente que uns roubem o pasto aos outros, Ord. liv. 1, tit. 66, § 6. Mais noções trazem Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De servitutibus praediorum rusticorum*, §§ 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16, e António Fernandes de Otero, *De pascuo et jure pascui*, caps. 16, 18 e 24. A servidão *altius tollendi* (de edificar mais alto), a mais importante das servidões urbanas, só pode ter lugar, quando por lei pública foi imposto um limite à altura dos edificios, quer por medo de ruína, quer para que em caso de terramoto não fique destruída toda a cidade; neste caso há necessidade de servidão, para que seja permitido exceder o limite de altura contra a vontade do vizinho, pois, à falta dessa servidão, então pelo nosso direito levantamos a casa, isto é, elevamo-la mais. É, de facto, verdadeira a regra do direito romano e pátrio segundo a qual é lícito edificar o mais alto possível mesmo com incómodo para o vizinho, lei 9 do tit. *De servitutibus et aqua*, Ord. liv. 1, tit. 68, § 24, *pois àquele a quem pertence o solo, também pertence o céu*. No entanto, para Lisboa está prescrita certa forma de edificios da qual não é permitido sair, Alvará de 15 de Junho de 1759, § 3 (veja-se o Decreto de 23 de Novembro de 1805). Mas a predita regra de que se pode edificar mesmo com incómodo para o vizinho, deve ser assim entendida, se se edificar para utilidade própria, e não com o sentido de emulação ou ofensa para o vizinho, Novela 63, cap. 1, *ibi: fazendo os edificios como lhe for imposto pela necessidade e pelo futuro inevitável, mas não construa paredes para ofender o vizinho*, e na lei 3 do tit. *De operibus*

publicis, ibi: [Pode o particular mesmo sem autorização do Príncipe fazer uma obra nova], excepto se visar... a emulação, ou der argumento à alteração da ordem pública; de facto, a equidade reclama, embora nos falte o direito, que não façamos aquilo que não nos pode aproveitar a nós, e prejudica os outros, Paulo, na lei 2 do tit. De aqua et aquae pluviae arcendae do Digesto. Thomásio, como de costume, filosofa doutro modo na Disputa intitulada Non ens actionis, forensis contra aedificantes ex aemulatione, e nas Notas ao tit. De servitutibus praediorum rusticorum, onde diz: Além disso, é conforme aos princípios não só do direito germânico e romano, mas até do direito natural, que se possa de qualquer modo tapar as luzes ao vizinho que não tem a servidão «ne luminibus officiatur», embora os pragmáticos acrescentem a limitação de que tal se não faça por emulação. Mas também esta limitação repugna à recta razão e aos princípios de todo o direito. A constituição de Zenão, referida na lei 12 do tit. De aedificiis privatis, que permite alçar o edificio, contanto que não se tire ao vizinho a vista directa, e livre, de todos os lados da casa, para o mar, embora seja mencionada no Decreto de 12 de Junho de 1758, nunca foi recebida entre nós, conforme já advertimos noutro lugar, Instituições, Do Direito Público, Tit. X, § VI. No entanto, dela se extraíram muitas disposições, que sobre servidões e modo de edificar se acham na Ord. liv. 1, tit. 68, § 22, até ao fim, excepto o capítulo sobre a obrigação de não se impedir a vista do mar e certos outros; ora, como esse capítulo não foi transcrito, presume-se que foi rejeitado.

TÍTULO XIV

DOS PENHORES E HIPOTECAS

O QUE SÃO O PENHOR E A HIPOTECA

§ I — Tanto no direito romano como no pátrio, toma-se por *penhor* ou o contrato pignoratício, ou a coisa dada em penhor, ou o direito constituído na própria coisa penhorada. São também estas as acepções da *hipoteca*, cuja principal diferença em relação ao *penhor* consiste no seguinte: enquanto por *penhor* entendemos o *direito constituído sobre uma coisa pelo devedor ao credor mediante a entrega dessa coisa para segurança do crédito*, por *hipoteca* entendemos o *direito adquirido pelo credor sobre uma coisa mediante simples convenção para segurança do crédito, ficando a posse dessa coisa em poder do devedor*, § 7 do tit. *De actionibus* das Institutas. De um e outro nasce um *direito real* próximo ao domínio, lei 17 do tit. *De pignoribus*, Ord. liv. 4, tit. 3, no princípio, e tit. 10, § 1, e por esta razão justamente se reporta ao segundo objecto do direito.

Segundo parece, foi D. Afonso III o primeiro que entre nós determinou que o nexó do penhor affectasse a própria coisa e seguisse o seu possuidor, Ord. Afons. liv. 4, tit. 49 (§ últ. deste Título, na Nota).

§ II — Vê-se, pois, das definições apresentadas que existe qualquer diferença entre o penhor e a hipoteca; todavia, como ela não diz respeito ao direito de agir, § 7 do tit. *De actionibus* das Institutas, não tem uso e utilidade alguma no foro, Thomásio, *Notae ad Pandectas*, neste título, Strykio, *Us. Mod.* ad tit. *De pignoratitia actione*, § I. Das conveniências e diferenças entre o penhor e a hipoteca trata Bohemero na Exercitação especial que intitulou *De diverso pignoris et hypothecae jure*.

A principal diferença consiste nestes dois aspectos que nada valem no foro: o penhor constitui-se por contrato, e a hipoteca por simples pacto; no penhor, a coisa é entregue ao credor, e, na hipoteca, fica em poder do devedor. Por conseguinte, disse bem Marciano na lei 5, § 1, do tit. *De pignoribus et hypotheccis*: *Porém, entre penhor e hipoteca existe apenas uma diferença de palavras.*

O SEU DOMÍNIO NÃO SE TRANSFERE PARA OS CREDITORES

§ III — Como com o penhor ou a hipoteca é constituído pelo devedor ao credor um *direito real* para segurança da dívida (§ I), daí resulta que o domínio da coisa penhorada não se transfere para o credor, mas fica em poder do devedor, e assim se acha especialmente estabelecido no direito romano, leis 6 e 9 do tit. *De pignoratitia actione* do Código, § últ. do tit. *Quibus modis re contrahitur obligatio* das Institutas, no Visigótico, leis 3 e 4, liv. 5, tit. 6, e no Pátrio, Ord. liv. 4, tit. 10, § 1, *ibi*: *se o credor demandar ao devedor, ou a algum outro possuidor a coisa, que foi empenhada... não he movida questão sobre o senhorio della.*

Entre os Germanos o domínio útil da coisa dada em penhor passava temporariamente para o credor, isto é, enquanto a dívida não

era paga, razão esta pela qual entre eles mal se distinguia o penhor da venda feita com pacto de retrovendendo, Thomásio, *Dissertação De usu pract. distinct. inter empti. et vendit. cum pacto de retrovendendo et contract. pignerat.* O mesmo direito ainda agora agrada aos Saxões e outras nações. Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, Tit. XI. Agora, se ele vigorou antigamente entre nós é matéria que ignoro por completo.

DIVISÃO DO PENHOR EM GERAL E ESPECIAL, E QUE COISAS CABEM NO PENHOR GERAL

§ IV — O penhor divide-se: 1) em geral e especial, Ord. liv. 4, tit. 9, no princípio, *ibi: obrigou geral, ou specialmente.* O primeiro afecta todos os bens do devedor, e o segundo só as coisas empenhadas. No geral apenas se contêm os bens de que se fez menção geral. Por isso, 1) na obrigação dos bens móveis, não se contêm os imóveis; nem 2) os móveis necessários ao uso quotidiano, como a mobília e o vestuário, pois não é verosímil que alguém vá obrigar tais coisas, leis 6 e 7 do tit. *De pignoribus et hypothecis*, Ord. liv. 3, tit. 86, § 23; 3) também não se contêm na obrigação dos móveis e imóveis as dívidas e direitos, que constituem uma terceira espécie de bens, lei 15, § 2 do tit. *De re judicata*, Ord. citada, § 7, Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 17 e 27; e 4) também a hipoteca geral não compreende as coisas futuras, mas tão só as presentes, salvo se daquelas se fizer menção especial.

Doutro modo pareceu a Justiniano na lei últ. do tit. *Quae res pignori obligari possunt* do Código, onde vem: *se o devedor disser que hipoteca as suas coisas, sem acrescentar «tanto as presentes como as futuras», estenda-se, mesmo assim, o direito de hipoteca geral às coisas futuras.* Mas a verdade é que o devedor, que obrigou todos os seus bens, sem acrescentar *futuros*, parece pensar apenas nos presentes, que existiam em seu património ao tempo do contrato; e na dúvida deve fazer-se a interpretação contra o credor, que parecia uma utili-

dade especial se os bens futuros estivessem contidos na obrigação geral e indefinida. Bohemero, Exercit. XXX ad *Pandectas, De interpretatione facienda adversus eum, qui clarius loqui debuisset.* Acresce que na prata, no vestuário e em geral nas coisas vendidas, doadas, e legadas, apenas se entendem as coisas presentes, e não as futuras, na opinião de Paulo na lei 7 do tit. *De auro, argento... legatis: porque sempre se entenderia o tempo presente, se outro não estivesse expresso,* razão esta que compreende a hipoteca geral. O certo, porém, é que, tanto do penhor geral, como do especial, se adquire para o credor o mesmo direito sobre a coisa, visto que, no respeitante ao direito de agir e na realidade das coisas, a diferença entre um e outro é nenhuma. No caso de estarem conjugados ambos os penhores numa mesma pessoa, o credor deve insistir no especial, e não devem ser executados outros bens genericamente obrigados, sem que primeiro se esgotem os do penhor especial, lei 2 do tit. *De pignoribus et hypothecis* do Código, Ord. liv. 3, tit. 86, § 7. O devedor, que alienar ou hipotecar a dois uma coisa obrigada por hipoteca especial (é diferente, se a coisa está obrigada por hipoteca geral), torna-se réu do crime de estelionato, que chamamos de *burilão e illicidador*, Ord. liv. 4, tit. 7, § 2, no fim, e liv. 5, tit. 65.

OUTRAS DIVISÕES DO PENHOR

§ V — Divide-se 2) em penhor *pretório e judicial*; 3) em *voluntário*, ou *convencional*, e *testamentário*; 4) em *público*, e *particular*, aquele constituído por tabelião em escritura pública e em auto, e este por escritura particular; 5) em *legítimo* ou *legal*, que se costuma chamar necessário ou tácito.

PRETÓRIO

§ VI — Chamava-se *penhor pretório* aquele que era constituído, antes da contestação da lide, pelo pretor por força de primeiro ou segundo decreto, mediante a imissão na posse dos bens do devedor revel, por todo o tit. *Quibus ex causis in posses-*

sionem eatur do Digesto. Mas hoje, além de não haver diferença nenhuma entre pretor e juiz, os credores, antes da sentença, nunca são metidos na posse dos bens do devedor; e este penhor acha-se expressamente proibido na Ord. liv. 3, tit. 15, Man. 14, Febo, P. I, *Decis.* 79.

A imissão na posse de bens para conservar a coisa, que se fazia por um duplo decreto do pretor, é proibida pelas citadas Ordenações, onde a contumácia do devedor que não comparece ou não responde para defraudar os credores é punida, não com a dita imissão nos bens, mas por outros modos. Veja-se querendo a Ordenação Afonsina, no mesmo liv., tits. 27, 47 e 48, Bohemero; *Exercit.* XXIV ad *Pandectas*, *De contumacia non respondentis*.

JUDICIAL

§ VII — Pode chamar-se *penhor judicial*: 1) aquele que o devedor, por vontade sua ou a requerimento do credor, oferece em juízo; 2) aquele que qualquer outro oferece em juízo, como no caso da Ord. liv. 4, tit. 6; 3) aquele que é tomado pelo juiz para execução de coisa julgada, segundo as prescrições da Ord. liv. 3, tit. 86 (*Instituições*, Liv. IV, tit. XXII, § XI); 4) a caução de penhor exigida pelo juiz; e, finalmente, todas aquelas coisas que acrescem ao débito judicial e são tomadas pelo juiz para segurança desse débito. A chamada *penhora* de bens deve ser feita por autoridade do juiz, visto a Ord. liv. 4, tit. 57, § I, a incluir nos actos judiciais.

CONVENCIONAL E TESTAMENTÁRIO

§ VIII — Diz-se penhor *convencional* ou voluntário, para differençar do testamentário, aquele que é constituído entre vivos, por contrato e tradição da coisa, ou por pacto e sem tradição

(§ II). E *testamentário* aquele que é deixado por última vontade, e que deve ser livre ao testador; na verdade, se lhe é lícito transferir para outro o domínio de coisa sua, por que não há-de poder constituir a outro um direito sobre a coisa, o que é menos importante, lei 26 do tit. *De pignoratitia actione* do Digesto, Ord. liv. 4, tit. II, § 1^o.

PÚBLICO OU QUASE, E PARTICULAR

§ IX — Chamamos aqui hipoteca ou penhor *público*, olhando ao *modo de constituir*, aquele que se baseia em fé e autoridade pública, a qual se obtém, na matéria vertente, ou de instrumento público feito por tabelião, Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 31, ou de escritura particular de Nobres feita perante três testemunhas, por elas assinada, e reconhecida por tabelião público, § 33 da mesma Carta de Lei. Esta distinção entre penhor público e particular tem muito uso no concurso de credores (§ XII deste Título).

LEGAL

§ X — O penhor, que se chama *legal* ou tácito pelo facto de ser constituído pela lei sem facto algum do homem, compete: I) àquele que emprestou dinheiro 1) para se fazer edificio novo ou restaurar um velho, tanto em Lisboa, Alvará de 12 de Maio de 1758, §§ 10 e 11, como nas províncias, Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 34. No direito romano era concedido apenas para o restauro de edificios, lei 7 do tit. *Qui potiores in pignore* do Código, Novela 136, cap. 3; 2) para se refazer um navio, § 35 da mesma Carta de Lei; 3) para se reduzirem a cultura terras bravias e planícies, § 36; 4) para a compra de prédio rústico, § 37; II) ao fisco nos bens daqueles que lhe estão obrigados por contrato, Ord. liv. 2, tit. 52, § 5; III) ao locador dum

prédio rústico nos frutos deste, e ao dum prédio urbano nas coisas para ele levadas ou introduzidas, para se pagar do aluguer, § 38 da dita Carta de Lei de 20 de Junho (veja-se o Alvará de 24 de Julho de 1793); IV) à Igreja, para se satisfazer do foro, Lei de 4 de Julho de 1768, vers. *Permitto mais* (Tit. XI, *Do direito enfiteutico*, § XIII); V) à mulher, em favor do dote, quer estimado, quer inestimado, e consistente ou em dinheiro de contado, ou em outros bens móveis ou imóveis, Alvará de 17 de Agosto de 1761, § 7; por isso, a dita Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 40, que parece fazer diferença entre dote estimado e inestimado, deve, uma vez que os nossos costumes e leis antigas e novas ignoram essa diferença, ser entendida, como dizem, *demonstrativamente*, e não *taxativamente* (Tit. IX, *Do direito dos dotes*, § XIX). E baste isto ao nosso propósito. Outros exemplos de penhor legal vêm no tit. *In quibus causis pignus tacite contrahitur* do Digesto, os quais são quase todos observados pelos nossos costumes, pois se fundamentam na melhor razão natural e civil, e são expressamente aprovados nas citadas Cartas de Lei de 20 de Junho de 1774, § 41, e de 18 de Agosto de 1769, § 11.

QUE COISAS NÃO PODEM SER DADAS EM PENHOR

§ XI — Como do penhor nasce um direito real e a penhora é uma espécie de alienação, segue-se, por consequência, que não podem ser penhoradas as coisas isentas do comércio humano e as sujeitas a especial proibição de alienação. Não podem, por isso, ser obrigadas ao vínculo do penhor: 1) as coisas sagradas destinadas ao culto divino, Ord. liv. 2, tit. 24; 2) as coisas litigiosas, Ord. liv. 4, tit. 10, § 3; 3) as armas, cavalos, vestidos e camas dos Fidalgos, Cavaleiros e Desembargadores, mesmo que não tenham outros bens, Ord. liv. 3, tit. 86, § 23, Harpprecht,

nos comentários ao § 7 do tit. *De actionibus* das Institutas, n. 19; 4) os bois de arado e os instrumentos de lavoura; no entanto, estas coisas, assim como as armas e vestidos dos plebeus, podem ser penhoradas, se não houver outros bens, § 24 da citada Ordenação (veja-se o Alvará de 5 de Outubro de 1792); 5) as coisas dos pupillos sem consentimento dos tutores ou curadores, ou então do magistrado, conforme a diferente qualidade daqueles, Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 25 e 26, liv. 3, tits. 41 e 42, e liv. 4, tits. 102 e 103 (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. XI, §§ XV, XVI e XVII); 6) o fundo dotal, ainda que a mulher consinta (Tit. IX, *Do direito dos dotes*, § XIV); 7) os bens de morgado (Tit. IX, § XXIX, deste livro); 8) e as capelas (Tit. X, § IV, deste livro); 9) os prazos sem o consentimento do senhorio, Ord. liv. 4, tit. 38, no principio, e § 1 (Tit. XI, *Do direito enfiteutico*, §§ XIV e XV); 10) os bens da Coroa do Reino sem licença régia (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. III, § XXVII); 11) os subsídios de natureza civil, que entre nós são abrangidos no nome de *juros, tenças, assentamento, moradia*, Ord. liv. 4, tit. 55 (§ XXV deste mesmo Tit. III); 12) os officios da justiça ou fazenda real, Decreto de 26 de Junho de 1688, Resolução de 7 de Agosto de 1760 (veja-se a Resolução de 9 de Junho de 1780); 13) os estipêndios, isto é, os *ordenados* atribuídos aos juizes e seus officiais, Alvará de 17 de Janeiro de 1766, Carta de Lei de 23 de Novembro de 1770, etc. (*Instituições*, Liv. IV, Tit. XXII, § IX).

A HIPOTECA PÚBLICA PREFERE A PARTICULAR

§ XII — Quando a mesma coisa está obrigada a vários, o que acontece frequentemente, costuma perguntar-se quais têm a preferência no penhor. Esta questão é tratada e decidida nas Cartas de Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3, § 13, e 20 de Junho de 1774, desde o § 30. Nesta matéria, pelo que toca

aos credores hipotecários, cumpre fixar estas regras: I) O penhor público, isto é, o constituído por escritura pública, prefere ao penhor particular, mesmo especial e anterior, segundo as ditas leis; de facto, a escritura particular nada prova contra terceiro, leis 5 e segs. do tit. *De probationibus* do Código, e com ela facilmente se pode prorrogar o dia da obrigação com fraude para os credores; II) O penhor constituído por escritura particular de Fidalgos também se antepõe ao particular, e é considerado público, se a escritura for feita perante três testemunhas de comprovada fé, e reconhecida por tabelião, § 33 da Carta de Lei de 20 de Junho; III) A hipoteca pública tanto geral como especial, anterior, prefere à posterior, quer geral, quer especial; e, por isso, os credores hipotecários primeiros no tempo têm a preferência no direito, §§ 31 e 32 da mesma Lei. A razão é porque o direito de penhor, adquirido genericamente para o primeiro credor, não pode ser prejudicado por feito do devedor que depois obriga especialmente alguns bens, lei 3 do tit. *De remissione pignoris*.

Foi Leão quem primeiro estabeleceu, na lei *Scripturas II* do tit. *Qui potiores in pignore* do Código, que a hipoteca pública deve ser preferida à particular anterior, certamente só porque muitas vezes os devedores, ansiosos de extorquir dinheiro por qualquer forma, antecedam enganosamente as hipotecas com fraude para os credores anteriores; esta a razão justa e meritória que levou Leão a preferir as hipotecas baseadas em instrumentos públicos às fundadas em convenção particular. Naquela mesma Constituição considera-se pública a hipoteca feita perante três testemunhas, varões de inteira fé, que a ela assistiram e assinaram do próprio punho. Por isso, a simples escritura de Fidalgo, embora faça fé sem testemunhas, e sirva para provar dívidas, sendo por esta razão havida como pública, Ord. liv. 3, tit. 59, § 15, não tem, todavia, pelo que respeita à prelação de penhor, importância nenhuma, devendo ser inteiramente tomada como particular, se não for feita perante três testemunhas, que a assinem, e munida com a fé pública do tabelião, § 33 da Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, tirada da citada Constituição de Leão, Bohemero, *Exercit.* LX, *De praerogativa publicarum hypothecarum*, cap. I, § VIII. Por

consequente, a referida Carta de Lei ab-rogou as Ordenações do liv. 3, tit. 91, Man. 74, Afons. 97, que, sem distinguir entre penhor público e particular, e hipoteca anterior e posterior, davam a preferência àqueles que, depois de proferida a sentença, primeiro penhorassem a coisa por autoridade do juiz.

A LEGAL PREFERE A PÚBLICA

§ XIII — Os credores hipotecários privilegiados que têm hipoteca tácita ou legal, enumerados no § X deste Título, têm preferência absoluta sobre os credores públicos anteriores, §§ 35, 36, 37, 38, 39 e 40 da citada Carta de Lei de 20 de Junho de 1774. Portanto, a hipoteca legal é pública e privilegiada. Enquanto pública prefere à particular, e enquanto privilegiada deve preferir à pública, isto é, à constituída em instrumento público, pois baseia-se num direito mais sólido e poderoso. Porém, entre credores igualmente privilegiados, deve ser preferido o primeiro no tempo. Perez, ao tit. *Qui potiores in pignore* do Código, n. 18.

Costuma disputar-se se a hipoteca legal é pública e se goza da prerrogativa e direito de prelação. Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, spec. 226, defende que é pública; Lauterbach, ao tit. *Qui potiores in pignore*, § 10, que é particular; Bohemero, citada *Exercit.* § 15, distingue, pois diz que é pública, se for feita em instrumento público, e só a esta concede a preferência, e que é particular, se for feita em contrato e instrumento particular, e a esta nega o direito de prelação. Quanto a mim, entendo que no nosso direito as hipotecas legais são públicas e privilegiadas, e têm preferência total sobre as que são públicas pelo modo de constituir, isto é, as constituídas em instrumento público; de facto, as nossas leis concedem genericamente esta preferência, sem distinguirem se foram estabelecidas em documento público ou particular, § 34 da dita Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, *ibi*: *Exceptivo da regra geral o credor, que concorrer com os materiais, ou o dinheiro para a reedificação, reparação, ou construção de edificios... seja primeiro graduado que outro qualquer credor, a quem o solo, ou edificio antigo tenha sido geral, ou especialmente hypothecado.*

DA PREFERÊNCIA ENTRE CREDORES QUE SIMPLEMENTE
POSSUEM ESCRITOS PARTICULARES

§ XIV — Os credores hipotecários são preferidos aos que possuem escritos particulares, ainda que anteriores, pois, além da pessoa, têm direito sobre a coisa, na qual há mais garantia que na pessoa, lei 25 do tit. *De regulis juris*. Os credores simplesmente habilitados com escritos particulares também gozam entre si da prerrogativa do tempo, sendo preferidos os primeiros no tempo, contanto que a sua dívida conste ou de escritura pública, ou de escrito particular de fidalgos, ou de mercadores em matéria de negócios, ou de sentença dada em juízo ordinário e plenário, §§ 42 e 44 da Carta de Lei de 20 de Junho de 1774. As escrituras meramente particulares, e a chamada *sentença de preceito*, esta porque condenou o réu confesso, não dão preferência nenhuma; por isso, estes credores, quando têm direito igual, são admitidos ao concurso sem prerrogativa do tempo segundo a quantidade da dívida, § 43 da mesma Carta de Lei.

Esta prerrogativa do tempo só há lugar entre credores, que têm a mesma hipoteca e são igualmente privilegiados. Por isso, visto o direito romano e o pátrio, Ord. liv. 3, tit. 91, a razão do tempo não conta entre os credores, que se fundamentam somente em escritura pública, ou particular, isto é, em escrito pessoal; neste caso, tem a preferência na obtenção do seu débito aquele a quem o devedor pagou, ou aquele que primeiro recebeu o penhor por condenação do devedor em juízo. O facto de este tal ter a preferência e não ser removido por um credor anterior resultava da circunstância de todos os credores habilitados com escritos particulares terem igual direito, e terem obrigada a pessoa do devedor, mas não do mesmo modo os seus bens. Hoje por força da citada Carta de Lei não é assim. Concede-se a prerrogativa do tempo aos credores habilitados com escritos particulares que agem com escritura pública ou quase, e denega-se apenas aos que provam a dívida com instrumento ou escrito meramente particular, ou com a confissão judicial da dívida; e denega-se, mesmo que tenha sido dada sentença e hajam sido tomados penhores, caso em que a citada Ordenação a concedia.

USO DA «ACÇÃO SERVIANA» OU «QUASE SERVIANA»

§ XV — Como do penhor válidamente constituído nasce um direito real, resulta daí que o credor pode repetir do devedor e de qualquer possuidor a coisa penhorada, mediante a *acção hipotecária*, de que se faz menção na Ord. liv. 4, tit. 10, § 1, Man. 45. As nossas leis não aludem à *acção serviana*, a qual não tem uso nem utilidade alguma, visto se ter inventado a *acção hipotecária* geral que é mais ampla. Thomásio, nas Notas às Pandectas, neste título.

A *acção serviana* especial é concedida ao locador de um prédio rústico para perseguir as coisas expressa ou tácitamente obrigadas pela renda do fundo; a *quase serviana*, ou seja a hipotecária geral, é dada a qualquer credor contra o devedor ou contra qualquer possuidor da coisa penhorada para que esta lhe seja restituída com seus frutos e acessórios, § 7 do tit. *De actionibus* das Institutas. Em ambas o efeito é o mesmo; e, como a hipotecária é mais ampla e também compete ao locador dum prédio rústico, pois é genericamente concedida a todos os credores hipotecários, a *serviana* parece-nos totalmente supérflua. Na Ordenação citada qualquer *acção* real, competente ao credor, chama-se hipotecária.

A HIPOTECÁRIA CONTRA TERCEIRO POSSUIDOR

§ XVI — A *acção hipotecária* instituída contra terceiro possuidor é *alternativa*, pois o credor demanda ao possuidor que ou lhe pague toda a dívida ou lhe restitua a coisa penhorada, Ord. liv. 4, tit. 3, no princípio, ibi: *poterá o credor demandar o possuidor della, que ou lhe pague a dívida, por que lhe foi obrigada, ou lhe dê, e entregue a dita cousa*; Man. 33, Afons. 49 do mesmo liv.

A *reivindicação* da hipoteca não obriga a pessoa, mas segue a coisa, como dizem os Imperadores na lei 2 do tit. *Si unus ex pluribus hereditibus* do Código; por isso, o terceiro possuidor, que não contratou

com o credor, de modo nenhum pode ser constrangido a pagar a dívida. É diferente a posição do devedor, que pode ser justamente demandado, não só por acção pessoal para pagar a dívida, mas também por acção real para restituir o penhor, dita lei 2. Pode, é certo, um possuidor, se quiser, pagar a dívida, mas por nenhum vínculo de direito é obrigado a isso; mas, uma vez paga a dívida, extingue-se a acção hipotecária, não porque seja obrigado a pagar a dívida, mas porque, como bem diz Paulo na lei 12, § 1, do tit. *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur, não deve inquirir-se sobre o direito do possuidor, uma vez que, com o pagamento do penhor, se remove o direito do autor da demanda.* Sendo isto assim, a jurisprudência não admite que o credor peça a um terceiro possuidor, alternativamente, ou o pagamento da dívida, ou a restituição da coisa penhorada. Todavia, Inocência III estabeleceu o contrário, em opposição ao direito romano, a respeito da esposa que reclama o seu dote, no cap. 5 do tit. *De pignoribus* das Decretais, e desta decisão do Pontífice foi tirada, com postergação do direito civil, a citada Ord. liv. 4, tit. 3, no princípio, nas palavras transcritas. Bohemero, *Exercit. XXVI ad Pandectas, De libello alternativo*, cap. III, §§ 7, 8, 9, 10 e 11, Gama, *Decisio* 319, no fim.

COMPETE-LHE O BENEFÍCIO DA ORDEM

§ XVII — Não pode, porém, mover-se acção hipotecária com efeito contra terceiro possuidor, sem, primeiramente, se executar o devedor principal e seus fiadores, Ord. citada, liv. 4, tit. 3, no princípio: *demandando porém o credor primeiro o seu devedor, e fazendo em seus bens, e de seu fiador (se o tiver dado) execução, como se per Direito deve fazer;* Man. tit. 33 do mesmo liv., Gama, *Decis.* 99 e 315, n. 2.

Ao possuidor compete o benefício da ordem, ou da excussão, tanto na hipoteca geral, como na especial, pois não se faz tal diferença nem nas citadas Ordenações, nem no direito romano, Novela 4, cap. 2, Novela 112, cap. 1, Autêntica *Hoc si* do tit. *De pignoribus* do Código, Autêntica *Sed hodie* do tit. *De obligationibus et actionibus* do Código, Coccey, *Jus Controversum*, ad tit. *De pignoribus*, quaest. 14.

§ XVIII — Nas nossas leis não vem definida nenhuma maneira especial de vender o penhor convencional. No direito romano distinguem-se três casos: ou nada se disse sobre a venda; ou esta foi expressamente concedida por pacto; ou expressamente proibida. No primeiro caso, se o devedor se constituiu em mora, tem lugar a venda, depois de aquele ser uma vez notificado para resgatar o penhor; no segundo caso, em que se convencionou a venda, esta é feita pelo credor por autoridade própria, logo depois de o devedor incorrer em mora, sem notificação alguma, por exemplo esgotado que seja o prazo acordado para pagar; se não se acordou neste prazo, é necessária a notificação e a autoridade do juiz; finalmente, no terceiro caso, apesar de expressamente se proibir a venda do penhor, esta mesmo assim effectua-se, mas são necessárias três notificações feitas em espaços devidamente distintos, havendo em ambos os casos que esperar dois anos sobre a notificação, lei 4 do tit. *De districtione pignorum* do Código, lei 3, § 2, do tit. *De jure domini impetrando* do Código, § 1 do tit. *Quibus alienare licet* das Institutas. Segundo os nossos costumes nunca se espera dois anos; e, realmente, não haveria grande utilidade nos penhores, se se houvesse de esperar tanto tempo para os vender. No entanto, é sempre precisa a notificação, isto é, a citação do devedor, a qual nunca se deve deixar de fazer, mesmo no caso de se haver expressamente concedido licença para venda do penhor, se a dívida não for paga dentro de certo tempo; assim se deve entender a Ord. liv. 3, tit. 78, § 7. É necessária também a autoridade e sentença do juiz que determine a venda, devendo esta ser feita por autoridade pública, Ord. liv. 4, tit. 57, e, finalmente, o penhor vendido dentro de certos dias, Ord. liv. 3, tit. 86, depois de avaliado pelos arbitadores públicos do lugar na forma prescrita na Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, Caldas, *De extinctione*, cap. 13, nn. 11 e 12, Barbosa, nos comentários à lei

Si mora 9 do tit. *Soluto matrimonio*, nn. 64 e 65, Neguzâncio, *De pignoribus*, Membr. I, P. VI, Brunnemann, nos comentários à lei 4 do tit. *De distractione pignorum*. Impede-se a venda do penhor oferecendo-se a paga ao credor, Ord. citada, liv. 3, tit. 78, § 7.

DOS PACTOS DOS PENHORES

§ XIX — São válidos os pactos apostos ao penhor que não contrariam a natureza deste. Tais são: 1) o pacto de *anticrese* pelo qual se convencionou que o credor possa usar e fruir a coisa penhorada, sem, no entanto, exceder o limite das usuras legítimas, e, evidentemente, com a condição de os frutos, que receber a mais, serem restituídos ao devedor ou descontados no capital da dívida; de facto, neste caso não é um pacto usurário, e assim se deve entender a Ord. liv. 4, tit. 67, § 4. A este respeito diz Riegger, *Jurisprudentia Ecclesiastica*, P. III, § 363, na Nota: *O pacto anticrético acrescentado ao penhor não repugna às nossas leis, contanto que os frutos percebidos da coisa frutífera dada em penhor não excedam a quantidade das usuras fixada nas mesmas leis*; 2) o pacto *addictio in diem* (de adjudicação até certo dia), isto é, aquele onde se convencionou que o penhor seja vendido por justo preço ao credor, no caso de a dívida não ser liquidada dentro de certo tempo, Ord. liv. 4, tit. 56, no princípio, vers. *Porém*. Mas não vale o pacto *commissório* no penhor, ou seja aquele pelo qual o penhor é cometido ao credor, isto é, torna-se propriedade deste, se o devedor não satisfizer a dívida em certo dia, visto que é injusto e usurário, pois o penhor excede quase sempre a quantia devida, Ord. citada, no princípio. Porém, na venda vale a *lei commissória*, visto que normalmente a coisa é vendida por justo preço, Ord. liv. 4, tit. 4, no princípio, e § 1 (*Instituições, Do direito público*, Tit. VIII, § XX).

DE QUE MODOS SE EXTINGUE O PENHOR

§ XX — O penhor extingue-se pelos vários modos indicados nos respectivos títulos especiais do Digesto e do Código; todos esses modos estão em uso, visto dimanarem da natureza do penhor e se alicerçarem na recta razão, que é válida em todas as nações. Thomásio, *Notas às Pandectas*, neste título. Por isso, sendo o penhor um direito real e constituído para segurança do crédito, segue-se que se extingue com o perecimento da coisa penhorada, com a extinção do crédito por qualquer modo, visto ser um acessório dele, e com o resgate expresso ou tácito do penhor. Por conseguinte, presume-se que os credores que, advertidos por edital da venda do penhor, não comparecerem, renunciam ao penhor, a fim de a sua fraudulenta dissimulação não prejudicar os compradores, lei 6 do tit. *De remissione pignoris* do Código. Por esta mesma razão se resgata e extingue o penhor por depósito judicial e consignação do preço da coisa penhorada, que alguém compra particularmente ou em hasta pública, Ord. liv. 4, tit. 6, Man. 34, Afons. 52.

D. Afonso III foi o primeiro que, a pedido da *Comunidade* dos Judeus, estabeleceu numa Ordenação especial dada em Lisboa, a 8 de Março do ano 1312 da Era (14 de Março de 1313?) apud Ord. Afonsina, liv. 4, tit. 49, que a coisa penhorada passasse com seu ónus a qualquer possuidor, e este fosse obrigado ou a pagar a dívida ou a entregar a coisa obrigada; esta Ordenação foi tirada do direito civil romano, nela mesma mencionado, *achei per Direito*, e passada aos Códigos posteriores. Porém, este direito estabelecido, não em favor de todos, porque seria inteiramente injusto, mas apenas em favor dos que de boa fé comprassem coisas obrigadas a outros, sem que se lhes pudesse imputar qualquer responsabilidade, foi pela primeira vez corrigido e emendado por D. Afonso V, citada Ord. liv. 4, tit. 52. Com efeito, este Rei determinou que o comprador do penhor, que em juízo ofereceu, consignou e depôs por autoridade do juiz o preço do penhor, e requereu ao juiz se citassem os credores para na sua presença litigarem entre si seu direito, ficasse, uma vez desfeito o

vínculo do penhor, seguro neste aspecto, e não pudesse, feita a consignação do preço, ser inquietado neste caso por acção ou qualquer modo. O mesmo Rei mandou aos juizes (§ 1) que, a requerimento do comprador, immediatamente consignassem o preço da coisa penhorada e o depusessem em mãos de um homem bom, e marcassem seis dias aos credores presentes, e o máximo de trinta aos ausentes, para litigarem sobre o seu direito de preferência, na forma da Ordenação de D. Dinis (que vem na Ord. Afonsina, liv. 3, tit. 97). E é este entre nós o mais notável modo especial de extinguir o penhor. Porém, deixaria de haver inúmeras demandas, se na Câmara local, ou pelo menos em cada comarca, houvesse um código especial destinado a registrar as hipotecas, tanto as gerais como as especiais.

PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE

F I M

(Tradução do Dr. Miguel Pinto de Meneses)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS^o

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

*Sê indulgente para os trabalhos que escrevemos,
Não por amor da glória, mas pelo dever
E pela utilidade humana compelidos.*

Ovídrio, *Epistolas do Ponto*, III, 9, 55 e segs.

*Qua mente não moveu aquêl senador
Mais prestante que o qual ninguém outrova foi,
Nem Cévola Serbidio, nem mais grave Caio,
Nem melhor o jurista, a quem renome ilustre
Concedeu a gente Úlpia?*

*Quando irá eleger a Cúria um nome igual,
Ou subirá seu estrado génio semelhante?*

L. ANDRÉ DE RESENDE, *Epist. II ad Lupum Scintillam Jurisconsultum*

(*) Continuação do *Boletim*, n.º 166.

A D. JOÃO
AUGUSTÍSSIMO PRÍNCIPE DO BRASIL,
ESPERANÇA, AMOR E DELÍCIAS
DA NAÇÃO PORTUGUESA

DEDICA
PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE

AOS ESTUDANTES
DE DIREITO PATRIO DA UNIVERSIDADE
DE COIMBRA

DIRIGE
PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE
AS MELHORES SAUDAÇÕES

Eis-nos a cumprir, enfim, a nossa palavra, estudantes, publicando, conforme prometemos, o último opúsculo das *Instituições de Direito Civil Português*, que se intitula *Das obrigações e acções*; só nos resta, depois, preparar e ensinar pelo mesmo método as também prometidas *Instituições de Direito Criminal*; se isto fizermos (e fá-lo-emos, querendo Deus, supremo árbitro e senhor de todas as coisas), satisfaremos, enfim, de algum modo, isto é, conforme as possibilidades das nossas fracas forças, ao nosso compromisso, extinguindo toda a obrigação, visto que ninguém é obrigado a fazer coisas impossíveis e superiores às suas forças. Entretanto, confiamos facilmente alcançar de Vós o que é de esperar de qualquer credor humano, a saber, que, contentes com este insignificante opúsculo, o recebais, não só como paga, mas também como penhor e garantia de toda a nossa promessa. E, como se impõe fazer um breve prefácio, esboçaremos algumas considerações prévias, para que não pareça que abandonamos totalmente este costume recebido dos escritores de todos os tempos.

E assim, para começar, a ordem geral do opúsculo já é de Vós conhecida e vista. Era inteiramente consentâneo com ela que, depois de ensinados os direitos das *Pessoas* e das *Coisas*, que se referem aos dois primeiros objectos do Direito, se tratasse logo do terceiro, que diz respeito às *Ações*. E, como a este mesmo objecto respeitam as *Obrigações*, que, segundo Teófilo (único que bastará nomear em matéria não assaz grave), são como que as mães das *Ações*, começámos o livrinho pelas *Obrigações*; e expostas, primeiro, a sua natureza, definição, divisões, e o mais que parecia ter aí cabimento, reduzimos quase todos os contratos, que se praticam entre nós e em todos as nações, àquela ordem com que hoje costumam ser tratados pelos mais cultos jurisconsultos, e de tal modo tentámos explicar tudo, como é nosso hábito e propósito, isto é, breve e sumariamente, como o impõe a natureza deste trabalho, que, parece-nos, nada omitimos do que pode contribuir para o perfeito entendimento de qualquer assunto. Além disso, suprimos com o Direito Natural e das Gentes e as antiguidades portuguesas o Direito Pátrio, neste aspecto incompleto e imperfeito em muitos pontos. E assim, conhecido previamente aquilo que o Direito Romano tem de próprio nos contratos, aquilo que é do Direito Natural e das Gentes, e, finalmente, o que a nossa Cidade estabeleceu de peculiar para si, com esta ordem ensinámos tudo, para que nesta mesma obra ficásseis a saber o uso genuíno do mesmo Direito, os costumes das Nações, e sobretudo as leis pátrias e seus costumes antigos e actuais; da boa análise e confronto de todos estes elementos facilmente podereis entender o que ordena nos negócios correntes da vida a razão natural, o que preceituam as leis e costumes do povo, e, por fim, o que é justo ou injusto em cada questão.

Entendemos não serem inteiramente de desprezar as citações das leis romanas, mormente aquelas donde foram tiradas as nossas leis, ou nas quais se inculcam os princípios e conclusões do Direito Natural; não porque tenham alguma força e

autoridade entre nós, mas como fontes com que as nossas podem ser muito esclarecidas.

Semelhavelmente, pensámos que de modo nenhum se devem omitir as alegações dos Doutores, sobretudo nas matérias duvidosas ou omissas na lei. De facto, embora bem saibamos que se deve buscar a decisão de qualquer negócio, não no número e autoridade dos Doutores, mas apenas no peso das leis, era, todavia, necessário que, nesta parte, se condescendesse alguma coisa com o século, que ainda agora se compraz com semelhantes citações; e, sobretudo, para que seja conhecido de Vós, principais destinatários dos nossos estudos e trabalhos, quais os autores que contribuem para ilustrar o nosso Direito; não para que jureis sobre as suas palavras, ou sobre as minhas, que são de muito menor autoridade, mas para que os possais consultar, quando for preciso, e quando a matéria carecer de maior esclarecimento; e, assim, premunidos dos necessários subsídios, possais refutá-los, ou segui-los, e, em suma, dar o justo valor às suas palavras e escritos.

Como era justo, utilizámos muito preferentemente escritos portuguezes, em cujo manuseio e leitura dependemos bastante tempo e trabalho. É que a sua leitura, se bem que fastidiosa e assaz desagradável, é algumas vezes útil, para não dizer necessária, visto não termos outros Intérpretes do nosso Direito, enquanto Vós e vossos doutíssimos Mestres, de quem a Jurisprudência Pátria muito espera, não publicardes melhores trabalhos. No entanto, tereis de os ler cautelosamente, pois, além de nunca inquirirem das verdadeiras razões e origens das nossas leis, e, se algumas vezes o fazem, não as derivam das fontes genuínas, mas de charcos, isto é, do uso do foro, muitíssimas vezes contrário às próprias leis, ou das sentenças e *arestos*, quiçá proferidos contra as próprias leis e direitos constituídos; confundem quase sempre o Direito Civil Pátrio com o Romano, e por este interpretam, sem distinguirem as leis estrangeiras das nacionais, as razões naturais das civis, o direito recebido e dado

pela Cidade daquele que nunca foi nem podia ser recebido sem ofender as antigas leis, costumes e usos portugueses, que ainda hoje em parte usamos no meio de tamanha confusão de direitos. Eis por que na genuína aplicação do Direito Romano se deve, à falta de lei especial e costume legítimo, dar mais importância aos escritores do *uso moderno das Pandectas*, a quem não cega uma tão ardente paixão do mesmo direito, do que aos nossos, muito embora também aqueles devam ser lidos com cautela, visto considerarem em geral ab-rogadas muitas coisas, especialmente recebidas nas nossas leis e costumes, de todas as quais é lícito encontrar, nestas *Instituições*, muitos exemplos, que seria ocioso transcrever aqui. E bastem estas generalidades sobre as *Obrigações*.

Pelo que toca às *Ações*, muito menos há que nos interesse, a nós e a Vós, anotar.

E, em primeiro lugar, incluímos num título especial, como fundamento de toda a obra, quase todas as ações, que têm uso mais frequente no foro, e logo acrescentámos as excepções especiais, que as excluem, como antes de nós o fez Bohemero, jurisconsulto de grande nomeada, na *doutrina das ações*; e, assim, na verdade cada um facilmente entende, não só o que o Autor deve provar, mas também a defesa própria do Réu.

Avançando, depois, para a individualização das matérias, como a citação, o oferecimento do libelo, a contestação da lide, réplicas, excepções peremptórias e dilatórias, provas por testemunhas, instrumentos, ou juramento, sentenças, casos julgados, apelações, súplicas, revisões, e demais solenidades judiciais, esforçamo-nos por ensinar, um pouco mais cuidadosamente que o vulgar, a ordem judiciária, tanto na primeira, como na segunda instância. De facto, em ambos os casos, distinguimos o processo natural do civil, e, separando entre si a ordem do Direito Romano, Canónico e Pátrio, demos, tanto quanto possível perfeito, o sistema judiciário, deduzido, não da torrente vulgar dos praxistas, mas do próprio âmago das leis.

Pensando melhor, omitimos de propósito as fórmulas das ações e excepções, usadas no foro, que a princípio resolvêramos apresentar, quer para não contrariarmos a brevidade deste opúsculo, quer porque se trata de matéria facilmente assimilável em Mendes, Caminha, Vanguerve, e outros, cujas obras se acham nas mãos de todos, quer principalmente porque a nossa jurisprudência não anda envolta em quase nenhuma solenidade, de cuja omissão resulte a nulidade do processo, quer, finalmente, porque não é próprio dum homem livre escravizar-se tanto, como um animal, à rotina forense, que nunca dela se afaste, assim como também não é próprio dum homem prudente e sábio desprezá-la e abandoná-la totalmente. Em tudo há um limite, e se há aspecto em que manda a rectidão não se ultrapasse é sobretudo no ensino, publicação e aplicação do direito; ireis, pois, Ouvintes, seguríssimos pelo meio termo.

Importa, porém, que tenhais em grande apreço e veneração as leis judiciárias nacionais, pois foram feitas, crede, com grande sabedoria, e nelas adoptado tudo o que de notável tem o Direito Romano e Canónico. De facto, posto que vivamos numa idade em que até os que parecem mais sensatos criticam o próprio Céu, e buscam louvor no desprezo das coisas mais excelentes, atitude que se possa chamar o cúmulo da arrogância e o vício mais alheio à vossa educação e moderação, deveis regular de tal forma o vosso comportamento e estudos, que nunca digais nada impensadamente, em especial contra as leis pátrias, pois é dever do bom cidadão e, sobretudo, do estudioso do Direito respeitá-las e acarinhá-las sempre.

Na verdade, ainda que aqui e além se lhes vejam alguns defeitos, o que muito respeitosa e anotamos num ou noutro lugar, pois esta é a condição de todas as coisas humanas, contudo é tão elevada a nossa veneração por elas, que seriamente julgamos que nenhuma mais sábias poderiam ter sido dadas, nem hoje talvez reformar-se para melhor o título vigésimo da Ord. do liv. III, intitulado *Da ordem judiciária*, se exceptuar-

mas algumas disposições respeitantes à concessão das diversas e múltiplas dilações, ou à desmesurada frequência e facilidade do juramento, ou aos diversos privilégios do foro, sumamente nocivos à República, ou aos diversos modos de apelar e suplicar, e outras coisas pequenas e insignificantes deste género, as quais, no entanto, enquanto permanecerem, devem ser cumpridas à risca, e muito estimadas; de resto, o título, no essencial, parece-nos imutável. E que coisa mais sábia, para omitirmos outras, que a lei de D. Afonso IV, reproduzida na Ordenação Régia, liv. III, tit. 63, na qual se manda o juiz julgar só pela verdade sabida do feito, no caso de por dolo ou culpa dos litigantes, ou do juiz, ou de ambos, se verem desprezadas e omitidas as solenidades dos juízos? Porém, assim como em todas as coisas, assim também nos juízos, necessariamente se deve definir uma ordem certa, e esta vem definida nos títulos antecedentes da mesma Ordenação; no entanto, o desprezo dessa ordem, devido a esta providentíssima lei, nem vicia o processo, visto que pode ser officiosamente suprida pelo juiz, nem obsta a que com a sua pronúncia possa pôr fim à demanda. Por conseguinte, o nosso direito em rigor não exige outras solenidades na ordenação dos processos além das requeridas pelo Direito Natural. Por isso, se hoje as demandas são — doloroso é dizê-lo! — quase imortais e difficilmente acabam em vida dum só homem, e delas, como bem já dizia Cícero em seu tempo, no *De officiis*, XI, 18, *nos devemos afastar o mais possível e não sei se um pouco mais que o possível*, isso acontece não por força das leis, mas dos juízes. De facto, se todas as questões fossem tratadas no foro conforme elas determinam, acabariam em poucos meses, e, normalmente, dentro de um ano ou pouco mais.

Mas, se acaso alguém se admirar de que nós, sem nome nenhum no foro e nele apenas medianamente versado, nos apliquemos a escrever de coisas práticas, parecendo, assim, que metemos a foice em seara alheia, a esse pedimos advirta que a Jurisprudência *Prática*, que é nula sem a *Teorética*, não se

aprende com o uso e a rotina do foro, a convivência dos Advogados, a função do Magistrado, ou qualquer outro exercício, mas só com as próprias leis e sua assídua leitura e meditação, por cuja norma se devem ordenar todas e quaisquer questões que se tratam em juízo. Admitimos, porém, esta recriminação, mas com a condição de que aquilo que dissemos, e que contraria de qualquer modo as ordenações judiciárias e o uso legítimo do foro, ou aquilo que, enfim, omitimos e era necessário dizer-se, por parecer contribuir para um entendimento mais completo da questão, segundo a norma que nos impusemos, isso tudo o atribuais e perdoeis a um homem, inexperiente dos meandros dos juízos e das tricas e manhas forenses, mas ansiosíssimo de bem merecer de Vós. Bem hajam!

§ II — *A obrigação é o vínculo de direito pelo qual somos constrangidos a pagar, fazer ou prestar, alguma coisa, segundo as leis da nossa Cidade, no princípio do tit. De obligationibus das Institutas. Ora, esta definição explica bem a natureza da obrigação, e, como autêntica que é, não devemos abandoná-la.*

LIVRO QUARTO

DAS OBRIGAÇÕES E ACÇÕES

TÍTULO I

DAS OBRIGAÇÕES

RAZÕES DO MÉTODO ADOPTADO

§ I — Nos livros precedentes expusemos os direitos das *pessoas*, e das *coisas*, sem dúvida com a suficiência que nos foi possível, conforme o nosso hábito e propósito. Seguem-se os chamados direitos *in rem*, que promanam duma obrigação como duma fonte. Mas, porque a obrigação na lei 42, § 2, do tit. *De procuratoribus*, é chamada como que a mãe das acções, estas também serão compreendidas neste livro, visto se referirem ao mesmo objecto do direito. E é este o método do nosso trabalho.

Este método dum modo geral — reconheço — não agrada a todos; mas dum modo especial desagrada a alguns ensinarem-se as obrigações juntamente com as acções; porém, como há alguma relação entre elas e nexa nas matérias que vamos tratar, isto basta a um homem occupado, isto é, a um jurisconsulto.

PRIMEIRA DIVISÃO DAS OBRIGAÇÕES

§ III — As obrigações nascem não só dum contrato, ou quase contrato, e dum delicto, ou quase delicto, mas também dum mero pacto e convenção, e, finalmente, *de várias espécies de causas*, como diz Gaio na lei 1 do tit. *De obligationibus et actionibus*. E esta é a primeira e principal divisão. Nós aqui apenas explicamos as obrigações provenientes dum contrato, isto é, dum factio lícito.

OBRIGAÇÃO NATURAL, CIVIL, MISTA,
PERFEITA, E IMPERFEITA

§ IV — A divisão da obrigação em *meramente natural*, *meramente civil*, e *mista*, que impera no direito Romano, não se acomoda perfeitamente aos nossos costumes e leis no sentido do mesmo direito. Com efeito, a obrigação *meramente natural* é absolutamente destituída de qualquer efeito; a *meramente civil* é elidida pela excepção perpétua, sendo, assim, ociosa e frustre a sua concessão, pois, como bem diz Paulo na lei 112 do tit. *De regulis juris*, *Não há diferença nenhuma entre não ter acção pelo próprio direito ou esta ser invalidada por excepção. A mista funda-se em ambos os vínculos, e tem eficácia no foro. É, porém, mais simples a divisão da obrigação em perfeita, a*

que deriva dum débito da justiça, e *imperfeita*, a que decorre dum débito de amor, ou da honestidade e equidade moramente natural. Thomásio, nas Notas ao tit. *De obligationibus et actionibus*.

A obrigação meramente natural e imperfeita respeitam todos os deveres de humanidade, e sobretudo a obrigação de retribuir o bem com o bem, a qual nem no direito romano, nem no pátrio, produz acção alguma. A este respeito diz bem Puffendorf, *De jure naturae et gentium*, liv. III, cap. III, § 17: *Certamente, aos ingratos esperam-nos, após a morte, as penas que lhes serão applicadas por sentença do Tribunal Divino. São também merecidamente aborrecidos e detestados dos outros homens, e indignos de receberem novos benefícios. Mas é evidente a razão porque a simples ingratidão não constitui motivo para se declarar guerra, ou demandar alguém no foro civil. Com efeito, eu dei um benefício a outrem, isto é, não estipulei a retribuição daquilo que dei, para que esse outrem tivesse a oportunidade de se mostrar grato, impellido, não pelo medo de coacção, mas pelo sentimento da amizade, e para que eu próprio não pareça ter dado, com a esperança de lucro, mas pelo desejo de exercer bondade, sem ter querido acautelar qualquer recompensa para mim.* Diz igualmente bem Cícero no *De officiis*, liv. II, § XVIII: *Todos, de facto, detestam aquele que se esquece dos benefícios, e consideram como feita a si a injúria praticada em impedir a liberalidade, e como inimigo comum dos pobres aquele que a pratica.* Portanto, esta obrigação natural é totalmente destituída de qualquer efeito jurídico.

EFEITOS DA OBRIGAÇÃO NATURAL

§ V—O dizer-se que as obrigações meramente naturais são inteiramente destituídas de qualquer efeito jurídico, deve entender-se das obrigações que ficam dentro dos limites da mera honestidade, ou são reprovadas por qualquer razão pelo direito civil. É o caso da obrigação do órfão, que sabe o que faz, e do pródigo a quem se interdisseram os bens, quando contraída sem a autoridade do tutor ou curador; dessa obrigação

não resulta nenhum efeito prejudicial para o órfão ou para o pródigo. É o caso ainda da obrigação da mulher que ficou por fiadora dalgum, e do filho-família que recebeu dinheiro emprestado. O mesmo se deve dizer das obrigações accessórias, acrescentadas a uma convenção reprovada pelo direito, Ord. liv. 4, tit. 48, § 1. De resto, as demais obrigações naturais, tirante apenas a acção, têm quase os mesmos efeitos que se attribuem no direito às obrigações mistas ou perfeitas. Vinnio, ao tit. *De obligationibus*, desde o n. 4, Heinaécio, às *Pandectas*, P. VI, § CCCLXXXI, na Nota.

TODA A OBRIGAÇÃO E CIVIL

§ VI—A outra divisão das obrigações em *civis* e *pretórias* não tem entre nós uso algum, visto ter desaparecido a diferença entre juiz e pretor. Portanto, todas as obrigações, uma vez que partem da lei e do direito, são *civis*.

Esta divisão está suficientemente definida no § 1 do tit. *De obligationibus* das *Institutas*. Todavia, ela não pode ter nenhum uso na prática, já não digo hoje, mas nem mesmo no tempo de Justiniano, que tornou *civis* as obrigações pretórias, inserindo-as em seu Código; de facto, naquele § diz-se que são obrigações *civis* as que foram estabelecidas pelas leis ou reconhecidas de modo certo pelo direito civil. Ora, os nossos magistrados não podem fazer leis nem regulamentos.

OUTRA DIVISÃO DAS OBRIGAÇÕES

§ VII—Mas já se dividem bem as obrigações em *principais* e *accessórias*, *benéficas* e *onerosas*, conforme, evidentemente, promanarem de convenções principais, accessórias, benéficas e onerosas, como de uma fonte.

QUE PESSOAS PODEM SER OBRIGADAS, E QUE
OBRIGAÇÕES SÃO VALIDAS

§ VIII — Podem ser obrigados aqueles que podem consentir e dispor de suas coisas. Os impúberes e os menores não se obrigam sem o consentimento e autoridade dos tutores ou curadores (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. XIII, §§ V e VI); nem os filhos menores sem ordem do pai; os maiores obrigam-se a si, e não ao pai (*Instituições, Do direito das pessoas*, tit. IV, § XIV). Também os filhos se podem obrigar aos pais, e vice-versa, e fazer pactos entre si, mesmo sem prévia emancipação, contanto que se dêem, aos minorenes, tutores encarregados de evitar que eles sofram detrimento com a convenção. O direito romano não reconhece obrigação nenhuma entre pai e filho, visto os considerar uma só e mesma pessoa, razão esta que é meramente civil. Não vale a obrigação que incidir sobre coisas torpes, ou for reprovada pelo direito, Ord. liv. 4, tit. 70, § 3, ou a extorquida pela força, dolo, simulação ou medo, Ord. liv. 3, tit. 34, § 1, e liv. 4, tit. 71 (*Instituições de Direito Público*, tit. VIII, §§ IX, X, XI, XII, XIII e XIV). Este direito, como se apoia na razão natural, aprouve a quase todas as nações, e foi expressamente aprovado no próprio Código Visigótico, que outrora usámos, liv. 2, tit. 5, leis 6, 7 e 9.

Aquele que estiver preso em cárcere privado, não pode ser obrigado, pois presume-se que a sua obrigação é arrancada pela força e pelo medo, Paulo, na lei 22, do tit. *Quod metus causa*. Mas já o preso em cárcere público se obriga, realmente, por todos os contratos celebrados com outros; todavia, não se pode obrigar ao que o prendeu, salvo intervindo a autoridade do juiz, Ord. liv. 1, tit. 78, § 11, e liv. 4, tit. 75, Man. 49, Afons. 58.

NÃO SE PRESCREVE NENHUMA FORMULA AS OBRIGAÇÕES,
E COMO ESTAS SE CONTRAEM

§ IX — O nosso direito não prescreveu nenhuma fórmula para a contracção das obrigações; mas, se estas forem reduzidas a escritura, devem estar presentes pelo menos duas testemunhas, além do escrivão, Ord. liv. 1, tit. 78, § 4, e exprimir-se o dia, mês e ano, Ord. no mesmo livro, tit. 24, § 16. Porém, como a obrigação perfeita não resulta da escritura, mas do consenso (Tit. VI, § XXVI deste liv.), fica válidamente contraída, quando assumida perante duas testemunhas, sem escritura alguma; requer, todavia, escritura pública, se exceder a soma designada na Ord. liv. 3, tit. 59 (*Instituições de Direito Público*, tit. VIII, §§ VI, VII e VIII). Portanto, hoje as obrigações contraem-se sem quaisquer ritos, muito embora os nossos antepassados difficilmente fizessem qualquer coisa de importância sem o emprego de ritos; mas, uma vez que não estão em uso, parece trabalho estulto referi-los. Vejam-se, todavia, querendo, Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. VI, liv. XVIII, cap. 30, e Everardo Otto, *Jurisprudentia Symbolica*, liv. II, cap. X.

TÍTULO II

DOS PACTOS

O QUE É O PACTO

§ I — Define-se assim o pacto: *E o acordo de duas ou mais pessoas em dar ou fazer uma coisa que lhes apraz*, lei 1, § 2, do tit. *De pactis* do Digesto. Mas, porque hoje a distinção entre pactos e contratos é apenas nominal, a citada definição applica-se perfeitamente tanto ao pacto nu e simples convenção, como ao contrato. No direito romano, o pacto estritamente dito é a convenção sem nome nem causa, e nisto difere do contrato, que tem nome e causa.

REGRA MÁXIMA NA DOCTRINA DOS PACTOS

§ II — Antes de tudo, há que fixar, na matéria vertente, a seguinte regra máxima: todas as disposições que os Romanos adoptaram na doutrina sobre a contracção de pactos e obrigações seguindo os princípios do direito natural e das gentes, são notáveis e têm muito uso; e, pelo contrário, não se usam, nem jamais foram recebidas entre nós, aquelas disposições que foram próprias deles, e sobretudo as que derivam da subtilidade do direito romano. Thomásio, Notas ao tit. *De pactis* do Digesto.

§ III — Desta regra resultam, entre outras, as seguintes conseqüências: só podem pactuar os que podem consentir e gozam de perfeito juízo; por isso, os furiosos, os mentecaptos, e os pródigos, a quem se interdissse a administração dos bens, os impúberes, os menores, e os filhos-familia não podem pactuar nem obrigar-se civilmente, sem consentimento, ordem, e autoridade do tutor, curador, ou pai; são igualmente de nenhum valor os pactos dos maiores, quando arrancados pelo dolo, força, ou medo, ou contrários às leis escritas e aos bons costumes; e o mais que no tit. *De pactis* das Pandectas ensinaram os Romanos segundo o direito natural, e se guarda igualmente em Portugal e em todas as nações (*Instituições de Direito Público*, tit. VIII, §§ IV e segs.).

OUTROS CONSECTARIOS DA MESMA REGRA

§ IV — Segue-se também da referida regra: 1) que todos os pactos feitos de ânimo deliberado têm a mesma força de obrigação que os Romanos attribuiram às suas estipulações e contratos, por maior que fosse a solenidade com que se celebrassem; 2) que actualmente concede-se acção e excepção por todos os pactos; 3) que hoje não há diferença nenhuma entre pactos e contratos; 4) e também entre pactos *nus*, e *não nus* ou *vestidos*, *legítimos*, *pretórios*, e acrescentados *in continenti* (imediatamente) ou *ex intervallo* (com intervalo), e *de boa fé* ou *de estrito direito*; 5) que todos os contratos hoje são consensuais, e, assim, a divisão em contratos *reais*, *verbais*, *literais*, *consensuais*, *nominados*, e *inominados*, que occupa todo o direito romano, não tem uso nenhum, visto que a obrigação só nasce do consentimento; cumpre, todavia, notar que o pacto de mútuo ou comodato produz acção, mas esta não resulta do mútuo ou comodato, que ainda não se contraiu, mas do pacto ou pro-

nessa; 6) que apenas se concede acção de pacto, se o autor mostrar que lhe interessa ver o pacto cumprido, porquanto, cessando este, há lugar ao arrependimento em todo o contrato, visto que a excepção *Tua non interest* (Não te interessa) repele todo o autor; 7) que hoje não se dá lugar ao arrependimento nem nos pactos nem nos contratos inominados, porquanto aquele que prometeu dar ou fazer alguma coisa, obriga-se a cumprir; 8) que o pacto *de non petendo* (de não pedir a dívida) celebrado com o devedor não só produz excepção, mas também extingue *ipso jure* a obrigação; 9) que se adquire para outro uma obrigação por intermédio dum terceiro, contanto que o primeiro depois a ratifique; mas ninguém pode obrigar outro com promessa sua; a este respeito disse bem Gaio na lei 39 do tit. *De negotiis gestis*: *Pois a razão natural e civil juntamente aconselham que podemos fazer melhor a condição alheia, mesmo que (o interessado) o ignore ou não queira, mas não a podemos piorar.* Mais elementos vêm em Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *de pactis*, e no tratado *De cautel. contract.*, Sect. III, cap. V, Thomasio, Not. ao mesmo tit. e ao tit. *De obligationibus* das Institutas.

AQUELE QUE PROMETE UM FACTO, LIBERTA-SE PAGANDO O RESPECTIVO INTERESSE

§ V — Apesar disso, não deve estender-se tanto a força e eficácia do pacto, que aquele que prometeu um factio possa ser compelido a cumpri-lo precisamente; na verdade, embora tanto os escritores do Direito Civil Romano, como os do Direito Natural, não se acordem nesta matéria, eu segui sempre a opinião dos que julgam que o prometedor se liberta pagando o interesse. Veja-se, querendo, a lei 13, § 1, do tit. *De re judicata*, a lei 114 do tit. *De verborum obligationibus*, Strykio, *Us. mod.*, neste tit., n. 10, Thomásio, na Dissertação especial *An qui factum pro-*

mittit, liberatur praestando id quod interest, e nas *Positiones* de Huber, *Inst. de verborum obligation.* (*Instituições, Do direito das pessoas*, tit. V, § IV, na Nota).

O PACTO DOS CREDORES QUE PERDOAM PARTE DA DIVIDA NÃO PREJUDICA OS OUTROS QUE DISCORDAM

§ VI — Porque uma pessoa não pode obrigar outra com promessa sua (§ IV deste Título), resulta daí que a concordata de credores perdoadando a um devedor comum mesmo a maior parte da dívida, não prejudica os credores discordantes, a quem fica sempre salvo o seu direito, Alvará de 14 de Março de 1780, que revogou o Decreto de 4 de Abril de 1777, e igualmente a Ord. liv. 3, tit. 78, § 8, tirada da lei 7, § 19, e da lei 8 do tit. *De pactis* do Digesto, segundo as quais, sim, o pacto da maior parte dos credores para remitir a dívida obrigava os restantes credores. O mesmo dizemos das tréguas concedidas pelos credores, as quais não podem ser impostas aos outros que não quiserem nem consentirem; e, assim, vê-se revogada pelo referido Alvará a Ord. liv. 4, tit. 73, § 3, que admite tais tréguas (Tit. V, § IX, deste Livro).

DEVEM-SE SEPARAR OS TRATADOS DOS PACTOS E CONTRATOS

§ VII — Devem-se separar os *tractatus de contrahendo* (tratados destinados a contratar) dos próprios pactos e contratos; na verdade, dos simples tratados e conversações não nasce obrigação nenhuma, visto que, enquanto se anda a tratar o negócio, falta o consenso de dois sobre o mesmo objecto. Aos meros tratados pertence a promessa vaga e indefinida, feita não com sinceridade, mas por divertimento, lei 19, § 3, do tit. *De Aedilitio Edicto*.

§ VIII — Hoje têm a mesma força o pacto *simples*, e o *geminado*; por isso, o *constituto*, isto é, o *pacto pelo qual alguém promete pagar uma dívida própria ou alheia, é totalmente inútil*, pois na dívida *própria* não há necessidade de reiterar a promessa, uma vez que da simples promessa nasce a obrigação, e o *constituens in alieno* (o que promete pagar a dívida alheia) é considerado como verdadeiro fiador. Schilter, às Pandectas, XXIV, §§ 70 e segs., Thomásio, Notas ao tit. *De pecunia constituta*.

O QUE É TRANSAÇÃO

§ IX — Chama-se transacção o pacto, pelo qual se decide *uma questão duvidosa, dando, retendo, ou prometendo alguma coisa*, e nisto difere dos outros pactos que se celebram sobre coisa certa, lei I, do tit. *De transactionibus* do Digesto, Ord. liv. 3, tit. 78, § I, *ibi: se dous litigassem sobre huma cousa, e fizessem transacção sobre essa demanda*.

A TRANSAÇÃO É INERENTE UM PACTO

§ X — Todavia, nos costumes de quase todas as nações confundiram-se os direitos dos pactos e das transacções, pois a toda a transacção é inerente um pacto, podendo-se, por isso, pactuar e transigir mesmo sobre coisa certa, Groenewegen, *De legibus abrogatis*, ao tit. *De transactionibus* do Digesto, no fim. Portanto, deve applicar-se ao pacto da transacção quase tudo o que dissemos dos restantes pactos.

§ XI — Por isso é que a transacção, que não pode valer como transacção, vale como pacto; é-nos, por isso, lícito transigir naquelas coisas sobre que honestamente pactuamos, Tabor, *ad Barbosa, Axiom.*, liv. XVIII, cap. XXV, axioma XIV; e não é necessário que o negócio, sobre que fazemos transacção, seja incerto em razão do direito, pois basta a incerteza do evento e que este se torne por qualquer causa dúbio ou difícil. Thomásio, ao tit. *De transactionibus* das Pandectas.

SE SE PODE FAZER TRANSAÇÃO SOBRE COISA JULGADA,
BENS DEIXADOS EM TESTAMENTO, E ALIMENTOS

§ XII — É, pois, válida a transacção sobre coisa julgada, a qual se tem por verdade, Strykió, *Us. mod.*, liv. II, tit. XV; e sobre bens deixados em testamento, mesmo sem se conhecerem as suas disposições, Noodt, in *Jul. Paul*, cap. VII, e ao tit. *De pactis et transactionibus*; e sobre alimentos pretéritos; mas não sobre alimentos futuros, salvo intervindo a autoridade do juiz e prévio conhecimento de causa, consoante se estabeleceu, de harmonia com a Oração de Marco Antonino, nas leis 8 dos tít. *De transactionibus* do Digesto e do Código: *Como havia pessoas, a quem se tinham deixado alimentos, que facilmente transigiam, contentando-se com pouco no presente, [o divino Marco determinou, num discurso perante o Senado, que a transacção de alimentos só fosse ratificada, quando feita com a autoridade do pretor]*. E, realmente, deve-se dar muita importância a esta razão, não por ser de Ulpiano, mas porque se apoia na máxima equidade, motivo este por que o defendem, contra Groenewegen, *De legibus abrogatis*, à lei 8 do tit. *De transactionibus* do Código, Samuel de Coccey, *Ius controversum*, liv. II, tit. XV, quaest. V, Antonio Schulting, numa Dissert-

tação especial, e Jerónimo Gundling, tanto numa Dissertação especial, como noutra que intitulou *Singularia de transactionibus*, §§ XX e seguintes.

DA TRANSAÇÃO NOS CRIMES

§ XIII — Tendo cada um a liberdade de fazer transacção sobre as suas coisas, segue-se que os particulares (mas já não os procuradores fiscaes e os promotores da justiça) podem transigir, isto é, dispensar o seu direito, retendo ou aceitando alguma coisa, sobre as obrigações e danos que provêm de delicto público ou particular, capital ou não capital. O efeito desta transacção é que o transigente não pode acusar o réu nem demandar o seu interesse particular em juízo; porém, fica sempre salva e não se extingue com a transacção a vingança pública, a investigação e perseguição do crime.

A doutrina do direito romano acerca da transacção nos crimes, cuja sede principal é a lei 18 do tit. *De transactionibus* do Código, resume-se no seguinte: é permitido transigir sobre crimes capitais, mas já o não é sobre crimes não capitais, salvo sendo de falsidade e nota de infâmia. Todavia, esta doutrina sempre me pareceu difficil e alheia à simplicidade e equidade do direito. Com effeito, em primeiro lugar, todas as leis concedem a cada um a faculdade de renunciar gratuitamente ao seu direito e de qualquer modo transigir e pactuar sobre ele. Depois, as nossas leis nunca obrigam o particular a acusar o réu, nem a prosseguir a accusação, que uma vez apresentou em juízo, pois é permitido desistir dela em qualquer parte do processo, assim como remittir e perdoar o crime ao réu, isto é, o seu interesse e satisfação privada, Ord. liv. 1, tit. 3, § 9. Ora, se é lícito perdoar o interesse privado sem prejuízo do fisco e sem enfraquecimento da disciplina pública, por que razão não será lícito transigir? E não incorre em crime algum nem em infâmia do direito aquele que recebeu qualquer pequena dádiva ou dinheiro para renunciar à accusação ou dispensar o interesse que podia resultar, para o autor, da perseguição do crime. Nem por isso também os que fazem transacção devem ser havidos

como confessos, se não forem convencidos por outras provas, e muito menos como indignos; na realidade, cada um tem a liberdade de tornar melhor a sua condição e dispor por qualquer modo do seu direito; e também não pode ser havido como indigno aquele que não vingou a morte do pai ou doutra pessoa, e aquele que perdoou o dano ou injúria que lhe fizeram, mas antes como homem bom, honesto e cristão. Acresce que a doutrina do direito romano sobre os indignos (apraz-nos anotá-lo aqui de passagem), muito embora se veja aprovada na Ord. liv. 2, tit. 26, § 19, deve ser entendida apenas dos que como tais são declarados nas nossas leis, pois os que vêm referidos nos respectivos títulos do Digesto e do Código não são havidos como indignos pelos costumes de quase todas as nações. E, como as penas fiscaes, concebidas e inventadas pelo mesmo direito para circunstâncias difficilimas, não se usam actualmente, a não ser que tenham sido adoptadas para certos casos especiais, e, a dizer a verdade, difficilmente ou nem mesmo difficilmente devem usar-se e ter lugar, há, neste aspecto, que juntar inteiramente os indignos com os incapazes, e, assim, nas coisas que são deixadas a uns ou a outros, succedem, não o fisco, mas aqueles que sem delicto deveriam succeder por direito ou costume. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, ao tit. *De his quibus ut indignis*. Não merece grande apreço aquilo que a respeito dos indignos dizem os nossos escriptores Cabedo, P. II, *Decisio* 58, Portugal, *De donationibus*, liv. III, caps. 29, 31, 32 e 33, e outros, quer porque não vêem outra coisa além do que se acha escrito no direito romano, quer porque não indicam nenhuma lei pátria que declare quais as pessoas que entre nós devem ser consideradas indignas.

E SOBRE O ADULTÉRIO

§ XIV — Também é lícito fazer pacto e transacção sobre o adultério, Thomásio, Notas ao tit. *De transactionibus*, in *Pandectas*, e *Nov. addit. ad Huber*, no mesmo título, Carpzov, *Practica criminalis*, Quaest. LV, n. 14. No direito romano era válida a transacção sobre todo o crime capital, excepto o adultério, lei 18 do tit. *De transactionibus* do Código; no entanto, Thomásio, no lugar citado, e Costa, *Ambiguitates Juris*, liv. I, cap. XXXVI, *apud Otto*, tomo IV do *Thesaurus Juris Romani*,

pág. 1195, julgam que esta excepção é uma interpolação de Triboniano ou doutro intérprete inábil. Portanto, não é pro-xeneta o que fez transacção sobre o adultério, mas o que nele consentiu, sendo, por isso, honesta a transacção, salvo se se aprovar o lenocínio por outra via. Porém, de modo nenhum é réu de lenocínio aquele que pactuou com o adúltero, e graciosamente o deixou ir livre e ileso, lei *Mariti* 29, § 2, do tit. *ad legem Juliam de adulteriis*, Ord. liv. 5, tit. 25, §§ 2, 3 e 4.

