

|| O B S E R V A Ç Õ E S ||

|| S O B R E ||

|| O D I S C U R S O Q U E E S C R E V E U ||

|| M A N O E L D ' A L M E I D A E S O U S A ||

|| E M F A V O R ||

|| D O S D I R E I T O S D O M I N I C A E S D A C O R O A , ||

|| D O N A T A R I O S , E P A R T I C U L A R E S , ||

|| P E L O D E S E M B A R G A D O R ||

|| M A N O E L F E R N A N D E S T H O M A Z . ||



|| C O I M B R A ||

|| N A R E A L I M P R E N S A D A U N I V E R S I D A D E . ||

|| 1 8 1 4 . ||

|| *Com Licença da Meza do Desembargo do Paço.* ||

INTRODUÇÃO.

TEndo-nos sido communicado o Discurso Juridico sobre os direitos dominicaes em favor dos Senhorios, e em confutação de humas Theses, que correm manuscritas sobre aquella materia: e differindo muito essencialmente os principios, que temos aprendido, e que acreditamos por muito certos, de grande parte daquelles que forão adoptados no Discurso; persuadimo-nos que fariamos hum bom serviço ao público, dando nossas opiniões, e juizo que formamos sobre algumas das do A.: porque não podendo deixar de considerar hoje muitos Senhorios, que percebem direitos dominicaes, excessivamente medrados em seus uteis e regalias, julgámos que huma Obra, em que se ensinão os meios de sustentar posses injustas como actos legaes, não vem senão dar calor a pretensões excessivas, e animar os poderosos a que se abalancem mais afoitamente a empresas, que intentadas perseguem, e inquietão centenaes de fa-

mílias , e vencidas rematão a desgraça de povoações inteiras.

Para maior clareza dividiremos o nosso trabalho em duas partes : e fazendo na primeira algumas observações sobre as opiniões , que no Discurso achamos dignas de nota , mostraremos na segunda , que o A. não convenceu , como se propoz , todas as Theses escritas no Papel , a que chama *Sedicioso*.

Não se entenda porém , que desejamos fazer a apologia das Theses , ou pretendemos que deste nosso Escrito se conclua necessariamente a solidez da sua doutrina. Huma proposição considerada abstractamente , ou he verdadeira , ou he falsa : em qualquer das hypotheses aquelle que a ataca , póde mostrar , ou deixar de mostrar sua falsidade ; e se a não mostrou , nem por isso se segue , que a proposição seja verdadeira. Eis-aqui o nosso caso.

Ainda que o objecto principal do A. do Discurso seja tratar de todos os direitos dominicaes , não seguiremos o mesmo plano , porque nem temos por fim accrescentar cousa alguma ao que elle disse , nem escrever hum tratado sobre a materia. Rastreademos por tanto suas opiniões ,

dizendo sómente o que for mister , para se formar juizo sobre ellas : occupando-nos com particularidade de Foraes , e Doações , por vermos que estes serão também os principaes cuidados do A.

He facil achar a impossibilidade de incluir nestes dous pontos só todas as opiniões notaveis do Discurso ; e por tanto daremos algumas em capitulos separados , e quedarão outras fóra do texto , para irem sahindo nos additamentos , ou notas , quando a occasião chamar por ellas.

Vem aqui muito a proposito declarar , que não he nossa tenção escrever contra os direitos da Coroa , nem atacar os de seus Donatarios , ou mesmo aquelles dos Senhorios particulares. Quando o PRINCIPE REGENTE Nosso Senhor tem publicado competentemente na sua Carta Regia , escrita do Rio de Janeiro a 7 de Março de 1810 , que o actual systema dos Oitavos , Quartos , e Terços *opprimem demasiadamente* a Agricultura : quando elle sente , que os Foraes são em algumas partes do Reino *intoleravelmente peizados* , e concebe até o projecto de os *extinguir* , ou *minorar* pelo menos , julgamos que em atacar todas as idéas , todas as opiniões , e as doutrinas todas , que acha-

mos em contraposição ás Vistas Bemfazejas ; e aos Cuidados Paternaes do Nosso Augusto Soberano , não fazemos senão ir conformemente ao plano de melhoramento, e de reforma , que elle tem mandado executar para felicidade da Nação.

Respeitando pois o A. do-Discurso Juridico , impugnaremos aquellas de suas opiniões , que nos parecerem dignas disso : porém folgaremos , que se nos faça a justiça de acreditar , que não nos lisonjeamos d'ante-mão com a esperança immatura de levar a melhor nesta util contenda. Expomos francamente nosso juizo sobre a materia sujeita , e como damos razão do que dizemos , o público adoptará aquelle systema , que achar mais solidamente estabelecido.

Sin melius quid habes, arcesse

HONAT. L. I. Epist. V. Vs. 6.

P A R T E I.

C A P I T U L O I:

Origem dos Foraes.

§. 1.

OS Foraes , dados aos primeiros povoadores , continhão não só a declaração dos direitos , tributos , privilegios , e isenções pertencentes á Coroa , ou Senhorios , porém ainda algumas Leis Civis , e Criminaes de cada huma das terras , a que se concedião pelos Conquistadores ou Fundadores dellas , á cerca da policia , juizo , condição civil , e outros objectos de igual natureza : e neste sentido os Foraes erão reputados Codigos da Nação , que por elles se governou , em quanto não teve Leis geraes. Assim os achamos dados antes do Conde D. Henrique ; continuados em o reinado do Senhor D. Affonso I , e de seus proximos , e immediatos Successores ; não podendo em consequencia deixar de os considerar anteriores ao estabelecimento da Monarchia. Vid. as *Memor. de Litterat. Portug. Tom. 2. p. 190. Tom. 7. p. 162. Diccionar. de Bluteau na palavra Foral. Introducc. ao Novo Cod. p. 78.*

Em tempo do Conde D. Sisnando achamos hum Foral dado a Coimbra por El-Rei D. Affonso VI , que

depois reformou o Conde Henrique, dando outros a Tentugal, e Soure, e a mais povoações. O Senhor D. Affonso Henriques os deu a Guimarães, Miranda, e Cêa; o Senhor D. Sancho I a Pinhel, e Penamacor; o Senhor D. Affonso II a Contrasta, ou Valença, e Pontevedre; o Senhor D. Sancho II a Santa Cruz, e Abreiro; do que tudo há noticia na *Monarch. Lusitan. Tom. 3. Liv. 8. Cap. 4. 23. 31. e Tom. 4. Liv. 12. Cap. 11. e Liv. 13. Cap. 16. e Liv. 14. Cap. 4.* — A derivação desta palavra he dada por *Fr. Joaquim de Santa Rosa* no seu *Blacidario, Tom. 1. pag. 472.* e pelo Autor da *Memoria*, que vem no *Tom. 7. das de Litterat. Portug. p. 166.* Acrescentaremos porém aqui as differentes accepções, nas quaes achamos adoptada em a nossa Legislação a palavra Foro, e Foral. Com effeito he mui frequente o entender-se por Foro, Lei consuetudinaria, uso, e costume. *Ord. Liv. 1. Tit. 67. §. 5. e Tit. 74. §. 4. Mello Freir. Instit. Lib. 1. Tit. 12. §. 1. not. e Liv. 2. Tit. 2. §. 10. not.*; e em consequencia Foral pôde reputar-se a Collecção destas Leis ou usos. Tambem se acha, que Foral he a Carta de privilegios, ou isenções de alguma das Nações Estrangeiras: e neste sentido se diz *Foral dos Inglezes. Ord. Lib. 1. Tit. 52. §. 9.* E ultimamente se toma Foral por Compilação, ou Regimento de determinações de qualquer Estação de Fazenda Real, como o *Foral da Alfandega de Lisboa.*

§. 2.

Não só os Senhores Reis davão estes Foraes, mas os Grandes e Fidalgos, aos povos que habitavão suas terras: estes com tudo o fazião *non jure proprio*, mas como Donatarios da Coroa, e por mercê do Soberano della; por quanto em hum Governo Monarchico, qual he e foi sempre o nosso desde seu principio, o poder reside no

Soberano, e em consequencia o direito de impor tributos, de legislar, e declarar penas contra os transgressores, he hum direito Magestatico, que elle só pôde exercitar, ou aquelle a quem commetter as suas vezes. He verdade, que em alguns destes Foraes se encontrão expressões, e mesmo disposições, que parecem dar a entender, que os seus autores exercitavão huma especie de Soberania, como quando applicavão para si as penas pecuniarias impostas aos crimes, quando prohibião a appellação para o Rei, ou para os seus Juizes, e outras semelhantes: porém nós reputamos estes exemplos, ou nascidos da ignorancia dos tempos, ou meras usurpações e abusos praticados pelos Grandes, e Poderosos, que não destroem a regra geral. *Mell. Freir. Instit. Jur. Lib. 1. Tit. 1. §. 3. Montesq. Espr. des Lois L. 2. Chap. 4. Pufendorf Droit de la Nat. Liv. 8. Chap. 1. Wolf. J. N. Part. 8. Cap. 4. §. 813.*

O Autor da segunda *Memoria* sobre a Epoca fixa da introdução do Direito Romano em Portugal, que vem no *Tom. 5. das de Litterat. Portug. diz no §. 3. a pag. 385.* „*Hic-aqui como as nossas primeiras Leis e Systema de Governo he Feudal,*„ e *Mell. Freir. Instit. Jur. Civ. Lib. 3. Tit. 11. §. 5. not.* vai conforme taes principios, explicando-se desta maneira: *quod quidem (jūs feudale) apud nos quamvis nunquam fuisset scriptis legibus receptum, consuetudine tamen diu multumque obtinuit.* . . . Sendo assim já se conhece a razão, porque os Senhores, e Grandes, propendêrão sempre para estender os limites de seu poder, usurpando o que era dos Soberanos. A taes costumes devemos nós attribuir tambem, o que diz o citado Autor daquella *Memoria pag. 380.* . . . *achamos os Foraes no principio dados por-particulares pois são do Direito Dominial.* . . . En-

tenda-se porém ; que não erão Foraes no sentido rigoroso da palavra , porém sim o que se chamava *Carta fori* , ou *Carta populationis* , ou *Carta de sempre* , de que se dá noticia nas *Observaç. de Diplom. Portug.* pag. 62. (veja-se a nota ao §. 9.)

§. 3.

Parece-nos por tanto , e em consequencia do referido , pouco exacta a critica ; que o A. do Discurso faz em o seu §. 73 , quando diz : *Finalmente enganou-se Mello quando no lugar que impugno (Lib. 1. Tit. 7. §. 15. not.) disse , que só o Rei tem poder de impor Censos e Tributos por Foraes , sendo aliás certo (§. 7.) . . . que nos principios da Monarchia ainda os Particulares que não erão Donatarios da Coroa davão Foraes aos Povoadores das suas Terras com imposições de foros , Leis Civis , e Criminaes para o governo delles.* Com effeito não podemos deixar de notar : 1.º que a proposição de *Mello Freire* , escrevendo que só o Rei tem poder de impor Censos ou Tributos , he geral , e não se limita aos Foraes , que o A. acrescentou , attribuindo-lhe o que não foi de sua tenção dizer : 2.º que *Mello Freire* não só diz , que este poder pertence ao Rei , mas tambem aos Donatarios , *vel eum cui Rex illa donavit* ; e o A. ainda não mostrou , que esses particulares , quando davão Foraes nos principios da Monarchia , e no sentido que elle quer , usassem de hum direito legitimo , pois o §. 17. do Discurso , que elle cita , nada prova , e a nota só parece provar o contrario : 3.º que o referido Escritor (*Hist. Jur.* §. 39. not.) não diz o que o A. pretende , porque se explica

deste modo . . . *Eas vero (as Leis Foraes) non solum Henricus , et Alphonsus , sed etiam Viri PRINCIPES et OPTIMATES his temporibus dabant . . .* e ninguem poderá asseverar , que as palavras *Principes et Optimates* digão em portuguez *particulares* , que não erão *Donatarios da Coroa* , e nem que elles dessem as Leis Foraes *jure proprio* , e não como taes *Donatarios* , que he o ponto da questão ; conhecendo-se antes pelo contrario , que *Mello Freire* entende aqui *Optimates* por *Donatarios* , porque em tal sentido os tomou tambem nas *Instit. Jur. Lib. 2. Tit. 3. §. 18.*

Salzedo de Honor. Glos. 33. princip. n.º 12. 13. 129. dá testemunho , de que assim erão chamados os Grandes da primeira qualidade , que recebão mercês da Coroa ; e com elle concorda o nosso *Villas-Boas Nobiliarch. Portug. Cap. 7.* quando diz , que os Ricos-homens se chamavão *optimates* (veja-se a *Memor. que vem no Tom. 6. das de Litterat. Portug. p. 176. not. 87. in fin. e Tom. 7. p. 143. n.º 162.*) — *Wolf. Jus. Nat. P. 8. §. 135.* dá este nome áquelles , que no Governo Aristocratico gozão do poder supremo : mas *Gravina* suppõe , que *optimates* erão os que nos tumultos do povo seguião sempre o melhor partido , isto he o partido dos homens de probidade ; e que por isso os outros se chamavão *populares.* *Origin. Jur. Tom. 1. Cap. 7.*

§. 4.

Temos pois em vista do que se disse , e por huma parte , que não foi *Mello Freire* quem se enganou , mas sim o nosso A. na critica , que lhe faz ; e pela outra , que os Foraes , na accepção em que os toma a Lei , e em que nós os tomamos , quando tratamos da Jurisprudencia , que regula

as diversas questões sobre a sua intelligencia, não forão dados pelos particulares, como particulares; e se o forão, não podem deixar de se reputar usurpações, que não destroem a regra geral, e que ficarão sem effeito, ou nas providencias dadas pelos Senhores Reis da primeira idade da nossa Monarchia, ou na Reforma geral do Senhor D. Manoel, de que vamos a tratar.

Fr. Antonio Brandão diz na Monarch. Lusit. Liv. 9. Cap. 12. Davão foraes as terras (que erão as Leis particulares porque se governavão) não só os Reys, e Principes soberanos, se não também algus Fidalgos, A QUEM OS PRINCIPES CONCEDIAO A POVOAÇÃO, OU GOVERNO DELLAS. Todos aquelles pois que praticavão o contrario, e que tinham em vista exercitar nesta parte huma prerogativa da Soberania, sem mercê ou consentimento do Monarcha, obravão de puro feito, e não de Direito: e he obvio, que nunca pôde entrar em contemplação, o que se fazia, para o que se devia fazer. Veja-se a Memor. que vem no Tom. 2. das de Litterat. Portug. §. 10. pag. 190.

CAPITULO II.

Da Reforma dos Foraes, e do effeito que ella produzio no Foro.

§. 5.

Os interesses dos Povos (diz Filangieri) mudão com as gerações; e a alteração de circumstancias torna perigosas as cousas, que em outro tempo se reputavão as mais uteis. Ora estas razões, que

justificão em regra a necessidade de mudar a Legislação, devião influir sobremaneira nos motivos, que determinarão o Senhor Rei D. Manoel a projectar a Reforma dos Foraes, como elle dá a entender no preambulo do de Lisboa, aonde diz: *vindo há Nossa noticia, que assim na nossa Cidade de Lisboa, quomo em muitos Lugares de Nossos Regnos, e Senhorios por serem hos Foraes, que tinham de muy longos tempos, e os nomes das moedas, e intrinseco valor dellas se nom conhecião, e por assim nom poderem ser entendidos, assim por muitos delles estarem em Latim, e outros em linguaagem antiga, e desacostumada se levava, e pagava por elles, ho que verdadeiramente se nom devia pagar; e querendo todo remediar etc.*

Veja-se o *System. dos Regim. Tom. 6. pag. 479*, e ahí se achará estampado aquelle Foral com a data de 7 de Agosto de 1500. — Notaremos neste lugar o que o A. do Discurso diz no §. 28. *Advirto 3.º que executanda-se por Fernão de Pinna a reforma dos Foraes pelos annos de 1513. até 1517. etc.*

§. 6.

Com effeito elle mandou proceder nesta materia com aquella actividade e exactidão, que permittião as luzes do tempo. Vendo o mal em todos os lugares do Reino, em todos mandou fazer as mesmas diligencias, chamando todos os Foraes das Cidades, Villas, e Lugares, todas as Escrituras, e Tombos, todas as Inquirições, e Autos de justificação e exame, com citação dos interessados para allegarem o que lhes conviesse perante

a Comissão de Ministros, que a esse fim nomeou. Precederão por tanto á effectiva Reforma diligencias, que não se circunscreverão a humas, ou outras povoações: e nem se póde suppôr, que as vistas do Senhor D. Manoel fossem limitadas, dado que era geral em toda a Monarchia a necessidade de providencia a este respeito.

Quem lêr a *Dissertaç. Historic. Juridic.* achará, que o Senhor D. Manoel quiz fazer huma Reforma geral de todos os Foraes do Reino, e em todas as terras que pagavão direitos Reaes. He prova disto o que vemos na *Cart. Reg. de 22. de Novembro de 1497*, em que não só se mandarão vir de todas e cada huma das terras os Foraes e Escrituras, que ahí havia, e faltavão por enviar ao Juizo da Comissão, porém *que cada Cidade, Villa, ou Lugar, que Foral tiver, ou em que se algumas Rendas ou Direitos Reaes arrecadam mande aos sobre ditos a maneira e modo, porque se em cada lugar sempre arrecadarem, e ora arrecadem as ditas rendas e direitos Reaes etc.* O mesmo Foral de Lisboa, que acima citámos, diz no seu preambulo: *mandamos trazer todos os Foraes das Cidades, Villas, e Lugares . . . e as outras Escripuras, Inquirições, e Auttos, que em todos os sobreditos Lugares mandámos etc.* palavras que excluem a possibilidade de julgar, que a Reforma não foi geral.

§. 7.

E se colhe tambem do exposto, e dos monumentos daquella idade, que foi autentica, e legal a Reforma dos Foraes: sendo que não se concluiu, sem deixar lugar a muitas duvidas, pelas faltas e imperfeições, que devião resultar, já da qualidade da obra, já da precipitação com que

foi acabada; sem nos lembrarmos da insufficiencia dos conhecimentos do tempo, e dos estorvos que as circunstancias devião accarretar. Não obstante isso porém os Foraes então feitos estabelecêrão regra para o futuro, e em consequencia revogárão de preterito os outros existentes, os quaes por isso perdêrão desde logo a força de obrigar.

A legalidade, e autenticidade da Reforma he hum factio incontestavel da Historia Juridica daquella idade, porque as medidas tomadas pelo Senhor D. Manoel para levar ao cabo esta grande obra, dão testemunho da circumspecção, com que elle mandou proceder na materia. Vinte e dous Desembargadores derão seus votos, ou *Pareceres*, sobre cada huma das questões propostas a respeito dos diversos objectos, que havião entrar na Reforma *Ord. Man. Liv. 2. Tit. 45.* e huma Comissão composta do Chanceller Mór, e tres outros Ministros conhecia dos feitos, que se processavão com audiencia dos interessados, e perfeito conhecimento do estado dos direitos e obrigações etc. *Dissert. Hist. sobre a Reform. Cap. 2.* sendo por tudo manifesto, que em nada se faltou ás solemnidades prescriptas pelas Leis do Reino para a ordem forense.

§. 8.

O A. parece seguir no §. 28, que os Foraes velhos não ficárão cassados, depois que se derão os novos, porque nota de erro a opinião de Pegas no *Tom. 9. ad Ordinat. Lib. 2. Tit. 33. Rub. n. 409.* 410, aonde mostra, que os Foraes velhos, como Leis abrogadas, ficárão sem effeito depois da Reforma. Os povos (diz Pegas) forão citados e ouvidos nesta materia, que se disputou em Juizo

contencioso perante os Ministros, que o Soberano nomeou, e sobre que houve Sentença que passou em julgado. A isto oppõe o A., que elles não ficarão abrogados, porque ainda podião servir para embargar os novos dentro dos quatro mezes, ou depois com dispensa do lapso do tempo. He facil de vér porém, que esta resposta não destroe os fundamentos da opinião de *Pegas*; porque concedendo que os Foraes velhos podião ter este prestimo, como documento que provava o antigo estado das cousas para revogar os novos, isso mesmo faz vér, que elles se achavão cassados, segundo a opinião de *Pegas*; e o mais que se póde dahi deduzir he, que os Foraes velhos, como fontes em grande parte dos novos, prestavão para a sua intelligencia, do mesmo modo que ainda nos prestão hoje as Ordenações Affonsinas, e Manuelinas, quando interpretamos as Philippinas; e nem por isso deixamos de dizer, que as Affonsinas, e Manuelinas estão revogadas.

§. 9.

Concedendo porém ainda maiores defeitos na Reforma dos Foraes, nós não podemos arredarnos do principio certo, e regra firme de interpretação, que nos leva a perguntar em tal caso, se o Foral, de que se trata, foi ou não reformado; porque se o foi, e disso há testemunho autentico, temos em consequencia huma Lei viva, e existente, que não podemos deixar de observar, para ir dar peso, e valor a outra, que acabou. O dito Alvará (são expressões do Decreto de 10.

de Setembro de 1788 em caso identico) se acha revogado *pelo posterior, e contrario* . . . o qual *de* roga todas as Leis, Alvarás, e Decretos anteriores, que lhe sejam oppostos, *não podendo jámais servir de argumento* o que se deduz de hum Alvará derogado contra outro subsistente. E no Foral de Lisboa: „ E por tanto mandamos, que todas as cousas contheídas neste Foral *que nós pomos por Ley* se cumprão e guardem para sempre „.

Hum dos argumentos, de que o A. faz muito caso, he tirado do principio, que elle quer inculcar como verdadeiro, quando intenta persuadir, que varias pessoas, e Corporações não Donatarias igualmente davão os Foraes. Concedendo porém isso, temos por muito certo, que ou esses assim dados pelos não Donatarios entrarão na Reforma, ou não; se entrarão, são hoje Foraes como os outros, e como elles sujeitos ás mesmas regras de interpretação, de que aqui tratamos sómente: e se não entrarão, ficão fóra da questão, e apenas se poderã considerer como meros documentos, de que resta ainda determinar a veracidade, e autenticidade.

§. 10.

O A. do Discurso, achando embaraço em fazer prevalecer no seu systema a posse contra os Foraes, sendo elles considerados como Leis, avança mui gratuitamente o contrario; e para que se conheção seus fundamentos, escreveremos aqui suas proprias palavras: *he erro* (diz elle no §. 103.) *julgar aquelles reformados como huma Lei inalteravel; quando 1.º as ditas Cartas Regias posteriores a elles, suppondo poderem errar, permit-*

tirão embargarem-se em quatro mezes ; e tendo passado mais de sete annos de publicação de alguns ; erro em que labora o Aresto em Peg. Tom. 9. d' Ord. Liv. 2. Tit. 27. §. 3. n.º 4 ; quando 2.º os Historiadores , e Diplomaticos os convencem errados , tendo sido seminarios de muitas demandas ; e quando 3.º de facto sobre estas podião seguir-se Sentenças , ou composições contrarias ao determinado nos Foraes.

§. II.

Conhece-se por tanto , que o A. offerece em prova de sua opinião meras presumpções , ou antes conjecturas fundadas em supposições , que imagina a seu sabor. *A certeza , ou incerteza das presumpções* (diz Mr. de Felice Cod. de L' Humait. Tom. II. p. 229) *e o effeito , que ellas podem ter para servir de provas , depende da certeza ou incerteza dos factos , de que ellas se tirão.* Quaes são por tanto os factos , donde o A. deduz tantas supposições ? Elle suppõe os Foraes errados , e os suppõe todos contra os quaes há posse em contrario , porque alias não estabeleceria a regra geral ; e aqui temos a primeira supposição : suppõe os Foraes embargados , e a Sentença a favor do Embargante ; segunda supposição : suppõe os processos dos Embargos perdidos ; terceira supposição : suppõe , que se perdêrão tambem as Sentenças extrahidas desses processos ; quarta supposição : suppõe que todos se esquecerão de averbar nos Foraes essa Sentença revogatoria , pois que lá se não acha tal averbação ; e aqui se vê a quinta supposição : e suppõe finalmente , que de

hum facto tão notavel não ficou memoria alguma , porque elle a não apresenta , e até agora ninguem a apresentou. Eis-aqui quantas supposições he necessario imaginar , para atacar verdades provadas por factos historicos , e fundadas em principios de Direito !

§. 12.

Os Praticos (na opinião de Richer. *Jurisprud. Univers. Tom. 2. §. 703*) tem estabelecido em regra , que he contra a equidade natural admittir presumpções de presumpções , e a razão he porque , como diz Domat le Droit Publiq. Liv. 4. . . . *as presumpções não são provas do facto , que se deve provar ; mas sim provas d'outros , de cujo conhecimento resulta a indicação , conjectura , ou presumpção do facto , que se quer provar por causa da ligação natural , e necessaria dos factos conhecidos , com aquelles que se desejão conhecer.* Por tanto pergunta-se , qual he o facto que se deseja conhecer ? He , se o Foral foi alterado por Sentença , ou contrato. E de que factos he que se quer deduzir esta alteração ? Da posse , que há contra o Foral. E quem legitima esta posse , até ao ponto de a fazer mais attendivel , do que o Foral ? Os factos que se suppõem ; isto he , a Sentença , ou contrato. Logo os factos fazem presumir a posse legitima , e a posse faz presumir os factos. Que ligação há pois entre estas duas idéas ? Há hum círculo vicioso , e nada mais.

§. 13.

Se o Direito dá valor ás presumpções, porque ellas são fundadas nos factos, que mais ordinariamente se praticão, *Leg. 3 et 9 ff. de Probat. et Præsumpt.* essa posse contra o Foral, que tem os Donatarios, explica se bem presumindo-se, que foi adquirida sobre a ignorancia dos que pagão, pela prepotencia, destreza, e manejo dos que recebem (a): porque nossas Historias provão a frequencia dos abusos nesta materia, e as Cortes que nos diversos Reinados se fizerão, estão cheias de queixas dos Povos contra os excessos, com que erão arrecadados os direitos (b). Por tanto sendo isto o que acontecia frequentes vezes, e achando-se estes factos provados de hum modo incontestavel; estes factos, e não outros, que o A. imagina, são os que se devem presumir, em quanto contra elles não apparece huma prova sufficiente, porque o Direito suppõe sempre a cousa no mesmo estado, e nunca presume mudança. *Bobemer. Exercit. 66. Cap. 2. §. II.*

(a) Veja-se o que dizemos no §. 42., aonde se desenvolverá mais esta materia.

(b) Sendo innégavel, que em differentes tempos da Monarchia tem havido excessivas pretensões dos Grandes e Donatarios a respeito de seus direitos, como se observa em muitos lugares de nossas Chronicas, o A. para tirar a força do argumento, que contra a legitimidade de suas posses nasce daquelle muito autentico facto historico, lembrou-se de dizer no seu §. 33. . . . e como neste Reino os Senhorios das terras nunca costumáram nellel habitat . . . cessa nellel a presumpção da concussão, terror, e extorsão etc. Nós igno-

ramos os fundamentos desta opinião, que nos parece nova, pois se sabe, que os Grandes, e Donatarios viverão nos seus Castellos e Solares; e que a existencia destes ainda hoje atesta, que tão grandes palácios edificados ordinariamente nas terras, que derão os berços ás familias, não forão feitos para nellel assistirem somente os seus procuradores, criados, ou caseiros. *Solar conhecido he a casa, lugar, ou assento onde teve principio, e donde se derivou a Família. Villas-Boas Nobiliarch. Portug. Cap. 16. p. 152. João Pinto Ribeiro p. 124.* O nosso A. reconhece isto mesmo de algum modo no seu §. 37, e com tudo diz, que os Senhores não vivião nas suas terras. Mas ó certo he, que deixarão de viver nellel para ir habitar na Corte; e já se vê que, quando por isso não se tornassem mais poderosos, também não os devemos considerar menos, do que serião em seus Solares.

§. 14.

A Historia da Reforma dos Foraes no tempo do Senhor D. Manoel não deixa lugar algum a duvidar, que elles são o resultado de hum processo, que houve nesta materia; e que em consequencia antes de se reduzirem á forma, em que erão mandados para as terras, havia nellel huma Sentença dada pelos Ministros da Commissão nomeada por aquelle Soberano. O A. ataca por tanto sem razão em o seu §. 97 a opinião de *Pegas ad Ord. Lib. 2. Tit. 33. Rubr. n.º 409. 410* aonde diz, que os Foraes *ad instar sententia* passarão em julgado, porque a opinião de *Pegas* não he fundada nos principios geraes de Direito, e natureza da ordem forense nesta Monarchia, e também em factos provados pelas Cartas Regias expedidas sobre este negocio, bastando en-

tre outras referir sómente aquella de 9. de Fevereiro de 1506, em que foi determinado ao Chanceler Mór, que fizesse inserir na Cómputação das Ordenações do Reino, que então se ordenava, a Legislação feita sobre a Reforma dos Foraes: *para nos taes feitos não ser necessario tirar-se Sentença.* He obvio por tanto, que se os Foraes não tem a fórma regular, e o estilo das Sentenças conforme a pratica então usada, tem com tudo a mesma natureza, e os mesmos effeitos; mais accrescentados porém com a maior autoridade, e maior consideração, que o Soberano lhes mandou dar.

§. 15.

A isto diz o A., que elles ficárão sujeitos a ser revogados, e alterados por Sentenças, visto que o Senhor D. Manoel permittio, que fossem embargados; e que por tanto o podião ser. He verdade, que as Cartas Regias assignavão quatro mezes aos interessados nos processos dos Foraes, para poderem embargar a Sentença delles, e nenhuma duvida temos em conceder, que o lapso do tempo lhes podesse ser dispensado, como o A. pretende (em o seu §. 28), mas elle não negará tambem, que a Lei da *Ord. Liv. 3. Tit. 95. §. 3.* concede dous mezes ás partes condenadas para pedirem a Revista das ultimas Sentenças, e não menos a prorogação do lapso do tempo com causa justa; e entretanto nem o A. nem alguém dirá, que huma Sentença, proferida há cem ou mais annos, não he Sentença, ou não passou em julgado, ou não se deve executar, porque podia ter sido revogada em gráo de Revista.

Parece nos destituido de todo o fundamento, o que o A. diz em o §. 32 quando intenta persuadir a possibilidade de se perderem as Sentenças, que suppõe ter havido contra os Foraes, por se tirarem destes copias, e daquellas não serem os Escrivães obrigados a guardar os processos e notas, além de trinta annos (§. 98.) Com effeito como he possivel, que o Senhor D. Manoel mandasse tirar dos Foraes tres copias, e não tomasse medidas convenientes para perpetuar a memoria da Sentença proferida contra elles? Quem poderá acreditar, que houve cuidado em conservar hum titulo revogado, hum documento inutil para o seu fim primario, hum Foral julgado sem vigor, e ao mesmo tempo que todos se discoidárão absolutamente da Sentença, que produziu esses effeitos, e que vinha a servir de Foral, pois tinha o mesmo valor que os outros? Estes argumentos deduzidos das presumpções vehementissimas, em que se achão fundados, e em resultado dos quaes havemos dado nossa opinião, ficárão sendo para nós da ultima evidencia, depois que hum Magistrado Respeitavel, que sobre estas materias tem feito grandes estudos praticos, nos asseverou que *os Foraes, que tiverão Sentenças modificativas depois de registados na Torre do Tombo, se achão ali averbadas com apostillas, que assim o declarão; e que os outros, alterados antes do registro por meio dos Embargos, se fizerão todos de novo.*

§. 16.

Não tendo nós examinado os Foraes do Reino, não podemos asseverar com toda a certeza, se nelles entrárão ou não todos os direitos Reaes, como o A. diz no seu §. 27., ou Dominicaes, como entende no §. 31.; parece-nos porém, que não podião entrar, porque os Foraes erão dados ás terras conforme as obrigações, e privilegios, que nellas havia; e por tanto o que se pagava em humas,

podia deixar de se pagar em outras; e em consequencia os direitos Reaes não devião entrar em todos os Foraes; porque os Soberanos só punhão a obrigação de pagar estes ou aquelles direitos nos lugares que julgavão convenientes. *Ord. Affons. Liv. 2. Tit. 2. art. 10.*

O A. para provar no §. 27., que nem todos os direitos Reaes se escrevêrão em Foraes, cita a opinião de *Valasc. Cons. 167. n.º 12.* Ora *Valasco* diz: *quia non est de substantia, ut aliqua res sit Regis, quod sit scripta in forali terrarum, tamquam res Regis.* Mas dizer, que não he da substancia, que homa cousa se ache escrita no Foral, para se reputar do Rei, não he dizer o mesmo que diz o A., e por tanto a opinião de *Valasco* nada prova. Além de que nos livros dos proprios, e não nos Foraes, he que se costumão escrever, como em lugar competente, os bens Reaes (*Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 22.*) Logo por identidade de razão o não estarem alguns direitos em alguns Foraes não prova, que não sejam direitos Reaes; pois a *Ord. do Reino* tem declarado no *Liv. 2. Tit. 26.* quaes elles são.

§. 17.

Do que havemos dito até aqui se conclue 1.º que a Reforma dos Foraes foi autentica, e geral em todo o Reino: 2.º que se apparecem ainda algumas terras sem elles, por não os terem, ou não se lhes darem então, dahi não se segue, que esta falta mereça attenção nas questões a resolver sobre os Foraes: 3.º que os Foraes reformados, como Sentenças que passárão em julgado, e como Leis nas materias, que fizeram seu objecto, revogárão os velhos, ou estes fossem dados por particulares, ou por Donatarios

da Coroa: 4.º que nem todos os direitos Reaes estão escritos nos Foraes; mas que isso não influe essencialmente sobre o juizo, que se deve formar da sua legitimidade.

CAPITULO III.

Se contra os Foraes tem lugar a posse immemorial.

§. 18.

Ainda que nós reputamos só verdadeira a negativa, e em consequencia fóra de questão a materia deste Capitulo, por nos persuadirmos que as Leis do Reino a tem decidido de hum modo claro, e terminante, sem admittir interpretação, ou duvida em contrario; com tudo, para melhor fazer sentir o nenhum peso dos fundamentos do A., que segue a affirmativa, daremos aqui suas razões, e as respostas que nos parecerem convenientes, não fazendo sobre a materia longa discussão, que a sua natureza poderia admittir, se a qualidade do Escrito a não regeitasse, e nós não houvessemos estabelecido em regra dar apenas a cada objecto o desenvolvimento necessario para nosso fim, que agora repetimos ser sómente aquelle de mostrar, quanto as nossas opiniões se desvião do trilho, que seguirão algumas escritas no Discurso.

§. 19.

Todo o systema do A. nesta materia roda em probabilidades, supposições, e mesmo conjecturas, nas quaes fundando seus principios, tira depois consequencias, que apresenta como certas, verdadeiras, e infalliveis. As razões de sua opinião, que vamos a expender, mostram que nosso juizo não he senão muito exacto. Primeira razão: que a Ordenação do Reino põe em paralelo Foral, composição, ou posse, e admite Sentenças, e contratos §. 27. 96. 107. e 111. Segunda: que a immemorial não só presume titulo, mas prevalece a elle, ainda que lhe seja contraria §. 98. 109. Terceira: que a Ord. Liv. 2. Tit. 27. só prohibio a prescripção contra os Foraes velhos, mas não contra os novos §. 103. Quarta: que a immemorial se deve respeitar nestes casos, porque nem os Vereadores, nem os Rendeiros, nem os Fiscaes da Fazenda consentirão em sua admissão, não sendo muito legitima §. 113. 114. (a) Eis-aqui com effeito todas as razões, e fundamentos com que o A. pretende justificar a opinião, de que a posse immemorial, em que hoje se achão alguns Senhorios contra a expressa determinação dos Foraes, he legal, manutenivel, e justa.

(a) Não referimos aqui, como razão, o pretexto, de que o A. se aproveita, quando quer persuadir principalmente nos seus §§. 28. 32. 96. e 99, que por os Foraes poderem ser embargados no prazo de quatro mezes, se deve crer que o forão. Esta supposição, que nós atacamos e convencemos em os nossos §§. 12.

e 15. serve de fundamento a outras hypotheses, que o A. imagina, e que nós teremos ainda occasião de mostrar, que não são applicaveis ao nosso caso, pois julgamos ser contra a razão procurar probabilidades, e contentar-se com ellas, quando se pôde chegar á evidencia. *Cod. de l'Humanit. Tom. II. pag. 426.*

PRIMEIRA RAZÃO.

Que a Ordenação do Reino põe em paralelo Foral, composição, posse, sentença, e contratos.

§. 20.

O A. interpretou no seu §. 101. e seguintes a *Ord. do Liv. 2. Tit. 27.*, e a entendeu toda de preterito; e he digno de reparo por tanto, que queira applicalla agora ao estado actual da questão, fazendo uso della, como Legislação em vigor, quando já em outra parte se propoz mostralla revogada. Não levando todavia em conta esta especie de incoherencia, faremos vêr que não vem para o caso, nem podemos a elle ter applicação alguma as Ordenações, que o A. chamou em abono desta sua razão.

§. 21.

Aquella Ordenação até ao §. 5. he tirada dos primeiros quatro da Ordenação do Senhor D. Manoel Liv. 2. Tit. 45, aonde elle mandou se ingerisse esta Legislação: *pera nos taes feitos não ser necessario tirar-se Sentença nem outra mais despeza soamente remetterem-se as taes couzas as Leis, e*

Ordenações geraes de nossos Regnos. Cart. Reg. de 9. de Fevereiro de 1506. E como no tempo da Compilação dos Filippistas se achava acabada a Comissão dos Foraes, elles não adoptarão esta Legislação do Senhor D. Manoel, tendo em vista a sua organização preterita, e nem se deve suppor, que quizessem estabelecer nella hum Regimento, ou norma para o futuro, porque qualquer dos Senhores Reis que entrasse no projecto de nova Reforma de Foraes, não era obrigado a sujeitar-se ao methodo dos Filippistas. Por tanto, e porque o interprete não deve suppor inutil a Legislação, *Assent. de 29. de Março de 1770*, he necessario entender que os Filippistas quizerão deixar na dita Ordenação do *Liv. 2. Tit. 27.* as regras para a interpretação dos Foraes da Reforma, e o modo de resolver as duvidas, que podessem nascer da intelligencia de suas disposições; porque isto he o que se não achava ainda determinado em parte alguma da Legislação, e os Foraes, como Leis particulares, ficavão precizando para o futuro de regras tambem particulares para a sua interpretação.

Os Foraes são Leis, e tem a mesma autoridade, e força de obrigar. Qualquer duvida pois que houvesse sobre a sua intelligencia, não podia ser resolvida pelas regras, e principios communs da interpretação das Leis geraes do Reino, porque estas são ordenadas de hum differente modo, e tirão a sua força da vontade do Legislador sómente; quando os Foraes não só são Leis particulares para cada terra, mas tiverão por fundamento principal direitos, que nascêrão pela maior parte de convenções, ou posses, ou de huina e outra cousa simultaneamente: e como estas, posto fossem

differentes, tinhão todas a mesma origem e continuação, era preciso declarar o modo de as entender, e nenhum havia mais capaz, do que os *Pareceres*, com que se fizeião: e porque estes não tinhão autoridade, era preciso dar-lha; e para isso os Compiladores os deixarão estampados no Codigo Nacional. Oxalá com effeito que outro tanto se podesse praticar a respeito de todas as Leis, porque assim se evitarião contradicções que ás vezes se achão nellas, sem as haver realmente, e só o parecem por se ignorar o modo, porque forão feitas, e por se desconhecerem os motivos verdadeiros, que se tomárão em consideração; pois os nossos Legisladores, por assim convir mais ao bem publico, occultão muitas vezes nas suas Leis as verdadeiras razões, de que se movêrão para estabelecê-las. *Donde vem que as razões que elles dão nas Leis, apenas chegam a ser suazorias. Estat. da Universidade de Coimbra Liv. 2. Tit. 6. Cap. 6. §. 22.* Resultando de tudo o que dizemos, que este, e não outro, he o espirito da Ordenação, que intrepertamos, porque elle se manifesta pelo *complexo de todas as suas determinações individuaes, de todas as circumstancias especificas, em que o Legislador concebeu a Lei, e quiz que ella obrigasse, e do fim, e da razão, que o movêrão a estabelecê-la.* Os mesmos *Estat. loc. cit. §. 19.*

§. 22.

Quaesquer que sejam pois as irregularidades dos Compiladores Filippistas, ou fosse no methodo com que escrevêrão, ou fosse na desnecessaria e incompetente adopção, que em alguns lugares parece haverem feito da Legislação anterior, devemos entretanto confessar, que a Compilação por elles arranjada, sendo autentica até ao Reinado do Senhor D. João IV, o continuou a ser dahi em diante, e a reputar-se a novíssi-

ma, e última em virtude da *Cart. de L. de confirmação de 29. Janeiro de 1643*, na qual o dito Senhor Rei se explica assim . . . *Eu quero, e mando, que em todos meus Reinos, e Senhorios se guardem (as Ordenações Filipinas) e prattiquem como até aqui e POR ELLAS SE JULGUEM, E DETERMINEM OS CASOS QUE OCCORREREM.* Em consequencia do referido he obvio, que não podemos deixar de entender existentes, e em todo o seu vigor todas as Ordenações, e Leis, estampadas naquella Compilação.

Somos em extremo satisfeitos de poder dar a esta Legislação huma intelligencia, que salve a sua apparente inutilidade, e nos livre da mui penosa situação de dizer *foi Filippismo*. Tempo houve, em que esta sahida era muito da moda; e na verdade custa menos a dizer isto, do que a interpretar os lugares mais obscuros da Legislação, porque os há. Pôde ser que desse origem a esta má applicação da Philosophia ao estudo da Jurisprudencia Nacional, dizer-se nos *Estatutos da Universidade Liv. 2. Tit. 6. Cap. 3. §. 4. Porém onde os Compiladores das ditas Ordenações tiverem faltado á devida continuação dos Titulos, e á boa deducção das materias; não gastará tempo em pretendidas apolojias delles . . . Antes reconhecerá francamente, e indicará aos ouvintes as faltas, que nisso tiverem committido os ditos Compiladores.* Sem se advertir, que tal liberdade só diz respeito ao methodo, e deducção da Compilação, e que nunca pôde estender-se ao que se chama propriamente Legislação, Sanção, ou Lei, porque sempre que houver neste objecto qualquer contradicção apparente, he do dever de todo o interprete desvanecella, quanto ser possa, concordando com os outros textos aquelle, em que se der a supposta antinomia; e isto por expressa determinação dos referidos Estatutos no lugar citado, e §. 38. *Quando tratar de materias em que haja Ordenações, que pareçam antynomicas; não*

esquecerá de apontallas; de explicallas; e de conciliallas: Declarando com muita brevidade os verdadeiros casos, em que ellas procedem, para fazer cessar a apparente contradicção, que houver entre ellas. Não queremos porém entender por isso, que a Compilação Philippina he sem imperfeições: em tudo as há, e nestas obras ellas são inevitaveis. *De todos os Codigos (diz Bentham Tom. 1. Cap. 31. pag. 354.) que os Legisladores tem considerado como completos, não há algum que o seja.*

§. 23.

Persuadindo-nos pois, que este conhecimento he essencialmente necessário para formar o legitimo conceito daquella Ordenação, achamos que no §. 1. se manda attender á immemorial, porém he sómente AONDE NÃO HAVIA FORAL; e a nossa questão he mui diversa, porque tratamos de saber (e he o que o A. quiz provar) se a immemorial he attendivel, e suppõe titulo, mesmo CONTRA O FORAL. Além de que, e ainda neste caso era necessario, que a immemorial se verificasse a respeito dos direitos QUE OS REIS DESTE REINO COSTUMÃO SEMPRE DAR, como se diz neste §. e o nosso A. não faz distincção alguma: falla geralmente; e geralmente estabelece em regra o effeito e poder da immemorial. Logo este §. 1. da Ordenação está fóra do seu caso, e por tanto não prova nada para elle.

§. 24.

Tambem nada prova o §. 2. do mesmo Tit. 27. a favor da opinião do A., porque este §. suppõe terras dadas aos povos debaixo de certo con-

trato, e diz que a Coroa tem direito a receber o que ao tempo do contrato HAVIA OU DEVIA HAVER, á excepção do FORAL E CONTRATO *especializar outra cousa*: por tanto temos direitos de posse, e direitos de propriedade da Coroa, vencidos pelo Foral, e o A. allegou, e servio-se deste §. para mostrar o Foral vencido pela posse, o que he absolutamente contrario. Mais: contrato, e Foral são aqui dous termos differentes, mas empregados para significarem huma, e a mesma cousa, não só porque isso quer dizer a conjunção que os liga, mas porque neste §. se suppõe hum contrato dos povos com a Coroa, e o Foral feito conformemente a elle; por tanto são aqui iguaes pelas circumstancias, porém não por sua essencia, ou natureza, porque considerados abstractamente fazem tanta differença, quanta vai de huma convenção a huma Sentença. Ora o A. quiz provar com este §., que havia paralelo entre Foral, e contrato, suppondo-os igualmente, e em geral obrigatorios, e com a mesma autoridade, ou força de obrigar; e em consequencia suppoz o que não se diz no §., e por tanto não he applicavel ao que elle teve em vista provar.

§. 25.

Não prova tambem a primeira razão do A. o §. 1. nem 2. do Tit. 33. do Liv. 2. da Ord. nem o §. 25. do Tit. 35., nem finalmente o §. 34. e 35. do Tit. 45.: por quanto, e geralmente fallando, em cada hum destes §§. se deve notar com muita particularidade achar-se posta em primeiro lugar

a palavra *Foral*, e depois *contrato*, ou *Sentença*, ou *costume*; como querendo dizer-se, que cada huma destas cousas não póde prevalecer, ou ter lugar, senão quando não há Foral, porque havendo-o, perde tudo o mais toda a consideração: o que he absolutamente diverso, do que o A. quer provar com elles. Esta reflexão he tanto mais justa, quanto se conhece evidentemente da Lei, que a gradação que ella seguiu, produz este mesmo effeito, pois no Liv. 2. Tit. 33. §. 2. diz: *Porque em tal caso se guardará o Foral ou composição segundo nelle for contheudo, e o que sempre se usou e costumou ONDE FORAL OU COMPOSIÇÃO NÃO HOUVER. E a respeito do costume já se havia dito o mesmo no §. 1. do Liv. 2. Tit. 27. E isto somente SERIA ONDE FORAL NÃO HOUVESSE.*

§. 26.

Accresce que o contrato, que se suppõe em cada hum desses §§., he hum contrato ou feito com o Soberano, ou autorizado por elle; e por tanto quando nós o achassemos contra o Foral (a) (hypothese que concedemos por mera abundancia) nada admirava, porque então tinhamos huma revogação autentica do mesmo Foral, e não erão os contratos que havião produzido este effeito, porque disso nunca elles se considerão capazes, era sim a vontade do Soberano conhecida competentemente: era por tanto huma Lei que revogava o Foral, e o A. suppõe o contrario, porque affirma que hum contrato, como contrato, não só tem a mesma força de Foral,

pois o classifica no mesmo paralelo, mas lhe he superior, porque o julga capaz de o revogar; e isto he o que nós negamos, e he tambem o contrario, do que dizem os taes §§. e por tanto parece obvio, que elles nada provão da segunda razão do A.

(a) Julgamos que não podemos dar hum testemunho mais autentico do conceito, que merecem os contratos contra os Foraes, do que referindo o que diz o Senhor D. José no Alv. de 13. de Julho de 1776. §. 1. quando falla de huma Escritura de transacção estipulada entre o procurador da Caza e Estado de Bragança, e os moradores da Villa de Porto de Moz em alteração da Lei do Foral, que o Senhor D. Manoel lhcs deu: *Ordenn que a sabredita escritura . . . se haja por inteiramente finda . . . NEM O IRREGULAR CONTRATO QUE NELLA SE CONTÉM POSSA MAIS SER RENOVADO POR OUTRO ALGUM MEIO OU MODO.*

§. 27.

Temos dito do costume, e contrato; resta fallar das Sentenças, que achamos adoptadas no §. 34. e 35. do Tit. 45. do Liv. 2. da Ordenação do Reino, e que o A. refere no §. III. Estas Sentenças tem a mesma resposta, e interpretação que já demos; isto he, que sempre apparecem depois de Foraes, e por tanto só depois delles he que merecem attenção. Além disso he de notar, que o §. 34. e 35. do Tit. 45. do Liv. 2. das Filipinas são tiradas da Manuelina Liv. 2. Tit. 26. §. 42. e Tit. 45. §. 4. e 5., e em todos estes §§. se suppoem direitos percebidos por Doações, ou por Foraes, e Sentenças. Para se entender pois, que

Sentenças são estas, cumpre saber, que o Senhor D. Affonso IV. foi hum dos Senhores Reis deste Reino mais zelador, e defensor da jurisdicção Real contra os Donatarios, Ecclesiasticos, e Seculares; e que levado deste espirito de ciume, que lhe causava o abuso do poder dos Fidalgos, e Grandes, e deseioso de lhe marcar limites, *por especial decreto seu mandou notificar a todos, que em termo peremptorio lhe apresentassem as doações de seus foros, dominios, e jurisdicção; nomeando para o exame ministros intelligentes, que o vissem, e ajustassem; e RESOLVESSEM COM INTEIREZA, E JUSTIÇA o que a cada hum pertencia. Monarch. Lusit. P. 7. Liv. 6. Cap. 2. §. 5.*

§. 28.

Eis-aqui pois quaes são as Sentenças, de que se lembra a Lei, e qual he o Edicto Geral do Senhor D. Affonso IV, de que falla a Ord. Liv. 2. Tit. 45. §. 6, que he tirado da Manuelina Liv. 2. Tit. 26. §. 46, e este o havia sido da Affonsina Liv. 2. Tit. 63. §. 9. aonde se diz: *ou se alguñ pelo edito geeral, que foi feito per El Rei Dom Affonso nossa Avoo sobre as jurdições, ao tempo desse edito, ou depois, viesse, e mostrasse que havia alguma jurdiçam, e lhe foi julgado, e outorgado pelo dito nosso Avoo, que a houvesse per qualquer titulo ou razom que mostrava . . .*

§. 29.

Em tal fórma que os direitos Reaes podem-se cobrar ou por Doações, ou na falta dellas, por

Foraes, ou na falta delles, pelas Sentenças que se derão, não só no tempo do Senhor D. Afonso IV, mas ainda nos Reinados seguintes; porque o Edicto estabeleceu a regra, e os julgados, ou Sentenças forão apparecendo na occasião, o que se dá a entender no dito lugar da *Monarch. Lusit. E supposto que agora se decretou o remedio, pello tempo adiante se foy executando a Ley.* Ora como o Senhor D. Manoel fez a Reforma dos Foraes, e para o seu arranjo precedeu o exame dos direitos todos, que pagavão cada huma das terras, justamente determinou no referido §. 42. do Liv. 2. Tit. 26., que elles se recebessem pelos Foraes, e na falta delles pelas Sentenças, porque dellas devia sahir a prova do que o Donatario tinha direito a receber, quando houvesse escapado nos Foraes a declaração delles.

Não havendo encontrado noticias mais circumstanciadas deste Edicto Geral, nem mesmo nos Escritores que tratárão destas materias, damos aqui nosso juizo, fundados na passagem da *Monarch. Lusit.* acima referida, e accrescentamos agora o testemunho do Autor da Obra *Alcobaça illustrada Tit. 8. pag. 168.* aonde diz: *Este Principe* (o Senhor D. Afonso IV.) *pois tanto, que empunhou o ceptro mandou publicar hum seu edicto para que todos os Senhores de terras apparecessem na Corte, e aby exhibissem as douçens Reais de que cada hum usava.* Não suppondo com tudo ainda bem conhecida a historia juridica desta Lei, julgamos entretanto que he bastante o que deixamos dito, para entender a Ordenação em todos os lugares, que a ella parecem referir-se.

§. 30.

Mas os Compiladores Filippistas pozerão no §. 34. do Liv. 2. Tit. 45. a Legislação Manuelina, dizendo simplesmente por *Foraes ou Sentenças*, quando na Fonte se acha por *Foraes e Nossas Sentenças*; o que todavia se emenda de algum modo no §. 55. do mesmo Tit. aonde escrevêrão *Foraes, e SENTENÇAS DADAS EM JUIZO COMPETENTE*: e na Manuelina ja citada e §. 52., que he a origem, se acha só *Foraes e Sentenças*, o que mostra proposito, porque se accrescentárão palavras, que não havia na fonte. E nós julgamos, que este additamento não teve outra causa, senão reforçar mais o principio muito certo, estabelecido no §. 6., de que na falta de Doações, e Foraes, bastava sim para a recepção de direitos huma Sentença, mas não bastava qualquer Sentença: era preciso que fosse dada em juizo competente, isto he no juizo da Coroa, aonde a Lei manda tratar estes negocios.

Não são porém estas as Sentenças de que falla o A. quando (no seu §. 118.) as suppõe resultado de huma demanda, isto he, contenda do Foreiro com o Senhorio, e decisão a favor deste contra a determinação expressa do Foral existente, porque neste sentido he que tratamos a materia; e isto he o que nós não achamos nas Ordenações que havemos analysado, e de que o A., como temos mostrado, se servio fóra de proposito, segundo nosso entender. Não negamos todavia que seja possivel ter havido questões entre os Senhorios, e os Colonos, e que as haja presentemente, nascidas da menos boa intelligencia das palavras do Foral, ou doação, e que o resultado seja huma Sentença, que

fique estabelecendo regra de futuro ; mas nem por isso a cousa muda de figura , porque então nem há immemorial , conhecendo-se legalmente o principio da posse , nem ella he contra , mas conforme ao Foral ; e a opinião do A. tem por fim mostrar a primeira , e não a ultima destas hypotheses.

SEGUNDA RAZÃO.

Que a immemorial não só presume titulo, mas prevalece a qualquer outro que appareça.

§. 31.

Imbuído nas maximas, e doutrinas de alguns Escritores de Direito Romano, ou dos paizes em que elle teve mais ou menos voga, o nosso A., fazendo dellas huma indistincta applicação, quer que tudo, quanto elles avangárão sobre a immemorial, haja lugar a respeito dos Foraes. Esta absoluta adhesão ás Leis do Imperio devia ter acabado, mas desgraçadamente vemos ainda hoje, que não se está livre deste prejuizo, porque a Cart. de L. de 18. de Agosto de 1769, alias muito providente, não conseguiu derrubar de todo o idolo da superstição, que reputava oraculos os juizos dos Romanistas. Confessando sempre o respeito, com que devem ser olhados os textos do Direito Commum nos casos omissos, e nos termos daquella Cart. de L. entendida pelos Luminosos *Estatutos da Universidade Liv. 2. Tit. 5. Cap. 2. §. 9.* e seguintes, julgamos entretanto muito necessario advertir, que não só os Escritores citados pelo A., mas ainda outros, que se

guem a mesma opinião, derão á immemorial huma consideração, que ella não póde ter por nossas Leis, e costumes; o que melhor faremos vêr nos §§. seguintes.

Tomamos aqui por exemplo, e em prova da nossa opinião sobre o uso, que os Juris-Consultos das diversas Nações tem feito do Direito Romano, a *Dunod de Charnage*, e preferimo-lo a outro qualquer, porque achamos que o nosso A. o citou 19 vezes no seu Discurso, o que mostra o grande caso, que delle faz. Este homem deu hum tratado de Prescripções conforme os usos do Condado de Borgonha, e já se vê que as doutrinas por elle expendidas forão particularmente encaminhadas a mostrar, quaes erão os taes usos, e costumes do referido Condado sómente, pois todos sabem, que na França a Legislação de humas provincias, ou districtos, não se observava nas outras a certos respeito. Além pois daquelle desconto, que deve fazer nas opiniões do referido A. (sendo necessario) quem quizer applicallas ás prescripções de Portugal, tem mais a considerar, o que elle diz Part. 1. Chap. 8. pag. 45. *He huma maxima recebida em quasi todos os costumes do Reino, que a prescripção de trinta annos corre, posto que aquelle que della se serve tenha ma fé.* No mesmo lugar e pag. 46. dá elle a sua opinião dizendo: *quando a posse he de cem annos póde fazer presumir a bou fé.* E na Part. 2. Chap. 14. pag. 236. diz finalmente: *eu vejo no uso, que o nosso Parlamento attende muito á posse immemorial: o do Definado pratica o mesmo, e eu creio que estes Parlametos nisto se conformão melhor ao ESPIRITO DO DIREITO ROMANO.*

§. 32.

Ou a immemorial se considere como excepção, como prova de hum direito adquirido, se-

gundo quer *Bohmer. Exercit. 83. Pandect. §. 16*; não podemos deixar de admittir pelas Leis do Reino, que para ella haver lugar he preciso, que tenha começado, e continuado *sempre* com boa fé, apezar de que o Direito Romano não exigia *sempre* este requisito. Diz-se, e não duvidamos, que a immemorial tem força de o presumir: mas como a presumpção cede á verdade, qualquer titulo, ou documento antigo, que prove esta má fé, basta para desvanecer esse effeito. *Ratio alia est, quia, etsi maxima presumptio sit pro eo, qui tanto tempore possedit, eam tamen presumptionem veritati cedere oportet; non enim debet prescriptio immemorialis vincere rationem, aut legem, neque veritati præferri; unde si ex aliquo titulo clare, certèquè apparet injusta rei alienæ occupatio, atque malæ fidei, ratio temporis, et vetustatis in nihilo haberi debet.* *Bagn. Quotid. Resolut. Tom. 2. Cap. 31. n.º 81.*

O tempo com effeito não pôde sanear a falta de boa fé, que o Direito Patrio exige em todo o curso da prescripção, adoptando assim a muito justa disposição do Direito Canonico em o *Cap. fin. de Prescript.*, a qual ataca *Bohmer. Jus Ecclæs. Protest. Lib. 2. Tit. 26. §. 52.* Não entrando aqui na censura da opinião deste Juris-Consulto, opporemos sómente a suas razões, o que diz hum celebre Escriitor. *Eu supponho a posse de boa fé. Em o caso contrario, confirmalla não será favorecer a segurança, mas recompensar o crime. A idade de Nestor não deverá reputar-se sufficiente para segurar o penhor, e o preço da sua iniquidade. E porque razão ha de haver hum tempo, em que o malfeitor viva tranquillo? Porque deverá elle gozar do fruto do seu crime, protegido pelas mesmas Leis que violou? . . . A impunidade não deve ser jámais o privilegio da fraude.*

§. 33.

E como quer que o Foral resiste a essa pose, temos nelle hum documento, que prova a origem, e a continuacão da sua má fé; porque, não se podendo conceder que o possuidor ignore o direito do seu paiz *Leg. 9. Cod. de Legib.* e muito menos o dos Foraes, por constituirem a Legislação privativa de cada povoação *Peg. ad Ord. Tom. 9. pag. 482. n.º 423*; he sem dúvida que huma tal posse não deve considerar-se senão como huma rigorosa usurpação, á qual a maior antiguidade só serve de dar hum caracter de mais criminosa, mais injuridica, e menos digna de ser mantida, porque contra ella clamou sempre, e clamaria ainda que por muitos mil annos, o vicio original da acquisição: *malam fidem inducit, de qua si constet, nulla prescriptio allegari potest, etiam si quis per tempus immemoriale, imo per multa annorum millia rem possederit, . . . Strick. Tom. 5. Disput. 25. Cap. 6. n.º 73.*

A Ord. Liv. 2. Tit. 27. §. 3. diz claramente, que nunca se pôde prescrever contra o Foral, por estar por elle sempre a má fé provada contra o possuidor: e posto que o A. pretende no §. 1.º que esta Ordenação não se deve entender dos Foraes novos, julgamos que, ainda quando assim fosse, isso só teria lugar a respeito de sua disposição geral, e não daquelles principios certos de Direito, que nella forão adoptados como razões de decidir, e que mesmo assim são recebidos em a nossa Legislação, o que he de ver na Ord. Liv. 2. Tit. 53. §. 5. *posto que passe de quarenta annos, por quanto os huvemos por constituidos em má fé, para que nam possuão . . . prescrever as propriedades: e no*

Alv. de 26. de Novembro de 1774. antes tendo já o referido titulo registado nos Livros da mesma Camara, com evidente má fé positiva não se podia prescrever etc. (Veja-se a Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 23.)

§. 34.

Os Escriitores que o nosso A. seguiu, e que se fundão nos principios do Direito Romano, defendem a legitimidade do uso, ou costume contra a Lei. *Jam vero etiam* (diz Bohemer. Exercit. 83. ad Pandect. §. 5.) *contrarius usus, qui legi repugnat, consuetudinis vim habet, et tamdiu vigorem obtinet, donec lex pristina per novum edictum in usum fuerit revocata.* E posto que o costume seja diverso da immemorial, admittida com tudo a extincção, ou revogação da Lei pelo uso contrario, corre de plano a prescripção contra o direito do particular, por mais sagrado, e mais respeitável que elle seja: o que todavia entre nós não pôde seguir-se, porque não reconhecemos legitimo o costume contra a Lei, nem fallando-lhe os requisitos, que declara a Cart. de L. de 18. de Agosto de 1769. §. 14.

Será sempre memoravel entre nós, e formará mesmo huma epoca notavel na Legislação do Reino esta famosa Carta de Lei; e entre as suas providencias contemplamos como extremamente acertada, a que tem por fim marcar os caracteres do uso, ou costume, porque estamos convencidos da justiça das seguintes reflexões, que no presente seculo serão escritas por hum Autor de boa nota, e dellas damos o extracto. *A Lei escrita he a unica que pôde merecer o nome de Lei, a não escrita he propriamente huma ficção. Há na Lei escrita huma base segura, manifesta, hum Legislador, huma vontade, e*

huma expressão desta vontade, huma epoca conhecida do seu nascimento. Na consuetudinaria falta tudo isto. Sua origem he ignorada, cresce sempre, nunca pôde ter fim, modifica-se sem se saber etc.

§. 35.

Dado como certo o principio, de que não pôde haver boa fé contra o Foral, he consequencia necessaria, que-lhe falta tambem o justo titulo, e sem elle não se pôde prescrever. Mas diz-se: a posse, e principalmente a immemorial o suppõe. Não negamos, concedendo-se-nos, que esta supposição necessariamente deve ceder á verdade, logo que ella appareça: *Quamvis enim ex vetustate violenta præsumptio pro titulo olim legitime constituto nascatur; hæc tamen expirat, si probatio liquidissima, qua contra hanc præsumptionem violentam desideratur . . . in contrarium ab actore producta fuerit.* Bohemer. *Jus Eccles. Protest. Lib. 2. Tit. 26. §. 40. In casu enim claro* (diz Strick. Tom. 5. Disput. 25. Cap. 6. n.º 77) *cessant conjectura, et præsumptiones tolluntur ac vincuntur per evidentissimas probationes contrarias.* Mas se os Foraes são sentenças que passarão em julgado (§. 14.) e como taes lhes assiste a presumpção *juris et de jure*, constituem por isso huma prova, que não admite (em regra) outra em contrario, a respeito das cousas que nelles serão julgadas; por maneira que quando mesmo elles fossem despidos de toda outra consideração, esta só bastava para embarçar os effeitos da immemorial a seu respeito.

A principal especie de presumpção *juris et de jure* he a que nasce da autoridade da cousa julgada. *Cod. de l'Humanit. Tom. 11. pag. 234. Bohemer. Jus Ecclesiast. Protest. Tom. 1. Lib. 2. Tit. 23. §. 9.* diz: *Talis nascitur ex re judicata.* O interesse público, o bem da Nação per si só exige, que se repete sagrada a disposição dos juizes: *as causas se fazem immortales, sem as pessoas, que hão sentenças em seu favor, poderem por ellas estar seguros do que lhes he julgado.* Ord. Liv. 1.º Regim. Nov. dos Desembargad. do Paço §. 32. E para que as demandas hujão fim, e os vencedores não stem sempre duvidosos de seu direito. Ord. Liv. 3. Tit. 95. §. 3. Concluiremos esta nota declarando, que posto se ache regeitada em *Bohemer. Exercit. 66. ad Pandect. §. 6.* a presumpção *juris et de jure*, nós a admittimos, e defendemos, não só por nos parecer melhor a opinião dos que a sustentão, mas porque a achamos adoptada em nossa Legislação. Veja-se *Mello Freir. Instit. Lib. 4. Tit. 16. §. 9.*

§. 36.

Dir-se-há porém, e ainda, que a immemorial, ou prescripção fundada nella, he huma especie tambem de presumpção *juris et de jure*, e como tal tem *ad instar rei judicatæ* privilegio de prova, sem admittir outra em contrario: mas nós já mostrámos, que esta posse não he revestida de circumstancias que a tornem attendível, pois que suppomos haver hum Foral que lhe resiste; e a Ordenação do Reino manda attender tanto a este autentico documento, e julga-o tão digno de respeito, que, ainda no caso de contradicção com ella mesma, determina se siga antes o Foral, do que a Lei. Ord. Liv. 2. Tit. 33. §. 2. E quando a immemorial apparecesse com os ca-

racteres de presumpção *juris et de jure*, tinhamos em contraposição a ella a outra presumpção do Foral, ou *rei judicatæ*. Logo era necessario decidir, qual das duas presumpções devia prevalecer, e a decisão he obvia a favor do Foral; porque como de assim se entender resulta o beneficio do Colono, e em consequencia o bem da Agricultura; e como tambem a liberdade dos predios he huma Lei deduzida do seu estado natural, e ordinario, a presumpção que daqui nasce he tão violenta, e imperiosa, que vence todas as mais. *Adducam huc etiam præsumtionem pro libertate, quæ cum sit violenta juris, huic omnes cedere debent. Bohemer. Exercit. 66. §. 14.*

Não podemos deixar de transcrever neste lugar a opinião do mesmo *Bohemer. Jus Eccles. Protest. Tom. 1. Lib. 2. Tit. 23. §. 8.* em que dá muito bem a razão de decidir a favor da liberdade do predio em caso de duvida: *potissimum ad circumstantias esse respiciendum, & quæ specialior? quæ natura rei conuenientior? quæ humanior? quæ evidentioribus instructa sit rationibus? ponderandum, indeque de preferentia statuendum, prout pluribus ostendi exemplis. Sic pro possessore est præsumtio: est tamen etiam præsumtio pro libertate. Quando itaque negatoria instituitur contra eum, qui est in quasi possessione seruitutis, quæstio est, cui onus probandi iniungendum. Noui, quæ de hac controuersia sint concertationes ICtorum, quas quidem haud tango, interim tamen existimo, vnice inde quæstionem resoluendam esse, quanam præsumtio hoc casu sit validior? Actor ait, pro se militare præsumtionem ex libertate: reus ilidem dicit, se tutum esse præsumtione ex possessione deducta, nec onere probandi grauandum. Nihilominus tamen huic probatio iniungenda, quia hæc præsumtio ex ipsa rei natura seu dominio, quod ei in dubium haud vocatur,*

fluit. Et summum præterea fauorem habet, cum possessio fallax indicium iuris præsumpti præbeat, immo sapissime fallat.

§. 37.