EFEITOS DA TRANSACÇÃO

§ XV — Entre os vários efeitos da transacção os principais são: 1) que ela é de interpretação estrita, não devendo, por isso, estender-se senão às causas sobre que abertamente se contratou, nem às pessoas, que não fizeram a transacção, Ord. liv. 3, tit. 81, § 2; 2) que ela se rescinde por lesão enorme, assim como os outros contratos, Ord. liv. 4, tit. 13, § 6, Pinhel, à lei 2 do tit. *De rescindenda venditione* do Código, cap. IV, n. 15 (*Instituições de Direito Público*, Tit. VIII, § XI, Nota); de facto, embora a transacção se faça sobre coisa duvidosa, e pareça, por isso, não admitir lesão, no entanto, uma vez resolvida a dúvida, como do evento pode aparecer lesão, então há que socorrer a pessoa lesada; 3) e também se rescinde por virtude de instrumentos achados de novo, visto que sobre coisas não pensadas não se faz transacção, Strykio, *Us. mod.*, neste tit., § ult., Ord. liv. 3, tit. 52, § 3; 4) que os transigentes não podem afastar-se da transacção feita livremente nem apelar dela, Ord. liv. 3, tit. 78, § 1: *se dous litigassem sobre huma cousa, e fizessem transacção sobre essa demanda em prejuizo de terceiro, os que assi fizessem transacção, não poderão apellar.*

TÍTULO III

DAS CONVENÇÕES BENÉFICAS, ONEROSAS, E ACESSÓRIAS

O QUE SÃO E QUAIS SÃO AS CONVENÇÕES BENEFICAS

§ I — Conforme já advertimos no Tit. I, § VII, deste livro, a divisão natural das convenções é que umas são *principais* e outras *accessórias*; as *principais* são ou *benéficas* ou *onerosas*, e estas ou se celebram sobre *coisa certa*, ou sobre lucro *incerto*. Por convenções *benéficas* entendemos aquelas pelas quais estipulamos que alguém nos dê ou faça alguma coisa graciosamente, e tais são as *doações*, o *comodato*, o *mútuo*, o *precário*, o *depósito*, e o *mandato*. É destas que nos cumpre falar, em primeiro lugar, neste título.

REGRAS NOS CONTRATOS BENEFICOS

§ II — E, antes de mais, damos as seguintes regras nos contratos benéficos, de harmonia com as Notas de Thomásio ao tit. *Quibus modis re contrahitur obligatio* das Institutas: I) nelles não se olha rigorosamente à igualdade, como nos onerosos; II) prometer e prestar um benefício é, a princípio, de livre vontade, mas, depois, faz-se de necessidade. Por isso, se aquele que promete um benefício, o presta espontâneamente, este acto não

só conserva o nome, mas também o efeito de benefício; mas, se for coagido por uma acção a cumpri-lo, com essa prestação coacta perde-se todo o vigor do benefício, não tendo o outro por que ficar grato. III) O benefício não deve ser danoso a ninguém, nem a quem o dá, nem a quem o recebe. E daqui resulta que se entende exceptuado, em quem o dá, o caso de necessidade e indigência pessoal, em quem não se pensou na altura da promessa; e, em quem o recebe, a faculdade de reclamar o dano, que sofreu por culpa ou dolo do benfeitor, e as despesas extraordinárias que não é obrigado a sofrer pela natureza da convenção. IV) O benefício não se dá a quem o não quer, pois ninguém pode ser constrangido à amizade e gratidão para com outrem. E daqui advém que, se alguém gerir os meus negócios contra minha proibição, não me poderá citar com base na terceira regra, a não ser que eu posteriormente haja ratificado os seus actos.

DAS DOAÇÕES

§ III — A *doação*, que é a principal convenção benéfica, define-se perfeitamente como *a liberalidade feita sem nenhum direito obrigar a ela*, lei 15, § 2, e lei 29, do tit. *De donationibus*, e chama-se ou *inter vivos* (entre vivos), ou *mortis causa* (por causa de morte). São válidas as doações feitas tanto perante testemunhas, como em escrituras, Ord. liv. 4, tit. 61, § 1; no entanto, devem ser insinuadas, se passarem da quantia indicada na Ord. liv. 4, tit. 62, e na Carta de Lei de 25 de Janeiro de 1775 (veja-se a Consulta da Casa da Supplicação de 21 de Julho de 1797). Todavia, na dita Carta de Lei, sobre cuja inteligência dissemos algumas coisas nas *Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. IX, § XX, exceptuam-se as doações régias. A nomeação de prazos não carece de insinuação, quer porque não é uma verdadeira doação, quer porque parte mais do instituidor que do enfiteuta nomeante. Caldas Pereira, *Cons. XIX*, n. 12, Barbosa, à Ord. liv. 4, tit. 62, n. 16. A doação não requer nenhuma

solenidades, não obstante os doadores costumarem antigamente empregar, nas coisas que doavam ou deixavam às igrejas ou mosteiros, certas fórmulas e imprecações (há muito caídas em desuso), por pensarem que a melhor garantia que podiam dar às suas doações era empregar esses inanes meios de atemorização. Na nossa História ocorrem aqui e além exemplos disso, alguns dos quais demos nas *Instituições, Do direito das coisas*, Tit. V, § II, Nota. Veja-se, querendo, Mabillon, *De re diplomatica*, liv. II, cap. VIII. A doação, uma vez feita, difficilmente se revoga; no entanto, as nossas leis permitem revogá-la por equidade, ou por virtude de dano ou injúria grave, ou de ciladas armadas pelo donatário, ou então porque este não cumpriu o modo, condição ou cláusula que prometera, Ord. liv. 4, tit. 63, §§ 1, 2, 3, 4 e 5. Porém, esta faculdade é concedida apenas ao doador, e não aos seus herdeiros, § 9 da citada Ordenação. Também se revoga a doação pelo nascimento de filhos, quer ela se apresente feita por um cônjuge ao outro ou a um estranho, quer quando solteiro ou casado, desde que o doador não tenha filho ao tempo da doação; e assim se deve entender a Ord. liv. 4, tit. 65, no principio, e o que dissemos nas *Instituições, Do direito das pessoas*, tit. X, § V, Portugal, *De donationibus*, liv. I, Praelud. II, n. 23; de facto, assim o parece exigir o favor do matrimónio e dos filhos, e o próprio interesse público; e nem o próprio doador daria facilmente a coisa, se tivesse pensado em filhos. Mons. d'Olivier, *Réforme des loix civiles*, P. I, n. 74, pág. 323. Também se revoga a doação por virtude de pobreza superveniente, Schilter, *Exercit. XLIII*, § 23, ao tit. *De donationibus*; a razão é porque o benefício não deve ser danoso a ninguém. A doação *mortis causa* quase se confunde com os legados, mas difere das últimas vontades, especialmente na necessidade de ser accita pelo donatário, lei 38 do tit. *De mortis causa donationibus* do Digesto; de facto, como bem diz Javoleno na lei 55 do tit. *De obligationibus et actionibus* do Digesto: *Em todos os actos, que transferem o domínio*,

importa que concorra a vontade dos contraentes, pois quer a causa do contrato seja a venda, ou a doação, ou o arrendamento, ou qualquer outra, não se pode efectivar o negócio iniciado, se não houver consentimento das duas partes.

DO COMODATO

§ IV—O comodato, outra convenção benéfica, é designado no nosso direito pela palavra *emprestido*, hoje *empres-timo*, que também significa o *mútuo*, Ord. liv. 4, tits. 50 e 53 (*Instituições*, Liv. II, Tit. IV, § XIV, Nota); todavia, nas mesmas Ordenações o comodato distingue-se realmente do *mútuo*. O comodato é o contrato pelo qual se dá *graciosamente uma coisa não fungível, para certo uso, acabado o qual deve ser restituída em espécie*; por isso, o comodatário não tem nem o domínio, nem a posse da coisa, mas apenas o seu uso, Ord. tit. 53, no princípio, e § 1. Difere do *mútuo*, porque neste dá-se uma coisa fungível, por forma que ela se torna do mutuário; do *precário*, por que neste não se concede a coisa para certo uso e limite, mas sujeita a livre revogação; e da *locação-arrendamento*, porque nesta não se entrega a coisa graciosamente, mas mediante certa paga, Ord. citada, no princ., e § 1, tirada do direito romano, que, quanto ao comodato, é quase inteiramente aprovado pelas nossas leis e costumes.

REGRAS SOBRE A PRESTAÇÃO DO DANO NOS CONTRATOS

§ V—Apraz-me expor aqui a doutrina sobre a responsabilidade pelo dano nos contratos, que os Doutores também costumam tratar a propósito do tit. *Commodati* do Digesto. Ora, como o dano pode acontecer por dolo, caso fortuito, ou culpa, devem-se fixar as seguintes regras gerais: I) *a coisa perece para o seu dono*, Ord. liv. 4, tit. 50, no princ., e tit. 53, § 1, no

fim; II) *em todos os contratos deve-se pagar o dolo, e nem sequer se pode acordar em que se não pague*, lei 23 do tit. *De regulis juris*, com os respectivos comentários de Jacobo Gotofredo; III) *o caso fortuito não se paga; é, pois, o dono que o sofre, salvo se alguém por convenção especial aceitou esse risco ou incorreu em mora; mas então paga, não tanto o caso fortuito, mas a culpa sua*, Ord. tit. 53, §§ 3 e 4; IV) *nos contratos em que um fica com o cómodo e outro com o incómodo, aquele responde ordinariamente pela culpa leve e levíssima, e este apenas pela culpa grande*, dita Ord. tit. 53, § 2. Por isso, ao comodatário, que recebeu a coisa emprestada só para seu proveito, até a culpa levíssima lhe é imputada, segundo a Ord. citada.

O *mútuo* e o comodato, de que não existe título nenhum especial nos Códigos antigos, são designados por uma só e mesma palavra: *empres-timo*. São, portanto, singulares os títulos 50 e 53 do liv. 4 da Ordenação Filipina, tirados do direito romano. Procede também deste mesmo direito a divisão da culpa em *grande, leve e levíssima*, visto que não tem nenhum fundamento nas nossas leis; e aquilo que hoje se entende nestes diversos vocábulos e na palavra *dolo*, exprimiram-no os nossos antepassados no nome genérico de culpa, ou então com outras palavras e circunlocações (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XI, § III). Procede igualmente do direito romano a doutrina sobre a prestação do dano, que a citada Ordenação, tit. 53, § 2, estabeleceu no comodato consoante a diversidade das culpas. Mas, além de ser uma doutrina tão difícil, complicada e incerta, que a seu respeito não se conciliam nem os Jurisconsultos romanos nem os seus Intérpretes, mesmo assim os Compiladores na citada Ordenação apenas a aplicam ao comodato, omitindo inteiramente os restantes contratos. Por isso, esta nobilíssima parte da Jurisprudência é entre nós arbitrária, visto não se achar devidamente definida nem no direito pátrio nem no romano; ora, ninguém ignora quantos inconvenientes isto traz à República em matéria tão frequente. Mas, se seguirmos a razão e a equidade, é o beneficiário, e, por isso, o comodatário quem deve responder pelo perecimento da coisa, cujo uso lhe foi graciosamente concedido, ou então pelo dano que lhe sobrevier de qualquer modo, inclusive de caso fortuito; e, realmente, era este direito que vigorava não só entre os Hebreus, Exodo, XXII, 14, mas também entre os antigos Germanos,

Schilter, ao tit. *Commodati*, §§ 13, 14, 15 e 16, Exercit. XXV. De facto, como bem diz Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, liv. V, cap. IV, § VI: *Ficar-me-ia demasiado cara a minha benignidade, se, além de conceder o uso gracioso duma coisa, houvesse de ficar sem ela, sendo para mais certo que não a perderia, se não a emprestasse. E não se vê por que razão deua ser mais eu que o outro a responder pelo infortúnio*. Nas leis dos Visigodos, liv. 5, tit. 5, lei 1, aquele que aceitava a guarda duma coisa mediante certa recompensa, respondia pelo caso fortuito; mas, se tomava essa incumbência gratuitamente, respondia apenas pela culpa. Vejam-se, querendo, Heineccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. XIII, §§ 372 e segs., Schilter, no lugar citado, Thomásio, na Dissertação *De usu practico doctrinae de culpae praestatione in contractibus* (Da aplicação prática da doutrina sobre a prestação das culpas nos contratos), e nas Notas ao tit. *Commodati* nas *Pandectas* e Henrique Coccey nas três disputas *De doli, culpae, et negligentiae praestationibus*, vol. I.

DO MUTUO

§ VI — Muito parecido com o comodato é o *mutuo*, que difere daquele muito especialmente por se fazer apenas de coisas fungíveis (§ IV deste Título), como dinheiro contado, vinho, azeite, etc..., que consistem em número, peso e medida; e, por isso, deve ser restituído não em espécie, como no comodato, mas em género, isto é, outro tanto, Ord. liv. 4, tit. 50, no princípio. Neste contrato, porque é benéfico, não cabem usuras, salvo se forem especialmente prometidas, sobre o que deve ver-se inteiramente António Genuense, *De officiis*, liv. I, cap. XVII, §§ XI e segs.; ou por virtude de mora (*Instituições*, liv. I, Tit. VIII, § XX); neste caso é devido o respectivo interesse. Sobre as usuras dissemos algo nas *Instituições de Direito Público*, Tit. VIII, §§ XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX e XX. Do empréstimo de dinheiro a filhos-família trata a citada Ord., §§ 2 e segs., podendo ver-se sobre este assunto as *Instituições*, *Do direito das pessoas*, Tit. IV, § XIV, Nota.

DO PRECARIO

§ VII — Chama-se *precário*, outra convenção benéfica, àquele género de liberalidade que se concede a um *peticionário pelo tempo que aprouver ao concedente*. Portanto, o precarista não tem nem o domínio nem a posse da coisa, mas apenas o seu uso, o qual, todavia, é incerto e livremente revogável; nisto se distingue do comodatário. Entre nós, e realmente com mais propriedade, é designado pela palavra *empréstimo*; referem-se-lhe as seguintes palavras da citada Ord. liv. 4, tit. 53, no princípio: *E se fosse... para uso não certo, seria outra specie de contracto*; e no tit. 54, § 3: *a emprestou... em quanto lhe aprouver*.

DO DEPOSITO

§ VIII — Sobre o *depósito* não existe no nosso direito nenhum título especial; no entanto, faz-se menção dele em muitos lugares. Em quase toda a parte foram recebidas as disposições que sobre ele estabeleceram o direito das gentes e o direito civil dos Romanos. Diz-se, pois, *depósito, quando uma pessoa confia a outra a guarda de uma coisa sua, que lhe deve ser restituída em espécie, quando quiser*, Ord. liv. 4, tit. 49, § 1. Portanto, não tem o depositário nem a posse nem o uso da coisa, como o comodatário, mas apenas a sua guarda, não podendo, por isso, usá-la nem concedê-la a outro; e, se se recusar a entregá-la ao depositante dentro dos nove dias seguintes ao do mandato, deve ser preso, Ord. liv. 4, tit. 49, § ult., no fim, e tit. 76, § 5. Isto no que respeita ao *depósito convencional*. Quanto ao *depósito judicial*, verifica-se, quando a coisa duma pessoa é entregue, contra sua vontade, à custódia doutra pessoa por autoridade do juiz, Ord. liv. 1, tit. 62, § 26, liv. 2, tit. 52, § 7, liv. 3, tit. 86, §§ 3 e 15, liv. 4, tit. 49, § 1, e *passim*. Chamam-se *depositários públicos* aqueles que foram constituídos por lei e autoridade pública; tal era o Tesoureiro dos Depósitos da Corte e Casa da

Suplicação, de que fala a Ord. liv. 1, tit. 28, destinado a guardar na Corte os dinheiros públicos e particulares. Actualmente em Lisboa não há depositários particulares, que foram extintos e substituídos pelo Depósito Público especial, criado pelas leis de 21 de Maio de 1751, 13 de Janeiro de 1757, 21 de Junho de 1759, e 1 de Dezembro de 1767. O mesmo género de depósito foi constituído de novo na cidade do Porto pelo Alvará de Lei de 25 de Agosto de 1774. Nas outras povoações do Reino, tanto grandes como pequenas, a Câmara elege depositários públicos, correndo o respectivo risco por conta da mesma Câmara, que os deu como idóneos, § 28 do mesmo Alvará de Lei de 25 de Agosto de 1774. Da obrigação do Príncipe por feito de Ministro seu tratam Strykio na Dissertação especial *De obligatione Principis ex facto Ministri*, tomo IV, e Cabedo, P. II, *Decisio* 80. A distinção do direito romano entre *depósito simples* e *depósito miserável*, nome este dado ao depósito efectuado em caso de tumulto, incêndio, ruína ou naufrágio, é desconhecida das nossas leis. O *depósito irregular*, assim chamado quando se dá uma coisa fungível ou não fungível a outra pessoa para ser por ela usada, mal difere do mútuo ou do comodato.

DO SEQUESTRO

§ IX — Chama-se *sequestro* ao depósito de coisa litigiosa, o qual ou é *voluntário*, quando os litigantes depositam voluntariamente a coisa litigiosa em poder doutro; ou *necessário*, isto é, *judicial*, quando a guarda da coisa é confiada a alguém por autoridade do juiz e sem o consentimento dos litigantes. Em regra, porém, é proibida a sequestração, lei única do tit. *De prohibita sequestratione* do Código, e só admitida por grande e justa causa, como fuga, dilapidação, guerras; e, só depois de conhecida essa causa, e citada a parte, deve a sequestração ser decretada, se não for possível acautelá-la por outra forma o direito do litigante. No nosso direito é decretada: 1) por pena,

como no caso da Ord. liv. 2, tit. 13, e milhentos outros; 2) por delito capital, mesmo contra ausentes, Ord. liv. 5, tits. 126 e 127; 3) por medo de rixa ou tumulto em causas cíveis, Ord. liv. 4, tit. 95, § 2; 4) por virtude de disputas, contendas ou impedimentos levantados pelo possuidor da herança à partilha desta, Ord. liv. 4, tit. 96, § 12; 5) por falta de prestação da caução de cumprir o julgado, Ord. liv. 3, tit. 31; 6) para segurança da coisa julgada, Ord. liv. 3, tit. 86, § 15, etc....

O QUE É O MANDATO; E DOS ADVOGADOS

§ X — Por fim, chama-se *mandato*, outra convenção benéfica, ao contrato *peço qual uma pessoa comete a outra a administração graciosa dum negócio seu*. Ora, nós não possuímos título nenhum especial acerca do mandato e dos mandatários, isto é, dos procuradores extrajudiciais; todavia, recebemos em nossas leis e costumes quase todas as disposições que se acham estabelecidas no direito romano, pois foram tiradas do direito das gentes. Quanto aos *procuradores judiciais e advogados*, que por mandato dos donos tratam em juízo dos negócios alheios, estabeleceu o nosso direito várias normas, algumas das quais nos apraz referir como habitualmente. Segundo Huber, na *Praelectio* ao tit. *De postulando*, o advogado é o *Homem bom, perito em direito, rogado pelos litigantes para expor, provar e defender, segundo as regras da arte, oralmente ou por escrito, a sua causa perante o juiz, sendo admitido neste officio por autoridade pública*. Esta definição ajusta-se suficientemente às nossas leis. De facto, o officio de tratar uma causa em juízo é público, necessário, e muito honroso, e não deve, realmente, ser desonestado pelas malas-artes dos rábulas, lei 14 do tit. *De advocatis diversorum judiciorum*. E daí resulta: 1) que só deve ser cometido a homens doutos e probos; Ord. liv. 1, tit. 48, § 1, *ibi: que além das letras e sufficiencia, sejam homens de boa fama e consciência*; 2) que apenas é concedido aos que possuf-

rem curso universitário, dita Ord. no princípio; 3) que, nem mesmo assim, estes são admitidos a advogar e procurar, sem prévio exame, na Casa da Suplicação, onde as causas são decididas, como se diz, em última instância, Ord. citada, § 1, tirada da Extravagante d'el-Rei D. Sebastião de 25 de Julho de 1567, *apud* Leão, p. 1, tit. 21, lei 3, e da lei *Nemini* 11, § 1, do tit. *De advocatis diversorum judiciorum* do Código. Na Casa do Porto, e nas restantes cidades, vilas e lugares do Reino, são admitidos, sem prévio exame, pelo Governador, Corregedor e juizes, §§ 2 e 3 do mesmo título; 4) que os iletrados, isto é, os que não forem graduados na Universidade, só com licença do Desembargo do Paço podem procurar em juízo, § 4; 5) que os advogados são obrigados a defender gratuitamente os órfãos, os pobres, e outras pessoas miseráveis, Cabedo, P. I, *Decisio* 214; 6) que o juiz, ao conceder advogados às partes, deve misturar os velhos, de maior fama, com os mais novos, isto é, os tirocinantes, a fim de que os melhores não fiquem todos numa das partes, Ord. liv. 3, tit. 20, § 14, tirada da lei 7 do tit. *De postulando* do Código; 7) que se responsabilizam pelo dano que causarem por dolo, culpa ou ignorância, Ord. citada, tit. 48, §§ 10 e 17, Gil, *Directorium Advocatorum*, cap. V; 8) que, pròpriamente, não lhes é devido salário, mas honorários (embora o efeito seja o mesmo). Na Ord. liv. 1, tit. 92, está fixado o salário dos advogados, tanto nas causas cíveis como nas criminaes, assim como o tempo em que deve ser pago (Tit. VII, §§ VIII e IX deste livro); no entanto, esta Ordenação já há muito que deixou de cumprir-se, Gil, obra citada, cap. IX. Por isso, presentemente, eles pedem ao juiz, não os honorários até à soma taxada na dita Ordenação, mas os que bem entendem, devendo, no entanto, o juiz levar em conta o valor do processo, a eloquência do advogado, e o costume do foro, lei 1, § 10, do tit. *De extraordinariis cognitionibus* do Digesto; 9) *que nunca descambem na licença de insultar e na temeridade de maldizer; façam o que a causa requer, abstenham-se de injúrias. De facto, se houver algum tão*

desbocado, que entenda dever esgrimir, não com a razão, mas com doestos, sofrerá abatimento em sua reputação, lei 6, § 1, do tit. *De postulando* do Código; 10) que não podem fazer com o litigante pacto de «quota litis» ou qualquer outro, visto se presumir que, se o litigante acede a isso, é compelido pela necessidade, e não livremente, Ord. citada, § 11, dita lei 6, § 2, do tit. *De postulando* do Código; nem, finalmente; 11) aceitar cientemente uma má causa; porém, uma vez aceita, quando reconhecerem que é má, devem desistir do seu patrocínio, Huber, na obra citada. E sobre os advogados, o que fica dito é mais que suficiente; vamos, agora, aos procuradores, com os quais eles quase inteiramente se confundem no foro.

DOS PROCURADORES E DEFENSORES

§ XI — A respeito dos *procuradores*, que são ou *judiciais*, ou *extrajudiciais*, de todos os bens ou negócios, de uma só coisa, duma corporação, do Príncipe, ou de cada um, cumpre fixar em suma: 1) que tendo os procuradores acabado enfim por ser admitidos em todas as causas cíveis (das criminaes falaremos em seu lugar [*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XIII, § VI]), podem-nos constituir por seu mandato todos os que possuem a livre administração de suas coisas, e ser constituídos todos os que não estão especialmente proibidos pelo direito. Ora, estão proibidos os *menores de vinte e cinco anos* (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. XIII, § IV); os *infames como tais* condenados por sentença judicial; os *muito poderosos*, que podem causar terror ao adversário, tais como os Magistrados e seus Officiais, os Nobres, os Clérigos, os Religiosos, aos quais, todavia, é permitido procurar por si, pelas igrejas, pelos pobres, pelos parentes, etc., Ord. liv. 1, tit. 48, desde o § 19, Man. 34, Afons. 51 e 117; 2) que o procurador só é constituído mediante mandato por escritura pública feita por tabelião ou *apud acta* (nos autos) perante o juiz, Ord. liv. 3, tit. 29, porquanto só aos Nobres foi

permittedo que possam assinar por mão própria mandato procuratório, na mesma Ordenação. Devem, porém, exprimir-se no mandato os nomes do procurador, do juiz, e do adversário, o ano, o dia, a causa, e os actos que requerem mandato especial, e, finalmente, inserir-se a cláusula *de rato et indemnitate* (de ratificação e indemnização); 3) que o procurador não pode sem mandato especial despachar aquelas coisas que podem vir a prejudicar o mandante, não lhe sendo, por isso, lícito impor, transferir, ou prestar juramento, Ord. liv. 3, tit. 2, Boehmero, *De jure Ecclesiae Protestantis*, liv. I, tit. 38, § 10, Lyncker, *De form. procurator..* Também não distinguimos entre procurador *cum libera* (com livre poder) e procurador *sine libera* (sem livre poder), pois um e outro apenas podem administrar os negócios que especialmente lhes foram confiados, Vinnio, ao § 42 do tit. *De rerum divisione* das Institutas, e *Select.*, liv. 1, cap. 9; 4) finalmente, que o officio de procurador se extingue: 1) por mútuo dissentimento; 2) logo que seja dada a sentença definitiva; no entanto, se for dada contra o mandante, deve o procurador apelar dela; não pode, porém, prosseguir a apelação sem novo mandato, Ord. liv. 3, tit. 27, e liv. 1, tit. 48, § 9, tirada do cap. penúltimo do tit. *De procuratoribus* das Decretais; 3) por morte do mandante, do mandatário, ou de qualquer litigante, Ord. citada, tit. 27, § 2, Cabedo, P. I, *Decisio* 97, e P. II, *Decisio* 197; 4) por livre revogação do mandante antes de a lide ser contestada, Ord. liv. 3, tit. 26, no princípio; 5) por renúncia, igualmente livre e voluntária, do procurador antes da contestação da lide, Ord. tit. 26, § 1, no fim; de facto, uma vez contestada a lide, como o procurador se torna pela contestação senhor da lide, nem o mandante pode revogar o mandato sem grande e justa causa, nem o mandatário renunciar a ele, segundo a citada Ordenação. Extingue-se ainda o officio do procurador *por substituição*, a saber, quando o procurador nomeado, já tornado senhor da lide pela contestação, subestabelece noutro para que em seu nome defenda a causa, Ord. liv. 1,

tit. 48, § 28. Porém, como estas regras tiram a sua origem dum senhorio imaginário da lide, difficilmente ou nem mesmo difficilmente devem hoje vigorar. Contrariamente, têm uso no nosso foro todas as disposições que acerca do procurador duma corporação, que chamamos *sindico*, vêm no tit. *Quod cuiuscumque universitatis nomine, uel contra eam agatur*, do Digesto. Do Procurador do Príncipe, isto é, da Coroa do Reino, da Fazenda, e do Concelho, ou seja, da Câmara, trata especialmente a Ord. liv. 1, tits. 12, 13 e 69. Chamam-se *defensores* os que sem mandato especial aceitam o encargo de defender em juízo uma causa alheia; são admitidos nas causas-crimes não capitais, Ord. liv. 3, tit. 7, §§ 2 e 3.

Que no direito canónico e civil o procurador se torna, depois da contestação da lide, senhor da lide, está sufficientemente claro no cap. 1, § *Licet* 1, do tit. *De procuratoribus* do Livro 6.º, nas leis 22 e 23 do tit. *De procuratoribus* do Código, e na lei 4, § últ., do tit. *De appellationibus*. E daí resulta que pode subestabelecer noutro, muito embora não tenha recebido tal faculdade, leis 8 e 23 do tit. *De procuratoribus* do Código; que se deve proferir sentença contra ele, lei 1 do tit. *De sententiis et interlocutionibus*, do Código (Tit. XXII, § IV, neste Livro); e que, após a morte do mandante, pode sem novo mandato prosseguir a causa e levá-la até ao fim, segundo a dita lei 23. Boehmero expõe outros efeitos na *Exercitatio* especial *De dominio litis*, in *Jus Ecclesiae*, ao tit. *De procuratoribus*, §§ 41 e segs.. No nosso direito, acha-se claramente aprovado o senhorio da lide nestas palavras da Ord. liv. 1, tit. 48, § 28: *ou sendo já feitos senhores da lide por ser contestada*. Apesar disso, eu com Thomásio, Not. ao tit. *De procuratoribus* in Pandectas, entendo que, embora no citado § se chame ao procurador senhor da lide, *todavia nenhuma outra coisa se deduz daí senão que o autor desse parágrafo empregou impertinentemente esse predicado por excessivo apego ao direito romano*.

QUAIS AS CONVENÇÕES ONEROSAS

§ XII — Isto sobre as convenções *benéficas*. As *onerosas*, que contêm certas e mútuas prestações, são a *permuta* e todos

os chamados contratos *inominados*, a *compra-venda*, a *locação-arrendamento*, a *sociedade*, e o *contrato enfiteutico*, do qual falámos largamente no Liv. III, tit. XI, destas *Instituições*.

DA PERMUTA E CONTRATOS INOMINADOS

§ XIII — A *permuta* era o modo mais antigo de comércio humano, e quase o único usado pelas nações, antes de se inventar um valor superior que contivesse a estimação de todas as coisas, como bem observam Plínio, *Historia Naturalis*, liv. XXXIII, cap. 1, e o nosso Paulo na lei 1 do tit. *De contrahenda emptione*. Mas, inventada a moeda, nem por isso se deixou de praticar a permuta, a qual só difere da venda em nela se dar uma coisa por outra, e não por dinheiro. E apenas nos cumpre advertir aqui que, na permuta, basta só o consento para tornar a obrigação perfeita, mesmo antes do cumprimento da outra parte; e, por isso, não se deixa nenhum lugar ao arrendimento. O mesmo dizemos dos contratos *inominados dou para que dê, dou para que faça, faço para que dê, faço para que faça* (Tit. II, § IV, deste Livro). Por conseguinte, hoje não se segue, e com justa razão, o que os Imperadores dizem na lei 3 do tit. *De rerum permutatione* do Código: *É posto assente que a ninguém compete acção derivada do simples pacto de permuta a que não se seguiu a entrega da coisa*.

DA VENDA, E SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS

§ XIV — Do contrato de *venda* trata muito prolixamente a Ord. liv. 4, desde o tit. 1 ao tit. 22, nos quais vemos compilado quase todo o direito romano. Portanto, pouco diremos a explicar esta matéria. Todos sabemos que são da essência da venda *consenso, coisa certa, e preço*, Ord. liv. 4, tit. 2, no princípio, Man. 24, Afons. 35 e 36. Além disso, na venda de coisas imóveis,

o nosso direito exige o pagamento especial da *sisá*, Ord. liv. 1, tit. 78, § 14. É também certo que se podem pôr na venda todos os pactos honestos, não reprovados nas nossas leis, Ord. liv. 4, tit. 4, no princ., Man. 27, Afons. 40. Sendo, pois, o consento da natureza deste contrato, e imprescindível à sua perfeição, segue-se: 1) que ninguém pode ser constringido a vender, salvo exigindo-o a necessidade pública, Ord. liv. 4, tit. 11, Man. 25, Afons. 37; no entanto, os donos de prédios pequenos contíguos e encravados noutros maiores são obrigados a vendê-los aos donos destes, a fim de se evitarem discórdias, conforme dispõem os Alvarás de 9 de Julho e 14 de Outubro de 1773, e o Decreto de 17 de Julho de 1778; 2) que basta o consento dos contratantes, pois até já não se requer o dos parentes nos bens hereditários, isto é, dos avoengos, segundo a mesma Ord., no fim do princípio (*Instituições, Do direito das coisas, Tit. I, § X*); 3) que todos os que podem consentir, e dispor de suas coisas, as podem vender a quem quiserem, salvo se estiverem especialmente proibidos, e também comprar a quem quiserem, conforme a mesma Ordenação. Por suspeita de *consenso coacto* são proibidos deste contrato e qualquer promessa unilateral, aliás lícita, os juizes e oficiais temporários, durante o tempo de seu officio, Ord. liv. 4, tit. 15 (*Instituições de Direito Público, Tit. VIII, § XXIII*); devido à mesma suspeita, é nula a venda feita entre pai e filho sem acordo dos outros filhos ou do Rei, Ord. liv. 4, tit. 12, Man. 83. Aos nobres e clérigos é defeso, não realmente a venda, mas o exercício da mercancia, ou por serem mais poderosos, ou por não se adequar à sua dignidade, e, por isso, se considerar feio e indecoroso, Ord. liv. 4, tit. 16, Man. 32, Afons. 47. Porque é também da essência da venda uma coisa, isto é, uma mercadoria, deve esta ser certa, Ord. liv. 4, tit. 2, no princ., e não de alienação proibida, como são as coisas litigiosas, Ord. liv. 4, tit. 10, as mercês régias que tomam o nome especial de *desembargos*, Ord. liv. 4, tit. 14, os cargos públicos, Ord. liv. 1, tit. 80, § 20, e tit. 96, etc.... Veja-se, querendo, nas

Instituições de Direito Público, o Tit. VIII, §§ XXIII, XXIV, XXV. Visto que o preço pertence à essência deste contrato, deve ser *certo e justo*, e consistir em dinheiro contado, no que difere da permuta; mas não é permitido enjeitar moeda cunhada por autoridade pública, a que não falta o justo peso, Ord. liv. 4, tit. 22 (*Instituições de Direito Público*, Tit. citado, § XXXII). Além disso, o preço é certo, mesmo que deixado ao arbítrio de certa pessoa, desde que esta o declare, Ord. liv. 4, tit. 1, § 1; neste caso há que aceitar a sua estimação, salvo se for manifestamente iníqua ou afectada de lesão enorme, na mesma Ord. e tits. 13 e 20. Por consequência, não são da essência deste contrato nem a tradição da coisa, nem o pagamento do preço, nem a escritura, nem as arras (o sinal), porquanto a venda é perfeita e a obrigação nasce para ambos os contraentes, logo que eles acordam em vender certa coisa por certo preço, Ord. liv. 4, tit. 2. Porém, o vendedor, embora seja obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida, retém, todavia, o domínio dela até à tradição, Ord. liv. 4, tit. 7, no princípio, Man. 28, Afons. 42, e não se faz dono dela logo após a entrega, se não pagar ou garantir o preço, Ord. tits. 5 e 7, § 1, e § *Venditae* 41 do tit. *De rerum divisione* das Institutas. Na dúvida, o vendedor, que fez a simples tradição da coisa, não segue a boa fé do comprador, a não ser que este prove o contrário, Vinnio, ao dito § 41, n. 3. Por isso, se o vendedor, uma vez que é o senhor da coisa até à sua tradição, a vender a dois, tem a preferência a quem ela foi entregue, Ord. cit. tit. 7, §§ 1 e 2. A escritura só é necessária e da substância do contrato, quando expressamente se convencionou fazer a venda por escrito; ou quando, como no caso da enfiteuse eclesiástica, se requer a escritura como formalidade do contrato; ou então, quando se pode entender que a vontade é que a venda não valha sem instrumento público, Ord. liv. 4, tit. 19, Man. 36, Afons. 57, lei 17 do tit. *De fide instrumentorum* do Código, Huber, ao tit. *De contrahenda emptione*, desde o n. 2, Vinnio, ao princ. do tit. *De emptione*,

das Institutas, n. 3. As arras, que muitas vezes costumam intervir na venda, não pertencem à sua substância; mas, se forem dadas pelo comprador em sinal do contrato de venda, neste caso pode um ou outro contraente arrepender-se e desistir da venda, contanto que o comprador perca o sinal, e o vendedor o restitua em dobro; mas já não é assim, se as arras forem dadas e pagas em lugar e como parte do preço; neste caso, já não tem lugar o arrependimento, mesmo que o vendedor prefira perder as arras, visto que se presume que estas foram dadas, não em sinal ou segurança do contrato, mas sim para o tornar mais firme, e assim se deve entender a Ord. liv. 4, tit. 2, § 1, e com ela conciliar o seu § 2, Gil, à lei *Ex hoc jure* 5, cap. VIII, desde o n. 90, P. I, *De justitia et jure* do Digesto, Caldas, *De emptione*, cap. 18, nn. 37, 38 e 39.

DOS PACTOS CONCERTADOS ENTRE O VENDEDOR E O COMPRADOR

§ XV — Ora, porque é permitido juntar ao contrato de venda todos os pactos honestos (§ XIV), segue-se que são válidos: 1) o pacto de *retrovendendo*, pelo qual se acautela que a coisa torne ao vendedor, dentro de certo tempo ou quando ele quiser, pelo mesmo preço, Ord. liv. 4, tit. 4, no princ.; 2) o pacto de *addictio in diem* (adjudicação até certo dia), segundo o qual a coisa vendida pode ser adjudicada a outro que dentro de certo tempo faça melhor oferta, visto que é um pacto honesto e geralmente aprovado na citada ordenação; 3) o pacto da *lei commissória*, pelo qual a compra fica desfeita, se o preço não for pago dentro de certo prazo, Ord. liv. 4, tit. 5, § 3, caso este em que, *commissa lege* (infringida a condição), isto é, não pago o preço, fica no arbítrio do vendedor reaver a coisa ou repetir o preço, na mesma Ord. (*Instituições, Do direito das coisas*, Liv. III, Tit. XIV, § XIX); 4) o pacto de *protimesis* (prelação), pelo qual o vendedor se reserva o direito de, preço por

preço, ser preferido a todos, no caso de o comprador vir a vender a coisa, lei 75 do tit. *De contrahenda emptione*. Este pacto composto entre o vendedor e o comprador também pode ser feito em favor de terceiro, devendo este ser preferido aos outros compradores estranhos, Ord. liv. 4, tit. II, § 2. Por lei, o direito de *protimesis* (preferência) compete ao senhorio directo, e por testamento àquele a quem foi especialmente deixado, na mesma Ord., §§ I e 3; 5) O pacto sobre um fundo vendido com a condição de o próprio vendedor o manter alugado por certa renda, pacto este que se chama *constitutium*, pela razão de que o vendedor *constituit* (decide) possuir e reter pelo direito de arrendamento a coisa que vendeu, é válido e com ele transfere-se o domínio para o comprador pela ficção *brevis manus*, lei 75 do tit. *De contrahenda emptione*, Boehmero, a este tit., no fim.

DO RISCO E CÔMODO DA COISA VENDIDA

§ XVI — O risco e o cómodo da coisa vendida pertencem ao comprador, porque, embora o vendedor retenha o seu domínio até à tradição, como, todavia, é devedor da espécie, liberta-se com o pericimento desta. Isto, porém, é de entender no caso de a compra e venda ser perfeita, pois, não sendo assim, o risco cabe ao vendedor. Ora, a compra e venda diz-se perfeita, quando se sabe claramente em que coisa ela consiste, e a qualidade, quantidade, e preço por que se comprou e vendeu. Esta regra do direito natural e romano foi seguida na Ord. liv. 4, tit. 8, Man. 31, Afons. 46, que a comprovou com vários exemplos extraídos do direito romano, razão por que deve ser interpretada a partir deste mesmo direito.

DA RESCISÃO DA VENDA

§ XVII — Rescinde-se a venda e é permitido desistir dela: 1) por motivo de dolo ou medo (*Instituições de Direito Público*,

Tit. VIII, § IX); 2) por mútuo dissentimento, se a coisa ainda se mantiver inteira, isto é, se ainda não tiver sido pago o preço nem a coisa tiver sido entregue, Ord. liv. 4, tit. 2, § 3, *ibi: sem consentimento da outra parte*; com efeito, se a coisa não estiver inteira, podem realmente os contraentes desistir da compra, mas então faz-se uma nova venda, e não se dissolve a primeira, Ord. liv. 4, tit. 13, § 13; 3) por discordância de um contra a vontade do outro, se o contrato ainda não é perfeito, Ord. liv. 4, tit. 19, no princ., e § 1; 4) por lesão, não qualquer, mas *enorme*, isto é, para além da metade; neste caso, deixa-se ao arbítrio do comprador (o mesmo é de dizer do vendedor) ou entregar a coisa que comprou por menos do justo preço ou suprir o que neste falta, Ord. cit. liv. 4, tit. 13, § 1, tirada da lei 2 do tit. *De rescindenda venditione* do Código. Nesta Ordenação acham-se algumas disposições contrárias à razão do direito romano: 1) que todos os contratos onerosos, sem mesmo exceptuar a transacção, se rescindem por lesão além da metade, Ord. citada, § 6; 2) que se rescindem, mesmo que cientemente se tenha vendido por menor preço, ou comprado por maior, § 9, *ibi: ou digão que fazem doação da maioria, que a cousa mais valer: e postoque se diga, ou se possa provar que sabião o verdadeiro preço da cousa*; 3) que não se pode renunciar a este benefício, na mesma Ord. *ibidem*; 4) que este benefício dura até quinze anos, na mesma Ord., § 5; e, finalmente, 5) que a lesão *enormissima* torna o contrato nulo; neste caso, já não se concede a escolha, mas tem de restituir-se a coisa precisamente com os frutos do tempo do contrato em diante, Ord. citada, tit. 13, § últ., *vers. E se o engano*, o qual foi acrescentado pelos Filipistas contra a razão dos direitos romano e pátrio, Gil à lei *Ex hoc jure*, 5, P. I, cap. 9, nn. 107 e segs. (*Instituições de Direito Público*, Tit. VIII, § XI). Não dizem, porém, os Compiladores qual é a lesão *enormissima*, nem, de facto, ela está definida em parte alguma no nosso direito; mas uma coisa destas de tamanha importância não deve ser deixada nem ao arbítrio do juiz, nem ao número

ou autoridade dos Doutores. Por mim, desprezando a diferença entre a lesão *enorme* e a *enormissima* (pois não sei em que é que esta consiste), entendo que, havendo qualquer lesão para além da metade, a venda é válida (pois é necessariamente válida, sempre que se verifica o acordo em entregar certa coisa por certo preço), mas injusta; e que, por isso, desta mesma maneira e sem distinção alguma deve ser invalidada e rescindida, e os frutos restituídos desde o tempo do contrato, apenas por causa da má fé e não da lesão. Todavia, no foro observa-se o contrário.

DA ACÇÃO REDIBITORIA E «QUANTI MINORIS»

§ XVIII — Também se rescinde a venda por causa de doenças e defeitos dos escravos ou animais não indicados pelos vendedores. Por isso, o comprador, que comprou um escravo ou animal fugitivo, doente ou defeituoso, pode, desde que o defeito seja oculto e dificilmente se deixe conhecer, enjeitar, isto é, entregar o escravo ou animal ao vendedor, pedir-lhe o preço por que os comprou, ou então intentar contra ele dentro de um ano a acção *quanti minoris*, Ord. liv. 4, tit. 17, Man. 16, tirada do direito romano, à qual D. Afonso V foi o primeiro a dar vigor de lei na Ord. liv. 4, tit. 22. São defeituosos os jumentos que fogem e se perturbam sem causa, e os bois que marram. Ord. cit., § 8, lei 43 do tit. *De Aedilitio Edicto*, Pereira, *Decisio* 74.

DA LOCAÇÃO E ARRENDAMENTO

§ XIX — Avançamos para a *locação-arrendamento*, que é o contrato *sobre o uso duma coisa ou a prestação de serviços mediante certa remuneração*. E, embora os nossos maiores quase considerassem a mesma coisa a locação e o comodato das coisas, entendendo ambas estas convenções na mesma palavra *empréstimo*, todavia começaram a ser distinguidas, e tra-

tadas em diversos títulos, depois que o direito romano foi recebido. Por conseguinte, este contrato não requer nenhuma solenidade, e para sua perfeição basta, tal como na venda, apenas o consenso. Deve também a remuneração ser certa, justa, e consistir em dinheiro. No entanto, se a coisa arrendada produzir frutos, é permitido constituir a renda em certa quota de frutos, Ord. liv. 4, tit. 45, § 2 (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XI, § VII, Nota). A fixação da quantidade da renda é deixada ao locador como senhor que é da coisa, salvo se, por razões de utilidade pública, for estabelecida por lei, conforme se fez nos Alvarás de 11 de Junho de 1644, 3 de Julho de 1699, Coleção I à Ord. liv. 4, tit. 23, N.º 1 e 2, e Decreto de 3 de Dezembro de 1755. O locador não pode expulsar sem justa causa o arrendatário antes do tempo fixado; constitui justa causa: 1) o não pagamento do aluguer no tempo prometido, ou naquele em que for costume do lugar, Ord. liv. 4, tit. 24, Man. 58, Afons. 74; 2) o mau uso da coisa alugada; 3) se o locador há mister dela; ou 4) a quiser reparar, Ord. citada. Do mesmo modo, pode um sucessor especial, por exemplo o comprador, que comprou a coisa alugada, lançar fora o arrendatário, com quem não fez contrato, o qual, no entanto, tem regresso contra o locador, Ord. liv. 4, tit. 9, Man. 29, Afons. 43. Findo o tempo do aluguer, o locador tem a liberdade de conservar a coisa para si, ou dá-la de renda a outro, não sendo o arrendatário antigo, mesmo que ofereça tanto por tanto, preferido ao arrendatário novo, Ord. liv. 4, tit. 23, no princ., Man. 57, Afons. 73. Na locação de casas é consentâneo com a equidade e a razão do direito que não se tire intempestivamente a coisa ao arrendatário, mas se lhe conceda espaço suficiente para que possa arranjar outra, Groenewegen, *De legibus abrogatis*, à lei 16 do tit. *De locato* do Código, n. 7. No nosso direito, está especialmente determinado que, trinta dias antes do fim do aluguer, o locador avise sobre este assunto o arrendatário, o qual deve, dentro de três dias, declarar se prefere renovar ou deixar o

aluguer, Ord. citada, §§ 1 e 2. Na província do Alentejo, por especial favor concedido à agricultura, os arrendatários, que não pagam as pensões devidas, e não fazem mau uso da coisa alugada, não podem ser despedidos no fim do aluguer, sem Provisão do Desembargo do Paço, Decreto de 21 de Maio de 1764, Resolução Régia de 6 de Novembro de 1770, e Alvará de 20 de Junho de 1774. Aos arrendatários perdoa-se a pensão devida, em caso de calamidade pública, que não lhes permite fruir da coisa alugada, ou por motivo de grande e notável esterilidade de frutos, Ord. liv. 4, tit. 27, no princípio, § 1, Bynkershoek, *Observat.*, liv. II, cap. 13. Se, no caso de o aluguer ser por vários anos, se verificar abundância nos anos seguintes àquele em que se remitiu a renda, revoga-se a remissão anteriormente feita, na mesma Ord. § 1, vers. *Porém*, onde se manda claramente observar o direito romano, que vem na lei 15, § 4, do tit. *Locati* do Digesto. E, porque enfim se podem alugar não só todas as coisas que estão no comércio e são susceptíveis de uso, sem que com este se consumam como sucede com as coisas fungíveis, mas também todas as obras honestas que admitem remuneração, é o locador obrigado a fazê-las rigorosamente ou a pagar o respectivo interesse. A remuneração das obras também só deve ser taxada pelo seu locador, a não ser que possa ser algumas vezes definida por lei pública, não realmente para sempre, mas com carácter temporário; a este assunto respeita o Decreto de 15 de Junho de 1756. Porém, esta incumbência é especialmente confiada aos Vereadores da cidade pela Ord. liv. 1, tit. 66, § 32. A locação, uma vez contraída, é tácitamente renovada: 1) se o arrendatário, expirado o prazo do aluguer, nele permanecer com conhecimento do senhorio, lei 16 do tit. *De locato* do Código, e respectivos comentários de Brunne-mann; 2) se não responder ao requerimento que o senhorio lhe faz sobre se quer ou não continuar na locação, Ord. liv. 4, tit. 23, no princ., e § 1; 3) em Lisboa, se no tempo pré-estabelecido, não *puiser escritos nas casas*, Alvará de 22 de Maio de 1771.

Por último, deve-se aqui notar que hoje a locação por longo tempo, dez anos por exemplo, não difere sequer da simples locação, visto dela não resultar nem a transferência de domínio nem a de algum direito real, Alvará de 3 de Novembro de 1757 (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XI, § IV, Nota). Finda a locação, é o arrendatário obrigado a restituir a coisa alugada (o mesmo deve dizer-se da coisa emprestada e depositada), sem que possa apresentar a questão de domínio ao locador que reclama a sua coisa, Ord. liv. 4, tit. 54, Man. 59. Afons. 75, nem a reter por motivo de dívidas que não nasçam da locação, Coccey, *Jus controversum*, ao tit. *Locati*, quaestio XL. Bem poderá, por isso, permanecer e deter a coisa alugada, se nela tiver feito benfeitorias necessárias ou proveitosas [até que lhe seja paga a despesa com isso feita], Ord. citada, § 1, Lauterbach, ao tit. *Locati* do Digesto, n. 117.

DA SOCIEDADE

§ XX — A *sociedade*, outra convenção onerosa, *pela qual se põem em comum bens ou trabalhos honestos para a consecução dum lucro*, é *universal*, quando compreende todos os bens, tanto presentes como futuros, adquiridos por qualquer título, incluindo o lucrativo, ou *particular*, quando se comunicam apenas os bens provenientes do trabalho na sociedade, Ord. liv. 4, tit. 44, §§ 1 e 2. Salvo declaração em contrário no contrato, cabem aos sócios partes iguais nos ganhos e perdas, devendo observar-se entre eles não a igualdade *aritmética*, mas a *geométrica*, segundo o dinheiro ou o trabalho com que cada um entrou, Ord. cit., §§ 9 e 10. Mas não é válida a *sociedade leonina*, na qual um fica com todos os lucros, e outro com todas as perdas, dito § 9, no fim. A sociedade dissolve-se com o acabar do tempo para que foi feita, Ord. cit., § 8; com a renúncia, desde que não seja dolosa e intempestiva, §§ 5, 6 e 7; e com a morte dum dos sócios, por cuja diligência foi erigida, com

excepção da sociedade constituída para a cobrança de impostos, a qual passa aos herdeiros, Ord. cit., no princ., Febo, P. II, *Decisio* 198, Valasco, *Consult.* 63, Alexandre Caetano Gomes, *Dissert.* IX à Ord. liv. 4, tit. 44, no princípio.

A citada Ordenação, tit. 44, liv. 4, é especial, e quase transcrita do tit. *Pro socio* do Digesto. Aquele que cultiva um campo a terças ou meias, é mais sócio que arrendatário (§ XIX). Chama-se *colonus partiaris* (entre nós, *parceiro*, *parceria*), porque comparte os frutos com o senhor, e, por isso, ajustam-se a este contrato todas as disposições gerais referentes à sociedade, Ord. liv. 4, tit. 45, Man. 60, Afons. 76, Valasco, *De jure emphyteutico*, quaest. 30.

CONTRATOS ALEATORIOS

§ XXI — Vamos para as convenções *principais*, cujo lucro é incerto, e incertas as prestações. Pertencem aqui todos os *contratos aleatórios*, os *seguros*, o *fenus nauticum* (empréstimo náutico), os *jogos*, as *apostas*, e as *vendas da esperança e das coisas futuras*. Todos estes pactos são realmente válidos, desde que não celebrados sobre coisas desonestas ou com mau dolo, ou proibidos por leis públicas.

CONTRATO DE SEGURO

§ XXII — O *seguro* não é outra coisa senão a *convenção pela qual se aceita mediante certo prémio o incómodo do risco de mercadorias a transportar para outro lugar*. Entram na sua substância o consentimento, uma coisa certa, o incómodo do risco, e o prémio; os mercadores pródidos costumam referir todos estes elementos nas chamadas *cartas de seguro*. Ora, porque esta convenção se firma e aperfeiçoa com o consentimento, segue-se que podem prometer o seguro todos aqueles que podem consentir e negociar, e, por isso, impor de sua vontade quaisquer condições no contrato, por exemplo, pactuando que o navio

tenha certa força, evite certos portos, possua pilotos conhecedores de lugares perigosos, etc... Pode prometer-se a segurança não só de coisas de valor certo, mas também de pessoas, para o efeito de os seguradores pagarem por certo prémio certa soma de dinheiro, no caso de elas serem aprisionadas pelos piratas. Na palavra *risco* cabem todos os casos fortuitos, sendo os seguradores obrigados por todos aqueles que sucederem por força maior de origem externa, e não pelos que resultarem de vício da coisa, como, por exemplo, se o vinho azedar, ou a lenha for roída pelo caruncho. No entanto, se se declarar expressamente certo género de risco, por exemplo, naufrágio, os seguradores não são obrigados pelos outros. Se se perderem (não por culpa, mas por caso fortuito) as mercadorias cujo risco foi aceite pelo segurador, deve este pagar ao segurado a soma que prometeu, e, vice-versa, deve o segurador pagar ao segurador o prémio convencionado, se o navio e as coisas chegarem salvas; e, por isso, duma parte e doutra se concedem acções. O prémio pode ser maior ou menor conforme a grandeza do risco, mas é quase sempre fixo e estabelecido nas leis marítimas. Para o caso nada importa que se pague logo o prémio, ou que se prometa pagá-lo em certo dia total ou parcialmente, Coccey, *Disp. De adsecuratione*, Strykio, *De caut. conv.*, Sect. III, cap. V.

No contrato de seguro o prémio é dado, não pela coisa, mas pelo risco a que se pretende fugir, e nisto reside a principal diferença entre ele e a venda. Devem-se ver as leis marítimas chamadas *Ordonnance de la marine*, liv. 3, tit. 6 *Des assurances*, que são observadas por todas as nações, pois foram extraídas do direito natural, Mons. Pothier, tomo 3 do *Traité des contrats aléatoires*, Paris, 1775, que recomendo mais que todos por sua brevidade e clareza. Também se costuma fazer este seguro pelas coisas que se vão transportar para lugares inhóspitos da terra, e por outros negócios sujeitos a perigo; e, de modo especial, seguram-se as casas contra incêndio, dando ou prometendo certo prémio. Deve ler-se o Alvará de 11 de Agosto de 1791, e os artigos de seguro que dele fazem parte e são como seus apêndices. (Veja-se também a Consulta da Casa da Suplicação de 7 de Fevereiro de 1793).

§ XXIII — A convenção, pela qual *alguém emprestou dinheiro a transportar por mar, com a condição de suportar o seu risco, até o navio arribar ao porto do destino*, chama-se *fenus nauticum* (empréstimo náutico), o qual já fora estabelecido na lei *Ródia*, Schilter, Exercit. ad Pandectas XXXV, § XIV. Entre outras coisas, é da sua essência: 1) que se empreste certa quantia; 2) que esta seja levada por mar; 3) que o usurário aceite o risco de ida e volta, ou só ida ou só volta; 4) que, salvas as coisas, se pague a usura prometida, etc.. Este contrato difere do mútuo, porque neste as coisas fungíveis tornam-se de quem as recebe, ao passo que aqui elas perecem para ele, visto o usurário suportar o risco das coisas, até o devedor chegar com o dinheiro ao porto. Difere também do seguro, ao qual, de facto, muito se assemelha, porque o segurador não emprestou dinheiro, mas apenas prometeu o seguro. O efeito desta obrigação é que, salva a coisa e findo o risco, o devedor tem de restituir ao usurário a coisa emprestada ou equivalente, com juros, os quais são lícitos mesmo que excedam o limite legítimo, visto que se pagam, não por força do mútuo, mas do risco aceito, Ord. liv. 4, tit. 67, § 6 (*Instituições de Direito Público*, Tit. VIII, § XX). Também se paga esta usura pelo dinheiro que se transporta, não por mar, mas por terra através de lugares perigosos devido ao ataque dos inimigos ou ladrões, lei 5 do tit. *De nautico foenore*, Cujácio, *Observat.*, liv. IX, cap. XVIII.

JOGOS DE AZAR

§ XXIV — O *jogo aleatório*, ou *misto*, em que domina mais a fortuna que a arte e o engenho, embora não pareça repugnar ao direito natural, visto não ser em si mais que uma doação recíproca sob certa condição, está proibido pelas leis romanas em todo o tit. *De aleatoribus* do Digesto e do Código, e pelas nossas

Ord. liv. 5, tit. 82, Man. 48, Afons. 40 e 41, e pela Extravagante que vem na Colecção I ao mesmo tit., tiradas do mesmo direito. São, pois, os jogadores condenados na Ord. citada às penas de prisão, degredo, açoites, e dinheiro, conforme a sua categoria social, e à perda de tudo aquilo que ganharam no jogo; no entanto, se analisarmos a letra das mesmas Ordenações, não se nega ao vencedor acção para reclamar o que lhe é devido pela vitória, nem ao vencido se concede a *condictio indebiti* (1), caso tenha pago, como no direito romano, lei últ., § 1, do tit. *De aleatoribus*, leis 1 e 3 de igual tit. do Código, Molina, *De contractibus*, trat. 2, disput. 514, Gil, à lei *Ex hoc jure* 5 do tit. *De justitia et jure*, cap. 7, p. I, n. 40. Segundo os nossos costumes, o vencido em jogo de azar não pode ser demandado; pode, porém, repetir o que pagou: 1) se o outro o venceu com mau dolo; 2) quando o pagamento não foi feito em dinheiro, mas com uma capa ou outro vestuário; 3) quando alguém esbanjou no jogo uma enorme quantidade de dinheiro com grande dano para a sua família; 4) se foi o vencedor que instigou ao jogo o reclamante; 5) e isto é o principal, se o vencido não possui a livre administração de seus bens. Tudo isto é diferente nos divertimentos e jogos permitidos por lei pública, pois nestes casos paga-se por pacto aquilo que é pelo menos naturalmente devido; ora, sabe-se suficientemente do próprio direito romano, lei 66 do tit. *De conditione indebiti*, que isto não se pode reclamar como indevido.

APOSTAS E LOTARIAS

§ XXV — As *promessas*, que chamamos *apostas*, embora sejam permitidas pelas leis romanas, lei 3 do tit. *De aleatoribus*, no entanto, como contêm a incerteza da sorte e os homens costumam

(1) *Condictio indebiti* é a acção pela qual se reclama a devolução do que se pagou indevidamente (N. do T.).

mam perder nelas, tal como nos jogos, as suas coisas e fortunas, são reprovadas pelas nossas leis e costumes, Ord. cit. tit. 82; a não ser que tais apostas incidam sobre certames em que se prova o valor pessoal, ou sobre eventos em que esteja em causa a utilidade das partes, como nos seguros. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, à lei 108 do tit. *De verborum obligationibus*. Por isso, diz bem Strykio, *Us. mod. Pandect.*, liv. XI, tit. V, § 21: *Sem dúvida as apostas não são mais justas que o jogo dos dados, visto que tudo depende do evento da fortuna, e os apostadores não concorrem com o seu valor ou arte; e há mesmo muitíssimos exemplos comprovando que nas apostas se consome tão mal o património como nos outros jogos de azar.* Há, pois, que aplicar às apostas aquilo que mais acima dissemos dos jogos. O mesmo dizemos das *lotarias* particulares, isto é, das *panelas da sorte* dos ambulantes, que tentam embair os outros com mil dolos e fraudes que ninguém pode provar; mas podem-se admitir as lotarias instituídas por autoridade pública em favor de causa pia, Strykio, § XXII, Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, liv. V, cap. IX, § 7, Molina, *De justitia et jure*, tomo 2, trat. 2 *De contractibus*, disput. 109.

COMPRA DA ESPERANÇA E DE COISA FUTURA

§ XXVI — Por mais aleatória que seja, é em si lícita e honesta a convenção sobre a compra ou venda de coisa futura. É, portanto, válida a *venda dum a esperança*, o que acontece, quando se compra a captura de peixes ou aves, caso este em que o comprador da esperança paga todo o preço, mesmo que nada obtenha além da esperança, lei 8, § 1, do tit. *De contrahenda emptione*, Henrique Coccey, *Disput. De adsecuratione*, §§ XXVIII e XXIX. Também se podem comprar e vender os frutos, que hão-de nascer, e neste caso é devido todo o preço, mesmo que só nasçam alguns deles, dita lei 8. A venda dos cereais antes de colhidos, embora seja permitida pelo direito

natural e pelo romano, lei 78, § últ., do tit. *De contrahenda emptione*, e lei 25 do tit. *De actionibus empti*, todavia acha-se proibida pelas nossas leis, Ord. liv. 5, tit. 76, § 4, e Declaração Régia de 12 de Agosto de 1695, Colecção II à mesma Ord., N. 2, § 6, para se protegerem das infames artimanhas dos atravessadores os agricultores, que muitas vezes vendem por uma insignificância presente a esperança da messe futura. Nada, porém, impede se vendam os frutos pendentes e os cereais por colher, pelo preço que for justo ao tempo da messe, e este pacto é expressamente aprovado no penhor pela Ord. liv. 4, tit. 56, no princípio.

CONTRATOS CAMBIAIS

§ XXVII — Sobre os *contratos cambiais* apraz-nos anotar sòmente o seguinte. O *câmbio* ou é *real*, isto é, *manual*, que nada difere da permuta, ou *local*, *mercantil*, ou seja *trajectício*, que se exerce por meio de letras de câmbio e costuma definir como *Negócio formado de vários contratos, que tem execução pronta, e pelo qual, mediante letras de câmbio, certa soma de dinheiro contada por Pedro num lugar é recebida por Paulo noutra lugar.* Chamamos letras de câmbio à escritura solene, pela qual alguém manda outro pagar certa soma de dinheiro a quem lhe apresentar essas letras, e nela promete satisfação em seu nome. Entre as várias espécies de câmbio a principal é aquela pela qual ou se conta o próprio dinheiro, ou se recebe o seu valor e estimação em mercadorias. Além disso, o *câmbio* ou deve ser pago imediatamente, como dizem, *à vista*, ou dentro de seis meses, *v. g.*, sobre a data das letras, ou em certo dia, por exemplo, em 1 de Outubro, ou no tempo costumado, que chamam *de uso*. Ademais, o direito de exigir o câmbio pode ser cedido e transferido para outro, dizendo-se então *câmbio cedido* ou *endossado*, visto que se faz a *cessão* no dorso da letra. É necessário exprimir na letra: 1) o nome do remetente ou *passador*; 2) o do *apresentante*; 3) o daquele que paga; 4) o tempo do pagamento; 5) o

género de moeda; 6) o lugar onde o câmbio foi escrito; 7) o dia, mês, e ano; 8) a quantia a pagar ao cobrador. O aceite da letra faz-se por escrito, e deve ser incondicional e expresso; e não é admissível o aceite tácito, mesmo no caso de alguém ter retido consigo a letra de câmbio sem nada advertir contra ela; desde que não haja mau dolo e entretanto o *passador* não seja defraudado em seus bens. Recusado o aceite, faz-se o protesto em auto, ou então na presença do notário e duas testemunhas, perante os quais o cobrador apresenta novamente o câmbio e pede o seu aceite; e, por fim, se este for recusado, o notário lavra sobre isso um documento, subscripto por si e pelas testemunhas, e entrega-o ao apresentante. O efeito do protesto solenemente efectuado é o de que o apresentante tenha regresso contra o *passador* ou o endossante, em relação ao capital, juros, danos, e despesas; porém, este protesto deve ser denunciado dentro de três dias ao que o entrega, se morar no mesmo lugar, Alvará de 19 de Outubro de 1789. Mas, uma vez feito o aceite, o acceitante é absolutamente obrigado a fazer o pagamento. O processo cambial é sumariíssimo, pois tem pronta execução, e está compreendido na Ord. liv. 3, tit. 25, Manuel Barbosa, *ibidem*, n. 7, Febo, P. I, Arest. 73. E basta isto ao nosso intuito; quem desejar mais noções, veja o louvado Pothier, *Traité du contrat de change*, que recomendo acima de todos (*Instituições de Direito Público*, Tit. VIII, § XXII, e Nota).

DOS FIADORES

§ XXVIII — Restam as *convenções acessórias* que foram inventadas para firmar as outras. Cabem aqui, primeiro que tudo, os *penhores* e *hipotecas*, a respeito dos quais já dissemos algo nas *Instituições*, *Do direito das coisas*, Liv. III, Tit. XIV, e as *fianças*. Chama-se *fiador*, *aquele que acompanha uma obrigação alheia, mesmo natural, para maior segurança do seu cumprimento*. O fiador pode obrigar-se mais, mas não a mais,

ou seja a uma causa mais dura, como é da natureza do contrato acessório; no entanto, aquele que promete uma soma maior do que a que deve o réu principal, é pelo menos obrigado à soma concorrente, lei 1, § 4, do tit. *De verborum obligationibus*. Se forem dados simplesmente vários fiadores e não se exprimirem as porções por que se obrigam, ficam todos obrigados solidariamente, podendo ser cada um demandado pelo total da dívida. Portanto, no nosso direito não compete aos fiadores o *benefício da divisão*, que Adriano inventou, Ord. liv. 4, tit. 58, § últ., Man. 46, no princ., Caldas, *De emptione*, cap. XXXIII, n. 49; cumpre notar isto, pois D. Afonso III não recusou o *benefício da divisão* aos fiadores dados simplesmente, na Ordenação especial sobre a fiança, que El-Rei D. Afonso, o quinto deste nome, aprovou e meteu em seu Código, liv. 4, tit. 54. Todavia, pelo direito romano e pátrio, compete-lhes inteiramente o *benefício da ordem*, isto é, *da execução*, pelo qual se permite que o fiador não seja obrigado a pagar, antes de o principal devedor ser executado, Ord. liv. 4, tit. 59, no princ., e tit. 3, no princípio. Porém, este benefício cessa: 1) se o fiador não o usar, antes da contestação da lide, pois é uma excepção dilatatória, que não se admite depois da lide contestada, Ord. liv. 3, tit. 49, § 2; 2) se expressamente renunciar a ele, Ord. liv. 4, tit. 59, § 2; 3) se o réu principal não puder ser demandado, por não poder pagar, ou estar ausente; neste caso, fica ao arbítrio do juiz conceder-lhe um prazo para ir buscar o devedor e trazê-lo a juízo, na mesma Ord., no princípio; 4) se negar com dolo que ficou fiador, dita Ord., § 1, lei 10, § 1, do tit. *De fidejussoribus* do Digesto; 5) se se obrigou como principal devedor, na mesma Ord., § 2; 6) entre mercadores, cambistas, e banqueiros, Hering, *De fidejussoribus*, cap. 27, p. 1, nn. 281 e segs.; 7) se ficar por fiador dum devedor naturalmente obrigado, como, por exemplo, um pupilo; é, de facto, justo que seja primeiro demandado o devedor, visto que não interessa nada ao credor a pessoa de quem consegue o pagamento da dívida, Coccey, *Jus controversum*,

ao tit. *De fidejussoribus*, quaest. XII. Pode, no entanto, o fiador, seja qual for o modo como se obrigou (e isto é igualmente notável), submeter e nomear à penhora os bens do devedor principal, e neles prosseguir a execução a expensas suas, Pegas, tomo 12 à Ord. liv. 2, tit. 52, § 9, nn. 18 e segs., Barbosa, à Ord. liv. 4, tit. 59, no princ., n. 3. Compete ainda ao fiador o *benefício da cessão de acções*, Ord. liv. 3, tit. 92, pelo qual se concede que o fiador demandado não seja obrigado a pagar, se, primeiramente, o credor não lhe ceder as acções contra o devedor e os co-fiadores. Com efeito, embora ele possa agir contra o devedor pela «acção de mandato» ou «de gestão de negócios», e contra os co-fiadores também pela «acção de gestão de negócios», pois geriu os negócios deles, é, todavia, mais útil que peça as acções, cuja cedência o credor é sem dúvida obrigado a fazer, ainda quando o fiador haja renunciado a este benefício. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, à lei 11 do tit. *De fidejussoribus* do Código. Ora, pode pedir tal cessão antes ou depois do pagamento; e é esta a opinião que reina no foro, contra o parecer de Modestino na lei 76 do tit. *De solutionibus* do Digesto. Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De fidejussoribus*, § XXVII. Uma coisa, porém, é certa: o fiador, antes de pagar, não pode reclamar a sua libertação, a não ser que o devedor tenha há muito perdido a possibilidade de pagamento, ou haja realmente dissipado seus bens, segundo a sentença de Marcelo na lei 38, § 1, do tit. *Mandati* do Digesto, e dos Imperadores na lei 10 de igual título do Código (Tit. VII, § 16, deste Livro). E este direito seguimos no foro. Caldas, *De emptione*, cap. 33, n. 123, Barbosa à Ord. citada, nn. 10 e segs., Hering, *De fidejussoribus*, cap. 25, desde o n. 36, e cap. 30.

DO BENEFÍCIO DO VELEIANO

§ XXIX — É também certo que às mulheres, que ficam por fiadoras, compete o benefício do *Senátus-consulto Veleiano*, Ord. liv. 4, tit. 61, Man. 12, Afons. 18. É assaz sabido do direito

romano em que consiste este benefício. Cessa ele: 1) se a mulher se obrigar pela liberdade de um escravo ou pelo dote que outra prometeu, Ord. cit., §§ 1 e 2; no entanto, este benefício ajuda-a, se ela interceder pelo marido, Autêntica *Si qua mulier*, do tit. *ad Senatus-consultum Vellejanum* do Código, porquanto muito mais facilmente pode o marido que um estranho alcançar com meiguices a intercessão da esposa; 2) se procedeu enganosamente, por exemplo, vestindo traje de homem para passar por tal, ou se doutro qualquer modo iludiu o credor, Ord., § 3; 3) se se obrigar a outrem por coisa que lhe pertence ou para utilidade própria, ou receber o preço inteiro da fiança, pois que então não se diz lesada, Ord., §§ 4, 5 e 6, etc..., pedidos ao direito romano. Constituem, porém, disposições especiais e contra a razão deste mesmo direito as que figuram nos §§ 9 e 10: 1) que a mulher, mesmo certificada da força do benefício do Veleiano, não possa renunciar a ele; 2) que a mulher se possa valer deste benefício, ainda que renove a fiança passados dois anos; 3) e mesmo no caso de haver recebido pela fiança parte do preço ou qualquer outra coisa. As mulheres nobres, que exerçam qualquer jurisdição, obrigam-se pela sua fiança, tal como os maridos, Strúvio, Exercit. XXI, Thes. XII, Lauterbach, ad tit. D. *ad Sctum Vellejanum*, n. 4, pois são dotadas de mais conselho, e não podem, por isso, alegar em seu favor este remédio da sua fraqueza. Semelhantemente, as mulheres que exercem o comércio são obrigadas pela sua fiança, não só nas coisas respeitantes ao negócio, mas também em todos os casos, porquanto, neste género de mulheres, cessa a imprudência e fragilidade do sexo. Lauterbach, n. 25, Boehmero, na Exercit. especial *De efficaci mulierum intercessione*, cap. II, nn. 11 e 12, Deliberação do Senado da Suplicação de 2 de Dezembro de 1791.

Como cada um se obriga por convenção sua celebrada de ânimo deliberado, ninguém pode duvidar de que as mulheres, dotadas de juízo, vontade, e absoluta liberdade de declarar esta vontade, se obri-

gam por direito natural, quando intercedem por outros. Pufendorf, *De jure Naturae et Gentium*, liv. III, cap. IV. Sendo esta a disposição do direito natural, vejamos outros, pois trata-se duma obrigação civil, se ela pode ser alterada pelo direito civil, quer por causa do perigo dos bens familiares, quer por causa da fraqueza do sexo e juízo feminino, quer por virtude da índole e natureza especial da fiança. A nós agradamos a opinião dos que entendem que, sobretudo neste Reino, onde as mulheres são chamadas pelas Leis Fundamentais à sua successão e governo, o Velleiano só é admissível num ou noutro caso. Henrique IV, Rei de França, ab-rogando esta lei peregrina num Edicto Geral do ano de 1609, imerecidamente criticado por Ulric Huber, *Eunom. Rom.*, ad l. 1. D. *ad Scum Vellejanum*, reduziu as intercessões das mulheres à simplicidade das leis naturais, Boehmero na citada Exerct. *De efficacia mulierum intercessione*, cap. 1.

DOS CO-REUS

§ XXX — Devem-se distinguir dos fiadores os *correi promittendi* ou *debendi* (co-réus na promessa ou condevedores), que se obrigam por outrem como principais, e, por isso, acompanham a obrigação, não em nome alheio, mas próprio. Ora, esta obrigação *correal*, pela qual uma pessoa se obriga ou pode demandar *in solidum*, não requer nenhuma solenidade de palavras, e contrai-se por pacto nu; mas isto, só no caso de expressamente se dizer e declarar que cada um se obriga *in solidum*. E daqui resulta que não só cada um dos condevedores é válidamente demandado *in solidum*, sem que possa alegar o benefício da divisão, Novela 99, Ord. liv. 4, tit. 59, § últ., mas também que um dos concredores pode pedir a totalidade a cada devedor, sem que seja obrigado a compartilhá-la com o seu concredor, a não ser que sejam sócios ou co-réus em causa onerosa, Perez, ao tit. *De duobus reis* do Código, n. 15. Resulta daí também que, pagando um dos réus a totalidade da dívida, não tem, em rigor de direito, acção para reclamar do co-réu a parte que por este pagou, visto que pagou o seu débito, conforme largamente discorreu António Fabro, *Conjecturae*, liv. II, caps. 6 e segs.. Toda-

via, no foro concede-se-lhe a acção útil *de gestão de negócios*, ou a *condictio* (reclamação), de harmonia com a lei *Si me et Tilium* 32 do tit. *De rebus creditis* do Digesto, que se apoia na razão natural e civil, Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De duobus reis*, § 3, Henrique Coccey, *Disput. De obligatione correali*, § 44.