Nasce daqui (em nosso modo de entender) a razão por que a Lei do Reino admite a possibilidade da immemorial, sem reconhecer, que ella supponha titulo necessariamente, porque exige mesmo, que, não obstante haver tal posse, elle se apresente. Exige-o pois, porque lhe resiste a presumpção *juris et de jure* da liberdade natural dos predios, que he o NOSSO MESMISSIMO CASO. Eis-aqui como se explica o Senhor D. José na Cart. de L. de 9. de Julho de 1773. §. 12. . . . posto que de taes servidões se alleguem as Posses immemoriaes, que são repugnantes à liberdade natural, quando não consta que para ellas precedêram titulos legitimos, que, conforme o Direito, excluão a Acção Negatoria. Do mesmo modo foi olhada pelo dito Senhor outra vez a immemorial em diferente caso, mas sempre dando-se como certa a existencia della; sem que por isso se suppozesse titulo, antes regeitando-se pela presumpção *juris et de jure* do dolo, e má fé que resultava de haver Leis, ou prohibições em contrario para persuadirem que sendo esta antiquissima posse titulo per si mesma, que não necessitava de outro, deviam ser desobrigados de apresentarem os Titulos, QUE NÃO TINHAM. . . . Em cuja certeza pela presumpção de Direito, fundada em todas as referidas Leis, que per si somente he prova plenissima, e liquidissima; e pelo universal costume, que Ellas

condemnâram; se devem reputar daquella reprovada natureza todos OS CENSOS, E FOROS, CUJOS TITULOS NÃO APPARECEREM, em quanto pela inspecção delles não constar o contrario POR MODO CLARO, EVIDENTE, E SUPERIOR A TODA A JUSTA REPLICA etc. Alvo. de 4. de Agosto de 1773. princip.

He com effeito este o systema da Lei, pois delle achamos tambem prova na Ord. Liv. 1. Tit. 62. §. 51 que só admite a immemorial, mostrando-se que não se sabe da existencia de outro titulo; mas isso não acontece em o nosso caso, porque temos no Foral titulo, e titulo autentico, e o unico capaz de provar o contrario de tudo, o que se queira oppôr a elle, e então já se mostra, que a pretendida posse não podia deixar de ser viciosa em seu principio, e que em consequencia não se lhe pôde dar o nome de immemorial. *Bohmer. Exercit. 83. Pandect. §. 16. not. (1) Imo si vitiosum initium doceri potest, immemoriale tempus deficit: vindo a ser resultado necessario perder ella o privilegio de presumpção *juris et de jure*, como diz o mesmo *Bohmer. J. Eccles. Protest. Tom. 1. Lib. 2. Tit. 23. §. 9 in fin. Hac vero deficiente (a immemorial) cessat quoque præsumptio juris et de jure.**

§. 38.

Concluiremos do exposto, que a immemorial não prova necessariamente a existencia de titulo contra o Foral; até mesmo porque, ou nós a suppomos começada antes, ou depois d'elle: se antes, como elle lhe he opposto, de necessidade a interrompeu, por constituir interpeação judicial, e por tanto de nada ficou valendo a continuacão della: se depois, como a Lei não admite posse alguma contra o Foral, he inutil qualquer

acquisição della neste caso , porque o objecto não sofre tal prescripção. *Allegari non posse hunc vetustatem in iis rebus , que possideri ab allegante nequeunt , hoc enim ipso quod possideri ab illo nequeant , statim ostenditur illegitime olim ipsa esse acquisita. Bobemer. J. Eccles. Protest. Lib. 2. Tit. 26. §. 45.*

TERCEIRA RAZÃO.

Que a Ord. Liv. 2. Tit. 27. prohibio a prescripção contra os Foraes velhos , mas não contra os novos.

§. 39.

Já mostramos (§. 8.) que os Foraes velhos forão cassados , e abolidos pelos novos , isto he , por aquelles da Reforma do Senhor D. Manoel ; e daqui se segue que a Ord. Liv. 2. Tit. 27. §. 3. , prohibindo a prescripção contra os Foraes , não quiz dar a entender os velhos , porque elles tinham perdido sua força de obrigar , e em consequencia estavam fóra do objecto da Legislação : não negando nós entretanto , que a Ordenação Manuelina , fonte daquella que interpretamos , tivesse em vista os velhos , por quanto não havia ainda os novos ao tempo dos *Pareceres* , de donde ella foi tirada.

No preambulo da Ord. Liv. 2. Tit. 27. conta-se o motivo , que o Senhor Rei D. Manoel teve para ouvir os seus Desembargadores sobre os Foraes , e diz-se que forão algumas duvidas , que , para se elles fazerem , era necessario serem determinadas. Logo os *Pareceres* não tinham por objecto Legislação feita , mas Legisla-

ção que se hia fazer ; isto he , não erão ouvidos aquelles Magistrados sobre os Foraes velhos , senão em quanto fosse preciso interpretallos ou entendellos , como fontes que ficavão sendo dos novos , e para os combinar com as posses , boas ou más , usos , ou abusos estabelecidos. Mas quando a Ordenação Philippina adoptou esta mesma Legislação , determinando no §. 4. Tit. 27. do Liv. 2. que ella se cumprisse , e guardasse , já não havia Foraes a fazer ; havia-os feitos , que erão os da Reforma do Senhor D. Manoel , e por tanto não podemos entendella de hum objecto , que não existia a esse tempo.

§. 40.

E nem se póde dizer , que os Phillipistas tivessem em vista no Tit. 27. do Liv. 2. sustentar a Legislação estabelecida , por durar ainda a commissão da Reforma do Senhor D. Manoel , porque ella já então se achava extincta ; e por tanto , para o conhecimento dos Embargos , que podessem haver , no caso delles serem admissiveis , ficava dada a regra no §. 5. do mesmo Titulo ; seguindo-se daqui que , se a Reforma produzio effeito , como temos mostrado , os Foraes velhos ficarão abolidos desde o tempo do Senhor D. Manoel , e não podia ser applicavel a elles a Legislação feita tantos annos depois : e se a Reforma não teve lugar (o que he absurdo) então muito menos póde ser applicavel a Foraes não reformados huma Legislação , que só foi feita na sua origem para os reformar. E quando nada do que temos dito concluísse necessariamente , que a Ord. Liv. 2. Tit. 27. em quanto prohibe a prescripção he applicavel aos Foraes actuacs , bastava

para que assim se entendesse, haver a respeito delles a mesma razão, que a respeito dos velhos, para dever ter lugar a mesma disposição de Direito.

QUARTA, E ULTIMA RAZÃO.

Que os Rendeiros, Camaras, e Officiaes Fiscaes não consentirão na introdução da posse, se ella não fosse titulada, e de boa fé.

§. 41.

Nós temos dito quanto baste para se concluir o pouco peso destes argumentos negativos em huma materia de tanta consequencia. Nenhuma presumpção he admittida, depois que a verdade apparece, nem quando há outras presumpções mais fortes. As Leis humanas tem-se feito necessarias, porque os homens se desvião do caminho da razão, e as providencias que ellas dão, e cautelas que se tomão para a sua execução, provão que a opinião, de que os funcionarios publicos não cumprem sempre o seu dever, he fundada na natureza, e na experiencia desgraçadamente certa, do que acontece todos os dias. Com effeito a Lei estabeleceu penas contra o Donatario, que excede suas Doações, Ord. Liv. 2. Tit. 45. §. 34., e contra os Officiaes do Conselho, que deixão de impugnar o excesso, e representallo competentemente para se emendar, Ord. Liv. 2. Tit. 45. §. 36. A Lei recommenda ao Juiz de Fóra, que evite as malfeitorias dos Fidalgos, Ord.

Liv. 1. Tit. 65. §. 17. : aos Corregedores, que acatulem a usurpação dos direitos, e jurisdicções, Ord. Liv. 1. Tit. 58. §. 15.; e aos Contadores das Comarcas, que tomem iguaes medidas, Ord. da Faz. Cap. 95. : a Lei não obstante isso prohibe em regra a prescripção, e posse em taes casos, Ord. Liv. 2. Tit. 45. §. 56., e em consequencia a Lei suppoz, que apesar das penas estabelecidas, e das recommendações ás Autoridades publicas, era possível praticar-se o contrario por tanto tempo, e de tal modo, que a pratica chegasse a adquirir a natureza, e força da immemorial. Os argumentos pois do A. fundados no supposto zelo dos Magistrados, e na pretendida exactidão dos Rendeiros, são desmentidos pela experiencia diaria, e contrarios ás hypotheses da Lei.

§. 42.

A estas considerações ajuntaremos outras muito obvias, e tiradas da observação, e da pratica. Todos sabem a facilidade, com que se introduzem posses, e usos na cobrança dos direitos. Hum administrador, ou rendeiro mais intelligente, e menos escrupuloso que seus antecessores, aproveitando-se das circumstancias do tempo, e da fraqueza dos povos, maneja os recursos do poder, da riqueza, e da autoridade daquelles que representa, e consegue assim por estudadas maneiras justificar no principio a novidade da cobrança; e o que d'antes parecia huma usurpação, he pouco tempo depois hum uso, hum costume; e o Senhorio vê suas pretenções realizadas, e respei-

tadas já pela força da posse. O povo (diz o Abade de Mably) *deve á mediocridade de sua fortuna huma especie de moderação, de que elle nunca se desvia. . . . As riquezas pelo contrario dão áquelles, que as possuem, huma vaidade tanto mais imperiosa, quanto he mais forte. Ella quer dominar, e suas esperanças tornão-se em direitos.* Des Etats d'Ameriq. Tom. 8. pag. mihi 429.

§. 43.

Conseguida assim a posse, corre de plano, que o Senhorio deve ser conservado nella, senão pelos Interdictos Possessorios, e o officio de Juiz, ao menos por seu poder, respeito, e consideração politica. He preciso pois, que o proprietario reivendique a liberdade natural da sua herança (a) intentando huma acção ordinaria; isto he, demandando, o Senhorio, o Donatario, sempre Grande, ou pelo menos sempre Poderoso, no juizo do seu foro, porque de maravilha deixará elle de ter esse privilegio, gastando muitas vezes o que lhe he preciso para se sustentar, e a sua familia, e começando a demanda com a esperança muito certa, de que em seus dias não lhe verá o fim; sendo obrigado entretanto a pagar, não o que deve, mas aquillo mesmo, que elle conhece ser huma usurpação.

(a) A Ord. Liv. 1. Tit. 88. §. 25. dá este nome a qualquer propriedade.

§. 44.

Assim he que a Lei castiga o Donatario, que abusa de seu poder; mas a pena jámais se impõe antes de preceder sentença declaratoria: Assent. de 20. de Julho de 1780, e a sentença he sempre o resultado de hum processo. E quem ha de intentallo? E quem sustentallo? A Ord. Liv. 3. Tit. 7. §. 1. diz: *Se algum Fidalgo, ou outra pessoa, que de Nós terra, ou terras tiver, usar dellas, ou contra os moradores dellas, como não deve, e Nós formos disso informado, em todo o caso que nos bem parecer, e entendermos ser serviço de Deos, e nosso, o poderemos mandar citar, que appareça perante Nós pessoalmente em dia certo para isso assinado, a se escusar. . . . de sorte que ou o meio seja ordinario, ou extraordinario, o uso, e emprego delle deve sempre julgar-se muito demorado, e não menos custoso.*

As Leis do Reino declarão em mais de hum lugar, que a todo o Vassallo he sempre reservado o direito muito apreciavel de recorrer immediatamente ao Soberano: Regim. de 9. de Maio de 1654. Tit. 3. §. 28. Alv. 11. de Maio de 1770. §. 3. Cart. de L. de 18. de Agosto de 1769. §. 2. ib. . . . *recurso, que não seja aquelle immediato á Minha Real Pessoa, de que nunca he visto serem privados os Vassallos, mas este meio como extraordinario só tem lugar depois de esgotados os remedios ordinarios de appellação e agravo para as instancias superiores.* Regim. Nov. dos Desembargadores do Paço de 27. de Julho de 1572. §. 30. Alv. 14 de Dezembro de 1775. §. 1. Por esta providencia pois, que exige o bem público na conservação da ordem judiciaria, e gradação das Autoridades estabelecidas para a decisão

dos processos , fica em consequencia menos prompto o remedio.

§. 45.

Quanto aos Magistrados e Officiaes das Camaras , a obrigação que elles tem de zelar a observancia dos Foraes , he com effeito propria de seus cargos ; porém que mostra a experiencia em tal caso ? Hum continuo desmazelo , nascido em alguns da falta de conhecimentos da Legislação sobre a materia ; em outros , da ignorancia de seus proprios deveres ; em outros , e na maior parte , do receio de se implicarem com alguns Grandes , Corporações , e Poderosos , nunca esquecidos de defenderem por espirito de Corpo , por interesse , e ás vezes até por capricho seus privilegios , regalias , e uteis , de cuja conservação se mostrão sempre zelosos em extremo. Accresce que o systema da nossa Legislação , tendo sido muito bem combinado em seu principio , foi mudando todavia em parte nos Reinados seguintes , por haverem mudado essencialmente alguns de nossos costumes : e hoje , e há muito , encontrão-se na sua execução difficuldades , que não forão previstas na sua origem : e ou seja por essas razões , ou por outras , o certo he que as Correições não se fazem já pela maior parte com aquella miudeza , e particularidade que a Lei recommenda , e que he necessaria para entrar no conhecimento dos abusos introduzidos , e natureza das posses adquiridas pelos Donatarios ; de sorte que toda a vigilancia , com que a Ord. do Reino manda proceder neste caso , se acha presentemente reduzida

a escrever nos Foraes , e Livros publicos o formulario do costume = visto em correição = formulario que , realmente , nada importa a respeito de grande parte dos Ministros , que o escrevem.

Todos sabem que os Senhores Reis de Portugal costumão em tempos antigos andar pelo Reino fazendo Correição , e quando deixavão de o praticar , mandavão em seu lugar pessoas da maior consideração , com amplísimos poderes. Forão depois criados os Corregedores ; mas não se adverte que hum simples Magistrado he hoje encarregado de fazer observar a Lei , a cuja execução em outro tempo presidia o Soberano pessoalmente. Quem dirá pois que nunca deixou de ser possível remediar abusos ? E deveremos conceder , porque os há , porque se tolerão , que não são abusos , que não são ataques feitos á Soberania , á Lei , e ao interesse dos povos ? Ouçamos o que em 26. de Fevereiro de 1780. dizia o celebre Lord Stormont na Corporação mais illuminada da Europa , o Parlamento de Inglaterra: *O grande uso do mundo , o habito de observar os Estados me tem convencido de huma verdade que escapa á falta de experiencia : pôde existir em theoria huma infinidade de males , mais ou menos apparentes , mais ou menos graves , que ou não admittão remedios praticos , ou para as quaes o uso de qualquer especie de remedio será infinitamente perigoso ; há males politicos de humo natureza tão particular , que o cuidado mesmo , que se tomasse em os supprimir , os tornaria caros áquelles , que delles se queixassem , e na machina de todo o governo encontrão-se defeitos , que saltão aos olhos , e que a experiencia entretanto não permite corrigir.*

§. 46.

Do que fica dito he facil concluir , que o contentimento dos Magistrados , e Officiaes dos Con-

selhos (ainda suppondo que tolerassem por sua vontade as illegaes introduções de posses dos Donatarios, e Grandes contra a letra do Foral) não inculca, nem prova a existencia de titulos para ellas, pois tal consentimento não he senão verdadeiro deleixo destes funcionarios publicos, que não pôde prejudicar em cousa alguma os interesses da Coroa, nem tornar legaes os abusos, e praticas excessivas, que a Lei regeita, e declara nullas. Com effeito se no Alvará de 7. de Dezembro de 1689. se determinou, que a omissão dos antecessores não fizesse attendivel a posse immemorial, introduzida em prejuizo dos successores no exercicio do seu poder, como será crível, que o simples descuido dos Officiaes, e pessoas que devem zelar os interesses da Coroa, e dos povos legitime essas immemoriaes, como o A. pretende? Já temos provado, que a experiencia mostra a facilidade destes descuidos, e omissões, e que o Direito os suppõe, conta com elles, e os dá como certos, e disso havemos ainda hum testemunho autentico no Alv. de 14. de Janeiro de 1807. §. 8. aonde se diz, que as denuncias de vinculos, e Capellas vagas, não tem lugar, quando *pelos Livros, ou Documentos publicos e legaes, existentes nos Cartorios . . . constar claramente da sua vacatura . . . porque a Real Fazenda não deve pagar . . .*

A NEGLIGENCIA DOS PROVIDORES E SEUS OFFICIAES, ENCARREGADOS MUITO PRIVATIVAMENTE DE VIGIAREM SOBRE ESTE IMPORTANTE RAMO DE ADMINISTRAÇÃO PUBLICA.

Parece muito bem applicado ao supposto consentimento das Camaras, o que diz Cocceo Nov. System. §. 300. *At 1. negamus, silentium inferre consensum. Et si enim quis praesens, et sciens aliquid in suum praedictum agi, taceat, etsi quis rem suam ab alio teneri sciat, nec quicquam contradicat, non tamen dici potest, eum jus suum amittere: tum quia jus nostrum non amittimus, nisi facto nostro, de quo constare certo debet; non autem constat ex solo silentio: tum, quia teste ipso Grotio dominus metu, vel defectu virium, vel alio casu impedi potest, quo minus praesens loquatur, vel quia juris sui gnarus non est.* A proposito dos Rendeiros sabe-se, que elles por evitarem trabalhos, e facilitarem as suas arrecadações, costumão muitas vezes fazer contratos sobre o pagamento do que devem os cultivadores; e os nossos Soberanos, zelosos de conservar na sua integridade os direitos da Coroa, e Fazenda, tem por mais de huma vez prohibido estas convenções, que os Rendeiros são costumados a fazer, como origem de posses injustas: o que muito expressamente foi determinado na Ord. Liv. I. Tit. 66. §. 22. dando-se a razão desta prohibição no Alv. de 1. de Junho de 1787. Cap. 18. *E nenhum Rendeiro dos ditos bens poderá fazer avença, nem contrato com os Possuidores, para que lhe dem cousa certa . . . PARA EVITAR AS POSSES, QUE INJUSTAMENTE SE COSTUMAÕ ALLEGAR POR SEMILHANTES AVENÇAS.* Que prova pois pôde fazer o consentimento, o silencio, ou a connivencia dos Rendeiros a favor da legitimidade das posses?

§. 47-

Dissemos no §. 19. que as razões, pelas quaes o A. pretende mostrar, que a immemorial tem lugar contra o Foral, não convencem; e do que até-aqui havemos expellido sobre cada huma dellas, se conhece a exactidão de nossa propo-

sição; agora vamos provar, que a sua opinião não só he sem apoio, porque não concluem os fundamentos, que elle tomou em sua defeza, como havemos mostrado, porém que além disso he opposta diametralmente ás Leis do Reino.

§. 48.

Da combinação do §. 34. do Livro 2. Tit. 45. da Ord. com o §. 55. e 56. do mesmo titulo resulta como certo, haver a Lei regeitado expressamente a immemorial, que he contra o Foral: e ainda que o A. quer entender o ultimo destes §§. sómente de jurisdicção, com tudo as palavras delle não consentem esta interpretação, porque ahi se diz: *E se algum dos sobreditos fizerem o contrario, do que em esta Ordenação he contenido . . . queremos, que tal posse, uso, e costume seja nenhum. . . . Por quanto havemos por dannado tal costume, e posse* POSTO QUE SEJA IMMEMORIAL. Ora no §. 34. expressamente se determina, que não possam por maneira alguma levar . . . mais foros, tributos, ou direitos dos que lhes por . . . Foraes forem outorgados E no fim do §. 56. . . . se leva mais direitos, do que . . . pelos Foraes . . . deve arrecadar. Logo a disposição deste §. não diz só respeito aos pretendidos excessos de jurisdicções, como o A. assevera no seu §. 108., mas sim a tudo, que he uso de direitos contra o Foral.

§. 49.

Para tirar porém as duvidas todas a este respeito, transcreveremos huma parte do Alv. de 14. de Junho de 1776, o qual parece haver sido feito há tantos annos, como de proposito, para só em si conter as respostas a todas as pretendidas supposições de titulos, de contratos, de sentenças, e a falsidade da opinião, de que a immemorial seja capaz de desfazer a Lei do Foral. E he o caso. Os Moradores da Villa da Arruda são obrigados no Foral, dado á mesma Villa pelo Senhor D. Manoel, a hum jantar avaliado ahi em 60700 reis; e passando por doação este direito á Casa de Unhão, os administradores della entrárão na pretensão de obrigar os mesmos moradores, a pagar em especie na fórma da primitiva criação; fundando-se para isso em huma Sentença do anno de 1444, e em outra do anno de 1533, obtendo no anno de 1766. huma, fundada naquellas duas, em que se revogou o Foral: e sendo isto presente ao Senhor Rei D. José mandou consultar a Meza do Paço, a qual deu seu parecer, sobre que houve resolução; tudo na fórma, e maneira seguinte.

§. 50.

E ordenando á Meza do Desembargo do Paço, que nella se visse, e Me consultasse o sobredito requerimento: Fazendo-me presente a mesma Meza, que as sobreditas duas Sentenças proferidas nos annos de mil quatro centos quarenta e quatro, e mil quinhetos trinta e tres, não podião servir de

*fundamento para a de que os Supplicantes se queixão, e que contra elles se executa: Não a primeira, porque como anterior ao Foral, perdêra toda a força, e autoridade, depois da promulgação del-
le: (a) E nem a segunda, como a elle contraria (b); e supposto se fundasse no referido Alvará do Senhor Rei D. João Terceiro, em que ordenára se emendasse (c) a redução feita no Foral, no caso de se achar lesiva contra os interesses da Coroa; nem o dito Alvará foi dirigido aos Juizes daquella causa, para emendarem a redução no caso de prejudicial; nem consta que por elle se fizesse obra alguma, por não apparecerem no dito Foral as precisas verbas, e declarações, de que se emendára naquella parte por virtude do dito Alvará, (d), sendo esta a fôrma authentica, e legitima de se alterarem, ou declararem as Leis dos Foraes: Devendo pelo contrario entender-se, na falta daquellas authenticas declarações, que se não emendára o dito Foral, (e) por se não poder mostrar lesiva a mesma redução.*

- (a) He contra a opinião do A. no §. 28., que os Foraes novos não cassavão os velhos, e tudo o que lhes dizia respeito, como são as Sentenças dadas em declaração delles.
- (b) He contra a opinião do A. no §. III., e IIII. que he possível haver Sentenças contrarias aos Foraes, e que ellas são capazes de os revogar. Veja-se a nota (a) do §. seguinte.
- (c) Neste caso houve determinação expressa para a emenda do Foral, e com tudo o resultado foi, qual se vê do contexto do Alvará; e o A. imagina todas as sentenças, só por haver sido possível, que os Foraes fossem embargados.

- (d) He contra a opinião do A. e em abono do que mostrámos no §. 15. e nota, aonde defendemos, que não se pôde suppor juridicamente, que houvessem taes Sentenças revogatorias dos Foraes, por não apparecerem nestes as aposiilas necessarias.
- (e) He contra a opinião do A. no seu §. 28. e 29. em quanto defende, que os Foraes forão emendados, só porque era possível terem sido embargados.

§. 51.

E conformando-me com o Parecer da dita Consulta: Mando, se ponha na mais indefectivel observancia a redução, que dos referidos generos comestiveis se acha feita no Foral, que o Senhor Rei D. Manoel deo para a Villa da Arruda; e que ella sirva de regra certa, e inalteravel, tanto para o pagamento, que os moradores da mesma Villa hão de fazer de futuro, como para o que deverem de preterito: Declarando, como declaro, nullas todas as Sentenças, que se acharem proferidas contra o dito Foral, (a) por constituir huma Lei expressa (b), que só por outra, ou por Alvarás, ou Decretos Meus pode ser revogada, ou alterada (c).

- (a) Observamos aqui o mesmo que dissemos na nota (b) ao §. antecedente.
- (b) He conforme ao que mostrámos no nosso §. 10. aonde provámos, que os Foraes são Leis.
- (c) He contra todo o systema do A. em quanto pretendeu mostrar, que os Foraes se podião revogar de outro modo, que não seja por huma Lei.

CAPITULO IV.

Juízo sobre algumas opiniões do A. a proposito dos Foraes, e intelligencia de suas determinações.

§. 52.

Querendo o A. mostrar, como foi feita a aquisição de alguns bens pelos particulares não Donatarios da Coroa, Igrejas, e Mosteiros, diz no §. 15., que he possível estarem hoje Senhores de grandes propriedades, *porque achando incultos e como Adespotas na primitiva communião, os apropriarão, e reduzirão a cultura por conveniencia dos povos, que nas vistas de lhes restarem Maninhos superabundantes, lhes não obstarão aquellas apropriações, caso em que os Maninhos assim apropriados ficão de dominio particular.* Não nos parece com tudo exacta esta reflexão, nem a doutrina que nella se contém; porque, se os Maninhos forão dados, e deixados aos povos para pastos, criações, e logramentos, Ord. Liv. 4. Tit. 43. §. 9. e 15. os povos não podião assentir legalmente a tal aquisição, pois não tem mais do que o uso, e a administração destes bens na qualidade de bens do Concelho, por ficarem elles sujeitos sempre ao Supremo Dominio do Soberano, como se diz expressamente no Alv. de 2. de Dezembro de 1626, e Dec. de 20. de Maio de 1734. O A. cita no referido §. 15. e no 46. a opinião de Almeida

Allegat. 5. n.º 16. para provar, que as aquisições de parte dos Maninhos, feitas pelas Corporações, e Corpos de mão-morta forão legitimas, e manuteneveis: porém eis-aqui o que diz Almeida no seu n.º 17. *atque eo nomine, eas possident, DUM AB EIS NON AUFERUNTUR.* Ora se dizer, que os Maninhos assim occupados pertencem ao occupante, até lhe serem tirados pelo meio da Lei, he dizer, que elles ficão do seu dominio particular e allodiaes, como o nosso A. assevera nos seus §§. 15. e 46., então podemos nós asseverar igualmente, que huma cousa usurpada foi legitimamente adquirida pelo usurpador, porque elle a possui tambem, em quanto não lha tirão pelo meio competente.

§. 53.

Nem ainda nos parece, em consequencia, que se deva seguir a opinião do A. nos seus §§. 45. e 47. e notas respectivas, em quanto nellas pretende mostrar, que os Maninhos se pôdem adquirir pela immemorial, fundando-se para isso em que a Ord. Liv. 4. Tit. 43. §. 15. concede aos Corpos de mão-morta, e pessoas Ecclesiasticas poder usar de qualquer titulo, e prova para mostrarem, que os Maninhos lhes pertencem; porque ainda que ali não se *proscreeva*, como diz o A., a immemorial, nem por isso ella fica permittida: pois he de saber, que aquelle §. 15. foi tirado desde o principio até ao v.º *Porém* da Manuelina Liv. 4. Tit. 67. §. 14., aonde se determinou, que os Donatarios não podessem to-

mar conta dos Maninhos, que não fossem seus *por títulos propios*. Em consequencia disto, ainda que elles quizessem mostrar, que pertencião á Coroa, e erão comprehendidos em suas doações, não o podião fazer, por acharem resistencia na Lei, a qual lhes defendia apropriar-se daquelles, que elles não podessem provar *por títulos propios* que erão seus. Para remover pois este embaraço, e habilitar os Donatarios a possuir nesta qualidade os Maninhos, que lhes fossem doados, declarou o Senhor D. João III. na Provisão de 8. de Julho de 1553. (em Duarte Nunes de Leão P. 2. Tit. 2. L. 8.) que nem por isso ficavão essas pessoas e Corpos de mão-morta impossibilitados de poder usar de qualquer titulo, e prova, *que neste caso por direito se póde fazer*.

A intelligencia que damos aqui á Lei parece obvia, considerando-se 1.º Que no principio do §. se tinha permittido aos Donatarios provar, que os Maninhos erão do seu dominio particular por titulo, que delles tinhão; 2.º Que por tanto esta disposição indistincta de *titulo*, sem declarar, qual elle devia ser, foi geral, e comprehendeu todos, pois não excluiu algum. 3.º Que por isso era inutil dizer no fim do §., que não tolhia o uso de qualquer titulo, porque já o tinha permittido no principio. 4.º Que em consequencia esta segunda permissão, ou liberdade que a Lei concede, suppõe huma nova especie, differente da primeira, e por tanto o fim da Lei foi declarar, que os Donatarios, como Donatarios, podião provar, que os Maninhos lhes pertencião, assim como lhes era permittido fazello na qualidade de particulares. 5.º Que a Lei permittindo no principio do citado §. 15. aos Donatarios usar dos Maninhos, que fossem seus em particular *por titulo que delles tinhão*, he huma Lei clara, que nem

na theoria, nem praticamente podia achar dõvida, ou contradicção em si mesma, isto he em suas palavras, e por tanto era desnecessario, que fosse declarada. 6.º que em consequencia a Provisão de 8. de Julho de 1553. feita para declarar esta Lei (como nella se diz) seria inutil, a não se suppor a intelligencia que nós lhe damos.

§. 54.

Os Compiladores Filippistas accrescentarão pois no fim do §. esta mesma Legislação, e com o mesmo fim, para que se ficasse entendendo em regra, que os Donatarios podião mostrar o direito de se apropriarem os Maninhos, ou como seus, ou como da Coroa, usando para o mostrar, e provar que são da Coroa, de qualquer titulo e prova. E qual titulo, e qual prova quizerão elles entender? Os titulos, e provas, á vista dos quaes se podem receber direitos, que são os constantes do §. 34. do Tit. 45. do Liv. 2. da Ord. aõnde se diz, que os Donatarios não poderão levar mais foros, tributos, ou direitos *dos que lhes por suas DOAÇÕES . . . ou por FORAES, ou SENTENÇAS forem outorgados*. Eis-aqui pois os titulos, e provas, que o Senhor D. Manoel teve em vista na citada Provisão, e depois delle os Filippistas no fim do referido §. 15. De sorte que assim já se fica entendendo, que os Donatarios podem adquirir os Maninhos *ou jure proprio*, ou como taes Donatarios: no primeiro caso devem provar o dominio com titulos propios, e particulares; no segundo com todos os titulos, com que o Direito permite provar-se o uso dos direi-

tos doados, isto he com *Doações, Foraes, ou Sentenças.*

Cada vez nos convencemos mais de ser esta, e não outra a verdadeira interpretação do citado §. 15. da Ord., porque não só resulta hum absurdo visivel de se entender de outro modo, mas assim até fica demonstrada evidentemente a necessidade, fim, e occasião da Lei. A regra geral, a presumpção *juris et de jure* está a favor dos povos a respeito dos Maninhos, porque todos elles lhes foram deixados para seus logramentos, á excepção dos que o Soberano reservou, como he expresso na Ordenação. Logo todo o Maninho, que hum particular não provar por titulo ser seu proprio, he dos povos: e pela mesma razão todo o Maninho, que a Coroa não provar ter sido reservado, he igualmente dos povos: e em consequencia o Donatario della, que na qualidade de Donatario não provar por qualquer titulo 1.º, que o Maninho de que quer mostrar-se Senhor foi hum dos reservados; 2.º que he incluido na doação, que o Soberano lhe fez, não pôde apropriar-se delle. Para esta ultima prova he que elle foi por tanto autorizado no fim do §. porque as palavras, em que se havia concebido a prohibição no principio, o excluíam della.

§. 55.

Mas dir-se-há: porque razão nestes titulos, e provas, ou seja como de Donatarios, ou como de particulares, não poderá entrar a immemorial, que suppõe aquelles titulos, e até porque este mesmo he o estado da questão, isto he saber, se a immemorial pôde, ou não ser admissivel neste caso? Responde-se: a immemorial fica fóra de qualquer destas hypotheses; porque se o Donatario a allega como Donatario, resiste-lhe a Ord. Liv. 2. Tit. 45.

§. 56. onde se diz, que em tal caso será *dannado tal costume e posse, posto que seja immemorial*: se elle a allega como particular, então, ou os Maninhos foram coutados, e reservados para a Coroa, ou dados geralmente pelos Foraes com as outras terras aos povoadores dellas, como se diz na Ord. Liv. 4. Tit. 43. §. 9.: no primeiro caso elles são imprescriptiveis, como bens da Coroa, que ficarão sendo desde o seu principio, não tendo mesmo lugar nelles a immemorial (o que mais amplamente provaremos em outra parte); no segundo tambem não podemos admittilla, porque nós já mostrámos no nosso Cap. 3., que contra os Foraes não prevalece, nem a prescripção, nem ainda a immemorial.

§. 56.

Eis-aqui o motivo porque no Supremo Tribunal da Meza do Paço se declarou ao Provedor da Comarca de Coimbra na Provis. de 26. de Novembro de 1766, que não reconhecesse tal immemorial. *Hei por bem, e vos mando que façaes restituir aos Concelhos tudo o que achardes usurpado contra a fórma das Leis que vos mando observar: e não deveis consentir que a respeito das Maninhos, doados e destinados para logradouros dos povos, usem os Donatarios de maior poder do que a minha Real Coroa pratica nas suas terras; de fórma que, não mostrando as Igrejas outro titulo particular por onde as Maninhos lhes pertencção, de nada aproveita para esse fim a razão do Senhorio E MENOS A POSSE, que se não conformar com*

a doação, AINDA QUE SEJA IMMEMORIAL, como he expresso pela Lei do Reino etc.

§. 57.

O grande respeito e veneração, que sempre tivemos ás opiniões de *Paschoal José de Mello*, a bem merecida reputação de que goza no Foro, e a muito justa adopção de suas obras para uso da Universidade, nos obrigão a defender, quanto ser possa, qualquer de suas opiniões, que nos pareça impugnada com menos fundamento; e neste sentido tomamos a censura, que o A. lhe faz no seu §. 67., quando ataca a doutrina delle no Liv. 1. Tit. 7. §. 16. (e nota) aonde aquelle Juris-Consulto diz, que sendo prohibido pedir novos tributos, ou direitos contra a determinação do Foral, se deve igualmente julgar prohibido exigir do cultivador a quota dos frutos das arvores, quando elle muda a cultura da terra em plantações de arvoredos, e que neste caso assenta elle se deve recorrer ao Soberano para declarar o Direito, que se ha de seguir. O A. oppõe a isto as doutrinas de Cabedo, Valasco, Pereira, e outros que seguem o contrario; e conclue com a determinação do §. 64. do Alv. de Regim. de 20. de Abril de 1775, em que se determina, que os Foreiros dos Reguengos, pertencentes ao Hospital das Caldas da Rainha, paguem as quotas dos frutos, que por estimação se arbitrar poderião produzir os terrenos, que elles occuparão com arvoredos.