DOS QUE MANDAM ABRIR CREDITO PARA OUTREM

§ XXXI — Também parece interceder por outro (e diz-se em direito *mandante*, por todo o tit. *De fidejussoribus et mandatoribus*), aquele que pediu a alguém emprestasse dinheiro a Tício. Com efeito, uma vez emprestado o dinheiro, há dois que se obrigam por esta causa: primeiro, aquele a quem o dinheiro foi emprestado, o qual se obriga em consequência do mútuo e fica sendo o réu principal; e, depois, o mandante, o qual, por causa do mandato, fica obrigado para com o credor pela acção contrária de mandato, de forma que responde por aquilo que esse credor emprestou, sendo este o principal aspecto em que se parece o mandante com o fiador. A diferença está em a obrigação do fiador ser accessória, pois não tem outra causa e fundamento senão a obrigação do devedor principal, ao passo que a obrigação do mandante já não é assim, visto nascer do mandato, que é um contrato principal, e não accessório. Outras diferenças entre mandantes e fiadores, bem como os diversos direitos daí nascidos, são bem explicados e applicados aos costumes actuais pelo louvado Pothier, no *Traité des obligations*, p. 2, cap. 6, sect. 8. De resto, esta obrigação apenas nasce dum verdadeiro mandato, porquanto a simples recomendação ou o simples conselho não originam obrigação, lei 12, § 12, do tit. *Mandati* do Digesto, § 6 de igual título das Institutas, e lei 47 do tit. *De regulis juris* do Digesto.

DE QUE MODO AQUELE QUE ENCARREGA OUTRO
DUM NEGOCIO SE OBRIGA PELOS CONTRATOS DESTES

§ XXXII — Aquele que encarregou outro duma negociação pública, obriga-se pelos contratos celebrados com o seu encarregado segundo as condições da comissão. Esta obrigação, que tem fundamento na comissão, é igualmente acessória, pois que a obrigação principal afecta a pessoa do devedor com quem se faz o contrato, Vinnio, no n. 1 dos Coment. ao § 2 do tit. *Quod cum eo* das Institutas. Todavia, esta obrigação difere da obrigação do fiador ou do mandante, porque é contraída para utilidade daquele que comete o encargo, e não do devedor principal. Vejam-se, querendo, os §§ IV e VI do Título seguinte.

TÍTULO IV
DOS QUASE CONTRATOS

O QUE É A OBRIGAÇÃO NASCIDA DUM QUASE CONTRATO

§ I — As obrigações nascem não apenas dum mútuo e verdadeiro consenso, mas também dum consenso presumido ou ficto, isto é, *dum quase contrato*, que a lei presume derivado da administração dum negócio ou dum facto lícito praticado por razões de utilidade e necessidade. Ora, o consenso deduz-se das seguintes regras extremamente equitativas: I) ninguém deve locupletar-se com o prejuízo doutrem; II) a ninguém deve ser prejudicial o seu officio; III) a ninguém deve aproveitar o dolo; IV) aquele que quer o antecedente, também deve querer o consequente; V) presume-se que cada um aprova aquilo que lhe traz utilidade.

Acham-se exemplos de *quase contrato* na Ord. liv. 3, tit. 6, § 4: *E bem assi o que fizer algum quasi contracto, tratando negocio em nome de outrem, assi como o tutor, curador, procurador, feitor, ou per outra qualquer maneira negociador.* Mas há muitísimos mais. De facto, sempre que têm lugar as regras citadas, nasce a obrigação dum *quase contrato*, que Caio, na lei 1 do tit. *De obligationibus et actionibus*, diz que *deriva, por um certo direito próprio, de várias espécies de causas.*

§ II — Ora, a primeira e principal espécie de quase contrato é a *gestão de negócios*. Por isso, aquele que útilmente administra o negócio dum ausente, ou mesmo dum presente sem este saber, é obrigado a prestar contas dessa livre administração ao senhor da coisa que geriu. Por seu turno, também o senhor, cujo negócio se administra, é obrigado a pagar as despesas e indemnizar o seu administrador. Nascem então dum e doutro lado obrigações e acções, que os Jurisconsultos chamam *principal* ou *directa*, e *contrária*, não em consequência dum verdadeiro consenso ou contrato, visto que não intercedeu aqui nenhuma convenção, mas dum quase contrato ou consenso que se presume por virtude da utilidade prestada ao senhor, Ord. citada, e por todo o título *De negotiis gestis* do Digesto (Tit. VI, § XXI, deste Livro).

A ACÇÃO DE TUTELA E A ACÇÃO DE CURADORIA
NASCEM DUM QUASE CONTRATO

§ III — A *tutela* ou *curadoria* contém uma certa gestão de negócios, porquanto o tutor ou curador administra o negócio do pupilo ou menor sem mandato destes; são, pois, igualmente obrigados a prestar-lhes contas, e, por seu lado, o pupilo ou menor obrigado a indemnizá-los. Nascem obrigações duma e doutra parte por virtude dum quase contrato, isto é, do facto lícito da administração, Ord. citada, e o § 2 do tit. *De obligatio-nibus quae quasi ex contractu nascuntur* das Institutas.

E DO MESMO MODO A ACÇÃO EXERCITORIA
E A ACÇÃO INSTITORIA

§ IV — Também contém uma certa gestão de negócios o feito do encarregado de qualquer negócio, quer marítimo, quer

terreste, praticado em favor e utilidade da pessoa que lhe cometeu o encargo e dentro dos limites da comissão; daqui tomam origem e fundamento as acções chamadas *exercitória* e *institoria*, consoante o diverso género do negócio. De facto, aquele que tira proveito do acto doutro, obriga-se pelo contrato que essoutro fizer (*Instituições, Do direito das pessoas, Tit. IV, § XIV*). Coccey, *Jus controversum*, ao tit. *De institoria actione*, quaest. III.

Entre o *praeponens* (preponente, aquele que encarrega ou nomeia) e o *praepositus* (preposto, o que é encarregado ou nomeado) de qualquer negociação interpõem-se três espécies de negócio: 1) o de mandato entre o senhor do negócio e o seu encarregado; 2) o de verdadeiro contrato entre o encarregado e quem com ele contratou; todavia, nos nossos costumes, não se obriga o encarregado, mas apenas o seu senhor, Vinnio, ao § 2 do tit. *Quod cum eo* das Institutas; 3) o de quase contrato entre o senhor do negócio e aquele que geriu o negócio com o seu encarregado, cujo fundamento é a *praepositio* (preposição, comissão, nomeação), da qual resulta a obrigação do *praeponens* (nomeante). Strykio, *Us. mod.*, ao tit. D. *De exercitoria actione*, e ao tit. *De institoria actione*; § 2 do tit. *Quod cum eo* das Institutas; Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XI, § 13; Perez, nos Com. ao tit. *De institoria et exercitoria actione* do Código; Strúvio, Exercit. XXIV, § XXXIX; Peckio, nos Coment. aos títulos das Pandectas e do Código relativos à matéria naval com as Notas de Vinnio, a que estão appendiculadas as leis navais greco-latinas dos Ródios, Amsterdão, 1688.

DA «LEI RÓDIA»

§ V — O capítulo respeitante ao *jactu* (alijamento de mercadorias) da *lei Ródia* fundamenta-se na maior equidade, e refere-se, por isso, aos quase contratos ou obrigações nascidas *ex lege* (da lei), ou seja, às obrigações nascidas *ex variis causarum figuris* (de várias espécies de causas). Nesse capítulo determinava-se que, no caso de se lançarem mercadorias ao mar com o fim de aliviar o navio, se ressarcisse, com a contribuição

de todos, o prejuízo dos donos dessas mercadorias, lei 1 do tit. *De lege Rhodia*. É, realmente, justíssimo que aqueles que conseguiram salvar as suas mercadorias, compartilhem do prejuízo daqueles que, para esse efeito, tiveram de perder as suas. Porém, esta contribuição deve ser feita, logo que o navio chegue ao porto, implorando-se o officio do juiz. Schilter, Exercit. XXVII, ao tit. *De lege Rhodia*, § 25. Costumam também os intérpretes estender tal contribuição a quaiques outros casos e danos, que alguém sofreu para conservar as coisas dos vizinhos, como, por exemplo, no caso de incêndio duma casa, o evitar que este se propague, etc...; e, na verdade, esta extensão é admissível, desde que outro modo de contribuição não esteja definida nas leis públicas ou municipais. Shilter, § 19. Mas uma coisa é certa: as coisas alijadas permanecem do seu dono, não podendo, por isso, ser adquiridas nem para o fisco nem para quem as ocupar, Ord. liv. 2, tit. 32 (*Instituições de Direito Público*, Tit. IX, § IX).

DO PECULIO

§ VI — O filho que disfruta dum *peculio*, isto é, dum pequeno património separado do trato do pai, se contratar, obriga-se só a si, até onde chegar o *peculio* (1), e não ao pai, salvo se contratar em nome deste; e assim se deve entender a Ord. liv. 4, tit. 50, § 3. Na verdade, hoje o filho, que tem vida e economia à parte do pai, ou que se aplica a qualquer comércio ou indústria, é considerado emancipado (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. IV, § XIV, Nota, e Tit. V, § XXVI, Nota). Mas o pai obriga-se, se o filho contratar em seu nome, ou por seu mandado, e obriga-se pela «acção de gestão de negócios» ou pela «acção de mandato»; não têm, por isso, nenhum uso

(1) Segundo o original, seria e nem mesmo até onde chegar o *peculio*, o que é lapso (N. do T.).

no foro a acção especial de *in rem verso* (1) e a acção *quod jussu* (2). Thomásio, Not. ao tit. *De in rem verso* e aos §§ 1 e 4 do tit. *Quod cum eo* das Institutas.

A ADIÇÃO DA HERANÇA E UM QUASE CONTRATO

§ VII — De facto da *adição* também resulta um quase contrato; na verdade, o herdeiro adindo à herança parece ter quase contratado com os legatários e credores, e obriga-se a pagar aquilo que o defunto ficou a dever, § 5 do tit. *De obligationibus quae quasi ex contractu*, mas obriga-se dentro das forças da herança (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. VI, §§ VIII e IX).

AS ACÇÕES DE DEMARCAÇÃO, PARTILHA DA HERANÇA, E DIVISÃO DE COISA COMUM.

§ VIII — As acções de «demarcação», «partilha da herança» e «divisão de coisa comum», quer pessoais, quer mistas (esta distinção não tem utilidade nenhuma no foro), derivam dum quase contrato. De facto, sendo um dever respeitar religiosamente os limites dos campos, a equidade exige que os senhores de campos contíguos tenham o direito de traçar, investigar e fixar os respectivos limites, podendo pedir esse direito em juízo, tanto por meio de acções cíveis, se os limites tiverem sido desviados por erro, como por acções crimes, no caso de dolo, Ord. liv. 5, tit. 67 (*Instituições de Direito Público*, Tit. VII, § XIV; *Instituições de Direito Criminal*, Tit. V, § V). Depois,

(1) Era a acção concedida em favor de quem contratou com uma pessoa submetida ao poder do pai de família, a fim de reclamar contra este por aquilo que tenha aproveitado da convenção realizada por essa pessoa.

(2) Era a acção concedida em favor das pessoas que contrataram com um «alieni juris» ou um escravo autorizado expressamente pelo pai de família, para que possam reclamar deste o cumprimento das obrigações derivadas do acto realizado por aquele.

porque ninguém é obrigado a viver em comunhão, que, dizem, é a mãe das discórdias, segue-se que o senhor que administra uma coisa comum, que lhe coube por uma causa especial, como doação, legado e similares, é obrigado a dividi-la e comunicá-la com o sócio, e este, por sua vez, a pagar as despesas feitas na coisa comum, § 3 do tit. *De obligationibus quae quasi ex contractu* das Institutas. Semelhantemente, o herdeiro, que administra uma herança comum que lhe veio por título universal, é obrigado a dividi-la pelos co-herdeiros e a dar-lhes contas da sua administração, e estes, por seu turno, a pagar-lhe o respectivo interesse, § 4 do mesmo tit. das Institutas (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XII, § II).

ACÇÃO ACERCA DAS COISAS RECEBIDAS

§ IX — Do quase contrato, isto é, do facto lícito da recepção nasce a obrigação do armador de navio, do estalajadeiro, e do dono da pousada, e dela a *actio de rezeptis* (acção acerca das coisas recebidas), porque o costume de o estalajadeiro receber pessoas e coisas constitui em si mesmo uma promessa pública de que as guardará e defenderá, ainda que expressamente nada se diga a tal respeito, lei 1, §§ 2, 3 e 6 do tit. *Nautae, cauponae*, Harpprecht, nos Com. ao § 3 do tit. *De obligationibus quae quasi ex contractu* das Institutas. Por conseguinte, devem os armadores de navios, estalajadeiros e donos de pousadas restituir intacto o que lhes confiaram, indemnizar os donos por qualquer dano, excepto o devido a fatalidade, a não ser que tenham previamente declarado aos passageiros *que olhassem pelas suas coisas, visto eles não se responsabilizarem pelos danos, e os passageiros tenham anuído a tal declaração*, lei 7 do mesmo título. Também são escusados e não podem ser demandados, se de noite tiverem em seu poder as chaves de toda a casa, e de manhã não abrirem as portas sem se informarem dos danos feitos aos hóspedes, notificando ao juiz o desapareci-

mento e furto das coisas e não deixando sair pessoa alguma sem mandado do juiz, Ord. liv. 5, tit. 64, Man. 39, Lauterbach, no § 19 dos Com. ao tit. *Nautae, cauponae*, Febo, P. II, *Decisio* 149, n. 28 (*Instituições*, Liv. I, Tit. X, § XXI).

A «CONDUCTIO» (REPETIÇÃO) DO INDEVIDO

§ X — Entre os quase contratos contam-se especialmente as *condictiones* do direito romano, isto é, as repetições, pois baseiam-se na máxima equidade. Por isso, aquele que pagou por engano o indevido pode repeti-lo do recebedor com toda a causa, por todo o tit. *De conditione indebiti* do Digesto. E esta repetição nasce sem dúvida dum quase contrato, § 6 do tit. *De obligationibus quae quasi ex contractu* das Institutas. O seu fundamento é a obrigação tácita introduzida pela lei para que seja restituído aquilo que foi dado ou prometido por erro, e, portanto, sem consentimento, isto é, *perperam* (mal), como diz Marciano na lei 40 do tit. *De conditione indebiti*. Repete-se, porém, somente aquilo que de modo nenhum, nem mesmo naturalmente, é devido; e repete-se, ainda que tenha sido dado para lugares pios e veneráveis, desde que seja indevido por natureza e pago por engano, pois a Igreja, cultora e fomentadora da justiça, não admite que se faça alguma coisa de injusto contra si ou contra outrem, conforme bem diz Groenewegen, *De legibus abrogatis*, nos comentários ao dito § 6. Por conseguinte, a Constituição de Justiniano, mencionada nessa obra, não tem aplicação nenhuma, como aí mesmo adverte Everardo Otto. E repete-se o indevido, mesmo que haja sido pago por erro de direito, porquanto aquele que reclama, age para evitar um dano, e a isto não prejudica o erro de direito; e a razão é porque, com a introdução no foro dos direitos romano e canónico a par do verdadeiramente pátrio, e a explicação deste em língua estranha, o direito não é tão definido, como diz Nerácio na lei 2 do tit. *De juris et facti ignorantia*, e tão ordenado, que possa ser

sabido por qualquer cidadão e este responsabilizado pela sua ignorância, Schilter, Exercit. XXIV ao tit. *De conditione indebiti*, §§ XXXII, XXXIII e XXXIV.

DAS REPETIÇÕES «SINE CAUSA», «OB CAUSAM DATI»
OU «OB TURPEM CAUSAM»

§ XI — Desta mesma fonte nasce a chamada *repetição geral* («sine causa»), pois é uma regra de direito que se pode repetir aquilo que está sem causa em poder doutro, e a *especial*, como a *ob causam dati causa non sequita*, pela qual se pode reclamar aquilo que se deu ou pagou para certo fim e por causa de obter de outro certa prestação que não se verificou nem prestou, por todo o tit. *De conditione causa data*, ou então a *condictio ob turpem causam* (repetição por causa torpe), visto que, à face do direito natural e das gentes, as convenções torpes, injustas e celebradas contra a lei, não têm validade alguma, como contra Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XI, n. 9, bem prova Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, liv. III, cap. VII, *ibidem* João Barb., Henrique Coccey, *Disput. De vot. capt. mort.* Sect. II, §§ XVI e segs.. Repete-se, portanto, aquilo que foi dado e aceito por uma causa imoral, se esta for de quem recebeu, e não de quem deu, por todo o tit. *De conditione ob turpem causam* do Digesto. Creio, porém, que não se pode defender nem ajustar à santidade da nossa Religião o que Ulpiano diz da meretriz na lei 4, § 3, daquele título: *Mas o que se dá à meretriz, não pode ser repetido, como escrevem Labeão e Marcelo, e isto por uma razão nova, não a de que há torpeza de ambas as partes, mas sim só da parte daquele que dá; de facto [entendo] que a meretriz procede torpemente, porque é meretriz, mas que não recebe torpemente, por ser meretriz.*

A *condictio causa data causa non sequita* (a repetição feita pelo motivo de não se ter verificado a finalidade proposta), era, pelo direito

romano, necessária nos contratos inominados *dou para que dê, dou para que faça*, que lhe deram ocasião, visto que naquele direito era lícito a ambos os contraentes desistir do contrato, se a coisa ainda se conservasse inteira; de facto, aquele que ainda não dera ou fizera o prometido, tinha o outro apenas obrigado por pacto nu, e podia, por isso, arrepender-se, lei 3, § 2, c lei 5 do tit. *De conditione causa data* do Digesto. Hoje, eliminada a diferença entre contratos e convenções nuas, e atribuída a todos igual força obrigatória, não há lugar nenhum ao arrependimento (Tit. II, § IV, deste Livro). Por isso, como ninguém deve locupletar-se com o prejuízo alheio, aquele que recebeu uma coisa para certa finalidade é obrigado a apresentar a coisa ou pagar a sua estimação, se essa finalidade não se verificar, podendo ser obrigado a isso ou por esta *condictio*, ou pela *acção nativa* do contrato, ou pela acção *praescriptis verbis* (de formas prescritas) ou *in factum* (relativa a um facto), ou pela *implocação do officio do juiz*. Thomásio, ao tit. *De conditione causa data*. Entre as causas torpes inclui Ulpiano e bem, na dita lei 4, aquilo que se dá por causa de estupro ou qualquer coabitação proibida pelas leis, visto que, verificando-se aqui torpeza de quem dá, cessa o direito de o reclamar e recusa-se a repetição para castigo do delicto; e recusa-se tanto mais, se se verificar a finalidade, pois a coisa foi recebida torpemente e em igual torpeza a melhor condição é a do possuidor, leis 3 e 8 do tit. *De conditione ob turpem causam* do Digesto. Além disso, muito embora seja válido no direito romano aquilo que a concubina adquiriu por meio do concubinato, que é uma coabitação legítima, assim como também aquilo que foi adquirido pela meretriz que, depondo o hábito matrimonial, declarou a sua prostituição perante os edis, não podendo, por conseguinte, o dador repetir o que lhes deu, todavia, pode fazê-lo aquele a quem como, por exemplo, o parente mais chegado, interessava que não tivesse sido dado; na verdade, *aquilo que está por injusta causa em poder de alguém, pode ser reclamado*, como bem disseram Sabino e Celso, de harmonia com os velhos Jurisconsultos, na lei 6 do tit. *De conditione ob turpem causam* do Digesto. E, de facto, iniquo que aquele que recebeu torpemente uma coisa, a possa reter com fraude para o justo herdeiro e successor; além disso, é do interesse público que dos delitos não se originem prémios; por isso é que, à falta de outros reclamantes, o fisco exige o que se adquiriu criminosamente, lei 9 do tit. *De jure fisci*. Por esta razão, aquilo que se dá à concubina ou à meretriz, é dado torpemente, e aceito torpemente, uma vez que

o concubinato e a prostituição profissional estão interditos aos cristãos; por isso, a coisa, assim dada, pode ser reclamada e repetida, não pelo dador para castigo do seu delicto, mas sem dúvida por aqueles que têm interesse nessa coisa. Por consequência, Ulpiano que, na citada lei 4, § 3, nega de harmonia com os costumes romanos do seu tempo haver desonestidade por parte da meretriz em receber o que lhe dão, fala e deve ser entendido como referindo-se à desonestidade *civil*, e não à *moral*, que teria efeito civil. Perez, no fim dos comentários ao tit. *De conditione ob turpem causam* do Digesto, Schilter sobre o mesmo tit., *Exercit.* XXIV, §§ XXI, XXII e XXIII, Strúvio, *Thes.* XXV sobre igual tit. (*Instituições, Do direito das pessoas*, tit. X, § VI).

DAS EVICÇÕES

§ XII — A *evicção* prometida é devida por verdadeiro contrato, e a não prometida, por quase contrato, pois a boa fé não padece que alguém se locuplete com o dano alheio. Portanto, nos negócios cíveis, em que a coisa se transfere por título oneroso, uma vez evicta a coisa, isto é, tirada efectivamente ao possuidor por sentença do juiz, o autor (assim se chama aquele que alheou a coisa), depois de lhe ser feita em tempo a denunciação da lide, fica responsável pela evicção, isto é, obrigado a pagar a indemnização ao possuidor, ainda que sobre este assunto nada se tenha convencionado ou expresso no contrato, Ord. liv. 3, tit. 45, Man. 30, Afons. 40 e 41, tit. *De evictionibus* do Digesto e do Código. E é esta a regra máxima, aprovada por todos os direitos, porque nasce da natureza do negócio e da equidade natural. Dela resulta: 1) que a evicção não tem lugar nas causas-crimes *criminalmente* intentadas, Ord. liv. 3, tit. 44, no principio, e liv. 5, tit. 60, §§ 5 e 6; 2) que somente se presta nos contratos onerosos, em que se transfere o domínio da coisa, ou se entrega a própria coisa e se retém em nome próprio, como na compra, permuta, dação em pagamento, locação, enfiteuse, etc., Ord. liv. 3, tit. 45, § últ.; 3) e apenas no caso de a coisa ser tirada, não pela força de alguém, ou por

furto ou culpa do possuidor, mas só por sentença do juiz, Ord. citada, §§ 3 e 4; 4) que a denunciação deve ser feita em tempo, isto é, antes de publicadas as inquirições, na mesma Ord., § 2, Caldas, *De emptione*, cap. XXXI, n. 80. Ora, o efeito desta denunciação é que o autor poderá assistir ao réu citado, ajudá-lo na causa, e defendê-lo em seu foro, Ord. § últ., visto que ele não é o réu principal, e não pode, por isso, ficar, contra a vontade do autor principal, com o feito sobre si, ou inovar, nem mandar em paz o réu principal, a não ser que o queira defender como procurador em causa própria sua, obrigando-se e dando penhores e fiadores para garantir a execução da sentença na coisa demandada, Ord., § 7, Cabedo, P. II, *Decisão 97*, desde o § 13. Cumpre, no entanto, distinguir a *denunciação da lide* da *nomeação* propriamente dita. *Denunciam a lide* aqueles que possuem em nome próprio e se julgam donos por um título recebido do autor; por isso, *laudant* (louvam, citam), isto é, chamam a juízo, denunciando-lhe a lide, não para que a tome e defenda sozinho, mas para que lhes assista em seu foro, e instrua o processo com as provas e alegações necessárias. *Nomeiam* aqueles que detêm a coisa em nome doutro e com título inábil para a transferência do domínio, como os colonos, inquilinos, procuradores, etc.; de facto, estes, nomeando o autor, afastam de si toda a lide, transferem-na para o autor, e são absolvidos da instância; deve, porém, o autor ser demandado, não no foro do nomeante, mas no seu, visto que a coisa demandada é sua, e não do nomeante, Ord. citada, § 10, Reinoso, *Observat.*, XVIII, n. 8, Mendes, *Praxis*, liv. III, cap. 5, Lauterbach, nos Com. ao tit. *De evictionibus*, §§ XXVIII e XXXIV. Por mandado da lei, paga-se nos nossos costumes não o dobro, mas apenas a simples estimação da coisa e o seu interesse; mas, no caso de as partes haverem prometido, paga-se o dobro, e o triplo, Ord. citada *ibi*: *será obrigado o actor chamado a lhe compor a cousa vencida com seu interesse... E assi será obrigado a compor-lhe o dobro, quando assi o prometteo em algum con-*

tracto, conforme ao que no contracto se concertarão. No direito romano tinha-se de pagar o dobro, mesmo que não prometido, se as coisas evictas fossem de preço muito elevado, como pérolas, pedras preciosas e coisas semelhantes, lei 37, § 1, do tit. *De evictionibus*, do Digesto.

TÍTULO V

DOS PAGAMENTOS E LIBERAÇÕES

O QUE É PAGAMENTO

§ I — As obrigações dissolvem-se de muitos modos, o principal dos quais é o *pagamento*, que significa, em geral, qualquer liberação, lei 176 do tit. *De verborum significatione*; mas em especial toma-se *pela verdadeira e natural prestação do que se deve, quer se deva dinheiro, ou outra coisa, ou mesmo um facto*. Nesta matéria há que ver quem pode pagar válidamente e a quem, o que e quanto se deve pagar, e como, onde, e quando se deve fazer o pagamento. Como os modos de extinguir as obrigações definidos no direito romano se ajustam à recta razão, agradam a todas as nações, com excepção do concernente às solenidades verbais.

QUEM PODE PAGAR VALIDAMENTE E A QUEM

§ II — Ora, o devedor pode pagar ele próprio ou por meio de procurador habilitado com mandato geral ou especial, leis 56 e 87 do tit. *De solutionibus* do Digesto. Também qualquer outro paga válidamente pelo devedor, sem este saber nem querer, pois, seja quem for que pague o débito em nome do devedor, dá-se a liberação, leis 17, 23, 40 e 53 daquele mesmo Título. Os pupillos, os menores, os furiosos, como não têm a livre ad

nistração de suas coisas, não podem pagar sem autorização dos tutores ou curadores, § últ. do tit. *Quibus alienare licet vel non das Institutas (Instituições, Do direito das pessoas, Tit. XI, § XV)*. Deve-se, porém, pagar somente ao próprio credor, ou àquele a quem este expressamente mandar, como ao procurador especial constituído para este efeito, ou ao procurador geral, a quem se confiou a administração de todas as coisas; de facto, na palavra *administração* entende-se abrangida a cobrança de dinheiro. Também se pode pagar válidamente àquele que, para isso, foi designado no contrato de pagamento, o que sucede, quando o credor estipula que se pague ou dê a si ou a Tício, caso este em que se paga com segurança, § 4 do tit. *De inutilibus stipulationibus* das Institutas. Também se paga válidamente ao credor do credor, porquanto o pagamento foi feito em proveito deste, e este não deve locupletar-se com a perda alheia; por isso, se ele pedir a dívida, pode ser removido pela excepção de mau dolo, lei 6 do tit. *De doli mali et metus exceptione*. Mas, se não interessar ao credor que se pague ao seu credor, ou porque estava protegido com a excepção, ou porque tinha salva a compensação ou retenção, então não se verifica nenhuma liberação. Perez, nos Comentários ao tit. *De solutionibus* do Código, Bachov nos Comentários a Treutler, vol. II, *Disput. XXIX*, Thes. III, letra A.

O QUE, QUANTO, ONDE, E QUANDO SE DEVE PAGAR

§ III — O devedor é obrigado a pagar o que deve e não uma coisa diferente, mesmo contra a vontade ou ciência do credor, quer o devido seja uma coisa, quer seja um facto, tit. *Quibus modis tollitur obligatio* das Institutas, no princípio. No entanto, às vezes o devedor liberta-se, pagando a estimação da coisa, como, por exemplo, 1) se a própria coisa tiver perecido, ou 2) não estiver em seu domínio e poder, ou não a puder haver de modo nenhum, ou 3) só com grande prejuízo. Perez,

no comentário n. 8 ao tit. *De solutionibus et liberationibus*. Nas obrigações de fazer, o devedor liberta-se pagando o interesse ao estipulador. Lauterbach, no comentário n. 39 ao tit. *De verborum obligationibus* (Tit. II, § V, deste Livro). O débito consistente em coisas fungíveis extingue-se com a entrega dessas coisas, quer em espécie, quer em género, Ord. liv. 4, tit. 50, no princípio. No entanto, esse débito deve ser solvido na *totalidade* e não *por partes*, lei 9 do tit. *De solutionibus et liberationibus* do Código, Vinnio, no n. 4 sobre o princípio do tit. *Quibus modis tollitur obligatio* das Institutas; e deve ser pago no *lugar convencional*, lei 9 do tit. *De eo quod certo loco* do Digesto, salvo se houver justa causa para se pagar noutro sítio, por exemplo, se não se puder chegar indemne a esse lugar por motivo de guerra, peste, ou caso idêntico. Brunneman, à lei 8 do tit. *De solutionibus et liberationibus* do Código. Também se deve pagar no *tempo e dia* combinado; se nada se disser a este respeito, pode pedir-se logo o débito puro; não obstante, deve-se conceder alguma folga ao devedor, isto é, dez dias, Ord. citada, liv. 4, tit. 50, § 1 (Tit. XXII, § VII).

MODO DE DISSOLVER A OBRIGAÇÃO POR DEPOSITO E CONSIGNAÇÃO JUDICIAL

§ IV — É considerado como pagamento o *oferecimento e consignação judicial*, que consiste em o devedor poder, depois de citada a outra parte, consignar e depositar em juízo a coisa devida que ofereceu ao credor e este não recebeu, lei 19 do tit. *De usuris* do Código, Ord. liv. 4, tit. 6 (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XIV, § últ.). O efeito legal de tal depósito é livrar da obrigação o oferente e transferir imediatamente para o credor o risco do dinheiro ou da coisa depositada, lei 9 do tit. *De solutionibus*.

E TAMBEM POR CONFUSÃO, PERECIMENTO DA COISA, NOVAÇÃO, DELEGAÇÃO, MUTUO DISSSENTIMENTO, ACEPTILAÇÃO, CONDIÇÃO, CHEGADA DO DIA, COMPENSAÇÃO

§ V — Depois, paga-se o débito e dá-se a liberação: 1) por *confusão*, lei 75 do tit. *De solutionibus* do Digesto, pois, quando a mesma pessoa é simultaneamente devedora e credora, difficilmente pode acontecer que alguém a si mesmo peça e a si mesmo pague; 2) por *perecimento* da coisa que se deve em espécie, leis 23 e 49 do tit. *De verborum obligationibus*; 3) por *novação* da dívida, por todo o tit. *De novationibus* do Digesto, Ord. liv. 3, tit. 45, § 6, *ibi: innovar.*; 4) por *delegação*, se um novo devedor substituir o primeiro, Ord. citada; 5) por *mútuo dissentimento*, visto que nada é tão natural como cada coisa desligar-se pelo mesmo modo que se liga, lei 35 do tit. *De regulis juris*; 6) por *acceptilação* (quitação), não a romana, que se fazia por estipulação e fórmulas verbais, mas por simples pacto e convenção, em que a dívida se considera recebida, isto é, por *remissão*, *doação*, ou seja, por «pacto de não exigir» o débito, o qual, efectivamente, no respeitante à liberação, em nada difere da acceptilação romana. A *estipulação Aquiliana*, inventada por C. Aquílio Galo, solertíssimo artifice de cauções, é hoje inteiramente supérflua, Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De adceptilatione*; 7) por não se verificar a *condição*, de cujo evento pendia a obrigação, § 4 do tit. *De verborum obligationibus* das Institutas; 8) com a *chegada do dia* para o qual se prometeu; de facto, a ideia de que a obrigação concebida para certo dia se perpetua, visto não poder dever-se por algum tempo, a não ser que o credor seja repellido pela excepção de haver pedido fora do prazo estabelecido, § 3 do mesmo tit. das Institutas, não tem fundamento nenhum e deve ser incluída no número das tricas do foro romano, Heinéccio, *De jure Naturae et Gentium*, liv. I, cap. XV, § CCCCXIV, Nota (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. V, § XXXII, e Tit. VII, § VIII, e Tit. XIII, § III, Nota); 9) por *compensação*, modo este de extinção da obrigação ba-

seado na máxima equidade, pois age com dolo quem pede aquilo que deve restituir imediatamente; no entanto, de ambos os lados a dívida deve ser líquida e do mesmo género; há, portanto, lugar à compensação nas coisas fungíveis, nas quais não cai o preço da afeição, visto em regra terem uma estimação sempre certa, Ord. liv. 4, tit. 78, no princípio, e §§ 4 e 7, Man. 56, Afons. 72. Os casos, em que cessa a compensação, são referidos na mesma Ordenação de harmonia com o direito romano (Tit. XXII, § XIX, deste Livro).

DA CESSÃO DE BENS

§ VI — O *benefício da cessão de bens* concedido aos endividados (que perderam a fazenda por acaso, e não por culpa sua), para que possam ceder todos os bens aos credores, e livrar-se, assim, das injúrias da escravidão e do cárcere, assunto de que fala a Ord. liv. 4, tit. 74, Man. liv. 3, tit. 89, Afons. liv. 3, tit. 121, e tit. *Qui bonis cedere possunt* do Código, é de todo inútil, depois que na Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 19, ou melhor na Deliberação solene da Casa da Suplicação de 18 de Agosto do mesmo ano, foi humanamente estabelecido que os devedores de boa fé não fossem presos por dívidas. Por esta razão cessa hoje a Ord. liv. 4, tit. 76, § 1, pela qual o condenado era lançado nos cárceres públicos, se não tivesse bens (Tit. XXII, § XVIII, deste Livro).

DO BENEFICIO DE COMPETENCIA

§ VII — Quase o mesmo se deve dizer do *benefício de competência*, em virtude do qual determinados devedores não são obrigados acima das suas faculdades, devendo-se deixar-lhes dos bens executados o bastante para as suas necessidades vitais,

a fixar conforme a qualidade do devedor pelo arbítrio do juiz. Este benefício é atribuído segundo os costumes, não só aos pais, filhos, irmãos, sócios, etc., que o direito romano recorda na lei 16 e segs. do tit. *De re judicata* do Digesto, e nos §§ 37 e 38 do tit. *De actionibus das Institutas*, mas também a outros, como os clérigos apenas constituídos em ordens sacras, ou possuidores de benefícios eclesiásticos, cap. *Odoardus* 3 do tit. *De solutionibus*, Boehmero, Exercit. *De Clerico debitore*, cap. IV, os Nobres, Doutores, Magistrados, Universidades, Igrejas, Mosteiros, aos quais na verdade se devem deixar os alimentos necessários, e os Corpos ou Colégios aos quais se devem destinar certos bens para refeição dos edifícios públicos e pagamento dos salários dos administradores e criados, cujo número deve ser reduzido ao mínimo possível, Ramus, ao tit. *De re judicata*, no apêndice *De privilegio eorum, qui non damnantur ultra quam facere possunt*, § XXVII, apud Meerman, tomo VII do *Thesaurus Juris Romani*, pág. 144, Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De cessione bonorum*, §§ XXI e XXII. Apesar de isto ser assim, como hoje depois da promulgação da dita Carta de Lei os devedores de boa fé se vêem desobrigados do que exceder as suas posses, o benefício de competência já não se pode dizer um benefício, isto é, um privilégio concedido apenas a certas pessoas, mas um direito comum a todos (Tit. XXII, § XVIII, deste Livro). Pela Lei das Doze Tábuas, que Gélío recorda nas *Noctes Atticae*, liv. XX, cap. I, e Quintiliano, *De Institutione Oratoria*, liv. III, cap. VI, os credores podiam prender, trazer ao tribunal, amarrar com correias ou grilhetas, cortar em partes ou vender para escravo além do Tibre aquele que, tendo confessado a dívida ou sido condenado em direito, não pagasse dentro do tempo legítimo. Porém, com a ab-rogação desta lei pelo direito novo ou pelos costumes, apenas ficou em uso o princípio de se adjudicarem aos credores todos os bens do devedor, e, na falta de bens suficientes, encarcerar o devedor. Mas este direito novo também foi corrigido com o benefício da

cessão de bens, que Júlio César introduziu na Itália, e com o de competência, que se deve à humanidade do Pretor. Everardo Otto, aos §§ 37 e 40 do tit. *De actionibus* das Institutas, e no Prefácio ao tomo III do *Thesaurus Juris Civilis*, pág. 23. E deste novíssimo direito foram tiradas as Ordenações mais acima citadas, que hoje parecem supérfluas.

DOS RESCRITOS MORATÓRIOS

§ VIII — Estão, porém, em uso e vigor as chamadas *cartas de respiração*, ou *moratórias*, que, na definição de Boehmero na Exercit. especial *De literis respirationis*, cap. II, § 2, não são outra coisa senão um benefício que o Príncipe concede aos devedores, *criados de dividas por falta de sorte e não por sua culpa, para que nada se lhes peça dentro de determinado espaço de tempo*. A sede desta matéria é a Ord. liv. 3. tits. 37 e 38, Man. 79 e 80, Afons. III, e liv. 2, tit. 37, Regimento do Paço, § 117. As disposições aí contidas foram tiradas, em parte, das leis 2 e 4 do tit. *De precibus Imperatori offerendis*, do Código, e da lei últ. do tit. *Qui bonis cedere possunt* do Código, e, em parte, das opiniões dos Doutores. Não deve, porém, o Príncipe conceder moratória a quaisquer devedores, mas somente aos dignos de compaixão, assim como também não a dilatar para além do tempo justo, ou por quaisquer causas. Importa, por isso, que concorram várias condições para que o rescrito moratório seja justo. De facto, 1) não costuma, e realmente não deve conceder-se para mais de cinco anos, Ord. liv. 3, tit. 37, no princípio, *ibi: por tempo honesto, e razoado*, Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. 42, n. 38, Mello, *De induciis*, quaest. 34, n. II; 2) uma vez concedido, difficilmente, ou nem mesmo difficilmente, se deve conceder de novo, Portugal, n. 41; 3) e deve ser concedido em favor somente dos devedores pobres, como são aqueles que não podem pagar até ao dia apra-

zado por carência de meios, e os que perderam a fazenda por desfavor da sorte e não por culpa sua, porquanto os que se tornaram insolventes por causa do luxo, jogo, ou má administração do património, como sentem o dano por culpa sua, entendem-se que na verdade não o sentem, lei 203 do tit. *De regulis juris*, Boehmero, no lugar citado, § IX; e 4) apenas aos devedores, a cujo respeito reste alguma esperança de que venham a criar outra economia em que possam, com engenho, trabalho e moderação de despesas, restaurar o património perdido, Boehmero citado, Hering, *De fidejussoribus*, cap. V, n. 104; e finalmente 5) com a condição de esses devedores darem primeiro fiadores ou penhores que garantam o pagamento da dívida dentro do prazo contido no rescrito, Ord. liv. 3, tit. 37, no princípio, *ibi*: *sem dar fiança bastante em juízo, ou penhores*. Por conseguinte, não basta a *caução juratória*, quer porque na dita Ordenação especificamente se requer a *fiança* ou *penhor*, quer porque no nosso direito se rejeita o juramento promissório tanto na contracção como na extinção ou dilação das obrigações, Ord. liv. 4, tit. 73, Portugal, lugar citado, n. 47, no fim. Os débitos privilegiados, como os *fiscais*, os *judiciais*, e outros referidos na Ord. liv. 3, tit. 37, § últ., não estão contidos no rescrito geral, salvo se deles se fizer menção especial. Febo, P. II, *Decisio* 116, n. 18. Por outro lado, como se trata dum benefício pessoal, sem menção expressa não aproveita ao herdeiro ou ao fiador do devedor, mas apenas ao devedor a quem foi concedido, Ord. citada, tit. 38, §§ 5 e 6, Portugal, *De donationibus*, liv. 3, cap. 42, n. 52. Fica-lhe, no entanto, sempre salvo o benefício da ordem ou execução, Ord. do mesmo liv. tit. 37, §§ 1 e 2.

A moratória, que nós chamamos *carta de espaço de tempo*, ou *graça d'elRey para não ser demandado até certo tempo*, não pode ser admitida ao acaso e sob qualquer pretexto, mas só por justas e gravíssimas causas, como as que mais acima lembrámos; por outras palavras: é difficilmente ou nem mesmo difficilmente admissível sem

ofender a justiça. A razão é porque fere os direitos dos credores, e contraria a boa fé dos contratos, que é a coisa mais sagrada entre os homens. É mais facilmente admissível e digna de muito maior favor a moratória concedida aos devedores pelo Príncipe atendendo a uma causa comum, como o ataque do inimigo, ou uma grande esterilidade dos campos, ou então aquela que, olhando aos interesses da República, se concede aos que se ausentam em seu serviço ou por ela vão combater em terra ou mar; a estes devedores não se exige caução alguma, Ord. liv. 3, tit. 37, § 5, único aspecto em que se distingue da moratória concedida aos devedores por comiserção particular. Todavia, também naqueles se requer boa e justa causa, pois nem mesmo a esse género de devedores se deve conceder moratória, se se houverem tornado insolventes por culpa sua, e não por falta de sorte.

DE QUE MODO OS CREDORES CONCEDEM MORATÓRIA

§ IX — Por pacto e mútua convenção podem os credores conceder válidamente moratória aos devedores, do que ninguém duvida, visto qualquer pessoa poder renunciar ao direito introduzido em seu favor. Disse «por mútuo consenso dos credores», porque, se um, mesmo de menor soma, discordar, a moratória concedida pelos outros não vale em seu prejuízo, Alvará de 14 de Março de 1780. Portanto, assim como a parte dos credores que for maior ou em número ou na quantidade da dívida, não pode remitir ao devedor a parte do crédito em prejuízo da outra parte de credores mais pequena, segundo o citado Alvará, assim também não poderá conceder dilação alguma em prejuízo de qualquer devedor (credor?), sem seu consentimento; e é este, se não me engano, o sentido do mencionado Alvará, pelo qual se vê revogada a Ord. liv. 4, tit. 74, § 3, tirada da lei últ. do tit. *Qui bonis cedere possunt* do Código (*Instituições*, Tit. II, § VI, deste Livro). Deve, no entanto, ver-se a Deliberação do Senado de Lisboa de 15 de Fevereiro de 1791, *apud* Nova Coleção, N. 296, onde se vê estabelecido o contrário.

E SE PODERA O DEVEDOR, A QUEM SE CONCEDEU
MORATORIA, DEMANDAR OS SEUS DEVEDORES

§ X — Aquele que com justa causa impetrou moratória dos credores ou do Príncipe, muito embora não possa ser demandado nem de modo algum inquietado dentro do prazo marcado, nenhuma lei o proíbe de demandar os seus devedores. Mello, *De induciis*, quaest. 33, Boehmero, citada Exercit. *De literis respirationis*, cap. II, § XII. Porém, obsta muito a Ord. liv. 3, tit. 38, no princ., Man. 80, a qual, todavia, deve ser entendida dos rescritos iníquos obtidos contra direito, para pena do impetrante. Mello, lugar citado, n. 13.

As Ordenações citadas foram tiradas e quase literalmente transcritas do tit. *Quod quisque juris* do Digesto, conforme já observaram o dito Mello, e Valasco, *Consult.* 25, n. 6. Mas este título, como bem diz Thomásio na respectiva Nota, é referido pouco adequadamente aos rescritos moratórios, porque as concessões moratórias dizem respeito aos privilégios, e não ao direito iníquo ou impetrado com dolo. Por outro lado, o Edicto não diz respeito nem aos Magistrados maiores nem ao Príncipe, que por causa justa introduziu um direito novo em mercê dalguém, Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *Quod quisque juris*, § II. Também diz bem Boehmero, que, se o benefício que o Príncipe concede por compaixão ao devedor sem recursos, se estendesse aos devedores deste quicá muito mais ricos, nada lhe aproveitaria, e ficaria destituído de efeito o privilégio concedido com o fim de o devedor vir a melhorar de fortuna, e poder, assim, pagar mais prontamente a seus credores, o que no entanto, se tornaria impossível, se os seus devedores pudessem fazer-lhe o mesmo. É diferente, se informasse o Príncipe de que o privilégio de tal devedor fora obtido sub-repticiamente e pedisse a sua cassação. Por isso, o Edicto do Pretor e a Ordenação applicam-se ao que obtém um direito novo, isto é, iníquo.

TITULO VI

DAS ACÇÕES

O QUE E ACÇÃO

§ I — Exposto o que parecia respeitar aos *direitos das pessoas* ou aos *direitos das coisas*, nada mais resta senão tratar das *acções* e de toda a coisa julgada. Aqui tomamos as *acções*, não como direitos que nos competem, mas como meio de perseguir o nosso direito em juízo; neste sentido, referem-se ao terceiro objecto do direito (*Instituições, Do direito das coisas, Tit. I, § I*).

HOJE TODAS AS ACÇÕES SÃO CIVIS

§ II — As *acções*, isto é, os remédios de exigirmos o nosso direito em juízo, apenas nascem das lei civis, sendo, por isso, hoje inepta a divisão das *acções* em *civis* e *pretórias*; de facto, os nossos magistrados são executores, e não criadores de leis, e não podem, por isso, fundar direito novo, nem propor em seus decretos qualquer acção que as leis ignoram. Portanto, todas as *acções* são civis, não bastando para as conceder a simples equidade, a qual muitas vezes pode ser doentia, se não for reconhecida pelo nosso direito ou por longo costume do foro.

A equidade só por si não produz acção nenhuma, se não for aprovada pelo direito não escrito ou pelo uso forense. E por isso é que, se forem preteridos o irmão ou irmã indigente, desde que a pessoa ins-

tuidade seja honesta, não se lhes concede nenhuma acção nem a que rela *inofficiosi*, muito embora seja em toda a parte equitativo antepor a um estranho os irmãos ou irmãs indigentes.

E DE BOA FÉ

§ III — Semelhantemente, hoje todas as acções são de *boa fé*. Portanto, não tem uso nenhum a diferença, que no direito romano era enormíssima, entre *acções de boa fé* e *acções de estrito direito*, visto que os contratos, donde elas promanam como duma fonte, são todos de *boa fé*. Gudelin, *De jure novissimo*, liv. III, cap. XIII, Thomásio, nas Notas ao tit. *De actionibus*.

No entanto, levado pelo amor do direito civil romano, ainda hoje António Fabro, entre outros, reconhece esta diferença no *De erroribus pragmaticorum*, década IX, error I, onde diz que, *se não se fizer esta diferença, se tem de subverter toda a jurisprudência*.

ACÇÕES ARBITRARIAS

§ IV — São muitíssimo frequentes no foro as acções *arbitrarias*, assim chamadas, porque o juiz tem a liberdade de definir e declarar, por si ou por meio de árbitros, o que é incerto e está exposto no libelo de modo genérico. O seu uso é grande nos juízos de partilhas, divisão de coisa comum, e, finalmente, naqueles em que se pedem frutos, benfeitorias, e interesses, Boehmero, nas Notas ao § 31 do tit. *De actionibus* das Institutas.

AS DIRECTAS E ÚTEIS

§ V — Com a supressão das fórmulas deixou-se de aplicar a divisão das acções em *directas* e *úteis*, Ord. liv. 3, tit. 63, § 3. Portanto, disse bem Paulo na lei 47 do tit. *De negotiis gestis*: *E não interessa se alguém demanda ou é demandado por acção*

directa ou *útil* (porque nos juízos extraordinários, onde não se observa a concepção das fórmulas, essa subtilidade é *superflua*), *mormente quando ambas as acções são do mesmo poder e têm o mesmo efeito* (Instituições, liv. III, Tit. VII, § XX, Notá).

PRIMEIRA DIVISÃO DAS ACÇÕES EM PREJUDICIAIS, REAIS, PESSOAIS, E MISTAS

§ VI — Ora, porque nas acções procuramos ou os chamados direitos *das pessoas*, ou os direitos *in re* (reais), ou os direitos *ad rem*, segue-se, por consequência, que das acções umas são *prejudiciais*, aquelas onde se disputa sobre o estado dos homens (§ 13 do tit. *De actionibus* das Institutas), outras *in rem* (reais), que se dizem *reivindicações*, outras *in personam* (pessoais), que se chamam *condictiones* (reclamações), § 1 do mesmo tit. das Institutas, e outras, finalmente, *mistas*, as que nascem dos dois direitos, o pessoal e o real. E é esta a primeira e principal divisão das acções, Ord. liv. 3, tit. 15, no princ., *ibi: qualquer acção pessoal, ou real, ou de qualquer qualidade*, e tit. II, § 4, *ibi: sobre o estado de sua pessoa*.

QUAIS AS ACÇÕES PREJUDICIAIS

§ VII — Como se chamam *acções prejudiciais* aquelas que derivam do *direito das pessoas* e tratam do estado destas (§ VI), e como este estado é tríplice, de *liberdade*, de *cidadania*, e de *família* (Instituições, *Do direito das pessoas*, Tit. I, § II), segue-se que as *acções prejudiciais* são concedidas para proteger e reivindicar os direitos de *liberdade*, *cidadania*, e *família*. Cabem nestas acções: 1) a causa de liberdade entre senhor e servo, por todo o tit. *De liberali causa* do Digesto; 2) a questão *prejudicial* sobre a obtenção de direitos de qualquer cidade, município, officio, e dignidade, a que foram concedidos certos

privilégios, Ord. liv. 2, tits. 55 e 56, Lauterbach, ao tit. *ad Municipalem* do Digesto (*Instituições, Do direito das pessoas, Tit. II, §§ II e segs.*); ou 3) sobre os direitos de família entre pai e filho, como a *de partu agnoscendo* (reconhecimento de filiação), e a *de alimentos*, Ord. liv. 3, tit. 9, § 4 (*Instituições, Do direito das pessoas, Tit. VI, §§ XXI e XXIII*); ou 4) entre cônjuges, agnados, e cognados, para definir os direitos do estado conjugal ou de família, Lauterbach, ao tit. *De agnoscendis et alendis liberis*, ao tit. *De his qui sui vel alieni juris*, e ao tit. *De obligationibus et actionibus*, § 36, Strúvio, *Jurisprudencia privata*, liv. I, tit. VII, § últ.; ou finalmente 5) entre Senhor e Vassalo, Prelado e súbdito, para exigir em juízo os direitos e prerrogativas *senhoriais, civis*, ou *eclesiásticos*. Boehmero, *De actionibus*, Sect. II, por todo o cap. I.

As acções prejudiciais intentam-se ou *para afirmar*, ou *para negar um estado*, pois nelas o seu autor ou afirma o seu estado contra aquele que o nega, ou o defende do ataque doutro, sendo, por isso, a exemplo da acção confessória e negatória, ou *afirmativas* ou *negativas*. O fundamento destas acções não é um direito *in re* (sobre a coisa), ou *ad rem* (em relação à coisa), mas o *estado* e qualidade da pessoa. Boehmero cit., Mendes, *Praxis*, liv. IV, cap. VII.

QUAIS AS ESPECIES, NATUREZA, E FUNDAMENTO DAS ACÇÕES REAIS

§ VIII — As *acções reais* nascem dum direito *in re* (real). Ora, como este direito resulta ou dum verdadeiro e pleno domínio, ou dum quase domínio, ou dum direito hereditário, ou duma servidão, penhor, ou hipoteca (*Instituições, Do direito das coisas, Tit. I, § XII*), segue-se que são outras tantas as espécies de acções reais. É da sua natureza concederem-se apenas contra o possuidor; e, por isso, não accionamos válidamente, se não tivermos à mão a prova do nosso direito e da posse alheia.

ACÇÃO «AD EXHIBENDUM»

§ IX — Se o autor tem interesse em que seja apresentada a coisa, que vai pedir em juízo, pode intentar a acção especial *ad exhibendum* (de exhibição) contra qualquer possuidor ou detentor dela, por todo o tit. *ad exhibendum* do Digesto. No entanto, actualmente esta acção parece superflua na praxe, porque costuma acumular-se com a reivindicação da coisa, cuja *exibição* é pedida no libelo por mandado do juiz. Thomásio, nas Notas ao tit. *ad exhibendum* do Digesto, Schilter, às *Pandectas, Exercit. XX, § XCI*.

Exercitamos a *acção de exhibição*, não só na reivindicação da coisa, de que aquela acção é preparatória, mas também sempre que de modo especial interessa ao autor que a coisa seja exibida. Portanto, é usada na acção hipotecária, se todos os móveis estiverem sujeitos ao nexo do penhor, pois o credor não intenta a acção hipotecária, antes de *lher ser exibida a relação descritiva dos móveis*. Se a alguém foi deixada a *opção*, o legatário age para serem exibidas as coisas, sobre as quais vai fazer-se a opção, lei 3, § 6, do mesmo tit.; por isso, esta acção também prepara o caminho para a acção pessoal *de testamento*, que o advogado prudente deve juntar à principal, e requerer a exhibição da coisa por mandado do juiz. Porém, a esta petição obstam as excepções que mostram ser a exhibição odiosa, como as excepções de *transacção, coisa julgada, prescrição*, e especialmente a *de falta de interesse* proveniente dum direito perfeito, visto que assim falta a acção principal, lei 3, §§ 9 e 13, e lei 19, do tit. *ad exhibendum*, Boehmero cit., Sect. II, cap. II, § 6.

ACÇÃO DIRECTA DE REIVINDICAÇÃO

§ X — As acções reais divergem consoante a diversa qualidade do domínio. Pelo domínio verdadeiro e pleno concede-se ao senhorio a *reivindicação da coisa* contra qualquer possuidor, para que este a restitua com toda a causa e frutos. Deve, por isso, o autor provar o domínio da coisa, e a sua posse pelo

adversário, lei 23 do tit. *De rei vindicatione* do Digesto, e § 1 do tit. *De actionibus* das Institutas. Mas, porque tal prova é difficil, o advogado prudente deve conjugar e acumular esta acção com a *Publiciana*; realmente, esta acumulação pode ser feita numa só palavra, se ele pedir a coisa pelo direito de domínio ou quase, Thomásio, nas Notas ao tit. *De Publiciana*, Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De rei vindicatione*, § 2. Não é, todavia, necessário que se declare no libelo o título do domínio, visto que, depois, quando se chegar às provas, tem de se disputar sobre este elemento; mas tem de se especificar a coisa que se pede, para se ver se o réu a possui, lei 5, § últ. e lei 6 do tit. *De rei vindicatione*. Basta o domínio superveniente, e que o autor o demonstre transferido para si até à proferição da sentença, porquanto a cláusula *Se consta que a coisa é do autor*, não tem que ser rigorosamente referida ao tempo da contestação da lide, Ord. liv. 3, tit. 63, § 6, cap. 3, vers. *Porro praeſata* do tit. *De sententia et re judicata* do Livro 6.º, e Barbosa, às leis 41 e segs. do tit. *De judiciis*. Também se considera aqui como verdadeiro possuidor o simples detentor, como o depositário, o comodatário, etc., visto que se pode pedir a coisa a todos os detentores que têm possibilidade de a restituir, Ulpiano, lei 8 deste tit.; no entanto, os que bem podem *lowar* o senhorio, isto é, nomeá-lo, libertam-se, nomeando-o, Ord. liv. 3, tit. 45, § 10, lei 2 do tit. *Ubi in rem actio* do Código. Os frutos restituem-se consoante a qualidade da posse. O possuidor de má fé, como não faz os frutos seus, Ord. liv. 2, tit. 53, § 5, restitui-os todos, tanto os percebidos como os percebíveis, existentes ou consumidos, Ord. liv. 4, tit. 13, § últ., no fim; no entanto, deduz inteiramente as despesas necessárias que fez na coisa, assim como as úteis effectuadas durante a detenção da coisa, mas estas apenas no caso de se poderem cobrar sem lesão do primeiro estado, lei 5 do tit. *De rei vindicatione* do Código, lei 37 de igual tit. do Digesto, Ord. liv. 4, tit. 48, § 7. Em contrapartida, o possuidor de boa fé fica com todos os frutos percebidos, ainda

que se haja tornado mais rico, pois procede com justiça quem os colhe de uma coisa que julga sua, Barbosa, lei 8, p. 2, n. 42, tit. *Solutio matrimonio* do Digesto, Franco Gallo, *De fructibus*; e, portanto, somente restitui os frutos do tempo da lide contestada em diante, à semelhança do possuidor de má fé, visto que desde essa altura está constituído em má fé; e restitui-os pelo officio do juiz, embora não hajam sido pedidos no libelo, Ord. liv. 3, tit. 66, § 1, Reinoso, *Observat.* 63, n. 5 (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. III, § IX, Nota). A esta acção obstem contra o autor e seu herdeiro as *excepções comuns* de coisa julgada, juramento, e transacção, e as *especiais* de usucapião, retenção para despesas, e de coisa vendida e entregue.

E A ÚTIL

§ XI — Ao enfiteuta como senhorio útil compete a *reivindicação útil* contra qualquer possuidor, e até contra o senhorio directo que injustamente detenha o prazo (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XI, § XII). Uma vez extinto este domínio (o que pode succeder pelos vários modos referidos no citado Título), o senhorio directo reivindica a coisa não só do enfiteuta, mas também dum terceiro possuidor, podendo o senhorio útil opor-se-lhe, se crê que o seu direito ainda dura. As *excepções especiais*, que podem obstar ao reivindicante, devem ser deduzidas da natureza da enfiteuse.

Esta reivindicação chama-se *útil*, não por ser concedida pelo Pretor e não estar, por isso, contida na lei (§ V deste Título), mas porque deriva do domínio útil, e para se differenciar da *directa*, cujos efeitos, aliás, são iguais.

A REIVINDICAÇÃO DO DOTE

§ XII — Ao marido também compete a reivindicação da coisa dotal, porque é ele o seu senhor na constância do matri-

mónio, lei 9 do tit. *De rei vindicatione* do Código; mas, desfeito este, compete à mulher, lei 30 do tit. *De jure dotium* do Código, para a qual reverte o domínio do dote, podendo ela, por isso, intentar a reivindicação contra qualquer possuidor, mesmo depois de decorrido o tempo da usucapião, pois esse tempo não corre contra a mulher durante o matrimónio (Vejam-se, querendo, as *Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. IX).

Do domínio *limitado*, qual o do marido sobre a coisa dotal, nasce a acção de reivindicação; durante o matrimónio só pode usar desta acção o marido, e não a mulher, cujo domínio, por ser *natural*, não pode produzir efeitos civis. Mas, dissolvido o matrimónio, como revivesce o domínio pleno da mulher, ela pode reivindicar o dote, segundo a dita lei 30 do tit. *De jure dotium* do Código. Se, porém, o marido alienar o dote, a mulher pode reivindicá-lo mesmo na constância do matrimónio, visto tal alienação ser nula, Ord. liv. 4, tits. 48 e 60 (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. IX, §§ XIV, XV, XVI e XVII).

ACÇÃO PUBLICIANA

§ XIII — Ora, porque a posse de boa fé se equipara ao domínio, deve-se contar entre as acções reais a *acção Publiciana*, pela qual o possuidor de boa fé, apoiado em justo título, demanda o possidente firmado num direito mais fraco, para que este lhe restitua a coisa. Como esta acção se baseia na boa fé e exige uma prova mais fácil, deve ser preferida à reivindicação da coisa ou pelo menos unida a ela no libelo. Por isso, tem aqui lugar quase tudo o que no § X dissemos da reivindicação. Ao seu autor obstem as excepções especiais *de justo domínio*, pois não é concedida contra o verdadeiro dono, ou então as excepções de *igual direito*, porque esta acção sómente compete àquele que usa um direito superior contra aquele que não tem direito nenhum ou o tem mais fraco. Boehmero, *De actionibus*, Sect. II, cap. II, §§ XIX e XX, Thomásio, Notas ao tit. *De actionibus* das Institutas.

§ XIV — Do domínio *ficto* nasce a *acção rescisória*, pela qual aquele que esteve ausente com justa causa, e perdera, por isso, no rigor do direito, o domínio da coisa por usucapião, demanda que a usucapião seja rescindida e a coisa restituída, § 5 do tit. *De actionibus* das Institutas. Todavia, esta acção é hoje inútil, visto que, no direito novo, não corre a prescrição do longo tempo para o impedido com justa causa.

O Pretor concedia esta acção contra a usucapião completa em estrito direito; baseia-se ela na máxima equidade, a qual não padece que aquele que esteve ausente por causa justa e necessária, perca o domínio de coisa sua; por isso, fingia que não se efectuara a usucapião, e concedia a restituição com fundamento na causa justa da ausência. Mas, como hoje estas ficções são inúteis e irrisórias, basta ao autor provar que esteve ausente por causa justa e necessária, a qual de modo nenhum lhe pode ser imputada, e reclamar, por isso, do possuidor, pelo direito de domínio, ou quase domínio, a coisa com toda a causa, frutos e acessórios. Portanto, esta acção é semelhante à reivindicação da coisa, e, como o fundamento de ambas é o domínio, difficilmente se distingue uma da outra.

ACÇÃO REVOGATÓRIA OU PAULIANA

§ XV — É também *real* a *acção revogatória* ou *Pauliana*, de que Justiniano fala no § 6 do tit. *De actionibus* das Institutas, e pela qual os credores, em fraude de quem o devedor alienou as coisas, demandam a sua restituição contra qualquer possuidor, participante do dolo, que as possua por título *lucrativo*. Por ela, pois, restituía o Pretor o domínio em rigor de direito perdido por alienação, e concedia, rescindindo a alienação, a *acção revogatória*, isto é, a reivindicação pretória da coisa, como se esta não houvera sido alienada. Por isso, o seu fundamento é o domínio fictício, que o Pretor finge ainda durar por causa

de a alienação ser injusta e fraudulenta, sendo, assim, de aplicar aqui o que mais acima dissemos da acção *rescisória*.

Esta acção é *real*, se a coisa foi alienada pelo devedor, caso este em que os credores reclamam a coisa de qualquer possuidor, com excepção do que a tem de boa fé e por título *oneroso*, lei 6, § 8, e lei 9 do tit. *Quae in fraudem creditorum* do Digesto; mas é *personal*, se for dirigida contra o próprio devedor que fez a fraude. Por esta mesma acção se restabelecem as obrigações pessoais e as dívidas perdoadas em fraude dos credores, visto que de tal remissão não resulta liberação nenhuma, lei 10, § 22, do tit. *Quae in fraudem* do Digesto, Mendes, *Praxis*, P. I, liv. IV, cap. IV, § I, e Feliciano da Cunha França, seu adicionador, *ibidem*.

PETIÇÃO DE HERANÇA

§ XVI — Sendo o direito hereditário uma espécie de domínio ou direito real (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. III, § XI), são reais as acções concedidas por sua causa. Compete, pois, ao herdeiro *testamentário*, *legítimo*, e *factício* ou *convençãoal*, a acção especialmente chamada *petição de herança*, pela qual demanda contra aquele que procede como herdeiro ou possuidor, não só para que lhe restitua a herança com toda a causa, mas também para que o próprio autor seja declarado herdeiro (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XII, § I). Esta acção dista pouco da reivindicação da coisa e com ela se pode conjugar. Têm aqui lugar todas as excepções que invalidam o testamento, como a de testamento *nulo*, *irrito*, *roto*, *destituído*, *inoficioso*, etc... A *querela de testamento inoficioso* é uma espécie de petição de herança, visto que deriva do direito de sucessão, e nela se pedem ao mesmo tempo a rescisão do testamento e a herança, lei 17 do tit. *De inofficioso testamento*. A *querela de doação inoficiosa* também é uma espécie de petição de herança, e nela, à semelhança da primeira, os filhos demandam que seja rescindida a sucessão como sendo uma espécie de

doação antecipada, e que as coisas doadas lhes sejam restituídas com toda a causa. No caso de terem sido instituídos os filhos, mas com lesão na legítima, concede-se, em suplemento desta querela, não a *acção real*, mas a *acção pessoal*, isto é, a *condictio* (reclamação), segundo as leis 30 e 36 do tit. *De inofficioso testamento* do Código. Aos legatários também compete, entre outras, a acção de reivindicação, para obterem a coisa legada (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. VII, § V); a esta acção obstam as excepções de testamento *nulo*, *irrito*, e *roto*, e as de legado *revogado*, *transferido*, *adscrito*, e *extinto*, a de *falta de condição*, etc..

ACÇÕES CONFESSORIA E NEGATORIA

§ XVII — Para defender ou negar os direitos de servidão, quer *real* quer *pessoal*, que nascem dum domínio ou direito real (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. I, § XII), foram concedidas as acções *confessória* e *negatória*. Para *afirmar* uma servidão concede-se a *confessória* àquele que defende a servidão para si ou para o seu fundo contra o dono do prédio serviente que a nega ou impede, e contra todos os que impedem o uso da servidão; intenta-se esta acção para que se declare que compete servidão, e para que se imponha ao réu sob certa pena a obrigação de não perturbar o autor no uso dessa servidão, leis 7 e 10, § 1, do tit. *Si servitus vindicetur*. Também se concede a *confessória* para defender os ónus e direitos, em que pelas nossas leis e costumes consiste a servidão *in faciendo* (em fazer), (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XIII, § II). O seu fundamento, tanto na servidão *real* como na *pessoal*, é o *direito constituído*; por isso, compete somente pela servidão já *constituída* em testamento ou entre vivos por quase tradição, pois pela servidão a *constituir* e *prometida* exerce-se a acção *pessoal* pelo interesse, no caso de o dono ter alienado o fundo destinado à servidão. A acção *negatória*, para defender a liberdade

dos prédios, compete àquele que diz que o fundo é livre, contra aquele que pretende a servidão total, ou aumentar a servidão constituída em prejuízo do autor. O fundamento desta acção é a liberdade natural dos prédios, a favor da qual se deve presumir; por conseguinte, a prova incumbe ao réu. São semelhantemente pedidos por esta acção os *direitos banais* e outros que consistem *em fazer*. Ora, ambas as acções diferem da reivindicacção da coisa, porque nesta os litigantes contendem sobre o domínio, que é posto em dúvida, ao passo que, nas acções confessória e negatória, apenas se litiga sobre um ou outro efeito do domínio, efeito que pode existir ou não, sem ofender o domínio. Ao réu aproveitam estas e semelhantes excepções, tais como 1) a de servidão ainda não constituída, visto que pela prometida e a constituir intenta-se acção pessoal; 2) a de falta de utilidade, lei 5 do tit. *Si servitus vindicetur*; 3) a de servidão constituída pelo que não é dono; 4) a de nulidade do testamento em que a servidão foi deixada; 5) o não uso da servidão em legítimo tempo, lei 6 do tit. *De servitutibus praediorum urbanorum*; 6) a de consolidação, lei 30 do mesmo tit.; 7) a de remissão expressa ou tácita, lei 8 do tit. *Quemadmodum servitutes amittuntur*; 8) a de mau dolo, se for exigida para além do tempo combinado, contra a fé do pacto, lei 4 do tit. *De servitutibus*.

ACÇÃO HIPOTECARIA

§ XVIII — É também *real* a acção *hipotecária*, que se concede a quaisquer credores hipotecários contra o devedor e também contra um terceiro possuidor; por ela demandamos, na alternativa, ou que paguem toda a dívida, ou restituam as coisas penhoradas, Ord. liv. 4, tit. 3, no princ.. A esta acção obsta especialmente a excepção de excussão que compete ao possuidor tanto na hipoteca geral como na especial (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XIV, §§ XV, XVI e XVII). A acção de

penhor, que se concede ao devedor contra o credor, para que este, uma vez paga a dívida, restitua o penhor com toda a causa, é uma acção *pessoal*.

ACÇÕES PESSOAIS, E, EM PRIMEIRO LUGAR, AS DERIVADAS DE PACTO

§ XIX — Vamos para as *acções pessoais*, que nascem duma obrigação pessoal, que é sempre o seu fundamento. A obrigação nasce dum facto lícito ou ilícito, isto é, dum contrato ou quase contrato, dum delicto ou quase delicto, ou de várias espécies de causas, que não podem ser facilmente reduzidas a uma ordem certa e fixa (Tit. I, § III deste Livro). Por um pacto geral, a que não cabe nome especial, não se concede a *actio ex stipulatu* (acção de coisa estipulada), cujo uso hoje é nenhum, nem a *condictio ex lege* (reclamação por força da lei), visto que nenhuma existe especialmente para este fim, mas a acção geral *ex pacto* (de pacto), pela qual alguém demanda que lhe seja dado ou feito o que lhe foi prometido; cabem aqui principalmente os *pactos de contrahendo* (de contrair), como o de emprestar dinheiro. As promessas obstam as mesmas excepções que válidamente se opõem nos contratos, dos quais não diferem em força e eficácia, como as excepções de erro, simulação, dolo, medo, cessação da causa de dever, falta de consento do tutor ou curador, promessa impossível ou desonesta, tratado nu, etc..

ACÇÕES NASCIDAS DUM CONTRATO, SOBRETUDO DE MUTUO

§ XX — Pelos pactos ou contratos, tanto *benéficos* como *onerosos*, compete a acção especial do contrato, do qual toma um nome especial. Apraz-me ilustrar a matéria só com um exemplo, para não avolumar muito o livro. Do mútuo nasce a

condictio certi ex mutuo (1) (deve-se exprimir esta causa, para se entender donde deriva esta *condictio*, e, assim, se distinguir daquelas em que o certo se pede por outra causa, e das *condictiones* nascidas de quase contratos), a saber, aquela que compete ao credor ou seu herdeiro, que deu a alguém uma coisa fungível, para que esta lhe seja restituída, não em espécie, mas no mesmo género, quantidade e bondade (Tit. III, § VI, deste Livro). Esta acção no direito romano é ordinária, mesmo que o devedor passe documento manuscrito do mútuo, porque a escritura pública ou particular não altera a substância da acção; de facto, isso apenas diz respeito à prova. Porém, no nosso direito é sumária, e deve ser processada pela maneira prescrita na Ord. liv. 3, tit. 25 (§§ XXVII e XXVIII deste Título). A esta acção obstam as excepções especiais de causa deficiente, lei 25, no fim, do tit. *De probationibus* do Digesto, do Senátus-consulto Macedoniano, Ord. liv. 4, tit. 50, § 2, de aplicação não efectuada, se o mútuo foi dado a uma cidade ou a menores, lei 27 do tit. *De rebus creditis*, a excepção de dinheiro não entregue posta dentro de 60 dias, Ord. liv. 4, tit. 51, no princ., a de pagamento, compensação, e prescrição dentro de 30 anos, se o devedor não for interpelado durante este tempo, Ord. liv. 4, tit. 79.

ACÇÕES NASCIDAS DUM QUASE CONTRATO, ESPECIALMENTE DA GESTÃO DE NEGÓCIOS

§ XXI — Dum quase contrato, isto é, dum negócio com figura de verdadeiro contrato, que recebeu da lei a força de obrigar, nascem *obrigações*, e destas nascem *acções*, que devem ser intentadas no foro, onde quase se contratou, lei 1 do tit. *De ratiociniis* do Código, Ord. liv. 3, tit. 11, § 3. Basta ilustrar

(1) Isto é, a reclamação de coisa certa derivada do contrato de mútuo (N. do T.).

este assunto com um só exemplo. Realmente, cabe especialissimamente aqui a *gestão de negócios*, quando alguém geriu sem mandato os negócios de uma pessoa que o não sabia, pois por este facto da gestão concede-se ao dono uma acção *directa* contra o gestor, para que este lhe dê contas da sua administração e o compense dos danos devidos a dolo ou culpa lata; e ao gestor concede-se a acção *contrária* contra o dono, para que este o indemnice, e para que o gestor reclame ou retenha as benfeitorias úteis e necessárias que fez na coisa. Ao autor obstam, entre outras excepções semelhantes, a de ter procedido por piedade e com ânimo de doar, lei 27, § 1, e lei 34, do tit. *De negotiis gestis*, Ord. liv. 4, tit. 99, § 6 (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. VI, § XVIII), a de ter despendido mais que o necessário, lei 25 do mesmo tit., a de ter administrado para lucro próprio, lei 6, § 3, a de o dono ter proibido a gestão, lei últ. do mesmo tit. do Código, etc.. Todas estas excepções têm fundamento no direito natural, e promanam da própria natureza do negócio. Para outros exemplos, veja-se o Tit. IV deste Livro.

Pertencem aqui os factos lícitos apontados no dito Tit. IV, dos quais resultam quase contratos, e a que se ajustam outras tantas acções. Mas pertencem de modo muito especial todas as *condiciones* (reclamações) do *indevido, sem causa, ob causam dati, ou ob turpem causam* (por causa desonesta), e a que tem o nome especial de *condictio ex lege*, pela qual se pede a revogação, por exemplo, duma doação por causa de ingratidão, conforme a Ord. liv. 4, tit. 63.

A ACÇÃO «PRAESCRIPTIS VERBIS» OU «IN FACTUM»

§ XXII — A acção *praescriptis verbis* (de formas prescritas) é pessoal; e torna-se necessário recorrer a ela, sempre que existem contratos, cujas designações não figuram no direito civil, conforme diz o Jurisconsulto na lei 3 do tit. *De praescriptis verbis* do Digesto. Portanto, esta acção era antigamente neces-

sária nos contratos inominados em que não se puderam designar formas especiais de agir; e, como era concebida com referência a um facto, que o autor devia apresentar distintamente no libelo, também se chamava *actio in factum* (acção relativa a um facto), leis 1 e 21 do mesmo tit. do Digesto. Por isso, estas acções pouco divergiam na praxe. Hoje, como, devido à eliminação das fórmulas, já não é necessário designar no libelo o nome especial da acção, bastando descrever o modo como se deram os actos ou factos donde nasceu a obrigação, todas as acções, que usamos no foro, podem chamar-se *in factum* ou *prescriptis verbis*, olhando a que nelas se faz uma breve narração dos factos.

ACÇÕES PESSOAIS DERIVADAS DO CONTRATO DE OUTROS

§ XXIII — Muito embora, no rigor do direito, ninguém possa ser demandado por contrato de outros, lei 11 do tit. *De obligationibus et actionibus* do Digesto, todavia por equidade, que o direito reconhece, pode demandar-se válidamente aquele que encarrega outro duma comissão *pelo contrato do seu encarregado*, e o mandante *pelo contrato do seu procurador*, dentro dos limites da comissão e do mandato; igualmente se pode demandar o pai pelo negócio que o filho fez por sua ordem ou aplicou em favor da coisa paterna. Estas acções tomam o nome especial do negócio contratado, acrescentando-se a predita qualidade como fundamento imediato (Tit. III, § XXXII, e Tit. IV, §§ II, IV, V e VI deste Livro).

ACÇÕES MISTAS

§ XXIV — Também se concedem acções *mistas*, assim chamadas porque participam dum direito *in re* (real) e *ad rem* (em relação a uma coisa), podendo, assim, ser *reais* ou *pessoais*,

como é o caso das acções *de partilhas, divisão de coisa comum, e demarcação de limites*, as quais, por um lado, se fundamentam num direito real como o hereditário, e por outro num direito *ad rem* ou obrigação, que resultam dum quase contrato, isto é, do facto de administração, e contém por esta razão prestações pessoais (Tit. IV, § VIII deste Livro). À acção *de partilhas* obstam as excepções de conferência não efectuada, renúncia, transacção, e prescrição, se um dos co-herdeiros possuir de boa fé a coisa hereditária como própria. Strykio, *De successione ab intestato*, Dissert. XI, cap. V, § X, Boehmero, *De actionibus*, Sect. II, cap. III, § LIX. À acção *de divisão de coisa comum* opõe-se a excepção de ter feito despesas como para coisa própria, lei 29 do tit. *Communi dividundo*, a de a coisa, cuja divisão se pede, não ser comum, mas própria, lei 7, § 11 do mesmo tit., e a de ter intercedido pacto para não se deixar a comunhão até certo tempo que ainda não chegou, lei 14, § 2, do mesmo título. A acção *de demarcação de limites* obsta especialmente a excepção da prescrição, cap. *Ex literis* 3 do tit. *De probationibus*, cap. *Quia indicante* 9 do tit. *De praescriptionibus*. A sua praxe é explicada por Mendes, na *Practica Lusitana*, liv. IV, cap. III, § III.

ACÇÕES REIPERSECUTORIAS, PENAIS, E MISTAS

§ XXV — Outra divisão solene das acções é a divisão em *reipersecutórias, penais, e mistas*. Pelas *reipersecutórias* perseguimos em juízo aquilo que falta do nosso património e nos interessa de qualquer modo, lei 35 do tit. *De obligationibus et actionibus*. Pelas acções *penais*, o autor exige a pena constituída pelas leis em seu proveito, distinguindo-se, neste aspecto, das *acusações*, nas quais se demanda criminalmente para pena e vingança pública. Pelas *mistas* perseguimos a coisa, o interesse, e as penas, tanto as *convencionais*, como as *legais*, desde que impostas para utilidade do autor. As acções *reipersecutórias*,

quer derivem dum contrato, quer derivem dum delicto ou por seu pretexto, passam para os herdeiros na proporção das respectivas partes da herança, cap. 5 do tit. *De raptoribus*, sendo os mesmos herdeiros obrigados a ressarcir os danos dentro das forças da herança. Thomásio, Dissert. *De usu actionum poenaliuum*, cap. I, §§ 4 e segs.. O lugar mais adequado para falar das acções penais e das acusações, em que se acciona com vista a uma pena particular ou à vingança pública, será nas Instituições, que meditamos, do nosso Direito Criminal.

OBRIGAÇÃO LITERAL

§ XXVI — O princípio do direito romano, segundo o qual nascia uma obrigação das *litterae*, isto é, duma escritura, não comum, visto que esta apenas fazia prova, mas solene, constante de certas palavras solenes, como era o caso dos *nomina* (documentos de dívida) e das *cauções solenes*, no princípio do tit. *De litterarum obligatione* das Institutas, deve contar-se entre as subtilzas desse mesmo direito; a razão é porque todas as obrigações dimanam do consentimento (Tit. I, § IX, e Tit. II, § IV), e não de palavras orais ou escritas. Boehmero, *De actionibus*, Sect. I, cap. III, § XXVI, Ludewig, Dissert. *De nexu scripturae*.

Neste direito, uma coisa era contratar por escrito, e outra, reduzir a escrito um contrato já perfeito, para efeitos de prova. No primeiro caso, da escritura nascia uma obrigação; no segundo, não, lei 4 do tit. *De fide instrumentorum*. Todavia, a obrigação verbal e literal era um contrato acessório, e, por isso, supunha necessariamente uma causa especial que pudesse acompanhar; mas, se esta faltasse, em rigor de direito competia realmente uma obrigação, mas, por equidade, era illidida com a excepção de dolo ou de dinheiro não entregue, como causa deficiente, § 2 do tit. *De exceptiombus*, lei 2, § 3, do tit. *De doli mali exceptione*. Porém, esta jurisprudência, com a rejeição das solemnidades verbais e literais, já há muito se ausentou dos tribunais; e, como a obrigação não

se constitui por escrito, mas se reduz a escrito já constituída, e como também as escrituras não intervêm para obrigar, mas para provar, não há actualmente nenhum contrato *quirografário*, nem obrigação alguma *literal*, mas apenas obrigação consensual, Boehmero, cit..

ACÇÃO QUIROGRAFARIA

§ XXVII — Nenhuma obrigação nasce dos escritos de dívida, mas do consentimento; no entanto, uma vez reduzida a obrigação a escrito, compete ao credor a *actio chirographaria* (acção quirografária), cuja ordem processual varia com as leis e costumes de cada nação. Em Castela, as escrituras públicas têm execução immediata e gozam da mesma autoridade que a sentença e coisa julgada, leis 1 e 2 do tit. 21, liv. 4, da Recopilación. O mesmo direito vigora na França e Alemanha, contanto que a escritura seja certa, não labore em nenhuma suspeita de falsidade, contenha a causa da dívida, e se accione dois anos depois. Boehmero, Sect. II, caps. VIII e segs.. No caso direito, os escritos da dívida não dão lugar a procedimento executivo immediato, mas a uma acção especial que chamamos *assignação de dez dias*.

A ACÇÃO CHAMADA «ASSINAÇÃO DE DEZ DIAS» RESULTANTE DE ESCRITURA PUBLICA OU QUASE

§ XXVIII — Ora, nesta acção assinam-se dez dias ao devedor, para que possa provar o pagamento e as excepções que opôs; mas, se o não fizer dentro daquele prazo, será condenado, e a sentença dada à execução sem apelação, Ord. liv. 3, tit. 25, Man. 16. Para que isto tenha lugar, importa se verifique o curso de vários elementos. Em primeiro lugar, faz-se mister a citação do devedor, Ord. liv. 3, tit. 75, no princ., e escritura pública feita por tabelião público, e não por notário episcopal, Ord. liv. 2, tit. 20, no princ.. Todavia, considera-se escritura

pública a particular dos Nobres, Doutores, e outros mencionados na Ord. liv. 3, tit. 59, § 15, desde que escrita e assinada por eles, pois não basta só a assinatura, conforme diz a mesma Ord., *ibi: feitos, e assinados*; Gama, *Decisio* 238 (Tit. XVIII, § VII, deste Livro). Também se consideram públicas as letras de câmbio, Valasco, *Adlegatio* 76, n. 73, Febo, P. I, *Aresto* 37, Deliberação do Senado de Lisboa de 23 de Novembro de 1769, *apud* Nova Colecção, n. 251, os livros dos mercadores, visto que fazem prova plena contra quem os escreve (*Instituições de Direito Público*, Tit. VIII, § XXX), o testamento escrito e solene, Mendes, liv. III, cap. XXII, § 1, n. 10, a sentença judicial que passou em coisa julgada, Ord. liv. 3, tit. 25, § 8, a escritura de dote, contraído o matrimónio, Ord. cit., § 5, que deve aplicar-se a casos semelhantes, por exemplo aos dotes das monjas, no caso de estas terem professado. Valasco, *Adlegatio* 76, nn. 23 e 24, Cabedo, P. I, *Decisio* 33, n. 10, na mesma Ord., no fim, *ibi: nos casos semelhantes a este*. Além disso, devem constar da escritura, que se oferece para prova, a dívida certa e líquida, e a causa especial do débito. Por isso, se nela se contém um facto e em seu lugar não está expressa nem a pena convencional nem o interesse, como em rigor ninguém pode ser obrigado a um facto, deve pedir-se o interesse *ilíquido* e incerto, não por meio desta acção, mas da ordinária, Valasco, *Consult.* 164, nn. 12 e 13. No entanto, nem os herdeiros de credor nem os do devedor podem demandar nem ser demandados por esta acção, porquanto esta acção especial apenas se concede aos próprios autores e contraentes, e não compete aos herdeiros nem contra herdeiros, Ord. liv. 3, tit. 25, § últ. *ibi: nas próprias pessoas, que fizerem as taes scripturas, e nam em outras nenhumaes pessoas, postoque sejam herdeiros*, § este que é especial e acrescentado à Ordenação de D. Manuel. Os dias concedidos ao réu para vir com embargos devem ser-lhe assinados em *audiência*, e, como são peremptórios e contínuos, não podem ser aumentados nem diminuídos, contando-se tanto os dias feriados como os não fe-

riados. O dia inicial conta-se no termo, Ord. cit. *ibi: dentro nos dez dias*, mas não se contam os nove dias, que, pela Ord. liv. 3, tit. 9, § 10, se concedem ao réu enfermo, Febo, P. I, *Aresto* 88. E, porque o juiz deve estar certo da sua jurisdição, enquanto estiver pendente a excepção *declinatória do foro*, os dias designados não prejudicam o réu, como bem sustenta Valasco, *Adlegatio* 76, n. 59, contra Cabedo, P. I, *Decisio* 30. A esta acção obstat as excepções de causa deficiente, dívida incerta e indefinida, falsidade, nulidade, negócio contraído com outro, dinheiro não entregue, dolo, medo, transacção, e juramento *promissório* que faz nulo o contrato a que se acrescenta, Ord. liv. 4, tit. 73. Estas e semelhantes excepções devem ser admitidas e recebidas quando opostas dentro de dez dias; mas não, se forem ineptas e frívolas, Ord. cit., no princípio: *causa, que o releve*. No entanto, se essas excepções não forem provadas dentro dos mesmos dez dias, o autor será condenado e a sentença executada não obstante a apelação, sendo a coisa entregue ao autor, depois de este prestar fiança de que a restituirá, caso a sentença seja rescindida por apelação; se o autor não prestar fiança, a coisa será depositada em sequestro, no fim do princ. da mesma Ord.. Se os embargos levantados pelo réu forem nenhuns ou ineptos, a coisa deve ser entregue ao vencedor sem fiança alguma, Ord. citada, § 1, e tit. 73, § 1.

Muito embora por lei de D. Fernando, transcrita no Código Afonsino, liv. 3, tit. 64, os contratos, que excedem certa soma, só possam ser provados mediante escritura pública, no entanto parece que a acção especial, chamada *assinção de dez dias*, foi desconhecida até ao reinado de D. Manuel, e por este pela primeira vez inventada na sua Ord. liv. 3, tit. 16. Depois, o seu uso foi aprovado por El-Rei D. Sebastião na Extravagante de 18 de Novembro de 1577, que chamam *da Nova Ordem do Juizo*, e, finalmente, por Filipe na já muitas vezes citada Ord. liv. 3, tit. 25, onde admiravelmente se providencia sobre a brevidade das demandas. Cumpre, porém, notar que, na *assinção de dez dias* resultante de instrumento público, não se procede *executivamente*, como na resultante de sentença e coisa julgada, ou de juramento decisório da

demanda, mas *sumariamente* e pela maneira prescrita na mencionada Ordenação. As diferenças entre estes dois modos de agir explicam-nas Mendes, in *Practica*, liv. III, cap. XXI, § X, n. 57, e Alexandre Caetano Gomes, Dissert. VI à dita Ord. liv. 3, tit. 25.

E DE ESCRITURA MERAMENTE PARTICULAR

§ XXIX — Igual ordem de processo se adopta para as acções resultantes da escritura *meramente particular*, reconhecida pelo próprio devedor, e não por outro, Ord. liv. 3, tit. 25, § 9, e tit. 59, § 10. No caso de o devedor não reconhecer a escritura, deve agir-se pela via ordinária. Valasco, *Adlegatio* 76, n. 68, Pereira, *Decisio* 79. Mas o juiz poderá constringer o devedor ao reconhecimento da escritura, contanto que a soma nela contida não ultrapasse os 60.000 reis, Ord. cit., § 9, no fim, *ibi*: *não passando a quantia de sessenta mil reis*. Porém, embora isto seja assim, a verdade é que no foro já há muito vingou o uso de conceder esta acção mesmo para quantias maiores. Alvaro Valasco, *Consult.* 164, n. 2, e *Consult.* 170, nn. 13 e 14. E este direito usamos, muito embora Tomé Valasco, *Adlegatio* 76, desde o n. 70, o reprova como contrário à letra da citada Ordenação.

DO INTERDITO «RETINENDAE»

§ XXX — No vocábulo *acções* também estão contidos os *interditos*, lei 27 do tit. *De obligationibus et actionibus*. Os respeitantes às causas de posse chamam-se ou *retinendae*, ou *recuperandae*, ou *adipiscendae*. Pelo interdito *retinendae* ou *uti possidetis*, o autor demanda que seja defendido em sua posse, e interdita ao réu a *perturbação* dessa posse, prestando este a caução *de não mais a perturbar*; o réu pode obstar, de modo muito preferencial, com a excepção de *posse mais antiga ou viçosa*, ou com a excepção de a coisa ser tal que não é nem pode ser possuída pelo autor em seu próprio nome, lei 1, § 8, do tit.

Vti possidetis, lei 1, no fim, e lei 30, § 1, do tit. *De acquirenda vel amittenda possessione*, Harpprecht, ao § *Retinendae* 4 do tit. *De interdictis* das Institutas. Aplica-se não só aos imóveis, por causa dos quais foi concebido, e aos móveis, em cuja posse estamos, como no caso de sermos impedidos de levar connosco um servo ou um animal, lei única do tit. *Vtrubi* do Digesto, mas também à defesa da quase posse dos direitos que nos competem; pertencem a esta última aplicação os interditos *de itinere actuque privato* (relativos à servidão de passagem de pessoa, criados e gado), e o de *aqueducto*, etc., que devem ser incluídos no interdito geral *retinendae* (de retenção da posse), pois difficilmente apresentam alguma especialidade no foro. Sendo este interdito um remédio possessório, não compete ao simples detentor, mas somente ao possuidor, e não tem lugar nele a excepção de domínio, salvo se foi provada em continente; assim se deve entender a Ord. liv. 3, tit. 40, § 2, Thomásio, nas Notas ao tit. *Vti possidetis*. Este interdito ou é sumário, quando nele se observa a ordem estabelecida para o interdito *recuperandae* na Ord. liv. 3, tit. 48, o que apenas tem lugar, se ocorrer o medo das armas, Boehmero, *De actionibus*, Sect. II, cap. IV, §§ XIV, XV e XVI, ou ordinário (relativamente ao sumário), quando se deve seguir a ordem definida em todo o possessório, isto é, mais simples e breve que o ordinário, mas não tão breve como o sumário, salvo se os litigantes costumam recorrer às armas e se recebe o emprego da força. Boehmero, citado § XIV.

DO INTERDITO «RECUPERANDAE»

§ XXXI — Pelo interdito *recuperandae*, que costuma chamar-se *unde vi*, aquele que foi expulso, pela força, da posse de bens imóveis, põe acção para a recuperar. É concedido a qualquer possuidor, quer possua com o corpo, quer apenas com o ânimo, e também ao simples detentor, como o colono, se foi expulso ao mesmo tempo com o senhor, e ainda ao arrendatário,

na ausência do locador, lei 1 do tit. *Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio*, contra o novo possuidor que expulsou ou mandou expulsar alguém pela força, e contra os seus herdeiros, quanto a estes só na proporção da herança recebida, para ser restituída a posse com toda a causa e com os frutos percebidos e a perceber. Pelo direito do Código este interdito compete, mesmo quando não se verificou o emprego da força. Por isso, aquele que de má fé ocupou os lugares abandonados por incúria do dono ou do seu procurador, pode ser citado por este interdito, lei 5 do tit. *Vnde vi* do Código, lei últ. do tit. *De acquirenda vel amittenda possessione* do Código. Do mesmo modo também podem ser perfeitamente citados os arrendatários, que detêm a coisa depois de acabar a locação, pois são usurpadores da coisa alheia, lei 34 do tit. *Locato* do Código, lei 10 do tit. *Vnde vi* do Código. Pelo direito das Decretais também compete contra um terceiro possuidor de má fé, sabedor do esbulho, cap. *Saepe* 18, do tit. *De restitutione spoliatorum*, e respectivo comentário de Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*. Porém, foi introduzido no foro outro remédio, chamado *acção de espólio*, que é concedido a quem quer que sem dolo de outrem haja perdido a posse, muito embora o réu esteja em boa fé, Ziegler, ao cân. *Redintegrandi* 3 da Causa III, Questão I. Também é concedido para recuperar a posse ou quase posse de coisas *móveis*, e *incorporais*, como a jurisdição, a honra, ou qualquer outro direito, Portugal, *De donacionibus*, liv. II, cap. XIII, n. 139, Reinoso, *Observatio* 62, n. 4. A excepção de domínio não tem aqui lugar, visto que é rejeitada em ódio ao esbulho, Ord. liv. 3, tit. 40, § 2, tit. 78, § 3, e liv. 4, tit. 58, no princ., vers. *E posto que*. No entanto, obsta a excepção especial *de posse defendida*, mencionada na cit. Ord. liv. 4, tit. 58, § 2. Este juízo é sumário e não exige nenhuma solenidades, desde que se accione para recobrar a posse dentro de ano e dia a contar do dia da prática do esbulho, que em portuguez chamamos *força nova*. Por isso, não se requer

aqui libelo solene, Ord. liv. 3, tit. 48, no princ., pois basta se faça a simples narração do facto por escrito ou oralmente perante o juiz; além disso, não é necessário que o autor peça coisa certa e faça conclusão, se da narração constar a sua intenção; não tem, assim, a sentença que conformar-se rigorosamente com a sua petição, mas apenas com a narração. Contestada, pois, de qualquer modo a lide pelo réu, e concedida somente uma dilação peremptória, o juiz, sem atender a todas as mais solenidades e olhando apenas à verdade do facto, profere a sentença, da qual, todavia, é lícito apelar, tendo a apelação os dois efeitos, Ord. cit. liv. 3, tit. 48, tirada da lei de D. Afonso IV inserta no Código Afonsino, liv. 3, tit. 53, Valasco, *Adlegatio* 58, Cabedo, P. I, *Decisio* 72. Há lugar a este juízo sumário dentro de ano e dia, não só em caso de força própria dita e no interdito *recuperandae*, mas também em todos os interditos *restitutórios*, e em qualquer *espólio* cometido sem violência na ausência do possuidor. E esta é a praxe, a qual Cabedo atesta, na P. I, *Decisio* 82, n. 3

DO INTERDITO «ADIPISCENDAE»

§ XXXII — Aos herdeiros tanto testamentários como legítimos, aos quais a herança foi deferida por testamento ou pela lei, é concedido o interdito *adipiscendae* (para adquirir a posse) dos bens da herança, que, uma vez vaga, podem ocupar por autoridade própria, ou ser imitidos nela pelo tabelião, se ninguém se opuser, Ord. liv. 4, tit. 58, § últ. Mas, se a posse tiver sido previamente tomada e detida por outro, não deve o herdeiro meter-se nela sem primeiro ser ouvido essoutro e conhecida a causa. Mendes, *Praxis*, liv. IV, cap. X, § 3. E também não deve a posse natural e civil, que hoje pela Carta de Lei de 9 de Novembro de 1754 passa para os herdeiros e sucessores de qualquer morgado, ser preferida à posse verdadeiramente natural e civil, que um terceiro adquiriu, sem ser ouvido este terceiro, que deve ser protegido em sua posse, enquanto não

for convencido em juízo. Mendes cit., Valasco, *Consult.* 191, tomo 2, Molina, *De primogeniis*, liv. III, caps. XII e XIII. Os interditos especiais *quorum bonorum*, *Carbonianum*, *Salvianum*, *Divi Hadriani, quod legatorum, de tabulis exhibendis*, etc..., inventados pelo direito romano, são ociosos e apresentam-se no foro sob o nome geral do interdito *adipiscendae* mediante a narração do facto, sem ser preciso indicar os seus nomes. Obstam todas as excepções que invalidam os testamentos, e especialmente a da posse já estar tomada, a de viver ainda o testador, ou então a de a coisa, cuja posse se pede, não estar no património do testador ao tempo de sua morte. Mendes, lugar citado.

DA «DENUNCIACÃO DE OBRA NOVA», E DO INTERDITO DEMOLITÓRIO «QUOD VI AUT CLAM»

§ XXXIII — A denunciação de obra nova, que ou se faz por autoridade própria, Ord. liv. 3, tit. 78, § 4, ou do juiz, Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 23 e 25, é uma espécie de interdito proibitório pelo qual o denunciante demanda o edificante, para que desista da obra começada, enquanto não constar do direito de edificar, Ord. cit.. Se a obra já está acabada, cessa a denunciação, mas tem lugar então o interdito especial de recuperação chamado *quod vi aut clam*, pelo qual se demanda qualquer possuidor a restituir o que fez clandestinamente. Diz-se que fez clandestinamente aquele que edificou às ocultas da pessoa que julga ou deve julgar que impediria a obra, caso soubesse dela, lei 3, §§ 7 e 8; lei 4 do tit. *Quod vi aut clam* do Digesto. Só parece admissível a denunciação particular, no caso de haver perigo na demora e não ser fácil o recurso ao juiz; mas, uma vez feita e rejeitada, como tem força de apelação (Tit. XXIII, § V, deste Livro), pendente a qual nada se deve inovar, a obra feita depois da denunciação deve ser considerada como um verdadeiro atentado e revogada pelo juiz, e deste obtido o mandato ou inter-

dito *demolitorio*, como dispõe a Ordenação citada. Este juízo é sumário e deve ser concluso em três meses, pois, acabados estes, pode-se, não obstante a denunciação, acabar a obra começada, depois de se prestar caução de a demolir, Ord. liv. 1, tit. 68, § últ., tirada da lei única do tit. *De novi operis nuntiatione* do Código. O Desembargo do Paço costuma, sem esperar tempo algum, conceder logo autorização para se acabar a obra começada, desde que se dê aquela mesma caução, Extravagante de 24 de Julho de 1713, *ibi*: *Licença para se continuarem algumas obras, que fossem embargadas, com a caução* de as demolir (*Instituições de Direito Público*, Tit. X, §§ VIII, IX e X).

DA ACUMULAÇÃO DE ACÇÕES

§ XXXIV — As acumulações de acções num só e mesmo libelo eram desconhecidas no direito romano, lei 6 do tit. *De exceptione rei judicatae*; no entanto, vigoram na praxe. E, em primeiro lugar, como hoje todas as acções se podem chamar acções *in factum* (relativas a um facto), e não estão sujeitas ao constrangimento das fórmulas, nem é necessário indicar os seus nomes (§ XXII deste Título), da própria coisa ou facto, que se narra, nascem várias acções, cuja acumulação se impõe. Depois — e isto constitui a regra máxima — podem acumular-se as acções que tendem para o mesmo fim, como a *reivindicação da coisa* com a *Publiciana* (§ XIII deste Tit.), a *petição* com a *reivindicação da herança*, isto sempre que se ignora se o réu detém a coisa por título universal ou particular, a *pessoal por dívida* com a *hipotecária*, se o credor possuir hipoteca, pois tendem para o mesmo fim, embora tenham execução diferente, a *possessória* com a *petitória*, pois ambas pretendem a obtenção da coisa ainda que por razão e modo diferente. Podem também conjugar-se as acções, mesmo que tendam para fins diferentes, se nascerem dum só facto; por isso é que se acumula válidamente a

acção *reipersecutória* da coisa com a *penal*. Podem juntar-se ainda no mesmo libelo vários débitos nascidos das mesmas ou diferentes causas, como do mútuo, venda, locação. Muitas mais noções traz Brunnemann no tratado *De concursu, et cumulatione actionum* (Do concurso e acumulação de acções).

TÍTULO VII

DOS JUÍZOS, E ONDE SE PODE DEMANDAR E SER DEMANDADO

O QUE É O JUÍZO

§ I — Hoje define-se perfeitamente o juízo assim: *É a discussão legítima de uma causa e a sua decisão feita por juiz competente*. Heinéccio, nos Comentários ao tit. *De judiciis* das Pandectas, § II.

SUA DIVISÃO

§ II — Os juízos dividem-se conforme as *causas*, as *personas* dos litigantes, e os *modos de litigar*, sendo, por isso, *civéis* ou *criminaes*, *eclesiásticos* ou *seculares*, *ordinários* ou *sumários*. Esta é a primeira e principal divisão, a qual contém muitas subdivisões, que Heinéccio, conforme seu costume, explica bem no lugar citado.

O QUE ELE ABRANGE

§ III — São elementos necessários no juízo: 1) certa ordem judiciária, sem a qual difficilmente se pode entender a legítima discussão da causa; 2) juiz competente que decida a causa; 3) autor e réu que a estabeleçam, Ord. liv. 3, tit. 20, no princípio. São elementos accessórios os advogados, os procuradores, e os defensores, que assistem aos litigantes.

ORDEM JUDICIÁRIA NATURAL, OU CIVIL

§ IV — Além disso, a ordem judiciária ou é do direito natural ou do direito civil. A primeira é sempre fixa e inutável, compreende e concede todas aquelas coisas que são necessárias à defesa dos direitos do autor e do réu, e não pode ser suprimida por nenhum direito; a segunda, isto é, a civil, varia conforme a diversidade das causas e o génio dos Imperantes.

QUE COISAS NECESSARIAMENTE CONTEM A ORDEM NATURAL

§ V — Em todos os juízos são necessárias pelo direito natural: 1) a apresentação da acção por qualquer modo, verbal ou escrito; 2) o chamamento a juízo; 3) a resposta do réu, a quem se deve conceder o tempo necessário para deliberar e responder; 4) a prova obtida por meio de testemunhas, instrumentos, confissão, ou juramento; 5) o termo probatório necessário para a defesa; e 6) finalmente, a decisão de causa, isto é, a sentença dada por um juiz competente. Samuel de Coccey, *Dissert. Prooem. XX*, Martini, *Posit. Jur. Civ.*, P. I, cap. VI, § CXXX.

ORDEM DO DIREITO CIVIL ROMANO, E CANÓNICO

§ VI — A ordem judiciária do direito civil romano, tanto a mais antiga, quando o juiz dferia do pretor, o direito do juízo, e quando, em suma, o juízo começava pela litis-contestação, como a nova estabelecida por Justiniano, na Novela 53, cap. 3, Novela 96, cap. 1, Novela 112, caps. 2 e 3, a respeito da qual deve ver-se Francisco Polleto, na *Historia Fori Romani*, tomo II do *Thesaurus Antiquitatum Romanorum*, nunca foi recebida entre nós, se exceptuarmos realmente alguns capítulos de pe-

quena importância. Teve sem dúvida maior uso e autoridade no foro a ordem do direito canónico contida nas Decretais, que as nossas leis antigas e novas imitaram quase completamente, embora difiram em muitas coisas que se verão do que vamos dizer.

DE INICIO ERA SIMPLES A ORDEM JUDICIÁRIA ENTRE NÓS

§ VII — Que de início todas as demandas eram resolvidas *de plano* e sem complicações nem rodeios, vê-se dos exemplos apresentados por Brandão na *Monarchia Lusitana*, P. III, liv. IX, cap. 12 (*História do Direito Civil Português*, §§ XLI e LXXVIII). Mas, depois que D. Afonso II nas Cortes de Coimbra de 1211 criou juizes nas mais importantes povoações do Reino e deu leis gerais, a ordem dos processos começou a ser tanto mais solene e escrupulosa quanto mais as nossas leis se desviaram da primitiva simplicidade com a recepção dos direitos romano e canónico (*Instituições de Direito Público*, Tit. II, § XIII, Nota).

O QUE NESTA MATERIA ESTABELECERAM D. AFONSO II, D. AFONSO III, E D. DINIS

§ VIII — De facto, primeiramente as ordenações judiciárias de D. Afonso II, que se acham no tomo I das *Leis Antigas*, desde o ano de 1249 a 1393 da Era, são muito mais simples do que as posteriores feitas sob os reis sucessores, pois nestas alegam-se muitíssimas vezes os costumes do Reino, e o uso do foro e mormente o da Corte, donde principalmente foram tiradas. Nos reinados de D. Afonso III e seguintes, os direitos estranhos quase foram antepostos aos costumes pátrios. De facto, este Rei fixou, numa lei dada em Lisboa a 21 de Julho de 1310 da Era, quase a mesma ordem judiciária, que muito antes Jus-

tiniano havia estabelecido na citada Novela 112, cap. 3. Nesta mesma fonte hauriu as penas contra os revéis, ali estabelecidas. O mesmo Rei deu ao réu nove dias para deliberar nas causas sobre bens imóveis, e três nas causas sobre móveis, mas aos esbulhadores não concedeu tréguas nenhuma. É, porém, mais prolixa a lei de D. Dinis de 15 de Setembro de 1352 da Era, na qual se contêm muitas disposições notáveis: 1) que o réu oponha contra a pessoa do juiz, autor, ou procurador, todas as excepções dilatórias no mesmo dia da citação; 2) que no juízo seguinte as deduza por escrito; 3) que no dia seguinte o autor responda às excepções; 4) que, decorrido este dia, o juiz conceda termo conveniente para a prova; 5) que, acabado esse termo, o juiz vá pelo feito em diante, não obstante a apelação; 6) que imediatamente se siga a litis-contestação quer *afirmativa* quer *negativa*; 7) que se conceda apenas um dia para o autor replicar; 8) que sejam consideradas como contestação as excepções de transacção, coisa julgada, e juramento; 9) que o juiz prossiga na causa, não obstante a apelação de decisão interlocutória. E, porque as demandas se protelam as mais das vezes contra a vontade dos juizes, por fraude dos advogados, o mesmo Rei determinou, noutra lei de 23 de Agosto de 1341 da Era, que os advogados e procuradores pedissem os honorários ou salários só depois de acabada a demanda; no entanto, mais tarde concedeu que pudessem perceber metade dos honorários no início da demanda, lei de 17 de Agosto de 1369 da Era, 1361 de Cristo [esta data foi mal calculada]; e daqui tira a sua origem a Ord. liv. 1, tit. 92, § 17 (Tit. III, § X, deste Livro).

As ordenações citadas neste parágrafo e seguintes acham-se nos dois tomos in folio das *Leis Antigas*, que temos copiados do Arquivo Público do Reino, mas enfermam de tantas faltas e erros, sobretudo cronológicos, que neste aspecto mal se lhes pode dar fé. Porém, nós mais atentos à substância que às palavras e outras minúcias, aliás importantes, deixamos a sua correcção e emenda aos que dispõem de mais vagar.

D. AFONSO IV

§ IX.—D. Afonso IV aboliu todos os procuradores e advogados na lei de 3 de Novembro de 1390 da Era, e na Ordenação dada em Estremoz a 18 de Fevereiro de 1470 (1370?) da Era: *ibi: Teemos por bem, que em nossa Corte nom aja Vogado, nem Percurador residente em nenhum preyto. Mais que em hos preytos venhão as partes per si, ou seus Percuradores: : Nom possão filhar outros preytos, ataque esses, que trouxerem, seão desembargados.* (D. Pedro I também extinguiu os advogados por uma lei dada em Santarém a 7 de Abril de 1400 da Era, que está no Arquivo do Reino no livro da Chancelaria de D. Pedro I, pág. 71). Na mesma Ordenação estão contidas dezoito leis especiais, relativas à ordem tanto dos juízos cíveis como dos criminaes. Também aí se acham muitas disposições sobre apelações, advogados e procuradores, que em seus lugares indicaremos, pois o nosso plano não padece uma referência total a estas matérias. Cumpre, todavia, observar que, na predita Ordenação, se recusam os honorários ao advogado, no caso de o seu cliente ficar vencido; se isto foi ou não prudentemente estabelecido outros que o vejam. Manda-se, porém, o advogado, provar as suas alegações, não com a autoridade extrínseca dos Doutores que neste tempo era nenhuma, mas com a força das leis gerais, municipais, e o costume, ou então com o próprio direito do senhor, foro, ou prerrogativa, *ibi: poendo suas allegaçõens de direito, ou de costume, ou de foro, ou de postura da terra, ou de leys d'El-Rey, ou de outra Ordenaçom boa.*

D. AFONSO V

§ X — D. Afonso V em seu Código, liv. 3, tit. 20, pouco acrescentou ou tirou a estas antiquíssimas Ordenações. Todavia, parece ter sido o primeiro a ordenar que o juiz cuidasse de compor e conciliar os litigantes nas causas cíveis. Firmou o

direito constituído de se apresentarem as excepções dilatórias antes da litis-contestação, e aquele que mandava ao juiz prosseguir no feito, depois de decididas essas excepções, não obstante qualquer apelação ou agravo, com excepção da apelação de sentença interlocutória que declarou o juiz como competente e insuspeito. Só ao réu concedeu espaço de tempo certo e fixo para deliberar e responder, em todas as causas, menos na de espólio, em que D. Afonso III já havia estabelecido o prazo de ano e dia.

EL-REI D. MANUEL

§ XI — Muitas mais coisas acrescentou e estabeleceu de novo D. Manuel, Príncipe digno de ser lembrado por todos os séculos, em seu Código, liv. 3, tit. 15. E, assim, em primeiro lugar, determinou que, chamado o réu a juízo, o juiz designe ao autor o dia para oferecer o libelo; se, chegado esse dia, o libelo não for oferecido, ou for oferecido mal ordenado e mal disposto, marque segunda e terceira vez ao autor um dia para oferecimento ou correcção do libelo; expirado este termo, já não pode o autor actuar no foro, a não ser que intervenha justa causa. Proíbe-se o juiz de receber libelo inepto ou desacompanhado da escritura nele mencionada ou necessária à prova. O autor deve dar fiança à sentença e custas do processo, e o réu, antes de tudo, deduzir as excepções dilatórias, e, decididas estas, contestar a lide no dia pré-estabelecido; devem, no entanto, conceder-se-lhe segunda e terceira dilações, e até quarta, se jurar que a coisa, que agora pretende deduzir, só então chegou ao seu conhecimento. Estes mesmos termos se concedem ao autor para *replícar*, e ao réu para *tréplicar*, e também ao oponente, pois a opposição é um verdadeiro libelo. Além do *libelo*, *contestação*, *réplica* e *tréplica*, admitem-se os artigos que chamam de *nova razão*, *dependentes*, *de acumulação*, *subornação*, e outros semelhantes, para cuja produção se deve dar apenas

um só termo ou dilação. Se o réu citado não comparecer dentro das três audiências, que lhe foram assinadas para apresentar a contestação, tréplica ou outros artigos, o juiz por revelia deste prossegue no feito até à execução da sentença; todavia, o réu, se entretanto aparecer, pode defender-se, mas é obrigado a receber a demanda no estado em que ela então se encontrar.

D. JOÃO III, D. SEBASTIÃO; E QUAL É HOJE A ORDEM ORDINARIA DO PROCESSO

§ XII — D. João III constituiu uma nova ordem judiciária por lei de 5 de Julho de 1526, *apud* Leão, p. 3, tit. 1, lei 7. Em resumo, diz o seguinte. O juiz deve no princípio interrogar os litigantes sobre tudo aquilo que lhe bem parecer para a ordem do processo ou decisão da causa. O autor deve oferecer o libelo na primeira audiência. Nesta mesma, deve o juiz receber o libelo, haver a demanda por contestada, e assinar duas audiências para a verdadeira contestação. Ao autor dará uma só audiência para a réplica, e uma só ao réu para a tréplica. Seguem-se os *termos probatórios* a determinar pelo juiz conforme a distância do lugar onde a prova se houver de fazer. As excepções *dilatórias* têm de ser deduzidas antes da litis-contestação. Com as *peremptórias*, tais como a de coisa julgada, transacção, juramento, prescrição, e paga, pode-se contestar perfeitamente a demanda, mas, neste caso, dão-se dez dias para o réu fazer a prova; se provar, assinam-se termos pré-fixos para a réplica e tréplica dos litigantes; se não provar, será condenado nas custas, e marcada uma só audiência para ele fazer a verdadeira contestação. Também se pode contestar a demanda com a excepção de libelo inepto e acção deficiente. O termo concedido para oferecimento do libelo e dedução das excepções só por justa causa se prorroga. Juntamente com o libelo deve apresentar-se o instrumento que nele se menciona. Os artigos chamados *acumulativos*, *dependentes*, e *de nova razão*, oferecidos

na primeira instância, só são recebidos antes do pedido de dilação. Não se admite nenhuma apelação da sentença *interlocutória* que ordenou o processo. O *oponente*, que diz que a coisa lhe pertence e não aos adversários, é admitido no mesmo ou em diferente processo, devendo-se receber na *oposição* os mesmos termos e excepções que no libelo, do qual quase nada difere. O *assistente* toma o feito no mesmo estado em que estava, quando a ele chegou. De todas as sentenças há recurso, que se chama ou de apelação ou de agravo. Estes dois remédios diferem entre si e têm efeitos diversos consoante a sentença é definitiva ou interlocutória. El-Rei D. Sebastião na lei judiciária de 18 de Novembro de 1577 quase nada de novo acrescentou; no entanto, proibiu inteiramente na primeira instância os artigos chamados *acumulativos*, *dependentes*, e *de nova razão*; na segunda, admitiu apenas os *de nova razão*, e, para os outros, confirmou a ordem estabelecida por seu avô D. João. Por conseguinte, a Ordenação Filipina, liv. 3, tit. 20, foi quase literalmente transcrita daquelas duas leis extravagantes; e é esta a ordem ordinária do processo que actualmente usamos.

Esta ordem do processo foi colhida, em parte, no direito romano e opiniões dos Glosadores, e em parte muito maior no direito canónico. Em seus lugares anotaremos alguns exemplos (*História do Direito Civil Português*, § CXXIX, Nota). Ora, antes destes tempos as demandas decidiam-se olhando apenas à verdade do facto e segundo a equidade natural, e, por isso, acabavam depressa; mas, depois que aqueles direitos foram recebidos na Universidade e no foro, com o uso de tantas solenidades e a invenção de tantos géneros de acções começaram a ser imortais. A este mal, que aflige tanto o interesse público como o particular, tentaram os nossos Reis, mas em vão, dar remédio para todo o sempre. Tãmanha era nessa altura a autoridade, para não dizer a superstição, do direito canónico, isto é, das Decretais, e do direito romano, que os Juristas, criados apenas com os seus princípios, seriamente pensavam que nada de mais excelente se podia conceber; daí resultou que, utilizando os Príncipes o trabalho e conselho desses Juristas na regulamentação da ordem processual, as suas ordenações judiciais nada mais traduziam que os direitos estrangeiros, como fá-

mente cada um verá do cotejo dessas ordenações com os referidos direitos. Portanto, esta matéria não me parece de confiar nem a um mero juriconsulto, nem a um mero filósofo, mas àquele que juntar a prática a estas duas ciências, desde que não seja um apaixonado da praxe e muito, muito versado no foro. Numerosos e notáveis trabalhos existem hoje sobre as causas e remédios dos julgamentos corruptos, e tanto os cultos como os incultos apresentam muitos modos de acabar depressa as demandas. No número dos primeiros merecem maior louvor Mr. de Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. VI, caps. IV e segs., *Notions claires sur les Gouvernemens*, tomo II, caps. CI e CII, Mr. Formey, *Exposition du Plan du Roi pour la Réformation de la Justice*, *Code de l'Humanité*, pal. *Procédure*, *Encyclopédie Méthod. Jurispr.*, art. *Procédure*, *et Procès*, etc..., entre os quais devia ser nomeado em primeiro lugar o nosso Luís António Verney, *Verdadeiro Método de Estudar*, tomo II, *Carta XIII*, pois o número dos segundos é infinito. No entanto, eu com Thomásio, em sua dissertação especial sobre este assunto, entendo que a emenda não é fácil nem impossível, mas muito difícil e delicada.

PROCESSO SUMARIO

§ XIII — O processo sumário requer uma ordem menos desenvolvida. Mas, ao contrário do que era de desejar para bem de todos, não está definido no nosso direito qual seja essa ordem (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XII, § X), e quais as causas que se dizem *sumárias*. Eu incluo neste número todas as causas que não padecem demoras, a saber, aquelas que costumam ser despachadas no tempo de férias, e vêm referidas na Ord. liv. 3, tit. 18, Man. 28, Afons. 36, como as *prejudiciais*, *cambiais*, *agrárias*, *políticas*, *possessórias*, *executivas*, *pias*, *de pequena importância*, e semelhantes; ou então as que se tornaram sumárias por mútua convenção ou por prescrito do Príncipe, Ord. cit., tits. 18 e 30, § 3, Clementinas, cap. *Saepe 2* do tit. *De verborum significatione*. Nestes processos deve observar-se a ordem natural, de que falei mais acima no § 2, ou a que está definida na acção chamada *assinção de dez dias*, Ord. liv. 3, tit. 25 (Tit. VI, § XXVIII).

PROCESO TUMULTUARIO

§ XIV — Há, porém, que distinguir o processo *sumário*, em que apenas se omitem as solenidades, do *tumultuário*, em que se omitem tanto os elementos solenes como os substanciais. Numa sociedade, em que reinam o direito e as boas leis, deve-se eliminar por completo o processo tumultuário. Realmente, é tão necessária em todos os processos a observância da ordem do direito natural, exposta mais acima no § V, que, com a sua omissão ou menosprezo, passamos a ter, não um juízo, mas uma tirania. E nem mesmo exceptuamos as causas notórias, pois nestas também se deve observar a ordem do processo sumário, que conceda ao réu a justa defesa, e assim se deve entender o Pontífice na Causa II, Questão I, cân. 20, atribuído ao Papa Evaristo, Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De judiciis*, Riegger, *Jurisprudencia Ecclesiastica*, P. II, §§ DCCLXVIII e seguintes.

QUEM E O AUTOR

§ XV — Chama-se *autor*, elemento indispensável no juízo (§ III), aquele que intenta a acção para obter um direito real ou para que alguém necessariamente lhe dê ou faça alguma coisa. Podem pôr acções todos aqueles que não se acham proibidos. Ora, estão proibidos: o excomungado, Ord. liv. 3, tit. 49, § 4; o banido, Ord. liv. 5, tit. 126, § 7; as crianças, e os menores de vinte e cinco anos sem tutor ou curador, Ord. liv. 3, tit. 41, § 8, se não estiverem casados ou não obtiverem graça para serem havidos por maiores, Ord. cit.; os magistrados temporários durante o seu officio, Ord. liv. 3, tit. 9, no princ., *ibi: não pôde citar*.

A ACÇÃO RESULTANTE DA LEI *DIFFAMARI* 5 DO TIT. *DE INGENUIS MANUMISSIS* DO CODIGO E DA LEI *SI CONTENDAT* 28 DO TIT. *DE FIDEJUSSORIBUS*

§ XVI — E embora ninguém seja obrigado a accionar contra vontade, lei única do tit. *Vt nemo invitus agere vel accusare cogatur* do Código, todavia o difamado pode citar o difamador para que o demande, se confia em seu direito, ou sofra a imposição de perpétuo silêncio, Ord. liv. 3, tit. 11, § 4, tirada da deliberação do Senado de Lisboa de 22 de Dezembro de 1558 e do Alvará del-Rei D. Sebastião de 20 de Agosto de 1564, *apud* Leão, p. 3, tit. 1, leis 2 e 3. Esta Ordenação deve a sua origem, não tanto ao direito romano, isto é, à lei *Diffamari* 5 do tit. *De ingenuis manumissis* do Código, visto que esta lei respeita apenas à difamação sobre o estado de liberdade, como aos Glosadores, que a estenderam a todas as difamações. Gerardo Noodt, neste tit.. Também o fiador pode demandar o credor para que intente acção contra o devedor principal, ou o liberte da obrigação da fiança, sempre que da dilação da acção resulte risco iminente de perder a excepção, por exemplo, a de excussão, o que acontece, se o devedor estiver muito tempo sem effectuar o pagamento ou dilapidar os seus bens, lei *Si contendat* 28 do tit. *De fidejussoribus* (Tit. III, § XXVIII, no fim). Semelhantemente, o fiador, cujos bens foram postos em sequestro a pedido do credor, pode perfeitamente demandar que o mesmo credor intente acção pessoal sob pena de remover o sequestro. E este direito usamos no foro.

DAS PETIÇÕES EXCESSIVAS

§ XVII — Incorre na pena *plus petitionis* (de petição excessiva) o autor que pede a mais ou *na coisa*, ou *no tempo*, ou *antes da condição*, pois, como acciona espontaneamente, deve vir a juízo seguro do seu direito. E, assim, se pede a mais *na*

coisa por dolo, é condenado nas custas em tresdobro, e, se por culpa, será condenado nas custas singelas ou em dobro, conforme a qualidade da culpa, Ord. liv. 3, tit. 34, Man. 25, Afons. 32; se pede a mais *no tempo*, ou antes do advento da condição, e condenado no dobro das custas, e, se as não pagar, não será recebido depois no pedido, além de que o réu fica com o dobro do tempo que tinha, para ser demandado, Ord. cit., tit. 35. Quanto àquele que pede novamente aquilo que já recebeu e lhe foi pago, esse paga o dobro da coisa recebida e o dobro das custas, na mesma Ord. tit. 36, Man. 27, Afons. 34

Disposições quase idénticas se acham no direito romano, lei 1 do tit. *De plus petitionibus* do Código. Porém, a pena cominada àquele que pede o já recebido, vê-se estabelecida pela primeira vez numa lei de D. Dinis, Ord. Afons., liv. 3, tit. 34.

QUEM É REU

§ XVIII — O réu, elemento sem o qual não se concebe nenhum julgamento (§ III), é aquele a quem se demanda. Podem ser réus todos os que livremente administram as suas coisas. Portanto, não podem ser citados os furiosos, os mentecaptos, e os menores sem tutor ou curador especialmente dado para a demanda, Ord. liv. 3, tit. 41, § 9. E, porque a ninguém deve ser negada a defesa, são admitidos em juízo como réus o excomungado, Ord. liv. 3, tit. 49, § 4, e o banido, Ord. liv. 5, tit. 126, § 7.

DAS CAUÇÕES

§ XIX — Sendo requerido pelo réu, o autor presta em juízo caução de fiança às custas do processo, Ord. liv. 3, tit. 20, § 6; doutro modo, o réu será absolvido da instância, Deliberação do Senado de Lisboa de 14 de Junho de 1788, *apud* nova Colecção, n. 295, pág. 592. O réu, quando é demandado sobre

coisa móvel por acção pessoal ou real, e não possui bens de raiz, cauciona, se o autor o requerer, com penhores ou fiadores o prosseguimento da demanda, Ord. liv. 3, tit. 31, Man. 30, Afons. 25. Não estão em uso as cauções de *judicatum solvi* (pagar o julgado) e *judicio sisti* (permanecer em juízo), de que fala o tit. *De satisfactionibus* das Institutas.

QUEM É JUIZ

§ XX — O juiz, principal personagem no juízo (§ III), é hoje qualquer magistrado competente ou homem bom constituído por autoridade pública para administrar a justiça. Já noutro lugar dissemos (*Instituições de Direito Público*, Tit. II, §§ XV e XVI) que pessoas podem exercer a magistratura e de que coisas se devem abster.

O OFÍCIO DO JUIZ, E QUE COISAS DEVE FAZER SEM SER REQUERIDO

§ XXI — Homem bom é aquele que *cumpr*e o seu officio, e faz, como diz Séneca no liv. II das *Controversiae*, V, aquilo que *deve fazer*. A função do juiz compreende muitas obrigações, que são em resumo as seguintes. Deve *ex officio*, isto é, sem que lho requeiram, realizar tudo o que pertence à ordenação do processo, investigação da verdade, e administração da justiça. Boehmero, Exercit. XXXV às Pandectas, *De judice ex officio procedente*. Em primeiro lugar, é seu dever abreviar as demandas, lei 21 do tit. *De rebus creditis* do Digesto, Ord. liv. 3, tit. 63, no princ. *ibi*: *Para que se abbreviem as demandas*. Daí seguem-se muitas consequências: 1) deve *ex officio* interrogar os litigantes no que interessar à ordem do processo e decisão da causa, Ord. liv. 3, tit. 20, § 4, e tit. 32; 2) rejeitar os artigos ou quesitos notòriamente impertinentes, o libelo obscuro e inepto,

e as dilações maliciosas, Ord. cit. tit. 20, § 35, e tit. 53, § 2; 3) as testemunhas inábeis, Ord. tit. 36; 4) as testemunhas que excedam o número legal, Ord. tit. 55, § 2; 5) as alterações conflituosas e as alegações ofensivas, Ord. tit. 20, § 34; 6) as proclamações que não vierem na devida ordem, na mesma Ord., § 10; 7) e, finalmente, coibir a demora que as partes pretendam fazer na demanda, Ord. cit. §§ 37 e 38; mais elementos traz Strykio, na Dissert. *De rejectione ab actis*; 8) julgar segundo as leis e os costumes recebidos, Ord. liv. 1, tit. 5, § 4; 9) depois de bem visto e examinado o processo, Ord. liv. 3, tit. 66, no princ. (Tit. XXI, § II); 10) todavia, segundo os autos e as provas, e não segundo a própria ciência e consciência, na mesma Ord.; e por fim II) olhando apenas à verdade do facto, constante dos autos, sem embargo do erro do processo, Ord. liv. 3, tit. 63. Man. 49, extraída duma ordenação especial de D. Afonso IV e da declaração autêntica que sobre a mesma fez D. Afonso V e vem em seu Código, liv. 3, tit. 68.

Foi tema debatido entre os antigos, conforme consta das referências de Aulo Gélío, nas *Noites Aticas*, liv. XIV, cap. II, a Favorino e Elio Tuberão, se o juiz pode *ex officio* suprir as omissões dos litigantes. Prevaleceu, por fim, a opinião afirmativa, que os Imperadores aprovaram na lei única do tit. *Vi quae desunt advocatis partium, iudex supplet* do Código, a qual constitui o fundamento da cit. Ord. liv. 3, tit. 63. Confirma-a o Decreto de Alexandre III no cap. 6 do tit. *De iudiciis* [do liv. 2.º] das Decretais, onde o Pontífice diz: *Providenciai muito sollicitamente para que a inquirição não incida, tão subtilmente como alguns costumam fazer, sobre o modo como a acção é intentada, mas cuidai de investigar simples e claramente o próprio facto e a verdade da questão*. Por conseguinte, a omissão das solenidades do direito civil pelos litigantes e seus advogados não vicia o processo, e o juiz pode suprir essa omissão, caso seja alegada, antes da sentença; é diferente, no direito natural; e é esta a regra máxima. Na citada Ord. aponta-se mais de um exemplo, como o de a procuração ser insuficiente ou mal ordenada, o de faltar a citação da mulher, assunto este sobre o qual se deve ler o célebre Aresto 62, p. 2, de Melchior Febo, e outros exemplos deste género, de cuja omissão não resulta nem a anulação do pro-

cesso nem impedimento a que o juiz, suprindo-os, decida a causa. Já o mesmo não é de dizer, se faltar a primeira citação da parte, ou se a questão houver sido tratada com procurador falso, ou com menor desacompanhado do tutor, segundo a mesma Ord., § 5. E tudo isto se deve entender, não apenas dos juizes superiores, como alguns julgam, mas também dos juizes inferiores, de harmonia com a dita Ord. no princ. vers. *Porém*, e no § 1, *ibi*: *se se allegar o tal erro no primeiro juizo antes do juiz ter dado a sentença, elle mesmo o suprirá*. Ora, porta-se como juiz constante e forte aquele que, conforme adverte Calístrato na lei 19 do tit. *De officio praesidis* do Digesto, *se mostra na verdade acessível, mas não admite o desconsiderem*. [Por isso é que se acrescenta nos mandatos]: «Os Governadores das provincias não admítam os provinciais em excessiva familiaridade, [pois a igualdade no trato gera o desprezo da dignidade]. Mas também importa que, no conhecer da causa, não se enfureça contra os que julga maus, nem se enteneça até às lágrimas com as preces dos desgraçados, pois não é próprio dum juiz constante e recto reflectir no rosto os seus movimentos de alma. E, em resumo, deve administrar a justiça por tal forma que aumente com seu engenho a autoridade e dignidade da função».

E QUE COISAS DEVE FAZER, SÓ A REQUERIMENTO DAS PARTES

§ XXII — Ora, o que fica dito, pertence ao officio do juiz, que chamam officio *nobre*, pois o *mercenário* só é por ele concedido nas causas cíveis a pedido das partes. Daqui se segue: 1) que só quando requerido determina a citação doutro, Ord. liv. 3, tit. 1; 2) pune a contumácia do litigante que não comparece ou não responde, Ord. liv. 3, tit. 14, no princípio; 3) decreta a caução destinada a garantir o prosseguimento da demanda, Ord. liv. 3, tit. 32, no princ.; 4) a restituição por inteiro, Ord. liv. 3, tit. 41, no princípio; 5) o juramento supletório, Ord. liv. 3, tit. 52, no princ.; 6) as dilações, Ord. liv. 3, tit. 54, § II; 7) a apelação, Ord. liv. 3, tits. 64 e 70, no princ.; 8) a execução da coisa julgada, Ord. liv. 3, tit. 86, no princ., e outras coisas que seria longo enumerar. Berger, na *Oeconomia juris*, liv IV, tit. V, Nota V, Boehmero, Dissertação citada, cap. I, n. X.

JUIZ E FORO COMPETENTES

§ XXIII — Deve-se demandar e ser demandado (que é a última parte da rubrica deste Título) perante o juiz competente, entendendo-se por tal aquele a quem compete a jurisdição sobre a causa e as pessoas entre as quais surge a demanda. O foro competente é aquele que está sujeito à jurisdição do juiz competente, e é *geral* ou *especial*, consoante se destina a todas as causas ou a causas especiais; ou *privilegiado*, quando respeita somente a certas pessoas ou causas. O réu, cujo foro o autor segue, tira o seu foro de quatro causas: *domicílio*, *contrato*, *situação da coisa demandada*, e *malefício*.

FORO DE ORIGEM

§ XXIV — Entre nós não existe o *foro de origem* no sentido do direito romano, segundo o qual os municípes que emigravam para Roma ou outro lugar conservavam os seus direitos no município, visto que não temos municípes nenhuns nessa acepção (*Instituições, Do direito das pessoas, Tit. II, § VII*). No mesmo direito também se diz *foro de origem* aquele que alguém tem, não de si, mas de seu pai, lei 3 do tit. *De municípiis* do Código, Gerardo Noodt, ao tit. *De judiciis*, mas nem sequer na matéria vertente ele é usado, porquanto o filho deve ser demandado no seu foro, e não no do pai. Porém, se não constar do seu foro e domicílio, bem poderá ser demandado no foro de origem, isto é, no do pai, que, na dúvida, se presume conservado pelo filho. Boehmero, no § XVII ao tit. *De judiciis* do Digesto.

FORO DO DOMICILIO COMUM

§ XXV — No direito romano o *foro do domicílio* ou era *comum*, como Roma que na lei 33 do tit. *ad municipalem* se

chama pátria comum, razão por que alguns lhe chamavam foro de origem; ou *próprio*, isto é, de cada um, a saber, onde alguém vive e pôs a sede de seus bens. Para nós Lisboa, Cidade Real, sede do Império Português, é como que um *foro comum*. Por isso, os nossos cidadãos, seja onde for o seu lar, seguem o foro de Lisboa, se aí forem achados, e respondem em todas as causas perante o Corregedor Cível da Corte, Ord. liv. 1, tit. 39, § 1, e liv. 3, tit. 3, Man. e Afons., nos mesmos liv. e tit. No entanto, têm direito a responder no foro do seu domicílio aqueles que forem chamados a Lisboa por El-Rei, ou aí forem para testemunhar, ou apelar, salvo quando demandados por contrato que aí tenham feito, Ord. cit. tit. 3, tirada da lei 2, § 3, do tit. *De judiciis*.

FORO DO DOMICILIO PRÓPRIO

§ XXVI — O *foro do domicílio próprio*, ou de cada um, considera-se em relação ao lugar onde a pessoa habita com intenção de aí permanecer para sempre, Ord. liv. 2, tit. 56, § 1 (*Instituições, Do direito das pessoas, Tit. II, § VI*). Como este foro é geral, podem-se intentar nele todas as acções tanto reais como pessoais, Ord. liv. 3, tit. 11, no princ., e §§ 5 e 6, Man. 10, Afons. 14. O herdeiro segue o foro do defunto, e, uma vez aceite o juízo, deve ser aí demandado; assim se deve entender a Ord. cit., tit. 11, § 2. O clérigo, herdeiro de leigo, é obrigado a responder no foro deste, se a demanda já tiver começado, Ord. liv. 2, tit. 1, § 8, pois, como bem diz o Jurisconsulto na lei 30 do tit. *De judiciis*, o juízo deve acabar onde uma vez foi aceite (*Instituições de Direito Público, Tit. V, § XXV*). A viúva conserva o foro do marido, Ord. liv. 2, tit. 59, § 15, lei 22, § 2, do tit. *ad municipalem*. Aquele que tem casa em dois lugares, e frequentemente mora tanto num como noutra, entende-se que tem dois domicílios, e pode, por isso, ser citado num ou noutra, lei 27, § 2, do mesmo tit.. O relegado, como necessária e provisó-

riamente tem o seu domicílio no lugar para onde foi desterrado, aí deve ser demandado, lei 22, § 3 do mesmo tit.. O *vagabundo*, que habita em nenhures e em toda a parte, pode ser demandado no lugar onde for apanhado. Thomásio, Dissert. *De vagabundo*, Do foro dos estrangeiros e dos embaixadores já dissemos o suficiente ao nosso propósito nas *Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. II, § XI; quem desejar mais elementos, leia Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, tit. XVIII, § IV, Henrique de Coccey, Disput. *De Legato sancto non impuni*, caps. II e III, Bynkershoek, *De foro legatorum*, caps. X, XI, XVI, XVII, XX, etc..

FORO DO CONTRATO

§ XXVII — Tem-se o *foro do contrato* do lugar, onde se prometeu dar ou fazer alguma coisa, ou então onde o contrato ou quase contrato foi feito, porque se entende que consentiu nesse foro, Ord. liv. 3, tit. 6, § 2, e tit. 11, §§ 1 e 3. Portanto, pode-se intentar acção, no foro do contrato, em consequência da obrigação dele decorrente, o que, todavia, deve entender-se, se o réu aí for apanhado, pois o ausente não pode ser aí demandado, e, citado, não é obrigado a comparecer; e esta é a praxe tirada do cap. 1, § *Contrahentes* 3, do tit. *De foro competentis* das Decretais do Livro 6.º, Strykio, Us. mod., ao tit. *De judiciis*, § 31, Lauterbach, ao mesmo tit., § 41. Aquele que contratou com um estrangeiro prestes a partir, e confiou nele o preço, não o pode demandar no lugar do contrato quando ele voltar, pois quem tenciona sair logo dum lugar não consente nesse lugar. Coccey, *Jus Controversum*, ao tit. *De judiciis*, Quaest. XVI. Porém, aquele que, em instrumento público ou como tal havido, renunciou ao seu foro e prometeu responder perante certo e determinado juiz, é perante este que deve ser demandado, posto que aí não seja achado, Ord. liv. 3, tit. 6, § 2. Coisa diferente é de dizer da renúncia geral de foro sem designação

de juiz certo, caso em que o réu não deve ser trazido à presença de qualquer juiz, o que seria demasiado duro e desumano, mas apenas à do juiz do lugar onde for achado, Ord. cit., § 3, Bento Gil, à lei *Ex hoc jure* 5 do tit. *De justitia et jure*, p. 2, cap. 13, claus. 5, nn. 8 e 12. Aquele que aceitou o encargo de tutoria ou curadoria ou administração de quaisquer outros negócios em certo lugar, embora não tenha aí o seu domicílio, é aí que se deverá defender, Ord. liv. 3, tit. 11, § 2, tirada da lei 19, § 1, do tit. *De judiciis*.

FORO DA SITUAÇÃO DA COISA, E DO MALEFÍCIO

§ XXVIII — Segue-se o *foro da situação da coisa* nas acções reais, em que o possuidor pode ser demandado, dentro de ano e dia, ou neste foro ou no foro do seu domicílio, conforme mais aprouver ao autor, Ord. liv. 3, tit. 11, §§ 5 e 6, e tit. 45, § 10, no fim. No direito romano, este foro era perpétuo, leis 1 e últ. do tit. *Vbi in rem actio exerceri debeat* do Código, e lei 1 do tit. *Vbi de possessione agi oporteat* do Código. O foro do *malefício*, de que, permitindo Deus, falaremos nas *Instituições de Direito Criminal* (Tit. XII, § IV), tira-se do lugar onde se começou ou consumou o malefício, Ord. liv. 1, tit. 76, § 1, e liv. 3, tit. 6, no princípio, e § 4.

FORO DA CONTINÊNCIA DE CAUSAS

§ XXIX — A *continência de causas*, que Constantino proíbe se dividam na lei 10 deste tit. do Código, adaptada da lei 2 de igual tit. do Código de Teodósio, sobre a qual deve ver-se Gotofredo, faz competente o juiz incompetente. Ora, há *continência de causas*, quando se recorre ao mesmo juiz, o que acontece ou quando se verificam vários consortes na demanda vindos de jurisdição diversa, caso em que devem ser demanda-

dos perante um juiz superior comum a todos, lei I, § I, e lei 2 do tit. *De quibus rebus ad eundem iudicem eatur*, ou quando as causas são de tal modo conexas, que não se podem separar facilmente, visto uma fazer prejuízo à outra, caso em que devem ser tratadas todas no mesmo juízo. Aham-se vários exemplos tirados do direito romano em Huber, *Com. às Pandectas*, liv. XI, tit. 2, Strykio, *Us. mod.*, os quais foram recebidos no foro pelas leis ou costumes das nações, Thomásio, *Notas* a este mesmo tit. E deste direito usamos. Mendes, na *Praxis Saecularis*, P. I, liv. III, cap. III, § III, n. 13, e P. II, liv. III, cap. III, § III, n. 9.

FORO DA JURISDIÇÃO PRORROGADA

§ XXX — O foro da jurisdição prorrogada nasce da vontade das partes ou da prescrição da lei. Prorroga-se a jurisdição por acordo das partes, quando alguém se submete a juiz alheio, o que se faz *expressamente*, se se renuncia ao foro próprio (§ XXVII), ou *tacitamente*, se se não invoca a prescrição do foro, e responde perante juiz incompetente, desde que a prorrogação da jurisdição deste juiz não esteja proibida, Ord. liv. 3, tit. 49, § 2, Cabedo, P. I, *Decisio 22* (Tit. XIII, § V, Nota). E esta é a prorrogação *voluntária*. A *necessária* resulta da prescrição da lei, isto é, da reconvenção, cuja natureza é que, instituída antes de o autor fazer sua prova, ande no mesmo processo e *pari passu* com a acção, e que só possa ser instituída perante o juiz que o autor livremente escolheu, e em causa de convenção que admita demora, Ord. liv. 3, tit. 33, no princípio, e §§ 1, 7 e 8, Man. 24, Afons. 29. E daqui se segue: 1) que a reconvenção, intentada já depois da lide contestada e de produzidas as testemunhas, deve ser tratada à parte, Ord. cit. tit. 33, § 1; 2) que o autor acciona em nome próprio, pois aquele que acciona em nome alheio, por exemplo como tutor ou curador, não pode ser demandado por dívida própria, Brunnemann, *De*

processu civili, cap. X, n. 14; 3) que o autor é reconvido perante o mesmo juiz que escolheu para a convenção, a quem, por isso, não pode declinar nem dizer suspeito, Ord. cit., §§ 2 e 3, porquanto o autor não deve dedignar-se de ter contra si como juiz aquele cujo arbítrio segue na acção que intentou, lei II, § I, do tit. *De jurisdictione*; 4) que não se institui válidamente reconvenção perante um árbitro, ou porque não tinha jurisdição antes de lhe ser cometida a arbitragem, ou porque não foi escolhido somente pelo consenso do autor, mas pelo do adversário, Ord. cit. § 8; nem 5) em segunda instância, visto que o autor apela por necessidade, e não livremente, Ord. § 7; nem finalmente 6) nas causas criminais ou nas cíveis que, como as de depósito, esbulho e outras, não padecem retardamento, Ord. cit., § 4.

Dizendo-se juiz competente aquele a cuja jurisdição se submete não só a causa a decidir em juízo, mas também a pessoa (§ XXIII), cumpre advertir que não se prorroga a jurisdição *de coisa para coisa, de lugar para lugar, ou de tempo para tempo*, mas somente de *pessoa para pessoa*. Coccey, *Ius controversum*, ao tit. *De jurisdictione*, Quaest. XV. E, no entanto, necessário que o juiz tenha aquela espécie de jurisdição a que pertence a causa prorrogada, Ord. liv. 3, tit. 33, § 5, *ibi*: *A reconvenção não há lugar, nem se pôde fazer, salvo no caso, onde ella he de tal natureza, que o juiz tenha jurisdição para della conhecer*, pois de modo nenhum pode ser prorrogada a jurisdição que o magistrado não possui. Por conseguinte, não admite prorrogação, a jurisdição do Juiz da Índia e Mina, Ord. liv. 1, tit. 51, no fim do princípio, Mendes, na *Praxis*, liv. 1, cap. II, § 4; a do juiz da Coroa e da Fazenda, Ord. liv. 1, tít. 9 e 10; a do juiz dos órfãos, Ord. liv. 1, tit. 88, § 45; a do juiz do crime nas causas cíveis e a do juiz do civil nas causas criminais, Lauterbach, às *Pandectas*, liv. II, tit. I, § 33; a do juiz eclesiástico nas causas temporais contra os leigos, Ord. liv. 2, tit. 1, § 14; mas pode ser prorrogada a jurisdição do juiz secular contra os Clérigos em causas temporais (*Instituições de Direito Público*, Tit. V, § LIX, na Nota), Cabedo, P. I, *Decisio 22*, Pereira, *Decisio 29*.

FORO PRIVILEGIADO EM RAZÃO DA CAUSA

§ XXXI — O foro privilegiado é-o ou em razão da causa ou da pessoa (§ XXIII). São privilegiadas: a meramente eclesiástica, Ord. liv. 2, tit. 20, no princípio: e de outras cousas semelhantes meramente eclesiásticas ou spirituais; as causas pertencentes aos almotacés, Ord. liv. 2, tit. 1, § 20; as fiscais, Ord. liv. 1, tits. 9 e 10, e liv. 3, tit. 5, § 5; e, finalmente, aquelas que ou por lei ou rescrito especial se cometem apenas ao conhecimento de certo juiz. O privilégio da causa é mais forte e excelente que o privilégio da pessoa ao qual deve ser preferido, e este, por sua vez, que o foro comum do domicílio, do contrato e da situação da coisa.

FORO PRIVILEGIADO EM RAZÃO DA PESSOA

§ XXXII — Gozam do foro privilegiado em razão da pessoa como réus: 1) os eclesiásticos (*Instituições de Direito Público*, Tit. V, § XXX); 2) os soldados nas causas criminais, pois nas cíveis usam o foro comum, Alvarás de 24 de Outubro de 1764 e 14 de Fevereiro de 1772, § 2 (*Instituições do Direito Público*, Tit. XI, § XII); 3) os escolares matriculados na Universidade de Coimbra, Ord. liv. 3, tit. 12, § 1, no fim; 4) os Cavaleiros de Malta em todas as causas (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. III, § LIV); 5) os Cavaleiros das Milícias do Reino nas causas criminais (*Instituições*, no mesmo Tit., § XLVIII). Gozam de foro privilegiado, quer demandem, quer sejam demandados: 1) os moedeiros, Ord. liv. 2, tit. 62, tirada duma Extravagante, *apud* Leão, p. 2, tit. 5, Alvará de 22 de Maio de 1733; 2) os Desembargadores e os que usam o privilégio de Desembargadores, Ord. liv. 1, tit. 8, § 6, liv. 2, tit. 59, §§ 10, 11 e 13, liv. 3, tit. 5, no princípio; 3) os juizes deputados, oficiais e tesoureiros do Tribunal da Bula da Cruzada, § 84 do seu Regimento de 10 de Maio de 1634; 4) os impúberes

órfãos de pai, as viúvas, quaisquer mulheres honestas, e as pessoas miseráveis, Ord. liv. 3, tit. 5, §§ 3 e 5, vers. *E todo o que dito he*, lei única do tit. *Quando imperator inter pupillos vel viduas vel alias miserabiles personas cognoscat* do Código, Valasco, *Adlegatio* 65; a estes foi dada a faculdade de escolherem, quer como réus, quer como autores, ou o juiz ordinário do lugar, ou o Corregedor do Cível da Casa do Porto, enquanto faz as vezes de *juiz das acções novas*, Ord. liv. 1, tit. 39, § 2, ou os Corregedores do Cível da Corte. Este privilégio cessa: 1) na viúva donatária, Ord. liv. 3, tit. 5, § 5, no fim; 2) e na não donatária, que expressa ou tácitamente a ele renunciou, Gil, à lei *Ex hoc jure* 5 do tit. *De justitia et jure*, p. 2, cap. 13, Claus. 5, n. 22; 3) ou que tiver contenda com outra igualmente privilegiada, caso em que segue o foro da ré, Ord. cit., § 3, vers. *Porém*; 4) ou com um Desembargador, cujo privilégio é mais forte, na mesma Ord., § 7, e liv. 2, tit. 59, § 13; 5) nas causas fiscais, Ord. liv. 3, tit. 5, § 5; 6) nas causas de almotaceria, Ord. cit., § 9, Extravagantes de 23 de Outubro de 1604 e 9 de Março de 1678, na Colecção I, Nn. 4 e 5, à Ord. liv. 2, tit. 59; 7) nas acções de esbulho, depósito e semelhantes, Ord. liv. 3, tit. 5, § 3, vers. *salvo*. Os Religiosos Mendicantes, se possuírem bens em comum, não são considerados pessoas miseráveis, nem gozam do privilégio de foro, Deliberação do Senado de Lisboa de 7 de Abril de 1607, na Nova Colecção, N. VII (Tit. XIII, § V, Nota).

E são estas as principais pessoas privilegiadas e exceptuadas da jurisdição do juiz ordinário, pois seria longo enumerá-las todas. Porém, segundo eu posso entender, nada mais funesto se pode conceber para a República que este privilégio do foro, pois, além de as demandas se tornarem imortais, difíceis e complicadas, por se costumarem pôr infinitas dúvidas sobre a competência de tal privilégio, que coisa há, pergunto, mais alheia às razões da justiça e humanidade do que fazer vir de longe à Corte, os agricultores, artífices, etc.? E sobretudo a requerimento dos mais poderosos que aí moram, e aí disfrutam de muita autoridade e abundam em muitas riquezas? Seria para desejar que todas as questões se tratassem com a maior simplicidade possível; ora, nada

há mais simples e adequado à razão natural, e mais ao alcance de todos que demandar cada um no foro do domicílio e perante o juiz ordinário do lugar. Devem, por isso, ser suprimidos os foros privilegiados, mormente os pessoais; e igualmente os comuns ou gerais, do contrato, da situação da coisa, e da jurisdição prorrogada por acordo das partes. Porém, de todos o mais tolerável é o foro privilegiado em razão da causa. Mas deixemos isto aos cuidados de Deus.

JUIZOS ECLESIASTICOS, SOBRETUDO DOS BISPOS

§ XXXIII — Ora, porque os juízos são *eclesiásticos* ou *seculares* (§ II), no nome dos primeiros cabem principalmente os *episcopais*, a cujo respeito nada há que lembremos aqui, pois o mais importante já o expusemos no Tit. V das *Instituições de Direito Público*. Apenas nos cumpre acrescentar agora que deve observar-se no foro civil, externo e judicial dos Bispos, o qual depende da autoridade do Imperante tanto, conforme dizem, no *fazer-se*, como no *conservar-se*, a ordem que as nossas leis prescrevem. Por isso, devendo o processo eclesiástico ser ordenado pela norma do secular, são quase ociosas e supérfluas as observações que sobre a ordem processual no juízo eclesiástico fazem designadamente os Pragmáticos, e também o nosso Mendes na *Praxis Ecclesiastica*, liv. II (Tit. XXIII, § XXI, deste Livro).