§. 58.

Não entramos aqui no exame das razões, que dão aquelles Doutores em abono de sua opinião, e unicamente asseveramos: 1.º que *Paschoal José de Mello* entendeu mui juridicamente, que mudar nos emprazamentos a especie do pagamento, he hum novo onus, tributo, ou pensão: 2.º que quando esta mudança não se considere opposta directamente ao Foral, ao menos fica prudentemente duvidoso o Direito em tal caso; e em consequencia há necessidade de interpretação autentica: 3.º que, sendo o Foral huma Lei, o recurso ao Principe, que *Mello Freire* julga necessario neste caso para o declarar, he huma lembrança sua mui digna de elogio, antes que da censura do A. porque só o Soberano, ou aquelle a quem elle delega suas vezes, pôde interpretar autenticamente as Leis: 4.º que a Legislação do Senhor D. José no dito Alv. de Regim. para as Caldas prova não só isto mesmo, quero dizer, que foi precisa a interpretação autentica, que elle deu ao antigo Foral, mas que a opinião de Valasco, e dos mais Doutores acima referidos, não era geralmente seguida no foro, porque se o fosse, ficava escusada a Lei, ou a interpretação do Senhor D. José: 5.º que aquella Legislação foi privativa para os Reguengos das Caldas, em vista de seus Foraes, e não pôde estender-se aos outros, como de semelhante a semelhante; porque os Foraes são Leis particulares de cada terra; e assim como as de huma não se podem applicar a outra, assim não podem huns admittir a inter-

pretação dos outros, porque foram dados conforme os contractos, posses, circumstancias de tempo, e de lugar, e o que he justo nestes póde deixar de o ser naquelles. Por tanto não há em todos identidade de razão; e he preciso por isso em cada caso de dúvida huma especifica interpretação autentica, como diz *Mello Freire*; cuja opinião fica em consequencia bem a coberto da critica do A.

§. 59.

Os principios que havemos estabelecido, leu-vão-nos mui naturalmente a impugnar a outra censura, que o A. faz no seu §. 69. até 73. ao dito *Mello Freire*, pretendendo mostrar, que elle *errou*, quando no Liv. 1. Tit. 7. §. 15. (nota) quiz persuadir, que não duvidaria applicar a todo o Reino os principios de razão, de equidade, e mesmo de justiça, expendidos no Alv. de 16. de Janeiro, e de 4. de Agosto de 1773. sobre a taxa dos foros e censos no Algarve, porque o referido *Mello* nem disse, o que o A. suppõe no sentido que lho attribue, nem, quando o dissera, suas expressões, tão moderadamente empregadas para manifestarem seus desejos, merecião o nome de *erro* que se lhes dá gratuitamente.

§. 60.

Com effeito os luminosos principios, que elle estabelêce, as idéas liberaes que nelles desenvolve, as razões politicas, em que os fundamenta, devião fazer respeitar mais seus sentimentos sobre a ma-

teria; e tanto melhor, quanto nella há mais a dizer do que o A. parece querer inculcar. Na verdade quem deixará de abraçar (fallando geralmente) a opinião de que ao cultivador deve ficar alguma cousa livre, além do necessario para seu sustento, e despezas dos amanhos? Por ventura porque o Senherio não violenta o Colono a receber a terra, tem direito a haver todos os frutos da propriedade, que cedeu, quando hum accidente não previsto, hum caso não pensado, meramente fortuito, a tornou menos fertil? *O Rendeiro tem ordinariamente* (diz o A. dos Discours Politiq. Tom. 3. pag. 188.) *dous terços do producto da terra; hum para os gastos e conservação de seus assistentes, outro pelo proveito de sua empreza.... O proprietario tem de ordinario o terço do producto de sua terra.* Eis-aqui o que ensinão a razão, e os principios de huma politica bem entendida: eis-aqui o que teve em vista o Senhor D. José quando no seu Alv. de 4. de Agosto de 1773. estabeleceu o mesmo no Algarve (a), e eis-aqui finalmente o que *Mello Freire* desejava, que se estendesse a todo o Reino. E porque merecião seus desejos ao A. o nome de *erro*? (b) A caso os censos e foros, que se acharem nas mesmas circumstancias, e em que houver a mesma razão em qualquer parte do Reino, serão justos, serão conformes á razão, só porque não são foros do Algarve? (c).

(a) A Rainha N. S. reduzio no Alv. de 15. de Julho de 1779. §. 2. aquelles foros, de que não apparecem os titulos originaes, a ametade do que pagavão antes dos Alvarás do Senhor D. José: mas esta alteração

prova mais nossa opinião. E acrescentamos aqui ao que dissemos no §. 37. que a posse immemorial, admittida mui extraordinariamente neste caso, ainda assim não legitima absolutamente o direito do Senhorio, havendo maiores presumpções em contrario.

(b) Quem ler as obras de *Mello Freire* achará, que elle não falla sempre de *jure constituto*, mas sim e algumas vezes de *jure constituendo*. As muitas ideas, que havia adquirido sobre a Jurisprudencia e Politica universal, seus amplissimos conhecimentos dos nossos usos e dos costumes das Nações, que nos governarão, a lembrança muito adequada dos factos historicos, que mais ligação tem com a Legislação Patria, em que foi grande Sabedor, e finalmente o gosto, e pureza de seus principios, adquiridos pelo estudo da critica mais exacta, não podião pela maior parte conter-se nos limites de hum commentario ou synthese. Vagueava por tanto algumas vezes, fogendo de espalhar luz sobre as materias, que tratava, e julgando que por ventura alguém poderia hum dia tirar partido de suas lembranças.

(c) Não podemos offerecer huma prova mais terminante de que os principios adoptados por *Paschoal José de Mello* são em geral muito conformes ao systema da nossa Legislação, do que transcrevendo aqui as palavras do Alv. de 21. de Janeiro de 1766, em que o Senhor D. José trata de iniquidade manifesta a pretensão dos Senhorios, que querião obrigar os enfiteutas a pagar os mesmos foros, depois de destruidas as propriedades pelo Terremoto: *Pertendem os Senhorios directos dos sobreditos prazos, que os seus respectivos enfiteutas lhes continuem a pagar, depois de haverem sido destruidas as sobreditas propriedades, e os mesmos foros, que dellas lhes pagavão em quanto estiverão existentes; embaraçando com huma manifesta iniquidade etc.*

CAPITULO V.

DOAÇÕES.

Qualidades que devem ter as Doações.

§. 61.

Todas as Doações Regias, como mercês feitas pelos Soberanos, devem passar pela Chancellaria; de outro modo nem os Officiaes podem dallas á execução; porque se as derem *pagaráo dez cruzados, ametade para quem os accusar, e a outra para o rendimento da Chancellaria.* Ord. Liv. 2. Tit. 39. §. 2. Todas as Doações de terras, privilegios, e mercês devem ser registadas em quatro mezes; e não se registando não valem. Ord Liv. 2. Tit. 42. Esta ultima Legislação foi renovada no Alv. de 1. de Agosto de 1777. §. 2., aonde se diz: *e que sem constar deste Registo pelas Verbas assima ditas, não valhão as Cartas, e Alvarás de Mercê . . . NEM POR ELLAS SE FAÇA OBRA ALGUMA.* Nenhum Donatario pôde usar de sua Doação sem carta ou confirmação. *Que os Corregedores, e Provedores das Comarcas, e o das Lizirias não consintão que Donatario algum da Real Coroa se conserve em posse, e uso de Doações de bens, de Jurisdicções, de Regalias, e de Privilegios, sem que tenham Cartas, ou Confirmações das referidas Doações, registadas nas mesmas Correições, ou Provedorias.* Dec. de 17. de Novembro de 1801. §. 2.

O A. segue no seu §. 85. (nota) que se pôde prescrever a obrigação de pedir a confirmação da Doação Regia: e funda-se na doutrina de *Peg. Tom. 10. á Ord. Cap. 22. n.º 14.* Quem o ler achará, que elle tira esta conclusão do principio, que estabelece na prescripção, á qual attribue o poder de mudar a natureza dos bens da Coroa; e perdida ella corre de plano a extincção das obrigações, e encargos, a que elles estão sujeitos. Mas aonde provou o A., que esta prescripção tem lugar entre nós?

§. 62.

Todos os Donatarios Seculares, e Ecclesiasticos forão obrigados a apresentar suas Doações, e titulos de suas mercês nas Confirmações Geraes, ultimas a que se procedeu no tempo do Senhor D. José, e receberão conhecimento de suas entregas, para usarem por elles de suas Doações, Cartas, ou Provisões. Cart. de L. de 6. de Maio de 1769. Estes titulos pois, que assim receberão, ficarão servindo em lugar dos que havião entregue na Secretaria das Confirmações Geraes, e em consequencia devem todos ter ou a sua carta, ou o respectivo conhecimento: podem mesmo ter os titulos originaes, porque todos se lhes mandarão entregar por Dec. de 5. de Outubro de 1799, que foi publicado por Editaes de 26. do mesmo mez e anno.

§. 63.

A necessidade das Confirmações obriga por tanto a todos os Donatarios, mesmo aos Ecclesiasticos; não só porque todas as Leis fallão expressamente nelles, quando impoem a necessi-

dade desta solemnidade, ou quando dão providencias sobre ella; mas porque não havendo, como não há, alguma que lhes conceda a este respeito privilegio, elles devem ser sujeitos á disposição geral. *Hac autem omnia* (diz Mello Freire Liv. 2. Tit. 3. §. 44.) *quæ de donationibus Regiis, earumque confirmandarum necessitate diximus, Donatariis Ecclesiasticis omnino applicari debent.* E na nota ao mesmo §. continua *adeoque legibus omnibus specialibus his bonis datis prorsus sunt obnoxii.* Parece logo á vista do referido, que he manifesta a pouca exactidão da doutrina do A. no seu §. 76. e 88., aonde pretende mostrar, que as Corporações Ecclesiasticas não estão sujeitas a entrar nas Confirmações de Rei a Rei, e só nas Geraes, parecendo querer por isto significar, que a respeito dellas há differença, ou que com effeito não são obrigadas áquella necessaria, e muito essencial formalidade.

§. 64.

O A. cita em apoio de sua opinião a autoridade de *Peg. á Ord. Tom. 10. Cap. 35., e Tom. 11. Cap. 16. e 119.*; mas quem o lê conhece, que elle teve por fim mostrar, que são irrevogaveis as Doações feitas ás Igrejas, e Mosteiros; ou por outro modo, que os bens que lhes forão doados, logo que o forão, se tornarão Ecclesiasticos (a) e como taes ficão fóra do espirito da Lei Mental: e ainda que *Mello Freire* ataca este principio até certo ponto, e não seria talvez difficil derramar ainda mais alguma luz

sobre esta materia, contentamo-nos de estabelecer em regra: 1.º que a Lei do Reino obrigando a todos, e em todos os casos que teve em vista, não se póde sem temeridade defender, que ella exceptuou hum, de que não tenha feito expressa, e determinada menção: 2.º que a qualidade de Ecclesiasticos nos Donatarios não faz, que elles deixem de ser reputados meros administradores dos bens doados, *como são* (diz-se no Dec. de 24. de Outubro de 1796) *os que administração PRECARIAMENTE OS DONATARIOS . . . IGREJAS, MOSTEIROS, COLLEGIADAS, E CORPORAÇÕES*: 3.º que o Soberano, doando, não demittio de si o direito Magestatico de poder modificar a Doação, e o Principe, doando, não fica ligado para não poder alterar a Doação, quando concorre o bem commum dos Povos. Assent. de 24. de Abril de 1788.

(a) He para notar, que o A. pareça seguir no seu referido §. 76. a opinião de Pegas, em quanto este Escriitor pretende, que ficão perpetuamente Ecclesiasticos, e das Igrejas, os bens da Coroa, que lhe forão doados; ao mesmo tempo que havia dito no seu §. 14. (nota) que hoje raiando *luzes mais claras*, se tem secularizado COMO SEMPRE REALMENTE O FORAÕ, OS BENS, QUE SE CHAMAÕ ECCLESIATICOS etc. Passando esta especie de contradicção, observaremos sómente, que, se o sujeitar a Decimas, Quintos, e Subsídios os bens Ecclesiasticos, he devido a *LUZES MAIS CLARAS*, estas luzes não principião a raiar hoje, como elle diz; são antigas, são conformes ao espirito das Leis do Reino, e aos costumes d'elle. Huma das vezes que temos noticia assim se praticou, foi há mais de seculo e meio, determinando-se que elles pagassem Quintos, e Decimas. *E considerando eu* (diz o Senhor

D. João IV. no seu Decreto de 19. de Novembro de 1652.) *que os bens da Coroa, e Ordens, estão primeiro obrigados ao Serviço da Coroa, que os patrimoniaes de cada hum etc.* Neste sentido, com estas vistas, e com estas razões se havia determinado o mesmo a respeito das Igrejas, Mosteiros, Freires, Comendadores, etc. pelo Dec. de 23. de Julho de 1642. Dec. 5. de Maio de 1645. (Veja-se Portug. Restaur. P. 1. Lib. 6. pag. mihi 409.)

§. 65.

Estabelecemos ainda e mais em regra: 4.º que havendo sempre, e em todo o caso, lugar o direito de reversão á Coroa, a respeito de todos os bens, que por qualquer modo della sahirão, nas circumstancias em que as Leis do Reino o fazem adoptavel, tem o Summo Imperante por essa razão, independente de outra qualquer, o inaufervel direito de obrigar os Donatarios Ecclesiasticos, a que apresentem suas Doações nas Confirmações geraes, e particulares: 5.º que, não podendo os Corpos de mão-morta possuir bens de raiz sem licença Regia, he preciso, que elles fação conhecer nas Confirmações a legalidade de suas acquisições; isto he, que elles não tem excedido a mercê, que se lhes fez. Ord. Liv. 2. Tit. 18.

O direito da reversão á Coroa he fundado na primitiva qualidade dos bens doados, que elles conservão ainda depois da mercê, *porque pela doação não perdêrão a primitiva natureza de bens da Coroa.* Assent. de 24. de Abril de 1788. n. 2. Foi por esta razão que no Alv. de 25. de Fevereiro de 1761. se declarão revertidos á Real Fazenda *todos os outros bens que della havião*

sabido para os sobreditos Regulares (os Jesuitas). He muito notavel a edição deste Alvará na lingua Portuguesa e Franceza, e a parafraze, que o acompanhou, começando assim: Elrey seguindo o voto, e parecer dos Doutores Theologos, e Juristas, Ministros dos seus Conselhos, e Detembargo, na distribuição, e applicação dos Bens dos Jesuitas expulsos, e banidos dos seus Estudos, se conformou inteiramente com as Leys, e costumes da Igreja, dos Reinos Catholicos, e principalmente do Reino de Portugal. — He Ley constante, que todos os Bens da Coroa, de qualquer modo que sejam doados, ou alienados, censeruão sempre o direito de reversão. — He Ley universal da Igreja Catholica, que as cousas immediatamente dedicadas ao Culto Divino não devem empregar-se em usos profanos. — Tambem he Ley da Igreja, que os Bens que serão legados por pessoas particulares, ou a huma Igreja, ou a hum Mosteiro com o onus, e condição de fazer certos suffragios . . . e de outros encargos espirituaes, não devem ter outro uso, excepto se por autoridade Ecclesiastica forem applicados a diversos fins espirituaes.

CAPITULO VI.

Prova das Doações.

§. 66.

Consideramos aqui as Doações em dous diferentes pontos de vista; ou como factos, que não se suppoem, e que he indispensavelmente necessario provar; ou como escrituras, que servem para mostrar a existencia desses factos. Na primeira hypothese temos por certo, que hum Donatario, vindo a Juizo a demandar como tal hum reo, he

obrigado a apresentar a sua doação, escritura, ou titulo para fundar sua intenção: na segunda temos tambem, e em consequencia por indubitavel, que, faltando nessa doação a confirmação, ella nada prova; e o reo he autorizado para allegar esta falta.

O DONATARIO ACCIONANDO, COMO DONATARIO,
DEVE APRESENTAR A DOAÇÃO.

§. 67.

A propriedade e a Lei (diz o celebre Juris-Consulto Bentham Trait. de Legislat. Tom. 2. pag. 35.) nascêrão juntas, e juntas hão de morrer: e nós accrescentamos, que a propriedade deve ser sagrada, e intacta como origem da civilização dos homens, e eixo principal da ordem politica e civil. A historia das Nações, errando aqui, e ali, sem se empregarem na cultura das terras, e sustentando-se da caça, do leite, e da carne dos rebanhos, que apascentavão, ora neste, ora naquella paiz, he a historia da sua barbaridade. Conheceo-se pois, que a fome, sendo huma necessidade, que se devia satisfazer todos os dias, só se remediava efficazmente com os frutos da terra, cuja producção era menos sujeita á inconstancia, e desde logo foi conhecida tambem a utilidade de fixar a habitação, e de segurar o uso dessa terra, que cada hum cultivava por meio de associações que produzião a força pública, e de regulamentos, e Leis que ella fazia respeitar. Quando o Soldado conquistador recebia a porção de terre-

no, que lhe cabia em sorte como premio de seu valor, adquirido por sua espada, elle abençoava a Lei, que lhe garantia a posse em sua vida, e lhe dava poder para deixalla a seus filhos, depois da sua morte. *Então* (diz Roberts. Hist. du Regn. de l'Emper. Charl. Quint. Tom. 2. pag. 28.) *a propriedade das terras recebeu huma forma constante, e estavel.*

Entre os dilirios de *João Jacques Rousseau* merece hum lugar distincto o ataque, que elle fez ao direito da propriedade. Este genio singular, tão inconsequente como inquieto, imaginando huma igualdade quimerica, e suppondo os homens não como elles são, mas como elle julgava que podião ser, deu tudo por perdido, logo que alguem se lembrou de dizer, isto he meu. *Elle devia dizer pelo contrario*, (responde Sabatier de Castres de la Souverainit. Tom: 2. Liv. 2. Chap. 3. pag. 68.) *que desde logo se achou tudo, porque nada há calculavel senão a propriedade.* Tal he o sentimento de *la Croix Constit. des Principaux Etats de l'Europe.* Discours Prelimin. Tom. 1. pag. 12. *Assim* (diz elle) *a primeira, a mais solenne das Leis foi feita em favor da propriedade . . . e pag. 13. O primeiro delicto foi a perturbação que experimentou o cultivador no uso do campo, que rompeu.*

§. 68.

O acto fundamental da propriedade he a posse: a prova desta propriedade he a exclusão de qualquer outro gozar: e assim como a posse não pôde estar *penes multos* Leg. 3. §. 5. ff. de acquir. posses. assim a propriedade, ou o dominio, que por isso se definem muito exactamente *o direito, em virtude do qual huma cousa nos pertence de*

tal sorte que ella não pertença a outro do mesmo modo. O possuidor por tanto reputa-se senhor, ou proprietario da cousa, em quanto não apparece outro que a reclame, e prove, que he sua. Tal he hum dos principaes privilegios, e prerogativas da posse, diz *Pothier. Trait. de la Poss. Chap. 1. art. 1. n. 3.* e taes são as razões, pelas quaes se tem estabelecido em regra a liberdade natural das propriedades. *Pela disposição do Direito* (diz Mr. de Felic. Cod. de l'Humanit. Tom. 1. pag. 205.) *sendo julgados francos, e livres todos os bens, contra os quaes se não prova servidão; segue se que OS SENHORIOS NÃO PODEM EXIGIR DIREITOS E DEVERES SENHORIAES, SEM EXHIBIR TITULOS BONS E VALIOSOS, que estabeleção seus direitos.* Esta mesma presumida liberdade dos bens foi reconhecida na Carr. de L. de 9. de Julho de 1773. §. 12. *Liberdade natural . . . e na outra de 3. de Agosto de 1770. §. 4. Ordeno, que todos os bens . . . sejam havidos por livres, e desembaraçados.*

Na Legislação moderna tem-se adoptado a palavra *Allodiaes* para indicar os bens livres de qualquer onus, ou encargo; e nesta accepção se toma vulgarmente, o que he de vêr no Alv. de 12. de Maio de 1758. §. 3. Carr. de L. de 23. de Novembro de 1770. §. 16., e achar-se-há no Elucidário de Pereira Lib. 2. Elucidat. 6. n. 747. a etymologia desta palavra; e uso differente, que della se tem feito: sobre o que escreven largamente Strykio Tom. 7. Dissert. 14. de Jur. Allodial. Cap. 1. n. 1. e seguintes. Na Ordenação do Reino porém dava-se o nome de *isentas* ás propriedades, que hoje chamamos *allodiaes*: Ord. Liv. 4. Tit. 43. §. 3. 5. 13. com a qual concorda a Ord. Liv. 2. Tit. 18. §. 3.

E se até os ditos tempos os possuirão sem delles pagarem foro, ou tributo algum, assi os hajão, e possuão EXEMPTAMENTE Neste mesmo sentido foi tomada esta palavra no Regim. dos Contos de 3. de Setembro de 1627. Cap. 76. *forros e isentos ou foreiros* Veja-se a diversa intelligencia, que se dá á palavra isentamente no Elucidario de Fr. Joaquim de S. Rosa. Tom. 2. pag. 68.

§. 69.

Do que temos dito concluímos pois a necessidade, que o Donatario tem de fazer prova de sua intenção, e de a fazer na forma da Lei: e nem achamos, que elle possa ser dispensado disso, attenta a determinação da Ord. Liv. 3. Tit. 59. em que se declara necessaria a escritura pública, para provar as Doações; e no Tit. 20. §. 22. tinha-se determinado, que o A. offerecesse com o libello a escritura, sem a qual elle não se poderá provar. Accresce que nas Doações Regias he singular, que não fação prova os traslados, mas sim os originaes. Alv. 14. de Outubro de 1766., o que mostra pelo menos, que a Lei muito longe de neste caso diminuir alguma coisa de seu rigor, o augmenta, e quer que nelle se proceda com mais cautela, e exactidão. E nós já mostrámos no §. 36. que a favor do possuidor há huma presumpção *juris et de jure*, que produz o seu effeito, e que não desvanece sem prova clara, e terminante em contrario.

§. 70.

O A. diz no §. 84. *Quando porém o que se diz Donatario da Corôa está em posse dos Direitos Reaes de algum Territorio, e como tal trata controversia com qualquer pessoa particular, que não seja o Regio Procurador, neste caso não tem obrigação de exhibir ao Adversario o Titulo de sua posse.* Esta doutrina só he verdadeira, quando o Donatario he reo, e demandado pela cousa que possue, porque neste caso não he com effeito obrigado a mostrar o titulo de sua posse; mas isto não he só privilegio dos Donatarios, he em geral de todos os reos, pois como acabámos de mostrar, o possuidor reputa-se senhor da cousa que possue, e por isso quem lha demanda, he que deve apresentar o titulo, porque ella lhe pertence: por tanto nem esta doutrina do A. parece exacta, nem a outra que escreveu, quando disse no §. 88. *só procede quando a controversia he com o Rei, e Vassallo Donatario; caso unico, em que este he obrigado a exhibir a sua Doação, e Confirmação (nos casos em que esta he precisa) e não quando a Controversia he entre o Vassallo, e Foreiro.*

§. 71.

E nem as razões de *Parexa*, e dos mais que o A. produzio no dito §. 84. dizem o contrario do que nós dizemos, antes se vê, e conhece, até sem maior exame, que elles seguirão isto mesmo, e que só isto quizerão dizer; porque nas palavras do dito *Parexa*, que ali se citão,

achamos que a hypothese imaginada por elle, e pelos outros, a que elle se refere, he no caso de se quererem reivindicar os bens do Donatario, isto he, no caso delle ser reo, *dum postulatur ab illo qui Regalia possidet*; e mais abaixo se diz *si ad revocandum ipsa bona* E no fim do n.º 115. se acha ainda esta intelligencia mais clara nas palavras seguintes, que o A. deixou de transcrever. . . . *unde si privatus alius vellet à possessore bona talia vindicare, non cogetur possessor tunc ostendere jura, et titulum suæ possessionis: quin etiam adversus petentem honestè diceret, quantum ad te liberus edes habeo.* E que com effeito esta foi a intenção de Parexa, se vê até do summario da citada Resoluç. 9. de baixo do n.º 115. *Privatus CONVENTUS ab alio super Regalibus titulum suæ possessionis ostendere non tenetur.* E o mesmo diz Pegas (entendendo-se bem) no Tom. 10. ad Ordinãt. Cap. 22. n.º 7. combinado com o n.º 25. e 59. que o nosso A. cita.

§. 72.

E já agora se concorda, o que o A. diz, e o que dizem os mais, que elle refere no seu §. 74., quando asseverão, que o Donatario, demandado pelo Procurador da Coroa, tem obrigação de juntar o titulo da sua posse. Com effeito esta particularidade a favor da Coroa, esta excepção, firma ainda mais a regra em contrario. Isto he, a regra geral de não ser o reo obrigado a mostrar o titulo da sua posse, exceptua-se quando a Coroa

he autora, porque então ella tem direito a exigir, que se lhe apresente hum titulo, que funde sua acção. *Licet regulariter* (diz Peregrin. de Jur. Fisc. Lib. 7. Tit. 3. n. 11.) *in causis privatorum reus non teneatur edere actori ad fundandam ejus intentionem attamen in Fisco speciale jus est, ut reus ad Fiscus intentionem fundandam edere debeat.*

§. 73.

A mesma razão de differença, que há entre a Coroa autora, e qualquer particular autor, prova mais nossa opinião; porque este direito de que elle goza para poder obrigar o reo a mostrar o titulo, não he hum privilegio fiscal, ou prerogativa da Coroa, só porque he da Coroa, pois considerado assim abstractamente, nem sempre se poderia justificar; he sim hum resultado de outro privilegio muito coherente com os principios da Legislação do Reino, e natureza dos direitos Magestáticos, e Regalias que lhes são inherentes, e em virtude das quaes a Coroa entra sempre com a sua intenção fundada em Direito a esta presumpção *juris et de jure*, devolve no reo a obrigação de provar o contrario, de sorte que então já elle não póde dizer *possumo porque possumo*, e nem allegar que, sendo possuidor, se deve reputar em consequencia senhor; he preciso provar absolutamente, que não só he possuidor, mas possuidor com titulo, e com titulo capaz de destruir a presumpção vehementissima, que há a favor da Coroa. Deve pois o reo mostrar o titulo, não porque a Coroa he autora, porém por-

que, quando ella apparece em juizo a demandar alguma cousa, há logo (em regra) contra o demandado huma presumpção, e em consequencia huma prova tal, que basta para o condemnar, se elle a não desfizer com outra maior, apresentando o titulo.

Esta prerogativa da Coroa acha-se estabelecida com effeito em varias partes da nossa Legislação, como no Dec. de 14. de Julho de 1759., na Cart. de L. de 22. de Dezembro de 1761. Tit. 3. §. 5.: entretanto deve-se advertir, que a intenção da Coroa he neste caso ajudada de presumpções vehementissimas, fundadas na razão, e Direito. Por exemplo, quando no Cap. 4. das Ord. da Fazenda, de 17. de Outubro de 1516., se determina, que o possuidor dos bens da Coroa mostre o titulo delles, suppõe-se que se tem sabido por inquirição, ou *por outra qualquer via*, que elles pertencem á Coroa, como se diz no principio do Cap., e por tanto acha-se já fundada a sua intenção, e em consequencia estabelecida a necessidade do reo, ou possuidor, apresentar o seu titulo, que a desfaça. O mesmo se deve dizer a respeito da determinação do Cap. 1. do Regim. do Juiz do Tombo de Santarem, de 1. de Outubro de 1586., aonde igualmente se manda, que o possuidor de quaesquer bens, ou direitos *pertinentes á Coroa, ou Fazenda* apresente os titulos etc.

A DOAÇÃO NÃO CONFIRMADA NÃO PROVA.

§. 74.

Se he verdade, como nos parece haver mostrado, que o Donatario he obrigado a apresentar o titulo de sua doação, ha de ser verdade tambem, e necessariamente, que para este titulo me-

recer attenção; deve mostrar-se revestido das qualidades, que a Lei exige. Com effeito nós suppomos que o Donatario vem a juizo, e diz que, como Donatario da Coroa, lhe pertence esta, ou aquella cousa, este, ou aquelle direito; porque se elle dá ao seu dominio huma outra origem, e á sua posse huma outra causa, então a questão muda absolutamente de figura, e deve nesse caso decidir-se por outros principios, e pelas regras de Direito, que regulão as differentes especies. Nesta porém, de que tratamos, he sem dúvida, que, sendo huma, e a mesma cousa não apresentar titulo, ou apresentallo, que seja nullo, Ord. Liv. 2. Tit. 1. §. 6. *por força, sem titulo, ou com titulo que he nullo*, segue-se, que huma Doação não confirmada, ou não he titulo, ou he titulo nullo, e como tal não prova.

O nosso Pegar no Tom. 10. á Ord. Liv. 2. Tit. 35. Rubr. Cap. 22. n.º 17. estabelece a regra geral, que o possuidor dos bens, e direitos da Coroa, he sempre obrigado a apresentar o titulo da sua posse, quando se trata delles, porque aliás não só pôde ser privado della a requerimento do Procurador Fiscal, mas até espoliado por qualquer, sem poder ser restituído, por lhe faltar o titulo da doação; e accrescenta no n.º 20. *Et non potest suffragari donatio invalida aut injusta ad hunc effectum, titulus enim nullus pro non titulo est* etc. Esta doutrina he corrente, e fundada na L. 6. ff. qui Satisd. Cogant., donde os interpretes tirão o principio ou regra: *Paria sunt non fieri et minus legitime*. Brun-nem. Pandect. Lib. 2. Tit. 8. Leg. 6. n.º 3.

§. 75.

Que a doação sem a confirmação seja hum titulo nullo, já nós provámos desde o §. 61. aonde fizemos vêr, que a Lei requer a confirmação, como huma qualidade *sine qua non*, e a qualidade quando se allega, não se presume, sem se provar Ord. Liv. 1. Tit. 65. §. 27. Além de que o titulo, em que se requer a confirmação Regia, acia sempre na Lei resistencia, e como tal he nullo notoriamente: e em consequencia o Donatario, que d'elle se serve, não adquire direito algum por elle. Foi isto mesmo o que se determinou em Carr. de 13. de Março de 1772. . . . e sem que na realidade pudesse aquelle Donatario adquirir Direito algum valido pelo Titulo de pretendida Doação notoriamente nulla pelo que determina a Ordenação do Reino Livro Primeiro, Titulo Sessenta e Seis, Paragrafo Vinte, sem concorrer especial faculdade Regia,

o REO HE AUTORIZADO PARA ALLEGAR A FALTA DE CONFIRMAÇÃO.

§. 76.

O A. negou no seu §. 85., que qualquer reo demandado por hum Donatario, tenha direito de lhe objectar a falta de Confirmação. Não dando razão do seu dito, transcreve para o autorizar a doutrina de *Pegas Tom. 10. ad Ord. Cap. 21. n. 261.* ; porém este, citando a autoridade de *Valasco*, que diz o contrario precisamente, e a de *Gama* que

fallou em diverso caso, refere-se a alguns lugares de suas obras, aonde segue, que o direito do Fisco, como direito de terceiro, pôde sómente ser allegado por elle, e não por outro. As hypotheses com tudo, em que elle fallou, tratão do caso, em que se deve impôr a pena da Lei, ou em que há perdimento da cousa para o Principe; e então diz elle muito bem que só o Principe, ou quem o representa, pôde requerer este perdimento, porque neste caso só elle he interessado na execução da Lei, e há por tanto necessidade de Sentença condenatoria, que hum terceiro não pôde requerer: porém na nossa especie trata-se do prejuizo do foreiro, e não do interesse directo da Coroa; trata-se de executar a Lei, que manda não attender huma doação não confirmada, e que nega o effeito, e qualquer resultado em juizo, ou fóra d'elle, a hum documento nullo.

A opinião de *Pegas* he fundada no principio geral, de que o direito de Fisco só pelo Fisco pôde ser allegado; mas aonde se mostrou já, que o direito de objectar a falta da confirmação da doação he hum direito propriamente Fiscal, e só competente ao Fisco? Nós sabemos, que a Fazenda Real tem privilegios, e direitos singulares, mas em nenhuma parte da Legislação achamos, que entre elles se enuncie aquelle de que tratamos; e como os privilegios são excepções, ou propriamente feridas da Lei, não se entendem dados senão em casos expressos; e muito mais entre nós, porque vemos serem do Fisco não só quasi todos os privilegios, que elle tinha pelas Leis Romanas, porém ainda outros particulares concedidos, e cuidadosamente mandados observar por nossos Soberanos.

Mell. Freir. Instit. Jur. Lib. 1. Tit. 4. §. 11. Sup-

pondo porém que o direito de oppôr a falta de confirmação da Doação Regia era hum privilegio, ou direito Fiscal, seguia-se por ventura dahi, que só o Fisco podia allegallo? Acaso ninguem poderá allegar o direito de não ser penhorado, o da hypoteca tacita, e legal, e outros taes, e semelhantes, só porque competem tambem ao Fisco? Seria com effeito huma cousa irrisoria, que se negasse por tal motivo a hum particular o direito de requerer hum sequestro nos bens de seu devedor, o procedimento summario nas suas acções, e outros desta natureza. Desenganemo-nos pois que o direito de oppôr a falta de confirmação ás doações Regias compete a todos, os que tiverem interesse em o allegar, e não he necessario interesse privativo, basta o geral, que sempre se suppõe a favor de qualquer Vassallo. *A razão ou o interesse da Sociedade* (diz hum Escritor de boa nota) *pede tambem que toda a Lei tenha seu effeito em quanto não he revogada.*

§. 77.