DA JURISDIÇÃO DO NÚNCIO APOSTOLICO

§ XXXIV — A respeito da jurisdição civil e externa do Núncio Apostólico e da sua Cúria notar-se-á apenas o seguinte: E 1) que esta Cúria só por permissão régia pode ser havida como judicial; 2) que a sua jurisdição é reconhecida por letras do Sumo Pontífice para o Núncio, as quais devem ser inteiramente presentes a El-Rei; 3) que o Rei pode, costuma e deve de seu officio restringir, limitar e modificar as letras exorbitantes;

4) que o Núncio Apostólico apenas pode exercer a jurisdição externa, judiciária e económica, prescrita na carta que lhe é dada em nome del-Rei; se a exceder, compete ao agravado *recurso extraordinário* para o Príncipe, e *ordinário* para o Auditório da Coroa Real. As modificações, que se costumam pôr nas letras apostólicas, são feitas para que ele não possa usar da jurisdição a si confiada, em prejuízo da jurisdição *Ordinária*. Não pode, por isso, alterar a disciplina recebida na Igreja Portuguesa, visitar os Mosteiros mesmo os *isentos*, imiscuir-se no governo e economia particular dos Regulares, mudar as leis e costumes pátrios, julgar em primeira instância quaisquer causas tanto *ordinárias* como *sumárias* atinentes ao foro eclesiástico; no entanto, pode julgá-las em segunda instância, se os litigantes forem isentos, ou em terceira, depois de acabado o juízo do Bispo e do Arcebispo. Exceptua-se o caso de se conceder e provar o agravo, porque então devolve-se a causa à Cúria do Núncio; todavia, deve-se tomar esta excepção em sentido estrito, visto que não sujeita a causa toda ao conhecimento alheio, mas apenas o capítulo especial do agravo. Deve também, quando julga, abster-se das censuras, Extravagante de 18 de Janeiro de 1765; e não pode dar à execução as suas sentenças, tal como também não os Reverendíssimos Bispos, sem implorar o auxílio do Braço secular, Ord. liv. 2, tit. 8, etc...

Quase todas estas normas se contêm na carta que Marco António de Azevedo Coutinho escreveu ao Núncio Apostólico em 14 de Junho de 1744, e que tem por fundamento o próprio Tridentino, Sessão XXIV *De reformatione*, cap. XX. Portanto, agora e já há muito (*Instituições*, Liv. I, Tit. V, § XV, Nota) nós e quase todas as nações, que se gloriam do nome cristão, usamos este direito. Van-Espen, P. I. tit. XXI, cap. IV, Mendes, *De jurisdictione ecclesiastica*, liv. II, cap. I, § VI, Caminha, *De libelis*, Adnot. 72, Covarrubias, *Practicae quaestiones*, cap. 35, § 4, Bobadilla, liv. II, cap. II, *De la jurisdiction Real, y mixto fuero*. Berard, tomo I, *Dissert.* II, cap. IV, *Dissert. Historico-Canonic. de Legat. et Nunt. Apost.*, Seizbourg 1785, *Historie Pragmatique de la Nonciature établie à Munich*, Francfort, 8.º, 1787, *Rela-*

tion du différent élevé depuis peu entre les Archevêques, et Evêques d'Allemagne, et les Nonces du Pape à Munich, et à Cologne. Paris 1787. Finalmente, cumpre notar aqui (pois é sabido de todos) que outrora os Desembargadores da Casa da Suplicação eram Assessores ou *Adjuntos* na Cúria do Nuncio Apostólico; a razão facilmente todos a compreendem; porém, isso acabou por ser proibido no Decreto de 24 de Outubro de 1663, referido nos Comentários da Casa da Suplicação, liv. 10, pág. 187, onde diz: *O Conde Regedor advirta da minha parte aos Desembargadores da Casa da Supplicação, que não convem sejam accessorios da Legacia, tanto pela auctoridade de menos dos meus, quanto pelo encontrado das jurisdicções.* Agora, que em todas as causas, tanto cíveis, como criminaes civelmente intentadas, os Bispos devem ser citados apenas perante o juiz secular, e não perante o Nuncio, é determinação que ninguém ignora, Ord. liv. 2, tit. 1, no principio, e § 6, liv. 1, tit. 8, § 3, e liv. 3, tit. 6, § último (*Instituições*, Liv. I, Tit. V, § XXIII).

TITULO VIII

DAQUELES POR MEIO DOS QUAIS PODEMOS EXERCITAR ACÇÕES

QUE PESSOAS PODEM PATROCINAR EM JUÍZO

§ I — Em juízo podem prestar ou negar o seu patrocínio não só os advogados e procuradores, de quem falámos no Tit. III, §§ X e XI, e por meio dos quais tratamos as nossas questões, mas também os *defensores, assistentes, e oponentes.*

OS DEFENSORES

§ II — Os *defensores* defendem sem mandato o réu acusado de crime em juízo; diferem dos procuradores, porque estes são constituídos por mandato, e dos gestores de negócios, porque estes intervêm extrajudicialmente nos negócios cíveis. Ora, como os defensores apenas são admitidos nas causas criminaes, Ord. liv. 3, tit. 7, §§ 2 e 3, trataremos deles em seu lugar (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XIII, § VI).

No direito romano admitem-se os defensores mesmo nas causas cíveis em favor do réu ausente, sendo o autor obrigado a mover e a aceitar a lide com eles, depois de haverem prestado caução de *judicatio solvendo* (de pagar o julgado), § 5 do tit. *De satisfactionibus* das Institutas, e a caução *de rato* (de ratificação) na acção de reivindicação

da coisa, visto o dono ao regressar a poder reivindicar, lei 40, § 2, do tit. *De procuratoribus*, Huber, ao mesmo tit., art. *De defensoribus*. Porém, as nossas leis desconhecem-nos nestas causas.

OS ESCUSADORES

§ III — Aquele que não defende, mas justifica a ausência do réu que, chamado, não compareceu em juízo onde é acusado dum crime ou demandado por alguma coisa, chama-se *escusador*. É admitido tanto nas causas-crimes (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XIII, § VI, Tit. XXII, § IV), Ord. liv. 3, tit. 7, § 3, e liv. 5, tit. 126, § 4, como nas cíveis, desde que lhe seja passado mandato, Ord. liv. 3, tit. 20, § 3; é, por isso, um *procurador especial* para este efeito.

OS ASSISTENTES

§ IV — Chama-se *assistente* que defende a sua causa e a alheia àquele que vem a juízo para ajudar o autor ou o réu, como o filho ao pai em causa de morgado, Cabedo, P. II, *Arestos* LXXXVI, o senhorio directo ao enfiteuta em causa enfiteutica, o vendedor ao comprador a quem é pedida a coisa vendida e entregue, e, em suma, todos os autores que por qualquer título oneroso transferiram para outro a coisa em seu nome, se o réu for demandado por essa coisa, Ord. liv. 3, tit. 45 (Tit. IV, § XII). O assistente pode intervir antes e depois da contestação da lide, e até depois da sentença que não passou em coisa julgada; no entanto, é obrigado a tomar o feito nos termos em que ele estiver, e não é admitido sem que immediata e sumariamente prove possuir interesse em ser adjunto à demanda, a fim de não parecer que se intromete para a retardar, Ord. liv. 3, tit. 20, § 32, cap. últ. do tit. *Vt lite pendente* das Decretais do Liv. 6.º, Cabedo, P. II, *Decisio* 97, §§ 13, 14 e 15, Huber citado.

OS Oponentes

§ V — O *oponente* vem à demanda e é adjunto a ela, para excluir, e não para ajudar, ambos os litigantes; é, pois, um verdadeiro autor. A causa de opposição deve ser tratada no mesmo processo com a causa principal, se o oponente intervier antes de se dar lugar à prova, mas, se intervier depois, correrá em feito apartado, Ord. liv. 3, tit. 20, § 31, tirada da Extravagante de D. João III de 5 de Julho de 1526, § 28 (*apud* Leão, p. 3, tit. 1, lei 7), Barbosa, à lei *Si alienam* II, nn. 16 e segs. do tit. *Solutio matrimonio*. Porém, tanto os assistentes como os oponentes são obrigados a jurar que intervêm em juízo para prosseguir o seu direito, e não para oprimir a outrem, ou prolongar o feito, Ord. liv. 3, tit. 45, § 1, no fim.

(Continua)

PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE

(Tradução do Dr. Miguel Pinto de Meneses)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS (*)

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

TÍTULO IX

DO CHAMAMENTO A JUÍZO

O QUE É CITAÇÃO

§ I — Por chamamento a juízo entendemos aqui a moderna citação, a qual na definição de Schilter, Exercit. VII, é a *Ordem pela qual o juiz competente manda, a pedido do adversário, comparecer o réu em juízo em certo dia, com o fim de prosseguir a demanda ou outro negócio.*

SUA NECESSIDADE

§ II — A citação é tão necessária em todas as causas mesmo notórias, que sem ela o processo é nenhum, pois é indispensável à defesa do réu, Ord. liv. 3, tit. 63, § 5, e tit. 75, no princípio. (Tit. VII, §§ V e XIII), o que se deve entender somente da primeira citação.

NÃO PODE SER RENUNCIADA

§ III — Não pode, por isso, ser renunciada, pois a dignidade e autoridade dos juízos não admite se possa decretar coisa alguma sem se ouvir a parte, lei 7 do tit. *Quomodo et quando*

(*) Continuação do *Boletim*, n.º 168

judex, Coccey, *Jus controversum*, nos comentários a este tit., quaestio VI. Por este motivo não vale nem a convenção, nem a sentença que manda fazer execução nos bens do devedor, sem este ser ouvido e citado, Ord. liv. 4, tit. 72, Man. tit. 4, Afons. 7. Semelhantemente, a cláusula *depositária* de não ouvir o devedor, sem primeiro se darem e tomarem penhores, parece tolher a defesa natural; foi, por isso, justamente proscrita pela Carta de Lei de 31 de Maio de 1774.

QUANTAS ESPECIES DE CITAÇÕES

§ IV — Prosseguindo, a citação ou é *verbal*, isto é, feita oralmente ou *por escrito*, e só desta aqui falamos, ou *real*, quando a pessoa ou coisa é apreendida, e esta se chama *arresto*. A *verbal* ou é feita ao próprio réu por *boca* ou por *escrito*, ou na sua casa, ou por *éditos* públicos; e esta, por sua vez, ou é *geral* para todas as causas, ou *particular*; e ou *peremptória*, quando o juiz procede à revelia contra o réu que não comparece, ou *dilatória*, quando não procede; e, finalmente, *mediata*, a que não carece de auxílio de outro juiz, ou *mediata*, quando carece. Tanto as leis estrangeiras como as pátrias reconhecem estas divisões.

QUE COISAS DEVE COMPREENDER

§ V — A citação deve compreender o nome do juiz, ou pelo menos o seu officio, os nomes do autor e do réu, e a causa por que se é chamado a juízo; o lugar onde será julgado, o dia em que é obrigado a comparecer, e, finalmente, deve declarar se tem de apparecer pessoalmente, se por procurador, Ord. liv. 3, tit. 1, § 5; de facto, o juiz pode, officiosamente ou a pedido do autor, citar o réu a vir em pessoa, mesmo nas causas cíveis (das criminaes ninguém duvida), conforme a opinião de Jasão, no n. 5 dos Comentários à lei 2 do tit. *De procuratoribus* do

Código, que foi aprovada na Ord. liv. 3, tit. 7, Man. liv. 3, tit. 7, Afons. tit. 8. Porém, não se conta no termo o dia em que este foi assinado, Ord. liv. 3, tit. 13, Man. 12, Afons. 18 e 19.

E POR QUEM DEVE SER DECRETADA

§ VI — Ora, a citação deve ser decretada pelo juiz competente que é aquele que pode nomear o réu, Ord. cit., §§ 2, 4 e 5. A ordem do juiz manifestamente incompetente despreza-se impunemente, mas na dúvida o réu deve comparecer e alegar a incompetência, lei 2 do tit. *Si quis in jus vocatus nom terit*, lei 5 do tit. *De judiciis*, Boehmero, ao tit. *De in jus vocando*, § 7, Brunneinan, *Processus civilis*, cap. 4, § I, Coccey, *Jus controversum*, ao tit. *Si quis in jus vocatus*.

DA CITAÇÃO EM PESSOA

§ VII — Sòmente o réu principal, e não o seu procurador, deve ser citado no começo da demanda, motivo por que lhe chamam citação *in faciem* (de face a face), ou *in personam* (em pessoa), Ord. liv. 3, tit. 2, no princípio. Porém, se o réu for ausente da sua comarca, poderá ser citado o seu procurador, se tiver procuração geral, ou especial suficiente para o acto, na mesma Ord., Valasco, *Consult.* 144, Febo, P. I, *Decisio* 4 (Tit. X, § IV, deste Livro).

DA CITAÇÃO EM CASA

§ VIII — Se o réu se ausenta ou esconde para não ser citado, ainda que seja certo o lugar onde está, deve ser citado *ad domum* (à porta de casa), perante sua mulher, ou familiares, ou vizinhos e amigos, aos quais deve ser requerido que notifiquem a citação ao ausente, logo que ele chegue. Porém, esta

citação só deve ser decretada, se o juiz souber que o réu se quer esconder, ou por inquirição sumária, Ord., liv. 3, tit. 1, § 9, vers. *Salvo*, ou por testemunho do official, segundo outra Ord. liv. 3, tit. 84, § 7, lei 4, §§ 5 e 6, do tit. *De damno infecto*, cap. 3 do tit. *De dolo et contumacia* das Decretais.

CITAÇÃO EDITAL

§ IX — A *citação edital* tem lugar, quando se chama a juízo pessoa incerta, por exemplo, os herdeiros de Tício, ou pessoa certa mas que está em lugar incerto ou perigoso, como aquele em que corre peste. E, se todas e cada uma destas coisas constarem da inquirição previamente feita por meio de duas testemunhas ao menos, o juiz decreta a citação edital e são dados pregões públicos nos lugares mais vizinhos do domicílio do réu, Ord. liv. 3, tit. 1, § 8, e liv. 2, tit. 53, § 1.

Os que se acolhem a casa dos poderosos, para não serem inquietados pelos credores, embora estejam em lugar certo, são citados por editos, Ord. liv. 5, tit. 104, § 4 (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XXII, § 11).

CITAÇÃO REQUISITORIA OU SUBSIDIÁRIA

§ X — Quando a citação não pode ser feita pelo juiz a cuja presença é chamado o réu, pelo facto de este não estar sujeito à sua jurisdição, porque, por exemplo, vive noutra lugar, então o magistrado do lugar onde o réu está, é requerido para que o queira citar e marcar-lhe o dia em que deve comparecer na presença do juiz para quem é chamado; e esta é a *citação requisitória, mediata* ou *subsidiária*, na qual se devem exprimir todos os elementos que dissemos no § V, Ord. liv. 3, tit. 1, §§ 4, 5, 6 e 7; e, além disso, deve declarar-se a razão por que o réu é submetido ao foro e jurisdição desse juiz. O juiz requerido

decreta a citação que deve ser feita pelo seu official, e, se se recusar a decretá-la, é constringido pelo superior, depois de interposta apelação ou agravo, e incorre, por isso, nas penas estabelecidas na Ord. liv. 5, tit. 119, § último. Barbosa, no n. 97 à lei *Heres absens* 19, § 1, do tit. *De judiciis*.

Os juizes superiores, como os Corregedores, determinam de seu direito a citação, sem pedirem aos inferiores, dentro dos termos da sua jurisdição civil, Ord. liv. 3, tit. 1, § 5, *ibi: E as cartas que forem dos superiores, irão geralmente dirigidas a qualquer Tabellião, a que as Cartas forem mostradas*. Boehmero, no n. 13 ao tit. *De in jus vocando*. Fora do seu território todos os juizes usam as cartas rogatórias concebidas segundo fórmulas usadas no foro (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XIV, § V, Nota); as antigas, de facto bastante elegantes, das quais as modernas são uma cópia, acham-se na Ord. Afons. liv. 3, tits. 10, 11 e 12. Porém, nessas cartas, para que se não digam incivis, deve pôr-se, primeiro, o nome do juiz *deprecado*, isto é, aquele cujo auxílio se implora, e depois o nome do juiz *deprecante*, se não for inferior ao primeiro e sujeito à sua jurisdição, requisitos estes indispensáveis no seu conjunto. João Tomé Negreiros, *Introductio ad leges criminales*, cap. XXIII, desde o n. 24, Jacobo Gotofredo, *Diatombe De jure praecedentiae*, Deliberação do Senado de Lisboa, de 22 de Fevereiro de 1742, *apud*, Nova Colecção, Nn. 210 e 125, 190.

CITAÇÃO GERAL NO COMEÇO DA DEMANDA

§ XI — A citação feita simplesmente no começo da demanda é geral e compreende todos os actos judiciaes até à sentença definitiva, Ord. liv. 3, tit. 1, § 13. Exceptua-se a produção de testemunhas, na qual se requer a citação especial do adversário, Ord. cit., vers. *Porém*, Cabedo, P. II, Aresto XXXV. Há necessidade de nova citação na segunda instância para prossecução da apelação e em causa de execução, segundo a dita Ord., *ibi: até sentença definitiva inclusive*. Portanto, não há que fazer conta da sentença do Senado em contrário que vem em Febo, P. I, Aresto XX. No direito romano, que chamamos

comum, requer-se citação especial em cada negócio, lei 47 do tit. *De re iudicata*, Valasco na *Praxis partitioium*, cap. XI, n. 13.

A citação diz-se *geral* ou em razão do *juízo*, quando o réu é chamado por uma só citação para todas as partes e actos do juízo, Ord. liv. 3, tit. 1, § 13, ou em razão das *coisas*, se alguém é chamado por causa da administração de muitas coisas, como mandato, sociedade de todos os bens e semelhantes, ou em razão das *pessoas*, quando se chamam todos os consortes interessados nalguma questão, como credores, herdeiros, etc. Huber, no n. 13 ao tit. *De in jus vocando*.

A CHAMADA CITAÇÃO «IN ANIMAM»

§ XII — É frequentíssima a chamada citação *in animam* (de alma), pela qual se confia a decisão da causa, sobre a qual o réu é chamado a juízo, ao juramento do mesmo réu com a condição de o juramento ser referido ao autor, no caso de o réu não querer jurar ou não comparecer dentro de duas audiências. Este juramento só tem lugar nas citações *ad faciem* (de face a face), *ad domum* (em casa), e não na citação *edital*, Febo, P. I, Aresto XXXII; e deve ser feita tão-sómente pelo escrivão e não pelo porteiro, Ord. liv. 1, tit. 49, § 1, Febo, P. II, Aresto XXII, visto que, se for feita pelo porteiro, o réu sofrerá grave prejuízo. É admitida apenas entre contraentes, e só por facto próprio, pois ninguém é obrigado a cumprir o juramento alheio ou a jurar por facto doutro, Ord. liv. 3, tit. 59, § 6, Mendes, na *Praxis Saecularis*, P. I, liv. III, cap. I, § 1, e P. II, no mesmo. Como esta citação parece pertencer apenas à jurisdição *voluntária*, nenhum lugar se deixa aqui à prescrição do foro.

O uso desta citação vê-se genéricamente reprovado pela Ordenação, liv. 1, tit. 49, § 1, com excepção do caso em que o citado por qualquer modo não compareceu em juízo, caso este em que o réu pode ser, como dizem, citado *in animam*, mas pelo escrivão, e não pelo porteiro. Obstat as Ord. liv. 3, tit. 53, § 13, e tit. 59, § 5, nas quais semelhante juramento e citação se admitem feitos pelo porteiro. Porém,

como hoje dificilmente se usam as citações pelo porteiro, e o uso da citação *in animam* se acha recebido por longuíssimo costume do foro e por Decreto especial de 10 de Maio de 1790, é totalmente inútil a questão sobre a verdadeira intelligência das ditas Ordenações; no entanto, veja-se Pegas, *Forenses*, cap. II. Na verdade, este juramento acha-se expressamente aprovado na Ord. Afons. liv. 3, tit. 64, § 11, *ibi: Pero se a parte, que quer demandar, disser ao juiz que quer deixar no juramento do Reo a cousa, que lhe entende demandar.. E se esta parte citada disser per juramento dos Avangelhos, e negar o que lhe o Author diz, e demanda, o Juiz o absolva logo da demanda* (Tit. XIX, § II, deste Livro).

PENA PARA O REU QUE NÃO COMPARECE

§ XIII — O réu que não cumpre a obrigação de comparecer no tribunal, isto é, aquele que não comparece em juízo no dia fixado, decorrido este dia e outros três, que por longo costume do foro lhe são concedidos, é condenado por contumácia própria, imediatamente e sem ser ouvido; e, mesmo que apareça depois, não deve ser ouvido sobre a parte anterior do processo, pois recebe o feito no estado em que ele então se achar, Ord. liv. 3, tit. 15, no princ., e § 1 (Tit. XI, § VII). Por isso, se ele se apresenta em juízo depois de proferida a sentença, pode sempre apelar dela, caso ainda não tenha passado em coisa julgada; mas é diferente, se a sentença passou em coisa julgada, ou então no caso de o réu ser um verdadeiro contumaz, versado no dolo e deste convicto; e assim se entendem e conciliam a Ord. liv. 3, tit. 15, § 1, e tit. 79, § 3 do mesmo livro, Febo, P. I, *Decisio* 79. Pode, no entanto, o contumaz, a quem se nega apelação, embargar a execução da sentença dentro dos seis dias que se dão a qualquer condenado, Ord. liv. 3, tit. 87, § 3.

Verifica-se a contumácia (para nós *revelia*), quando alguém não obedece ao juiz, e pode ser cometida de vários modos tanto pelo autor como pelo réu, mas consiste principalmente ou *em não comparecer* ou

em não responder, e anda junta ao dolo ou sem ele. Bohemero, *EXERCIT.* XXIV às *Pandectas*, e ao tit. *Quibus ex causis in possessionem eatur* do *Digesto*. A pena, estabelecida na cit. *Ord. tit. 15* contra o réu contumaz que chamamos *revel*, foi pela primeira vez estatuída nas leis de D. Fernando e D. João I, transcritas no Código Afonsino, liv. 3, tit. 27. Por uma lei de D. Dinis podia purgar-se a contumácia dentro de ano e dia contados da proferição da sentença, prazo este que, posteriormente, foi restringido para quatro meses, *Ord. Afonsina citada*, tomo I, das *Leis Antigas*, pág. 112 da minha edição, *Autêntica Qui semel*, vers. *Quod si* do tit. *Quomodo et quando iudex* do Código, a qual parece ter servido de fundamento àquela lei dionisiana. A imissão, por benefício do primeiro ou segundo decreto, na posse dos bens do devedor, que por mau dolo esconde ou não comparece, matéria de que tratam o tit. *Quibus ex causis in possessionem eatur* do *Digesto*, e os caps. 1 e 2 do tit. *De eo qui militur in possessionem* das *Decretais*, foi proibida pela mesma *Ord. liv. 3, tit. 15*, no fim do princípio (*Instituições*, Liv. III, Tit. XIV, § VI).

E PARA O AUTOR QUE NÃO COMPARECE

§ XIV — Se for o autor a não comparecer por contumácia no dia fixado, o réu ou prossegue a demanda sem se ouvir o autor, ou pede a absolvição da instância, sem pagamento das custas. E, se o autor não comparecer à segunda e terceira citações, perime-se a instância, a demanda e a acção, *Ord. liv. 3, tit. 20, § 18*, e tit. 14, *Man. 13, Afons. 17 e 42*, tiradas do cap. 1 do tit. *De dolo et contumacia* das *Decretais* do Liv. 6.º, *Novela 112, cap. 3*.

Da sentença de absolvição da instância ou demanda não compete apelação, mas o recurso que toma o nome especial de *agravo per instrumento ou petição*, *Ord. liv. 3, tit. 14*, no fim do princípio, e tit. 20, § 18. Obsta a *Ord. liv. 3, tit. 20, § 6*, que também concede a apelação, *ibi: poterá appellar, ou agravar*. Mas, como concede ambos os recursos sob condição, *ibi: quai no caso couber*, a apelação não pode ter lugar no caso proposto, visto que apenas se admite apelação da verdadeira sentença *definitiva* (veja-se, querendo, o *Tit. XXIII, §§ VI e segs.*).

§ XV — E, assim, as duas primeiras citações chamam-se, e bem, *dilatórias*, pois não extinguem, mas dilatam a demanda; e a terceira chama-se *peremptória*, visto que perime não só a instância ou juízo aceito, mas toda a demanda e discussão, *Ord. liv. 3, tit. 14*, no princípio, leis 68, 69 e 70, do tit. *De iudiciis*.

PESSOAS QUE NÃO PODEM SER CHAMADAS A JUÍZO

§ XVI — Todos podem ser chamados a juízo, se não obstar lei especial que o proíba totalmente ou em certas condições. Ora, é totalmente proibido citar: 1) as crianças, os impúberes e os mentecaptos, *Ord. liv. 3, tit. 29, § 1*, e tit. 41, § 8; 2) os púberes sòzinhos sem os tutores ou curadores, *Ord. cit.*; 3) os Clérigos enquanto celebram o Ofício Divino; 4) as pessoas que estiverem ouvindo o Ofício Divino, *Ord. liv. 3, tit. 9, § 7, Valasco, Consult. 81*; 5) os noivos durante os nove dias seguintes ao casamento, na mesma *Ord.*, § 8; 6) o homem, a mulher, os filhos, e os irmãos dentro também dos nove dias destinados ao luto, § 9; 7) os que participam em funerais, até o corpo ser enterrado, no mesmo §; 8) os enfermos durante nove dias, os quais podem ser prorrogados apenas uma vez, se a doença continuar, § 10; 9) os detidos em cárcere público, ou na própria casa sob livre custódia, mas nas causas cíveis de mais grave importância, pois nas mais leves e mesmo nas muito graves já começadas bem podem ser citados para seguirem a demanda, § 12. Finalmente, ninguém pode ser chamado a juízo em sua casa por porteiro, mas já pode por escrivão ou tabelião, *Ord. cit.*, § último.

Na Ordenação Afonsina, liv. 3, tit. 9, § 17, proibia-se genericamente a citação de alguém em sua própria casa, mas as Ordenações posteriores concederam se fizesse a citação por meio de escrivão ou tabelião. Porém, estas Ordenações foram deduzidas da má inteligência

las leis 18 e 21 do tit. *De in jus vocando*, as quais, como falam do antigo e ofensivo chamamento a juízo, são indevidamente applicadas à moderna citação; todavia, usamos este direito.

E OS QUE NÃO PODEM SER CITADOS SEM LICENÇA RÉGIA

§ XVII — Sem consulta del-Rei e sem sua expressa licença despachada no Desembargo do Paço, § 46 do respectivo Regimento, não podem ser citados: 1) o Senado de qualquer lugar ou Concelho de moradores, Ord. liv. 3, tit. 8, Man. 6, Afons. 7; 2) os magistrados temporários nas causas cíveis, durante o seu officio, Ord. cit., tits. 8 e 9, no princípio; todavia, pode executar-se, sem prévia licença, a sentença contra eles dada no tempo em que ainda não eram magistrados. Cabedo, P. II, Aresto II. Nos feitos crimes não é necessária licença régia, podendo eles ser citados tanto pelos delitos comuns, como pelos próprios cometidos no officio, Ord. citada, perante o Corregedor do Crime da Corte, Ord. liv. 3, tit. 6, § 5, e liv. 1, tit. 7, § 6, Cabedo, P. I, *Decisio* 209; entretanto deve cometer-se o seu officio a outrem, Ord. liv. 1, tit. 100, e liv. 3, tit. 9, no fim do princípio. Os magistrados perpétuos, como os Desembargadores, etc., podem citar e ser citados em todas as causas sem licença alguma, Ord. cit., *ibi*: *Julgador temporal*. Constitui, porém, um caso especial o facto de os Desembargadores, que julgaram contra as leis e constituições, não poderem ser chamados a juízo por isso, segundo o Decreto da Relação de Lisboa, de 28 de Novembro de 1634, na Nova Colecção, N. LVIII. Nesta matéria devem ser considerados como particulares os juizes pedâneos, os vereadores e os almotacéis, pois não são própria-mente magistrados, nem exercem jurisdição própria, mas económica. Febo, P. II, Aresto XIX, n. 2.

E OS QUE NÃO PODEM SER CITADOS SEM LICENÇA DO JUIZ

§ XVIII — Não podem ser citadas, sem licença do juiz, as pessoas a quem é devida reverência, como os pais naturais e adoptivos de qualquer sexo e grau, e os patronos ou patronas de qualquer género, Ord. liv. 3, tit. 9, §§ 1 e segs.; mas, se estes tais forem citados, podem pedir para si, contra o que os citar, a pena de cinquenta cruzados, Ord. cit., vers. *E o que o contrario*, tirada da lei 4, §§ 2 e 3, leis 5, 6, 7, 8, 9 e 10 e últ. do tit. *De in jus vocando* do Digesto, as quais, como falam do antigo chamamento a juízo que se fazia por autoridade própria e pela violência, não devem hoje ter lugar. Thomásio, Notas a este tit., Strykio, *Vs. mod.*, ibidem, Usualdo, nos Com. a Donell, liv. XXIII, cap. II, letra Z. No entanto, nós usamos este direito por viciosa intelligência e applicação do direito romano.

A CITAÇÃO É UM ACTO JUDICIAL, E CONSECTARIOS DAÍ DERIVADOS

§ XIX — Ora, porque a citação é um acto judicial, segue-se daí: 1) que não pode ser feita de noite, Ord. liv. 3, tit. 1, § 16; 2) por mensageiro a que não se tributa fé pública, Ord. cit., §§ 1 e segs.; 3) em dias feriados à honra de Deus, na mesma Ord. § 17, ainda que por accordo das partes, Ord. liv. 3, tit. 18, no princípio, o que se deve entender mesmo para o caso de se ser citado para responder em dia não feriado, salvo se houver perigo na demora, dito § 17; no entanto, é válida a citação feita em dia fasto (útil), embora o termo caia em dia nefasto (feriado), caso em que o réu deve comparecer no dia seguinte, e este direito usamos no foro, de harmonia com o cap. *Cum dilecti* 6 do tit. *De dolo et contumacia*. É também nula a citação feita durante as férias humanas (1), salvo se as partes nela consentirem, segundo a cit. Ord. tit. 18, § 2.

(1) *Férias humanas* eram os dois meses de férias judiciais, concedidos para a colheita do pão e do vinho.

§ XX — Muito embora em regra a citação não possa ser feita por um particular nem por um oficial da Justiça sem mandado do juiz, todavia já há muito foi recebido pelos costumes antigos que com licença do Regedor da Casa da Suplicação, do Governador da Casa de Porto e do Chanceler-Mor do Reino, devido à sua amplíssima dignidade, e com licença do Chanceler da Casa da Suplicação, do juiz da Chancelaria, e dos Corregedores da Corte, devido à enorme quantidade de tarefas em que estão envolvidos, um particular possa citar na presença duma só testemunha, Ord. liv. 3, tit. 1, no princípio, e livro 1, tit. 2, § 18, e tit. 4, § 11. Sem ordem do juiz e a pedido só do autor pode o porteiro citar no lugar, onde se ministra justiça, e seus arrabaldes; nos outros lugares, dentro embora dos termos da jurisdição civil, requer-se mandado do juiz, Ord. liv. 3, tit. 1, § 1.

Este é o primeiro e autêntico modo de citação que figura à cabeça nos três Códigos públicos do Reino, liv. 3, tit. 1, no princípio. Portanto, com licença oral ou escrita dos Magistrados superiores aí mencionados, a parte ou qualquer outra pessoa em seu nome pode citar o adversário. Na Ordenação Afonsina, chama-se a este modo de chamar a juízo citação *per palha*. Porém, nas notas e no compêndio parece escrito *palha* em vez de *palavra*, o que é inteiramente de supor, pois a referida palavra não tem significação nenhuma aplicável à matéria de que se trata. (Veja-se Heinéccio, *Elementa Iuris Germanici*, liv. III, Tit. III, § 110, *Elucidar.*, no *Supplement.*, art. *Fuste*). Quanto a dizer-se na mesma Ord. § 1 (e liv. 1, tit. 72, § 12) que o porteiro pode citar na cidade e subúrbios sem conhecimento do juiz, não se trata dum modo de citar recebido em toda a parte, nem é realmente admissível em todas as causas; mas eu apenas exceptuaria da regra a citação para aluguer de casas, de harmonia com a Ord. liv. 4, tit. 23, § último. Os nobres são citados por tabelião, escrivão e amanuense, com carta em que constem o mandado do juiz, a causa da citação, etc... Maranta, *De ord. judic.*, p. 6, *De citatione*, n. 76, Pegas, à Ord. liv. 3, tit. 1, § 1, n. 48.

§ XXI — A citação só pode ser feita por meio daqueles oficiais a que tributamos fé pública, e tais são os tabeliães, escrivães e porteiros; no entanto, estes, como já acima advertimos (§ XX), estão proibidos de citar os nobres, e entrar no domicílio de quem quer que seja para fazer a citação (§ XVI). Portanto, não podem citar: 1) os juizes; exceptuam-se os pedâneos que chamamos *da vintena*, quando citam por mandado do juiz *ordinário* ou *de fora*; no entanto, a sua citação não faz fé fora do território, se não for exarada em instrumento público por um tabelião, ou, na ausência deste, um escrivão da Câmara, Ord. liv. 3, tit. 1, § 4; 2) os alcaides e meirinhos; 3) os seus ajudantes (*homens da vara, quadrilheiros*), e assim se estabeleceu no cap. XLII das Cortes de Évora do reinado de D. Afonso III. É que estes oficiais e outros semelhantes não gozam de fé pública, pois foram criados para repelir a força armada e proteger a autoridade dos juizes.

DA CHAMADA CITAÇÃO «PER CARTA DE CAMERA»

§ XXII — A citação especialmente chamada *per carta de camera* é decretada no Desembargo do Paço. São por este modo citados os Infantes, Duques, Marqueses, etc., que vivem fora da Corte ou do território de cinco léguas ao seu redor, Ord. liv. 1, tit. 7, no princípio, *ibi: no lugar, onde nós stivermos, e de redor cinco legoas*; Cabedo, P. I, *Decisio* 13, n. 3. Os que se acham na Corte são citados pelo escrivão, tanto para causa nova, como para continuar e concluir a já começada, com excepção da Rainha, que, em todas as causas, só pode ser citada pelo modo acima referido, Ord. liv. 3, tit. 1, § último, tirada duma Deliberação do Senado tomada no reinado de D. Manuel em 31 de Dezembro de 1502, *apud* Leão, p. 3, tit. 1, lei 1,

Cabedo, P. I, *Decisio* 179. Manuel Barbosa, na Remissão a esta Ord., e Leitão na *Praxis finium regundorum*, cap. VIII, n. 11, exibem a fórmula desta citação.

E DA CITAÇÃO CIRCUNDUCTA

§ XXIII — Chamamos *circuncta* àquela citação que se torna inútil por deserção do foro, como quando os litigantes ou só o autor não comparecem no dia marcado, Ord. liv. 3, tit. 1, § 18, ou comparecendo abandonam a demanda começada; neste caso, se passarem seis meses sem se falar ao feito, é necessária nova citação para se tornar a ele, Ord. cit., § 15, e liv. 1, tit. 84, § 28, Cabedo, P. I, *Decisio* 181, e P. II, *Decisio* 15, nn. 7, 8 e 9.

EFEITOS DA CITAÇÃO

§ XXIV — São conhecidos os vários efeitos da citação. E o 1) é que ela obriga o citado a comparecer em juízo, Ord. liv. 3, tit. 15 (§ XIII); 2) como a lide começa a partir dela, faz a coisa litigiosa, Ord. liv. 4, tit. 10, no princ.; 3) interrompe a prescrição, Ord. liv. 4, tit. 79, § 1; 4) induz a litis-pendência, últ. Clementina do tit. *Vi lite pendente*; por consequência, entretanto nada se pode *innovar*, e o que se inovar é um *verdadeiro atentado* e deve ser restituído, Lancelott, *De adtentato*, p. 3, cap. 26, nn. 27 e segs.; 5) dá a prevenção ao juiz para cuja presença o réu foi primeiramente chamado. Huber, na *Praelectio* a este tit., n. 19, Strykio, *Vs mod.*, ao tit. *De judiciis*, n. 4, no fim.

TITULO X

DO OFERECIMENTO DO LIBELO

O QUE E O LIBELO

§ I — A própria ordem do processo pertence, primeiro que tudo, a apresentação do libelo, nome pelo qual se entende a *petição que o autor apresenta em juízo e na qual se contém a descrição do facto, o fundamento da acção, e a devida pretensão*, lei 3, do tit. *De edendo*, do Código, Boehmero, ao mesmo tit. *in Pandect.*, n. II.

QUE COISAS DEVE CONTER O LIBELO

§ II — O libelo deve ser: 1) breve; há, por isso, que eliminar dele todas as coisas supérfluas, como os artigos respeitantes às excepções do réu, as quais o autor deve aguardar e não prevenir, pois, antes de se pensar em repelir as excepções, tem que ser feita a litis-contestação, Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, neste tit., n. 3, no fim; 2) *claro* e evidente, por forma que facilmente se entenda não só o facto mas também a intenção do autor, Autêntica *Offeratur* do tit. *De litis contestatione* do Código; 3) *apto*, isto é, adequado ao negócio, porquanto o libelo inepto é rejeitado officiosamente pelo juiz, ou pelo adver-

sário, Ord. liv. 3, tit. 20, § 16; 4) *certo*, para que o réu entenda o que e quanto lhe é pedido, Ord. cit. § 5; 5) *simples*, ou distinto por artigos, embora breves, e necessários; de facto, o libelo *articulado* não está proibido entre nós, sendo até mais recebido no foro que o *simples*; 6) *bem ordenado*, e disposto segundo as fórmulas usadas no foro, as quais, se nem sempre necessárias, são úteis. Além disso, deve declarar-se no libelo o nome dos litigantes, pois hoje não se exige o nome do juiz, e basta se designe de qualquer modo o seu officio e a qualidade do juízo; depois, deve narrar-se o facto donde nasce o direito, e a causa donde provém a acção, cujo nome, no entanto, não é necessário expressar, cap. 6 do tit. *De judiciis*. Por isso, deve designar-se, nas *acções reais*, a própria espécie do *direito real*, em consequência da qual se acciona, e, nas *acções pessoais*, a *causa especial do débito*. Finalmente, deve-se expor tudo tão clara e manifestamente, que da exposição resulte a *recta conclusão*, isto é, a condenação do réu demandado. Huber, na *Praelectio* ao tit. *De edendo*, nn. 5, 6, 7 e 8 (Tit. XV, § II).

Diz-se que o libelo tem três partes, a *narração do facto*, a *causa da conclusão*, e a *própria conclusão*, e, por isso, chamam-lhe, e bem, *silogismo jurídico*, em que a premissa maior é a narração do facto, a menor a causa de pedir, e a *conclusão* a condenação do réu. Tuldén, no n. 4 ao tit. *De edendo* do Código. Na acção *ex emptio* (de coisa comprada), por exemplo, tudo quanto constitui a substância do libelo se resolve neste silogismo: o comprador, a quem a coisa foi entregue, deve pagar o preço pelo qual é demandado; ora, Tício naquele dia e neste lugar comprou tal coisa que lhe foi entregue — eis a menor, cujo fundamento é a causa especial do débito; logo, é obrigado a pagar o preço combinado, e por isso deve ser condenado. No início deste trabalho, pensei em escrever aqui as fórmulas dos libelos, mas mudei de opinião e omito-as, quer para não alongar este livro, quer especialmente porque as vejo primorosa e perfeitamente descritas pelo nosso Caminha no *Tratado da forma dos libellos*, que preferentemente recomendo aos leitores, pois é breve, bem e suavemente disposto. e nas quase sempre úteis *Adnotationes* que João Martins da Costa faz aquella obra (Lisboa, 1608, in folio).

QUANDO E NECESSÁRIO O LIBELO ESCRITO

§ III — O libelo, isto é, a petição em que o autor expõe o seu desejo ao juiz, é necessário em todas as causas, mas não é necessário que seja feito por escrito. Por isso, nas causas ordinárias e nas mais graves, o libelo deve ser oferecido por escrito; nas menos importantes e sumárias, basta que o autor exponha perante o juiz competente a sua petição e intenção por palavras que o amanuense irá reduzindo a escrito, Ord. liv. 1, tit. 65, §§ 7 e 8, e liv. 3, tit. 30, Man. 19, Afons. 24, Clementina *Saepe* 2 do tit. *De verborum significatione*.

E QUANDO PODE SER EMENDADO E MUDADO

§ IV — Pode-se *emendar* e *clarificar* o libelo até à proferição da sentença, cap. 3 do tit. *De dilationibus*, Fachíneo, *Controversiae*, I, 91, mas *mudar* só se pode antes da contestação da lide, ou logo a seguir a ela, Huber cit., §§ 7 e 10, e assim se deve entender a Ord. liv. 3, tit. 20, §§ 7 e 8. Mas, seja qual for o modo como se corrija o libelo, deve-se conceder sempre ao réu tempo para deliberar. Quando se muda a pessoa do libelo, porque, por exemplo, intervém outra pessoa, ou se pede coisa diferente, ou a mesma mas por causa diversa, deve-se citar o réu principal e não o seu procurador, pois se institui nova causa e juízo, Ord. cit., § 8, e tit. 2 do mesmo liv. (Tit. IX, § VII).

CLAUSULAS SALUTARES

§ V — As *cláusulas salutare*s que se costumam acrescentar no libelo, como, por exemplo, *Sendo necessário, Pelo melhor modo de Direito, Peço recebimento e justiça, Salvo o direito de addir*, etc... são quase inúteis, para não dizer ineptas, ou porque são devidas por direito, ou porque pertencem ao officio do juiz, Ord. liv. 3, tit. 63 (Tit. VII, § XXI). O mesmo se

deve dizer da cláusula *com custas*, em que o vencido em juízo é também officiosamente condenado pelo juiz, Ord. liv. 3, tit. 67, no princípio. Mas, porque o que abunda, não costuma prejudicar, não aconselho aos nobilísimos advogados que se abstenham das fórmulas usadas no foro, pois pertencem à jurisprudência *das cautelas*.

DA APRESENTAÇÃO DOS INSTRUMENTOS

§ VI — Junta­mente com o libelo devem-se apresentar os instrumentos, para que seja mais fácil ao adversário deliberar se prefere ceder ou contender. É, por isso, o autor obrigado a mostrar os instrumentos de que faz menção no libelo, ou de que tenciona servir-se, ou que são necessários para provar a acção, Ord. liv. 3, tit. 20, §§ 22 e 23 (Tit. XVIII, § IX). Por seu turno, também o réu deve mostrar os instrumentos que mencionou ao contestar a lide ou ao alegar alguma excepção, ou de que tenciona servir-se, e sobretudo se o negócio exige escritura pública, Ord. cit., § 23, e tit. 59, § 9. De facto, o réu ao excepcionar torna-se autor, e o autor ao replicar torna-se réu. Agora, quanto a fazerem-se os oferecimentos de instrumentos sem dia nem cônsul, conforme Ulpiano diz na lei 1, § 2, do tit. *De edendo, para que nada se excogite com base na indicação do dia e do cônsul e se faça no dia preferido*, tem isso uma razão especial, contrária aos nossos costumes e praxe, pois muitas vezes o dia e o cônsul entram na substância da obrigação, e, se a sua designação for suprimida pelo adversário, não se pode ver a verdade da coisa, e até muitas vezes com este pretexto aquele que oferece o instrumento pode cometer falsidade. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, neste mesmo título. O autor que recusa oferecer o instrumento é condenado nas custas e o réu absolvido da instância; mas se for o réu a recusar o oferecimento, são tidas como instrumentos as coisas *conhecidas e reconhecidas*, Ord. cit.. Pelo que respeita aos

livros dos mercadores, não está suficientemente averiguado se também devem ser mostrados. Strykio, *Vs. mod.*, § XXI, aprova o seu oferecimento com esta cautela: *E não deve mostrar-se o livro de contas todo, mas apenas a página em que estão as contas sobre que incide a questão. E isto obedece a uma razão evidente, qual a de se evitar o conhecimento dos segredos do património, que muitíssimo importa aos mercadores ocultar*. Deve ver-se o nosso Cabedo, P. I, Aresto XXIX, e Febo, P II, Aresto LXXXI.

§ III — Ora, como os que respondem, ou afirmam ou negam, a litis-contestação é necessariamente *afirmativa* ou *negativa*; ou então *geral*, quando o réu nega na generalidade a intenção do autor, ou *especial*, quando responde a cada um dos capítulos do libelo. Também se considera contestação a simples narração do factu, Ord. liv. 3, tit. 51, Man. 39.

A contestação negativa pela cláusula geral, como *Nego a narração conforme ela é feita, ou o dito conforme ele é dito*, ou por outra semelhante, donde não se entende claramente qual a controvérsia e que coisa concretamente o réu afirma ou nega, foi proibida pela cit. Ordenação; no entanto, admitiu-a a Ord. Afons. liv. 3, tit. 57, onde se referem as antigas fórmulas da contestação afirmativa ou negativa: as modernas acham-se em Caminha, *De libellis*, Adnot. 40, Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. IX, etc.. Aquele que simplesmente confessa a coisa, não contesta a lide, porque não contradiz a petição do adversário, e, por isso, dizem que se faz a contestação afirmativa quando alguém realmente reconhece e confessa a intenção do autor, mas ainda defende não estar obrigado, lei 9 do tit. *De exceptionibus* do Código.

OU FICTA

§ IV — A contestação *ficta* é aprovada na mesma Ord. liv. 3, tit. 51, e feita ou por contumácia do réu, ou officiosamente pelo juiz a quem se manda considerar a lide como contestada, depois de oferecido o libelo, Ord. cit. e tit. 20, § 5 do mesmo liv., *ibi*: *E por brevidade haverá a demanda por contestada, e mandará ao reo, que venha com sua contrariedade.*

É opinião geral já há muitos séculos recebida, isto é, desde a introdução dos direitos romano e canónico, que a litis-contestação faz parte dos elementos substanciais do juizo; e daí a origem da contestação *ficta*, para que, à falta da contestação verdadeira do réu, o juizo não se tornasse inútil. Mas que necessidade há destas ficções? Sem dúvida que

TITULO XI

DA LITIS-CONTESTAÇÃO

A ANTIGA LITIS-CONTESTAÇÃO

§ I — Oferecido o libelo, segue-se a contestação da lide, Ord. liv. 3, tit. 20, § 5, a respeito da qual só nos cumpre advertir aqui que, significando a palavra *contestar* confessar e declarar alguma coisa empregando testemunhas, a lide dizia-se propriamente contestada, quando, aceita e ordenada a acção pelas partes, estas diziam: *Eis as testemunhas*. E era assim a contestação dos Romanos, lei única do tit. *De litis contestatione* do Código, Heinéccio, *Antiquitates Romanae secundum ordinem Institutionum*, liv. IV, tit. VI, § XLII.

A MODERNA

§ II — A litis-contestação moderna é a *legítima declaração e confissão que as duas partes fazem de que aceitam a acção*. Lauterbach, *Compend.*, ao tit. *De judiciis*, § XV. E é feita pela adequada resposta do réu à acção intentada pelo adversário, a qual, como já não exige o chamamento solene de testemunhas, se chama imprópriamente contestação; todavia, como de costume, ficou o mesmo vocábulo.

o juízo requer, por sua natureza, a resposta e contradita do réu, mas não a contestação, a qual, no sentido em que é tomada no foro, não pertence seguramente à sua essência, como expressamente se diz na nossa Ord. liv. 3, tit. 63, no princípio. Agora, que o silêncio e contumácia do réu em não responder devem ser considerados como contestação, e que se deve prosseguir o feito mesmo sem o ouvir, parecem-no exigir a recta razão e a dignidade e autoridade dos juízos longe dos quais devem morar as ficções. A contestação ficta da lide tem quase os mesmos efeitos que a verdadeira, e de ambas igualmente se induz a má fé, em que o réu, chamado a juízo, imediatamente se constitui pelo oferecimento da acção e do libelo e pela resposta quer verdadeira, quer imaginária, sendo por isso, quando condenado, obrigado a restituir os frutos desde esta altura, Ord. liv. 3, tit. 66, § 1, *ibi: pôde julgar aquillo que se mostrar pelo feito, que acreceio depois da lide contestada em diante*. No entanto, o Senado julgou o contrário, *apud* Febo, P. I., *Decisio* 74.

CONTESTA-SE A LIDE OPONDO-SE UMA EXCEPÇÃO PEREMPTÓRIA

§ V — Ora, como a contestação implica de qualquer modo opposição, segue-se que pode dizer-se válidamente contestada a lide com a opposição de uma excepção *peremptória*, Ord. liv. 3, tit. 20, § 15, *ibi: embargar o processo, e ser a demanda contestada com alguma das seguintes excepções peremptórias*, e tit. 50, no princípio, *ibi: E com cada uma das ditas excepções poderá a parte vir a embargar o processo, e a ser a lide contestada*. Contestada a lide por este modo, assinam-se dez dias para o réu provar a excepção, segundo a cit. Ord. tit. 20, § 15.

E TAMBEM OPONDO UMA EXCEPÇÃO DILATORIA

§ VI — Também se contesta a lide com as excepções dilatatórias, pois contesta a lide todo aquele que contraria a intenção do autor, quer *negando*, quer *perimindo*, quer *diferindo* essa

intenção, como se, por exemplo, asseverar que ainda não deve ser condenado, ou que o não deve ser neste juízo e pela forma como foi demandado. Huber, na *Praelectio* ao tit. *De judiciis*, n. 22. E esta é a chamada contestação *eventual*, a qual se diz feita, quando o réu, opondo excepções dilatatórias, contesta a lide sob condição e para a eventualidade de essas excepções não serem provadas; dela, se não me engano, se faz menção na Ord. cit. liv. 3, tit. 20, § 15, nas palavras: *E se achar que o Reo não provou a excepção, assi o pronunciará, e mandará que venha com sua contrariedade*. Strykio, *Dissert. De litis contestatione eventuali*.

PENA PARA O RÉU CONTUMAZ EM NÃO RESPONDER

§ VII — Se o réu se recusar a contestar a lide, deve-se prosseguir o feito à sua revelia, Ord. liv. 3, tit. 20, § 21. Não deve por isso o réu ser multado nem preso, nem o autor metido em posse dos bens dele por beneficio do *primeiro* ou *segundo decreto*, Ord. liv. 3, tit. 15 (Tit. IX, § XIII). No entanto, as excepções *dilatatórias*, pelas quais de certo modo se contesta a lide (§ VI), e o tempo pedido e necessário para o réu delibear, que absolutamente lhe deve ser concedido, suspendem o andamento do processo, Ord. liv. 3, tit. 20, § 2, Maranta, *De ordin. judic.*, membro 10, nn. 12 e 13.

EFEITOS DA LITIS-CONTESTAÇÃO

§ VIII — Ora, como da litis-contestação resulta uma certa *novação*, lei 3, § 11, do tit. *De peculio*, e *má fé*, lei 10 do tit. *De adquirenda possessione* do Código, segue-se que: 1) a partir dela deixa-se de adquirir os frutos e estes começam a ser devidos ao adversário, Ord. liv. 3, tit. 66, § 1, lei 15, § 37, do tit. *De hereditatis petitione*; 2) interrompe a prescrição, Ord.

liv. 4, tit. 79, § 1, lei 10 do tit. *De praescriptione longi temporis*;
3) perpetua a acção temporal, Ord. liv. 3, tit. 4, no fim do
princípio, e tit. 9, no princípio, *ibi: até ser a dita acção perpe-*
tuada per contestação, leis 139 e 164 do tit. *De regulis juris*;
4) faz o procurador senhor da demanda, Ord. liv. 3, tit. 26,
lei 23 do tit. *De procuratoribus* do Código; e 5) exclui as
excepções dilatórias, Ord. liv. 3, tit. 20, § 9, lei última do tit.
De exceptionibus do Código, Reimoso, *Observatio* 63, Huber
e Maranta citados.

TÍTULO XII

DAS RÉPLICAS

O QUE É RÉPLICA E TRÉPLICA

§ I — A alegação do autor que elide a contestação ou a excepção do réu, chama-se *réplica*; e *tréplica* ou *duplicação*, a alegação oposta pelo réu que exclui a réplica. Acham-se exemplos no tit. *De replicationibus* das Institutas, e em Caminha, *De libellis*, Adnot. XL e XLI, Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. X. As alegações ulteriores difficilmente ou nem mesmo difficilmente se podem admitir nos juízos bem ordenados, Ord. liv. 3, tit. 20, § 27.

Admitem-se, no entanto, os artigos chamados *de nova razão* em causa a julgar nas Casas da Suplicação ou do Porto, tanto em primeira como em segunda instâncias, Ord. cit. §§ 28 e 29, e tit. 83 no princ., Cabedo, P. I, Aresto 83, Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. XIX, n. 12

EM QUE CAUSAS SE DEVE ADMITIR

§ II — E nem mesmo em todas as causas se devem admitir as *réplicas*, mas apenas nas *ordinárias*; cessam, por isso, nas *sumárias*, isto é, nas que devem ser julgadas de plano, olhando

só à verdade de facto, quais as de esbulho, alimentos e semelhantes, Ord. liv. 3, tit. 18, §§ 3 e seguintes, e tit. 48; nas excepções levantadas à execução de coisa julgada, Ord. liv. 3, tit. 87, ou à *liquidação*, tit. 86, § 19, e na segunda instância, tit. 83, Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. X, no fim.

DEVEM SER FEITAS EM PRAZOS DETERMINADOS
E PEREMPTÓRIOS

§ III — As réplicas têm de ser alegadas dentro do termo prescrito pela lei, isto é, uma audiência, Ord. liv. 3, tit. 20, § 5, vers. *E mandar*; decorrido esse termo e rejeitados os artigos, deve-se prosseguir a causa., Ord. cit., §§ 19 e 21. Havendo justa causa, o termo marcado pelo juiz para as réplicas e outras alegações, pode ser prorrogado uma vez, depois de prestado o juramento especial de *malicia*, na mesma Ord., §§ 20 e 44, *ibi*: *sómente terá poder para assinar hum só termo*. No entanto, admite-se a restituição contra o tempo decorrido, por cláusula geral ou especial, conforme os ditos §§ 19 e 44. Todos os termos judiciários são *peremptórios*, isto é, perimem e extinguem os direitos dos litigantes que dentro deles não comparecem ou não alegam as suas excepções; são concedidos *ipso jure*, e nem o juiz os pode prorrogar, cit. § 44, Mendes, dito cap. X.

TÍTULO XIII

DAS EXCEPÇÕES

O QUE É A EXCEPÇÃO

§ I — Actualmente chamamos excepções às *alegações que alguém utiliza para sua defesa*. Boehmer, às Pandectas, neste título. Portanto, esta palavra compreende qualquer defesa que o réu opõe à intenção do autor. No sentido do direito romano, chamava-se excepção só àquela alegação que embargava a acção competente por estrito direito, lei 2, no princ. do tit. *De exceptionibus* do Digesto, no princípio de igual tit. das Institutas, e na lei 10 do mesmo tit. do Código.

DIVISÃO DAS EXCEPÇÕES

§ II — Dividem-se em *dilatórias, peremptórias, anómalas, perpétuas, temporais, reais, pessoais, e prejudiciais*, Ord. liv. 3, tits. 49 e 50.

O que no nosso direito (títulos cit.) se diz das excepções foi quase tudo colhido no direito romano, conforme D. Afonso V atesta na Ord. liv. 3, tit. 54, no princípio, *ibi*: *Disserão os Sabedores*, e no tit. 55, no princípio. No entanto, muitas dessas disposições são devidas aos costumes e ao direito canónico. A divisão das excepções em *civis e pretórias, de facto e de direito*, não tem uso algum.

EXCEPÇÕES DILATORIAS

§ III— As excepções *dilatórias* não *dirimem*, mas *diferem* a lide, e opõem-se ou à *jurisdição* do juiz, como a da incompetência do foro, litis-pendência, suspeição do juiz; ou ao *autor*, como a de excomunhão, espólio, etc., com as quais pretendemos que este não pode accionar; ou ao *réu*, como a da sua revelia, inabilidade, etc.; ou ao *procurador*, se não possuir mandato suficiente; ou ao *processo*, por exemplo, a de prazo demasiado curto, férias, ineptidão do libelo; ou, finalmente, ao próprio *negócio*, qual a excepção do pacto de não pedir até certo tempo, a moratória, a de excussão, divisão, competência, Ord. liv. 3, tit. 49, Man. 37, Afons. 54. Veja-se, querendo, o Tit. VI deste Livro, onde indicámos quase todas as excepções especiais para cada acção.

PEREMPTÓRIAS, ANOMALAS, ETC.

§ IV — Chamam-se *peremptórias* as que ou perimem *ipso jure* a acção, como a de paga, juramento, coisa julgada, prescrição, perecimento da coisa, ou, o que vem a dar o mesmo, excluem a acção competente em rigor do direito, como a do indevido, medo, simulação, e a dos Senátus-consultos Veleiano e Macedoniano, etc., Ord. liv. 3, tit. 50, Man. 38, Afons. 55. Chama-se *anómala* a que participa da dilatória e peremptória, e pode ser alegada tanto antes como depois da lide contestada, como a dos Senátus-consultos Veleiano e Macedoniano, a de excomunhão e falso procurador. *Perpétua* é a que dura sempre, o que na dúvida se deve dizer de todas, visto que não está no arbitrio do réu o alegá-las; e *temporal* a que embarga, por certo tempo, qual é a excepção levantada ao modo da acção, como, por exemplo, a do pacto de não pedir dentro de certo tempo, a de querela de inoficioso, de dinheiro não entregue, e restituição por inteiro. Chama-se *real* a que é

inerente à coisa, e aproveita a todos os herdeiros e fiadores, e *pessoal* a que é inerente à pessoa, como a de pacto pessoal, competência, etc.. Chamam-se *prejudiciais* as excepções que prejudicam a acção futura, matéria focada na lei 16 do tit. *De exceptionibus* do Digesto. Noutro sentido as excepções prejudiciais opõem-se às acções prejudiciais em que tratamos do estado da liberdade, cidadania e família. Destas excepções, que devem ser explicadas a partir do direito romano, faz-se menção na Ord. liv. 3, tit. 50, § 1, no fim: *E quando he ás excepções prejudiciais, mandamos que á cerca dellas se guarde a disposição do Direito commum.*

QUANDO DEVEM SER ALEGADAS EM JUIZO

§ V — As excepções *dilatórias*, como diferem a lide, devem ser opostas todas ao mesmo tempo e conjuntamente antes da contestação da lide, e dentro do termo prescrito pelo juiz, Ord. liv. 3, tit. 20, § 9, e tit. 49, § 2, salvo se sobrevierem novamente ou só então o réu as conhecer, Ord. tit. 49, § 3. As *peremptórias*, como sufocam a lide e extinguem o débito, podem ser alegadas em qualquer altura. Também se podem alegar antes ou depois da sentença as excepções que anulam o processo, quais as de nulidade especial, juiz incompetente, suspeito ou corrupto, e falta de citação, Ord. liv. 3, tit. 50, no princípio, e 87, § 1. Do mesmo modo se podem opor as *anómalas* depois da sentença, pois não é outro o motivo por que tomam tal nome; e isto se aplica de modo muito especial à excepção da excomunhão, Ord. liv. 3, tit. 49, §§ 4 e 5, à do Senátus-Consulta Veleiano, Ord. liv. 4, tit. 61, § último, *ibi*: *E bem assi queremos que a mulher se possa chamar ao beneficio de Velleano em todo o tempo, e gozar delle, à do Senátus-consulta Macedoniano, de cuja alegação resulta a eliminação da obrigação*, Ord. liv. 4, tit. 50, § 2, *ibi*: *perca o direito de o pedir, etc.* A excepção *declinatória do foro* deve ser posta antes de tudo e apresentada

antes da própria excepção de suspeição do juiz, visto que esta de certo modo admite a competência do julgador, Ord. cit. liv. 3, tit. 20, § 9, e tit. 49, §§ 1 e 2 (Tit. VII deste Livro, §§ XXXI e XXXII). As excepções *prejudiciais*, de cuja decisão depende a decisão da causa principal, devem ser postas antes de tudo. Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De ordine cognitionis*, § III.

Prorroga-se o foro, sempre que a excepção *declinatoria* foi totalmente omitida ou indevidamente alegada; deve, por isso, ser imediatamente rejeitada, se for posta depois da contestação da lide ou depois das outras excepções, conforme dispõe a cit. Ord. liv. 3, tit. 20, § 9, e tit. 49, §§ 1 e 2 (Tit. VII, §§ XXXI e XXXII). Por esta razão não devem os juizes especiais chamar a si as causas dos *privilegiados* affectas aos juizes ordinários, se a lide houver sido de qualquer modo contestada perante estes, princípio que vulgarmente se infringe. E assim se devem entender todas as leis especiais sobre o foro privilegiado pessoal, como especialmente se diz dos moedeiros na Ord. liv. 2, tit. 62, § 3. *ibi: pedindo elle a tal remissão no tempo, em que conforme a direito (isto é, antes da contestação da lide) a deve pedir.* De facto, quaisquer privilégios devem ser sempre interpretados à letra, e tanto quanto possível ajustados às leis públicas e gerais do Reino; e sem derrogação especial não se entendem revogadas por eles as Ordenações Régias contidas em Código público, Ord. liv. 2, tit. 44. Do mesmo modo se tem de pôr antes de tudo a excepção de *juiz suspeito*, Ord. liv. 3, tit. 21, no princípio, e 49, § 1, a qual, como se presume alegada com o fim de dilatar a lide, só é admitida em juízo mediante a prestação duma caução pecuniária maior ou menor conforme a qualidade dos juizes, Ord. liv. 3, tit. 22, no princípio, e deve ser terminada dentro de quarenta e cinco dias contínuos, Ord. tit. 21, §§ 21 e 22. Das suspeições intentadas aos Desembargadores do Paço conhece o Chanceler-Mor do Reino, Ord. liv. 1, tit. 2, § 7; das suspeições postas ao Desembargadores e Officiaes das Casas da Suplicação e do Porto, conhece o respectivo Chanceler, Ord. liv. 1, tit. 4, § 4, e tit. 36, § 3, Cabedo, P. I, *Decisio* 44, Costa, *Domus Supplicationis Sili*, Adnotatio III, n. 7; das suspeições levantadas aos outros juizes e officiaes de Lisboa e Porto, conhecem os Juizes da Chancelaria das Casas de Suplicação e do Porto, Ord. liv. 1, tit. 14, § 3, e tit. 42, no

princípio. Das suspeições postas aos restantes juizes conhece o seu superior, se o houver no lugar onde a causa se tratar, Ord. liv. 3, tit. 49, § 5, e, se não houver, as partes acordarão em eleger um árbitro a quem se comete a causa da suspeição, Ord. tit. 21, § 8. Uma vez posto em suspeição um juiz *ordinário*, considera-se suspeito o seu colega, o qual, por isso, não deve conhecer da suspeição, mas sim, os juizes do ano imediatamente anterior, Ord. liv. 3, tit. 21, § 19, e tit. 24, § 1; e applicamos este direito especial em consequência de antigos costumes do Reino alegados na Ord. Afons. liv. 3, tit. 28, § 3, ao passo que o julgamento das suspeições postas aos juizes *de fora* ou quaisquer outros não se confia a seus antecessores, mas a árbitros. Os Chanceleres das Comarcas conhecem das suspeições que se intentam aos seus Corregedores, Ord. liv. 1, tit. 81, e liv. 3, tit. 21, § 4, vers. *E sendo postas.*

fazerem suas provas; desta trata a Ord. liv. 3, tit. 54, Man. 41, Afons. 60.

As dilações concedem-se ou no começo da demada, como a *citatória* e a *deliberatória*, ou no progresso da mesma, como a *probatória*, ou depois de a lide ser definida por sentença, como é o caso das dilações concedidas para *interpor*, *introduzir* e *prosseguir* apelação, e para execução da coisa julgada, etc., das quais falamos em seus lugares. Huber, no n. 5 dos comentários a este título *De dilationibus et feriis*.

TÍTULO XIV

DAS DILAÇÕES E FÉRIAS

O QUE É DILAÇÃO E SUA DIVISÃO

§ I — Por dilação entendemos aqui com Boehmero *um certo espaço de tempo destinado a realizar actos judiciais*. Distingue-se em *legal*, a que é determinada pela lei, *convencional*, a que é determinada por convenção das partes, e *judicial*, a que é determinada pelo juiz.

OUTRA DIVISÃO

§ II — Além disso, há a *dilação citatória*, que fixa certo dia para a comparência em juízo, Ord. liv. 3, tit. 1, § 5, *ibi*: e *em que dia*, e difere da citatória do direito romano tanto *simples* como *peremptória*, que compreende o espaço de dez ou trinta dias, leis 68 e seguintes do tit. *De iudiciis*; a *deliberatória* pela qual se dá ao réu tempo para deliberar se prefere contender ou ceder na demanda, Ord. liv. 3, tit. 20, § 2, a qual no direito romano era de vinte dias, Autêntica *Offeratur* do tit. *De litis contestatione* do Código, Novela 53, cap. 3; e, finalmente, a *probatória* que concede certo tempo para as partes

DILAÇÃO PROBATÓRIA

§ III — A dilação *probatória* deve ser concedida no lugar onde se trata o feito, conforme a distância desse lugar e a qualidade da demanda, mas uma só, contanto que não passe de vinte dias, Ord. liv. 3, tit. 54, § 1; havendo justa causa, concede-se segunda dilação de dez dias, se a parte a pedir, antes de a primeira acabar, e prestar juramento de malícia, na mesma Ord.; estas duas dilações são requeridas com a solenidade exigida nessa Ord.: *porque neste caso dar-lhe-ha o Julgador (com esta solemnidade) outra dilação*; por isso, não se deve conceder a segunda, se a primeira já tiver acabado ou não se prestar o juramento especial de calúnia. Nas causas sumárias não se prorrogam as dilações, Ord. liv. 3, tit. 48, § 2, *ibi*: *dando somente huma dilação peremptória*. Semelhantemente, para as partes fazerem as provas fora do lugar onde se trata a demanda, ou fora do território civil, nas Províncias do Reino ou Domínios dos descobrimentos, deve assinar-se uma só dilação segundo a distância dos lugares, Ord. cit., tit. 54, §§ 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, a qual não pode ser prorrogada pelo juiz senão a aprazimento das partes ou por beneficio de restituição, § 9. Durante o tempo da dilação a demanda descansa, Ord. cit., § 15; porém, o juiz do feito irá por ele em diante, se a dilação for pedida para fora do Reino, visto que se presume maliciosa. Por esta razão,

o termo probatório é *peremptório* e *legal*, e, como, decorrido ele, se adquiriu um direito para o adversário, o juiz não pode prorrogá-lo, dito § 9. Embora isto seja assim, no foro reina a opinião de que as dilações são muito *favoráveis* e de que na dúvida devem ser concedidas uma e duas vezes sem conhecimento de causa e a simples pedido das partes, o que repugna não só ao direito pátrio, mas também ao romano, lei 4 do tit. *De dilationibus* do Código.

O QUE SÃO FERIAS, QUANTAS ESPECIES HA, E O QUE E LICITO FAZER DURANTE ELAS

§ IV — As férias, durante as quais se interrompem os negócios forenses, são uma espécie de dilação, e chamam-se ou do direito *divino* ou *humano*, e ou *ordinárias* e solenes, ou *repentinas*, Ord. liv. 3, tit. 18, Man. 28, Afons. 36. Os actos judiciais feitos durante as férias *divinas* nem mesmo com o consentimento das partes têm validade, dita Ord., no fim do princípio; mas os feitos durante as férias *humanas* são válidos, se as partes consentirem, § 2, no fim, e § 12. No entanto, podem ser despachados durante estas férias os actos de jurisdição voluntária, que não padecem demora, e as causas favoráveis enumeradas na cit. Ord., tirada dos títulos *De feriis* do Digesto e do Código, e das Decretais, e outras causas semelhantes, às quais não obsta a excepção das férias humanas (*Instituições*, Liv. I, Tit. II, § XXV, Nota).

TÍTULO XV

DAS PERGUNTAS E POSIÇÕES

USO DAS PERGUNTAS

§ I — Embora não estejam em uso as *interrogationes* (perguntas) do direito romano, feitas antes de movida a demanda para averiguar, *formular* e *preparar* a acção, Ord. liv. 3, tit. 32, no princípio, *ibi*: *No começo da demanda*, lei 1, § 1, do tit. *De interrogationibus*, usam-se e praticam-se, todavia, depois de movida a demanda e intentada a acção, e são feitas pelo juiz officiosamente ou a pedido da parte. Muitas informações traz sobre este assunto Strykio, *Us. mod.*, a este tit.; apraz-nos adicionar algumas poucas noções. E, assim, pode o juiz em todas as causas ordinárias interrogar os litigantes, no começo da lide, tanto sobre aquilo que interessa à ordem do processo como à decisão da causa, Ord. liv. 3, tit. 20, § 4, e tit. 32, no princípio. Mas, depois da litis-contestação, só nas causas que se despacharem em Relação se podem fazer até à sentença perguntas para decisão da causa, Ord. tit. 32, § 3. Porém, nas causas sumárias é permitido fazer quaisquer perguntas em todo o tempo, quer para ordenar, quer para decidir essas causas, Ord. tit. 32, no fim do princípio, e tit. 48, § 2, as quais embora falem das causas de espólio, devem ser estendidas a todas as sumárias. A pedido da parte fazem-se perguntas sobre os artigos ou posições dados pelo adversário, Ord. tit. 32, § 3,

e tit. 53 (Tit. VII, § XXI). Não valem as perguntas, se não forem feitas pelo juiz e reduzidas a escrito por tabelião público ou escrivão na presença de outro tabelião ou escrivão, ou, não havendo senão um, perante duas testemunhas que façam fé do auto, Ord. liv. 1, tit. 24, §§ 19 e 20, e liv. 3, tit. 32, § 1.

O QUE SÃO POSIÇÕES E O SEU USO

§ II — As *posições*, isto é, a *narração particular dum facto por artigos e capítulos separados do libelo e distintos da litis-contestação, feitas para o adversário responder a elas e assim se extrair a verdade*, não estão hoje em uso, visto que não reconhecemos outras *posições*, isto é, outros artigos senão os apresentados em capítulos distintos pelo autor no libelo, e pelo réu na litis-contestação. De facto, é muitíssimo praticado entre nós o libelo articulado (Tit. X, § II). A contestação, a réplica, e a tréplica fazem-se também por artigos separados; por isso, depois da lide contestada, são inúteis e supérfluas as novas *posições* e artigos para a intenção do autor e defesa do réu já apresentadas, no começo da lide, no libelo e na contestação, por artigos e *posições* distintos. Porém, o adversário só é obrigado a responder às posições que incidirem sobre *facto*, e *facto próprio*, e não sobre *pontos de direito*, e forem *simples, afirmativas, evidentes, e pertencentes ao feito* de que se trata, Ord. liv. 3, tit. 53, Man. 40, Afons. 58 (Tit. X, § II).

Entre os romanos as perguntas eram feitas ou perante o Pretor antes de aceito o juízo, ou, depois deste aceito, perante o juiz pedâneo; deu-lhes ocasião a litis-contestação geral e indefinida. E daqui tomaram origem as posições que os advogados, já desde o século XIII, costumavam formar para mais fácil prova, depois de a lide ser contestada; no início do século seguinte, Clemente V aprovou este costume na Clementina *Saepe 2* do tit. *De verborum significatione*, Boehmero, *Ius Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De litis contestatione*, §§ VIII e IX. Na Ord. Afonsina liv. 3, tit. 58, no princípio, são admitidas por in-

fluência do direito canónico as *posições* ou artigos para ordenar o libelo, depois deste já oferecido em juízo e a lide contestada, o que foi emendado nos Códigos posteriores. No entanto, tudo isto se deve entender do libelo *articulado*, porquanto o simples e obscuro, que apenas contém a narração do facto, e mesmo assim confusa e desordenada, pode ser esclarecido com posições e artigos distintos, tanto antes como após a contestação da lide. Boehmero cit., § XI. A diferença entre *artigos* e *posições*, isto é, a de que os *poentes* parecem confessar os primeiros, e não assim as segundas, diferença inculcada, na esteira de Maranta, por Lauterbach no *Compendium*, ao tit. *De interrogationibus in iure faciendis*, é nenhuma e repugna ao senso comum, pois de modo nenhum se pode explicar por que motivo se entende que os *poentes* aprovam mais os *artigos* que as *posições*, que importam e significam a mesma coisa. Coccey, *Ius controversum*, ao mesmo Lauterbach, quaest. 1.