Concedendo tambem, que o direito de que tratamos era privativo do Fisco, e que os direitos de terceiro só por elle podem ser allegados, temos por certo, que este caso he exceptuado, quando daqui resulta interesse ao reo, que quer delle aproveitar-se, porque, provado aquelle direito, fica excluida a acção: não porque esta allegação seja rigorosamente huma excepção, mas sim huma demonstração da falta de direito do autor. Julgamos por tanto, que esta doutrina he a unica, que se deve seguir, porque do contrario resultaria não só o absurdo visivel, de dar valor a huma cousa, a que a Lei o tem tirado, mas tambem aquelle de se atacar o direito da propriedade, que tem o possuidor, e a favor do qual

se deve julgar, em quanto contra elle não apparecer huma prova clara, liquida, e que desfaga a presumpção *juris et de jure*, que suppõe todos os bens allodiaes. Ora e qual será o Juiz, que condenará o reo, dando por provada a acção com hum titulo, que a Lei desconhece? O Soberano diz = a doação não confirmada não vale = o julgador decidindo responde = a doação não confirmada vale. = Que males se não seguirião de se admitir hum systema tão destructivo da ordem pública? Quando as consequencias de hum principio são funestas, e perigosas, quando ellas vão atacar na sua raiz as maximas fundamentaes dos Governos, he preciso pôllo de parte, e esquecer delle.

Os motivos porque os D. tem estabelecido em regra, que he licito allegar o direito de terceiro neste caso, fundão-se por tanto na conservação da ordem social, e na natureza da Lei. Escrevemos sómente as palavras de Brunnem. in Pand. Lib. 8. Tit. 5. Leg. 4. n.º 15. *sed si exceptio juris tertii infringat jus agentis, tum de defectu juris agentis rectè opponitur cum hoc ipsum proprie non sit excipere . . .* veja-se Bagn. Tom. 1. Cap. 4. n.º 35. aonde se refere a muitos outros, que dizem isto mesmo, que nós temos por Direito recebido, e adoptado na nossa Legislação, assim entendida no Ass. da Casa da Supplicação de 5. de Dezembro de 1770., em que se declarou, que as Leis geraes que exigem certa solemnidade, tem lugar entre todas e quaesquer partes, pois como as ditas Leis fallão indistinctamente, se devem observar sem interpretação alguma, PORQUE A VARIEDADE DAS PESSOAS, NÃO INDUZIA VARIEDADE ALGUMA NA SUA DISPOSIÇÃO, E FORMA, QUE DAVA A'S PROVAS DE MATERIAS MAIS GRAVES. Com effeito se a Lei estabelece huma forma certa de regular hum negocio com rela-

ção ao interesse público, e á conservação de certos direitos do Estado, não he permitido jámais o alteralla, porque a fôrma em tal caso he da essencia, e da natureza do acto em que ella se requer. Leg. 8. §. 17. ff. de Transact. A falta pois de solemnidade, que se prescreven como fôrma, o annulla: *ex trito enim axiomatico forma dat esse rei, atque ea neulquam servata res ipsa corruiit.* Richer. Jurisp. Univer. Tom. 5. §. 1373. Por maneira que a fôrma em taes circumstancias he reputada Lei na censura de Direito, pois assim como não he no poder dos particulares o deixar de obedecer a huma, assim lhes he defeso o não satisfazer a outra. Cujac. in Commentar. ad Leg. 52. ff. de verbor. obligation.

§. 78.

Não se entenda porém, que levamos a mira em representar odiosas as Doações Regias, ou que desejamos espalhar dúvidas sobre a justiça e legitimidade dellas; porque quanto aos particulares sabemos, que os bens da Coroa, que se lhes concedêrão, são *justa e devida remuneração de seus bons e gloriosos serviços, ou daquelles de seus benemeritos antecessores*, Dec. de 24. de Outubro de 1796., e quanto ás Igrejas, e Corpos de mão-morta, posto que de ordinario se creia, que só a devoção, e piedade dos Senhores Reis produzirão essas grandes mercês, que os fizerão tão ricos e poderosos, havemos entre tanto por muito certo, que quando a politica não tivessê (como com effeito teve) grande influencia nellas, a Historia não consentia, que deixassemos de as reputar como origem do mais prompto melhoramento da agricultura, do augmento da população, e em consequencia da felicidade da Monarchia.

Os nossos primeiros Soberanos, guerreiros por educação, por genio, e por necessidade communicavão aos povos seu glorioso enthusiasmo, e a agricultura soffria em consequencia os males todos, que são o fruto desgraçado da falta de socego, e de paz. Os Monges, meus arredados então do seu primeiro Instituto, erão huns verdadeiros cultivadores, tanto mais uteis, quanto a huma louvavel assiduidade no trabalho elles juntavão luzes, e conhecimentos, que faltavão ao resto da Nação; e as Corporações Ecclesiasticas já grandes por suas riquezas, que a piedade dos fieis augmentava cada dia, respeitadas por seu poder, e consideração de que gozavão, até por seu proprio interesse animavão, e protegião os Lavradores, e concorrião assim para o bem geral do Estado.

§. 79.

Com effeito se nós consideramos neste sentido os Corpos de mão-morta, somos obrigados a confessar, que nas primeiras concessões os Senhores Reis não tiveram senão vistas muito exactas sobre este ramo essencial de pública administração; porque a experiencia provou sobejamente, por huma parte, que nenhuma porção do paiz, que habitamos, he mais fertil, mais bem povoada, mais bem cultivada, e por consequencia mais rica em proporção, do que aquellas, em que estas Corporações tem o assento das suas mercês, fruto da devoção, e grandeza dos Soberanos, e da piedade, e crença dos fieis: pela outra que, se as circumstancias fizerão melhorar cada dia sua existencia, e politica situação, ninguem tem sabido aproveitar-se mais a proposito dos acontecimentos, que influem na sorte

das instituições humanas; e ninguém seria tão capaz de introduzir na administração das riquezas que se lhes confiáão, o systema de ordem, e de economia, que tem feito prosperar, e conservar em hum pé tão respeitavel esses fundos, de que o Estado tem tirado, e pôde tirar ainda tão grandes vantagens.

Posto que os Donatarios, e principalmente os Ecclesiasticos, sejam reputados huns administradores precarios dos bens, que lhes forão doados, Dec. 24. de Outubro de 1796., he preciso entretanto considerár, que nelles continúa a propriedade antiga dos Doadores, a quem pertencião; e que tendo esta propriedade existido sempre respeitada pelo poder da Lei, e debaixo da protecção do Legislador, seria hum impossivel atacalla, sem offender a justiça: porém como nenhum destes Corpos, ou Ordens, existe per si mesmo, mas dentro da Monarchia, de que faz huma parté, he preciso combinar os diversos interesses e direitos, evitando quanto ser possa, que huns ganhem terreno sobre os outros, com dispendio da harmonia que deve ligar entre si as diversas classes dos Cidadãos. He applicavel aqui, o que diz *Mably Observat. sur l'Hist. de Franc. Liv. 7. Chap. 1. pag. 66. Quão longe se estava ainda de se conhecerem essas Leis de união, e benevolencia, que de todos os Estados particulares não devem fazer mais, que huma unica, e grande sociedade!*

CAPITULO VII.

Se a immemorial tem lugar nos bens da Coroa, e direitos Reaes.

§. 80.

OA. toca esta materia no seu §. 83. not. aonde diz: *Nos mais Direitos concessiveis em remuneração dos Serviços he que fica a questão em problema . . . o que eu me não atrevo a affirmar, e deixo d decisão de outros mais sábios.* Porém no seu §. 121. achamos, que se explica assim. *Parece pois que pouco importa se mostre serem da Coroa os bens, e que na mão dos Donatarios conservem a primigenia natureza, se a Immemorial bem provada (não sendo propriamente Prescripção) tem força de presumir, que depois dos Foraes houve, ou entre o Rei por seus Ministros, ou entre Donatarios com os Povos, alguma Sentença ou Contracto, que alterassé os Foraes; . . . e se a Immemorial tem a efficacia de presumir juntamente todas as Authoridades Regias, não menos essas Sentenças ou novos Contractos, cujos Monumentos podião consumir-se pelos tempos.* Na incerteza que daqui resulta para se conhecer a verdadeira opinião do A. a este proposito, continuaremos em nossa demonstração, ainda que nos parece, que elle segue ter lugar a immemorial, por julgarmos que isto será conforme a seu systema.

Achamos que o A. suppõe possível no seu §. 84. (nota) a prescripção de bens de Coroa, *não se offendendo seus direitos*. Achamos mais, que no §. 85. (nota) admite outra prescripção, que só pôde ter lugar, mudando-se a natureza daquelles bens. Desde o §. 77. não faz senão produzir opiniões de D., que seguem decididamente o partido da immemorial. Tudo isto nos obriga por tanto a acreditar, que o seu systema vai conforme taes princípios: e entretanto no §. 120. diz, que não se arroga sustentar, que contra a Coroa pôde haver prescripção em Jugadas, Jurisdicções, ou direitos Reaes, o que parece dar a entender com evidencia, que elle achando alguma difficuldade na immemorial sobre os direitos do Soberano, nenhuma considera a respeito de seus bens, antes julga que he possível adquirillos por aquelle meio.

§. 81.

Havendo provado, que a immemorial não prevalece contra a expressa determinação do Foral, e que perde a qualidade de presumir titulo neste caso, parece-nos ter provado tambem, que nos bens da Coroa, e direitos Reaes, ella deixa de produzir o mesmo effeito, pois pelo argumento de menor para maior he demonstrado, que se a immemorial não se reputa capaz de fazer adquirir hum direito sobre os particulares, achando resistencia no Foral, muito menos ella se pôde considerar tal contra o Soberano, contra a natureza dos bens e direitos da Coroa, e contra a expressa determinação de tantas, e tão diversas Leis, que provão inconcussamente hum systema, seguido e inalteravel do Direito do Reino contra taes acquisições, como vamos a mostrar.

§. 82.

Todos sabem que a Lei Mental, e as disposições que se contêm no Tir. 45. do Liv. 2. da Ord. do Reino, são huns daquelles rasgos de Politica, e de saber de nossos Soberanos, que mais tem concorrido para conservar illesos seus direitos, e sempre dependentes, como cumpre que sejam, os Grandes, e Poderosos daquelle, que só he a origem da grandeza, e do poder. Nesta certeza como se poderá admittir entre nós a doutrina de que os bens, que são o patrimonio da Coroa, os direitos Reaes, só proprios della, e como essenciaes ao poder Monarchico, e as prerrogativas, e as regalias, que o distinguem, e conservão, possam ser adquiridos pelo Vassallo, destacando-se assim da Soberania por supposições de titulos, probabilidades de consentimentos, e conjecturas, deduzidas de regras singulares? Como se poderá conciliar tanto zelo, tanto ciume mesmo em não consentir aos Donatarios o uso illegitimo, ainda temporario, dos bens e direitos da Coroa, com a supposta vontade de os perder absolutamente, depois de passado o tempo, prescripto aos particulares? Os Estados, e os Soberanos que os regem, não podem ser obrigados a sujeitar a decisão dos negocios, que lhes tocão, ás mesmas Leis, que elles fizerão para regular a fortuna de seus Vassallos.

Transcrevemos aqui, por nos parecer que vem a proposito, as palavras de *Strykio Usus Modern. Pandectar. Lib. 44. Tit. 3. §. 4. Ast vero hæc ad jura pri-*

vatorum inter se spectare, contextus ipse docet, nec quicquam inde praesidii accedere potest jurium rerumque ad Principem quondam pertinentium possessoribus. Dispar enim horum ratio est, quos subjectionis nexu obsequi-que gloria ad Principum suorum conservationem, non ad eorum imminutionem arctissime constringit, quam qui pari inter se utuntur jure, ubi alter alterius negligentiam in non prosequendo, quod suum est, merito accusat. Hanc sane negligentiam, in cujus tamen poena unice praescriptionis justitia latitat, si subditus Principi opponere velit, nescio, an non violati obsequii & reverentiae reatum incurrat.

§. 83.

A Ord. Liv. 2. Tit. 28. Tit. 34. §. 10. Tit. 45. §. 10. 34. 35. 55. e 56. expressamente tem prohibido a immemorial nos bens e direitos da Coroa; e se nós examinamos a fonte, ou a origem de cada hum destes lugares, veremos que a sua disposição he antiga, e prova por isso mesmo a uniformidade de Legislação, que achamos continuada no Regim. de 1. de Outubro de 1586. Cap. 13., aonde se manda desattender a posse immemorial, ainda que o possuidor apresente o titulo della; e isto pelo só fundamento da intenção fundada, que a Coroa tinha a respeito dos bens, de que ahi se tratava: *vereis seus titulos; e achando vós pertencem á minha Fazenda, ou Coroa, tomareis logo posse dellas, posto que os possuidores vos alleguem posse antiga, ainda que seja immemorial etc.*

Alvaro Valuzo pretende persuadir, que as citadas Ordenações não se entendem senão da prescripção. *Ideo existimarem, praefatam legem Regiam fore intelligen-*

dam de illa praescriptione, qua stat in meris finibus praescriptionis immemorialis etc. Consult. 141. n.º 10. Porem sendo nós obrigados á interpretação litteral, que a Lei de 18. de Agosto de 1769. nos manda seguir, apenas se pôde conceber, como determinações expressissimas admissão huma intelligencia tão alheia do seu contexto, que manifestamente se conhece, dever abraanger não só a prescripção, porém ainda a posse immemorial.

§. 84.

Com effeito hé, e foi sempre este o espirito da Lei do Reino; e não podemos senão attribuir a puro desvio, e menos exacto conhecimento das regras da Critica a opinião daquelles de nossos Praticos, que, seguindo as doutrinas derramadas nas Obras dos Escriitores Estrangeiros, avançarão o contrario do que temos mostrado: *e quando* (diz o Senhor D. José na Carta de L. de 23. de Novembro de 1770. 1.º Pret.) *sendo elles propriissimamente bens da COROA; não podiam soffrer posse, e costume AINDA IMMÉMORIAL, repro- vado geralmente em todos pelas Leis do Reino, AINDA AS MAIS ANTIGAS O mesmo se diz no Alv. de 26. de Novembro de 1774. . . . não se podia prescrever, nem he manutivel a posse dos Direitos da Coroa. E o mesmo finalmente no outro Alv. de 18. de Fevereiro de 1778. . . . todas devem ceder á verdadeira, e pura intelligencia das mesmas (doações) contra a qual não há Sentença, ou Decisão, que prevaleça, NEM POSSE IMMÉMORIAL, que persista, ou observancia do Foro, que teba authoridade.*

Portugal de Donationib. Cap. fin. segue com outros mais de nossos Praticos, que a immemorial he admissivel nestes casos: e ainda que as Leis que acabamos de citar, provão o contrario, folgamos de examinar sua opinião, porque o A. parece dar-lhe muito peso. Independente de outras considerações julgamos bastante para fazer juizo da autoridade deste Escriitor o saber, que a sua razão de decidir he fundada no systema de concordar, e entender as Leis do Reino por aquellas de Direito Commum; o que elle mesmo tem a sinceridade de confessar no lugar citado n.º 18. quando diz, que todos quantos Doutores Portuguezes seguirão esta opinião, tiverão em vista o mesmo errado principio de interpretação, qui omnes ea ratione fundantur, quod leges Portugalix non solent facile recedere à receptis opinionibus juris communis, secundum quod jurisdictio tempore immemoriali prescribitur. Eis-aqui a razão porque o Senhor D. José de Gloriosa Memoria reprovando certas Sentenças diz: Como proferidas contra Direito expresso, e contra o espirito das Leis Patrias, e das em que tenho desterrado o pernicioso abuso de se invalidarem as Determinações das Leis do Reino com argumentos excogitadas nas vastas compilações das Leis Romanas, que tanto implicarão o Foro em grave prejuizo do socego público, e do Direito da propriedade dos Meus fieis Vassallos. Cart. de L. de 4. de Julho de 1776. §. 2.

Teve logo em vista *Portugal*, e tiverão todos os que elle cita, nacionaes e estrangeiros, o muito falso principio, de que para a prescripção dos bens da Coroa, e direitos Reaes pela immemorial não se fazia necessario provar-se sciencia, e paciencia do Soberano, porque esta ou o seu consentimento se presumia pela diuturnidade do tempo: principio tão falso e tão errado, quanto assim foi declarado na citada Cart. de 18. de Agosto de 1769. §. 14. *E reprovando como dolosa a supposição notoriamente falsa, de que os Principes Soberanos são, ou podem ser sempre, informados de tudo o que passa nos foros contenciosos em transgressão das suas Leis, para com esta supposição se pretextar a outra igualmente errada, que presume pelo lapso do tempo o consentimento, e approvação, que nunca se estendem ao que se ignora; sendo muito mais natural a presumpção, de que os sobreditos Principes castigarião antes os transgressores das suas Leis, se houvessem sido informados das transgressões dellas nos casos occorren-tes.*

He não menos terminante o que diz o Senhor D. José na Cart. de L. de 30. de Abril de 1768. e especialmente dos (direitos) da Minha Coroa, estabelecidos em Leis, Costumes, e Concordatas por muitos Seculos observadas nestes Reinos; que erão termos, nos quaes a Minhu Real Taciturnidade a respeito de tão grave, e delicada materia poderia pelo decurso do tempo vir a ser abusivamente interpretada no sentido de hum consentimento incompativel com a Minha Regia Dignidade,

com os invioláveis Direitos da Minha Coroa, e com o socego público de meus feus Vassallos, etc.

§. 87.

Julgamos haver demonstrado, por hum modo sem replica, que a immemorial não he admissivel nos bens, e direitos da Coroa: e ainda que o nosso A. parece inclinado no seu §. 80. a que com effeito a prescripção não terá lugar nestes casos, a não ser por hum *jogo de palavras*, com tudo julgamos necessario lembrar neste lugar, que no Regimento ou Ordenações da Fazenda de 17. de Outubro de 1516. Cap. 210. se admite a prescripção de quarenta annos nas dividas d'El-Rei: o que supomos ser privativo dos direitos e tributos, que a elle se pagão nas diversas Estações, e que entrão no Erario, como se entendeu no Ass. de 27. de Janeiro de 1748., mostrando-se mais claramente a razão desta Legislação no Regim. dos Contos de 3. de Setembro de 1627. Cap. 92. *E porque algumas pessoas são executadas por dividas mui antigas, que devem á minha Fazenda, e de que não sabem dar razão, e se lhes fazem muitas molestias: Hei por bem, e mando etc.* Fique por tanto estabelecido em regra, que nos bens e direitos da Coroa, nem a immemorial, nem a prescripção he attendida: *bens do Real Padroado no qual não pôde haver lugar prescripção por serem bens da Minha Coroa.* Alv. de 17. de Novembro de 1617.. (Veja-se o Alv. de 7. de Dezembro de 1689.)

P A R T E II.

EM QUE SE MOSTRA,

QUE O A. NÃO CONVENÇEU TODAS AS THESES
DO PAPEL, A QUE CHAMA

S E D I C I O S O.

C A P I T U L O VIII.

*Considerações sobre a prova, que resulta das
Escrituras, e Documentos.*

§. 88.

ANtes de entrarmos no exame da impugnação particular de cada These, será talvez proveitoso arriscar algumas reflexões sobre as doutrinas escritas pelo A. na segunda parte do seu Discurso Juridico, ou seja nos principios que adoptou, quando preparava os argumentos, ou seja naquelles que desenvolveu, applicando-os respectivamente a cada impugnação. E conservando sempre nosso proposito de não dar sobre a materia mais luz, que a necessaria para chegar ao fim de nosso Escrito, e arredando-nos de seguir o A. em todas as particularidades, que escreveu, seremos talvez

obrigados a deixar em silencio algumas de suas opiniões, que apesar de differirem das nossas, julgamos não deverem ter lugar nestas Observações, por apparecerem apenas enunciadas, e como tocadas de passagem na sua obra.

§. 89.

A acção mais importante do juizo he a prova. Nada se pôde considerar mais digno do cuidado do julgador; porque tendo de decidir sobre o direito das partes, não deve respeitar senão aquelle, que se lhe representar mais certo, isto he, mais bem provado a favor de qualquer dellas. Conhece-se por tanto, e á primeira vista, que a prova constitue a parte mais essencial do processo, e que todo elle roda neste eixo principal da administração, e distribuição da justiça civil, e criminal. As duvidas que occorrem na exposição do direito; a differença das especies (a) que se tratão, daquellas que se fingem na Legislação, e a diversidade de interpretação, que se lhes dá conforme o differente modo de pensar de cada hum, sendo embaraços terriveis, com que se tem a lutar diariamente na applicação das Leis ao facto (b), perdem quasi toda a sua força, e tornão-se de não grande momento, quando se comparão com as irregularidades, collisões, e incerteza da prova, na qual nem há, nem talvez seja possivel haver huma guia segura, firme, e permanente.

(a) Tem-se perguntado qual será mais util, se simplificar as Leis, ou augmentar quanto for possivel as

suas disposições, em proporção da variedade das especies? Tudo tem seus inconvenientes, e em qualquer dos systemas encontra-se na pratica mais de hum embaraço. Seneca dizia: *eu quero que huma Lei seja breve, a fim de que todos a possam reter na memoria.* Quem sabe porém se esta vantagem se perderá no meio dos males, que resultão de deixar ao juiz a liberdade de se determinar frequentes vezes pelos princípios geraes da equidade? Objecta-se que não he possivel prever todos os casos, que podem acontecer: *Eu convenho* (responde hum sabio Jurisconsulto) *que não se podem prever todos individualmente, mas podem prever-se nas suas especies.*

(b) Para conhecer a importancia de huma exacta applicação do Direito ao facto, sobeja ler expendidas com a costumada erudição, e energia as doutrinas dos *Estad. da Universid. de Coimb. Liv. 2. Tit. 6. Cap. 8.*, e no §. 7. se achará como em resumo demonstrada a difficuldade da materia nas palavras: *Que para ella he necessario ter bem presentes as determinações sobreditas da Lei, e do facto com todas as suas respectivas circumstancias, e combinallas e pezállas em huma exacta balança: Que tudo isto requer HUM JUIZO PRUDENTE, SACA'S, MADURO, E CIRCUNSPECTO.*

§. 90.

A Lei de ordinario offerece na causa que a produzio, na sua sancção, no fim que ella teve, e até mesmo na sua dicção, principios geraes de combinação, mais ou menos exactos, mas que se tem reduzido a regras, e que formão como huma chave para entrar no conhecimento verdadeiro, ou ao menos presumido, da vontade do Legislador. Mas a prova do facto, sempre arbitraria ao julgador, sempre dependente das cir-

cunstanças, que acompanhão o caso, e que varião infinitamente, he sujeita tambem, e por isso mesmo, a huma infinidade de contestações, e de dúvidas, que nascem pela maior parte da falta de medida, ou principio geral que lhe sirva de base.

Os nossos Soberanos tem reconhecido por mais de huma vez a necessidade de deixar o valor das provas á vontade do julgador, pois inhibindo-o de se arredar por hum só momento da Lei, quando se trata da sua applicação ao facto, consentirão, que a prova delle ficasse sujeita ao seu arbitrio. Muito expressamente assim foi determinado no Alv. de 15. de Julho de 1763. *sô pertence aos Juizes o arbitrio no exame das provas, para que cada hum as possa julgar conforme entender, que verificão ou não verificão bastantemente os delictos.* E o mesmo quasi por identicas palavras se diz no §. 6. do Alv. de 20. de Outubro do mesmo anno, e se tinha já estabelecido em regra no Dec. de 23. de Junho de 1759. Esta liberdade he necessaria com effeito ao julgador, por quanto, que vem a ser a prova? Quaes são os verdadeiros principios, em que ella se deve fundar? Em que consiste a sua natureza? Por mais que os Jurisconsultos se cansem, será sempre difficil, que se possa dar outra regra, a não ser a que foi adoptada em a nossa Legislação, e Dec. de 14. de Julho de 1759. *Quando porém fizerem prova tal que seja bastante para SATISFAZER A' CONSCIENCIA DOS SOBREDITOS JUIZES etc.* Eis-aqui a medida; porém nella huma portia franca, e sempre aberta para a incerteza do julgado. Advirta-se, que não negamos ter-se escrito muito na materia de provas, e que o Juiz pôde tirar grandes auxilios de taes escritos, para se saber determinar com mais ou menos brevidade, mais ou menos probabilidade de segurança.

§. 91.

Estes principios geraes, muito verdadeiros em toda a sua extensão, tornão-se ainda mais exactos quando se applicão á prova, que se faz por documentos. Na de testemunhas com effeito há (em regra) mais meios, ou ao menos mais fa- ceis, para chegar ao descobrimento da verdade. (a) A confusão, a incoherencia, a contradicção mesma do dito de huma testemunha, pôde descobrir-se ou conciliar-se pelo das outras; pôde até verificar-se, sendo ella reperguntada: huma escritura porém, quasi sempre huma e unica, ha de entender-se per si mesma. Quando infelizmente ella ou foi mal concebida, ou mal arranjada, não há remedio senão recorrer ás regras da interpretação, falliveis, incertas, e de ordinario pouco applicaveis ao caso, porque são fundadas no supposto principio do que os contrahentes devião seguir no seu contrato, quando elles o não mostrão em suas palavras; (b) de sorte que (fallando em geral) huma testemunha pôde encubrir a verdade huma vez, jurando falso sobre o mesmo facto; mas huma escritura pôde encubrir a verdade, não só huma vez, sendo fabricada para isso de proposito, mas ainda sendo verdadeira, ella autoriza a mentira tantas vezes, quantas forem as interpretações erradas que della se fizerem, e que he sempre possivel fazer, quando suas palavras são obscuras.

(a) Não se entenda, que preferimos a prova de testemunhas á instrumental, porque não só estamos con-

vencidos de que ella he mais fallivel, como se reconheceu no Ass. de 5. de Dezembro de 1770., mas de que esta fallencia nasce de hum principio mui natural, e mui verdadeiro para deixar de se verificar muitas vezes: pois que a prova de testemunhas he muito fallivel, e dependente da affeição dos homens etc. Alv. de 21. de Setembro de 1802. §. 5. Nossa proposição por tanto deve entender-se somente do caso, em que he preciso recorrer á interpretação.

(b) Sabemos que se tem escrito sobre a intelligencia dos contratos, e reconhecemos o grande auxilio das regras da Hermeneutica neste caso; porém daqui não se segue, que a verdade não seja muitas vezes sacrificada a huma cega adhesão a principios, mui plausiveis com effeito na theoria, mas que deixão de o ser na sua applicação á pratica. Suppõe-se sempre por exemplo, que os contrahentes quizerão conformar-se á Lei, quando de ordinario a ignorão: que quizerão seguir os usos do paiz: que no contrato quizerão guardar a igualdade: e tudo isto se suppõe, porque se julga ordinario e natural; porém mais natural e mais ordinario ainda he, que os interessados manifestem sufficientemente, e para sempre a sua vontade, pois com esse só e unico fim contratão por escrito: porque em scripto se chama quando a scriptura he de substancia do contracto: Ord. Liv. 4. Tit. 19. §. 1., e entretanto o contrario he que apparece, visto que para se entender o que elles dizem, faz-se necessario adivinhar.

§. 92.

E que diremos nós, quando na prova se offerecem Escrituras antigas, despidas das formalidades, que as Leis julgárão essenciaes para evitar a falsidade, e produzir aquelle gráo de certeza

moral, com que se deve apresentar a verdade, e que he sempre necessaria em juizo para fazer a convicção do julgador? Tem então lugar o uso de conjecturas, a intelligencia da verdadeira significação das palavras, o emprego de supposições, de probabilidades, o respeito que merece a Historia, a autoridade da tradição, e finalmente as provas deduzidas da comparação, e semelhança, adquirida pela pratica e exame escrupuloso dos documentos das diversas idades, que fazem outras tantas epochas na carreira dos tempos. As regras estabelecidas em resultado destes conhecimentos, formão o que se chama Sciencia da Diplomática, cuja necessidade fica por isso bem demonstrada.

§. 93.

No juizo que se deve fazer sobre estas Escrituras, ou documentos antigos, nada se póde por tanto avançar com certeza não tendo por guia, e norte os principios, e regras adoptados pelos Escritores Diplomaticos, sendo applicados por aquelles, que se dão ao estudo destes conhecimentos: por quanto a Historia critica dos diversos exames, que se tem feito sobre alguns dos Cartorios públicos, e particulares do Reino, abunda em provas da incerteza, da dúvida, da obscuridade, e até da infidelidade de muitos, e mui attendiveis documentos, que ali se achão; em tal forma que, quando não se deva estabelecer em regra a falta de autenticidade de muitos manuscritos, que hoje apparecem despídos das so-

lemnidades, que por Direito se exigem, deve-se desconfiar pelo menos da sua veracidade, em quanto por meio das indagações dos peritos sobre cada hum delles, não se conseguir huma declaração, que sirva como de pedra de toque de sua pureza. He isto o que entendemos, e o que não duvidamos afirmar, fundados em o que se diz nas Observações de Diplomatica Portugueza pag. 87. *Das Provas até aqui collegidas julgo se evidencia assaz o que me propunha mostrar nesta Segunda Parte, que não sómente huma grande parte das Cópias, que se tem tirado dos Originaes authenticos dos Cartorios do Reino, se achão consideravelmente viciadas; mas que muitas se dizem tiradas de Originaes, que nunca existirão, senão no cerebro dos que as tem publicado: quando estes não são da natureza dos que individuei na I. Parte, que existindo ainda hoje nos Archivos, ou são apocryphos, ou se achão viciados.*

§. 94.

Com effeito a materia não he tão simples; nem tão facil, que os mesmos intelligentes não tenham cahido em muitos, e mui notaveis erros, quando tratão della. E se não, diga-se: quem não reputaria no seu tempo hum grande Diplomatico a *D. Antonio Caetano de Sousa*, autor da Historia Genealogica da Casa Real Portugueza? Quem, lendo hoje o que elle escreveu então, deixará de acreditar, que não se serviu de hum só documento, de cuja autoridade não estivesse bem certo, e não dêsse o fiel transumpto nas suas

Provas? (a) Quantos pleitos não se terão decidido pela só supposição de serem verdadeiros os documentos, que elle abonou? E com tudo eis aqui o juízo, que de seu criterio faz o citado Autor das *Observações de Diplomat. Portug. pag. 69. D. Antonio Caetano de Sousa nas Provas, que juntou á sua Historia Genealogica, semeou tantos erros e tão grosseiros, que apenas se pôde suppôr, que elle chegasse a ler alguns Monumentos, que ahí produziu; tendo-se servido de pessoas inteiramente ineptas para lhe tirar as Cópias etc.*

(a) Em muitos lugares do *Apparato* á dita Historia Genealogica da Casa Real Portugueza, que vem no principio do Tom. 1. inculca o referido *Sousa* a exactidão com que lhe parecia haver examinado os Diplomas, que lhe erão necessarios. A pag. X. (diz elle) *Nada escrevo sem bons fiadores, que he a fé de Autores graves, e com geral estimação, assim dos nossos, como dos Estrangeiros; e o que ainda he mais, a immensa copia dos documentos originaes, vistos, examinados, e a mayor parte copiados pela minha propria mão. A pag. XIV. Para o que ajunteei nesta Collecção hum grande numero de documentos authenticos, extrahidos dos Archivos mais acreditados, e que não podem padecer duvida quanto cabe na fé humana E finalmente a pag. XVII. . . . sigo o verdadeiro, apartando-me do fubuloso pois não me satisfazo de tudo facilmente. Este honrem pois que procedeu com tanta cautela, que na verdade foi hum grande trabalhador, e que particularmente se cançou nestes exames e indagações, cahio nos erros que lhe aponta o Autor das *Observações de Diplomat. Portug. : que se deverá por tanto esperar de qualquer, a quem se apresenta provavelmente pela primeira vez hum documento daquella ordem**

§. 95.

Todavia não se nos leve em conta fazermos huma regra geral, tirando-a de huma conclusão, que não comprehende todos, mas *só huma grande parte, e muitos dos documentos e Escrituras dos Cartorios publicos, e particulares do Reino* (como diz o citado Autor das Observações pag. 87.) porque nós supponmos, que quem deve julgar delles, não tem os conhecimentos necessarios para distinguir, e separar o bom do máo, o falso do verdadeiro; e nesse caso todos os documentos estão para elle na mesma razão: e por isso, para o juízo critico de todos, exigimos peritos, os quaes vendo-os, e examinando-os pelo uso, e grande pratica que sempre se lhes suppõe, podem melhor conhecer os caracteres distinctivos de cada hum; resultando de suas declarações a melhor das provas, como se diz no Alv. de 21. de Setembro de 1802. §. 5. *relevando sobre todas (as provas) para o conhecimento da verdade a visual, e proveniente do exame dos peritos.*

As regras de Critica, que o A. refere no seu §. 134. e 139. chamão-se regras, porque se lhes dá gratuitamente este nome pelos differentes Escriitores, que as imaginárão: e bem que não tenhamos lição dos documentos antigos, e não possamos por isso dar a essas regras o verdadeiro peso, que merecem, com tudo as pessoas, que fazem estes estudos, as avalião pela maior parte do mesmo modo, concordando em que, ou taes regras não são, ou se o são, tem outras tantas, e mais excepções, que abrangem novas, e diversas espécies, as quaes devem por isso formar novas, e differentes regras. Mas não basta o saber estas regras, e prin-

cipios; he essencialmente necessario trabalhar na sua applicação aos casos occurrentes: hum julgador pôde chegar a adquirir o perfeito conhecimento do que dizem os Escriitores de Diplomatica, e entretanto ignorar o valor, que deve dar a hum documento, que vá junto a huns autos. Eis-aqui o porque julgamos este negocio de provas de dominios, senhorios, e doações por documentos antigos, muito melindroso: eis-aqui porque discordamos do A. na facilidade de dar credito, ou mesmo peso, a essas *enunciativas*, a essas *Cronicas*, a essas *inscripções*, a essas *armas*, e finalmente a tudo o que nesta ordem não seja primeiramente bem verificado pelo exame dos homens entendidos, e que digão: *isto he verdadeiro; isto tem autoridade.* Em quanto assim requeremos os peritos, não fazemos senão conformar-nos com a disposição do Alv. de 21. de Fevereiro de 1801. §. 10. em que se determina, que no caso de se contestar a autenticidade; ou genuina intelligencia de algum documento antigo, possão todos os Tribunaes, e Ministros ouvir o Lente da Cadeira de Diplomatica, e SOBRE O SEU PARECER DECIDIRA'Ó.