E OS EFEITOS

§ III — Ora, sendo as *posições* do nosso direito e do direito canónico feitas para mais fácil prova da causa, segue-se por consequência: 1) que elas se applicam onde quer que haja lugar às provas; 2) devem ser exibidas dentro do termo probatório; 3) entende-se que o chamado poente as confessa, (§ II); 4) o adversário é obrigado a responder-lhes com juramento; 5) em caso de revelia do adversário são havidas por confessadas (Tit. XX, § III, deste Livro); 6) são havidas como plenamente provadas as *posições* que o réu afirma, e livram o adversário do ónus de provar, pois foi este o principal fim para que foram instituídas, Ord. liv. 3, tit. 53, §§ 9 e 13, Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. XII, n. 23.

O adversário só é obrigado a responder às *posições* feitas pelo autor ou pelo réu antes de lhe ser assinada dilação, Ord. liv. 3, tit. 54. no princípio, e pode ser constrangido a prestar este depoimento sob pena de ser havido por confesso, Ord. liv. 3, tit. 53, § último; também pode ser obrigado a responder às perguntas officiosamente feitas pelo juiz, não sob aquela pena, mas sob a pena de multa ou outra semelhante, Ord. liv. 3, tit. 32, no princípio.

TÍTULO XVI

DAS PROVAS E PRESUNÇÕES

O QUE É PROVA E DE QUE MODOS SE FAZ

§ I—A prova é o *acto judicial pelo qual os litigantes fazem fé ao juiz acerca do facto controverso ou coisa duvidosa em juízo*. É feita: 1) por testemunhas; 2) por instrumentos; 3) por juramento; 4) por confissão. São estes os únicos meios de prova que conhecemos. Por isso, omitimos aqui deliberadamente as provas *por sortes*, cujas espécies eram *pelo fogo* ou *pela água, na cruz, ou por duelo*, sobre as quais deve ver-se Du Fresne, *Glossarium latinitatis*, tomo I, pág. 376 (na edição Maur., col. 603), e II, pág. 188, e na Dissert. *De duello* (na mesma edição, cols. 1185 e 1667, e tomo III, col. 1312), Heineccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. III, tit. VI, etc., Ord. Afons. liv. 1, tit. 64.

O QUE E QUANDO SE DEVE PROVAR

§ II—Ora, porque se deve fazer fé ao juiz sobre a coisa duvidosa e o facto controverso em juízo (§ I) segue-se, por consequência: 1) que não é mister provar o facto notório, cap. 10 do tit. *De filiis presbyterorum*, e cap. 3 do tit. *De testibus cogendis* das Decretais; 2) o facto totalmente incerto e indefinido, Ord. liv. 3, tit. 53, no princípio; 3) o direito comum, que

o juiz é obrigado a conhecer, Ord. cit., § 7; não assim, o direito especial, municipal, e os costumes não escritos, §§ 8 e 9; 4) que as provas devem ser feitas depois da lide contestada e dentro do termo probatório, Ord. tit. 54, § 16 (Tit. XIV, § III). Exceptua-se a chamada prova *ad perpetuam rei memoriam* (para perpétua memória da coisa), a qual se admite antes de movida a demanda, quando o autor ou o réu receiam perder um testemunho por doença ou ausência das testemunhas, Ord. liv. 3, tit. 55, §§ 7 e 8, tirada do cap. 5, do tit. *Vt lite non contestata*, e cap. 41 do tit. *De testibus et adtestationibus*.

O direito de se admitirem a depor mesmo antes da litis-contestação as testemunhas por cuja doença ou outra causa razoável se receia venha a ocultar-se a verdade e a subtrair-se a facilidade de prova devido a casos fortuitos, não foi estabelecido pelo direito civil, como diz Inocêncio III, no cap. 4 do tit. *De confirmatione utili*, mas introduzido pelos glosadores Martinho e Hugolino contra a razão do mesmo direito. Boehmero, *Ius Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *Vt lite non contestata* (*História do Direito Civil Português*, § CXXIX). Mas, uma vez que se recebeu este direito, é justo que ele seja estendido também à prova por instrumentos, por forma que ou se renovem os antigos em que se contém a prova, ou seja obrigado a patentear-lhes aquele que está prestes a partir para longe. Boehmero citado.

PROVA ARTIFICIAL, INARTIFICIAL, PLENA, E MENOS PLENA

§ III—Faz-se fé ao juiz, ou com argumentos extraídos do âmago do facto, como as presunções, ou com argumentos extrínsecos, como testemunhas, atestações, instrumentos, e juramento. Ao primeiro género de prova chamam *artificial*; ao segundo, *inartificial*. Há também uma prova chamada *plena*, a que faz plena fé ao juiz e se obtém ou de instrumentos públicos ou de duas testemunhas acima de toda a dúvida (Tit. XVII, §§ X e seguintes) e, outra *menos plena*, pela qual se faz alguma fé ao juiz, mas não tamanha que se possa sem outro auxílio

decidir a questão com ela. As espécies desta são: 1) o testemunho isolado duma testemunha fidedigna; 2) a confissão extrajudicial; 3) a escritura particular; 4) a comparação da letra, que, embora incerta e falaz, parece, no entanto, provar alguma coisa, Ord. liv. 3, tit. 52, no princípio, Man. 85, Afons. 119; 5) as presunções, sobretudo a *juris* (do direito) e *hominis* (do homem); 6) duas testemunhas que não estejam acima de toda a dúvida. Strykio, Dissert. *De semiplena probatione*, caps. 1 e seguintes.

A doutrina da prova *semiplena*, muito embora não tenha fundamento nenhum no direito civil (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XVIII, § XIV), como com muitos argumentos demonstram Donello, *Commentarii*, liv. XXIV, cap. XIX, Cujácio, no cap. XXXIII *De testibus*, e Heinéccio, Exercit. *De lubricitate jurisjurandi supplementarii*, §§ IX e segs., todavia foi recebida no foro e aprovada na citada Ordenação. Mas era muito para desejar, como já disse Carpzov no *Processus*, tit. XII, art. XII, n. 26, que se estabelecesse uma regra certa definindo que prova deve ser considerada *semiplena*.

A QUEM INCUMBE

§ IV — A prova incumbe àquele que afirma em juízo um facto duvidoso, do qual pretende tirar algum direito; por isso, é obrigado o autor a provar o fundamento da sua acção ou réplica, e o réu o da sua excepção ou réplica, leis 9 e 19 do tit. *De probationibus* do Digesto, e lei 1 de igual tit. do Código. No entanto, está isento da prova aquele que tem a presunção por si; neste caso, a sua intenção deve ser havida por verdadeira e provada, enquanto não se provar o contrário, o que acontece em todas as presunções *juris* (do direito), pelas quais se impõe ao adversário o ónus da prova. Veja-se, querendo, a Ord. liv. 3, tit. 79, § 2, e liv. 5, tit. 112, § 5, o cap. último do tit. *De praesumptionibus* das Decretais, Coccey, *Ius controversum*, ao tit. *De probationibus*, quaest. II.

DA PROVA NEGATIVA

§ V — A *negativa* simples e indefinida, que ou não se pode resolver em *afirmativa*, ou *não é coarctada a certo lugar e tempo*, só pode ser provada por confissão do adversário, Ord. liv. 3, tit. 53, § 10, Man. 40, § 11, Afons. 58, § 14. Todavia, isto é de entender assim, não porque a prova da *negativa* seja, olhando à natureza das coisas, nenhuma, mas porque deve ser feita por aquele que afirma e não por aquele que nega; porém, uma vez provada a intenção daquele que afirma, quer extrinsecamente por testemunhas ou instrumentos, quer por presunções de direito, o adversário que se funda na *negativa*, pode e deve realmente provar a sua negativa. Henrique Coccey, *Disput. De direct. probat. negat.*, tomo II, e Coccey filho, mais acima citado, quaest. VI, Boehmero, *Ius Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De probationibus*, §§ III e seguintes.

A regra, que vem nas Ord. citadas, de que não se pode provar a negativa, foi ocasionada pelos caps. 11 do tit. *De probationibus* 23 do tit. *De electione* das Decretais de Gregório IX, e 1 do tit. *De confessionis* das Decretais do Liv. 6.º; e as excepções referidas nas mesmas Ord., pelas opiniões dos Glosadores. Porém, estes textos do direito canónico e estas opiniões provieram da má intelligência da lei 13 do tit. *De probationibus* e da lei 10 do tit. *De non numerata pecunia* do Código, as quais devem ser entendidas em outro assunto completamente diferente que no texto indicámos por assim dizer sumariamente, e do mesmo modo as mencionadas Ordenações. De facto, é inteiramente certo e indubitável que a *negativa* tal como a *afirmativa* pode ser directamente provada, e sem dúvida por aquele que nela fundamenta toda a causa da acção, conforme demonstraram Coccey e Boehmero, nos lugares citados, com várias razões e exemplos tirados do direito natural e civil.

O QUE SÃO PRESUNÇÕES

§ VI — Os argumentos extraídos do âmago dum facto, que chamam provas *artificiais* (§ III), não são outra coisa senão

presunções, isto é, conjecturas deduzidas do que acontece as mais das vezes, as quais, se são induzidas pela lei, chamam-se *juris* (do direito), se pelo juiz, *hominis* (do homem).

QUAIS AS PRESUNÇÕES «DO DIREITO», «DO HOMEM»,
«JURIS ET DE JURE»

§ VII — Diz-se presunção *juris* (do direito) aquela que a lei induz e prova e tem como verdade, até que o adversário prove o contrário; *hominis* (do homem) aquela que é induzida de várias circunstâncias das coisas pelo homem. À primeira, segue-a o juiz nas causas cíveis e pronuncia-a em favor daquele por quem ela se mostra, transferindo-se com ela para o adversário o ónus da prova, o que tudo se passa diferentemente na presunção *hominis*, visto que esta não faz verdadeira prova, mas confirma a já feita e ajuda aquele que prova. Chama-se vulgarmente presunção *juris et de jure* a que é preparada de tal modo que não admite prova em contrário (§ IX; *Instituições de Direito Criminal*, Tít. XVIII, § II).

ALGUNS EXEMPLOS E REGRAS DAS PRESUNÇÕES

§ VIII — A presunção *juris*, como fé jurídica, tem seus graus, Thomásio, *Dissert. De fide jurídica*, havendo umas mais prováveis e verossímeis que outras; porém, vence a todas a chamada presunção *violenta* ou *veemente*, a qual só admite prova evidente em contrário; de facto, quanto mais forte e grave é a presunção, tanto mais evidente deve ser a prova, cap. 19 do tit. *De praesumptionibus*. Os exemplos da simples presunção *juris* devem-se buscar quase sempre nas seguintes regras: I) As propriedades naturais sempre se presumem existentes; II) presumem-se aquelas coisas que costumam aconte-

cer; III) presume-se sempre a coisa no mesmo estado, devendo, por isso, provar-se a mudança; IV) a presunção deve ser feita sempre para a melhor parte. Da presunção *violenta*, que faz maior fé ao juiz, costuma-se dar, entre outros, os seguintes exemplos. Presume-se, em favor do filho nascido em casa, que é legítimo, salvo se se souber que o marido não dormiu com a mulher, ou sofre de doença que o impossibilita de gerar, lei 6 do tit. *De his qui sui vel alieni juris sunt*; presume-se, contra o tutor que não fez repertório ou inventário, que parece ter procedido com dolo, salvo se alegar justa causa de o não ter feito, lei 7 do tit. *De administratione et periculo tutorum*; presume-se, contra aquele que pagou o indevido, que pagou uma dívida verdadeira, não sendo, por isso, ouvido, salvo se provar que pagou o indevido por dolo de quem recebeu ou por outra justa causa de ignorância, lei 25 do tit. *De probationibus*; presume-se, contra o credor que entregou o documento escrito de crédito, que perdoou ou recebeu a dívida, se não provar que o entregou por outra causa, lei 2, § 1, do tit. *De factis*; presume-se, em favor da mãe, que é seu filho aquele a cuja divisão ela se opôs, quando outra, que também se dizia mãe, não contrariava essa acção, que é o exemplo tirado de Salomão, 3.º livro dos Reis, 3, 16 e seguintes, que se apresenta no cap. 2 do tit. de *De praesumptionibus*. A presunção *hominis*, como *industrial* que é, difficilmente pode ser incluída em regras, e deve ser inteiramente deixada ao arbítrio do juiz.

QUANDO É QUE A PRESUNÇÃO «JURIS ET DE JURE»
EXCLUI A PROVA

§ IX — O dizer-se que a presunção *juris et de jure* não admite prova em contrário atenta contra a natureza da presunção, que deve absolutamente ceder à verdade, Coccey, *Disput. VIII*, tomo II, *De direct. probat. negat.*, cap. III, §§ XIII e XIV, Van-Espen, *Ius Ecclesiae*, P. III, tit. VII, cap. V, nn. 23

e 24. Realmente, se contra a prova verdadeira do autor se concede ao réu a prova em contrário, por que razão se lhe deve negar, quando o autor se baseia apenas em provas tiradas de conjecturas ainda que fortíssimas? É, pois, de admitir presunção que exclua toda a prova, quando a lei presume o facto e além disso estatui a pena, como é o caso da presunção nascida de coisa julgada e da usucapião. Por conseguinte, as presunções chamadas *juris et de jure* devem ser incluídas no número das *violentas* que não admitem qualquer prova, mas só a prova evidente, isto é, tal que vença a presunção em contrário. E é destas conjecturas ou presunções veementes, embora elas não excluam inteiramente a prova, que se devem entender as Ordenações liv. 1, tit. 60, § 3, tit. 31, § 11, tit. 60, tit. 81, § 2, tit. 99, § 6, e liv. 5, tit. 48, § 32.

EFEITOS DA PROVA

§ X — Embora nos factos humanos o juiz difficilmente possa obter uma certeza absoluta, salvo se viu com seus próprios olhos, pois as testemunhas ainda as mais honestas podem errar e enganar, e os próprios instrumentos públicos também podem ser falsificados, todavia, como o facto duvidoso em litígio tem que acabar por ser certo e provado, há necessariamente que definir na vida civil um modo certo de prova que se aproxime o mais possível da verdade no consenso geral das gentes; para tal efeito, deve admitir-se em juízo esta certeza e prova plena, parecendo que o juiz deve manter aquela que se pode obter entre os homens e se costuma admitir entre eles; tal é a que se faz por instrumentos públicos ou testemunhas acima de toda a dúvida. As presunções *juris* são havidas como prova verdadeira e perfeita, se não forem ilididas por outras provas, e é de harmonia com elas que se deve pronunciar a sentença. Pelo contrário, as presunções *hominis* e as chamadas provas

semiplenas nem fazem prova perfeita e fé plena, se não se apoiaem noutros elementos, nem tornam o juiz tão seguro, que possa julgar por elas.

EM COLISÃO DE PROVAS, QUAIS AS PREFERIVEIS

§ XI — Em conflito de provas, quando as duas partes oferecem provas iguais (se forem desiguais, ninguém dúvida), não é fácil definir quais as mais fortes e preferíveis. Por mim entendo assim. No concurso de testemunhas igualmente hábeis, deve-se-lhes tributar fé, não atendendo ao seu número, nobreza, dignidade, riquezas, ou outra qualidade externa, mas aos costumes e honestidade da vida, lei 21, § 3, do tit. *De testibus* do Digesto, cap. 32 do tit. *De testibus* das Decretais. Também não deve acreditar-se mais nas testemunhas *que afirmam* do que nas *que negam*, como é opinião vulgar, tirada da doutrina de que não pode provar-se a negativa; é, de facto, manifesto que tanto as testemunhas afirmativas como as negativas podem atribuir ao seu testemunho razões igualmente concludentes. Devem ser preferidos os testemunhos *mais adequados à coisa e mais próximos da verdade*, lei 21 do tit. *De testibus*, do Digesto, e cap. 9 de igual tit. das Decretais, e os que se apoiam em melhores ou mais sólidas razões; mas, se eles não aparecem, não há que fazer conta, como geralmente apraz, do possuidor, isto é, do réu, nem da causa, por ser, por exemplo, favorável, mas recorrer ao juramento necessário ou supletório, e deferi-lo a um ou outro conforme a qualidade do negócio, Ord. liv. 3, tit. 52. Isto a respeito das testemunhas colidentes entre si. Porém, se as testemunhas colidirem com os instrumentos, como, por exemplo, se o autor provar a sua intenção com testemunhas, e o réu o contrário com instrumentos, qual prova devemos preferir? Eu anteporia os instrumentos às testemunhas 1) nos factos antigos sobre os quais só testemunhas de outiva podem depor,

lei 10 do tit. *De probationibus*; 2) nos negócios que necessariamente exigem escritura para sua solenidade ou prova, Ord. liv. 3, tit. 59; 3) na prova de privilégios e direitos especiais, etc., que só por escritura costumam ser concedidos e feitos; 4) nas controvérsias relativas à enfeiteuse, nas quais se deve dar mais fé ao instrumento de *investidura* que às testemunhas. Na colisão de presunções contraditórias devem ser preferidas as mais convenientes à natureza da coisa, e as mais verosímeis e humanas, conforme mais abaixo diremos das testemunhas. No caso de a mesma parte apresentar instrumentos contrários entre si, estes nada provam, visto não poder saber-se a qual deles dar fé, lei 14 do tit. *De fide instrumentorum* do Código, lei 2 de igual tit. do de Teodósio, e respectivos comentários de Jacobo Gotofredo; e também nada provam, quando forem apresentados pelas duas partes e tiverem o mesmo valor, mas, neste caso, prejudicam aquele que devia fazer prova mais clara. Boehmero desenvolve mais esta matéria na Dissert. *De collisione probationum*, e no *Ius Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De probationibus*, §§ XIV e seguintes.

(*Continua*)

PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE

(*Tradução do Dr. Miguel Pinto de Meneses*)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS^(*)

TANTO PÚBLICO COMO PARTICULAR

TÍTULO XVII

DAS TESTEMUNHAS

QUEM SE DIZ TESTEMUNHA E ORDEM DESTA EXPOSIÇÃO

§ I — A mais frequente de todas as provas é a de testemunhas; com elas provamos um facto controverso em juízo, e dele fazemos fé ao julgador (Tit. XVI, § I). Temos, pois, que tratar aqui, primeiramente, dos que podem testificar em juízo, e, depois, da qualidade das testemunhas, e sua fé, juramento, exame, reprovação, e outros aspectos que me parecem de interesse; todavia, tudo conforme costumamos, isto é, sumariamente.

QUEM PODE SER TESTEMUNHA

§ II — Podem testificar em juízo todos os que não se acham expressamente prohibidos, Ord. liv. 3, tit. 56, no princípio, Man. 42, § 11, Afon. 61, § 10. Há os que, por motivo de infâmia, idade ou outra justa causa, estão prohibidos de depor em todas as causas, e há os que estão só em algumas. Estão inteiramente impedidos: 1) os furiosos e mentecaptos, Ord liv. 3, tit. 56, § 5; 2) as crianças e impúberes, visto pouco distarem dos furiosos, § 6; 3) os escravos, § 3; 4) os Judeus e Mouros

(*) Continuação do *Boletim* n.º 170.

contra os Cristãos; mas já podem testemunhar nas demandas entre eles e os Cristãos, § 4, Ord. Afons., liv. 2, tit. 88. No entanto, como se deve distinguir inteiramente a *fé teológica* da *fé jurídica*, e como já de há muito, e hoje principalmente, temos relações comerciais e muitas outras com os Judeus, podendo, por isso, suceder facilmente que só tenhamos o testemunho deles para prova, e como a diferença de religião não gera ódio se este não se presumir doutra origem, segue-se que não podemos recusar fé aos judeus probos e de íntegra reputação, que sabemos serem muitos deles, e, portanto, repeli-los de testemunharem mesmo nas demandas entre Cristãos. Veja-se Huber, no comentário a este tit., § XIII, no fim; 5) os presos em cárceres públicos por crime graves, § 9; no entanto, podem depor sobre os delitos cometidos no cárcere; 6) os marcados com *infâmia de direito*, lei 3 do tit. *De testibus*, pois a chamada *infâmia de facto* apenas diminui a fé da testemunha. Em certas causas rejeitam-se: 1) as testemunhas em causa própria, lei 10 do tit. *De testibus*, qual se diz aquela donde se espera proveito, ou teme prejuízo; 2) o inimigo capital em causa de seu inimigo, § 7; 3) o amigo íntimo em causa do seu amigo; 4) os pais nas causas dos filhos e vice-versa, § 1; 5) o irmão em causa de irmão tanto criminal como civil de grande monta, § 2; 6) o sócio em causa comum e em favor de outro sócio, etc., visto que parecem de certo modo causas próprias. Mas admitem-se os pais nas questões em que se faz mister provar a idade, filiação e legitimação dos filhos, § 1, etc.. Também se admitem (salvas as excepções) os testemunhos domésticos, como, por exemplo, os daqueles que são da mesma linhagem, casa, família, corporação ou comunidade, *se outra causa razoável não obstar*, como bem diz o Pontífice no cap. 12 do tit. *De testibus et adtestationibus*, das Decretais, isto é, se a causa sobre que se ordene testemunhem não respeitar ao proveito e utilidade de cada um, caso este em que devem ser recusados. Gonzalez, ao cap. 6 daquelle tit. das Decretais, n. 7, no fim.

SE E COMO DEVEM SER ADMITIDAS AS TESTEMUNHAS INÁBEIS OU SUSPEITAS

§ III — As testemunhas, que o juiz mediante prévia informação reconhece como inábeis ou que o adversário prova logo serem inábeis, devem ser officiosamente rejeitadas, a fim de a parte que as apresenta não se ver sobrecarregada com despesas inúteis; e assim se deve entender a Ord. liv. 3, tit. 56, § 8; somente as suspeitas, salvas as excepções, devem ser admitidas, mesmo que o adversário se oponha e as recuse com grandes razões, Ord. liv. 3, tit. 56, § 10, e tit. 58, § 5. Os juizes interrogam quaisquer testemunhas aos costumes, salvaguardando a refutação ao adversário, Groenewegen, *De legibus abrogatis*, à lei 24 do tit. *De testibus*. Mas pertence ao officio do juiz avaliar as pessoas das testemunhas e seus depoimentos, e dar-lhes maior ou menor crédito, ou mesmo nenhum, conforme a qualidade delas e outras circunstâncias, Ord. cit..

QUANDO E DE QUE FORMA DEVEM SER PRODUZIDAS

§ IV — Na produção das testemunhas deve-se observar a forma prescrita na lei. Com efeito, 1) devem ser produzidas em juízo, isto é, após a litis-contestação e *dentro do termo probatório*, Ord. liv. 3, tit. 54, § 16 (Tit. XIV, § III). Exceptua-se a excepção *dilatatória*, a qual, como deve ser alegada antes da lide contestada, Ord. liv. 3, tit. 20, § 9, tem necessariamente de ser apresentada antes de as duas partes aceitarem a demanda. Também se admitem, por equidade, antes de movida a demanda as provas *ad perpetuam rei memoriam*, Ord. liv. 3, tit. 55, §§ 7 e 8 (Tit. XVI, § II, Nota); 2) as próprias testemunhas devem ser citadas e chamadas por autoridade do juiz, Ord. cit. § 11; 3) também o adversário deve ser citado, §§ 9 e 10 e *passim*; 4) não são admitidas testemunhas sem juramento, Ord. liv. 3, tit. 58, no princ., *ibi*: *Tantoque o juramento for dado á*

testemunha; 5) assinada a dilação, deve a parte no mesmo dia ou no dia seguinte dizer os nomes das testemunhas, para que o adversário as possa refutar, na mesma Ord. tit. 58, no princípio, e § 1, mas, passado o prazo de dilação, já não são admitidas as contraditas, salvo se a parte, que as apresenta, jurar que sobrevieram de novo ou só então chegaram ao seu conhecimento, § 2. Porém, não devem ser dadas a cada artigo mais de quinze testemunhas, Ord. liv. 3, tit. 55, §§ 2 e 3, e o mais que se verá do que vamos dizer.

SOBRE O OBRIGAR OU NÃO AS TESTEMUNHAS

§ V — Os que não querem ou hesitam em testemunhar são constrangidos pelo juiz competente com multa, penhor, prisão ou outros meios, Ord. liv. 3, tit. 55, § 11. A razão é porque constitui um dever público depor em juízo; no entanto, como esse acto não deve ser prejudicial a ninguém, as testemunhas são obrigadas a vir ao tribunal a expensas, que o juiz livremente definirá conforme a qualidade e condição das testemunhas, de quem as apresenta, Ord. cit., § 6. Diz-se juiz competente aquele a cuja jurisdição as testemunhas estão sujeitas; por isso, não pode o juiz secular compelir os eclesiásticos a depor, os quais só podem ser interrogados em seu foro e pelo juiz próprio, depois de este receber as chamadas *cartas requisitórias*, Ord. cit., § 11, nas palavras: *ou não forem as ditas pessoas de nossa jurisdição*. Os pais, filhos, irmãos, irmãs, sogros, e genros não são obrigados a testificar contra filhos, irmãos, etc., excepto em causas privilegiadas, e quando não se pode obter a verdade doutra maneira, lei 4 do tit. *De testibus*; e este direito usamos tanto nas causas-crimes como nas cíveis.

As testemunhas que vivem fora do território civil do juiz perante quem corre a demanda, devem ser inquiridas por carta, que chamam *requisitória*, pelo juiz ordinário, o qual enviará as atestações, por elas

feitas, ao juiz *ad quem*. Mas, se forem obrigadas a vir depor fora desse território, como, por exemplo, à Corte ou outros lugares, tanto nas causas cíveis a requerimento da parte, como nas criminaes por officio do juiz, devem-lhes ser pagas as competentes despesas, Ord. liv. 1, tit. 86, § 5, tit. 91, § 29, e liv. 3, tit. 55, § 6, Cabedo, P. I, *Decisio* 15. No entanto, isto não deve ser concedido facilmente, pois é como que um direito comum de todos os cidadãos não se ser tirado, contra vontade, de sua casa e família, direito esse de que só por grande ou pública causa se deve ser privado, lei 3, § 6, do tit. *De testibus*. Os clérigos produzidos como testemunhas, visto que se dizem de jurisdição alheia, são inquiridos no foro eclesiástico, passando para esse efeito o juiz secular cartas *rogatórias*. Porém, como a sua produção, e, depois, a sua inquirição e o envio dos seus testemunhos implicam grandes despesas, e como se costumam levantar muitos óbices e buscar muitos impedimentos que levam ao retardamento infinito da causa, era para desejar que se abrogasse este direito no século em que vivemos, e se desse ao juiz secular a facultade de compellir a depor, conforme a sua jurisdição, tanto as testemunhas leigas como as eclesiásticas, sobretudo nas causas cíveis. Quanto aos Cavaleiros, Comendadores e Clérigos das Ordens Militares do Reino não constituídos em ordens sacras, são eles obrigados a testificar no foro secular, Ord. liv. 2, tit. 12, no princípio, tirada dos Alvarás de D. Manuel de 4 de Setembro de 1517 e 30 de Junho de 1518, e de D. João III de 21 de Outubro de 1526, *apud* Leão, p. 2, tit. 3, leis 2 e 3; parece-me, pois, que este direito também devia ser aplicado aos Clérigos.

DO EXAME DAS TESTEMUNHAS

§ VI — Na inquirição das testemunhas cumpre ao juiz observar o seguinte: 1) deve deferir à testemunha, seja qual for a sua categoria, o juramento de que vai dizer a verdade, Ord. liv. 1, tit. 86, no princípio, *ibi: que bem, e verdadeiramente diga a verdade*; 2) deve-lhe ser deferido, estando presente o adversário, o qual, por isso, é citado para poder comparecer, Ord. *ibi: perante a parte, se ella a quizer ver jurar (Instituições de Direito Criminal, Tit. XIV, § VIII, Nota)*. A fórmula do juramento, tirada do cap. 5 do tit. *De testibus* das Decretais,

vem na citada Ord.; de facto, mandam-se as testemunhas jurar *que não são levadas a tal juramento por ódio ou amizade particular, nem por qualquer proveito que tenham tido, tenham, ou hajam de ter; que não-de dizer a verdade sobre a matéria a que forem interrogadas*; 3) manda-se afastar o adversário, logo que se começa o exame, Ord. cit. *ibi: dará seu testemunho secretamente*, tirada da má inteligência da lei 14 do tit. *De testibus* do Código, e da Novela 90, cap. último; 4) deve a testemunha ser interrogada *em segredo* pelo juiz, primeiro, sobre a idade, qualidade, amizade, consanguinidade ou afinidade com a parte que as oferece ou com o seu adversário, na mesma Ord., sendo estas as inquirições gerais que compreendemos na palavra *costume*; 5) se a sua fé foi tentada pelos litigantes, Ord. liv. 3, tit. 57; 6) depois, será interrogado somente sobre os artigos ou posições apresentadas em juízo; e, se a testemunha adiantar alguma coisa fora dos artigos, não se lhe dará crédito como a pessoa que não fez juramento, Ord. cit., § 1, *ibi: delo que sabem dos artigos*; 7) e sobre cada uma das circunstâncias respeitantes à questão, como *causas, pessoas, lugar, tempo, vista, outiva, ciência, credulidade, fama, e certeza*, dita Ord., e cap. 37 do tit. *De testibus*; 8) mas sobretudo sobre a *razão do dito*, e, se a testemunha for de outiva, deve ser-lhe perguntado a quem o ouviu, Ord., dito § 1; 9) todavia, é permitido ao juiz interrogar as testemunhas sobre certas circunstâncias que julgar necessárias à descoberta da verdade, na mesma Ord. *ibi: fazendo-lhe todas as outras perguntas, que lhes parecerem necessarias per que melhor, e mais claramente se possa saber a verdade*; ro) convém, por isso, que o juiz observe a *própria voz da testemunha e seu escrupuloso cuidado de conhecimento, porquanto a linguagem, a constância ou a hesitação no falar, ou a reputação de que goza na sua cidade, derramam alguma luz no esclarecimento da verdade*, lei 10, § 5, do tit. *De quaestionibus*, da qual foi quase transcrita a Ord. cit., liv. 1, tit. 86, § 1, vers. *E attentem bem*.

QUE TESTEMUNHAS DEVEM SER EXAMINADAS EM CASA

§ VII — Todas as testemunhas são obrigadas a vir depor na presença do juiz. Exceptuam-se os velhos e os enfermos, Ord. liv. 3, tit. 55, § 7, e as pessoas egrégias, que são examinadas em suas casas, não pelo juiz, mas pelo *comissário* ou inquiridor enviado para esse efeito, lei 15 do tit. *De jurejurando*, lei 16 do tit. *De testibus* do Código, Ord. liv. 1, tit. 5, § 14, *ibi: ou sendo as testemunhas de tal qualidade, que não devão ir a casa dos Desembargadores... commetterá o tirar das ditas inquirições a outros officiaes, que para isso lhe parecerem idoneos*.

As pessoas *egrégias* não são obrigadas a vir jurar na presença do juiz, o qual, de harmonia com as leis citadas, deve enviar inquiridor a casa delas. Porém, o definir quais são as pessoas *egrégias*, a que alude a lei 15 do tit. *De jurejurando*, e as *ilustres*, de que fala a lei 16 do tit. *De testibus* do Código, e as *de qualidade*, a que se refere a Ord. liv. 1, tit. 5, § 14, fica ao arbítrio do juiz, uma vez que não está esclarecido nesses textos. Mas este privilégio, se é um verdadeiro privilégio, o que eu não impeço, somente pode ter lugar nas causas cíveis ou criminaes que admitem substituto ou *comissário*; com efeito, nas causas-crimes capitais, ou nas cíveis em que tem necessariamente de ser o juiz a inquirir as testemunhas, se as mencionadas pessoas não fossem obrigadas a ir à presença dele, sê-lo-ia o juiz, mas, como este é uma pessoa *egrégia* e age em nome da sociedade ou do Imperante, de modo nenhum deve ser compelido a inquiri-las em suas casas deixando a sua. E costume corrente serem inquiridas no lugar do julgamento, isto é, no Senado, ou na Secretaria de Estado, o que apenas se deve entender dos Nobres de primeira ordem. Pegas, à Ord. liv. 1, tit. 5, § 14, n. 3. E, porém, próprio do juiz modesto, sábio e prudente não se dedignar de ir a casa delas para conseguir a verdade, e desprezar estas questões ineptas e frívolas, pois constituem bagatelas, ninharias, e coisas de vil estimação.

EM QUE CAUSAS OS JUIZES OU INQUIRIDORES
EXAMINAM AS TESTEMUNHAS

§ VIII — Os juízes sobrecarregados de tarefas podem cometer a outros a inquirição das testemunhas. Para este efeito já há muito foram criados entre nós certos oficiais que chamamos *enqueredores*, os quais, no entanto, não podem inquirir testemunhas nas causas-crimes capitais, Ord. liv. 1, tit. 65, § 33, e tit. 86, § 3, nem, sem o acordo das partes, nas causas cíveis de valor superior ao fixado no dito tit. 86, § 3. Nas causas fiscais, as testemunhas são inquiridas, não por esses *enqueredores*, mas pelos *almoxarifes*, Ord. cit., § 4, Man. 65, § último no mesmo livro 1.

DAS CONTRADITAS E INTERROGATÓRIOS DAS TESTEMUNHAS,
E DA PUBLICAÇÃO DAS INQUIRIÇÕES, ALEGAÇÕES, ETC.

§ IX — As *refutações* das testemunhas, que chamamos *contraditas*, devem ser tiradas, não das suas palavras, visto estas serem secretas até à publicação das inquirições, mas da sua qualidade e condição, etc., como, por exemplo, que a testemunha é infame, falsária, inimiga, instruída, rogada ou subornada pelo adversário, Ord. liv. 3, tit. 58, Man. 44, Afons. 63. Têm de ser intentadas no mesmo dia em que as testemunhas são produzidas, ou no seguinte, quando é a própria parte que põe as contraditas, e está presente; se estiver ausente, dentro do tempo da dilação; no entanto, são recebidas pelo benefício da restituição ou se jurar que só então chegaram ao seu conhecimento, Ord. cit., no princ., e § 2. Publicadas as inquirições, já não podem ser recebidas as contraditas, salvo se se objectar que a testemunha foi subornada, Ord. cit., § 2, vers. *salvo*, cap. 26 do tit. *De testibus* das Decretais, onde o nosso Barbosa expõe outras excepções. Devem-se distinguir os *interrogatórios*

gerais *dirigidas à causa* dos que são dirigidos e opostos às *testemunhas*, isto é, das *contraditas*; com efeito, os gerais dirigidos à causa, embora se achem aprovados no cap. 29 do tit. *De testibus*, no fim, não foram recebidos no nosso foro. Mendes, P. I, liv. III, cap. XII, § V, n. 26. As *contraditas articuladas* apenas se fazem nas causas ordinárias, para cuja prova somente se admitem três testemunhas, Ord. cit., § 4; nas causas sumárias não se formam *artigos*. Não são admitidas as reprovas opostas pelo adversário às testemunhas das contraditas, salvo se as reprovas forem de parentesco até ao segundo grau, ou de inimizade, Ord. cit., Man. tit. 44, § 4; assim se curou óptimamente de abreviar as demandas. No entanto, eram admitidas na Ord. Afons. tit. 63, § 8. Acabada a dilação probatória, as *inquirições são abertas e publicadas*, caso não haja justas causas que dêem lugar a prova mais ampla e impeçam a abertura das inquirições, quais as que vêm na Ord. liv. 3, tit. 62, Man. 47, Afons. 66. Publicados os ditos das testemunhas, seguem-se as *disputas* ou *alegações* das partes, Ord. liv. 3, tit. 20, § 40, cap. 15, no fim, do tit. *De testibus* das Decretais, as quais, embora não sejam da substância do processo, Ord. liv. 3, tit. 63, são por justo título recebidas em todas as causas incluindo as sumárias, contanto que feitas nas devidas condições e solenidades, isto é, segundo os ditames das leis e das razões, como convém a um autêntico jurisconsulto. De seguida, fazem-se finalmente os instrumentos da lide conclusos ao juiz, não podendo ser abertos senão por razão nova nascida depois da conclusão, Ord. cit., tit. 20, § 30.

DEVE-SE DAR CREDITO A DUAS TESTEMUNHAS FIDEDIGNAS

§ X — Fazem plena fé ao juiz duas testemunhas acima de toda a dúvida, Ord. liv. 1, tit. 62, § 21, *ibi*: ou por dito de duas testemunhas dignas de fé (Tit. XVI, § III). Na verdade,

sendo difícil obter nos factos humanos uma certeza absoluta, há que admitir, em summa, a que pode obter-se entre os homens e que todas as nações sempre aprovaram, qual é seguramente a obtida através de testemunhas; de facto, todos os povos concordam e o Apóstolo na 2.^a Ep. aos Coríntios, XIII, 1, afirma que *sobre a declaração de duas ou três testemunhas tudo será decidido*, Coccey, Disput. *De direct. probat. negat.*, cap. I (Tit. XVI, § X). Bem, pois, diz Ulpiano na lei 12 do tit. *De testibus*: *Quando não se exige expressamente certo número de testemunhas, mesmo duas bastarão*. Por conseguinte, fazem prova plena duas testemunhas fidedignas, como é o caso daquelas a quem nenhuma excepção legítima se pode opor. E isto acontece, ou quando não exige maior número de testemunhas, ou prova especial mediante instrumentos, como no caso da Ord. liv. 3, tit. 59. Cumpre, porém, separar aqui as testemunhas que costumam intervir nos contratos, testamentos ou quaisquer outros negócios, onde conforme a qualidade destes se exigem três ou cinco testemunhas, como nos casos da Ord. liv. 1, tit. 74, § 5, e liv. 4, tit. 80, e 102, § 3, daquelas que são produzidas em juízo para fazer fé sobre um facto, caso este em que não se exige maior número, salvo prescrição expressa na lei, consoante já advertiu o celeberrimo Heinéccio, às *Pandectas*, tit. *De testibus*, § CXLIII, Nota.

ALGUMAS VEZES DEVE DAR-SE CRÉDITO A UMA SÓ

§ XI—Pelo exposto, não se acredita numa só testemunha, seja qual for a sua dignidade, episcopal, clerical, senatória, etc., lei 9, § 1, do tit. *De testibus* do Código, pois formalmente são precisas pelo menos duas para prova. No entanto, deve acreditar-se no Bispo, Clérigo, Juiz e Oficial, em assuntos respeitantes ao seu officio, no que não usam de qualquer prerrogativa, mas do direito comum. Hórnio, Dissert. *De probatione*

plena per unum testem, Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, tit. *De testibus*, § XXII. Por conseguinte, deve tributar-se fé ao Bispo, quando testemunha sobre matérias pertinentes ao sagrado múnus episcopal, ao clérigo também em matéria de seu officio, como, por exemplo, sobre baptismos, sepulturas, etc. (Tit. XVIII, § V, deste Livro); ao juiz, pelos actos passados perante ele e o seu escrivão, e, finalmente, aos officiais em tudo o que respeita ao seu officio; porém, esta fé, que se baseia em mera presunção de direito, admite prova em contrário. No nosso direito, há casos que se provam com uma só testemunha, como são os referidos na Ord. liv. 1, tit. 24, § 17, tit. 66, § 27, e liv. 4, tit. 18.

AUTORIDADE DAS TESTEMUNHAS

§ XII—Nem todas as testemunhas têm a mesma autoridade, nem a todas se deve tributar a mesma fé. Esta varia conforme os costumes e honestidade de vida das testemunhas, e sobretudo com a qualidade, probabilidade e razão do próprio testemunho, e outras circunstâncias, que o juiz tem de ponderar um pouco mais atentamente, e que não estão, em realmente podem estar definidas em regras certas. Heinéccio, *Elementa Log.*, cap. III, Sect. III, §§ CXXXV e segs. (Tit. XVI, § XI).

A este respeito disse bem Adriano num rescrito para Valério Vero: *De modo nenhum se pode seguramente definir quais os argumentos que bassem para dalguma maneira provar cada coisa; assim como nem sempre, assim muitas vezes se consegue a verdade de cada coisa sem monumentos públicos; umas vezes o número de testemunhas, outras a sua dignidade e autoridade, e outras o como que consenso da fama, confirmam o crédito da coisa que é objecto da questão. Portanto, em resumo só te posso responder o seguinte: não se deve geralmente pren-*

der o exame da questão a uma só espécie de prova, antes te é mister avaliar com sinceridade de alma aquilo em que deves acreditar ou então entendes pouco provado, lei 3, § 2, do tit. De testibus.

DAS TESTEMUNHAS DE VISTA, DE OUVIDO, E DE FAMA

§ XIII — As testemunhas de vista são sem dúvida preferidas às de ouvido; todavia, estas não são inteiramente de rejeitar, mormente se foram elas próprias quem ouviu; porém, se narram o que ouviram a outras pessoas, merecem a mesma fé que o autor, o qual deve por isso ser interrogado, Ord. liv. 1, tit. 86, § 1. Em coisas antigas as testemunhas de outiva merecem maior fé, lei 28 do tit. *De probationibus*. Para fazer fé dum factio, entende-se que é testemunha idónea tanto o que assistiu a rogo, como o que assistiu sem o esperar, lei 11 do tit. *De testibus*, Guilherme Forneri, *Selectiones*, liv. II, cap. X, tomo II, Otto, *Thesaurus*, pág. 56; mas é suspeito aquele que se ofereceu espontâneamente, Ord. liv. 3, tit. 58, § 6. No dizer de Marão, *tanto a fama obstinada do que é fictício e mau, como a nunciadora do que é verdadeiro*, por nenhum homem prudente é havida como prova, Huber, ao tit. *De probationibus*. n. VI, pois deve reprovar-se o testemunho de outiva, quando se diz o que se ouviu dizer e não se nomeia nenhum autor certo a quem se ouviu (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XVII, § VI), Donello, à rubrica do tit. *De testibus* do Código, nn. 30, 31 e 32. Eis por que, segundo a Ord. liv. 5, tit. 133, no princípio, a fama pública, originada em homens probos, honestos e fidedignos, apenas constitui um indício, e não faz prova, *ibi: ou fama pública, que proceda de pessoas de auctoridade e dignas de fé*. Por consequência, não há que fazer conta dos rumores ainda que públicos e constantes, *espalhados sem autor certo, os quais ordinariamente devem a sua origem à maldade e o seu desenvolvimento à credulidade*, Quintiliano, *De Institutione*

Oratoria, liv. V, cap. III. Absolutamente nenhuma fé se deve prestar às palavras espalhadas por aqueles homens, que o vulgo costuma chamar *beatos*, visto que na realidade são quase sempre supersticiosos, ignorantes, fanáticos, maldosos, em resumo, *hipócritas*, palavra em que se contém todo o género de vilezas.

TÍTULO XVIII

DA FÉ QUE SE DEVE DAR AOS INSTRUMENTOS,
E PERDA DESTES

O QUE É UM INSTRUMENTO E QUANTAS ESPECIES HA

§ I — Chamamos instrumento, que é o principal meio de prova (Tit. XVI, § I), a *qualquer escritura feita para comprovar a fé dos factos*. Divide-se em *público* e *particular*, consoante a escritura se baseia em fé pública ou particular; em *original*, o que primeiro foi escrito sobre o negócio, e *transunto* o que foi copiado do original.

QUAIS OS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, QUAIS OS PARTICULARES;
E QUE PROVA FAZEM

§ II — Chamam-se instrumentos *públicos* todos aqueles que possuem autoridade e fé pública, como os confeccionados por pessoa pública, e é o caso dos instrumentos judiciais feitos na presença do juiz, e os lavrados pelo *tabelião das notas*, ou *judicial*, pelo *escrivão judicial*, ou *notário*. Os instrumentos *particulares*, visto que são destituídos de fé pública, entende-se que são compostos mais para memória dos factos que para fazer fé. Por isso, os *públicos* fazem prova plena, desde que sejam autênticos e devidamente ordenados; os *particulares* apenas provam contra os que os escrevem.

§ III — Como entre os instrumentos públicos os principais são os *autos judiciais* feitos perante o juiz (§ II), segue-se que: 1) eles fazem fé mesmo sem testemunhas e assinatura alheia, Ord. liv. 4, tit. 96, § 18, *ibi*: *scriptura publica, ou actos publicos*, Caldas, *De emptione*, cap. VI, n. 10; 2) provam do mesmo modo as atestações escritas dos oficiais, copiadas dos autos, Ord. liv. 1, tit. 24, § 21, no fim; 3) os autos judiciais compostos para a boa ordem do juízo, na mesma Ord., Caldas citado. No entanto, requerem a assinatura da parte: 1) os autos judiciais *prejudiciais*, que se fazem à parte e não pertencem à substância do juízo, como os louvamentos, pactos, fianças e renúncias ainda que celebrados em juízo, isto é, perante o juiz, Ord. liv. 1, tit. 24, §§ 19 e 20; 2) as partilhas de herança judiciais ou extrajudiciais, Ord. liv. 4, tit. 96, § 18; 3) o perdão dado em juízo pelo marido à mulher que cometeu adultério, Ord. liv. 5, tit. 25, § 2, etc.. Há ainda certos actos judiciais, em que se exigem, além das assinaturas do juiz, do *escrivão* e da parte, duas ou três testemunhas, como na renúncia ao benefício da Lei do Veleiano, Ord. liv. 4, tit. 102, § 3. Os *actos judiciais* são preparados pelos amanuenses, *escrivães* ou *tabeliães judiciais*.

E TAMBEM SÃO PÚBLICOS OS INSTRUMENTOS DO TABELIAO

§ IV — Como se contam entre os instrumentos públicos (§ II) as escrituras extrajudiciais, feitas pelos *tabeliães das notas*, assim chamados porque as devem copiar das notas e exarar em livro próprio, provam plenamente, se forem ordenadas com as solenidades devidas, o que acontece, 1) se contiverem o nome do tabelião e o seu sinal público e particular; 2) pelo menos duas testemunhas e os seus nomes e apelidos; 3) o dia, mês e ano e lugar da sua redacção; 4) se forem inte-

gralmente lidas pelo tabelião estando as partes e as testemunhas presentes, Ord. liv. 1, tit. 78, § 4, e liv. 4, tit. 19, § 1, no fim, e liv. 5, tit. 117, § 6. Onde houver dois tabeliães, as escrituras devem ser igualmente distribuídas por eles, Ord. citada, tit. 78, § 1, Extravagante de 23 de Abril de 1723, *apud* Ord. liv. 1, tit. 24, Coleção I, n. 2.

DAS TABUAS CENSUAIS E LIVROS ECLESIASTICOS

§ V — Também se devem enumerar entre as escrituras públicas não só os livros dos escrivães das portagens, alfândegas, e outros direitos reais, Ord. liv. 3, tit. 60, § 2, mas também quaisquer instrumentos exarados ou conservados nos arquivos públicos do Reino, visto que se apoiam em fé pública. Porém, os livros chamados *censuais*, dos bispos, mosteiros e igrejas, em que estão lançados certos rendimentos e doações, serão considerados particulares, visto que não foram feitos com autoridade pública; por isso, não provam senão contra quem os escreve; na realidade, como facilmente podem ser acrescentadas neles algumas coisas por engano, desleixo ou culpa dos amanuenses, grave prejuízo deles resultaria para os súbditos, se fizessem prova plena. E não devem ser exceptuados os livros antigos, aos quais se deve atribuir apenas força de prova imperfeita, enquanto não aparecer prova em contrário, lei 7 do tit. *De probationibus* do Código, Nicolau de Passeribus, *De scriptura privata*, liv. 4, quaests I e II, Carpzov, liv. I, Resp. LXI, e P. I, cap. XVI, Definit. XXV. Outros pensam doutra maneira. Valasco, *Consult.* 10, Lauterbach, no *Compendium*, a este tit., n. VIII, com outros. O mesmo, por maioria de razão, se deve dizer dos livros censuais ou jurisdicionais dos Nobres, desguardados de fé pública. Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, a este tit., § II. Mas, pelo contrário, fazem fé: 1) os livros eclesiásticos em que se registam baptizados, casamentos, óbitos,

ou o lugar de sepultura; 2) finalmente, os testemunhos escritos dos eclesiásticos acerca do que viram ou se fez em sua presença, desde que respeite ao seu officio (Tit. XVII, § XI), lei 10, § 1, do tit. *De edendo*.

DOS ESCRIVÃES E NOTARIOS ECLESIASTICOS

§ VI — As escrituras extrajudiciais, feitas por escrivães ou notários eclesiásticos sobre coisas temporais mesmo pertencentes à Igreja, não fazem fé nenhuma. O mesmo dizemos dos *autos judiciais*, que ou não foram aprovados pelo poder civil, ou não respeitam ao múnus especial dos Eclesiásticos, Ord. liv. 2, tit. 20, Man. tit. 10, Afons. tit. 18 (*Instituições de Direito Público*, Tit. V, § XXVIII, Nota).

QUE PROVA FAZEM OS INSTRUMENTOS PARTICULARES

§ VII — Os instrumentos particulares feitos por um particular, seja qual for a sua dignidade, episcopal, sacerdotal, equestre, senatória, só provam contra os que os escrevem, Ord. liv. 3, tit. 59, § 15, *ibi*: *Nos Alvarás dos Arcebispos, Bispos... Fidalgos, Cavalleiros, Doutores... Officiaes do nosso Desembargo... per elles feitos, e assinados, sendo contra elles, lhes seja dada tanta fé como a scripturas publicas* (§ II deste Título), lei 25, § último, do tit. *De probationibus*, Valasco, *Consult.* 177.

Os instrumentos particulares só provam contra os que os escrevem, e nisto diferem dos públicos. Mas, porque no nosso direito, com excepção de certas pessoas, as convenções, que nos bens móveis excedem a soma de 60 000 reis, e nos de raiz 4000 reis, só podem ser provadas por escritura pública, apenas foi concedido aos Nobres e outros referidos na citada Ordenação que as atestações de escritura sua façam fé contra os que as escrevem, os quais podem, por isso, ser demandados pela acção sumária chamada *assinção de dez dias* (Tit. VI, § XXVIII), e por esta razão são havidas por quase públicas. Porém, as escrituras

feitas por um particular de ordem inferior que excedam a soma mencionada não fazem prova nenhuma, se não forem reconhecidas em juízo, Ord. liv. 3, tit. 25, § 9, Valasco citado. Não têm, por isso, lugar entre nós a lei 11 do tit. *Qui potiores in pignore habeantur* do Código, e a Autêntica *Si quis* do mesmo tit. do Código, pelas quais se dava fé pública aos instrumentos particulares munidos com a assinatura de três testemunhas.

O TRASLADO QUANDO PROVA

§ VIII — Só o instrumento público *original* ou *autêntico* prova, pois não se dá crédito ao *traslado*, se falta a primeira escritura, Ord. liv. 3, tit. 60, no princípio, e cap. 1 do tit. *De fide instrumentorum*, e não basta que se diga trasladado pelo notário, pois este facilmente pode ter como autêntica uma escritura falsa. Por este motivo, para que o traslado mereça fé, é mister que a cópia, após conhecimento de causa pelo juiz, seja feita por sua autoridade e decreto, e por pessoa pública, citados aqueles a quem ela interessa, e, finalmente, que seja conferida com o original por outro notário juntamente com o copista, Ord. cit., e liv. 1, tit. 79, §§ 6 e 28, cap. último do tit. *De fide instrumentorum* das Decretais, Pereira, *Decisio* 26, n. 8, Febo, P. II, Aresto 61, Huber, a este tit., n. 20.

E QUANDO DEVEM SER APRESENTADOS OS INSTRUMENTOS

§ IX — A escritura que se menciona no libelo, contestação, ou réplica, ou que por formalidade se requer para prova, deve ser imediatamente oferecida em juízo, Ord. liv. 3, tit. 20, §§ 22, 23 e 24 (Tit. X, § VI). Mas, havendo justa causa, o juiz assina tempo conveniente para o seu oferecimento, como se vê na Ord. liv. 3, tit. 20, § 26, e tit. 54, § 13. Se não se fez menção da escritura, esta tem de ser produzida *dentro do termo pro-*

batório, e, no caso de este não ter sido prescrito, até à sentença, cap. 9 do tit. *De fide instrumentorum* das Decretais, e mesmo depois da coisa julgada, se a escritura foi achada de novo, Ord. liv. 3, tit. 52, § 3.

DOS PROTOCOLOS

§ X — O *protocolo* (*livro de notas*) é o instrumento *original* que foi redigido, lido e publicado na presença das partes e testemunhas. Portanto, devem os tabeliães ter este *protocolo* ou *livro de notas*, e nele exarar as escrituras *originais*, Ord. liv. 1, tit. 78, § 5; no caso de se levantar questão sobre a verdade dum instrumento, deve recorrer-se ao *protocolo*, e tributar-lhe mais fé que ao *transunto*, Caldas, *De emptione*, quaest. XXXV, nn. I e segs.. Hoje por Alvará de D. João IV de 27 de Abril de 1647 (Colecção I ao liv. 1, tit. 78, N. 2), dado a pedido das Cortes de Lisboa, é permitido extrair do *protocolo*, por mandado de qualquer juiz, várias cópias, o que anteriormente só era permitido com licença do Desembargo do Paço, Ord. cit., § 19. Porém, estas cópias, tiradas pelo mesmo tabelião que ditou o *protocolo*, mais são *originais* que *traslados*, e, por isso, fazem prova plena, Ord. liv. 3, tit. 60, no princípio. Para os *escrivães* e tabeliães judiciais *chama-se protocolo a escritura memorial*, na qual se descreve não todo o negócio, mas apenas a sua substância, Ord. liv. 3, tit. 19, § 12, *ibi*: *livros encadernados, em que porão em lembrança os termos, que nas audiencias passarem*. Na Novela 44, cap. último, emprega-se a palavra *protocolo* com outro significado.

COMO SE HÃO-DE RESTABELECER OS INSTRUMENTOS PERDIDOS

§ XI — A perda dum instrumento não prejudica a verdade, contanto que exista outro meio de prova, lei 1 do tit. *De fide instrumentorum* do Código. O *traslado* perdido resti-

tui-se pelo original, isto é, pelas notas, ou protocolo, Febo, P. I, Aresto 70; e o instrumento *original* ou autêntico, por testemunhas que deponham, depois de citado o adversário, sobre a perda da escritura e seu teor, prova esta que substitui o instrumento perdido e faz a mesma fé, Ord. liv. 3, tit. 60, § 6.

EXCEPÇÕES CONTRA OS DOCUMENTOS

§ XII — Tira-se a fé aos instrumentos por várias causas. E, primeiramente, por meio de testemunhas, sobretudo *instrumentárias*, ou estranhas fidedignas, que deponham não haverem assistido à redacção do instrumento, ou que o facto não se passou como foi escrito, ou que o débito foi pago ao credor, Ord. liv. 4, tit. 51, §§ 1 e 6, lei 18 do tit. *De testibus* do Código (Tit. VI, § XX). Mas, como não se pode definir com regras certas em que casos as testemunhas provam contra um instrumento, deve deixar-se isso ao arbítrio do juiz, o qual, olhando à qualidade das testemunhas e do notário, e outras circunstâncias concomitantes do facto, ponderará se é de atribuir maior fé às testemunhas se aos instrumentos. Huber, *Praelect.* ao tit. *De fide instrumentorum*, n. 13. Depois, sobre a falsidade de que se redarguem os instrumentos antigos, os quais muitas vezes são adulterinos e viciados, há que julgar se ela tem pouco fundamento e vigor, recorrendo às regras críticas que bem utilizou Inocência III no cap. 6 do tit. *De fide instrumentorum*. As rasuras, entrelinhas, etc., tornam o instrumento suspeito, Ord. liv. 3, tit. 60, § 3, Gama, *Decisio* 241, n. 3. Além disso, deve ser legível o que se acha escrito nos instrumentos. Boehmero, *Dissert. De scriptura non legibili*, cap. IV. Quando uma parte ou ambas oferecem instrumentos contrários entre si, estes quase nenhuma fé fazem, Ord. cit., § último (Tit. XVI, § último).

Da comparação bem feita da letra resulta uma certa presunção de falsidade, Ord. liv. 3, tit. 52, no principio, *ibr: justificada per com-*

paração de letra, e liv. 3, tit. 60, § 5, Valasco, *Consult.* 177; mas este processo é mais ou menos fútil e falaz, visto acharem-se hoje muitos que imitam tão perfeitamente a letra alheia, que nem os mais peritos as podem distinguir. Coccey, *Jus controversum*, ao tit. *De probationibus*, Quaest. IX (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XVII, § XIII, Nota). A alegação de falsidade dum instrumento só é admitida pelo juiz, se a parte que a alega subscrever primeiro que, não provando a falsidade, haverá a mesma pena que haveria a outra parte no caso de se comprovar a dita falsidade, Ord. cit., tit. 60, § 5; e, enquanto pender esta alegação, há que sobrestar na causa, pois é uma excepção prejudicial, Febo, P. II, Aresto 121 (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. V, § XV).

COMO PROVAM OS LIVROS DOS MERCADORES

§ XIII — Costuma perguntar-se: que fé fazem os livros dos mercadores? É hoje opinião, em quase todas as nações, que fazem prova *semiplena* em favor dos que os escrevem, se o mercador for homem bom e de inteira reputação, e concorrerem os mais elementos que já indicámos nas *Instituições de Direito Público*, Tit. VIII, § XXX. O nosso Valasco, *Consult.* 177, nn. 7 e 8, nega-lhes absolutamente toda a fé, tal como aos outros instrumentos particulares. Porém, o mercador é obrigado a exhibir em juízo estes livros. Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De edendo*, § XX. As letras de câmbio fazem prova plena, visto serem havidas por públicas, o que o próprio Valasco também reconhece no lugar citado (Tit. VI, § XXVIII).

TITULO XIX

DO JURAMENTO QUER VOLUNTARIO,
QUER NECESSARIO, QUER JUDICIAL,
QUER ESTIMATORIO, QUER DE CALUNIA

O QUE E E COMO SE DIVIDE O JURAMENTO

§ I — O juramento é uma espécie de prova (Tit. XVI, § I) pois com ele faz-se fé ao juiz. Define-se: *Solene afirmação religiosa que consiste em o jurante invocar a vingança de Deus, se não disser a verdade.* Divide-se em *assertório*, o que se faz sobre coisas ou factos *pretéritos*, e *promissório*, o que se presta sobre coisas ou factos *futuros*. Aquele ou se presta *sobre um facto alheio*, qual o juramento das testemunhas, de que se falou no Tit XVII, ou *sobre um facto próprio*; este último divide-se em *voluntário*, *necessário*, e *judicial*.

Costuma tratar-se nesta altura de várias questões, sendo a primeira a questão prévia sobre se e quando é lícito o juramento; depois, com que rito e fórmula deve ser prestado; e se é lícito jurar pelas criaturas, como a Santa Maria Virgem, os Anjos, os Apóstolos, os Evangelistas, pela vida e saúde do que jura, ou do Príncipe, ou da esposa, ou dos filhos, ou por outras coisas que temos por sagradas e caras. Tudo isto deliberadamente omitimos, pois não têm uso nenhum no foro e acham-se a cada passo nos escritores de ambos os direitos sob este título.

§ II — O juramento *assertório voluntário* ou é *extrajudicial*, o que uma parte defere à outra fora do juízo, ou *judicial*, o que, por autoridade do juiz, a parte defere ao adversário em juízo. Ambos são uma espécie de transacção; mas o *extrajudicial*, porque é meramente particular, não pode ser exigido pelo deferente; todavia, uma vez prestado, já não se examina se o dinheiro é devido, mas se se jurou, lei 5, § 2, do tit. *De jurejurando*, § II do tit. *De actionibus* das Institutas. É, porém, raro o seu uso no foro, Strykio, *Us. mod.*, a este tit., § III. Pelo contrário, o *judicial*, que uma parte defere à outra na presença do juiz, é muitíssimo frequente e constitui o maior remédio para acabar as demandas; e, como é deferido por autoridade pública, tem de ser necessariamente prestado, Ord. liv 3, tit. 52, § 3, *ibi*: *juramente judicial, que he dado pelo juiz a huma das partes a requerimento da outra*, e liv. 4, tit. 52, no princípio, *ibi*: *Assi como, se hum homem demandasse outro, que lhe empréstara dez cruzados, e por não ter prova, ou por a não querer dar, o deixasse em seu juramento.* Ora, este juramento *tem maior autoridade que a coisa julgada*, como diz Paulo na lei 2 do tit. *De jurejurando*; todavia, não tem pronta execução e até nem execução nenhuma, se não for confirmado por sentença do juiz, Ord. cit., liv. 3, tit. 52, *ibi*: *sentença dada per bem do juramento judicial.*

Este juramento chama-se *voluntário*, porque é deferido por vontade da parte, ao contrário do *necessário*, que é deferido pelo juiz mesmo sem requerimento da parte; e é esta a distinção entre eles, segundo a opinião dos intérpretes latinos, Heinéccio, às *Pandectas*, a este tit., § XXII, Nota, Donello, liv. XXIV, cap. XXIV, que parece aprovada na Ord. citada. Chama-se também juramento *assertório* em differença do *promissório*, porque se presta sobre coisas e factos passados; e, finalmente, *judicial*, ou *extrajudicial*, porque é deferido em juízo ou fora dele. Outros entendem de maneira diferente; mas esta differença de pensar atinge mais os vocábulos que a própria realidade.

Por conseguinte, é deferido pelo autor ou réu, a quem incumbe a prova, àquele a quem respeita a causa ou àquele que dela tem qualquer conhecimento. Porém, uma vez deferido em juízo, tem de ser necessariamente prestado ou devolvido ao deferente; e deve a sentença ser dada por bem de tal juramento, ficando tão firme, que não pode ser revogada, nem por apelação, nem por virtude de perjúrio ou de instrumentos achados depois, Ord. cit., tit. 52, § 3, leis 31, 34, § 7, e 38, do tit. *De jurejurando*, Donello, liv. XXIV, caps. XX, XXI, XXII, etc. (Tit. IX, § XII).

JURAMENTO NECESSARIO SUPLETORIO

§ III — O juramento *necessário*, que o juiz sem ser requerido defere ao autor ou ao réu por carência de prova, chama-se ou *supletório* ou *purgatório*. Ambos devem ser recebidos com cautela. Para que o *supletório* seja deferido ao autor, impõe-se o concurso do seguinte: 1) que se haja feito pelo menos prova semiplena, o que se faz ou por uma só testemunha fora de toda a suspeição, ou por duas menos insuspeitas, ou por confissão extrajudicial ou por escritura particular, e comparação da letra, ou por qualquer outro modo de prova que chamam semiplena, Ord. liv. 3, tit. 52, no princípio, Man. 85, Afons. 119; 2) que a causa não seja muito valiosa ou criminal, mas cível e módica, o que varia conforme a qualidade dos litigantes, Ord. cit., no princ., e § 1; 3) que aquele, a quem é deferido o juramento, tenha probabilidade de saber a verdade e possua qualquer notícia da coisa, Ord. cit., § 2. Deve, porém, jurar *de verdade*, e não *de credulidade*, pois, se dificilmente se crê na testemunha que jura de credulidade em coisa alheia, como se há-de tributar fé em alguém que jura de credulidade em causa própria? Lauterbach, Dissert. *De juramento credulitatis*, § XXVII, Strykio, *Us. mod.*, a este tit., § XXXVII; 4) que o jurante seja homem bom, de comprovada fé, e íntegra reputação, Ord. cit., § 2. Porém, este juramento embora seja legal, pode ser pedido pela parte; fica, no entanto, ao arbítrio do juiz deferi-lo officio-

samente, se não for pedido, ou indeferi-lo por justa causa, se for pedido. Strykio, Dissert. *De juramento suppletorio*, cap. IV, §§ III e V.

O fundamento deste juramento está no cap. último do tit. *De jurejurando* das Decretais, e no cap. 2 do tit. *De probationibus* também das Decretais; não está, porém, assente se também tem fundamento no próprio direito civil, como, por exemplo, na lei 31 do tit. *De jurejurando* do Digesto, e na lei 13 do tit. *De rebus creditis* do Código. A mim apraz-me a opinião dos que entendem que ele foi recebido no foro contra a razão do direito romano. Veja-se, querendo, Heinéccio, Exercit. XV *De lubricitate jusjurandi suppletorii*.

JURAMENTO PURGATORIO

§ IV — O juramento *purgatório*, devido ao direito canónico, cap. últ. do tit. *De jurejurando* das Decretais, é deferido pelo juiz ao réu, ou para elidir as presunções emergentes da prova semiplena, ou quando a causa por sua natureza não admite o supletório. Boehmero aos tits. *De purgatione canonica* e *De jurejurando*, § LXXIX. No entanto, as nossas leis não fazem nenhuma menção deste juramento especificamente chamado purgatório; mas, porque nas causas cíveis (nas criminais está proibido qualquer juramento, Ord. liv. 3, tit. 53, § 11) também ao réu, que fez prova semiplena, deve ser concedido juramento, segundo a Ord. cit., tit. 52, no princípio, *ibi*: *Se o Actor fez mea prova de sua aução, ou o Reo de sua excepção, o Julgador, sendo requerido, lhe dará juramento*, deve entender-se aqui, olhando à rubrica, o *supletório*, e não o *purgatório*. Eis por que, se o autor não fizer pelo menos prova semiplena, o réu será absolvido, não lhe podendo ser imposta a necessidade de juramento. Mas, em igual causa, e quando ambas as partes fazem prova semiplena, antes deve ser dado ao réu, cuja causa merece mais favor, que ao autor, lei 38 do tit. *De re judicata*, Mendes, na *Praxis*, P. I, liv. III, cap. XII, § V, n. 21.

Em muitos aspectos, portanto, diferem (o que mais de uma vez nos cumpre advertir) o juramento judicial *voluntário* e o *necessário*. De facto, 1) o necessário tem de ser indeclinavelmente prestado ou devolvido ao deferente; 2) nele deve averiguar-se do perjúrio; 3) a sentença dada por bem deste juramento é revogada por virtude de instrumentos posteriormente achados; 4) é permitido apelar desta sentença. No juramento judicial não é assim, porque é deferido não pelo juiz, mas pela parte a modo de convenção; a própria Ordenação Régia, no liv. 3, tit. 52, § 3, vers. *A razão de diferença*, tirada da lei 31 do tit. *De jurejurando*, dá a razão desta diferença. E, porque as testemunhas provam tanto como os instrumentos, lei 15 do tit. *De fide instrumentorum*, a sentença dada por virtude do testamento necessário também pode ser revogada por testemunhas depois achadas, se forem fidedignas, e não houver suspeita de conluio. Strykio, *Us. mod.*, a este tit., § XL.

JURAMENTO PROMISSORIO

§ V — O juramento promissório, que se presta sobre coisas ou factos futuros (§ I), é nulo entre nós e não produz nenhuma obrigação civil, Ord. liv. 4, tit. 73, Man. 3, tirada da lei diomissiana dada em Lisboa em 18 de Maio de 1352 da Era, *apud* Ord. Afons. liv. 4, tit. 6 (*Instituições de Direito Público*, Tit. V, § XLII, e tit. VIII, § XIII). E dentre as Ordenações Régias foi esta sobretudo que Francisco Coelho, Professor de Prima de Direito Canónico no tempo de D. João III, injustamente reprovou com base na falta de jurisdição (*Instituições de Direito Público*, Tit. VI, § último, na Nota).

Também se proíbe nesta Ordenação o prometimento aí mesmo chamado *de boa fé*, o que não deve entender-se do verdadeiro juramento religioso nem da fé cristã, conforme muito friamente pareceu a alguns, mas da asseveração meramente civil e cortês, usada especialmente pelos homens polidos e nobres, que a costumam exprimir e encarecer com as palavras *à fé de homem de bem, de palavra de honra, de fidalgo, de cavalheiro*. E assim interpreto eu as promessas chamadas *de boa fé*, que o mesmo D. Dinis prudentemente proibiu, visto que muitas vezes

procedem da leviandade, e são injustificada, fortuita e impensadamente prometidas. E, como na opinião dos homens são tidos por infames e inábeis para os cargos públicos aqueles que faltam à palavra tão solenemente prometida, segnia-se, em consequência, que os cidadãos ou cumpriam as promessas irreflectidas ou sofriam não pequena perda na honra e reputação pública. Ora, se não estou totalmente enganado, ajudam-me à maravilha nesta inteligência as seguintes palavras do § 1 da referida Ord. Afonsina, *ibi*: *Como d'outras cousas, que se obrigavam a cumprir á boa fee, e se as nom compriam, cahiam na pena da minha ley, que devem aver os que briam a boa fee; e aquellos, que se desto non podiam escusar, ficavam por ello enfamados, em guisa que nom podiam depois seer Conselheiros d'algun Rey, nem de nenhum outro Commum, nem podiam seer Juizes... E eu por esquivar este dafno, e defamamento, e vergonça .. mando, que daqui em diante nenhum em minha terra nom faça contrauto, nem obrigação, nem postura, nem aveença, nem promettimento, nem alguma outra cousa d'obrigaçom, em que ponha promettimento de boa fee*. Outros não pensam assim, Valasco, *Consult.* 99, §§ 7 e 8, Barbosa, P. I, lei 1 do tit. *Solutio matrimonio* do Digesto, desde o n. 70, Pinhel, etc..., que devem ser lidos cautelosamente.

DO JURAMENTO ESTIMATORIO

§ VI — Uma espécie de juramento necessário é o juramento *in litem* (estimatório), pelo qual não se examina se se deve, mas quanto. Com ele permite-se ao autor, deferindo o juiz, avaliar a coisa que pede e que não pode ser restituída, devido a dolo ou culpa doutrem, por todo o tit. *De in litem jurando* do Digesto e do Código. Divide-se em *juramento de verdade*, aquele em que o autor estima a coisa em tanto quanto ela vale, e *de afeição*, aquele em que o autor estima a coisa pela afeição além do verdadeiro preço. De ambos estes juramentos se faz menção na Ord. liv. 3, tit. 86, § 16, que fala especificamente da alienação da coisa litigiosa. Como, porém, esta alienação difficilmente se faz sem dolo e culpa *lata*, segue-se daí: 1) que apenas há lugar a este juramento, se a coisa, que devia

ser restituída em espécie, pereceu por dolo ou culpa *lata*, e não por culpa *leve* ou *levíssima*; 2) que nem nas coisas imóveis nem nas móveis fungíveis cai o juramento *de afeição*, Thomásio, Dissert. *De pretio adfectionis in res fungibiles non cadenti*, cap. III, §§ XXXII, XXXIII e XXXIV; 3) que, na verdade, o autor pode jurar até ao infinito; todavia, não se deve estar pelo seu juramento, mas mais pela estimação que, uma vez prestado o juramento, o juiz deve fixar à coisa restituenda; 4) que cessa não só o juramento do autor, mas também a estimação do juiz, se o valor da coisa tiver sido fixado na sentença, Ord. liv. 3, tit. 86, § 16, Man. 71, § 31.

Groenewegen, *De legibus abrogatis*, a este tit., afirma que este juramento foi eliminado dos costumes na França e Países-Baixos, e, sem dúvida, com razão, pois os juizes não devem estimar o interesse dum coisa pelo voto e juramento do autor que são suspeitos, mas segundo a equidade natural. Acresce que esta doutrina não se acha definida com a necessária clareza e evidência nas nossas leis, e são bastante confusas e hesitantes as disposições do direito romano; deve, por isso, este juramento ser cautelosamente deferido pelo juiz, e fazer-se a estimação da coisa por outros argumentos claros e outros modos insuspeitos de prova.

DO JURAMENTO ZENONIANO

§ VII — Constitui também uma espécie de prova o juramento que, do nome do seu inventor, chamam Zenoniano. Presta-o aquele cujos bens foram forçados e roubados sobre a quantidade e qualidade desses bens, para o efeito de lhe ser paga a respectiva estimação segundo o juramento do lesado: *Se aquele que sofreu violência em seus bens não puder comprovar o valor de cada coisa que perdeu, [declare em juramento] depois de o juiz haver feito a taxação conforme a qualidade das pessoas e do negócio, [a estimação das coisas que perdeu], e não lhe seja permitido jurar acima da taxação*

feita pelo juiz, lei 9 do tit. *Vnde vi* do Código; e assim se devem entender as Ord. liv. 3, tit. 52, § 5, Man. 85, § 5, Afons. 119, § 6, tiradas da mesma lei.

E DO JURAMENTO DE CALÚNIA

§ VIII — O juramento *de calúnia* pertence às fórmulas dos juízos, e não aos modos de prova. Justiniano inventou o novo *juramento geral de calúnia* a prestar, em toda a causa cível ordinária ou sumária, antes da contestação da lide, pelas duas partes e seus advogados e procuradores; nele jurarão que, se accionam ou embargam, é por se crerem com direito a fazê-lo, § 2 do tit. *De jurejurando propter calumniam*, Novela 49, cap. últ., § 1, do tit. *De poena temere litigantium*, das quais foram tiradas as Ord. liv. 3, tit. 43, Man. 29, Afons. 39. O autor, que recusar este juramento, perde a acção que tiver intentado, e é repellido pelo juiz como litigante malicioso; o réu é havido por confesso; ambos incorrem nestas penas, não *ipso jure*, mas por sentença declaratória do juiz, Ord. cit., no fim do princípio, Autêntica *Principales personae*, § 5, do tit. *De jurejurando* do Código. A omissão deste juramento não vicia o processo, Ord. liv. 3, tit. 63, no princípio, e as demoras que se interpuserem à sua prestação não impedem o andamento do feito, Ord. tit. 43, §§ 3 e 4. Pelo órfão, menor, igreja, corporação, fazem o juramento de calúnia os tutores, os curadores, os reitores, os síndicos, e também os próprios menores já púberes, Ord. cit., § 5. Todos os litigantes são obrigados a prestá-lo, quer accionem em nome próprio, quer em nome alheio, pois nesta matéria as nossas leis não fazem distinção nenhuma entre os litigantes, não se devendo, por isso, dispensar dele os clérigos, os patronos, os pais, e os advogados dos pobres e do fisco, visto que todos podem acusar ou defender-se falsamente. É diferente nos direitos romano e canónico, lei 7 do tit. *De obsequiis parentibus*

et patronis praestandis, cap. 1 do tit. *De juramento calumniae* das Decretais, Cabedo, P. II, *Decisio* 119, n. 22. O juramento *especial de calúnia*, que Justiniano abolira na Novela 49, cap. 3, por estar contido no *geral*, foi introduzido por Bonifácio VIII no cap. 2 do tit. *De juramento calumniae*, do Liv. 6.º, donde foi extraída a Ord. cit., tit. 43, § 1. Desta mesma fonte deriva o poder ser prestado por procurador habilitado com mandato especial, na mesma Ord., § 3, cap. último daquele mesmo tit. do Liv. 6.º.