§. 96.

Somos chegados ao tempo de fallar da autenticidade das Escrituras, e documentos, que se apresentam em juizo; porque até agora não havemos tratado senão de sua verdade, ou falsidade, e cumpre notar, que esta qualidade he huma cousa absolutamente diversa da sua autenticidade; por quanto qualquer Escritura pôde ser falsa, e apparecer revestida de todos os requisitos essenciaes, e formalidades precisas para se dever reputar autentica, isto he, para ser attendida, e poder provar: pelo contrario vemos Escrituras, e documentos muito verdadeiros, re-

conhecidos como taes sem hesitação, que todavia não são autenticos, isto he, não fazem fé, ou não provão no juizo. Em qualquer documento ha pois a examinar 1.º a sua veracidade, 2.º a sua autenticidade.

Folgaríamos que o A. houvesse adoptado esta divisão, ou ao menos seguisse o methodo, que della nasce; e não que tratasse primeiro (desde o §. 123. até 132.) da autenticidade das Escrituras, e depois dêsse no §. 134. e seguintes as regras da Critica para se conhecer sua veracidade, quando esta questão deve preceder áquella, pois decidido que hum documento he falso, escusa-se examinar se elle he autentico. Como quer que seja, observamos neste lugar, que huma Escritura pôde ser verdadeira, e autentica, e com tudo não provar nada na questão, por não ter a ella applicação; em consequencia ha ainda este exame a fazer á face do documento: mas aqui não tratamos d'elle, nem o consideramos neste ponto de vista, por não ter ligação necessaria com a prova.

§. 97.

A autenticidade de hum documento he o resultado das qualidades, e requisitos que o devem acompanhar, e que a Lei exige em respeito das pessoas, e das formas estabelecidas. Huma Escritura pois, feita por official público, para isso deputado, na presença das partes, assignada por ellas, e pelas testemunhas que assistirão, chama-se Escritura pública, he autentica, tem autoridade pública, merece fé e credito em juizo, e fóra d'elle, e por tanto faz prova do caso. Logo todas as Escrituras, ainda particulares, que por expressa determinação da Lei tiverem a mesma força de

Escrituras públicas, isto he, gozarem do privilegio de provar os factos em juizo, tem por isso mesmo a autenticidade legal, de que precisão.

Importa notar neste lugar, que na nossa Legislação se dá o nome de Escritura a qualquer escrito feito por official público. Ord. Liv. 1. Tit. 80. §. 6. e Tit. 84. princip. e §. 1. 5. e 11.: e que a Escritura particular, isto he, a que não he feita por official público, se chama *conhecimento, escrito particular.* Ord. Liv. 4. Tit. 33. §. 1. Alv. 15. de Novembro de 1760. Cart. de L. de 31. de Maio de 1774. §. 2. Alv. 1. de Agosto de 1774. §. 1. *et passim*; e outras vezes *escrito raso*, Regim. de 9. de Maio de 1654. Tit. 3. §. 9.: e *Alvará.* Ord. Liv. 3. Tit. 25. princip. e §. 7.: e *Alvará privado.* Ord. Liv. 3. Tit. 59. §. 10. e 15.: e *escrito simplesmente particular.* Cart. de L. de 20. de Junho de 1774. §. 43.

§. 98.

Certos pois no principio de que só he autentico o documento, que faz fé em juizo, e que só faz fé aquelle, a que a Lei concede esta qualidade, devemos ter tambem por muito certo, e fóra de toda a dúvida, que só são autenticos: 1.º o original de qualquer Escritura pública feita na Nota por Tabellião público, (a) e á maneira deste todos os autos originaes, e Escrituras feitas por officiaes públicos, e com as solemnidades que a Lei requer em cada caso, ou seja de factos acontecidos em juizo, ou fóra d'elle: (b) 2.º o primeiro traslado, copia, ou instrumento tirado da Nota pelo Tabellião, ou Escrivão, que a fez: (c) 3.º todas as certidões, copias, ou traslados de originaes autenticos, sendo extrahi-

dos com as solemnidades, e cautelas requeridas pela Lei, ou sendo de pessoas a quem ella concede fé: (d) 4.º todas as Escrituras particulares, a que a mesma Lei dá força de Escritura pública. (e).

(a) Ord. Liv. 1. Tit. 78. §. 4. Neste lugar se individuaõ as solemnidades geraes, e ordinarias, com que se deve fazer huma Escritura nas Notas para ter autoridade pública: mas pôde haver casos, em que além destas sejam necessarias outras para a sua autenticidade, ou para provar em juizo, como o maior numero de testemunhas nos testamentos: Ord. Liv. 4. Tit. 80: a assignatura da mulher nos bens de raiz: Ord. Liv. 4. Tit. 48.: o sello das cartas escritas em nome das Camaras: Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 9. etc.

(b) Ord. Liv. 1. Tit. 24. §. 19. Liv. 1. Tit. 80. §. 9. Estes autos assim feitos fóra do juizo, ou podem dizer respeito a algum processo, ou causa que corra nelle, como na hypothese desta Ordenação, ou aliás entender-se com relação a casos principiaõs de novo, como em alguns dos que finge a Ord. Liv. 3. Tit. 78. per tot. Note-se, que a Lei ás vezes dá autenticidade a escritos de pessoas particulares, sem ser contra elles, isto he, fazendo fé entre outras partes, como se fossem de official público. Ord. Liv. 1. Tit. 62. §. 3. Alv. 25. de Janeiro de 1755. §. 5. Dec. de 1. de Dezembro de 1757.

(c) Ord. Liv. 1. Tit. 78. §. 17. e seguintes. Liv. 3. Tit. 60. Observe-se, que a Lei confunde, ou toma ás vezes na mesma acceção, instrumento, e Escritura. Ord. Liv. 1. Tit. 78. §. 8., e Tit. 79. §. 14., e que igualmente dá o nome de Escrivão ou Tabellião, ao que escreve nas Notas. Alv. 20. de Agosto de 1774. §. 1. Provis. de 25. de Fevereiro de 1786. Provis. de 2. de Março de 1786. expedida em virtude do Dec. de 24. de Janeiro de 1786.

(d) *Certidões juradas, legaes, e autenticas.* Alv. 30. de Abril de 1774. Ord. Liv. 1. Tit. 3. §. 12. e Tit. 50. §. 4.

(e) Ord. Liv. 3. Tit. 25. e Tit. 59. §. 10. e 15.

§. 99.

Não nos conformamos por tanto com a doutrina do A. em seu §. 135. *tambem abi notei* (diz elle) *que he authenticico, e não he propriamente Traslado aquella Cópia extrahida do Titulo que o Tabellião copiou no seu Livro de Notas . . . por ser huma Cópia extrahida de Archivo público, qual o dos Tabelliões: estes transsumptos pois, dos quaes o primeiro he o Original, e o segundo Authenticico, não entrão na classe e censura de Exemplos, vulgo, Traslados.* Ignoramos na verdade os fundamentos que elle teve em vista quando tanto affirmou, pois até o mesmo Macedo que cita, e que elle acredita ser o unico que tem distinguido o que os DD. confundem, diz precisamente o contrario na Decis. 54. n.º 6. *exemplum sumptum . . . quod à proxime nominato originali extrahitur . . . hoc juxta vetiorem doctrinam regulariter fidem non facit.* Por outra parte a Lei do Reino tem dado a regra em tal caso na Ord. Liv. 3. Tit. 60. §. 6. a qual, combinando-se, e entendendo-se com as outras Ord. Liv. 1. Tit. 78. §. 4. e 17. e Tit. 79. §. 6. e 27. Ord. Liv. 1. Tit. 80. §. 15., faz vêr que, sendo muito digno de credito o primeiro traslado de huma Escritura, o segundo nada vale, não tendo sido autenticado com a assistencia, ou citação das partes interessadas, e concertado por officiaes públicos.

Impacientes os Bartolinos por effuscar a memoria dos juristas que os havião precedido, erigirão a presumpção em sabedoria, e metafisicas subtillezas em genuina intelligencia das Leis. (Da Influenc. do For. sobre a Felicidad. Publ. pag. 10.) Ao chefe desta escola devemos pois a opinião, que impugnamos, e que arrastado pela autoridade adoptou *Caldas* no seu *Commentar. ad Typ. Insurum. Emph. et vendit. cap. 35. n.º 49.*, e abraçou depois *Moraes* de *Execut. Lib. 4. cap. 5. n.º 16.* não achando até agora, que mais algum nosso Portuguez tenha seguido o mesmo: e ainda que *Mello Freir.* nas *Instit. Lib. 4. Tit. 18. §. 10.* chama aos primeiros traslados mais originaes, que transumptos; acrescenta logo *et ideo plene probant*: vindo assim a considerallos unicamente pelo effeito, que produzem. — Devemos por tanto haver como regra, que no systema da Lei, a Nota que fica no Cartorio do Tabellião he o titulo primordial, e a primeira copia della o traslado autentico, considerando-se os outros só por traslados de traslados, e como taes sem credito. Assim se contemplarão na Resoluç. de 12. de Agosto de 1799. em requerimento dos Padres de S. João Evangelista, aos quaes tendo o Senhor D. José concedido a graça de *suprir o defeito de serem traslados de traslados* as copias daquelles de seus titulos, que achárão depois do Terremoto, se permittio finalmente que podessem extrahir copias autenticas delles, *que tenham em Juizo o mesmo valor, que terião os titulos primordiales dos respectivos emprazamentos etc.* (vid. a Provis. de 30. de Agosto de 1799. expedida pelo Desembargo do Paço em virtude daquelle Resoluçáo).

§. 100.

Estamos bem longe tambem de concordar com o A. no seu §. 124. em quanto, seguindo a opinião de *Macedo* no lugar citado, e n.º 10., pa-

rece dar fé, e reconhecer autenticos os traslados, que se tirão dos documentos, ou escritos lançados nos livros de Notas, os quaes diz o referido *Macedo*, que tem todo o credito: *autenticum, id est certum nuncupatur.* Naquelles livros lança-se todo o papel, que se apresenta ao Tabellião, assim, e do mesmo modo que elle o escreve em pública fórma, quando se lhe pede: *Ord. Liv. 1. Tit. 79. §. 28.*: e já se vê, que nem elle pôde, nem he autorizado para examinar, se o documento he autentico, e legalmente feito. Isto todos o sabem, porque todos os dias se pratica. Logo que fé, que credito, que autenticidade pôde dar a hum traslado, o achar-se o original lançado nas Notas? Se este em si era autentico antes disso, deverá sempre produzir-se em juizo para prova, não só de sua verdade, mas de sua autenticidade; se então o não era, nem mesmo depois o será.

§. 101.

Com effeito nenhuma das razões de *Macedo* prova o que elle diz. Não prova a semelhança que quer deduzir das *Authenticas* de Justiniano, porque este nome lhes veio da autoridade por elle dada á traducção, que o Anonimo fez do Grego para Latim, e que foi publicada no tempo do Imperador Justino II., pois então havia precedido 1.º conhecimento, e certeza da autenticidade do original; 2.º combinação deste com a copia; circumstancias muito essenciaes, e que ambas faltão na nossa hypothese, porque nem ha

Q

(em regra) certeza da veracidade do original, nem conferencia legal delle com o traslado. Não provão tambem sua opinião os textos de Direito Civil, e Canonico, de que se serve, porque a *Novel. 127. cap. 2.* referida no n.º 12., bem como a *L. 2. ff. de Fid. Instrum.* fallão em casos absolutamente diversos do nosso, e por tanto parecem a elle muito mal applicados: e o *Cap. fin. X. cod. Tit. suppõe* o instrumento examinado pelo Juiz, e reconhecido verdadeiro; e *suppõe* tambem que he precisa esta cautela, por elle ser já velho, e poder em consequencia dilacerar-se; e mesmo então, diz Gregorio IX. *eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura.* E note-se, que aqui não se dá autoridade aos trasladados per si só, mas *cum originalibus*, e por tanto este texto confirma ainda mais nossa opinião.

Manoel Gonzalez Tellez no Commentario a este Capitulo diz, que delle communmente se costuma deduzir poder-se tirar hum traslado do instrumento original, porém *auctoritate judicis, partibusque citatis, e Salgado de Supplicat.* confirma o mesmo na sua P. 2. Cap. 26. n. 60.: *nam itidem non probat nisi registratus fuerit auctoritate judicis parte citata ad id, et non contradicente, nec opponente.* E no n.º seguinte: *nec fidem facit, nisi constet, et APPAREAT INSTRUMENTUM RELATUM.* Ora nós não negamos, que qualquer pública fôrma, tirada com citação, e consentimento dos interessados, fique depois d'isso com autoridade pública; e nem negamos tambem, antes asseveramos precisamente no fim do nosso §. 100., que hum traslado ou pública fôrma em presença do seu original, tem tanta fé como elle.

§. 102.

A Ordenação do Reino determina, que no caso da Nota perdida, aquelle que quizer reformalla, pôde fazello, sendo ouvido com a parte, a que pertencer. Liv. 3. Tit. 60. §. 6. Por tanto se sem citação, e audiencia dos interessados, não faz fé em juizo a reforma de hum documento original, fidedigno, e tão autentico, que não se duvida delle; como he possivel, que o simples traslado de hum papel, cuja autoridade, e mesmo verdade, não foi ainda demonstrada; possa fazer fé, e mereça o nome de autentico, só por ser lançado nas Notas por hum official público sim, mas sem citação da parte interessada? Hum livro de Notas se não existe, já existio; se ninguem o vê, já foi visto por todos; e mostra-se até que se perdeu, e que não he possivel em consequencia apparecer este original do documento que se busca, mas na hypothese em questão pôde até lançar-se nas Notas o theor de hum documento não só falso, defeituoso, errado, porém ainda imaginario; pôde ainda existir, e com tudo dar-se ao traslado a fé, que elle só merece, faltando o original.

§. 103.

O A., continuando em seu systema, adopta no §. 130. a opinião de que as Escrituras particulares, sendo antigas, fazem meia prova, independente de reconhecimento, e comprovação; mas a Lei do Reino diz na Ord. Liv. 3. Tit. 52.,

que a Escritura privada só faz meia prova, justificada por comparação de letra. (a) Quando ha pois huma Lei tão clara, e tão geral, nós não admittimos, nem nos parece que alguém deverá admittir, limitações, modificações, ou excepções de antiguidade, que ella não suppoz, quer sejam de setenta, quer de cem, quer de mais, quer de menos annos; e ou as Escrituras careçam, ou não careçam de suspeita na sua apparente fórma, porque não reconhecemos em tal caso outra alguma regra para qualificação do escrito, que não seja aquella já dada, *comparação de letra*: e muito embora digão, ou não, o contrario alguns Doutores, porque quando a Lei patria falla, tudo emmudece. (b).

(a) Não se entenda, que as palavras do V.^o ou por qualquer outro modo por que segundo direito he feita meia prova; que se achão na citada Ord. dizem respeito à Escritura privada, como querendo-se asseverar, que a justificação della se pôde fazer por comparação de letra, ou por qualquer outro modo; pois bem se conhece pela simples lição do texto, que esta clausula comprehende na sua generalidade os exemplos, que a Lei principiou a dar no V.^o *E dizemos*; de sorte que vem a ficar deste modo entendido, que o Legislador quiz determinar o seguinte: *E dizemos que he feita meia prova por huma testemunha sem suspeita, que deponha compridamente do caso sobre que he a contenda, ou por confissão feita pela parte fóra do juizo, ou por escritura privada, ou por qualquer outro modo por que segundo direito he feita meia prova.*

(b) Não negamos o respeito aos Autores de boa nota, que derem razões convincentes de seus ditos; como porém aos Escriitores de Jurisprudencia, se pôde ap-

plicar o que dos Filozofos da Grecia dizia Cicer. de Divinat. Lib. 2. Cap. 58. *sed nescio quo modo nihil tam absurde dici potest, quod non dicatur ab aliquo philosophorum*, he preciso ter muita cautela com o que elles escreverão. No presente caso porém elles dizem com effeito o mesmo, que diz a nossa Lei, porque Strikio no lugar citado pelo A. Cap. 4. n.º 35., asseverando, que a Escritura particular prova nas cousas antigas, accrescenta logo as palavras de *Mascardo: ita tamen comparata ut omni careat suspicione fraudis etc.*

CAPITULO IX.

*Reflexões geraes sobre os Tombos das Corporações;
e particulares.*

§. 104.

OS Tombos na qualidade de Escrituras, ou documentos, erão comprehendidos na generalidade das considerações, que acabamos de fazer no capitulo antecedente; mas ellas não lhes são em tudo applicaveis, e importava por isso contemplallos separadamente. Se accrescentassemos porém, o que vamos dizer ao que alí deixamos escrito, não escapariamos de sacrificar a ordem, e a clareza: e ainda que restavão os meios, ou de supprimir, ou de tratar ligeiramente a materia, julgamos que nenhum delles convinha adoptar, porque reputamos tão intimamente ligada com o systema do A. a necessidade de desenvolver este

objecto, que seria impossivel ajuizar, como convém, de suas opiniões, deixando em silencio, ou menos bem expendidas algumas cousas que sabemos, e nos parece util, e até necessario dizer sobre os Tombos.

§. 105.

O nosso A. diz no §. 166. *Eu supponho . . . hum Tombo feito com as solemnidades que requerem os Praxistas . . . e na supposição de se fazer hum Tombo solemnem, he que vou a expôr a prova, que elle constitue dos Direitos dominicaes.* Nós em consequencia caminharemos sobre o mesmo plano, considerando sómente os Tombos regulares, que se podem chamar modernos, e deixando debaixo da censura dos documentos antigos, e sujeitos ás mesmas regras, que marcão a sua veracidade, e autenticidade, aquelles que não se acharem nestas circumstancias.

§. 106.

Sendo, e tendo sido muito frequente o uso dos Tombos em Portugal, he bem para notar, que houvesse ainda tão pouco quem escrevesse nesta materia, aliás muito importante; e não podendo os Autores Estrangeiros dizer sobre ella senão alguma cousa em geral, a falta dos nossos torna-se por isso muito mais sensivel. Confessando que algum auxilio pôde prestar o Tratado de *Leitão* sobre este objecto, não podemos todavia deixar de notar que, entre tanta cousa inutil que escreveu, são tão poucas, ou para melhor dizer

são raras, aquellas de que se possa tirar proveito, que hum Juiz a quem for encarregado hum Tombo, se não tiver para o fazer mais luzes, ou conhecimentos, do que aquelles que lhe dá este Tradadista, não pôde certamente cumprir seu dever como convém, nem deixar de commetter mui grandes faltas.

O nosso Leitão (diz o autor das Observações de Diplom. Portug. pag. 56.) se reputa o mestre dos Juizes dos Tombos, e todavia a pezar das suas lições, nem sempre tem desempenhado o seu officio. Este conceito merecia elle já ao Doutor Antonio Vanguerue Cabral na 4.ª Parte da Pratic. Judic. Cap. 20., aonde diz: posto que Leitão in prax. fin. regund. a tratou doctissimamente, foi mais no especulativo do que no pratico.

§. 107.

Concedendo porém que, em regra, todos os Juizes que fazem Tombos, tenham do negocio as idéas, que se precisão, e reconhecendo mesmo de muito boa fé a dignidade, com que alguns se empregão neste exercicio, importa com tudo dizer, que o methodo quasi geralmente adoptado não he senão pouco regular, e muito illegitimo, em quanto parece difficil, que elle possa deixar de abrir a porta a infinitas occasiões de erros, e de enganos; aindã mesmo sem nos lembrarmos da má fé, que muitas vezes, e com muita facilidade, pôde praticar-se nos differentes actos, aliás muito essenciaes a todo o processo; o que faremos ver, dizendo alguma cousa da historia critica dos Tombos; para que se possa fazer hum

juízo mais seguro sobre o credito que merecem. E como vamos a pôr em mais alguma luz esta materia, desde já protestamos, que não he nosso intento singularizar alguém, e que, respeitando individualmente todas as pessoas, que concorrem para fazer isto, que entre nós se chama hum Tombo, diremos em geral o que nos parece sobre a materia, bem persuadidos de que tanto maior, e mais antigo he o poder da opinião, e da crença a este respeito, quanto mais importa manifestar a sua origem, e resultado. *A data de hum abuso não he senão huma razão de mais para elle se dever fazer público com maior presteza. A injustiça não he do numero das cousas, que adquirem por sua velhice direitos ao nosso respeito.* (Fragmens des Annal. politiq.)

§. 108.

O julgador que tem de decidir da justiça das partes, deve ser o mais possível a contento dellas. Não basta que elle seja sabio, e recto; he preciso que mereça a confiança dos litigantes, e que elles se persuadão, que nenhuma razão o poderá mover a olhar com mais affeição para o seu contendor. A conservação da ordem pública exige isto mesmo, e a nossa Lei constantemente, e sempre que se offerece occasião, recommenda a escolha de Juiz sem suspeita, que quer dizer o mesmo em meños palavras. *Neminem voluerunt majores nostrí non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.* Cicer. Orat. Pr.

cluent. Cap. 43. (Veja-se a Ord. Liv. 1. Tit. 65. §. 25. Liv. 3. Tit. 17. §. 1. 4. e Tit. 24. §. 1.)

Nenhum julgador (por maior que seja sua graduação, e inteireza) pôde pretender, que todos os litigantes confiem nelle a ponto de nenhum o haver por suspeito. A combinação de circumstancias bem pouco esperadas, ás vezes faz vacillar sobre seu procedimento; e a dignidade e segurança de consciencia, que exige o desempenho de suas obrigações as mais respeitaveis, e de maior importancia, que se conhecem na ordem civil, o constrangem a denunciar-se, mesmo quando nelle ha huma razão de suspeição, desconhecida das partes. A persuasão de que sua fraqueza não ha de neste caso triumphar de sua probidade, só dá a sua conducta o character de orgulhosa, temeraria, e punivel.

§. 109.

Qualquer que seja pois o Juiz nomeado para a factura de hum Tombo, he sempre certo, que seu emprego se deve considerar extremosamente melindroso, e importante. A resolução de dúvidas mui attendíveis em si, pelas circumstancias que as acompanhão, e pelos resultados que podem ter, he lhe confiada absolutamente, e a desmedida extensão, que de facto abrange sua commissão, não deixará de parecer exorbitante ou em huma, ou em outra occasião: talvez mesmo seja difficil poder suppôr hum caso, em que huma, ou outra parte interessada, não repute haver prevenção a favor do dono do Tombo, para que o Juiz foi chamado expressamente. Os homens de ordinário não se determinão senão por aquillo, que os toca mais sensivelmente, e a pesar de todas as

reflexões, as apparencias tomão muitas vezes o lugar da verdade, sendo custoso por extremo fazer mudar de opinião aquelles, que chegarão a estabelecer huma, fundados em motivos, que ou reaes, ou apparentes não dão a suas suspeitas senão a importancia de mais justas.

Não podemos deixar de observar neste lugar a generalidade com que se entendem as Provisões de Comissão para Tombos, não se reputando pessoa nem cousa alguma isenta da jurisdicção e autoridade dos Juizes delles. Poupando-nos porém a fazer as reflexões que aqui parecem obvias, notaremos sómente, que a regra geral da Lei não sofre, que os privilegiados de privilegios incorporados em Direito sejam tirados de seus fóros, e juizos por virtude de quaesquer commissões por mais amplas que sejam. *E porque na concessão das referidas Commissões não foi nunca, nem he da Minha Real Intenção, que os Juizes dellas, como posteriores aos dos Privilegiados, e pela faculdade avocatoria, que por Mim lhes he concedida, mereção mais a Minha Real Confiança, do que os outros Juizes privativos, e privilegiados, ou se entenda nas mesmas Commissões huma revogação tacita dos referidos Privilegios, que ficão sempre em seu vigor, em quanto delles se não faz expressa e especifica derogação: Sou servida de o declarar assim, para que se não proceda mais com a irregular intelligencia, com que se tem procedido, resistindo-lhe invencivelmente a Ordenação do Reino, que não sofre se entenda revogada Ordenação alguma, sem que della se faça individual, e especifica menção. . . .* D. de 13. de Janeiro de 1780. (Veja-se o Alv. de 22. de Junho de 1805.)

§. III.

Quem for medianamente instruido na prática forense, não deixará de conhecer a difficuldade

de ordenar uniformemente hum processo, sem haver regulamento, norma, ou regimento, que indique quaes devem ser os procedimentos do Juiz, e de seu Escrivão, as obrigações do reo, e os direitos do autor. Resulta daqui, e deve resultar necessariamente, a variedade com que se sabe tem procedido muitos Juizes do Tombo, seguindo huns o methodo que outros regeirão, e discordando ás vezes muitos delles até nos pontos mais essenciaes. Em qualquer juizo ha marcados os passos que deve dar o processo, porque para isso temos ordem estabelecida pela Lei: póde dizer-se, que tudo se faz á vista das partes interessadas: a causa corre os termos que são de sua natureza, e sobre a competencia delles poucas vezes se disputa; examina-se o que se escreve; consulta-se o Letrado sobre a pretensão do adversario, pretensão que consta dos autos com toda a miudeza, e se não consta, ha remedio para a fazer constar. Não obstante tudo isto processão-se muitas vezes autos nullos, ha irregularidades no tratamento das acções, condemnão-se em huns auditorios aquellas mesmas praticas, que se respeitão nos outros, e em huma palavra, he preciso que as causas cheguem aos Tribunaes, e Juizos Superiores para ahi serem ultimadas com regularidade uniforme.

Esperamos aqui huma objecção fundada na Provisão de Comissão, que se passa ao Juiz de Tombo, e na qual parece marcar-se-lhe alguma norma, ou regra de proceder: entretanto combinando-se o que se faz nos Tombos, com o que dizem as taes Provisões, necessariamente se nos ha de conceder, que ou os Juizes

excedem os poderes, que se lhes dão, e he nullo em consequencia o que obrão, ou nas Provisões se não especificão nem esses poderes todos, nem o modo de os exercitar.

§. III.

O Juiz ordinario de qualquer Cidade, Villa, ou Couto, he certo, e permanente no mesmo lugar: sabe-se a hora em que começa a audiencia; he marcado, e sempre o mesmo o dia della; conhecido (ordinariamente) o official que faz a citação: que males se não deverão esperar logo n'hum Juizo do Tombo, a respeito do qual não podem dar-se sempre as mesmas occasiões de regularidade? E que reflexões a fazer, quando huma experiencia tantas vezes repetida não nos deixa lugar para duvidar, que em taes processos esses males não são senão hum resultado necessario da falta de observancia dos primeiros preceitos da Justiça! Digamos porém só, e reforçando nossos principios, que hum Juiz de Tombo nem he sujeito á Correição, nem á devassa della, nem á Residencia: o seu Escrivão goza do mesmo indulto, e em consequencia não resta ás partes senão o meio do recurso para as Relações, meio de ordinario dispendioso, e que não evita certos males, que podem acompanhar a administração da justiça, quando os funcionarios publicos deixão de ser responsaveis por sua conducta.

Nos Tombos da Coroa o negocio procede muito diferentemente: porque o Juiz he sempre hum Magistrado escolhido, com gradação propria; o Escrivão hum Official de Fazenda, sujeitos ambos immediata-

mente ao Supremo Tribunal do Conselho da Fazenda: ha hum Regimento público, conhecido por todos, que o Juiz deve fazer observar, e o Escrivão cumprir; e logo que se dê huma falta, os interessados sabem conhecer em que, e podem usar em consequencia dos recursos competentes: mas nos Tombos particulares a cousa corre de diverso modo absolutamente, como temos occasião de mostrar.

§. III.

O primeiro e principal objecto do Juizo do Tombo he a medição, confrontação, e demarcação dos terrenos. Louvados, e medidores tão rusticos, e ignorantes, como de necessidade devem ser homens, a quem faltão os conhecimentos proprios de taes occupações, empregão-se indistinctamente para assim decidirem do direito dos interessados, e determinarem para o futuro a resolução de questões importantissimas. Ora a experiencia tem mostrado por huma parte, que estas medições são tão arbitrarías, e tão incertas, que de maravilha dous medidores vão achar em hum terreno a mesma extensão exacta, que outros dous acabão de lhe dar (e debaixo de juramento!) e pela outra que, se a natureza não demarcou por hum modo muito sensível, isto he, por hum monte, hum rio etc., qualquer propriedade, he quasi hum impossivel, passado hum seculo, verificalla, ou mostrar a sua identidade; porque como nem a medição he exacta, nem se pôde evitar que os marcos se arranquem, ou mudem, nem finalmente os signaes característicos de que se usa podem determinar com certeza a configuração do

predio, querer achar sem isso os seus limites; he querer absolutamente adivinhar. Eis-aqui porque hum homem erudito escrevia a este respeito: *mas se não apparece algum confim immutavel, do qual se possa partir, e se as terras circunvisinhas não tem já os antigos proprietarios, he inutil querer achar, mesmo pouco mais ou menos, o verdadeiro lugar do terreno que se busca, etc.* Cod. de l'Humanit. Tom. 2. pag. 356. Col. 2.

O que acabamos de dizer he o que passa em geral, sem pretender negar entretanto, que por circumstancias seja possível verificar sempre qualquer propriedade, ou porque he murada, ou porque confina com estradas, que nunca se mudão, etc. Com tudo ninguem duvidará, de que os termos empregados ordinariamente na escritura dos Tombos, são mui pouco capazes de remover qualquer d'úvida, que appareça a todo o tempo: por exemplo; no sitio de tal há hum marco, dahi corte a medição para o Norte fazendo *chave*, depois corta para o Nascente, aonde faz *arco*, etc.

§. 113.

O Doutor Antonio Vanguerve Cabral diz na sua *Prat. Jud. Part. 4. Cap. 20. n.º 4.*, que empregava o ministerio de Pilotos com huma bussola, para as demarcações, de que era encarregado. Não sabendo que o mesmo pratiquem os nossos Juizes do Tombo, não podemos deixar de dizer, que esta falta deve influir mui poderosamente para se multiplicarem os erros, porque não determinando na medição as direcções dos ventos senão pelos quatro pontos cardaes, hão de fazer por força consideravel differença, pois se dizem por

exemplo, que a demarcação segue para o Norte, quando ella corre para o Nornordeste, ou Nornoroeste, ou para algum dos pontos intermedios, de necessidade vem a ficar fóra della grandes porções de terreno, ainda em mui pequenas distancias. E posto que para o dono do Tombo seja o mesmo, porque tudo lhe fica em casa, não he assim para os foreiros, e confinantes, visto que se tira a luns, para se dar a outros: e póde mesmo tirar-se a todos, e reputar-se accrescimo a favor do Senhorio, o que só foi resultado da ignorancia, ou da málicia do medidor.

Não entendemos aqui por Pilotos os Officiaes de Mar encarregados da direcção dos Navios, mas sim certos homens com conhecimentos precisos para regular praticamente, e por hum modo uniforme as demarcações e medições dos terrenos, qualquer que seja sua configuração, e superficie. Nem se repute novidade o que escrevemos, porque na Lei temos apoio á nossa opinião. *Em cada Villa* (diz o Alv. de 25. de Janeiro de 1809. §. 4.) *haverá tambem hum Piloto para as Medições, e Demarcações, eleito pela Camera, o qual servirá por tres annos, tirando o competente Provisimento. etc.*

§. 114.

O outro objecto do Juizo do Tombo he o reconhecimento, e a declaração dos censos, foros, e pensões, que cada huma das propriedades medidas, ou demarcadas paga ao Senhorio: teremos ainda occasião de fallar sobre o methodo geralmente adoptado para levar ao fim este projecto, e faremos ver a irregularidade com que se procede por via de regra: os males que nascem

daqui são os que pesão principalmente sobre os desgraçados Colonos. Em qualquer medição he interessado o Senhorio, e o foreiro; mas além disso tambem o são todos os confinantes, que podem d'algum modo, e ás vezes equilibrar ou o poder, ou a destreza daquelle que quizer abusar do seu direito, sendo por isso menos facil haver erros além dos inevitaveis, em o methodo actual: porém quando se fazem os reconhecimentos, as confissões, e as declarações dos direitos, a luta he só entre o Senhorio, e cada foreiro individualmente; e ninguem deverá esperar, que triunfe o mais fraco, e leve a melhor o menos poderoso, se a justiça não presidir á distribuição do premio.

§. 115.

Nasce do que acabamos de dizer a facilidade, com que se introduzio na pratica dos Tombos hum uso, ou antes abuso, que tem tido, e deve ter consequencias muito certas, para deixar de se contemplar como hum mal terrível pela oppressão, que acarreta aos miseraveis Colonos, e pelo prejuizo que tem causado á Agricultura. A indivisibilidade dos Emprazamentos, que a Lei suppõe necessaria á sua conservação, e que até certo ponto não deixa de parecer qualidade essencial de sua natureza, pôde considerar-se além disso como huma providencia de interesse público, em quanto offerece hum meio muito poderoso para evitar, aquelles inconvenientes, que resultão de huma illimitada divisão de terrenos. Concedendo por tanto ao Colono a liberdade de dividir o pra-

zo, e ao Senhorio o poder de o autorizar, a Causa Pública reclama, e deve reclamar eternamente contra todos estes abusos do direito da propriedade, muito respeitavel, e muito sagrado com effeito, mas sempre subordinado á conservação do todo, e na indispensavel necessidade de se combinar em consequencia com o bem geral da Nação.

§. 116.

O amor que todo o homem naturalmente conserva á herança paterna, aguçado pelo desejo não menos natural, e mais imperioso ainda de ser proprietario, influe nos herdeiros hum repugnancia invencivel a consentir de bom grado, em que fique hum só o possuidor do prazo, que todos desfrutárão em vida de seus pais; e por isso quando o aforamento he perpetuo, rarissimas vezes deixa de ser retalhado em glebas no juizo divisorio. Huns Senhorios, não contemplando senão seus interesses particulares, consentem muitas vezes expressamente na transgressão da Lei prescindindo do direito, que ella lhes dá nesta especie de commisso (Ord. Liv. 4. Tit. 96. §. 93.) outros approvando tacitamente, o que não autorizarão em principio, vão recebendo suas pensões, achando melhor isso, que obrigar por hum demanda os herdeiros a encabeçar o prazo em hum só: e deste modo de gerações em gerações se vão dividindo, e subdividindo as propriedades, com prejuizo visivel da Agricultura, sem nos lembrarmos dos males que resultão de tornar assim essencialmente hum contrato tão conforme a nossos usos e costumes.

Não temos aqui em vista defender, que sejam mais uteis os grandes proprietários, e nem que deixe em geral de interessar muito ao publico hum maior numero de cultivadores: nossos principios tem por fundamento aquelles, que forão adoptados na Cart. de L. de 9. de Julho de 1773., e que não podemos deixar de considerar em tudo applicaveis á materia sujeita. *O mesmo (diz o Senhor D. José de Gloriosa memoria) que no principio fora huma Casa nobre, huma Quinta, ou hum Casal consideravel, que, conservados na sua primitiva integridade, podiam sustentar huma Familia com decencia, se deslaceráram, anniquiláram, e vieram a perder-se até as memorias do que foram. . . Seguindo-se do concurso de ambos estes abusos inconvenientes, e prejuizos publicos tão grandes, e tão dignos de serem obviados, como são: por huma parte faltarem para a Agricultura todos os muitos Terrenos, que se acham pejados, e impedidos com os muros, com os valados, e com os caminhos, e atravessadouros, que fazem infructiferos; não são os lugares, que occupam; mas tambem as outras consideraveis porções dos Terrenos, que a elles são contiguos: por outra parte multiplicarem-se com as servidões, usos, e demarcações dos mesmos insignificantes Predios innumeraes rixas, e continuos pleitos, que perturbam o sossego, e diminuem com querellas, vestorias, e custas a substancia dos Povos. . . .*

§. 117.

Estes abusos, e estes males, que acabamos de lêr na citada Carta de Lei, e que não se devem reputar nem menos reaes, nem menos dignos de attenção, por seu effeito (para outras providencias) se achar suspenso pelo Dec. de 17. de Julho de 1778., são multiplicados e autorizados universalmente em o Juizo do Tombo, facilitando-se aos Senhorios a occasião de haverem seu foro in-

dividuo; por meio de Sentenças vulgarmente chamadas de *destrinça*, que obrigão hum só como *cabeça* dos muitos foreiros a pagar por todos, de quem cobra depois a respectiva parte. E ainda que pareça á primeira vista, que aqui não ha senão hum procedimento muito regular, e muito justo, considerado entretanto o negocio mesmo particularmente com relação unica entre os foreiros, e Senhorios, achamos, que mais de hum inconveniente resulta de taes *Sentenças*, e de taes *cabeças de destrinça*.

§. 118.

Concedendo que a indivisibilidade do prazo he hum beneficio do Senhorio, e beneficio que elle póde ceder, não se nos ha de negar, que dada a cedencia, os herdeiros adquirirão desde logo direito á divisão; e que o foro em consequencia ficou partido entre elles pela renuncia, que se fez em seu favor. Sujeitar por tanto hum só no Juizo do Tombo, a que pague por todos, e declarar solidaria (para assim dizer) hum obrigação, que nasce de hum direito dividido entre muitos, repugna com os principios da justiça e da razão. *Cada hum dos herdeiros do devedor (diz Pothier no seu excellente Tratado des Oblig. Tom. 1. pag. 282.) não he obrigado á divida senão por sua parte; e ordinariamente cada hum delles póde obrigar o credor a receber esta parte.* Além de que, ou o prazo fica dividido *de jure*, ou não; se fica, tantas são as porções, em que se dividio, quantos os prazos novos e diferentes; devendo por isso

fazer-se a cada foreiro seu titulo de empraçamento separado com obrigações, e direitos tambem separados, e relações immediatas entre elle e o Senhorio: e se não fica dividido *de jure*, o Juiz do Tombo não pôde autorizar a divisão, e a Sentença em que o julga he nulla, e de nenhum effeito.

Não cessaremos de pôr em paralelo o procedimento, que ha nos Tombos da Coroa com aquelle dos particulares, porque assim julgamos demonstrar sem replica, de que parte se acha a justiça. Quando se tratou de mandar proceder ao Tombo do Reguengo de Tavira, doado ás Freiras do Convento da Estrella, achou-se que muitos terrenos estavam divididos, e subdivididos sem licença: e posto que por isso, e como bens Reaes ficassem desde logo devolutos á Coroa, com tudo não só (por Piedade) se perdoou este commisso, porém se determinou, que todas as porções de terreno *avultado e sufficiente*, que podessem intitular-se *huma fazenda* ficassem prazos regulares, e que as outras porções ou *courellas de terrenos insignificantes* fossem depois da morte dos actuaes possuidores reunidos ao foreiro, que tivesse a maior parte do predio. Regim. 1. de Junho 1787. Cap. 4. 5.

§. 119.

Observaremos ainda e por isso neste lugar, que de ordinario se segue o costume de se entregarem de tres em tres annos estas Sentenças de destrinça a cada foreiro para receber dos outros, acontecendo por isso, que muitas vezes cahe a sorte em desgraçados jornaleiros, e que do prazo não possuem senão huma mui pequena parte, sendo obrigados a cobrar dos mais, não sem grande incommodo, e perda de seus dias com prejuizo

particular, e do público. Observaremos tambem, que não he nossa tenção comprehender nas reflexões que acabamos de fazer, o caso em que os foreiros, para obterem do Senhorio consentimento para a divisão do prazo, se obrigão *in solidum* ao pagamento da pensão ou foro, porque se este contrato pôde ser admissivel á face da Lei, não duvidamos que produza obrigação. Observaremos de resto, que nos parece sempre muito extraordinario, que tendo os foreiros a excepção de prescripção a favor da divisão do prazo, e não sendo possivel, que os Senhorios se considerem a respeito de todos com igual direito para os obrigar ao encabeçamento do foro em hum só, vejamos entretanto, que prazos divididos e subdivididos desde tempos antiquissimos, e huns no juizo *familiae ersciscunda*, outros por compras, trocas, e doações etc. sejam havidos sem differença alguma, e com a mesma igualdade, constrangendo-se os possuidores de todos, e graduando-se na mesma classe, como se a obrigação de todos tivesse a mesma origem.

A supplica feita ao Desembargo do Paço para nomeação de Juiz do Tombo, não declara o estado individual do direito do Senhorio a respeito de cada huma das propriedades, que vai fazer o objecto da tombação; e não sendo impossivel, que alguma, ou alguns dos foreiros tenham adquirido o direito de prescripção, que he sempre huma excepção legitima contra taes pretenções, vemos entretanto, que quando se trata de fazer *cabeças* de destrinça, só se consulta a commodidade do Senhorio. E vemos ainda mais, que o comprador de huma porção do prazo, a quem esse Senhorio deu consentimento expresso ou tacito, e a quem

reconheceu já como tal, vai depois no Juízo do Tombo, ser envolvido com os outros, contra os quaes o procedimento pareceria legal.

§. 120.

Assim se ordena hum Tombo, e assim se acaba, e assim finalmente se confirma por sentença, dando-se a muito respeitavel autoridade de cousa julgada a hum processo, que tanta contemplação merece quando he feito conforme os principios, e regras de Direito, e da justiça, quanta he a indignidade, e desprezo que chama sobre si, quando elle se procura como meio de legalizar pretensões odiosas!!! E para que até depois de acabado se pratiquem a respeito d'elle irregularidades, notaremos aqui o uso que dos Tombos se faz. As mercês dos Soberanos aos particulares, ou Corporações não só ficão registadas nas Secretarias competentes, mas na Chancellaria, e até o devem ser nas Comarcas: ha por tanto facilidade de as examinar, e tirar o partido conveniente do seu exame. Os Foraes como livros publicos podem ser vistos por todos, e tirar-se delles as certidões, e clarezas necessarias, e aonde os ha temos Lei, de cuja autoridade não se pôde duvidar. Os autos que se processão entre quaesquer partes ficão nos Cartorios; e as Escrituras nas Notas, que são patentes a todos. De Tombos porém não ha registro publico: existindo sempre nas casas dos particulares, ou Corporações, vedados á vista e ao exame dos interessados, podem ter nullidades muito attendiveis, ser viciados ou na sua origem ou depois, e com tudo não he

possivel moralmente conhecer estes, ou outros defeitos muito essenciaes, e interessantes ao direito dos foreiros.

§. 121.

E nem se objecte que, dos Tombos particulares se dão as certidões precisas, porque além de se não darem sem custo, quando o Senhorio desconfia que dahi venha a resultar-lhe prejuizo por modico que seja, as faltas e irregularidades só se podem conhecer examinando-se tudo, e combinando-se assignaturas, datas etc., e para tudo isto he preciso tempo, e occasião, que só ha quando se franqueia sempre, e a todos, o documento sobre que se suppõe dúvida. Quantas certidões se não tirarião dos Cartorios, que vio o A. das *Observ. de Diplom. Portug.*, antes de elle os examinar, e entretanto só então se conheceu a falsidade de alguns documentos? He preciso convir com effeito que, dar aos Tombos a natureza de processo publico, e fazer o seu uso privativo de huma das partes só, não deixa de ser irregularidade, ou antes incoherencia notavel.

As Provisões de Comissão mandão dar o traslado dos autos de medição, e demarcação ao Senhorio, e a quem o requer: donde se pôde concluir, que os autos principaes devem ficar em poder de alguém, que não seja o mesmo Senhorio; mas a experiencia mostra, que quem encommenda o Tombo se apodera do Original, a que chama seu, e aquelle a quem para o futuro convier saber o que lá vai, ha de adivinhar. Falta-se por tanto á Lei, porque se falta á fórma determinada nas Provisões, e adopta-se huma pratica total-

mente opposta á dos Tombos da Fazenda, em tantos casos quantos são: 1.º o do Regim. de 27. de Setembro de 1514. Tit. 25. em que o Senhor D. Manoel determinou, que dos Tombos das Capellas, Hospitais, Albergarias, e Confrarias ficasse nas *Camaras* dos Concelhos hum traslado: 2.º o do Alv. de 26. de Outubro de 1745. , em que se mandou que os originaes dos Tombos dos Concelhos ficassem nos Cartorios das Camaras: 3.º o do Alv. de 23. de Maio de 1775. §. 7. no qual o Senhor D. José determinou, que dos Tombos das Capellas ficasse o traslado nas Provedorias: 4.º o do Regim. do 1.º de Junho de 1787. Cap. 25. , que manda guardar nos Almoxtarifados o traslado do Tombo das Freiras do Convento da Estrella, etc.

§. 122.

O que até aqui temos dito mostra como se tem feito muitos Tombos, que hoje servem de titulo a percepção de direitos dominicaes, respeitadas já pela posse, e confirmados de algum modo por sentenças proferidas em virtude de certidões, e documentos, que delles se tem tirado, e que nos Auditorios correm por autenticos. Entretanto confessamos em abono da verdade, que ha, e tem havido Juizes, e Senhores, que procederão neste negocio com toda a exactidão que elle permite; e que em consequencia não temos senão querido inculcar aos nossos Leitores a necessidade de circunspecção, e critica, quando se tratar de julgar sobre Tombos, ou verdadeiramente sobre as certidões extrahidas delles.

CAPITULO X.

Censura da doutrina do A. sobre os Tombos.

§. 123.

TEndo de desenvolver esta materia quanto seja necessario para chegar ao fim proposto, será conveniente notar, que hum Tombo he huma descripção de bens, e direitos: daquelles se declara a medida, e confrontação, destes a natureza, e origem. Hum Tombo pois não he mais que huma lembrança do que se fez, com o fim de ficar constando autenticamente para o futuro: e em consequencia tudo quanto ali se acha escrito, não merece maior credito depois disso, do que tinha antes de lá se escrever. Se hum auto por tanto foi mal feito, huma medição errada, huma declaração contra a verdade; auto, medição, e declaração ficão sempre, e eternamente mal feitos, errados, e mentirosos, como erão antes de se lançarem no Tombo.

§. 124.

Reflectindo-se hum pouco na Legislação, que achamos sobre Tombos, ninguém poderá deixar de vêr, que são duas cousas differentes o processo da medição, e demarcação, e o que se chama Tombo, ou relatorio dos bens, e rendas de qual-

quer pessoa ou Corporação; de sorte que, em rigor, pôde este ser considerado separadamente daquelle, e nem sempre como seu resultado. Assim temos que no Regim. do Senhor D. Manoel de 27. de Setembro de 1514. e no Tit. 25. não se trata nem de medições, nem de demarcações, ao mesmo tempo em que se manda fazer hum Tombo exactissimo de todos os bens das Capellas, Hospitales, Confrarias, e Albergarias. Assim temos do mesmo modo o Cap. 18. do Regim. dos Vedores da Fazenda de 17. de Outubro de 1516., em que se ordena a factura de Tombo de bens, e rendas da Coroa, sem se especificar demarcação alguma. Assim temos tambem, que no Regim. Novo dos Desembargadores do Paço de 27. de Julho de 1582. §. 41. se acha só *Provisões em fórma para se fazerem demarcações, e de Tombos* nem palavra. Assim temos igualmente, que tanto na Ord. Liv. 1. Tit. 16. §. 2., como na outra Liv. 1. Tit. 50. §. 2. se mandão fazer as demarcações e medições *para depois de acabadas se lançarem no Livro do Tombo, etc.* Assim temos emfim, que nas Provisões de Comissão se dá a entender isto mesmo aos Juizes do Tombo; seguindo-se de quanto acabamos de dizer, que a pratica posteriormente adoptada de considerar hum acto, e hum Juizo unico o medir, demarcar, reconhecer direitos, julgar confissões, condenar á revelia, e em contumacia, e ao mesmo tempo, e no mesmo processo, e livro fazer tudo isto, e dar a tudo isto o mesmo valor, a mesma força de obrigar, e a mesma natureza de cousa julgada, he huma pratica introduzida sem Lei (de que tenhamos noticia) devendo por

isso reputar-se extensiva, e contraria á criação, ou origem das demarcações, e dos Tombos.

Não podemos convencer-nos de que em principio se desse aos Tombos a importancia, que elles adquirirão depois, e que na pratica se lhes conferio gratuitamente; e estamos persuadidos de que se então elles se considerassem como hum Juizo, em que se dá e tira a cada hum o seu direito, e no qual dar e tirar se envolve a possibilidade de tantos prejuizos, quaes são os que resultão de se declararem perpetuamente obrigadas povoações inteiras á satisfação de encargos, que nunca tiverão, certamente se tomarião outras medidas de conveniencia publica, e não se consentiria, que negócios de tanta ponderação deixassem de ser tratados perante as Justicas competentes, e as mais autorizadas. Concluiremos esta nota (para nos furtarmos a ultteriores reflexões) dizendo somente, que no systema da Legislação moderna os Tombos se reputão muitas vezes hum mappa, ou descrição de bens somente: como no §. 29. da Instituição da Companhia da Agricultura do Douro de 31. de Agosto de 1756., no §. 10. do Alv. de 12. de Junho de 1800., no Dec. de 21. de Janeiro de 1775. etc.

§. 125.

Reconhecendo o A., que não he geral e uniforme a pratica do processo dos Tombos, dá no §. 171. a mais observada dizendo: *Citão-se os Forreiros, já para se louvarem em Louvados; já para declarar as Terras que possuem, já para reconhecerem os Foros, e Direitos dominicaes, com comminação de que não comparecendo se fazer a louvação e demarcação d sua revelia etc.* Do que tudo concluímos; 1.º que na opinião do A. este he o modo mais ordinario de se fazerem os Tom-

bos em Portugal, e que por tanto a respeito de qualquer que se apresente, não se póde suppor senão, que se seguiu esta ordem: 2.º que todos os que assim não se acharem feitos, são mais irregulares, porque são menos conformes a este methodo, que o A. defende como muito juridico, pois lhe dá toda a autoridade publica. *Feito, e solemnizado assim o processo do Tombo, e confirmado por Sentença geral e final. . . . fica o Tombo fazendo prova como hum acto judicial etc.* (§. 174.)

§. 126.

Nesta praxe porém, que o A. diz ser *mais observada*, achamos nós hum procedimento, que nos parece atacar os principios da justiça, e o systema das Leis do Reino, em quanto o foy-reiro *revel*, ou *contumaz*, se há por confesso, procedendo-se no reconhecimento á sua revelia: *Se o reo, sendo citado por qualquer aução pessoal, ou real, ou de qualquer qualidade que seja, for revel, e nunca apparecer em Juizo por si, nem por seu Procurador ao termo, que lhe for assinado o autor seguirá seu feito á sua revelia, sem poder requerer contra elle, que o mettão em posse de nenhuns bens etc.* Ord. Liv. 3. Tit. 15. Eis-aqui a regra geral, que se deve observar nas revelias: eis-aqui o procedimento, que só póde tornar respeitavel, e exequivel a Sentença que condenou o reo: e eis-aqui finalmente o contrario, do que se pratica nos Tombos.

§. 127.

Mas diz o A.: *fazem-se os reconhecimentos á sua revelia Pena legal do contumaz pena justa o haver-se por confesso* (§. 173.) Vamos de vagar: isto não he razão, ou he dar como razão o mesmo que se quer provar, por quanto o que se pergunta he precisamente, se a pena da contumacia he neste caso legal, e justa. A opinião do A. não tem por tanto outro apoio senão as autoridades, que cita da *L. 11. §. 4. ff. de Interrogat. in Jur. fac. o Cap. 2. de confes. in 6.º Bobemer. ad Pandect. Exercit. 24. Stryk. Us. Mod. Lib. 11. Tit. 1. §. 87. 88. 89. (aliás 77. 78. 79.)* e a *Ord. Liv. 3. Tit. 53. §. 13.* Mas examinadas cada huma destas Leis, e doutrinas dos Escritores, que as explicarão, acha-se á primeira vista, que todas ellas fallão de depoimento do reo aos artigos do autor, depois da lide contestada; caso muito alheio do presente, e que a elle nenhuma applicação póde ter pela grande differença, que a nossa litis-contestação faz da dos Romanos: quando porém fosse o mesmo, e idêntico, nem ainda assim ficava salva a proposição que impugnamos, porque a Lei citada da *Ord. Liv. 3. Tit. 53. §. 13.* diz com effeito, que se haja por confesso o reo, que não quer responder aos artigos depois da lide contestada; mas na pratica tem-se entendido geralmente, que esta só confissão presumida não basta para a condenação, e que he necessario, que o autor faça de sua intenção prova mais convincente: *licet Judex pronuntiaverit contumacem pro confesso, non ideo potest*

procedere ad sententiam definitivam ex hac facta confessione, et declaratione; debet enim causa currere suos terminos eo modo, quo proceditur, quando non est contumax, et positionibus respondens ea confitetur, ut in praxi habemus. Sylva ad Ord. Lib. 3. Tit. 53. §. 13. n.º 7. (Vid. Peg. 1. For. Cap. 2. n.º 18. 19.)

A pratica attestada por Sylva e Pegas não podia deixar de se introduzir em Juizo por ser mui conforme á Lei do Reino, que não consente a condenação de qualquer, sem ser ouvido e convencido. A revelia nesta hypothese he huma pena; e a pena só se impõe com conhecimento pleno de causa. Tal he a razão, porque a Ord. Liv. 3. Tit. 43. determina em caso identico, que preceda sempre Sentença . . . e se for reo, será havido por confessado e que lhe o autor demandar. E posto que conforme a direito hajão de haver a dita pena; queremos que seja assi julgado por sentença. Deste modo se entendeu na Casa da Supplicação em Assent. de 20. de Julho de 1780. não só esta, mas todas as Leis penaes, ainda quando se explicão pelas palavras *por esse mesmo feito = ipso jure = ipso facto*, e outras semelhantes, importando por isso taes termos somente o effeito retractivo, que depois ha de ter a sentença; mas nunca querendo dizer, que sem ella, e sem o conhecimento preliminar de causa, que sempre deve haver, possa qualquer ser privado do seu direito.

§. 128.

Não confundamos por tanto as diversas determinações da Lei sobre a confissão por contumacia; e notemos a differença do procedimento a respeito do caso, em que o reo he citado para responder aos artigos depois da lide contestada,

e aquelle em que antes della se lhe fazem perguntas sobre a causa, e ordem do processo: no primeiro he julgado por confesso, no segundo havido como revel. Eis aqui o que diz a Lei: *Todo o Julgador pôde, e deve no começo da demanda, antes que a lide seja contestada, de seu Officio, ou a petição da parte fazer perguntas ás partes . . . E pode-las-há constringer, que respondão ás ditas perguntas, pondo-lhes pena de dinheiro, ou havendo as POR REVEIS PRESENTES, E PROCEDENDO CONTRA ELLAS NO FEITO A' SUA REVELIA, segundo lhe bem parecer, e a qualidade do feito requerer, se não quizerem responder ás perguntas.* Ord. Liv. 3. Tit. 32. Fica já por tanto entendido, que as doutrinas do A. no §. 173. só dizem respeito á contumacia que se dá, quando o reo não quer depor aos artigos depois da lide contestada, e não quando elle he perguntado fóra de taes circumstancias, como acontece nos Tombos; porque então o mais que se pôde fazer, he processallo á revelia. O contrario seria com effeito opposto aos principios de justiça, e da razão; porque admitindo mesmo, que elle se tivesse obrigado por hum contrato expresso a vir a Juizo, e se sujeitasse, no caso de não vir, a ser havido por confesso, e a perder o direito da liberdade natural do seu predio, nem assim a Sentença, que o julgasse era exequivel, sem primeiramente elle ser ouvido, e se defender.

A nossa Lei regeita estes contratos como oppostos á igualdade, que deve observar-se entre os que adquirem hum direito, e os que se sujeitão a huma obrigação. Que diremos logo, quando nem esse mesmo con-

trato precedeu, mas he só o Juiz quem por sua autoridade e motu proprio declara o reo confesso, e incursão na pena, sem algum conhecimento de causa, e sem elle mais se poder defender, ou ser ouvido de qualquer modo? Eis-aqui a disposição da Ordenação do Reino em o Título dos Contratos desaforados. *Se alguma pessoa em qualquer contracto prometter dar, ou fazer alguma cousa a tempo certo sob certa pena, e não a dando, fazendo, ou pagando ao dito tempo que logo seja feita EXECUÇÃO EM SEUS BENS, SEM ELLE MAIS SER CITADO, NEM OUVIDO COM SEU DIREITO, mandamos, que tal desaforamento não valha, posto que logo assi a tal convença seja julgada por sentença. E QUE SEM EMBARGO DE TAL CONTRACTO E SENTENÇA, SE NÃO FAÇA EXECUÇÃO POR ELLA, ATE' O CONDENADO SER CHAMADO, E OUVIDO COM SEU DIREITO SOBRE ESSA EXECUÇÃO.* Ord. Liv. 4. Tit. 72.

§. 129.

Concedendo porém, que neste caso haja hum verdadeiro preceito comminatorio em fórma, como o A. pretende em a nota ao referido §. 173., a doutrina, de que taes preceitos nunca passam em julgado, he a corrente, a certa, e a que sómente se deve seguir, por formar huma regra geral, que não tem limitação, *pois não he o preceito ou vontade do Juiz, que faz a Sentença, he o conhecimento da Causa, a discussão do direito das partes, e a decisão que em resultado de tudo se profere.* As excepções por tanto, a que o A. recorre fundando-se na autoridade de *Cocceo Jus Controv. Lib. 49. Tit. 1. Q. 8.*, nada tem com esta regra. Não a ratificação expressa, ou tacita do Colono, porque isso não succede só nos preceitos comminatorios, succede em todo e qualquer acto judi-

cial, que por mais nullo, e mais incurial que seja, fica valido, e subsistente se he depois approvado, como no processo sem citação de parte, que a todo o tempo se legitima, sendo ratificado pelos interessados. (Ord. Liv. 3. Tit. 9. §. 2.) Não he tambem excepção dizer-se, que o preceito comminatorio passa em julgado, se para elle precedeu conhecimento de causa; porque então já não ha preceito comminatorio, nem a sentença que se profere já he *pena legal, pena justa do contumaz*, como diz o A., he sim huma sentença dada em Juizo contencioso, e taes sentenças entram na regra geral das outras: *ista comminatio vim habet sententiae, si modò præcesserit causæ cognitio, et JUDEX SERVATO JURIS ORDINE, ET ALLEGATIONIBUS UTRIMQUE ADMISSIS, ATQUE EXAMINATIS, PRONUNCIAVÉRIT REUM MULCTAM INCURRISSE.* *Perez in Cod. Lib. 7. Tit. 57. n.º 2.*

Eis-aqui como se entende a opinião de *Cocceo*, que cita o nosso A., (em a nota ao §. 173.) e eis-aqui como se devem entender quaesquer outras que appareção: tendo-se sempre como regra infallivel, que o preceito comminatorio nunca passa em julgado por virtude da primeira sentença. E observamos neste lugar, que as palavras de *Cocceo, si prævia causæ cognitione decretum emanet*, não querem dizer, como traduzio o A., *quando precedeu algum conhecimento de causa*; isto he, *causæ cognitione* abrange todo o conhecimento, que costuma haver nos processos por determinação da Lei, e não se limita a *algum*, segundo diz o A., porque as regras da justiça não consentem, que qualquer seja condemnado, e privado do que he seu por *algum*, mas por *todo* o necessario conhecimento de causa.

Do que acabamos de dizer se conclue sem dúvida que, se o preccito comminatorio do Juiz não passa em julgado, nem priva a parte de seu direito, muito menos pôde produzir esse resultado a falta della o reclamar dentro de hum anno, como quer o A. em a referida nota ao §. 173., e na outra ao §. 174.; porque sendo isto rigorosamente huma prescripção da acção, ou do direito que tem o reo, não sabemos que possa ser estabelecida sem Lei expressa. Para prova de sua opinião lembra o A. o *Simile* da Ord. Liv. 5. Tit. 126. §. 3., e a doutrina de *Portugal de Donat.* Lib. 3. Cap. 30. n.º 28. que a explica: porém que semelhança pôde haver entre hum procedimento criminal, em que o revel se acha culpado e condenado em duas instancias por pleno conhecimento de causa, e aquelle de hum processo civil, em que o reo he julgado confesso, e privado de seu direito, só porque não appareceu em Juizo? Essa mesma Ordenação, que o A. cita, diz no §. 3. a respeito dos reveis e contumazes: *E não se provando contra elles cousa porque mereção condemnação, os absolvão.* Porque não se aproveitou o A. deste *Simile*, que he real, pois nelle se dá a mesma razão de direito, para ir imaginar, e suppor hypothezes alheias da questão? Porque não disse com a Lei do Reino, que não apparecendo no Juizo do Tombo o reo para fazer o reconhecimento, seja processado á revelia, mas absoluto, não provando o Senhorio contra elle seu direito?

Não nos parecem bem as doutrinas, que o A. refere em sua nota ao §. 174., porque sobre tantas posses, tantas prescripções a favor dos Senhorios, contra os desgraçados foreiros, quer ainda agora mais fazer-lhes este grande beneficio de os privar do favor, que a Lei do Reino (Ord. Liv. 3. Tit. 75.) concede a qualquer, que he condemnado em sentença, dada contra direito expresso, de poder em todo o tempo reclamar della!!! De sorte que por força hão de queixar-se dentro de hum anno, e pouco importa a regra *temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*; nada, nada disto vale. Passou o anno, acabou-se o direito. E porque? porque entre os Romanos ninguem podia queixar-se da descripção irregular dos bens para pagamento dos tributos, senão dentro daquelle tempo; sem se advertir por huma parte, que esta medida era tomada para evitar o prejuizo público, que resultava da incerteza da descripção dos bens; e pela outra, que o dano particular não se podia considerar de grande monta, visto que, fazendo-se o censo de cinco em cinco annos, se emendavão então todos os erros, e excessos antecedentes.

Para se conhecer com mais evidencia, que he illegal, não juridica, e subversiva da ordem pública a pratica de julgar nos Tombos os reconhecimentos dos foreiros á revelia, ou por contumacia, basta comparalla com a que se segue nos da Coroa; aonde achamos, que mesmo naquelles bens, em que ella tem hum direito certo, e indubitavel, porque estão comprehendidos notoriamente em seus Almojarifados, e Contadorias, se mandão citar os foreiros, e interessados para virem com seus titulos, e sendo reveis se proceda a sequestro nos frutos até os apresentarem. Assim

se vê determinado no Regim. do 1.º de Outubro de 1586. Cap. 8. *E passados os termos dos Editos que ainda não tiverem apresentado perante vós os títulos, ou feitas as ditas declarações, fareis logo sequestrar os frutos das rendas das ditas cousas até os senhorios das ditas cousas vos apresentarem os ditos títulos e mostrando-vos o titulo depois das propriedades sequestradas, lhes levantareis o sequestro, e procedereis no conhecimento dos ditos títulos, como nos mais que vos forem apresentados em tempo.* O mesmo se mandou no §. 2. do Alv. de 10. de Junho de 1775. *pena de que não comparecendo os ditas Censuarios, Enfyteutas se proceder a sequestro nos ditas Bens etc.*

§. 132.

Se a Coroa pois não julga confessos em contumacia, e revelia os seus Enfyteutas, quando ninguém pôde duvidar, de que o dominio directo das propriedades, que elles possuem, lhes pertence: se ella não consente, que seus Tombos se fação sem se examinarem os títulos, não os seus proprios, mas os de seus foreiros, para em vista delles se determinarem as obrigações, a que elles ficão sujeitos; como quer huma Corporação, hum particular (cujos direitos podem ser na verdade muito certos, e evidentes, mas podem tambem não ser senão muito imaginarios, ou duvidosos) pretender, que se haja por confesso hum reo contumaz, e que sua revelia torne legaes, e autenticos seus títulos vacillantes? Desengañemo-nos pois:

se o procedimento que ha nos Tombos particulares fosse conforme ás Leis do Reino, se fosse *pena legal, e pena justa* o haver por confessos os foreiros em contumacia, os nossos Soberanos não podião deixar de o mandar adoptar nos Tombos da Coroa: e porque o não fizerão, porque marcarão outro menos vantajoso a seus interesses, não se deve concluir senão, que elle he o mais proprio para o conhecimento da verdade, e o menos capaz de sacrificar a justiça.

Póde haver alguns casos, (mas raros) em que o procedimento á revelia não mereça huma tão rigorosa censura; entretanto não julgamos, que o resultado de circumstancias particulares desfaça regras, e praticas geraes de Direito, fundadas em principios eternos, de justiça, e de razão.

§. 133.

Se os foreiros comparecem, diz o A. no seu §. 172., e reconhecem possuir as Fazendas, e pagar os foros ao Senhorio, esta confissão assim julgada por sentença, produz o effeito de outra qualquer confissão judicial; e conclue no §. 191., que ainda não precedendo titulo para elle, *fica valiosa e subsistente a obrigação de contribuir o confessado ao Senhorio.* Não negamos a prova que faz a confissão, e nem o seu resultado quando he confirmada, dando-se-lhe a autoridade de cousa julgada; mas esta regra tem excepções fundadas na Lei. E não he singular esta disposição, porque achamos haver tido applicação ás sentenças de preceito, que forão excluidas das preferencias

em concurso da Real Fazenda, como se determinou em Cart. de L. de 22. de Dezembro de 1761. Tit. 3. §. 14., o que depois se mandou observar no Juizo do concurso entre os particulares, pela Cart. de L. de 20. de Junho de 1774. §. 44. *ib.*: *não bastando para dar preferencia, que as Dividas sejam pedidas por libello; e que sobre os Artigos delle haja producção de Testemunhas, quando forem confessadas pelos Réos; porque só poderão dar a dita preferencia ás Sentenças preferidas em Causas ordinarias, controvertidas entre as Partes nos termos estabelecidos pelas Msmas Leis, para as Causas da dita natureza.*

§. 134.

As duas Leis que acabamos de citar, não deixão lugar por tanto a duvidar, que a confissão judicial per si só não he huma prova *sempre* attendivel, e que nem *sempre* tambem merece todo o respeito de cousa julgada a sentença, que a confirmou. E parece com effeito, que as razões desta determinação não podem ser outras senão aquellas, deduzidas por huma parte da facilidade com que o erro nascido da ignorancia, ou de outra qualquer causa, póde motivar taes confissões; pela outra a possibilidade de dar lugar ao dolo, e má fé entre os devedores, e os fingidos credores; e pela outra finalmente a experiencia muito certa da necessidade, que muitas vezes obriga as pessoas de huma condição mediana a sujeitar-se a certas condescendencias, que dellas exige o respeito, e consideração de que gozão os No-

bres, Ricos, e Poderosos, contra os quaes suas circumstancias não permitirião sustentar pleitos dispendiosos, quando mesmo o seu objecto por ventura fosse muito interessante.

§. 135.

As razões expendidas no §. antecedente não são nem imaginarias, nem arrastadas de principios remotos, violentamente applicados á nossa opinião: são razões que achamos no systema uniforme da Lei, e da prova que resulta de haver ella por muitas, e diferentes vezes considerado assim a confissão. E seja o primeiro exemplo: a Ord. Liv. 3. Tit. 34. §. 1., em que o reo he autorizado em qualquer tempo a provar o engano, com que o autor o obrigou por Escritura pública, ou perante testemunhas em mais do que na verdade lhe devia. Seja o segundo exemplo: a Ord. Liv. 4. Tit. 67. §. 8., em que a simples confissão do devedor he reputada de nenhum momento, ainda provada por Escritura pública. Seja o terceiro exemplo: a Ord. Liv. 4. Tit. 71., que nega qualquer autoridade ás confissões, ainda feitas em Juizo, quando a simulação se introduzio no contrato, confessando o reo o que na verdade não era convindo entre elle e o autor. Seja o quarto finalmente: a Ord. Liv. 5. Tit. 65. §. 3., cuja hypothese he a mesma da questão, porque nella se suppõe o caso do foreiro emprazar a hum Senhorio huma propriedade, que lhe não pertence, e então esta confissão he reputada hum crime na presença da Lei.