TÍTULO XX

DOS QUE CONFESSAM

O QUE É E COMO SE DIVIDE A CONFISSÃO

§ I — A confissão, meio principal de prova (Tit. XVI, § I), não é outra coisa senão a *afirmação daquilo que o autor pretende*. Divide-se em *verdadeira*, a que é feita pelo homem, com palavras expressas e ânimo deliberado, e *ficta*, a que é induzida pela lei; em *judicial* e *extrajudicial* conforme é feita em juízo ou fora dele; e, finalmente, em *simples* e *qualificada*, sendo esta a que tem aposta qualquer qualidade.

CONFISSÃO JUDICIAL

§ II — A confissão *judicial* feita nas devidas condições prova plenamente, e o confesso em juízo tem-se por julgado, Ord. liv. 3, tit. 50, § últ., tit. 53, § 9, tit. 59, § 3, tit. 66, § 9, lei 56 do tit. *De rejudicata*. No entanto, é necessária sentença condenatória do juiz, Ord. cit., tit. 66, § 9 (Tit. XXI, § XIII, deste Livro). Requer-se: 1) que a confissão parta do ânimo de se obrigar, e seja feita com palavras expressas e claras que não admitam outro sentido; por isso, não tem nenhum valor a confissão daquele que vive em justo erro e ignorância do facto, e aquela

que é tirada pelas consequências do facto; 2) que em si não seja *dissimil*, nem *impossível*, nem repugne às circunstâncias manifestas do facto que se confessou; 3) que seja feita não só em juízo, mas também perante juiz competente; de facto, se o juiz é incompetente, a confissão já não deve ser considerada judicial, mas extrajudicial, Ziegler, na *Praelectio* ao cap. IV do tit. *De judiciis* das Decretais; 4) que seja feita na presença do adversário e este a aceite, lei 6, § 3, deste título; de facto, a confissão pode ser revogada antes de isto ser feito, porque não se presume feita com ânimo de se onerar, e, por outro lado, antes da aceitação, não se adquiriu direito algum para o adversário; 5) que seja feita por quem tem a livre administração de suas coisas. Por consequência, é nula a confissão judicial do orfão sem o tutor, Ord. liv. 3, tit. 41, § 2, lei 6, § 2, deste título. Porém, nas acções cíveis, os menores são restituídos contra a sua confissão em rigor de direito válida, na mesma Ord., no princípio, e § 1. Não prejudica os órfãos, os menores e os clientes, a confissão do tutor, curador, administrador, procurador e advogado, feita por erro ou na ausência daqueles; podem, por isso, revogá-la em qualquer tempo, no caso de a demanda ainda não ter findado, e, dentro de três dias, se tiverem assistido à confissão, lei 7 do tit. *De juris et facti ignorantia* do Código, lei 1 do tit. *De errore calculi* do Código, leis 1, 2 e 3 do tit. *De errore advocatorum* do Código, Coccey, *Jus controversum*, ao tit. *De procuratoribus*, Quaest. XIV, pois eles podem fazer melhor e não pior a condição dos senhores.

A EXTRAJUDICIAL E A FICTA

§ III — A confissão *extrajudicial* não tem a mesma força e poder, visto que apenas, como dizem, prova *semiplenamente*, Ord. liv. 3, tit. 52, no princ.; no entanto, basta que seja dado juramento supletório àquele que tem a confissão a seu favor,

na mesma Ord.. E não distinguimos entre confissão extrajudicial *simples* ou *geminada*, *aceita* ou *não*, *liberatória* ou *obrigatória*, porque muitas vezes fora do tribunal, em reuniões familiares e à mesa, os homens jactam-se incautamente de certas coisas que de modo nenhum suspeitam virem a causar-lhes dano. A confissão *ficta* tem fundamento no direito, e nasce da contumácia do réu que recusou responder às posições e artigos oferecidos em juízo pelo adversário, ou recusou prestar o juramento que lhe foi deferido sob pena de *confesso* e *convencido*, Ord. liv. 3, tit. 53, § 13, e tit. 52, § 3, e tit. 43, no princ., cap. 2 do tit. *De confessis* das Decretais do Liv. 6.º, lei 38 do tit. *De jurejurando* (Tit. XV, § III).

CONFISSAO QUALIFICADA

§ IV — A confissão *qualificada* obtida por juramento *voluntário judicial* prova plenamente (Tit. XIX, § II, deste Livro), e ao confitente aproveita ou prejudica a *qualidade* confessada que o autor, que espontaneamente deferiu o juramento, não pode rejeitar, nem dividir, nem aceitar ou repudiar em parte, Ord. liv. 4, tit. 52, vers. *Assi como*, Man. 36, § últ.. Outra coisa é de dizer, quando o adversário responde às posições do autor; neste caso, como o juramento não é deferido para jurar a decisão do negócio, mas a prova, a confissão, embora jurada, será dividida, devendo-se dar crédito ao jurante somente naquelas coisas que são contra ele. Pereira, *Decisio* 68, n. 5, Caldas, *De emptione*, cap. XIX, n. 29, Febo, P. II, Aresto 60, Mendes, na *Praxis*, P. I, liv. III, cap. XII, n. 15, Cabedo, P. I, *Decisio* 34. O que aqui genericamente dissemos das provas, e sobretudo dos confessos em juízo, respeita principalmente às causas cíveis, pois nas criminaes não é inteiramente assim, como, se Deus quiser, diremos em seu lugar (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XVII).

TÍTULO XXI

DA SENTENÇA E COISA JULGADA

O QUE É SENTENÇA DEFINITIVA, OU INTERLOCUTORIA

§ I — Feitas as provas de ambas as partes e *conclusa* a causa, o juiz profere a sentença, a qual ou é *definitiva*, se decide a lide principal e põe fim à contenda por condenação ou absolvição, ou *interlocutória*, a qual não é mais do que o decreto do juiz sobre algum artigo incidente. Esta é *mera*, ou *mista*. Diz-se *mera* a simples *interlocução* que não resolve a causa, pertencendo, por isso, sobretudo à ordem do processo. A *mista* é a que de certo modo decide a coisa em contenda, ou põe fim ao juízo ou à instância, ou contém dano irreparável. Acham-se exemplos na Ord. liv. 3, tit. 65, § 1, Man. 48, § 1, 53, no princípio, e § 1, Afons. 67, § 1, e tit. 72, §§ 5 e 6 (Tit. XXIII, § VI, Nota, e XXII, nota).

Hoje diz-se sentença qualquer pronunciação do juiz. No direito romano a *interlocução*, que nem condena, nem absolve, não se chama sentença, mas *decreto* ou *mandado*. Não costuma, nem deve, porém, o juiz dar a sentença, senão depois de ambas as partes produzirem as provas, e lhe serem feitos *conclusos* os instrumentos da demanda: no entanto, bem pode considerá-los *conclusos* e proferir a sentença para castigo da parte que retarda a demanda, Autêntica *Jubemus* do tit. *De judiciis* do Código. *Conclusa* a causa, já as partes não podem ser ajudadas com quaisquer provas, salvo se aparecerem de novo, Ord.

liv. 3, tit. 20, § 30; todavia, o juiz, para quem nunca *se conclui*, pode, antes de dar a sentença, exigir maiores provas, através, por exemplo, da inspecção visual, repetição das testemunhas, ou composição amigável. Boehmer, ao tit. *De re judicata*, n. VIII, Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. XVI.

OS AUTOS DEVEM SER DILIGENTEMENTE EXAMINADOS PELOS JUIZES

§ II — Antes de tudo deve o juiz examinar sèriamente os autos, conferir entre si e com o facto as razões e alegações dos litigantes, pesar os depoimentos das testemunhas e os instrumentos por cuja fé é obrigado a julgar, e, finalmente, investigar com cuidado tudo aquilo que vem declarado na Ord. liv. 3, tit. 66, no princ., Man. 50, Afons. 69 do mesmo tit. (Tit. VII, §§ XXI e XXII).

SE OS ILETRADOS PODEM JULGAR SEM O CONSELHO DOS JURISPERITOS, CONSULTAR OS SUPERIORES, REMETER OS AUTOS A ESTES MESMOS OU AOS COLEGIOS JURIDICOS

§ III — Os juizes proferem as sentenças sem conselho dos jurisconsultos. Os iletrados, como os que são admitidos entre nós, Ord. liv. 1, tit. 79, § 29, *ibi: sabendo ler, e escrever, e não sabendo*, aconselham-se com os jurisperitos ao darem as sentenças, tanto as definitivas como as interlocutórias, Ord. liv. 1, tit. 65, § 10, *ibi: para se aconselharem sobre seus feitos civeis, ou crimes, assi no despacho das sentenças interlocutorias, como definitivas*, tirada da Extravagante de D. João III, de 16 de Abril de 1524, *apud* Leão, p. 1, tit. 18, lei 1. No entanto, as sentenças são válidas, mesmo que eles próprios não se aconselhem nem as subcrevam, segundo a cit. Ord. *ibi: Porque posto que julguem segundo seu entender, nem por isso hão de ser condemnados, como temem que o seião, se se não aconselharem*, pois,

que eu saiba, em nenhum lugar do nosso direito, está estabelecida a necessidade de se chamarem assessores (Veja-se a Ord. de 6 de Agosto de 1787). E daí resulta que não podem ser condenados nas custas por culpa ou ignorância, mas só por dolo, Ord. dito tit. 65, § 9, Valasco, *Consult.* 26, Cabedo, P. I, Aresto 15, Costa, *Stil. Dom. Supplic.*, Adnot. X, no fim. É proibido a todos os juizes remeterem os autos a El-Rei, aos Tribunais Régios, ou a seus superiores, assim como consultá-los sobre a causa controversa em juízo, a qual sempre se lhes manda julgar segundo seu entender, observando, todavia, as prescrições legais, pois por isso é que foram constituídos com autoridade pública. Entre nós não foi recebido o uso de remeter os autos aos Colégios ou Faculdades jurídicas.

Foi, no entanto, recebido o uso de chamar a conselho os *homens bons*, que com os Condes e Ricos-homens assistiam ao julgamento das demandas. Brandão, *Monarchia Lusitana*, P. III, liv. IX, cap. 12, Du Fresne, *Glossarium Latinitatis*, tomo I (col. 1227, na edição Maur.), pág. 583 (*História do Direito Civil Português*, § XLI, Nota). Ora, homem bom, segundo Horácio, *Epistolas*, liv. I, 16, vers. 41 e segs., é:

*O que os decretos do Senado acata,
Que o direito, que as leis pontual observa,
Que importantes, que inúmeras demandas
Juiz imparcial resolve, acaba* (a)

QUE COISAS DE MODO GERAL SE REQUEREM NA PROFERIÇÃO DA SENTENÇA

§ IV — No dar a sentença exigem-se *formalmente* várias coisas, como, por exemplo, que seja dada por juiz competente, e segundo os *autos*, e o *provado* e *deduzido* em juízo; que seja

(a) Tradução de António Luiz de Seabra, *Satyras e Epistolas* de Quinto Horácio Flacco, Porto, MDCCCXLVI.

conforme às leis e ao libelo, e seja certa, e contenha quantidade certa, Ord. liv. 3, tit. 66, no princ., e §§ 1 e 2, tit. 75, no princ.; e, finalmente, que seja escrita pelo juiz, Ord. liv. 1, tit. 1, § 13, *ibi*: *será scripta pelo Juiz*, concebida com palavras certas e solenes, e, por último, publicada, Ord. liv. 3, tit. 19, § 1, e tit. 66, § 6, etc.. Tudo isto vamos examinar um pouco mais cuidadosamente, embora, conforme o nosso plano, breve e sumariamente.

DO JUIZ COMPETENTE E DO CASO EM QUE SÃO DADOS VARIOS JUIZES, E DO MODO DE VOTAR

§ V — Primeiro que tudo, é necessário que o juiz seja competente, Ord. liv. 1, tit. 5, § 8, e liv. 3, tit. 75, no princ., e diz-se tal aquele a quem pela lei compete a jurisdição nas causas e pessoas entre as quais corre a demanda (Tit. VII, § XXIII). Se forem dados ou delegados vários juizes, a sentença deve ser dada na presença de todos, Ord. liv. 3, tit. 16, § 6, e tit. 75, no princ., leis 37 e 39 do tit. *De re judicata*, porque a todos se manda julgar. Mas, se se comete o julgamento da causa, não a um número certo de juizes, mas indiscriminadamente a um Colégio jurídico, nem todos os juizes desse Colégio entram no julgamento, mas tão só aqueles a quem o seu Regedor especialmente destinar, Ord. liv. 1, tit. 1, §§ 6 e 13. Porém, aquele que expõe a causa na presença dos juizes dados (o relator) deve referir dos autos todas as espécies do feito, examinar a acção proposta, e as excepções *dilatórias*, *prejudiciais*, e *peremptórias* alegadas, ler as inquirições e as escrituras públicas, ponderar as provas produzidas pelas partes e, por fim, dizer a sua sentença antes dos outros ainda que mais novos no officio, Ord. cit., tit. 1, § 13; aliás, ao dizer o voto, os mais novos na idade e no officio são antepostos aos mais velhos. Cabedo, P. I, *Decisio* 6, nn. 8 e 13.

QUE SENTENÇA PREFERE EM PARIDADE OU DISPARIDADE DE VOTOS; E QUANDO DEVE SER DIVIDIDA, OU CONJUGADA

§ VI — *Os votos dos juizes contam-se, não se pesam*, como diz bem Plínio, na *Epistola XII* do liv. II, e, por isso, em caso de desacordo, há que antepor os votos mais numerosos aos menos numerosos, por mais sensatos que estes pareçam ser, Ord. liv. I, tit. I, § 13, *ibi: o que pela maior parte for acordado, se cumprirá*. A razão é porque, embora algumas vezes a parte maior vença a melhor, no entanto, quando a questão tem de ser rigorosamente decidida pelo consenso do maior número, ela não teria conclusão absolutamente nenhuma, ou tê-la-ia difícil, se seguissemos não o que aprouve ao maior número, mas aos melhores. Henrique Coccey, *Disput. De eo quod justum est circa numerum suffragiorum*, Sect. II. Por conseguinte, em paridade de votos (a que chamam *cálculo de Minerva*) nada se resolve, ficando, assim, a causa no mesmo estado em que se encontrava; neste caso, deve o réu ser necessariamente absolvido, visto que a condenação só pode ser dada pelo maior número de votos. Coccey cit., Sect. II, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. V, §§ XVIII e XIX, Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, liv. XVII, cap. II, § XXVII. Porém, no nosso direito está prudentemente estabelecido que se dêem juizes em número ímpar, Ord. liv. I, tit. I, § 7, *ibi: sempre faça por dar os Desembargadores em numero desigual, assi como tres, cinco, sete*; por consequência, mandando-se dar juizes em número desigual, é quase ociosa e inútil esta questão: que sentença deve ser preferida em igualdade de votos? Outra coisa é de dizer na questão respeitante à divisão, conjugação ou redução das sentenças dos juizes opostas entre si, a qual é frequente no foro e está decidida na Ord. cit., § 8, e no Assento da Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 1659, apud Ord. do mesmo livro e tit. Coleção III, N. 1, onde sem dúvida se acham muitos princípios apreciáveis sobre a concórdia dos votos que chamamos *redução*; no entanto,

se me cabe emitir opinião, esses princípios podiam ser explicados com mais brevidade e clareza, e quiçá sobre um que outro artigo de direito de modo mais racionável. Veja-se, querendo, Cabedo, P. I, *Decisio VII*.

DEVE SER DADA SEGUNDO OS AUTOS E AS PROVAS

§ VII — Deve, pois, a sentença ser proferida segundo os autos e provas (§ IV). Segue-se daí: 1) que o juiz deve julgar, não segundo a sua própria consciência, mas segundo as provas constantes dos autos, Ord. liv. 3, tit. 66, no princ., Man. 50, Afons. tits. 31 e 69, lei 6, § 1, do tit. *De officio praesidis*, cap. 28, § *Quia* 3, do tit. *De officio et potestate judicis delegati* das Decretais, Domingos Soto, *De justitia et jure*, liv. 5, quaest. 4, art. 2. Com efeito, fora dos autos não se faz fé ao juiz; e, se se deixasse o julgamento apenas à sua consciência, ser-lhe-ia permitido cometer com este pretexto várias fraudes, o que hoje é inadmissível em tão universal maldade dos homens. Acresce que a sentença contra o alegado e provado nenhum efeito pode produzir, visto que, interpondo-se apelação, logo deve ser revogada. Ademais, o juiz não é constrangido a decidir a causa contra o seu próprio conhecimento, e será mais prudente levar a questão à deliberação do Príncipe, e entretanto abster-se de julgar. De Martini, *De lege Natur.*, cap. V, desde o n. 199.

E SEGUNDO O QUE FOI DEDUZIDO EM JUÍZO

§ VIII — E porque a sentença também deve ser proferida segundo aquilo que se deduziu em juízo (§ IV), segue-se daí: 1) que tem de ser conforme ao libelo, Ord. liv. 3, tit. 66, § 1; e, por isso, 2) apenas se deve julgar daquelas coisas que 3) se contêm no officio do juiz, ou 4) se entendem expressa ou tácitamente deduzidas em juízo, como é o caso dos frutos, accessões e outras coisas, que ou resultam da natureza da acção ou emer-

giram de novo após a contestação da lide, Ord. cit., § 1, vers. *E quanto*. E também cabem aqui as custas do processo, nas quais sempre o vencido deve ser condenado, muito embora haja litigado de boa fé, Ord. liv. 3, tit. 67, Man. 51, Afons. 70.

E SEGUNDO AS LEIS; E QUAIS OS COROLARIOS DAI DERIVADOS

§ IX — Visto que, além disso, a sentença deve ser certa e conforme às leis (§ IV), segue-se: 1) que o juiz deve proferi-la segundo as leis estabelecidas; 2) que é nula a que vai contra o direito constituído; não assim, se apenas contraria o direito do litigante, caso em que, embora injusta e iníqua, é válida, Ord. liv. 3, tit. 75, no princ.; 3) que contenha quantidade certa, ainda que a pedida seja incerta, devendo essa quantidade ou ser expressa na sentença, ou indicada ao menos por referência ao libelo, ou enfim determinada na própria execução da coisa julgada, Ord. liv. 3, tit. 66, §§ 2 e 3; 4) que necessariamente absolva ou condene o réu, Ord. cit., § 1, *ibi*: *condemnando, ou absolvendo*, o que não quer dizer que se tenha de empregar estas palavras, pois podem-se aplicar outras que tenham o mesmo valor e sentido. Barbosa, no n. 14 à lei *Viro atque uxore* 39 do tit. *Solutio matrimonio* do Digesto; 5) que a sentença não seja condicional, salvo se a condição decorrer do direito ou for tal que possa ser logo cumprida, assim como: *Condeno, se, e em quanto jurares*, Ord. cit., tit. 66, § 4, Coccey, *Jus Controversum*, ao tit. *De re judicata*, Quaest. VI; 6) que se exprimam na sentença as razões da decisão, na mesma Ord., § 7.

POR ESCRITO; E DEVE SER DE QUALQUER MODO NOTIFICADA AS PARTES

§ X — Também se requer *formalmente* que seja escrita pelo juiz, Ord. liv. 1, tit. 1, § 13, e por ele lida, Ord. liv. 1, tit. 5,

§ 15, e liv. 3, tit. 19, § 1, foi, porém, introduzido pelo costume que, em vez de lida e publicada, possa ficar em poder do escrivão judicial, que a deve dar a conhecer às partes, Ord. liv. 3, tit. 66, § 6, Gama, *Decisio* 57, n. 2. Portanto, as disposições do direito romano sobre a obrigação de o juiz *ler e publicar* a sentença, lei 2 do tit. *De sententiis ex periculo recitandis* do Código, sobre a sentença *stante* (firme) ou *sedente* (aceita), lei 6, § 6, no fim, do tit. *De postulando* do Código, e sobre a citação da parte para que, querendo, assista à sua publicação, não foram inteiramente recebidas pelas nossas leis e costumes. Entre nós não se faz mister nova citação para as partes assistirem à publicação da sentença, até porque a primeira, feita no começo da demanda, compreende todos os actos judiciais até à sentença, Ord. liv. 3, tit. 1, § 13.

A DEFINITIVA E DIFICILMENTE REVOGAVEL

§ XI — Ora, porque o *juiz, logo que deu a sentença, deixa de ser juiz, não pode corrigir a sua sentença; de facto, mal ou bem desempenhou para sempre o seu officio*, conforme diz Ulpiano na lei 55 do tit. *De re judicata*, o que deve entender-se da sentença *definitiva*, porquanto, proferindo sentença *interlocutória*, ainda não acabou o seu officio, Ord. liv. 3, tit. 65, no princ.. No entanto, pode revogá-la, se se opuserem embargos legítimos, Ord. liv. 3, tit. 66, § 6, *ibi*: *salvo se a primeira fosse revogada por via de embargos* (Tit. XXII, § XXI, deste Livro), ou esclarecer a duvidosa ou obscura, na mesma Ord., vers. *Porém*, Man. 50, § 5, Afons. tit. 69, § últ.

E O QUE DIZER DA INTERLOCUTORIA MERA, OU MISTA

§ XII — A sentença *interlocutória mera*, havendo justa causa, pode ser officiosamente revogada uma só vez, em qualquer

tempo, isto é, até à sentença definitiva, visto que, no concernente ao juiz, nunca passa em coisa julgada; e, dentro de dez dias, a requerimento da parte, Ord. liv. 3, tit. 65, § 2, *ibi*: *E a sentença interlocutoria pôde ser revogada até dez dias, contados do dia, em que foi dada, se a parte, contra quem foi dada, allegar por onde haja de ser revogada, e o Juiz, que a deu, achar per direito que a deve revogar. E se o Juiz de seu próprio motu, sem requerimento da parte, a quizer revogar, pôdel-o-ha fazer a todo tempo, se achar per Direito que não foi justamente dada; com tanto que a revogue antes da sentença definitiva*, Man. tit. 48, § 2, Afons. 67, § 2. E pode ser revogada não só pelo juiz que a deu, mas também pelo seu successor, na mesma Ord., tit. 65, § 6. Exceptua-se o Desembargador a quem, expirado também o officio em que recebeu successor, apenas é concedida a faculdade de mudar, corrigir e declarar as suas sentenças, quer as interlocutórias, quer as definitivas, enquanto se mantiver na Relação, Ord. cit., e tit. 66, § 6. A interlocutória *mista* (§ 1) deve ser havida quase como definitiva, sendo, por isso, difficilmente revogável, Ord. tit. 65, § 1; e do mesmo modo a interlocutória *mera*, da qual se interpôs apelação e esta foi recebida, visto ter força de definitiva, e devolver a causa ao superior; não assim, se a apelação não foi recebida, porque não é a sua interposição, mas a sua recepção que liga as mãos do juiz; e, por isso, como ainda está dentro dos termos da interlocutória *mera*, está sujeita a alteração, Ord. cit., tit. 65, § 4.

As Ordenações citadas foram tiradas principalmente do direito canónico, cap. 6o do tit. *De appellationibus* das Decretais, e cap. 1o de igual tit. do Liv. 6.º, nos quais se concede apelação de todas as interlocutórias, *re adhuc integra*, isto é, enquanto a sentença não for dada à execução, nem dela se receber apelação. Gonzalez, dito cap. 6o. No direito civil passa-se doutro modo. Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, a este tit., §§ VIII e IX.

O QUE É O «MANDATO DE SOLVENDO» CHAMADO «SENTENÇA DE PRECEITO»; E SE DELA É DEVIDA A DÉCIMA PECUNIÁRIA

§ XIII — Como o papel do juiz em relação ao confesso é nenhum, aquele que confessa a dívida em juízo, julga-se e condena-se a si próprio; por isso, nada mais parece restar senão que tratemos da execução da confissão judicial, que se tem como verdadeiro julgado; em todo o caso o juiz determina-a por «mandato de solvendo», que chamam *sentença de preceito*, Ord. liv. 3, tit. 66, § 9, Barbosa à lei *Si debitori* 21 do tit. *De judiciis*, desde o n. 8o. Porém, por este mandato ou sentença, não é devida a décima à Chancelaria, pois não é uma verdadeira sentença, o que cumpre notar. Costa, *Stil. Domus Supplicationis*, Adnotatio XIII, n. 8, Cabedo, P. I, *Decisio* 16, n. 6 (Tit. XX, § II).

O QUE É COISA JULGADA E POR QUE É IRREVOGAVEL

§ XIV — Diz-se coisa julgada, que é a segunda parte da rubrica, a mesma decisão do juiz, irrevogável não só devido à autoridade de quem administra a justiça, mas também devido ao consenso expresso ou tácito dos litigantes, que se colhe do facto de estes a não impugnarem no tempo legítimo, cap. 15 do tit. *De sententia et re judicata*. Ora, esta sentença é havida como verdade, lei 25 do tit. *De statu hominum*, lei 207 do tit. *De regulis juris*, e faz direito entre os litigantes, Ord. liv. 3, tit. 81, no principio, e não pode mais ser retratada, por todo o tit. *Sententiam rescindi non posse* do Código, nem a sua execução impedida ainda sob o pretexto de rescrito que se haja obtido, o qual, como foi impetrado contra direito, deve ser chamado sub-reptício, e ob-reptício, última lei do mesmo título do Código. De facto, como bem diz Cícero na *Oratio pro Sylla*, XXII, *O estado da república*, isto é, a salvação pública, *está contida sobre tudo*

nas coisas julgadas; e depois na *Oratio pro Cluentio*: Julga impudente tentar abalar a coisa julgada; e na *Oratio in Verrem*, liv. V, 6, e no *De Lege Agraria*, II, 4: A invalidação das coisas julgadas e a restituição dos condenados das cidades oprimidas costumam ser, quando tudo está perdido, os últimos retoques da desgraça. Pode, no entanto, o Príncipe, olhando a uma causa grande, justa e pública, modificar as coisas julgadas, e impedir até certo tempo a sua execução segundo as circunstâncias occorrentes do feito; sendo assim, procede-se conforme ao direito; é diferente, se isso se faz por mero arbítrio, isto é, pela chamada plenitude do poder, que os bons Príncipes nunca usam, a não ser que possa ser exercida de harmonia com as normas da justiça, da equidade, e das leis públicas. Coccey, *Jus Controversum*, a este tit., quaest. X.

QUE SENTENÇAS NÃO PASSAM EM COISA JULGADA

§ XV — Há, todavia, certas sentenças que não passam em coisa julgada, sendo, por isso, excepção à regra, o que acontece ou por favor da *causa*, ou por virtude das *provas*, ou da *nulidade*, de que a própria sentença sofre. E, assim, não passam em julgado: 1) a sentença nula, como a proferida contra o direito constituído, ou contra os casos julgados, ou a fundada em testemunhos e provas falsas, ou em causa falsa nela inserta, ou em testemunhas corrompidas, ou a proferida por juiz peitado, ou por juiz incompetente, ou que, sendo competente, não tenha ouvido a parte, ou, se eram muitos os juizes delegados, um deles estava ausente, Ord. liv. 3, tit. 75, no princ., e § 2, Man. 60, Afons. 78 (Tit. XXIII, § XX); 2) a sentença condenatória nas causas criminaes (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XX, § X. Nota); 3) a sentença proferida contra ou a favor do matrimónio, em opposição aos cânones, caps. 7 e 10 do tit. *De sententia et re judicata* das Decretais; 4) o mandato do juiz sem prévio

conhecimento [de causa], lei 14 do tit. *De re judicata* do Digesto; 5) a interlocutória mera (§ XII), e, finalmente, a sentença que tem por fundamento provas *privilegiadas*, ou aquela que por sua natureza ou acidente não admite toda a certeza ou prova legal. Cabe neste caso a sentença dada por virtude do juramento *supletório* (Tit. XIX, §§ II e III), ou com base no juízo de médicos, cirurgiões, agrimensores, parteiras, etc., sobre a qualidade da ferida, violação da virgindade, demarcação de campos; ou em juízo possessório *sumaríssimo*, para que as partes não entrem em conflito armado, ou nas causas respeitantes a polícia; em todas estas causas procede-se sumariamente, e admite-se prova em contrário em qualquer tempo. Boehmer, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De sententia et re judicata*, e na Exercit. *De sententia in rem judicatam non transeunte*, Huber, na *Praelectio* nn. XLII e segs., Brunneman, *Processus civilis*, cap. XXVII, desde o n. 63.

SE A COISA JULGADA PREJUDICA OU APROVEITA AOS OUTROS

§ XVI — Por isso, como a coisa julgada apenas faz direito entre os litigantes (§ XIV), segue-se que nem prejudica nem aproveita aos outros, Ord. liv. 3, tit. 81, no princípio, Man. 67, Afons. 85, lei 63 do tit. *De re judicata*, lei 2 do tit. *Quibus res judicata non nocet* do Código. Exceptuam-se aqueles que têm causa do que foi vencido, ou direito dele dependente, ou os que são excluídos por sentença necessária por consequência, ou aqueles cuja causa é indivisível; todos estes, nesta matéria, não devem ser considerados diferentes dos litigantes; e, assim, a coisa entre outros feita e julgada aproveita ou prejudica-os. Strykio, *Us. mod.*, a este título, desde o n. 23, dar-vos-á muitos exemplos.

TÍTULO XXII

DA EXECUÇÃO DA COISA JULGADA

O QUE É A EXECUÇÃO DA COISA JULGADA

§ I — Seria absolutamente inútil a sentença e coisa julgada, se não tivesse execução aprestada, a qual, na definição de Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De re judicata*, § XLVII, não é outra coisa senão o *acto judicial, pelo qual se leva a efeito a sentença condenatória, contra a vontade do réu, que se recusa a satisfazer a sentença*. Desta definição segue-se naturalmente: 1) que a execução só pelo juiz pode ser decretada; 2) contra o condenado, e apenas em seus bens cuja alienação não esteja proibida; 3) por modo legítimo, isto é, observando-se a ordem do direito; 4) que difficilmente pode ser impedida com a opposição de alguma excepção.

DEVE SER DECRETADA POR MANDATO DO JUIZ; E DO USO DA «ACÇÃO DA COISA JULGADA»

§ II — Deve ser decretada a pedido da parte, isto é, do vencedor, Ord. liv. 3, tit. 86, no princ., *ibi: sendo o dito julgador requerido para isso*, Man. 71. Por isso, nem o juiz officiosamente, nem o vencedor por autoridade própria pode proceder à execução, Ord. citada, lei 6, § 2 do tit. *De re judicata*. E, pois, feita com o auxilio requerido do juiz, e por este decretada em mandato especial que chamam *executorial*; e, por isso, hoje não é

necessária, para se fazer a execução, nem a «acção da coisa julgada», nem novo juízo. Huber, *Praelectio* ao tit. *De re judicata*, n. 50.

DEVE SER DECRETADA PELO JUIZ ORDINARIO COMPETENTE; E QUAL SEJA ESTE

§ III — A execução pode ser decretada, e a coisa julgada dada à execução, não só pelo juiz que proferiu a sentença, mas por qualquer um que possui jurisdição ordinária, sendo-lhe requerido, Ord. citada, *ibi: Quando alguma sentença, que passar em cousa julgada, for apresentada a algum Julgador, pela qual se deva fazer execução, sendo o dito Julgador requerido para isso, a mandará com diligencia executar*. Eis por que as sentenças dos árbitros, como estes não gozam de nenhuma jurisdição própria, não são executadas por eles, mas pelos juizes ordinários, Ord. liv. 3, tit. 16, § 2, *ibi: a sentença dada pelos arbitros se dará á execução pelos Juizes ordinarios*. Mas, se o condenado não está sujeito à jurisdição do juiz exequente, ou os bens, em que se deve fazer a execução, estão fora do território desse juiz, requer-se á o officio do juiz do lugar, Ord. liv. 3, tit. 1, § 5 (Tit. IX, § X, *Do chamamento a juízo*).

No entanto, há certos juizes especiais tanto no dar como no executar a sentença, como o da India e Mina, Ord. liv. 1, tit. 51, no principio, os Corregedores do Cível de Lisboa, Ord. liv. 1, tit. 49, § 3, etc..., aos quais não compete jurisdição ordinária, mas jurisdição, como dizem, *privativa*; perante eles apenas pode ser feita a execução da coisa que eles julgaram, Mendes, liv. III, cap. XXI, n. 80, Febo, P. I, Aresto LXVIII, Ord. liv. 3, tit. 87, § 12, vers. *Porém*.

DEVE SER DECRETADA CONTRA O CONDENADO; E QUAIS OS QUE DEVEM SER HAVIDOS COMO CONDENADOS

§ IV — E deve ser decretada apenas contra o condenado (§ I), pois a coisa entre outros feita e julgada não prejudica

nem aproveita aos mais (Tit. XXI, § XVI). Têm-se aqui como condenados não só o *rêu principal*, mas todos os que têm causa do vencido, e os mais a quem a coisa julgada empece (citado § XVI). E tais são: 1) os herdeiros do condenado; de facto, a coisa julgada prejudica e aproveita aos herdeiros, e contra os herdeiros, e esta é a força do quase contrato, que se celebra em juízo, lei 3, § 11, do tit. *De peculio*; no entanto, devem primeiramente ser declarados herdeiros por sentença do juiz, Mendes, in *Praxis*, liv. III, tit. XXI, n. 14; 2) o pai de família no caso de ser condenado o filho, nos bens adventícios, em que tem o usufruto, Mendes, lugar citado, n. 37; 3) os fiadores dados à execução do caso julgado, Ord. liv. 3, tit. 92, Man. 69, Afons. 87, Huber, no n. 54 ao tit. *De re judicata* do Digesto; 4) o sucessor singular, que, por dolo e para diferir a execução, obteve, por qualquer título *oneroso*, ou *lucrativo*, a coisa do condenado, após a litis-contestação ou após a sentença, Ord. liv. 3, tit. 84, § 14, tit. 86, § 16, e liv. 4, tit. 10, § 9; todos estes devem ser executados sem nova ordem de processo, segundo as ditas Ordenações. Chama-se *rêu principal* ao dono da demanda, ao qual pertence toda a utilidade e proveito da lide, devendo, por isso, a execução ser dirigida só contra ele, e não contra o seu procurador, visto que este não se torna senhor da demanda pela litis-condenação (Tit. III, § XI, Nota), a não ser que se ofereça para a demanda, ou a defenda sem mandato, ou accione sobre coisa sua, Huber, lugar citado, n. 53. Do mesmo modo, condenado o tutor ou o curador em causa pupilar, a execução deve cair sobre o pupilo e o menor, pois aqueles não estão nesta condição por forma que pareçam ter-se oferecido para a demanda, lei 4, § 1, do tit. *De re judicata*, Caldas, *Forenses*, quaestio XXXIV.

QUE COISAS DE MODO GERAL SE DEVEM
OBSERVAR NO MODO DE EXECUÇÃO

§ V — E, como a execução deve ser feita pelo modo legítimo e observando-se a ordem do direito (§ I), cabem nela, entre outras coisas: 1) a citação especial do condenado; 2) o tempo que lhe é dado para pagar, ou 3) para acabar a execução; 4) as coisas em que se deve fazer a execução; 5) o modo de tomar penhores, 6) e os vender; 7) as excepções que impedem, ou não, a execução da coisa julgada; 8) a prisão do devedor, etc..

PRIMEIRO QUE TUDO DEVE-SE CITAR O CONDENADO
E REQUERER-LHE O PAGAMENTO

§ VI — Em primeiro lugar, há que citar o condenado, antes de o juiz dar a sentença à execução, Ord. liv. 2, tit. 53, § 1, e liv. 3, tit. 86, no princípio, Afons. tit. 105, no princípio, porquanto a primeira citação feita no começo da lide só compreende os actos judiciários até à sentença definitiva, Ord. liv. 3, tit. 1, § 13, ao passo que esta citação especial, que se manda fazer na execução, compreende todos os actos até à adjudicação dos bens, de harmonia com a dita Ord. tit. 86, no princípio, vers. *E feita*, e o § 27, *ibi*: *não será necessario ser o condemnado mais requerido para dizer, se tem embargos á arrematação; porque o requerimento, que lhe foi feito, que pagasse, ou desse penhores, basta*. Para a execução de bens de raiz será requerido não só o condenado, mas também sua mulher, segundo a Ord. citada, Gama, *Decisio* 203. Porém, em rigor não se exige que seja citado pessoalmente o vencido que tratou a causa por meio dum procurador, pois basta a citação deste, visto que o seu officio não se extinguiu com a sentença, mas ainda dura e persevera na causa de execução que é quase a mesma que a causa principal, da qual depende e deriva. Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. XXI, n. 2, Febo, P. I, *Decisio* 4 e *Aresto* LIII. Cumpre-nos advertir

aqui de passagem que a excepção declinatoria de foro não tem lugar na causa de execução, à qual se presume ter renunciado aquelle que não a opôs na causa principal. Cabedo, P. I, *Decisio* 210 (Tit. XIII, § V, Nota, deste Livro).

E, NO ENTANTO, CONCEDE-SE ALGUM TEMPO PARA PAGAR

§ VII — Aquelle que foi condenado por acção *real* ou *personal*, em que se pediu certa coisa ou espécie, é obrigado a restituí-la ou entregá-la dentro de dez dias, Ord. liv. 3, tit. 86, § 15, Man. 71, § 30, Afons. 91, no princípio, Extravagante de 30 de Novembro de 1557, no princípio, *apud* Leão, p. 3, tit. 9, lei 3. Se foi pedida alguma *quantidade*, consistente em coisas fungíveis, nenhum prazo se concede ao devedor; por isso, se a dívida não for paga, immediatamente se tomam penhores, por autoridade do juiz, para neles se fazer a execução, Ord. tit. 86, no princípio, *ibi*: *a mandarà com diligencia executar*, Man. 71, Afons. 91, Extravagante citada, § 1, Caldas, *Forenses Quaestiones*, XXXIII, n. 1; no entanto, é de uso no foro concederem-se vinte quatro horas para pagar; este uso parece aprová-lo a Ord. tit. 86, § 7, *ibi*: *que os mostre, e dê até o outro dia*, Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. XXI, n. 86. A dívida extrajudicial pura somente pode ser pedida em juízo dez dias após a data do contrato, Ord. liv. 4, tit. 50, § 1 (Tit. V, § III). O condenado que por dolo ou culpa retardou a execução além de três meses, será preso, Ord. tit. 86, § 18, tirada da Extravagante de 18 de Novembro de 1577, § 48, Febo, P. II, *Aresto* LXV. No direito romano, se se adjudicasse uma quantia, concedia-se ao condenado o espaço de quatro meses, lei 2 do tit. *De re judicata* do Digesto, leis 2 e 3 do tit. *De usuris rei judicatae* do Código, que o *juiz umas vezes restringe, outras prorroga, conforme a qualidade e quantidade da causa, ou a obediência ou contumácia das pessoas*, dita lei 2 do tit. *De re judicata* do Digesto. Mas pelos

nossos costumes e leis nunca foi recebido o quadrimestre concedido pelos Romanos, Ord. Afons., dito tit. 91, § últ.; nem jamais foi permitido ao juiz poder prorrogar ou encurtar o tempo da execução, Ord. cit. tit. 86, no fim do princ., *ibi*: *não lhe será mais dado tempo, nem espaço algum*. Caldas, *Quaestio* XXXII, n. 2.

Todavia, havia sido recebido pelos costumes antigos que a execução nos bens de raiz do condenado somente se fizesse decorrido ano e dia sobre a proferição da sentença, mas D. Fernando com uma lei promulgada em Santarém no ano 1444 da Era reduziu aquelle termo para três meses, ao passo que os móveis tinham de ser vendidos dentro de vinte e sete dias, Ord. Afons., liv. 3, tit. 106, §§ 2 e segs.

QUE ORDEM SE DEVE OBSERVAR NA TOMADA DE PENHORES

§ VIII — Deve fazer-se a execução nos bens do devedor pela seguinte ordem: primeiro, escolhem-se os móveis, depois os imóveis, e, por fim, os direitos, Ord. liv. 3, tit. 86, §§ 7, 8 e 9, Man. 71, §§ 4, 5 e 6, Afons. 93, no princ., e §§ 1, 3 e 4, tirada da lei 15, § 2, do tit. *De re judicata*; no entanto, a ordem inversa não vicia a execução, a não ser que essa inversão seja feita por maldade do Oficial, Ord. tit. 86, § 10, Gama, *Decisio* 199, nn. 5 e 6. Pode, porém, alterar-se esta ordem por culpa do devedor que oculta os bens móveis, caso em que a execução se faz rectamente em qualquer espécie de bens à escolha do credor, Ord. cit., tit. 86, § 7, *ibi*: *E dizendo que os não tem, ou não os mostrando, nem dando ao dito tempo desembargados, ser-lhe-ha logo feita penhora em quaesquer bens moveis, que o vencedor mostrar, ou nos de raiz, qual a parte, que a execução require, mais quizer*. Também é lícito ao juiz, se o devedor pedir, alterar a ordem mencionada, pois ele foi constituído pelo direito por causa do devedor, e não por causa do credor, Perez, a este título do Código, n. 13. Devem-se, porém, tomar os penhores de harmonia com a quantidade do débito, na mesma Ord., tit. 86, § 8,

Morais, *De executione*, liv. VI, cap. XII, n. 37. Finalmente, á falta de outros bens, por assim dizer tomam-se os títulos de crédito e os direitos do condenado, que são dados ao vencedor para paga, e a ele atribuídos para execução do julgado, Moraes, dito liv. VI, cap. VIII, n. 17; contanto que a dívida seja certa e líquida, ou o devedor a confesse como sua.

E QUE BENS PODEM SER, OU NÃO, TOMADOS COMO PENHORES

§ IX — No entanto, nunca se submetem à execução nem podem ser tomados para tal fim, as armas, livros, vestidos, etc., dos Nobres, Cavaleiros e Desembargadores, destinados ao seu uso ou de suas esposas, conforme a qualidade de suas pessoas, Ord. liv. 3, tit. 86, § 23, Man. 71, § 10, Afons. 98, §§ 1 e 2. Também não, havendo outros bens, os bois de arado, sementes, e instrumentos necessários à agricultura, cavalos e armas, Ord. cit., tit. 86, § 24. É desumano tomar os vestidos com que o condenado se cobre, salvo se forem preciosos, o que se deixa ao arbítrio do juiz; de facto, não deve ser despojado deles, Ord. liv. 4, tit. 74, § 6, Maranta, *De ordine judiciario*, p. 6, act. últ., nn. 28 e 29. As sagradas imagens, os ornamentos, etc., destinados ao ministério do altar, muito embora estejam no comércio, não podem ser sujeitos ao penhor público e judicial, Alvará de 22 de Fevereiro de 1779, § *Não devendo*, cap. 1 do tit. *De pignoriibus*. Também não podem submeter-se a penhor os soldos dos militares, Alvará de 21 de Outubro de 1763, § 13; os vencimentos e emolumentos dos juizes e officiaes, Ord. liv. 1, tit. 1, § 40, Alvarás de 17 de Janeiro de 1766, 25 de Janeiro de 1777, e 10 de Março de 1778; os salários dos marinheiros, artífices, e serventes, Alvará de 16 de Março de 1775; a tença, Ord. liv. 4, tit. 55, Alvará de 4 de Julho de 1773; mas podem-se penhorar, á falta de outros bens, os frutos e comodidades provenientes dos bens de morgado e de capela, ou de beneficios eclesiásticos, em

vida do devedor, Ord. liv. 3, tit. 93, § 1, Man. 75, § 1, Afons. 105, § 2, caps. 2 e 3 do tit. *De fidejussoribus* das Decretais, Boehmero, Exercit. XLV *De clerico debitore*, cap. III, § XXII (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XIV, § XI).

QUAIS SÃO OS OFFICIAES DA EXECUÇÃO, E DO MODO DE O PORTEIRO TOMAR O PENHOR

§ X — É necessário que intervenham na tomada de penhores não só o escrivão ou tabelião, para que a mandado do juiz cite o condenado a pagar, mas também o porteiro, para que tome os penhores, Ord. liv. 3, tit. 89, Man. 72. Porém, o porteiro pode citar o vencido e fazer a penhora, se a dívida não passar de mil reis, na mesma Ord.; mas, no caso de o condenado lhe prestar caução perante dois ou três homens bons para ir estar a juízo, o porteiro deve abster-se da penhora decretada por mandato especial do juiz, e não por sentença que passou em julgado; neste caso, se o porteiro não aceitar a caução, o condenado poderá tolher-lhe o penhor sem incorrer em pena alguma, Ord. citada, tirada da lei de D. Afonso II referida na Ord. Afons., liv. 3, tit. 92, Cabedo, P. I, *Aresto* 96 (*Instituições*, Liv. I, Tit. II, § XXV), o que cumpre notar, visto ser proibido aos officiaes receber cações dos condenados, e não poderem, a pretexto delas, conceder qualquer demora à execução, segundo a dita Ordenação, *ibi*: *E assi o Scrivão, como o Porteiro, quando fizerem penhora por Alvará, ou Sentença, não receberão à parte condemnada caução alguma, mas farão sua penhora*. Devem os officiaes tomar os penhores dentro de cinco dias da data em que receberam o mandato; decorridos estes dias sem effectuarem a penhora, são temporariamente suspensos de seu officio, Ord. liv. 3, tit. 86, §§ 20, 21 e 22, pois é do interesse público que as coisas julgadas tenham rápida execução. Primeiramente, tomam-se para penhor os móveis (§ VIII), especialmente os que se acham fora da casa do condenado, mormente se se tratar

de nobres, em cujas casas é proibido entrar para tomar penhores. dita Ord., tit. 86, § 12, Man. 71, § 9, as quais têm por autor D. Afonso IV, Ord. Afons. liv. 3, tits. 99 e 100.

DA VENDA DO PENHOR JUDICIAL

§ XI — Os penhores tomados pela autoridade do juiz são postos sob a sua administração e quase tutela, e, por isso, na sua venda é obrigado a proceder não só como juiz, mas também como homem bom, diligente pai de família, e bom administrador. Deve, pois, como juiz observar o seguinte na sua venda. 1) Devem os penhores ser primeiramente avaliados por peritos, Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 5, Alvará de 25 de Agosto de 1774, §§ 24, 28 e 29. Os móveis que não excedam o valor de dez mil reis, são vendidos depois de avaliados somente pelo arbítrio do juiz, Alvará de 22 de Fevereiro de 1779; 2) não devem ser vendidos por preço inferior ao da avaliação, § 7 da mesma Carta de Lei; 3) devem ser vendidos em local público e costumado, Ord. liv. 3, tit. 86, § 25, Extravagante de 18 de Novembro de 1577, § 45; 4) depois de os bens móveis andarem em pregão durante oitos dias não feriados e contínuos, e os bens de raiz vinte dias, Ord. citada; no entanto, havendo justa causa, podem-se interromper os pregões por dois ou três dias, Ord. cit., § 29, e liv. 2, tit. 53, § 2, tirada da Extravagante de D. Sebastião de 2 de Agosto de 1567, *apud* Leão, p. 3, tit. 9, lei 5, e fazer-se aos domingos, se então se juntar mais gente, Ord. dito § 25, e deixar de se fazer por consenso das partes, Ord. dito § 28; 5) esperando-se outros três dias que por estilo se requerem além dos da lei, § 16 da dita Carta de Lei; 6) devem ser vendidos e adjudicados a quem oferecer mais, Ord. cit. § 27; 7) a pronto pagamento, ou com fiador idóneo de que pagará dentro de três dias, § 16 da mesma Carta de Lei; 8) se não houver comprador que suba os penhores aos preços das avaliações, são eles adju-

dicados ao credor, com alguma diminuição de preço, atendendo a que o credor é coagido a recebê-los em lugar do verdadeiro pagamento, §§ 20, 21, 22 e 23 da citada Carta de Lei; 9) os penhores que valerem o dobro da dívida ou mais, não são vendidos em hasta pública, mas os seus rendimentos anuais adjudicados ao credor, conforme o modo e quantidade da dívida, §§ 24 e 25 da mesma Carta de Lei; 10) esta adjudicação judicial, uma vez devidamente feita entre particulares, não se revoga, ainda que depois se ofereça maior preço, Ord. liv. 1, tit. 87, no princípio, *ibi*: *E se esses penhores não forem arrematados, e a parte por sua vontade logo pagar*, nem se rescinde por hipoteca anterior, visto que esta foi totalmente extinta com a adjudicação, em quanto respeita à evicção da coisa adjudicada, Ord. liv. 4, tit. 6, § 2, *ibi*: *a coisa assi arrematada fique salva ao comprador, pois que a comprou em publico per mandado, e auctoridade de justiça*. Moraes, *De executione*, liv. VI, cap. XIII, desde o n. 89 (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XIV, § XX. Da venda do penhor convencional falámos no § XVIII deste mesmo Título).

O juiz oferecendo o penhor ao licitante faz, por autoridade do direito, as vezes de dono. Portanto, a adjudicação, que chamamos *arrematação*, é uma verdadeira venda, que se deve dizer *perfeita*, logo que o penhor foi *addictum*, em português *arrematado*, isto é, vendido por preço fixo; é, porém, venda *consumada* depois que o penhor foi entregue, e o licitante metido na sua posse ou quase posse. Por isso, com a simples adjudicação da coisa, nasce para o comprador, ainda antes da sua entrega, o direito perfeito de a possuir, direito esse de que não pode ser privado; mas, já com a sua entrega, o comprador adquire para si não tanto um direito como o verdadeiro domínio. Os documentos de adjudicação, que chamamos *cartas d'arrematação*, nada adiantam para a transferência do direito ou domínio, pois não são mais que um título da venda em hasta pública. Sendo assim, se se perguntar se, após a arrematação, o devedor a pode remir oferecendo dentro de oito dias o preço ao licitante, julgo que não. De facto, uma vez arrematada a coisa, embora ainda não entregue, imediatamente

o licitante adquire um direito, tal como no contrato de venda; e, como a venda é perfeita pelo acordo entre o licitante, e o devedor, que vendeu a coisa pela interposta pessoa do juiz, não pode o devedor ser ouvido contra factio próprio, nem o licitante ser privado, contra sua vontade, do seu direito. E não obsta a Ord. liv. 4, tit. 13, § 7, pois fala do resgate do penhor ainda não arrematado, caso este em que, não se tendo adquirido o direito para ninguém, não admira que o devedor o possa remir pagando a dívida dentro de oito dias, *ibi: que pague a dívida, senão que a cousa, ou penhor será arrematado... se até oito dias primeiros seguintes o devedor não pagar a dívida, e o Juiz mandar fazer a arrematação*. Por isso, feita a arrematação do penhor, já nenhum lugar se deixa ao resgate tanto entre particulares como entre o fisco. No entanto, está estabelecido em favor do fisco que o devedor possa resgatar, nos oito dias seguintes à arrematação, os penhores que foram adjudicados ao fisco e não a um terceiro; a este respeito deve citar-se especialmente a Ord. liv. 2, tit. 53, § 7. A razão é porque ao fisco convém mais o dinheiro que usar e fruir os bens. Veja-se, querendo, Moraes, *De executione*, liv. VI, cap. XIV, desde o n. 2, Pereira, *Decisio* 61, Pegas, à Ord. liv. 2, tit. 52, § 8, desde o n. 10, e tit. 53, § 7, n. 1, Silva, à Ord. liv. 4, tit. 13, § 7. nn. 34 e 35, etc... No direito romano o condenado pode recuperar do próprio vencedor o penhor tomado e a este arrematado, dentro de dois anos a contar do dia da arrematação, lei 3, § 3, do tit. *De jure domini impetando* do Código; não assim, do comprador estranho, leis 8 e 18 do tit. *De distractione pignorum* do Código. No nosso direito não é assim, quer o penhor seja adjudicado ao vencedor, por não se achar outro arrematante, quer a um estranho. Os juizes, escrivães, meirinhos, e outros officiaes da execução estão prohibidos de licitar sobre os bens do condenado, Ord. liv. 2, tit. 53, § 5, e liv. 1, tit. 88, § 29, e tit. 62, § 7.

REGRAS QUE SE DEVEM OBSERVAR NA EXECUÇÃO DE COISA JULGADA

§ XII — Ora, porque a execução difficilmente pode ser impedida por alguma excepção (§ I), pois é do interesse público que as coisas julgadas tenham êxito, e as demandas alcancem um dia o seu termo, se se perguntar que excepções são de admitir

aqui, em que tempo devem ser apresentadas, e qual o seu efeito, julgamos que esta questão, sem dúvida difficil de explicar e certamente das mais frequentes no foro, pode normalmente ser de certo modo satisfeita com as seguintes regras. I) Na execução não se admitem as excepções que impugnam a sentença, isto é, a coisa julgada, visto esta ser tida como a verdade, Ord. liv. 3, tit. 87, § 2, *ibi: E quando os embargos... forem taes, que offendão, e desfação as sentenças definitivas, não se poderão pôr, e allegar ao tempo da execução*; II) Admitem-se, todavia, as excepções de nulidade contra a sentença, Ord. tit. 87, § 1, visto que a sentença nula não passa em coisa julgada, Ord. no mesmo liv., tit. 75, no principio; III) e igualmente as excepções que não respeitam à própria coisa julgada, mas à execução ou modo de execução, Ord. tit. 87, § 1, no fim, e § 2; IV) as quais devem ser opostas dentro de seis dias a contar da tomada dos penhores, no princ. do mesmo tit., *ibi: venhão com elles dentro de seis dias primeiros seguintes, do dia em que forem penhorados*, e tit. 86, § 1, no fim, e § 15; V) a execução da coisa julgada não é retardada nem impedida com quaisquer excepções alegadas, Ord. tit. 87, no princ., *ibi: não receberão a parte condemnada caução alguma*, nem por interposta apelação, tit. 86, § 3, *ibi: E vindo com embargos ... taes, que ao Julgador pareça que se devem receber; e postoque sobre elles receba appellação... o juiz vá com sua execução por diante, não querendo o condemnado pagar*; VI) não se devem receber excepções nenhuma, sem o condemnado pagar a dívida ou dar penhores, na mesma Ord. tit. 86, § 1, *ibi: não será ouvido com embargos, de qualquer qualidade que sejam, até pagar, ou dar penhores livres, e desembargados*, e § 15; VII) porém, uma vez admitidas e pendentes as excepções, nem a coisa pedida nem o preço da licitação será entregue ao vencedor sem fiador, mas sujeito ao penhor judicial até à decisão das excepções, Ord. § 3, *ibi: E havido o dinheiro, que se da execução fizer, se o vencedor quizer dar fiança bastante na terra ao tornar, trazendo o con-*

demnado Provisão polos embargos, que lhe seja o dinheiro tornado, ser-lhe-ha entregue... e não querendo a parte vencedor dar a dita fiança, ou não a podendo dar, todavia se fará a execução, não pagando o condemnado; e o dinheiro se porá em depósito, até se dar final determinação sobre os embargos; VIII) recebidas e por fim provadas as excepções, e revogada a sentença, a coisa regressa ao estado primitivo, devendo, por isso, os bens ser restituídos pelo licitante ao condenado, sem os frutos, visto que aquele foi comprador e possuidor de boa fé, e ser imediatamente restituído ao licitante o preço da licitação com as custas, segundo a Ord. citada, § 4, *ibi*: *E sendo a sentença, per que se tal execução fez, revogada, os bens ... vendidos sejam tornados a cujos erão: e ao comprador seja tornado o preço, que por elles deu, e as custas, que fez na arrematação.* Conhecidas estas regras gerais, cumpre-nos explicar mais claramente alguns pontos.

QUE EXCEPÇÕES DEVEM SER ADMITIDAS NA EXECUÇÃO

§ XIII — E, em primeiro lugar, como apenas são de admitir as excepções que se opõem à execução, e não ao julgado (§ XII), segue-se: 1) que se podem opor as excepções do pagamento, compensação, retenção, divisão, competência, novação, transacção, pacto de não pedir, as dos Senátus-consultos Macedoniano e Veleiano, e outras de igual qualidade, que não impugnem a própria sentença, Ord. cit., tit. 87, § 1, no fim, e § 2; 2) que somente se admitem as excepções de nulidade que ou não foram alegadas no processo, § 1, *ibi*: *se já na causa principal não forão allegados*, ou emergiram de novo após a coisa julgada, § 2, *ibi*: *salvo, se o embargante jurar que novamente vierão á sua noticia*, ou as que provêm do beneficio de restituição concedida aos soldados ou camponeses, que moram em lugares onde há falta de jurisperitos, no mesmo § 2, *ibi*: *ou se esse, que os*

allegasse, fosse soldado, ou lavrador rustico, e cada hum delles morasse e litigasse em aldêa, ou lugar, onde não houvesse Letrados.

E EM QUE TEMPO DEVEM SER APRESENTADAS

§ XIV — E porque devem ser postas no tempo legítimo, isto é, dentro de seis dias da tomada dos penhores (§ XII), segue-se que, decorrido este termo, não devem ser admitidas, a não ser que 1) surjam de novo ou venham por nova causa, Ord. citada, tit. 87, no fim do princípio, *ibi*: *salvo se jurar que os houve de novo, despois de passado o termo dos ditos seis dias*, e § 14, e tit. 50 do mesmo livro, no princípio; ou 2) sejam opostas por via da acção, Ord. tit. 75, no princ., porquanto a querela de nulidade é perpétua, e, por isso, pode ser posta perpetuamente, isto é, até trinta anos, segundo a dita Ord. tit. 75, a qual deste modo se deve conciliar com a Ord. citada, tit. 87, visto que esta fala da excepção de nulidade, e não da acção, Gama, *Decisio* 340, n. 2; ou 3) a não ser que seja objectada contra a tomada dos penhores, sua adjudicação, ou modo de execução, Ord. citada, tit. 87, no princ., *ibi*: *ou quando allegar que a execução, e arrematação se faz, como não deve, contra fórma de nossas Ordenações*; ou 4) com o silêncio do adversário, que se calou às excepções alegadas após os seis dias e admitidas pelo juiz, pois o termo foi estabelecido em seu favor e ele com o seu silêncio parece renunciar a esse favor. *Reinoso, Observatio* XI, nn. 18, 19 e 20.

Nem o Desembargo do Paço pode prorrogar este termo legal, pois que eu saiba, em lugar nenhum se lhe acha concedida a faculdade de dispensar nesta matéria; e até se acha expressamente proibida no § 11 do seu Regimento, *ibi*: *E outrossi mando, que se não tomem petições, em que se pedir que se sobresteja na execução de alguma sen-*

tença, que passou em coisa julgada, nem dellas se trate. No entanto, segundo o autorizado juízo de Pegas, ao Regimento do Paço, § 114. e Reinoso, citada *Observatio* XI, n. 2, ele tem esta faculdade.

E QUAIS AS QUE IMPEDEM, OU NÃO, A EXECUÇÃO

§ XV — Quanto ao que dissemos mais acima (§ XII), que nenhuma excepção devem ser admitidas sem o pagamento da dívida ou a tomada de penhores, segundo a cit. Ord. liv. 3, tit. 86, § 1, e que elas, mesmo que admitidas, não podem impedir a execução, não devendo, por isso, ser recebidas nos mesmos autos, mas em autos diferentes, segundo a cit. Ord., tit. 87, no princípio, vers. *E para vir com elles*, tudo isto é de entender por forma que não se aplique, 1) quando as excepções de nulidade, etc..., são tão notórias, que constem dos mesmos autos, ou do teor da sentença, ou de elementos extrínsecos, e possam ser provadas imediatamente, ou, como dizem, *em continente*, pois neste caso impedem a execução; é diferente, se requerem longas provas, demoras, e mais profunda pesquisa, porque então devem ser tratadas noutro processo, mantendo-se salva a execução, o que cumpre geralmente observar, Assento da Relação de Lisboa de 4 de Março de 1690, *apud* Novíssima Colecção, n. 148, e *apud* Ord. liv. 3, tit. 87, § 1, Colecção III, N. 1; 2) quando o condenado alega e prova o pagamento dentro de vinte e quatro horas após a citação, pois lhe é dado este espaço de tempo para pagar ou entregar penhores para a execução da sentença, Ord. tit. 86, § 7, *ibi: que os mostre, e dê até o outro dia*, o que deve ser estendido à excepção de compensação posta e provada dentro do mesmo tempo; na verdade, a compensação é uma espécie de pagamento e representa-o. E não obsta a Ord. liv. 4, tit. 78, § 4, que concede nove dias para provar a compensação, pois deve ser entendida no caso especial de que fala, isto é, da compensação não líquida,

que se opõe à confissão, e não à coisa julgada. Morais, *De executione*, livro VI, cap. IX, n. 28. O mesmo se deve dizer das excepções de novação, transacção, retenção, pacto de não pedir, as quais alegadas e provadas do mesmo modo e dentro do mesmo tempo impedem a execução; 3) é impedida a execução pela restituição integral, pedida e obtida antes de findar a execução, desde que não haja sido dolosamente pedida, Ord. liv. 3, tit. 41, § 4, *ibi: tanto que a restituição a nós for pedida ... logo será spaçada a execução da dita sentença, se ainda não for feita*; 4) quando a sentença não é líquida e certa, pois a excepção de dívida não líquida ou de explicação da sentença impede a sua execução, Ord. cit., tit. 86, § 1, *ibi: de que já foi feita liquidação*, Mendes, na *Praxis*, liv. III, cap. XXI, § II; 5) quando o condenado excepçiona sobre o sequestro, isto é, sobre a coisa condenada posta em sequestro perante si por autoridade do juiz, em português *embargada*, Mendes, P. I, liv. III, cap. XXI, n. 42, e P. II, cap. XXI, n. 115; 6) quando o condenado opõe excepções respeitantes ao modo de execução, como, por exemplo, para que não seja condenado além das forças da herança, ou acima do que pode fazer (Tit. V, § VII); na verdade, sendo estas excepções prejudiciais e preparatórias da execução, impedem a execução, e devem ser recebidas no mesmo processo da execução, Morais, lugar citado, n. 104; e finalmente 7) quando o condenado deposita em juízo a soma da condenação, a qual deve ser havida como pagamento (Tit. V, § IV), visto que o vencedor a pode receber mediante caução, Ord. tit. 86, § 3. Omitto muitas outras excepções.

E esta é a praxe. Porém, para dizer a verdade, quaisquer excepções opostas na execução, mesmo a de nulidade, e embora provadas *em continente*, não podem impedir a execução, visto que todas devem ser recebidas, não nos mesmos, mas em autos diferentes, e em processo diverso, segundo a dita Ord. liv. 3, tit. 87, no princ., Alexandre Caetano Gomes, *Dissert.* VII.

DO TERCEIRO POSSUIDOR QUE IMPEDE A EXECUÇÃO

§ XVI — Isto a respeito das excepções opostas pelo condenado. Se por um terceiro é oposta a excepção de *posse* ou *domínio*, ou ambas na coisa dada em penhor, impedem elas porventura a execução? Julgo que sim, pois a execução apenas deve ser feita sobre o condenado e seus bens (§§ I e IV). Porém, isto é de entender, quando o *oponente* prova a sua intercessão imediatamente, isto é, dentro de três dias, pois, se a não provar, não se suspende a execução; no entanto, o vencedor é obrigado a prestar ao oponente a caução de que lhe restituirá a coisa no caso de este provar a excepção, Ord. liv. 3, tit. 86, § 17, Man. 71, § 32, Lei de 18 de Novembro de 1577, § 49, Febo, P. II, Arestos I e LVII, Sousa de Macedo, *Decisio* 61.

QUANDO É QUE O EXECUTOR DEVE CONHECER DAS EXCEPÇÕES ALEGADAS

§ XVII — Se bem que o executor possa conhecer das excepções levantadas à sentença, ou remetê-las para os juizes que a pronunciaram, Ord. liv. 3, tit. 87, § 12, Man. 71, § 28, Afons. 89, §§ 4 e 5, todavia já há muito está consagrado no foro que as Ordenações citadas se entendem somente daquelas excepções que não impugnam a coisa julgada, pois a estas deve o executor enviá-las para os superiores, e conhecer apenas das que dizem respeito ao modo de execução. Mendes, P. I, liv. III, cap. XXI, § IX, n. 53.

ACTUALMENTE NÃO SE PRENDEM OS DEVEDORES DE BOA FÉ

§ XVIII — Ora, porque a execução apenas deve ser feita nos bens do condenado (§ IV), segue-se que tem de ser considerada extinta com a venda dos bens em hasta pública, não

ficando ao credor direito algum sobre a pessoa e corpo do devedor, Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 19, no fim, vers. *Porém*. Por isso, actualmente os devedores de boa fé, mesmo que os credores apertem, não devem ser encarcerados, de harmonia com a Deliberação autêntica da Relação de Lisboa de 18 de Agosto de 1774 (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. IV, § XI). Porém, este benefício não compete: 1) aos que dolosamente ocultam os bens em fraude dos credores, segundo a referida Carta de Lei; 2) aos depositários, Ord. liv. 4, tit. 76, § 5, Man. 52, § 5, Afons. 67, § 5; 3) aos condenados que alienaram os seus bens, Ord. liv. 3, tit. 86, § 13, tirada da Lei de D. Dinis referida na Ord. Afons. liv. 3, tit. 102; ou 4) retardaram por dolo ou culpa a execução para além dos três meses, Ord. citada, § 18. Sendo isto assim, não tem actualmente nenhum uso, isto é, utilidade o benefício de competência e cessão de bens de que trata a Ord. liv. 4, tit. 74, Man. liv. 3, tit. 89, Afons. tit. 121 do mesmo livro, tiradas do direito romano. Por consequente, não interessa saber o que em diversas épocas foi estabelecido neste direito acerca dos endividados, devedores confesos por direito ou condenados por sentença; veja-se querendo, Everardo Otto, que, entre outros, ilustra brevemente esta matéria, no § 40 do comentário ao tit. *De actionibus* das Institutas (Tit. V, §§ VI e VII, deste Livro, *Instituições*, Liv. I, Tit. VIII, § XII, Nota).

DA EXECUÇÃO FISCAL

§ XIX — A respeito da execução fiscal cumpre-nos fazer aqui algumas observações. E 1) que as contas líquidas no Erário Régio são havidas como justas, Carta de Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3, § 5; 2) que, para as impugnar, se concedem dez dias aos devedores, devendo, para esse efeito, ser citados, § 6 da mesma Carta de Lei; 3) porém, aos condenados concedem-se cinco dias para impugnam a sentença, § 7; 4) que, rejeitadas

as impugnações, e decretada enfim pelo juiz a execução, primeiro o condenado ou os seus herdeiros devem ser executados, Ord. liv. 2, tit. 52, § 4, *ibi: fação as penhoras, e execuções primeiro nos bens do principal devedor, ou de seus herdeiros*, Man. 31, § 7, Afons. 53, § 9, cada um dos quais é obrigado *in solidum*, o que constitui um caso especial, e podem ser demandados neste mesmo processo, contanto que primeiramente sejam declarados herdeiros pelo juiz, e lhes fique salvo o direito de repetirem *pro rata* (proporcionalmente) a parte correspondente aos co-herdeiros, Ord. cit., § 5, no fim, *ibi: E ficará ao herdeiro ... seu direito salvo contra os mais coherdeiros, para haverem delles o que lhes couber pagar da dita dívida*. Depois, são obrigados os fiadores; porém, estes gozam, tanto nas dívidas particulares, como nas fiscais, do benefício da ordem, segundo a Ord. cit., pois este benefício foi indiscriminadamente concedido a todos os fiadores, Ord. liv. 3, tit. 92, e liv. 4, tit. 59, no princ. (Tit. III, § XXVIII). Se não se acharem bens do devedor e seus fiadores, serão executados *in solidum* os que possuem bens do devedor depois de este ter contraído a dívida fiscal, pois o fisco tem hipoteca tácita sobre esses bens. devendo, primeiramente, esses possuidores ser citados e condenados por sentença, e ficando-lhes igualmente salvo o direito contra outros possuidores, Ord. cit., §§ 4 e 5; 5) que, finalmente, o fisco pode agir contra o devedor do seu devedor, se este não tiver feito nenhuma cessão da dívida; mas por forma que fiquem para o devedor aquelas excepções que competiam contra o credor, o que também é especial, porquanto os particulares não podem agir, se não puderem perseguir a dívida do seu devedor por *acção hipotecária*, Ord. cit. liv. 2, tit. 52, § 6, Man. 31, §§ 9 e 10, Afons. 53, §§ 9, 10 e 11, tirada duma lei de D. Afonso IV, a qual tem por fundamento o direito romano, na lei 3, § *Multa* 8 do tit. *De jure fisci*, e no tit. do Código *Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit*, Hórnio, na Dissertação *De actionibus quae creditori adversus debitoris debi-*

torem competant; 6) que os bens de raiz andam em pregão nove dias, e os móveis três, cap. 77 do Regimento dos Contos de 3 de Setembro de 1627. No Regimento da Fazenda de 17 de Outubro de 1516, cap. 174, na Extravagante de 9 de Maio de 1561, *apud* Leão, p. 5, tit. 5, lei 3, e na Ord. liv. 2, tit. 52, §§ 7 e 8, eram outros os dias *fatais* determinados; 7) que, embora os devedores particulares só possam ser presos depois de condenados por sentença e não lhe serem achados bens suficientes, segundo a Ord. liv. 4, tit. 76, no princ., e § 1, todavia os devedores do fisco, que não pagam no dia fixado, são de certo modo havidos por condenados, e lançados na cadeia, se dentro de dez dias não pagarem ou derem penhores, ou estes não lhes forem tomados, segundo a Ord. liv. 2, tit. 53, no princ., Extravagante de 15 de Setembro de 1557, *apud* Leão, p. 5, tit. 5, lei 1. Porém, hoje, depois da Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 19, e da interpretação autêntica que lhe deu a Relação de Lisboa (§ XVIII), não se pode afirmar ao certo se a pena de prisão pode ser aplicada aos devedores do fisco, pois que a letra daquela Carta de Lei apenas fala dos devedores particulares; todavia, a sua razão parece compreender também, e sobretudo, os devedores do fisco; 8) que não é ouvido o devedor que alega compensação contra o fisco, visto que é obrigado a pagar nos prazos estabelecidos; por isso é que o fisco deve ser demandado separadamente por aquilo que lhe deve, Ord. liv. 4, tit. 78, § 5, Man. 56, § 5, Afons. 72, § 6, a qual, como é tirada do direito romano, padece das mesmas excepções que neste, tendo, por isso, lugar somente nas dívidas *públicas*, como tributos, soldos, tenças, impostos, lei 46, §§ 4 e 5, do tit. *De jure fisci*. Por esta razão, deve-se admitir a compensação nas dívidas meramente *patrimoniais*, ou meramente *fiscais*, e especialmente se a compensação, que se opõe, pertence à mesma *estação* e *raciocínio*, ou pode ser lançada sem confusão no livro de receitas e despesas, ou, finalmente, se é alegada contra aquele a quem compete a execução fiscal não por direito próprio, mas *por*

privilégio, Ord. Afons. citada, *ibi*: *divida, que se chama em Direito de Republica*, Schilter, ao tit. *De compensationibus*, §§ XXVI e segs.. Em tudo o mais, o fisco usa do direito comum, Ord. liv. 2, tit. 52, § últ.; com efeito, não é próprio do bom Príncipe aumentar os direitos fiscaes com razão ou sem ela, nem do bom cidadão dar maus conselhos para tal aumento, nem do bom intérprete estendê-los, contra ou à margem das leis, a casos por mais semelhantes que sejam, e também não *julgo que delinqui aquêle que, nas questões duvidosas, fâcilmente responder contra o fisco*, como bem diz Modestino na lei ro do tit. *De jure fisci* (*Instituições*, Liv. I, Tit. IV, § XI). (Veja-se o *Regimento das Confiscações* de 10 de Julho de 1620).

DAS DIZIMAS PECUNIARIAS DAS SENTENÇAS

§ XX — A execução da coisa julgada parecem de certo modo pertencer as dízimas da Chancelaria, sobre as quais cumpre dizer algumas coisas, conforme é nosso costume. *Dízima* aqui toma-se pela décima parte da demanda, isto é, do seu valor e quantidade, que foi pedida no libelo, e que o condemnado tem de pagar a El-Rei, por não ter tido justa razão de litigar. E quer a sua origem remonte ao direito romano, ou ao feudal, ou ao visigótico, o que não é para discutir aqui, o certo é que ela foi recebida entre nós, já desde o berço do Reino, como pena fiscal, ou como direito real, e certo género de tributo instituído para aumentar e locupletar o erário régio, Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. I, n. 32; todavia, é da sua natureza poder ser dada e doada por El-Rei, pois, entre outras coisas, sabe-se que D. Afonso V doou, por Alvará de 25 de Fevereiro de 1474, a Fernando de Mello as dízimas das sentenças respeitantes a Évora e seu território. Ora, como as dízimas das demandas são como que uma espécie de tributo, segue-se: 1) que devem ser pagas apenas ao Rei, e não aos litigantes, nem aos

magnates, nem aos bispos, visto que não têm fisco, nem gozam de direitos fiscaes, salvo se lhe tiverem sido especialmente doados; 2) que o condemnado e vencido as deve pagar, quer seja autor, quer seja réu principal, quer seja oponente, Alvarás de 18 de Fevereiro de 1653, e 8 de Março de 1745, *apud* Ord. liv. 1, tit. 2, Colecção I, Nn. 5 e 6. Todavia, pelos nossos antigos costumes e Ordenações só as pagava o réu e não o autor condemnado, como expressamente se declara no citado Alvará de 18 Fevereiro, *ibi*: *Regimentos da Chancellaria, nos quaes só se impoem a pena da dízima aos reos*; 3) que, constituindo a dízima das sentenças não só uma pena fiscal, mas também um direito, não da Chancelaria, mas tributário, conforme consta do Regimento da Chancelaria de 16 de Janeiro de 1589, tit. *Das dízimas*, *apud* Ord. cit. N. 2, *ibi*: *A dízima não he direito da Chancellaria; mas he pena, que se dá ao que faz má demanda*, paga-a o condemnado, mesmo que não seja litigante temerário, e presume-se tal, em favor do fisco, pela só razão de que foi vencido; e até daí se vê quanto este direito difere da pena estabelecida pelo direito romano aos litigantes temerários; 4) que os condemnados de qualquer ordem e qualidade, clérigos, bispos, mosteiros, nobres, peões, convencidos no foro civil, pagam as dízimas das sentenças, visto constituírem um género de tributo, do qual ninguém está imune sem licença especial. Cabedo, P. I, *Decisão* 17, n. 2. Exceptuam-se os pobres e pessoas miseráveis que litigam de boa fé, Alvará de 8 de Maio de 1745, e o Procurador Régio, Regimento da Chancelaria cit., § 16; 5) que a dízima deve ser paga, não pelas sentenças de todos os juizes, nem em todos os juizos, mas tão-sòmente por aqueles em que se acha especialmente exigida, como são os juizes da Coroa, os Corregedores da Corte dos feitos cíveis, os da Relação do Porto, e os mais enumerados na regra I da Chancelaria. Não se paga, por isso, pelas sentenças dadas nos juizos eclesiásticos, nem nos seculares nas causas-crimes cível ou criminalmente intentadas, Alvará de 13 de Novembro; nem também nas cíveis intentadas

nos juízos onde por privilégio ou longo costume ela se não paga, como genéricamente foi definido por El-Rei D. Manuel na Resolução Régia de 21 de Março de 1511; nem pelas sentenças interlocutórias, visto que propriamente não se dizem tais, nem pelas definitivas, de que se interpôs apelação ou agravo, enquanto este pender, e enquanto a própria sentença não pode ser dada à execução, Ord. liv. 1, tit. 20, § 5, Cabedo, P. II, *Aresto XLVIII*; nem pelas sentenças, que dizemos de *preceito*, o mesmo Cabedo, P. I, *Decisio* 16, nn. 6, 7 e 8 (Tit. XXI, § XIII, deste Livro), nem pelas sentenças dadas pelos árbitros, ou pelos corregedores das comarcas nas causas de que tomam conhecimento como juízes ordinários ou *de fora*, Ord. liv. 1, tit. 20, § últ., e tit. 58, § 23, Extravagante de 17 de Julho de 1527, *apud* Leão, p. 1, tit. 17, lei 3; nem nas dadas pelos dois corregedores do cível da cidade de Lisboa, visto que não seria devida pelos dois juízes do cível, cujo lugar ocupam, embora seja devida pelos outros dois corregedores do cível, que já antes eram conhecidos, Alvará de 8 de Maio de 1745. E baste isto em matéria tão informe, que difficilmente pode ser reduzida a ordem e princípios certos. Tomé Valasco explica, como é seu costume, na *Adlegatio* 77 e seguintes, todas as regras de Chancelaria (Veja-se a Consulta da Casa da Suplicação de 2 de Dezembro de 1791, *apud* nova Colecção, no Apêndice, pág. 7, N. III).

QUE EXCEPÇÕES SE DEVEM OPOR NA CHANCELARIA

§ XXI — Na Chancelaria somente se admitem contra a sentença as excepções que se opõem à execução da coisa julgada, e, vice-versa, as que não se applicam à execução, não podem ser opostas à Chancelaria, Ord. liv. 3, tit. 87, § 4, Man. 71, § 21. Por isso, o trânsito da sentença pela Chancelaria, assim como a própria execução, só pode ser impugnado pelas excepções de nulidade, segundo a dita Ord., as quaes devem ser rom-

tidas aos juízes que deram a sentença, Ord. liv. 1, tit. 30, § últ.. No entanto, a própria sentença definitiva pode ser impugnada no tempo legítimo, isto é, dentro de *dez dias*, perante o mesmo juiz que a proferiu ou o seu substituto, tanto com base em nulidade como em injustiça, e por ele ser revogada como injusta, Ord. liv. 3, tit. 66, § 6, *ibi: salvo se a primeira fosse revogada per via de embargos, taes que per direito por o nelles allegado, ou provado a devesse revogar*, Man. 50, § 5 (Tit. XXI, § XI). Isto não é assim nas excepções opostas à Chancelaria, pois a sentença só pode ser rescindida e impugnada por elas com base em nulidade, differença esta que cumpre notar. Alexandre Caetano Gomes, *Dissert.* II e III.

Onde há Chancelaria, devem as sentenças ser novamente examinadas e apuradas na sua Mesa, antes de serem assinadas com o selo próprio. Pertence ao officio do Chanceler rejeitar e cancelar as sentenças mal escritas, isto é, dadas contra os direitos e Ordenações, e assinar as bem escritas e conformes ao direito, Ord. liv. 1, tit. 4, § 1, Man. 30, § 1. Na Chancelaria-mor as Cartas, mesmo as subscriptas por El-Rei, não são assinadas, se atentarem contra os direitos do Rei, ou do povo, ou dos Clérigos, ou de qualquer outra pessoa, Ord. liv. 1, tit. 2, § 4, *ibi: Achando o Chanceller mór algumas Cartas, ou Provisões de graça contra nossos Direitos, ou contra o Povo, ou Clerozia, ou outra alguma pessoa... não as assignará, nem mandará sellar*, Man. no mesmo liv., tit. e §, e tit. 30, § 1, Afonsos. liv. 1, tit. 2, § 1. E nem mesmo as cartas patentes (*portarias*) do próprio Rei são dadas à execução, sem primeiro serem examinadas na Chancelaria e munidas com o selo público, Ord. liv. 2, tits. 39 e 41, Man. 19 e 20, tirada da Ordenação de D. Afonso IV de 20 de Junho de 1370 da Era, referida no Código Afonsino, liv. 2, tit. 25, *ibi: Contadores, Ouvidores, e Sobre-Juizes, non creades a nenhuá, por muito que seja da mercè d'ElRey Portaria, que digna per palavra da parte d'ElRey, se a non der per Carta, ou per rememrança signada do signal certo, e seellada do seello d'ElRey, se a Portaria tal for, per que ajades de desfazer o que avedes feito, ou per que nom dedes cabo ao que teendes começado, ou per que nom ajades de fazer aquello, pera que em esses lugares soodes postos*. Também D. João I estabeleceu por lei especial, *apud* Ord. Afonsos. no

mesmo liv., tit. 26: *Que todas Cartas dadas per elle, ou pelos seus desembargadores assy da Fazenda, como da Justiça... e outro sy per que mande fazer alguma cousa, que pertença a Direito, ou Justiça, assy entre elle, e o Povoo, como entre outras partes, sejam seelladas do seu verdadeiro sello das Quinas, ou do seu Camafeu, e d'outra guisa, que se nom faça per ellas obra alguma; porque o entendeo assy por seu serviço, e prol de seu Povoo: e se algum o contrario fezer, que lho estranharaa gravemente no corpo, e no aver.* E estas leis parecem dever ser tomadas como fundamentais ou quase.

TÍTULO XXIII

DAS APELAÇÕES, SUPLIÇÕES E REVISTAS

O QUE É A APELAÇÃO

§ I — *Embora algumas vezes os juizes reformem para pior as sentenças bem dadas, não há ninguém que ignore quão frequente e quão necessário seja o uso de apelar, visto que corrige a iniquidade ou impericia dos julgadores, como bem diz Ulpiano na lei 1 do tit. De appellationibus do Digesto. Por isso, a apelação, que é a primeira parte que tratamos nesta rubrica, não se define mal assim: Legitimo apelo dum juiz inferior para o superior, feito por razão dum agravo.*

Esta definição ou, se quiserem, esta descrição da apelação, e com isto não nos devemos afadigar grandemente (pois basta a um juriconsulto que de qualquer modo se explique com a maior clareza o objecto da definição), compreende, quando tomada em sentido geral, qualquer apelo feito para o superior, e, por isso, qualquer supplicação e recurso para o Príncipe; porém, nós aqui tomamo-la em sentido restrito. Quanto aos aspectos em que a apelação difere ou convém com os outros apelos, ver-se-ão sufficientemente, como julgo, do que se vai dizer. Além disso, estes remédios, embora tenham fundamento no direito natural, são do direito civil, e têm de ser interpostos apenas por aquelas pessoas, e sòmente naqueles juízos, e, enfim, por aquella ordem e naquele tempo, que se acham estabelecidos no direito.

O SEU FUNDAMENTO

§ II — O fundamento da apelação é o agravo *feito* ou a *fazer*. O direito canónico concede apelação pelo agravo futuro, e o pátrio só a admite no caso de elle haver sido cominado na sentença do juiz, Ord. liv. 3, tit. 78, § 5.

Se bem que a ordem judiciária, tanto na primeira como na segunda instância, seja principalmente tirada do direito canónico, conforme já advertimos noutro lugar (Tit. VII, §§ VI e XII, Nota, deste Livro), há, todavia, certos capítulos em que se distinguem as leis e costumes pátrios, apesar de entretecidos de doutrinas do direito estrangeiro como de laturan. No direito das Decretais concede-se a apelação por agravo mesmo futuro, caps. 18, 60 e 65 do tit. *De adpellationibus*. Porém, o nosso direito, seguindo o termo médio, só concede a apelação, quando o agravo tira a sua origem da sentença, e nela foi intimado ou cominado. Nas restantes causas segue, total ou parcialmente, ora o direito romano, ora o canónico, este sobretudo, ora as opiniões dos Glosadores; donde resultou que nem sempre permanece igual a si mesmo, e se vê de certo modo flutuar entre ambos os direitos e os esquadrões dos Acurianos. Dar-vos-á muitos exemplos a matéria adiante exposta acerca das apelações, como mais abaixo indicaremos (§§ IV, V, VI, XII, XV, XVII, XVIII, Nota, e XXII).

QUAL É O JUIZ SUPERIOR, E DO DEVER DE INTERPOR APELAÇÃO POR GRADUAÇÃO

§ III — Não se deve entender por juiz superior, para quem se apela, aquele que é superior em certas causas em que corrige a iniquidade ou imperícia do inferior; aliás, os corregedores das comarcas conheceriam das apelações interpostas dos *juizes ordinários* ou dos *juizes de fora*, o que é proibido pela Ord. livro 1, tit. 58, § 25, Man. 39, § 7, Afons. 23, § 6; mas aquele que é superior na causa de apelação, de que se trata, quais hoje apenas se devem considerar os Senados de Lisboa e Porto dentro dos seus territórios, Carta de Lei de 19 de Julho de 1790.

E neste sentido se há-de entender o axioma jurídico segundo o qual se deve interpor apelação *por graduação*, o que não é totalmente verdade, Ord. liv. 3, tit. 69, no princípio, *ibi: de que se deva para nós appellar sem outro meio, ou por algum meio*.

E até o axioma não tinha lugar nas apelações dos juizes dos *Senhores*, as quais muitas vezes eram interpostas, como se diz, *omisso medio* (directamente), para o Rei ou seu Desembargo, e não para os *Senhores* do lugar ou seus Ouvidores, segundo a lei de D. Dinis dada em Santarém a 18 de Março de 1355 da Era, a qual foi inserida, ainda que um tanto interpolada, na Ordenação, que usamos, liv. 3, tit. 71, Man. 55, Afons. 74 (*História do Direito Civil Português*, § LII). O mesmo direito existe em Castela, Covarrúbias, *Practicae Quaestiones*, IV, n. 9. Hoje, que os Ouvidores estão extintos, as apelações são directamente interpostas tanto dos *juizes ordinários* ou *de fora* del-Rei como dos *Senhores* para o Desembargo del-Rei, segundo a dita Carta de Lei de 19 de Julho de 1790 (§ X deste Título).

DIVIDE-SE EM JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

§ IV — Ora, há uma apelação *judicial*, que se concede por agravo feito pela sentença do juiz, quer esta seja definitiva, quer interlocutória; e outra *extrajudicial*, que tem lugar por agravo feito fora do juízo, Ord. liv. 3, tit. 78, Man. 62, Afons. 80. Deve-se esta divisão ao direito canónico, cap. 5 do tit. *De adpellationibus* das Decretais, cap. 8 do mesmo tit. do Livro 6.º, e Clementina 3 de igual título. Na verdade, o direito romano ignora-a, visto que só permitia a simples querela, e não a apelação propriamente dita, que devia ser interposta dentro de dez dias. Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, a este liv., § II.

EXEMPLOS DE APELAÇÃO EXTRAJUDICIAL

§ V — Acham-se exemplos da apelação extrajudicial nas Ordenações citadas. Com efeito, 1) pode-se apelar para o Rei

ou seu Desembargo de quaisquer deliberações das Comunidades, Colégios, Confrarias, com que se foi agravado, Ord. liv. 3, tit. 78, no princ.; 2) da transacção ou composição amigável feita em fraude do apelante, Ord. cit., § 1; 3) das partilhas extrajudiciais, caso em que é permitido apelar ou implorar o officio do juiz, dita Ord., § 2 (*Instituições, Do direito das coisas*, Tit. XII, § XIV, Nota); 4) do agravo cominado à sua pessoa ou coisas, quando o agravado protesta que tal agravo se lhe não faça e se põe sob o poder do juiz, na mesma Ord., §§ 5, 6, 7 e 8. Não pode, porém, apelar-se do agravo extrajudicial *perfeito e consumado*, como, por exemplo, quando alguém é esbulhado da sua posse, visto que para a recuperar lhe compete o interdito *Vnde vi*, nem do agravo feito com obra começada, porque então tem lugar o remédio chamado *denunciação de obra nova*, o qual tem quase o mesmo efeito que a apelação, Ord. cit., §§ 3 e 4.

A origem da apelação extrajudicial está mais que suficientemente declarada na Ord. Afons. liv. 3, tit. 80, no princ., *ibi: segundo Direito Canonico de todolos autos... ainda extrajudiciaes... podem licitamente appellar... e nam tam somente dos autos, em que algum he aggravado... mais daquelles, per que duvida ser ao diante aggravado*; e depois: *mas os Direitos civeis nom allarguam tanto a facultade do appellar, ca nos autos judicias estabeleceram, que em certos casos podessem appellar das interlocutorias, e em outros nam; e nos autos extrajudiciaes salaram per desvaizadas maneiras*. Foi, pois, desta fonte que se tiraram os exemplos de apelação extrajudicial contidos na citada Ordenação, os quais são reproduzidos quase por estas mesmas palavras nas Ordenações posteriores. Porém, os seus compiladores, havendo lido no cap. 8 do tit. *De adpellationibus* do Livro 6.º, que se podia apelar *das eleições, postulações, provisões, e quaisquer actos extrajudiciaes*, e na lei 1, § 2, do tit. *Quando adpellandum sit* do Digesto, que os *que são chamados para algum cargo ou honra, em dizendo possuírem escusa, só podem alegar causas da sua imunidade, se interpusserem apelação*, e que Bártolo observa em muitos lugares dever admitir-se apelação das partilhas extrajudiciais, Valasco, *De partitionibus*, cap. IX, n. 40, formaram das referidas declarações, doutrina, e exemplos de apelação extrajudicial, como se foram conformes a ambos os direitos, e estabeleceram como

regra que se podia receber a apelação, não de qualquer agravo, mas tão só do agravo cominado, como que pondo deste modo em concordância os referidos direitos. Seja, porém, como for, o certo é que estas apelações não são verdadeiras apelações, porque não têm de ser interpostas dentro de *dez dias*, para o juiz superior, mas para o *ordinário* daquele que deu o agravo, nem, finalmente, têm lugar nela os *fatalis* da apelação; por isso, antes se devem dizer simples *querelas* e implorações do officio do juiz; no entanto, têm o efeito de, uma vez interpostas, absolutamente nada se poder inovar, razão esta porque imitam a verdadeira apelação. Demais, os actos extrajudiciais, como não passam em coisa julgada, podem ser impugnados em qualquer tempo, ou por que-rela, implorando-se o officio do juiz, como no direito romano, ou por apelação, conforme foi estabelecido nos direitos canónico e pátrio. E, na verdade, a Ord. cit., tit. 78, não define termo certo para interpor estas apelações, se exceptuarmos a apelação das partilhas de herança, para cuja interposição se dão dez dias, na mesma Ord., § 2; porque, além de esta causa ser digna de favor especial, a citada Ordenação parece dever ser entendida das partilhas feitas por mandado ou autoridade do juiz, as quais quase devem ser havidas por judiciais. Veja-se, querendo, Pereira, *De Manu Regia*, P. I, cap. XXI, desde o n. 16.

APELA-SE DA INTERLOCUTORIA MISTA

§ VI — Não pode apelar-se da *interlocutória*, se não tiver força de *definitiva* ou não contiver dano irreparável, Ord. liv. 3, tit. 69, no princ., Man. 53, Afons. 72, onde se citam antigas Ordenações de D. Dinis e D. Afonso seu filho, que têm por fundamento as opiniões dos Glosadores, e, por fim, o Concílio de Trento, Sess. XXIV *De reformatione*, cap. XX (Tit. XXI, § I, deste Livro).

A facultade de apelar das interlocutórias, restringida pelo direito civil, foi amplificada talvez para além da justa medida pelo direito canónico contido nas Decretais, e estendida também às *meras interlocutórias*; mas pelo novíssimo apenas às *mistas*, conforme o Tridentino citado. De início foi recebido entre nós o direito canónico antigo, isto é, o das Decretais, porquanto na lei dada por D. Dinis em Lisboa a 27 de

Agosto de 1354 da Era concede-se apelação de qualquer interlocutória sem diferença alguma. Parece, por isso, que foi D. Afonso IV, filho de D. Dinis, o primeiro a estabelecer distinção entre interlocutória mera e mista, e que só desta se possa apelar, em uma lei especial referida na Ordenação Afonsina, que passou para as Ordenações posteriores; de facto, a mencionada distinção já neste tempo era conhecida dalguns Glosadores e Intérpretes de ambos os direitos do século XIII, sendo depois mais profundamente inculcada no Tridentino, com menosprezo das razões com que João Gropper, teólogo e juriconsulto de grande nome, impugnou as apelações de todas as interlocutórias em geral e as chamadas *per saltum*, Paulo Sarpio, *Historia Tridentini Synodi*, liv. IV, pág. 315, ed. de Amsterdão, 1699. Ademais, os exemplos de interlocutória, da qual se pode apelar, incluídos nas citadas Ordenações, foram quase todos tirados do direito das Decretais, convém a saber, do cap. 1 do tit. *De dilationibus*, dos caps. 47 e 60 do tit. *De appellacionibus*, do cap. 12 do mesmo tit. do Livro 6.º, do cap. 7 do tit. *De testibus*, e do cap. 19 do tit. *De judiciis*. Mas, porque é do interesse público que a faculdade de apelar circumscreta a justos limites, parece-me, se me é permitido emitir opinião, que com a referida distinção entre *interlocutória mera* e *mista* que, evidentemente, tenha força de definitiva e contenha dano irreparável, não se atende suficientemente à necessária brevidade das demandas, visto que difficilmente se pode excogitar algum agravo, que não prejudique a decisão da causa principal, ou não contenha dano que não possa ser reparado pela definitiva. No entanto, usamos este direito.

E TAMBÉM DA DEFINITIVA CONDICIONAL

§ VII — Ora, ninguém duvida de que se pode apelar da *definitiva* que põe termo à demanda, Ord. liv. 3, tit. 70, Man. 54, Afons. 73, quer essa sentença seja pura, quer contenha condição nela existente, evidentemente, por direito e natureza. E deve-se apelar dentro de dez dias a contar da publicação da sentença, e não do cumprimento da condição, Ord. liv. 3, tit. 77, Man. 68, Afons. 86.

§ VIII — Porém, não se admite apelação nem suplicação da sentença *definitiva* pronunciada na Casa da Suplicação, pois é o tribunal supremo. Admite-se, todavia, a *revista*, Ord. liv. 3, tit. 95 (§ XXVI), e o *recurso extraordinário* para o Príncipe. Do Senado do Porto, dos Corregedores da Corte, do Conservador da Universidade de Coimbra, e doutros a quem for concedido privilégio semelhante, não se admite apelação, mas o *recurso* especial, que chamamos *suplicação*, Ord. liv. 3, tit. 84, Man. 77, Afons. 109 (§ XXIII). Não se apela do executor de mero feito ou do executor de direito, se ele não exceder o limite prescrito na execução, Ord. liv. 3, tit. 76, Man. 61, Afons. 79, nem da sentença publicada por juiz a quem foi dada a faculdade de julgar *adpellatione remota* (sem apelação), lei 1, § 4, do tit. *A quibus adpellari non licet* do Digesto. No entanto, ao agravado com essa sentença concedem-se outros remédios, como a *recusação do juiz*, a *restituição integral*, a *querela de nulidade*, e a *suplicação*, remédios estes que não se devem considerar excluídos com a exclusão da apelação. Brunneman, Dissert. *De adpellat. rescript. Princip. remot.* O terceiro apelo foi com justiça e razão proibido por Justiniano, tit. *Ne liceat in una eademque causa tertio provocare* do Código, e Ord. liv. 3, tit. 95, § 8.

SOMA APELÁVEL

§ IX — Sòmente se deve admitir apelação (o mesmo é dizer da suplicação) dentro da soma *apelável*. Ord. liv. 3, tit. 70, § 6, *ibi*: *quantia, que caiba em sua alçada*, e tit. 84, no princ.; esta soma variou com os tempos, e foi por último fixada na Extravagante de 26 de Junho de 1696. Na sua estimação deve-se olhar a quanto de princípio foi pedido no libelo, e não a quanto

se deve ou a quanto se foi condenado pelo juiz inferior, Ord. cit. tit. 70, § 9, Cabedo, P. I, *Decisio* 21.

A palavra *alçada* significava, primeiramente, os antigos tribunais *ambulatórios*, que os nossos Reis, desde o início do Reino até à dominação dos Filipes, costumavam mandar muitas vezes visitar certas províncias, e que nós chamamos *alçadas de justiça* (*Instituições de Direito Criminal*, Tit. XIII, § XVI, Nota); e neste sentido é empregada na Ord. liv. I, tit. 80, § II, no fim, Luis de Sousa, *Vida de Bartolomeu, Arcebispo de Braga*, liv. IV, cap. I, Leão, *Origem*, 16, e na *Crónica de D. Afonso Henriques*, 39. Os juizes régios, escolhidos para percorrer estas províncias, applicavam-se a limpá-las dos malfeteiros, aos quais podiam aplicar as penas estabelecidas no direito, ainda as capitais. Mas o seu principal encargo era coibir as violências dos mais poderosos, e sobretudo dos *Senhores*, e diminuir a sua jurisdição na medida em que as circunstâncias o permitissem, e com este pretexto conservar ou aumentar a jurisdição real. Robertson, *Historia de Carlos V*, no Prefácio. Muitas destas visitas, para omitir outras mais antigas, determinou El-Rei D. Manuel nos anos de 1499 e 1520; também D. Sebastião ordenou muitas, e deu-lhes um Regimento em 28 de Janeiro de 1570, *apud* Colecção de Francisco Correia. Também ainda hoje se costumam ordenar novas e repentinas alçadas, não para visitar certa província, mas para investigar certos crimes maiores nela cometidos com que se ataca a sociedade civil; foi o caso, em nossos dias, do tumulto do Porto de 1757, e do do Rio de Janeiro há pouco decorrido em 1792, Costa, *Pratic. Proced. in delegationibus criminalibus* vulgo *Alçadas*. Significa, depois, a jurisdição que o juiz possui em condenar ou absolver, sem apelo nem agravo, tanto nas causas crimes como nas civeis, e neste sentido se toma aqui, e na Ord. liv. I, tit. 58, § 56, tit. 62, § 25, tit. 65, § 6, tit. 88, § 47, tiradas do Alvará del-Rei D. Sebastião de 18 de Abril de 1570, *apud* mesmo Francisco Correia. Forém, embora esta jurisdição tivesse sido um tanto ampliada na citada Extravagante de 26 de Junho de 1696, §§ 4, 5 e 6, *apud* Ord. liv. I, tit. 6, Colecção I, N. 1, que usamos, hoje que os frutos são tão caros, tamanhas as riquezas, e a abundância de dinheiro, a soma *apelwel* nela deffinida não pode bastar, devido à sua exiguidade, para eliminar ou ao menos abreviar as demandas. (Actualmente a jurisdição dos juizes, vulgo *Alçada*, acha-se aumentada pelos Alvarás de 13 de Maio de 1813 e 16 de Setembro de 1814, mas ainda não na medida neces-

sária). Nas causas criminaes *criminalmente* intentadas, em que se deve infligir alguma pena por pronúncia do juiz, ou nas civeis *jurisdicionais*, visto que parecem superar toda a avaliação, há que admitir apelação de qualquer soma mesmo mínima, Ord. liv. 3, tit. 70, § 6, vers. *salvo*, e tit. 79, § 6. Nas possessórias, a estimação da posse deve ser feita segundo o preço da coisa, sobre cuja posse se litiga, pela metade do seu valor, na mesma Ord. tit. 70, § 10.

APELAÇÃO DOS OUVIDORES E JUIZES DOS SENHORES

§ X — As apelações interpunham-se dos ouvidores dos *Senhores* directamente para o Senado do Rei; mas as dos juizes inferiores interpunham-se para os mesmos ouvidores, Ord. liv. 2, tit. 45, § 47 (*Instituições, Do direito das pessoas*, Tit. III, § XLIII). Hoje, extinto o nome e direito dos ouvidores, já não se apela dos juizes *ordinários* para os ouvidores, mas immediatamente, como dizem, para o Senado, e deles se apela também naquelas causas de que podem conhecer em primeira instância, Carta de Lei de 19 de Julho de 1790 (Veja-se o Alvará de 7 de Janeiro de 1792). É nula e reprovada pelas nossas leis a doação em que se concedeu ao Donatário o privilégio de poder decidir em última instância sem apelação as causas dos súbditos por si ou seu ouvidor, Ord. liv. 3, tit. 71, § 2, *ibi*: *Porque segundo direito, e geral costume de nossos Regnos, em todas as doações per os Reis feitas sempre fica resguardado ao Rei as appellações, e justiça maior*, Man. 55, Afons. 74, Cabedo, P. II, *Decisio* 40 (§ II supra, Nota, e *Do direito das pessoas*, Tit. III, § XL, Nota).

Acresce que a jurisprudência civil difficilmente padece que não haja apelação dos juizes e magistrados para o próprio Rei ou para o seu supremo tribunal. Por isso é que Mecenas, *apud* Dion Cássio, liv. LII, pág. 487, aconselhava a Augusto que ele próprio conhecesse de quantas apelações lhe fossem levadas dos magistrados maiores, dando

a seguinte razão tirada da política interna: *Com efeito, ninguém deve obter na cidade o sumo e mero império por forma tal que não se possa apelar dele.*

QUEM FODE, OU NÃO, APELAR

§ XI — O remédio da apelação é concedido não só aos litigantes, mas também em geral a todos os que de qualquer modo foram agravados com a sentença do juiz, Ord. liv. 3, tit. 81, no princ., *ibi: poterá appellar não sómente cada hum dos litigantes ... mas ainda qualquer outro, a que o feito possa tocar, e lhe da sentença possa vir algum prejuízo*, Man. 67, Afons. 85; contanto que não hajam renunciado à apelação nem aquiescido à sentença de que se diz originado o agravo, Ord. liv. 3, tit. 69, § 4, tit. 70, no princ., tit. 79, § 2, *ibi: Nem será recebido a appellar o que per alguma maneira consentio na sentença*. Segue-se daqui: 1) que podem apelar todos e cada um dos litisconsortes; porém, a apelação de um aproveita a todos os condenados na mesma sentença, Ord. liv. 3, tit. 80, Man. 64, Afons. 82, leis 1 e 2 do tit. *Si unus ex pluribus adpellaverit* do Código; 2) os procuradores, os quais, no entanto, não podem prosseguir a apelação, que interpuseram, sem novo mandato, Ord. liv. 3, tit. 27. (Tit. III, § XI); 3) os legatários, se for dada sentença contra o herdeiro escrito, Ord. cit., tit. 81, no princ., Man. 67, Afons. 85, lei 14 deste tit.; 4) o fiador, e o vendedor, se for condenado o devedor ou o comprador, na mesma Ord., §§ 1 e 2, lei 5 deste tit.; 5) que se deve denegar apelação ao condenado, que pediu tempo para pagar, Ord. liv. 3, tit. 79, § 2, lei 5 do tit. *De re judicata* do Código; 6) ao que faz transacção sobre a coisa julgada, Ord. liv. 3, tit. 78, § 1, vers. *se dous litigassem*, lei 40, § 1, do tit. *De pactis*; 7) ao confesso, visto que o papel do juiz para com ele é nenhum, salvo em condená-lo, cap. 61, § *Porro*, deste tit. das *Decretais*, e cap. 3, § 5, de igual tit. do Livro 6.º, Scaccia, *De adpellationibus*, Quaest. XVII,

limit. IV, n. 34; 8) ao verdadeiro contumaz que até à sentença não compareceu em juízo nem por si nem por procurador, Ord. liv. 3, tits. 15 e 79, § 3, lei 23, § 3, deste tit., Febo, P. I, *Decisão* 79. Todos estes e semelhantes estão em tal situação que parecem aprovar a sentença.

DEVE-SE APELAR DENTRO DE 10 DIAS

§ XII — Ao modo legítimo de apelar pertence o tempo *fatal*, em que se tem de *interpor* apelação perante o juiz inferior, e *introduzi-la* ou *prosseguí-la* perante o superior. Ora, deve-se *interpor* a apelação dentro de *dez dias* a contar do momento da publicação da sentença, se os litigantes assistirem a ela, ou, no caso de ausentes, do tempo em que puderam saber o que foi pronunciado, Ord. liv. 3, tit. 69, § 4, tit. 70, no princ., tit. 79, § 1, *Novela XXIII*, cap. I, e tem de ser interposta em *audiência* perante o julgador que deu a sentença, tit. 70, § 1, ou de viva voz, devendo, todavia ser reduzida a escrito pelo tabelião, ou por petição escrita apresentada ao mesmo juiz, tendo, neste caso, que ser ratificada na próxima audiência. Pereira, *De Manu Regia*, cap. 21, nn. 12 e 13. O Desembargo do Paço dispensa, por justa causa, contra o lapso de tempo, dado tanto para interpor, como para prosseguir a apelação, § 91 do respectivo Regimento. Também compete restituição contra o mesmo, tanto aos menores, como aos maiores legitimamente impedidos por cláusula geral, Ord. liv. 3, tit. 41, §§ 1 e 4, no fim, e 7.

No direito canónico requer-se especialmente que se faça por escrito a apelação da interlocutória, cap. 1 deste tit. do Livro 6.º, e se exprima a causa do agravo, cap. 59 deste tit. Das *Decretais*, o que não é necessário no nosso direito, visto nele não se achar expressamente determinado. Neste ponto, pois, não há nenhuma diferença entre a apelação da interlocutória, ou da definitiva; ambos, porém, têm de comum o

dever-se provar o agravo feito, tão sómente com os autos da primeira instância, Clementina 5 deste tit., embora a sentença possa ser reformada com novas provas (§ XIX deste título).

EM QUE TEMPO SE DEVE INTRODUIZIR E PROSSEGUIR A APELAÇÃO

§ XIII — A apelação deve ser *introduzida* perante o juiz superior dentro do termo fixado pelo juiz inferior, desde que não exceda um mês, Ord. liv. 3, tit. 69, §§ 5 e 6, e tit. 70, § 5, *ibi*: *assinando-lhe logo termo de trinta dias*, Man. 54, § 5, Afons. 73, § 7, cap. 4 do tit. *De adpellationibus* das Decretais. Pelo direito romano, o termo para a introduzir era de três meses na mesma província, e seis meses ou um ano, se se apelasse para o auditório do Príncipe, leis 2 e últ., no princ., e § 2, do tit. *De temporibus et reparationibus appellationum* do Código. Para *prosseguir* a apelação dão-se no nosso direito seis meses, a contar da sua recepção; decorrido este prazo, a apelação considera-se *deserta* a pedido do apelado, a não ser que o apelante demonstre que teve legítimo impedimento, devendo, por isso, ser necessariamente requerido antes da sentença de *deserção*, Ord. cit., § 3. No direito civil, o termo para seguir a apelação é de um ano, e, com a justa causa, de dois, segundo a dita lei últ., § 4, do tit. *De temporibus et reparationibus adpellationum* do Código.

A dilação, concedida pelo juiz inferior para se apresentar a apelação perante o juiz superior, chamamos nós em português *atempar*, e aos dias *fatais*, dentro dos quais se deve exhibir, perante o mesmo, o instrumento de apelação *dias de apparecer*. Decorridos que sejam os seis meses para prosseguir a apelação, esta é julgada deserta, ou pelo juiz inferior, se ainda não foi fixado o termo para a prosseguir, ou pelo superior, se esse termo foi fixado, Ord. liv. 3, tit. 70, § 3, Cabedo, P. I, *Decisão 42*, e *Aresto 42*. Além disso, esperam-se outros três dias chamados *de Corte*, Ord. liv. 3, tit. 68, § 3, *ibi*: *e passados os tres dias*

de Corte além do termo. Mas aqui por *Corte* entende-se o lugar onde está o Rei, a Casa da Suplicação, ou o Senado do Porto, Ord. cit., § 7, Cabedo, *Decisão 40*, n. 10.

A APELAÇÃO LEGITIMAMENTE INTERPOSTA DEVE SER RECEBIDA

§ XIV — O juiz deve receber a apelação legitimamente interposta, Ord. liv. 3, tit. 70, § 2, *ibi*: *E tantoque a parte appellar, e lhe for recebida a appellação*. Se esta não for admitida, ou se for rejeitada, compete ao agravado o remédio da suplicação, quer seja interposto da interlocutória, Ord. liv. 3, tits. 69 e 74, quer da definitiva, tit. 70, §§ 7 e 8, e liv. 1, tit. 58, § 27. Ao superior pertence julgar sobre a recepção da apelação, leis 5 e 6 do tit. *De adpellationibus recipiendis*.

DAS CARTAS DIMISSORIAS

§ XV — No foro civil não usamos as cartas *dimissórias*, chamadas *apostolos*, em que o juiz inferior testifica a interposição da apelação perante si, e remete a causa para o juiz superior, lei única do tit. *De libellis dimissoriis* do Digesto. O mesmo atestam Huber, na *Praelectio* a este tit., e Groenewegen, à lei 5 do tit. *De adpellationibus* do Código, quanto à Alemanha, França, e Holanda. Iguualmente, não usamos o libelo apelatório, bastando que de qualquer modo, e de viva voz ou por escrito, se interponha a apelação, que o juiz inferior, sem rescrever para o superior, deve receber, e fixar tempo para o apelante a prosseguir; o mais pertence aos litigantes.

§ XVI — Usamos, porém, a *carta testemunhável* pela qual entendemos o atestado escrito pelo tabelião ou escrivão certificando que a apelação foi interposta na sua presença, por isso que o juiz ou não a recebeu, ou não deu cópia dela. Este certificado tem quase os mesmos efeitos que a apelação, pois, uma vez apresentado ao juiz inferior, ata-lhe as mãos, e submete a causa ao conhecimento do juiz superior, Ord. liv. 3, tit. 69, §§ 7, 74, § 5, 78, no fim do princípio, e § 5. Os ditos oficiais são obrigados a passá-la, mediante aquela ordem e sob aquelas penas que declara a Ord. liv. 1, tit. 80, §§ 9 e 11. Também se pode apelar perante outro juiz, contanto que depois a apelação seja ratificada perante o juiz que deu a sentença, no prazo fixado pelo primeiro, Ord. liv. 3, tit. 70, § 1. Da apelação perante *homens bons e honrados*, de que fala o direito canónico no cap. últ. do tit. *De adpellationibus* das Decretais, e o civil na últ. lei do tit. *De his qui per metum iudicis non adbellarunt* do Código, não fazem as nossas leis menção nenhuma; apesar disso, conserva-a o uso não de todo reprovável, mormente se não se puder obter cópia do juiz, ou este ameaça com a cadeia. Agostinho Barbosa, Collect. ao cit. cap., Scaccia, *De adpellation.*, Quaest. VI.

As *cartas testemunháveis* diferem da verdadeira apelação em não serem feitas perante o juiz, mas perante pessoas particulares, não sendo, por isso, actos verdadeiramente judiciais, mas protestações para evitar os *fatalis*, as quais abrem caminho para, dada a faculdade, se interpor apelação perante o superior. Diferem das cartas especialmente chamadas *instrumentos de agravo*, porque estes dizem respeito às suplicações (*agravos*) denegadas, e as testemunháveis às apelações. Porém, estes instrumentos distinguem-se das suplicações, como as cartas testemunháveis das apelações (§ XXVI, Nota).

§ XVII — Entre os vários efeitos da apelação o principal é o *devolutivo*, que entra na sua própria essência, e é quase sempre acompanhado do *suspensivo*, salvo se este for especialmente excluído, o que acontece ou pela natureza da causa que não padece demora, ou por privilégio. Estão neste caso os feitos dos *residuos*, Ord. liv. 1, tit. 62, § 25, e liv. 3, tit. 73, § 1; as causas *possessórias*, sobretudo se se agir pelo interdito *Vnde vi*, Ord. liv. 3, tit. 48, § 3 (O autor não parece estar bem de acordo consigo próprio. Veja-se o Tit. VI, § XXXI, deste livro), as quais são intentadas pela dita acção de *dez dias*, Ord. liv. 3, tit. 25, § 1, e tit. 73, § 1; ou aquelas em que se trata do depósito, Ord. liv. 4, tit. 49, § últ., ou da execução da coisa julgada, Ord. liv. 3, tit. 86, § 3. Os Doutores exceptuam outras causas, que seria longo enumerar. Veja-se, querendo, Barbosa, à Ord. liv. 3, tit. 70, Mendes, *in Praxis*, liv. III, cap. XIX. Mas eu só admito aquelas excepções à regra que são aprovadas pelo nosso direito; na verdade, entre nós a causa da apelação não se deve dizer digna de favor, contra o que vulgarmente se costuma afirmar, visto que para impugnar as sentenças usamos aqueloutro remédio que chamamos suplicação. O direito romano desconhece a apelação sem efeito *suspensivo*.

PENDENDO A APELAÇÃO NADA SE PODE INOVAR

§ XVIII — Ora, porque, uma vez interposta apelação tanto da interlocutória como da definitiva, fica suspensa a jurisdição do julgador (§ XVII), segue-se que, enquanto ela pender, nada se pode inovar, Ord. liv. 3, tit. 73, no princ., Man. 58, Afons. 76, tirada da lei única do tit. *Nihil innovari appellatione interposita* do Digesto. Por isso, qualquer inovação feita após a interposição da apelação, ainda que esta não seja recebida

pelo juiz, é um *atentado*, que o juiz superior deve revogar, cap. 56 do tit. *De adpellationibus* das Decretais. Porém, não se diz que inova ou comete atentado aquele que, pendendo a apelação, submete a sequestro a coisa litigiosa para evitar a sua dissipação, ou aquele que, a pedido do apelado, faz inventariar os frutos entretanto colhidos, Ord. cit., §§ 2 e 3, Valasco, *Cons.* 156, n. 9.

Pelo direito canónico o juiz inferior pode proceder na apelação da interlocutória, enquanto o juiz superior não decretar a inibição, cap. 7 do tit. *De adpellationibus* das Decretais do Livro 6º, Ziegler, nos Comentários a Lancelot, liv. III, tit. XVIII, § XVII.

DEVOLVIDA A CAUSA AO SUPERIOR. QUAL É O PAPEL DESTA E DOS LITIGANTES

§ XIX — A força do efeito *devolutivo* consiste não só em devolver para o superior o conhecimento da causa, mas também em os litigantes poderem propor e deduzir mais claramente o seu direito na instância da apelação. Segue-se daí: 1) que o apelante deve citar o seu adversário, e não o procurador, salvo se este estiver habilitado com mandato suficiente, visto que parece nova causa, Ord. liv. 3, tit. 70, § 4; 2) que actualmente o próprio original deve ser enviado para o juiz superior, Extravagante de 18 de Agosto de 1747, Deliberação do Senado de Lisboa de 22 de Maio de 1783, na novíssima Colecção, N. CCLXXXV, ao passo que antigamente bastava enviar o traslado da apelação, segundo a Ord. cit., § 2; 3) que a causa seja levada ao mesmo estado em que se encontrava ao tempo da litis-contestação, e que, por isso, o juiz admita todas as excepções que então tinham lugar, lei 13, do tit. *De procuratoribus* do Código; 4) que possam alegar e provar razões não alegadas nem provadas no primeiro juízo, Ord. liv. 3, tit. 20, §§ 28 e 29, e tit. 83, no princ., Man. 66, Afons. 84, lei 4 do tit.

De temporibus et reparationibus adpellationum do Código; e, assim, formar novas excepções e artigos não de todo estranhos à primeira acção; produzir novos instrumentos e testemunhas sobre os artigos novos, pois não se admite prova testemunhal na segunda instância, por receio de suborno e corrupção, sobre os artigos anteriores, que chamam de *matéria velha* e sobre os quais já foram produzidas testemunhas na primeira instância, Ord. cit., tit. 83, § 2, Novela 90, cap. 4, cap. 17 do tit. *De testibus* das Decretais, Febo, P. II, *Aresto* XCII, Reinoso, *Observat.* XXXIX, desde o n. 22, Mendes, P. II, cap. XIX; 5) que, como não deve dar-se sentença contra um morto, se, pendente a apelação, um dos litigantes morrer, devem ser citados os seus herdeiros, e declarados hábeis, por sentença do juiz para prosseguir a acção, Ord. liv. 3, tit. 27, § 2, e tit. 82, no princ., Man. 65, Afons. 83, lei única do tit. *Si pendente adpellatione mors intervenierit*; 6) que, embora condenado o apelante, por isso que nenhum agravo lhe foi feito pelo juiz inferior, se o seu adversário foi agravado com a sentença, o juiz superior pode provê-lo, mesmo que nenhuma apelação seja interposta perante ele, Ord. liv. 3, tit. 72, Man. 57, Afons. 75, Caldas, *De emptione*, cap. XIX, nn. 47 e 48. Isto não se passa assim no remédio da supplicação, visto que é de estrito direito e não admite interpretação lata; 7) que, produzidas as provas pelas duas partes e por fim devidamente examinada a causa, o juiz superior pode confirmar a sentença do inferior, ou reformá-la no todo ou em parte, se realmente contiver vários e diversos capítulos, Cujácio, *Observationes*, liv. XXIII, cap. I; 8) que, confirmada a sentença, os autos voltem ao juiz inferior, para ele a executar, pois recupera a sua jurisdição, a qual, pendendo a apelação, estava de certo modo adormecida, Ord. liv. 3, tit. 68, no princ., e § 1, Cujácio, *Observationes*, liv. XX, cap. XXXVI, Perez, ao tit. *De adpellationibus* do Código, n. 39. Não obstante, se o apelante e o apelado concordarem, também o juiz superior pode executar a sentença reformada do inferior, isto é, a sua,

e com o acordo apenas do apelado a sentença alheia, isto é, a do juiz *a quo*, que ele próprio confirmou e fez sua, Ord. cit. Porém, o vencido deve ser condenado nas custas de ambas as instâncias pelo juiz superior, Ord. liv. 3, tit. 68, § 1, Huber, *Praelect.* a este tit., n. 9, no fim; mas já não é assim, se a causa lhe for devolvida por suplicação, porque neste caso o vencido apenas costuma ser condenado nas custas pelo inferior.

QUERELA DE NULIDADE

§ XX — São revogadas sem apelação as sentenças nulas *ipso jure*, como as referidas sumariamente na Ord. liv. 3, tit. 75, Man. 60, Afons. 78, tirada do tit. *Quae sententiae sine adpellatione rescindantur* do Digesto, e do tit. *Quando provocare non est necesse* do Código. E são revogadas por querela de nulidade intentada dentro de trinta anos perante o juiz superior ou inferior, e nisto especialmente difere esta querela da apelação que deve ser interposta dentro de dez dias e perante o juiz superior. Mas, se se conjugar a *nulidade* com a apelação, esta como *accessória* daquela, deve ser interposta dentro do mesmo tempo e perante o mesmo juiz. Além disso, há uma *nulidade* que se diz *insanável*, se se omitiu algo pertencente à substância do negócio, e outra *sanável*, a que principalmente se avalia por defeito de solenidades. As nossas leis não fazem menção expressa desta divisão; no entanto, está implicitamente contida na Ord. liv. 3, tit. 63, onde se manda que os juízes julguem olhando apenas à verdade do feito (Tit. VII, § XXI, Nota).

DAS APELAÇÕES NO FORO ECLESIASTICO

§ XXI — No foro eclesiástico apela-se do Bispo ou seu Vigário-Geral para o Arcebispo, ou, como dizem, *omisso medio*, expressamente para o Sumo Pontífice, ou para a Santa Sé Apos-

tólica, ou seu Núncio. Porém, na *interposição, introdução, e seguimento* destas apelações, há muitas singularidades, pedidas em parte ao direito canónico e *cartas de comissão*, e em parte ao estilo da Cúria Apostólica e do Núncio Apostólico, as quais me abstenho de referir, por serem alheias ao meu propósito.

Das apelações interpostas dos Bispos enquanto Senhores ou Donatários das terras, ou de seus juízes ou Ouvidores, conhece o Senado do Rei, Ord. liv. 3, tit. 71, Carta de Lei de 19 de Julho de 1790 (§ X). Mas, se o Bispo, quando segue o foro civil e usa da jurisdição externa, isto é, da jurisdição régia para com os clérigos ou os leigos, a usa em nome del-Rei e a exerce como seu Donatário, parece lógico que nas causas temporais as apelações vindas dele ou do seu Vigário devem ser interpostas tão-sómente para o Senado do Rei; é, por isso, que no foro dos Bispos apenas respeitam aos superiores eclesiásticos as apelações concernentes às causas meramente eclesiásticas e espirituais, que devem ser inteiramente tratadas no foro eclesiástico, quer os litigantes sejam leigos ou clérigos. Porém, actualmente e já de há muito usamos outro direito. Mendes, no *De jurisdictione ecclesiastica*, liv. II, caps. I e segs., e Pegas, no tratado *De competentis*, P. II, cap. LXXIV, explicam, segundo o seu costume, a praxe eclesiástica tanto na primeira como na segunda instâncias, e na Cúria do Núncio Apostólico (Tit. VII, §§ XXXIII e XXXIV). A história especial das apelações para o Sumo Pontífice expressamente, ou para a Santa Sé, deve buscar-se em Dupin, *De disciplina ecclesiastica*, Dissert. II, Espen, *Jus Ecclesiae*, P. III, tit. X, cap. I, §§ I e segs., Riegger, *Jurisprudentia Ecclesiastica*, P. II, §§ MCCXI e segs., Fleury, in *Discurs. Histor.*, IV, § V.

O QUE É A SUPLIÇÃO

§ XXII — Seguem-se as *suplições*, segunda parte da rubrica. Por este nome nós aqui entendemos sempre o apelo chamado em português *agravo*, para o diferencarmos da apelação. A suplicação é legitimamente interposta de certos juízes inferiores, dos quais não é lícito apelar, para os superiores, em

razão do agravo feito no julgamento ou ordenação da causa principal.

Como pelo direito romano havia certos juízes, como o Prefeito do Pretório, dos quais não era permitido apelar, lei 1 do tit. *De officio Praefecti praetorio*, mas apenas suplicar dentro de dois anos, lei única do tit. *De sententiis Praefectorum Praetorio*, e como pelo mesmo direito havia sido excogitada a apelação da interlocutória, que o direito canónico, isto é, das Decretais concedeu, as nossas leis pátrias, introduzindo o remédio da suplicação (agravo), tentaram como que reduzir a concórdia amiga aqueles direitos estrangeiros, que então, como ainda agora, são por quase todos tidos em grande apreço e respeito. Por isso, denegaram apelação do Senado das causas cíveis, e do Senado do Porto que lhe sucedeu, dos Corregedores da Corte, e outros magistrados maiores, como houvera sido denegada pelo direito romano; concederam, porém, a suplicação, como a concedida pelo mesmo direito, não seguramente a mesma que esse direito reconhece, mas semelhante; realmente, o facto de se tratar duma suplicação bastava para ser devidamente respeitada. Também denegaram a apelação da interlocutória, que o direito romano desconhece, e o canónico aprova; e, semelhantemente, conceberam a suplicação, para, por assim dizer, com a sua invenção ficarem no meio, nem totalmente afastados, nem completamente apegados ao direito civil e canónico. Foi, pois, inventada a suplicação ordinária (*agravo ordinário*), que se interpõe da definitiva dada pelos juizes maiores; a suplicação por petição, ou instrumento (*agravo de petição, ou instrumento*), que se interpõe das interlocutórias de todos os juizes; e, finalmente, a suplicação chamada *agravo no auto do processo*, que se interpõe dos mandatos e interlocuções respeitantes à ordem do processo; todas e cada uma destas coisas ver-se-ão mais claramente do que a seguir se dirá. É devido a estas suplicações que o supremo tribunal de justiça se chama *Casa da Suplicação*, a qual, embora seja mais recente que a *Casa das Causas Cíveis*, é-lhe, todavia, muito superior em autoridade. A princípio estas suplicações faziam-se sem ordem certa perante quaisquer superiores, como os Corregedores das Comarcas, os Regedores e Donatários, dos respectivos juizes, e, no fim, perante o Rei. Depois, estabeleceu-se certa ordem, e no próprio Senado do civil foram criados dois juizes, que conheciam das suplicações interpostas dos seus Senadores, isto é, *Sobrejuizes*; e, por último, foi instituída a Casa da Suplicação, supremo tribunal de justiça da Corte. Veja-se, que-

rendo, a lei de D. Pedro I de 7 de Fevereiro de 1397 da Era, referida na Ord Afons. liv. 3, tit. 109, § 1, Gama, *Decisio* 1, Cabedo, P. I, *Decisio* II, n. 23.

SUPLIÇÃO ORDINARIA

§ XXIII — Os juizes, de quem não se pode apelar, vêm referidos na Ord. liv. 1, tit. 6, no princípio. Por isso, compete *agravo ordinário* das suas sentenças *definitivas* ou *quase*, Ord. liv. 3, tit. 20, § 28, *ibi*: *agravo da definitiva*, o qual, como mal difere da apelação, deve ser interposto perante o juiz inferior dentro de *dez dias*, introduzido perante o juiz superior dentro de *sessenta dias*, e prosseguido dentro dum *semestre*, Ord. liv. 3, tit. 84, Man. 77, Afons. 109; e nele, em fim, tem lugar tudo o que dissemos das apelações, com as ressalvas especialmente anotadas.

Não obstante, têm entre si muitas diferenças, sendo a principal a seguinte: a apelação, enquanto estiver pendente do juiz superior, suspende a execução da sentença, Ord. liv. 3, tit. 69, § 6, e tit. 73, no princ., ao passo que a suplicação (agravo) só durante seis meses, Ord. tit. 84, § últ. (e tit. 73, § 1, ou durante dois anos no Brasil, Alvará de 5 de Dezembro de 1801). Mendes, P. I, liv. III, cap. XIX, França, nas Adições a Mendes, etc., ensinam outras diferenças, as quais, na verdade, não partem doutra origem senão que a suplicação é de estrito direito, devendo, por isso, ser interpretada estritamente, enquanto a apelação não é assim. Ora, a suplicação (agravo) ordinária entende-se dada pelas seguintes palavras: *para appellar, ou agravar, qual no caso couber*, de que muitas vezes usa a Ordenação, mormente no liv. 3, tit. 20, §§ 6, 17 e 36, e tit. 25, § 1, como que dizendo que, conforme a qualidade do juiz, assim deve ser concedida a apelação, se é permitido apelar dele, e, o agravo, caso não seja permitido apelar. E, portanto, inepta a fórmula usada no foro e indevidamente tirada da Ord. citada: *Appello, ou agravo, qual no caso couber*, visto que os advogados devem saber os casos em que há lugar à apelação ou ao agravo, e aquelas palavras não demonstram outra coisa senão a sua ignorância, Leitão, *De gravaminibus*, Quaest. VI, n. 4.

§ XXIV — Não é fácil definir quando tem lugar e em que diferem o agravo por petição e o agravo por instrumento, mencionados na Ord. liv. 3, tit. 20, § 46, *ibi: aggravar per petição, ou per instrumento, e passim*. Basta anotar, nesta matéria, que ambos os agravos se interpõem das meras interlocutórias, mas diferem muito especialmente em que se agrava por petição, quando o superior está no mesmo lugar, ou dentro de cinco léguas daquele onde se administra a justiça, e por instrumento, quando está mais longe, Ord. liv. 1, tit. 7, § 16, tit. 9, no princ., tit. 58, § 25, *ibi: poderá conhecer dos ditos agravos, mandando levar os feitos perante si, pelas petições, que lhes as partes fizerem*. Constitui, porém, um caso especial o agravo por petição assinado pelo Regedor da Justiça, contra os Corregedores da Corte ou outros juizes da cidade de Lisboa, suspender a jurisdição destes magistrados, antes de os autos serem transmitidos, Cabedo, P. I, *Decisio* 59, n. 2. O agravo por instrumento nunca suspende, visto que se não transmitem os próprios autos, mas apenas o seu traslado, Ord. cit., tit. 58, § 25, vers. *E sendo*. Têm, porém, de comum o serem ambos os agravos interpostos dentro de dez dias, Ord. liv. 3, tit. 74, § 5, o serem apresentados perante o superior dentro de trinta dias, Ord. cit.; o ter de se designar o superior, para quem se agrava, na mesma Ord., § 1, e liv. 1, tit. 6, § 5, e 58, § 25; o avaliar-se, primeiro, o feito, a fim de se poder ver se excede a sua jurisdição (*alçada*), Ord. liv. 1, tit. 58, §§ 25 e 56, tit. 62, § 34, tit. 65, §§ 6 e 7, e liv. 3, tit. 20, §§ 9 e 31. Leitão enumera, no tratado I do *De gravaminibus*, Quaestio VI, n. 150, quase todos os casos em que têm lugar os agravos por petição, ou instrumento.

Se quisermos falar *ex arte* (segundo as regras da arte), temos de distinguir estes vocábulos: *agravo de instrumento, instrumento de agravo, carta testemunhável*. Diz-se *agravo por instrumento* para distinguir do *agravo por petição. Instrumento de agravo*, quando o juiz,

do qual não se pode apelar, se occulta e recusa o instrumento, o qual, por isso, é pedido ao notário; porém, se for pedido ao mesmo notário pelo facto de a apelação não haver sido recebida, toma o nome especial de *carta testemunhável*; estas diferenças, é licito prová-las ou pelo menos conjecturá-las como oriundas da qualidade dos juizes, com base na Ord. liv. 3, tit. 69, § 7, *ibi: E quando a appellação da sentença interlocutoria... não for recebida por o Juiz, que a deu, a parte, contra quem foi dada, tomará instrumento de agravo, ou Carta testemunhavel, segundo for o Juiz, de que se agrava* (§ XVI deste Tit.). Doutro modo, Leitão, cit. Quaest. VI, desde o n. 121.

E DA SUPPLICAÇÃO NO AUTO DO PROCESSO

§ XXV — O agravo especialmente chamado *no auto do processo* interpõe-se de todas as interlocutórias que ordenam o processo. Mas só se admite daquelas interlocutórias, em que se prejudica o negócio principal, ou que têm dano reparável só na ordenação do processo, porque daquelas que põem termo à causa, ou contêm dano irreparável, ou qualquer outra coisa que não pertence à ordem do processo, concede-se apelação, ou, conforme a qualidade do juiz, agravo ordinário, ou por petição, ou instrumento. Mas, porque este agravo tem mais a razão duma protestação que a de verdadeiro agravo, segue-se que pode ser escrito nos autos pelo escrivão ou pelo advogado, sem que seja necessário insinuá-lo ao juiz, visto que nem o seu conhecimento é logo levado ao juiz superior, mas só quando a causa for devolvida por apelação ou agravo, Ord. liv. 3, tit. 20, § 38, *ibi: Porém, se se aggravar no acto do processo, na mór alçada poderá ser provido*.

As *interlocutórias*, das quais só se agrava *no processo*, são enumeradas por Leitão, *De gravaminibus*, Quaest. V, desde o n. 41, onde também vêm as excepções, em que se admite agravo por petição ou instrumento (1) das interlocuções embora respeitantes à ordem do pro-

(1) No original, *gravamen* (agravo), o que é lapsos (N. do T.).

cesso; uma e a principal delas é a que se interpõe de *não ser observada a Ordenação (Ordenação não guardada)*, Ord. liv. 1, tit. 5, § 6, e liv. 3, tit. 20, § 46. E isto chega e sobra ao nosso propósito, numa matéria tão complicada, que nenhuma ou insuficiente explicação admite. Seria de desejar se simplificasse a ordem judiciária, tanto na primeira como na segunda instâncias, suprimindo enfim um dia tantas futilidades e solenidades que nada valem.

OU QUE É A REVISTA E QUANTAS AS SUAS ESPECIES

§ XXVI — Seguem-se as *revistas* das sentenças, terceira e última parte da rubrica. Ora, a revista é *um remédio extraordinário do direito, em que se pede ao Príncipe o novo exame e revisão da causa, pelo facto de o julgado laborar em vício de nulidade ou manifesta injustiça*. Há uma revista chamada *de justiça*, e outra de *graça especial*, ou *especialíssima*. É assaz sabido em que é que ela difere do remédio da apelação ou agravo.

Na verdade, a apelação e o agravo são remédios jurídicos ordinários, que estão patentes a todos; impedem, por isso, a execução da sentença, pendendo a apelação e o agravo durante seis meses; o apelante, interpondo a apelação, não presta caução alguma, e o agravante presta-a, mas assaz módica. Depois, na instância da apelação e do agravo, admitem-se novas provas e alegações, ao passo que na causa extraordinária de revista, não. Por outro lado, o agravo, que o direito romano reconhece, diverge do nosso agravo e da revista, pois pode ser apresentado dentro dum biénio, e, quando oferecido dentro de dez dias, só impede a execução no caso de o vencedor haver prestado a caução de restituir outro tanto do valor da condenação, se a sentença for anulada por legítima revogação, ao passo que o nosso agravo ordinário sómente pode ser apresentado dentro de dez dias, e impede a execução durante um semestre sem caução alguma. Também difere da nossa revista, quer porque esta deve ser requerida dentro de dois meses, quer porque nunca retarda a execução, quer porque é pedida mesmo àqueles magistrados de quem não se pode apelar, o que era diferente no direito civil, Auténtica *Quae supplicatio* do tit. *De precibus Impe-*

ratori offerendis do Código, e lei única do tit. *De sententiis Praefectorum Praetorio* do Código. Ora, estas revistas das sentenças já eram conhecidas desde o começo do nosso Reino, e o Rei concedia-as sob pena de se pagarem dez ou cinco *morabuntos*, contorne a qualidade dos litigantes, no caso de a sentença em revisão ser confirmada, como se vê da lei de D. Afonso II inserta no Código Afonsino, liv. 3, tit. 108, § 1. D. Dinis por leis datadas do ano 1340 da Era aumentou a multa para quinhentos soldos, estabelecendo, sobre isso, que se concedesse a revista apenas com fundamento de nulidade, salvo se ele próprio a concedesse por especial e justa causa, visto primeiro o processo. E esta lei dionisiana deve ser considerada como o fundo da Ordenação, liv. 3, tit. 95, Man. 78, Afons. 108, Regimento do Paço, §§ 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38, Extravagante de 2 de Novembro de 1564, §§ 13 a 21, *apud* Leão, p. 1, tit. 4, lei 1, e Lei de 3 de Novembro de 1768, nas quais se contém tudo quanto há em matéria de revista.

HOJE APENAS HÁ A REVISTA DE GRAÇA ESPECIAL OU ESPECIALÍSSIMA

§ XXVII — Actualmente não há revista nenhuma chamada *de justiça*, nem, realmente, com este nome expresso a mencionam as leis antigas e novas que acima citámos. Portanto, todas as revistas são *de graça especial* perdida no Desembargo do Paço por causa de nulidade ou injustiça notória; ou *de graça especialíssima*, rogada directamente ao Rei nas causas de revisão proibida, ou se decorreu o tempo para a suplicar. Lei de 3 de Novembro de 1768.

Chamavam *revista de justiça*, a que tinha por fundamento não qualquer nulidade da sentença, mas apenas a proveniente de falsas provas ou de juizes corrompidos por dinheiro. *De graça especial*, a que se roga por qualquer nulidade ou injustiça, ou então pelo facto de ser realmente suspeito o juiz, que, todavia, não podia ser recusado por direito, como no caso da Ord. liv. 3, tit. 21, §§ 5 e semelhantes. *De graça especialíssima*, a que se concede sómente nas causas de exame e revisão proibida, como, por exemplo, devido à sua qualidade ou à qualidade do juízo, ou então por haver expirado o prazo para suplicar

a revista. Deferiam entre si, porque a revista de justiça costumava ser concedida somente por motivo das duas ditas causas de nulidade e sem informação alguma dos Desembargadores do Paço, e nela se admitiam novas provas e alegações, o que não era inteiramente assim na revista de graça. Veja-se, querendo, Valasco, *Consult.* 51, Pereira, *De revisionibus*, cap. VII.

E O QUE GENERICAMENTE CUMPRE OBSERVAR AQUI

§ XXVIII — Porque a revista é um remédio extraordinário (§ XXVI), segue-se que não deve ser pedida, enquanto houver remédio ordinário, não sendo, por isso, de a conceder para a sentença, de que se pode apelar ou agravar. E, porque tem de ser requerida ao Príncipe (§ XXVI), somente pode ser concedida por ele, ou no Tribunal a quem foi dada tal faculdade. Deve, porém, ser pedida em prazo certo, isto é, dentro de dois meses contados da última sentença definitiva nas causas cíveis movidas sobre propriedade, desde que contenha *soma apelável*, e não seja inteiramente conforme às duas primeiras proferidas sobre o mesmo negócio; por este motivo, a revista é denegada nas causas criminais possessórias e mínimas, que não excedem a jurisdição do juiz, e das interlocuções e recusas, e, finalmente, de três sentenças conformes, Ord. liv. 3, tit. 95, §§ 3, 8, 10, 11 e 12, Regimento do Paço, §§ 32, 33, 34 e 35, Valasco cit., Pereira, caps. 14, 16, 17, 18, 22 e 23. E, porque não deve ser concedida ao acaso, mas apenas por causa de nulidade ou manifesta injustiça (§ XXVI), segue-se: 1) que sobre a sua concessão serão ouvidos, mediante prévio conhecimento dos outros, dois Desembargadores do Paço e outros tantos da Casa da Suplicação, Ord. cit., § 1; 2) que, uma vez denegada, já não pode ser concedida, § 9, Lei de 3 de Novembro de 1768, § 4; 3) que, se for concedida, logo o suplicante deve depositar certa quantia perante o Recebedor da Chancelaria, Ord. cit., § 2; 4) que, depois de pedidos os autos na audiência, Ord. § 14,

se receba o libelo de petição de revista, só quando assinado pelo Procurador ordinário da Relação, cuja fé já se acha provada, § 13; e, finalmente, que a nulidade ou manifesta injustiça, e não o livre arbítrio ou a mera e simples injustiça, seja o único fundamento para a concessão da revista. Agora, quais sejam as sentenças nulas, consta bastantemente da Ord. liv. 3, tit. 75, no princ., e tit. 87, § 1; e quais as *manifestamente injustas*, não o declaram as Ordenações mencionadas. Eu, porém, diria *notoriamente injusta* aquela sentença que se opõe, não à opinião comum dos Doutores, ou extrinsecamente a qualquer autoridade, Ord. cit., tit. 95, § 8, *ibi*: e posto que alleguem que tem algumas tenções em seu favor, mas a que contraria a razão do direito natural e civil, ou a equidade reconhecida pelo direito, a qual é por igual válida em todas as nações. A praxe e as fórmulas usadas na petição, negação ou concessão da revista são exibidas por Caminha, *De libellis*, Adnot. LVI, Pereira, *De revisionibus*, caps. LXV e segs., Mendes, Liv. III, cap. XX.

Todas estas coisas se devem entender da chamada revista de *graça especial*, pois a que se diz de *graça especialíssima* é directamente pedida ao Rei, não se acha circunscrita por limites nenhuns; no entanto, só por grande causa costuma ser concedida, depois de visto o processo e cumpridas outras formalidades do costume. Mas esta revista *especialíssima* vê-se hoje restringida apenas a dois casos, quais são a extinção do prazo em quaisquer causas, e nas criminais a denegação da licença para a sua revisão, ou a proibição da faculdade de dispensar, segundo a citada Lei de 3 de Novembro de 1768, § 4, *ibi*: *E que debaixo da outra denominação de Revista de graça especialíssima se não possam entender, e julgar comprehendidos, senão os dous casos, ou de ser a Revista reprovada por Direito, como succede nas causas criminaes, ou de ser passado o tempo estabelecido pela ley para a revisão das causas civeis.* Cabedo, P. II, *Arest.* XLII, e Pereira, *De revisionibus*, cap. XVII, referem muitos exemplos de revista nas causas criminaes, e dispensas. Também se acham muitos exemplos sobre a admissão de revistas, ainda que decorridos os *fatalis*. Porém, a dispensa *especialíssima* para que se possam produzir novas provas

e instrumentos na como que instância de revista, fãcilmente costumava ser concedida pelo Príncipe, Pereira, cit. cap. LXXXIII, n. 21; hoje também, pela dita Lei, § 6, é expressamente proibida e declarada como ob-reptícia e sub-reptícia. Mas que a revista, porque é um privilégio, e a dispensa das leis gerais só devem ser concedidas pelo Rei, ninguém duvida, e assim está expressamente acautelado na Ord. liv. 3, tit. 95, no princ., *ibi*: *A qual revista mandamos que se não faça em nenhum dos ditos casos sem nosso special mandado*. Eis por que a não podem conceder os Condes, Marqueses, Duques, Infantes, Príncipes, e também a própria Rainha Donatária, Ord. liv. 2, tit. 45. § 37 (*Instituições, Do direito das pessoas, Tit. III, § LV*); e até nem o próprio Rei enquanto Donatário de si mesmo, isto é, da Coroa, e na qualidade de Grão-Mestre das Ordens Militares. Por isso, a faculdade de conceder a revista cada vez menos compete à Mesa da Consciência e Ordens. De facto, a terceira Instância, criada por El-Rei D. Sebastião em carta de 10 de Novembro de 1561, *apud* Carvalho, *Enucleat. Ord. Milit.*, tomo I, pág. 760, e confirmada *ex abundantí* por Pio IV na Bula *Trium Instantiarum* de 1563, *apud* mesmo Carvalho, pág. 38, n. 86 (*Instituições, Do direito das pessoas, Tit. III, § XLVIII, Nota*), não é uma verdadeira revista, embora apresente esse aspecto. Sendo assim, não há ninguém que não veja que o direito de revista de modo nenhum compete aos Prelados eclesiásticos, por mais alta que seja a sua dignidade, conforme claramente foi estabelecido por El-Rei D. Sebastião a respeito do Arcebispo de Braga, o mais eminente de todos, em suas Cartas Régias datadas de 1566 e 1567, *apud* Cabedo, P II, *Decisio 67*, Pereira, *De revisionibus*, cap. XIV, n. 21 (*Inst.*, cit. § XL).

EM QUE DIFERE DO RECURSO PARA O PRÍNCIPE

§ XXIX — Finalmente, devemos distinguir a revista da suplicação ou recurso para o Príncipe, que chamamos *agravo para a Coroa*. Na verdade, a revista é um remédio extraordinário de direito, e o recurso um remédio ordinário, que ata as mãos do juiz e lhe suspende a jurisdição, consoante a sua natureza o admite; e assim expressamente se determina na carta de Marco António de Azevedo Coutinho de 14 de Junho de 1744,

apud Ord. liv. 1, tit. 9, Coleção II, N. 14, para o Nuncio Apostólico, em cujo § 1 se lê: *e quando para elle se interposerem recursos, se há de suspender no procedimento das causas, e se hão de remetter os autos*; Extravagante de 18 de Agosto de 1747, Deliberação do Senado de Lisboa de 22 de Maio de 1783, *apud* sua Coleção, N. CCLXXXV. Nas revistas não é assim, visto que nunca suspendem a execução da coisa julgada. Depois, a revista só se admite de juizes seculares e não de todos, e tem de ser pedida dentro de dois meses; o recurso apenas de juizes eclesiásticos, e, interposto em qualquer tempo quer das interlocutórias quer das definitivas, tem efeito devolutivo e suspensivo (*Instituições de Direito Público, Tit. V, § LVIII*). Por isso, das sentenças dadas em juízo eclesiástico não compete a revista, que chamamos *de graça especial*, mas *especialissima*; compete, porém, o recurso ordinário para o Tribunal da Coroa. Do extraordinário que se oferece imediatamente ao Rei e é patente a todos, ninguém duvida.

E mais que certo, certíssimo, que o recurso por sua natureza só pode ser interposto das Cúrias e juizes eclesiásticos de qualquer categoria. Ora, porque há certas Cúrias e juizes que exercem ou parecem exercer algumas particulas de jurisdição eclesiástica (*Instituições, Do direito das pessoas, Tit. III, §§ XLVI e L, Nota*), como o Conselho Geral dos Inquisidores da Fé, a chamada Mesa da Consciência, o Tribunal da Bula da Cruzada, o Comissário Geral, o Juiz Executor das Bulas da Patriarcal de Lisboa, os Juizes e Conservadores das Ordens Militares, vamos anotar aqui brevemente o direito constituido que usamos. E, assim, não se concede recurso do Conselho Geral. Decreto de 1662, que Pegas recorda no tomo III à Ord. liv. 1, tit. 9, § 12, n. 621, e Salgado, *De Reg. protection.*, P. I, cap. II, § 5, n. 5, o que hoje é fora de dúvida, após haver sido declarado tribunal régio pelo Alvará de 20 de Maio de 1769; nem da Real Mesa da Consciência. Decreto de 7 de Maio de 1699, *apud* Ord. liv. 1, tit. 12, § 5, Coleção II, n. 3; mas já se concede recurso da Mesa das Ordens de Cavalaria, por mais elevada que seja. Decreto de 18 de Novembro de 1600, *apud* mesma Ord. tit. 9, Coleção II, N. 10, Pegas cit., n. 524.

Estes decretos, se não forem assim interpretados, contrariam-se um ao outro. Também não há recurso dos Deputados e Tribunal da Bula da Cruzada, cuja jurisdição é meramente civil e temporal, Regimento da Cruzada, § XI, dado em 10 de Maio de 1634, Decreto de 5 de Julho de 1696, Pereira, *De Manu Regia*, cap. VIII, n. 3. Outra coisa é de dizer do Commissário Geral, como illustrissimo delegado que é da Sé Apostólica, a saber, nas matérias pertencentes ao uso da jurisdição eclesiástica só a ele competente. Assim se devem entender Pereira cit. e Salgado n. 38. Dos Conservadores e Juizes das Ordens Militares dá-se seguramente recurso, visto que é concedido pelo seu supremo Tribunal. O mesmo é de dizer dos Conservadores dos mosteiros, que já não estão em uso e oxalá nunca tivessem estado, assim como prouvera a Deus que de futuro tudo se reduza aos justos limites e termos da jurisdição ordinária quer eclesiástica quer secular. Do Executor das Bulas da Igreja Patriarcal não cabe recurso, visto que não goza de nenhuma jurisdição eclesiástica, Decreto de 28 de Setembro de 1761, referido a folhas 218 das actas da Casa da Suplicação.

PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE

FIM

(Tradução do Dr. Miguel Pinto de Meneses)