§. 136.

E não se diga, que nem todas as confissões, de que demos o exemplo são judiciaes, porque nenhuma das Leis apontadas distingue huma de outra confissão: e se a obrigação, que dellas resulta he nulla, como contraria aos bons costumes, o ser feita em Juizo não a torna valida, pois esta qualidade faz sim huma maior prova, e menos duvidoso em consequencia o facto sobre que recahe, mas nem por isso ella pôde dar-lhe a legitimidade, que o Direito lhe tirou. A regra da Lei he pois, que a confissão errada não produza effeito, e que o confitente tenha sempre, e a todo o tempo huma excepção prompta contra a ignorancia, com que confessou.

§. 137.

Pouco importa logo, que o reo confessasse no Juizo do Tombo huma obrigação, que não tinha: pouco importa que elle reconhecesse no Senhorio hum direito imaginario: em outro Juizo differente elle pôde a todo o tempo (que a Lei permite) revogar sua confissão, ir contra ella mesmo expressamente, sem risco de se contradizer, e sem que o autor possa dahi tirar partido algum. He expressa determinação de Direito, o que acabamos de dizer, porque assim o vemos na Ord. Liv. 3. Tit. 40. §. 3. *E poderá ainda em esse novo Juizo mudar a negação sobre a posse, e dizer que estava em posse da cousa, se se entender ajudar da posse, por dizer que a possuiu*

por muitos tempos com algum titulo, de que se possa causar prescripção, por conservação de todo sea direito, ou por alguma outra razão de que se possa com direito ajudar: porque sem embargo, que seja em si contrario, podelo-ha fazer, pois que os Juizes são diversos, amda que seja entre as mesmas pessoas: com tanto que allegue justa razão, porque se mova a revogar a dita confissão, assi como allegando ignorancia cobrada por causa de alguma justa razão, que houve a não saber que possuia a dita cousa ao tempo, que negou possui-la

Na hypothese em que fallamos, nem o Senhorio tem titulo de seu dominio, nem o Colono de seu Emprazamento, ou obrigação: quefer por tanto sujeitallo a que confesse hum direito, cuja origem nenhum d'elles conhece (em regra), he querêr dar-lhe occasião, a que affirme a existencia do que pôde ser huma quimerá. *Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomino, que an in rerum natura esset, incertum est.* Leg. 8. ff. de confess. A confissão pois nunca pôde fazer, que o Senhorio adquira hum direito, que até ahí lhe faltava: o que não existia antes, não pôde existir depois da confissão, e aquelle que a fez sem a dever fazer, não pôde considerar-se *compos sui*; e nem mesmo livre de coacção. *Et natura est omnis confessionis, ut possit videri demens, qui de se confitetur: Hic furore impulsus est, alius ebrietate, alius errore. . . . Nemò contra se dicit, nisi aliquo cogente.* Quintil. declam. 314.

§. 138.

Taes forão os motivos porque os Soberanos deste Reino jámais quizerão, que os reconheci-mentos dos seus foreiros se fizessem nos Tombos da Coroa, senão á vista dos titulos de Empraza-

mento : pois já vimos (§. 131.) que se manda proceder a sequestro nos frutos das propriedades, até elles serem apresentados, entendendo-se assim no Supremo Tribunal do Conselho da Fazenda, quando nelle se mandou por Provis. de 18. de Setembro de 1800., que o Juiz do Tombo da Prebenda de Coimbra *não admittisse Emprazamentos ou Reconhecimentos, senão á face de titulos*: E he tão certo, o não poder considerar-se resultado juridico em hum reconhecimento feito sem ser á vista do titulo do contrato, que no caso mesmo de o não haver, se tem mandado fazer preliminarmente o Emprazamento, para depois no Tombo ser obrigado o foreiro a reconhecer. Assim se ordenou em Provis. de 5. de Março de 1778., expedida por virtude do Dec. de 6. de Fevereiro do mesmo anno, *obrigando a todas as pessoas, que nos terrenos que Me pertencem, houverem edificado casas, ou outros quaesquer edificios, ou murado Quintas, a que, nomeando-se Louvados na fórma de Direito, que arbitrem o justo Foro, que Me devem pagar, celebrem Escrituras de Emprazamento em fateosim perpetuo, com Laudemios de vintena; e fação reconhecimento no mesmo Tombo para pagarem. . . .*

Querer que hum reconhecimento sem titulo tenha a força d'elle, he querer effeito sem causa, ou effeito mais amplo que a causa. Na hypothese da Provis. de 5. de Março, que deixamos citada, era incontestavel o direito da Coroa ás propriedades possuidas pelos foreiros; entretanto manda-se que fação titulos, e reconhecão; porque razão se deverá logo obrar differentemente nos Tombos dos particulares? Quererá algum que estes tenham mais privilegios do que a Fazenda Real?

§. 139.

Entenda-se porém (como em conclusão geral deste Capitulo, e additamento ao que deixamos escrito atrás em o nosso §. 122.): que não queremos estabelecer em regra hũa pirrhonismo absoluto a respeito dos Tombos: que nossos principios por serem geraes não deverão considerar-se, senão debaixo deste ponto de vista: que não referimos os defeitos, e imperfeições do methodo que em muitos Tombos se segue, como querendo inculcar hũa possibilidade demonstrada de outro absolutamente melhor: que não queremos affirmar a urgencia de hũa mudança, pois por hũa parte reconhecemos, que isso só se faz com tempo, e occasião; e pela outra respeitamos muito as instituições, que nascem de nossos costumes, para desejar vellas alteradas de repente: porém como em todas se tem introduzido mais ou menos abusos, julgamos que em os fazer conhecer não se nos deve attribuir outro fim, que não seja o de procurar por este meio, que o erro não tome o lugar da verdade; desejando sómente, que se não perca occasião alguma de melhorar (sendo conveniente) este ramo; em que todo o mundo conhece ser possível fazer grandes bens, ou grandes males á sociedade: que finalmente quando tratamos taes questões, nunca deixamos de ter em vista, que se os foreiros são proprietarios, os Senhores também assim se considerão; e que aquellos o não serão, se estes lho não quizessem permitir; procurando nós sempre desviar-nos não só de ser, mas nem

ainda de parecer inclinados antes a huns , do que a outros.

A verdade que nos obriga a publicar os erros , faltas , e irregularidades praticadas muitas vezes nos processos , e juizos dos Tombos , obriga-nos tambem a declarar aqui , que nunca se devem suppor os Senhores concorrendo para isso de proposito. Elles não assistem a semelhantes actos , e pela maior parte não são informados do que lá se faz ; sua vontade sendo sómente de que se lhes julgue o que he seu , não merecem sem duvida imputação pelas faltas commettidas por procuradores , e agentes quasi sempre zelosos com excesso , quando os interesses de seus constituintes não chocão com os seus.

CAPITULO XI.

Analyse da impugnação que o A. faz a cada These.

§. 140.

LEmbramos aqui o que dissemos na Indrodução , quando declarámos que nosso proposito não era defender as Theses , ou fazer a apologia de sua doutrina ; e que sómente tínhamos em vista mostrar , que o A. não convenceu todas. Nesta certeza vamos a entrar na materia.

§. 141.

These 1.ª impugnada pelo A. no §. 88.

As Doações Regias para terem execução devem-se apresentar confirmadas especialmente de Rei a Rei , desde o Rei Doador até o actual. Por tanto huma Doação Regia tem validade se acaso se mostrar confirmada em forma especial até ás ultimas confirmações geraes , determinadas pelo Senbor Rei D. José , etc.

Nesta These quer-se dizer , que o Donatario , sempre que apparecer requerendo a execução de sua Doação , deve apresentalla confirmada nas ultimas Confirmações de Rei a Rei , isto he Geraes , ou em forma *especifica*. O A. responde 1.º que as Corporações Ecclesiasticas só são obrigadas a estas , e não áquellas : isto com tudo não destroe a These ; porque quando a Lei considerasse ordinarias , e particulares ou de forma *commum* as Confirmações de Rei a Rei , o mais que se seguia era , que a regra geral da These tinha essa excepção , mas por isso não ficava menos , antes ficava mais regra geral. Responde 2.º que só procede entre o Rei , e o Vassallo. Já mostrámos (§. 70.) que procede entre todos : e accrescentamos , que executar-se huma Doação sem se apresentar , nos parece imaginario , em quanto o A. não explicar como isto se ha de fazer praticamente. Responde mais 3.º que só o Procurador Regio póde objectar a falta de confirmação. Tambem ja mostrámos (§. 76.) que todos tem este direito :

e o A. ainda não mostrou, que huma Doação não confirmada seja Doação, e em quanto o não mostrar não tem convencido a These nesta parte. Responde 4.º que não só por Doações, mas por Foraes, Sentenças, e Contratos etc. se podem perceber direitos dominicaes, e Reaes. Mas isso que tem com a These? Que possam, que não possam receber-se esses direitos, e por esse modo, dahi não se segue, que as Doações Regias para terem execução não precisem de se apresentar confirmadas, que he o ponto da questão: e como o A. não provou isto, não provou nada, não convenceu a These.

Ainda que nos parece haver mostrado sufficientemente, que huma Doação não confirmada não só não he Doação (§. 61. 74. 75.), mas que todos tem direito de lhe objectar essa falta, muito mais attendendo-se á expressa determinação da Ord. Liv. 2. Tit. 45. §. 34. aonde se diz, que os Donatarios não possam por maneira alguma levar em suas terras mais foros, tributos, ou direitos dos que lhes por suas doações POR NÓS CONFIRMADAS forem outorgados julgamos entretanto (porque aqui se torna a fallar na materia) conveniente referir a opinião de hum Escritor, que muito merece a approvação do A., e que esperamos por isso elle respeitará. *A nullidade de hum titulo vem da Lei, que prohibe fazer certas cousas, e que declara nullo o que se praticar em contrario. . . . A nullidade que resulta da prohibição neste caso he absoluta, porque a Lei resiste continuamente e per si mesma ao acto, que ella prohibe. . . . esta nullidade pôde ser objectada não somente pela parte pública, mas POR TODA A QUALIDADE DE PESSOA, SEM QUE SE LHE POSSA OPPOR QUE ELLA SE PREVALECE DE HUM DIREITO DE TERCEIRO etc. Dunod de Charnage Trait. des Pre-script. Part. 1. Chap. 8.*

These 2.º impugnada pelo A. no §. 90.

O Donatario não recebe pela Regia Doação confirmada mais Direitos do que esses individuaes, de que o Rei Doador estava de posse ao tempo da Doação, Cabed. P. 2. Dec. 95. do n.º 5. por diante.

O A. responde 1.º que para prova, de que os bens são da Coroa basta a asserção do Rei: 2.º que a observancia, e posse subsequente do Donatario, he a melhor prova do que, e do quanto era do Rei Doador: 3.º que se entende doado tudo, quanto se comprehende na generalidade da Doação. Mas todas estas tres razões em que convencem a These? Trata-se por ventura aqui do modo de provar a natureza dos bens Reaes, ou da Coroa? Se nós entendemos o que o A. diz, todo o seu §. 90. parece-nos antes huma exposição da These, do que impugnação della, porque nas tres razões elle faz vêr quaes são os direitos que tem o Rei Doador, e por consequencia aquelles que competem ao Donatario: e para convencer a These era preciso de necessidade provar, que a Doação transferia nelle direitos, e acções, que o Rei não tinha ao tempo da Doação; e as razões do A. não só não provão isto, mas antes provão o contrario: porque se o Donatario adquire esses direitos para si, e como particular, isto não nasce da Doação, e por tanto nada prova contra a These; e se elle adquirio essas cousas como Donatario,

e para a Coroa , he porque esse direito della lhe veio , e lhe foi transferido com a Doação , e isto he o que diz a These , e em consequencia o contrario do que o A. quiz provar.

No systema da Lei será sempre difficil , por não dizer impossivel , defender a doutrina contraria da These , considerada no seu verdadeiro espirito , pois não supponho , que se devão admittir muitas excepções á regra geral estabelecida na Ord. Liv. 2. Tit. 57. *Porque em tal caso a terra , e Direitos passarão aquelle a que forão doadas , NA MANEIRA EM QUE A ELREI TINHA AO TEMPO QUE LHA DEU.* Assim mesmo achamos adoptado este principio em toda a sua generalidade no Regim. de 1. de Junho de 1787. Cap. 6. , aonde se estabeleceu em regra , que no caso de consolidação podesse o Convento da Estrella (Donatario) adquirir , porque adquiria para a Coroa , concluindo-se com as terminantes palavras. *E como a Doação Regia do Reguengo faz que o Convento Donatario possa perceber todas as rendas , interesses , e commodidades que a Coroa haveria de perceber do dito Reguengo , se o não tivesse doado , deve o Real Convento Donatario fazer as ditas consolidações de hum dominio com outro , e gozar de todas as vantagens dellas.*

§. 143.

These 3.ª impugnada pelo A. nos §§. 92. 93. 94.

Não póde exigir o Donatario outros encargos , ou pensões , que não sejam as expressadas pelo Foral , ou Regia Doação. Igualmente não póde mudar , alterar , ou converter em outros encargos , esses encargos primitivos do Foral , ou da Doação. Cabed. P. 2. Dec. 109. & 113.

A isto responde o A. , que tambem por Sentenças , composições , e prescripções se podem receber direitos dominicaes. E ainda que nós mostrámos já no Cap. 3. , que esta opinião se deve entender com a censura , que ahi lhe fizemos , julgamos com tudo necessario desenvolver aqui mais a materia quanto ás sentenças , e composições sómente , por nos parecer que sobre prescripções nada há que accrescentar. Antes porém de passar adiante cumpre notar , que nós entendemos por direitos Dominicaes no sentido em que falla o A. no §. 92. e seguintes , aquelles que recebem os Donatarios da Coroa , porque isso querem dizer as Ordenações , que elle cita ; ficando assim fóra de sua hypothese , e em consequencia da nossa. os direitos dos Senhorios particulares.

§. 144.

Já dissemos no §. 27. e seguintes o como se devem conceituar as Sentenças , de que falla o §. 34. e 35. da Ord. Liv. 2. Tit. 45. , que o A. cita novamente em o seu §. 92. , e julgamo-nos em consequencia autorizados para concluir agora , que taes Sentenças (ainda quando se mostrem) não são capazes de revogar a Lei do Foral , e nem mesmo a Doação (§. 49. e seguintes , e §. 84.) e , não o sendo , fica obvio que o Donatario não poderá prevalecer-se dellas quando quizer receber direitos diversos daquelles , que os referidos titulos declararem ; e como a These diz isto precisamente , e o contrario disto he , o que se quiz demonstrar com os taes §§. 34. e 35. he evidente ,

que a resposta a não convenceu. E muito menos a convence reflectindo-se, em que essas mesmas Sentenças que o A. suppõe, nunca são attendíveis senão em falta de Doações e Foraes, como expressamente se colhe do referido §. 34. da Ord. Liv. 2. Tit. 45. aonde se diz: *que nem por si, nem por outrem possa por maneira alguma levar em suas terras mais foras, tributos, ou direitos dos que lhes por suas DOAÇÕES OU POR FORAES OU SENTENÇAS etc. por maneira, que as Sentenças não vem aqui para revogar as Doações, ou como querendo-se dizer, que devão prevalecer a ellas achando-se contrarias, mas sim, e unicamente para mostrar, que na falta de Doações e Foraes as Sentenças são hum titulo bastante, para a percepção de direitos, e exercicio de jurisdicção.* (Veja-se o §. 25.)

Escusamos de repetir aqui a intelligencia, que no §. 27. e seguintes demos ao Edito geral do Senhor D. Affonso IV., de que falla a Ord. Liv. 2. Tit. 45. §. 6., e apenas julgamos necessario lembrar, que supposto pareça haver sido seu objecto sómente examinar, e providenciar sobre jurisdicções, com tudo temos bastante motivo para acreditar, que se estendeu a direitos, rendas, e regalias, não só por não ser verosimil que conhecendo-se abusos nesta materia elles deixassem de se remediar, quando o prejuizo da Coroa, e o zelo do Monarcha não era menos fundado neste caso; mas porque na Carta de Doação, que vem na Obra *Alcobaça illustrada* a pag. 178., com a data de 4. de Setembro da era de 1396. diz o Senhor D. Pedro I., que Elrei D. Affonso IV. seu Pai mandára fazer edito geral, em o qual edito era contheudo, que todos aquelles que houvessem coutos com honras. OU ALGUMA JURISDICÇÃO viessem mostrar perante elle etc. Ora

couto comprehendia isenção de jurisdicção Ord. Liv. 2. Tit. 48., e honra se dizem *aquellas rendas ou concessões que Elrei lhe faz em cousas certas assim como TODAS AS RENDAS DE ALGUMA VILLA OU CASTELLO etc. Tom. 1. das Memor. de Litter. Portug. pag. 111.*

§. 145.

Quando em nossos §§. 25. e 26. fallamos de contratos sobre a percepção dos direitos Reaes pelos Donatarios, deixámos de pensado alguma cousa para dizer aqui, a fim de mostrarmos mais immediatamente, que as doutrinas do A. não convencem nesta parte a These, e laborão, segundo nos parece, em hum equivoco, que importa muito manifestar, porque fundado no falso principio, que elle apresenta da possibilidade, e legitimidade de taes contratos o A., dando-os logo por verdadeiros, reaes, e existentes tira grandes consequencias a favor da immemorial com que quer justificar tudo. Assim o pretendeu no §. 27. aonde se acha: *Por isto he que a Ord. Liv. 2. T. 33. §. 1. poem em parallelo Foral, ou Composição; e no §. 2. Foral, Composição, ou posse immemorial etc.* Assim o pretendeu no §. 96. aonde disse: *Temos visto (§. 92.) Ordenações admittindo Contractos e Sentenças . . . Assim no §. 107. aonde deixou escrito . . . alguma Sentença contraria, ou algum novo contracto, que a Ordem. não reprovou, antes permittio de futuro.* Assim finalmente em o §. 111. aonde concluiu: *logo a immemorial de tres seculos, que faz presumir novos Titulos de contratos etc.*

§. 146.

Mas que taes contratos sobre direitos Reaes sejam prohibidos aos Donatarios, prova-se claramente pela disposição da Lei na Ord. Liv. 1. Tit. 66. §. 22., em que se diz: *El defendemos a todos os Juizes, e Officiaes, e povo das Cidades, Villas, e lugares de nossos Reinos, e Senborios, em que alguns Fidalgos, ou Senhores de terras tenham de Nós rendas, e Direitos da Coroa, que sobre as ditas rendas, e Direitos não fação com elles concertos alguns, nem convenças, nem aceitem delles sobre isso graça, nem quita de causa alguma, sem nossa special authoridade.* E com esta disposição concorda em seu espirito, e providencia, o que vemos na Ord. Liv. 2. Tit. 45. §. 34. a respeito da arrecadação dos direitos pelos Donatarios, a quem se prohibe alterar o que consta das Doações, Foraes, ou Sentenças: *Nem fação por modo algum innovação alguma, contra o que dito he*

§. 147.

O fundamento da opinião do A. he unicamente a Ord. Liv. 2. Tit. 33. §. 1. e 2., pois ainda que elle cita em seu §. 92. o Tit. 45. §. 34. e 35. vê-se bem, que ahi não se falla em composição, ou contratos, Aquella citada Ord. do Liv. 2. Tit. 33. §. 1. não admitte taes composições sobre direitos, e nem era possível, que assim as admittisse depois de as haver prohibido nos lugares que referimos; e da mesma lição do texto se conhece,

que a tal composição de que falla este §. 1. diz sómente respeito á quantidade de alqueires, de que devia constar o moio para o pagamento da Jugada, o que com razão podia ser objecto de contrato, attendendo á diversidade com que em muitas partes era uso e costume fazer aquella medida. Accrescendo mais, que ahi mesmo essa composição com os Donatarios, que a Lei manda attender he sómente tendo o CONSENTIMENTO, E APPROVAÇÃO REGIA, termos em que não se pôde argumentar com ella para os outros contratos, de que se lembra o A., e que suppõe legalmente possíveis, fóra do caso de approvação.

Deixaremos de fallar aqui do §. 2. Liv. 2. Tit. 33. que o A. cita, porque a composição de que ahi se trata, não he igualmente sobre os direitos Reaes da Jugada, mas sobre o modo de os pagar, no que era possível haver com effeito variedades, que não influindo essencialmente em a natureza do tributo, podião ser objecto destas convenções filhas ordinariamente de circumstancias locais, visto que em humas partes pôde ser menos oneroso ao Lavrador o pagar no celciro, do que em outras.

§. 148.

Em o §. 94. assevera o A., que na Ord. Liv. 2. Tit. 35. §. 25. não se nega ao Donatario a licença de fazer aforamentos, *antes se lhe suppõe permitida*; mas as palavras da Lei não consentem, que se possa defender esta opinião: *mandou (diz ella) que os Donatarios não fizessem taes contractos sem special authoridade sua.* Ora se isto não he huma defeza expressa, e clara de aforar sem licença,

então que será na opinião do A. huma Lei prohibitiva? De que termos, de que palavras devia servir-se o Legislador, para mostrar que sua vontade era prohibir os aforamentos, que elle não autorizasse? Diz o A., que antes se suppõe permittidos aos Donatarios estes aforamentos, querendo talvez, que isso mesmo importem as palavras do V.^o *porque conforme a direito taes contractos não devião durar mais, que a merce feita ao Donatario; as regras com tudo de interpretação regeitão esta intelligencia, porque naquella Ordenação temos a Legislação estabelecida na prohibição absoluta de aforar sem licença; mas porque era possível praticar-se o contrario, fingio a Lei a hypothese no V.^o e sendo feitas sem ella, determinando então, que não fosse El-rei obrigado aos guardar, e conclue dando como razão, ou fundamento, o que se escreveu no V.^o porque conforme a direito taes contratos não devião durar etc.*

A intelligencia que assim acabamos de dar á Lei, he conforme ao que se diz na Oril. Liv. 4. Tit. 41., aonde se suppõem Donatarios com poder de aforar, e em consequencia os outros sem elle. He ainda conforme esta intelligencia ao Regimento dos novos Direitos de 11. de Abril de 1661., em que se declara os que se devem pagar: *Das licenças que se derem para aforarem, trocarem bens da Coroa etc.* He, e finalmente também conforme á disposição do Regim. de 1. de Junho de 1787. Cap. 7. em que se diz: *Quando ás Administradoras do Real Convento Donatario não pareça conveniente conservarem os Prazos, que se consolidarem no Reguengo LHES CONCEDO TODO O PODER PARA NÓVAMENTE OS EMPRAZAREM etc.*, disposição, que como as antecedentes, prova bem, ainda que a contrario

sensu, ser geral a regra de não se poderem emprazar sem licença os bens da Coroa.

§. 149.

E se assim não entendessemos a Ordenação, seríamos obrigados a confessar, que o Soberano approvava o mesmo que prohibia, e que na Lei em que marcava huma regra de conducta a seus Vassallos, os autorizava para praticarem o contrario precisamente. Ora quando taes absurdos se seguem de huma opinião, nada mais he necessario para mostrar, que ella he perigosa e arriscada. (a) E no caso presente não haveria só este absurdo: porque admittindo mesmo por mera abundancia, que o Soberano autorizava taes contratos em quanto durasse a mercê, nunca elles se poderião considerar de aforamento; poisque a Emphiteusis por sua natureza he perpetua, ou em certas pessoas, e em consequencia vem a ser huma quimera julgar possível hum Emprazamento, que durasse só em quanto dura a mercê do Donatario, ou em quanto fosse da vontade do Doador. (b)

(a) Para acabar de mostrar plenamente, que a opinião do A. he contra as Leis do Reino, transcreveremos aqui as palavras do Alv. de 11. de Agosto de 1800. *Accrescendo, que estando os Mestrados das Ordens unidos perpetuamente á Coroa destes Reinos, deveria nos Aforamentos seguir-se o mesmo que se observa em os Aforamentos feitos pelos Donatarios da Coroa, QUE NÃO PODEM SER VALIOSOS SEM SEREM CONFIRMADOS etc.* Com este Alv. concorda o outro de 27. de Novembro de 1804., que concedendo no §. 10.

os aforamentos dos bens incultos da Coroa até dez geiras *sem dependencia de Provisão de Licença, ou de confirmação*, veio a deixar mais demonstrada, e mais recommendada a regra, ou prohibição geral da Ord. em contrario; conforme a qual, e fóra deste caso, temos por certo que taes aforamentos não valem.

- (b) Reconhecemos, que na Ordenação do Reino se suppunhão contratos de aforamento por tempo certo de dez annos, e dahi para cima: esta Legislação com tudo acabou, e quando não tivesse acabado, nem por isso ficaria mais segura a opinião, que considerasse possível hum aforamento em quanto durasse a mercê do Donatario; por quanto podendo esta admittir a duração de huma hora, ou de menos, seria irrisorio o pretender, que aqui houvesse hum verdadeiro Emprazamento na censura de Direito, não podendo por isso deixar de se reputar de huma outra natureza, e em consequencia fóra da questão o contrato, que o Donatario faz com o Colono, a quem concede assim temporariamente, e sem licença Regia a cultura das terras da Coroa, que possui.

§. 150.

These 4.ª impugnada pelo A. no §. 95.

Os Maninhos, Montados, e Campos incultos, não se entendem doados, sem expressissima menção delles na Doação; e taes Maninhos, Montados ou Campos incultos são reputados pertencerem ao Povo, e constituirem Baldios, e Logradouros do mesmo Povo, Cabed. Dec. Suprem. Senat. P. 2. Dec. 112.

O A. não teve em vista como diz atacar esta *These*, mas declaralla, e limitalla: porém se a

sua *declaração, e limitação* consiste em haver pretendido mostrar na nota ao §. 47. a possibilidade de adquirir os maninhos pela *immemorial*, lembramos aos nossos Leitores, que a doutrina contraria só he a certa, e a verdadeira, como provámos no §. 53., e accrescentamos agora, que não sabemos concordar, o que o A. diz na citada nota ao §. 47., admittindo neste caso a *immemorial*, com o que elle nos deixou escrito no fim do §. 45., aonde se explica assim: *e menos dos Maninhos sempre privilegiados E NUNCA TRANSMISSIVEIS SEM ESPECIFICA DOAÇÃO segundo o theor das ordenações citadas.* Ora Maninhos nunca transmissiveis sem doação, e Maninhos sempre transmissiveis pela *immemorial* são cousas contraditorias, ou que ao menos o parecem.

§. 151.

These 5.ª impugnada pelo A. nos §§. 141. 142.

Os Tomboos antigos das Corporações Religiosas, e seus Livros de Documentos não são authenticos, nem tem fé, se não forem extrahidos por Notarios públicos, e lançados nos ditos Livros pelos ditos Notarios á vista dos Documentos, Escripuras, ou Doações Originaes etc.

A materia desta *These* fica comprehendida na generalidade das doutrinas, que expendemos no Cap. 8., e por isso fóra do nosso objecto: pois quando tratámos dos Tomboos (§. 105.) logo

dissemos que não tínhamos em vista os antigos, e sómente os modernos, ou regulares, porque o A. o disse também no seu §. 166.

§. 152.

These 6.ª impugnada pelo A. nos §§. 143. 144.

Os Cartulários, ou Tombo de Documentos, como o Censual da Sé do Porto, o Livro Preto da Sé de Coimbra, o Livro dos Testamentos do Mosteiro de Lorvão, o Livro de Mumadona da Collegiada de Guimarães, o Livro Fidei da Sé de Braga, e outros igualmente famigerados, não tem autoridade alguma: O Dr. João Pedro Ribeiro, *Obs. de Diplom. Portug.* pag. 15. e 16.

§. 153.

These 7.ª impugnada pelo A. no §. 145.

Entre todos os Cartórios de Mosteiros e Collegiadas, que visitou o Dr. João Pedro Ribeiro na Província do Minho, só achou authenticos o Tombo de Documentos das Propriedades da Meza Abbacial do Mosteiro Benedictino de Paço de Sousa, unido ao Collegio do Espirito Santo dos Jesuitas de Evora.

Como estas duas Theses se dizem fundadas nas *Observações de Diplom. Portug.*, os Leitores podem facilmente conhecer, se ellas são extracta-

das fielmente, e em consequencia se o A. as venceu, ou não.

§. 154.

These 8.ª impugnada pelo A. no §. 146.

He Jurisprudencia certa nestes Reinos, que os Livros Censuaes, Tombo de Corporações, Livros de Pensões, e outros Cadernos de semelhante natureza, fazem prova contra as Corporações, que os fizerão, mas nunca contra os Caseiros, nem contra os que não fizerão taes Livros, ou Cadernos: Paschoal José de Mello L. 4. Tit. 18. §. 5. pag. 171.

Esta *These* diz-se fundada na autoridade de Mello Freire, e o A. pretende, que elle não seguiu tal opinião. Os Leitores poderão sem custo decidir quem se engana. Quanto ao nosso proposito julgamos necessario dizer sómente, que as doutrinas expendidas pelo A. neste §. 146., nem dizem o que elle pretende attribuir aos Escritores que refere, nem quando o dissessem, convencião a *These*. Que não dizem o que elle quer provar, mostra-se porque Valasco, por exemplo, no lugar mesmo ahi citado, não só o não diz, mas diz precisamente o contrario, isto he, diz o que se affirma na *These*: *id ipsum erit si in libro monasterii reperiantur descriptae solutiones Canonum, seu laudemiorum talis terrae, NAM EX HOC SOLUM NON PROBABITUR CENSUS VEL EMPHYTEUSIS DESCRIPTIO ALICUJUS REI IN CENSUM*

NOCET EI QUI SCRIPSIT NON VERO TERTIO DOMINO REI . . . etc. Dos outros póde julgar-se quasi o mesmo. E em geral nenhum delles avança o contrario, do que se estabeleceu na These, e de hum modo tal, que dahi se possa necessariamente deduzir, que ella foi convencida pelo A.

§. 155.

These 9.^a impugnada pelo A. nos §§. 179. 180. 181. 182.

A acção dos Tombos he a mesma, que os Romanos chamão Actio finium regundorum; ella não tem outro objecto mais do que declarar os limites pertencentes ao campo de cada hum dos interessados, conservar os marcos nos limites em que devem existir, e restituir aos antigos possuidores, as terras que se achão usurpadas por aquelles a quem não pertencem na antiga medição.

Todo o trabalho do A. nestes §§. consistio em dizer, que a acção dos Tombos não he a *finium regundorum* dos Romanos, porém isto não convence a These; porque dizendo-se nella que sim, era preciso que o A. mostrasse que não, e ao mesmo tempo fizesse vêr, que não sendo aquella acção, era outra; e elle não só não mostrou isso, mas nem o deu a entender; e em consequencia admitindo mesmo de boa fé, que a These esteja errada, não podemos entretanto deixar de dizer, que o A. ainda não provou o erro, e elle não pre-

tenderá naturalmente ser acreditado em sua palavra, e nem applicar a questões scientificas o principio juridico *neganti non incumbit probatio.*

§. 156.

A acção *finium regundorum* dos Romanos tinha com effeito por objecto a demarcação das propriedades rusticas, e por isso alguns dos nossos Praticos entenderão sempre os Tombos como sujeitos ás regras, e principios, que determinavão a sua natureza, ou pelo menos tratavão delles quando tratavão della. Deixando porém de parte a decisão da questão, se elles são, ou não o mesmo, e não suppondo tambem de grande necessidade mostrar a desconveniencia, ou conveniencia que há de huma com outra cousa, havemos entretanto por muito certo, que se os nossos Tombos não são o que era a dita acção, se com ella não tem semelhança alguma como o A. pretende (§. 179.) muito menos a parecem ter com esses Cadastros dos Romanos, em que elle tanta quer achar. Com effeito todos sabem, que os Romanos fazião o Censo de cinco em cinco annos, para o pagamento da taxa imposta nas terras, escrevendo Provincia por Provincia, Cidade por Cidade, Aldéa por Aldéa, e em cada huma dellas os nomes dos Cidadãos, o seu estado, condição, idade, riquezas, etc. Já se vê pois qual era o fim, e o objecto deste procedimento, e já se vê tambem, que semelhança elle pode ter hoje com o que se faz nos Tombos.

E nem a doutrina de *Muller*, citado pelo A. no §. 180., fará mais respeitavel sua opinião, sabendo-se que em diversas Nações se adoptou o systema dos Romanos, e que por isso todas mandarão fazer esses Cadastros a exemplo delles, dando-lhes a fórma, e o methodo mais analogo a suas circumstancias, costumes, e natureza de sua constituição; por maneira, que as regras observadas em huma Nação a respeito de huns, não podem ser consideradas como essenciaes, e na impossibilidade de serem alteradas a respeito das outras. Admiramos porém, que o A. fosse buscar os Tombos para os comparar com os Cadastros, e não achasse semelhança alguma entre estes, e os Livros mestres, que em Portugal se mandão fazer para o lançamento da Decima; pois nos parece, que com effeito he isto precisamente hum Cadastro mui semelhante aos das Nações, em que se conhecem, posto que nelles se possa achar alguma pequena differença, que entretanto não deixará lugar, a que não se considerem muito conformes em seu plano, ou methodo; fins, e natureza.

Observando-se exactamente o Regim. de 9. de Maio de 1654., o Alv. de 26. de Setembro de 1762., e as mais Leis posteriores, que tem fallado sobre Decima, he hum resultado necessario haver em cada Superintendencia particular hum Cadastro do respectivo districto, e assim facilmente pôde fazer-se o de todo o Reino.

These 10.ª impugnada pelo A. no seu §. 183.

Para este fim devem-se consultar os antigos Monumentos, Livros Censuaes, Tombos, e medição de Emprazamentos, e á vista de tudo isto deve o Juiz do Tombo fazer medir o terreno, sem que fique em seu arbitrio mudar em cousa alguma a natureza desta acção.

Teremos ainda occasião de dizer alguma cousa a respeito da materia desta impugnação na parte, que se não comprehendeu na antecedente, quando analysarmos o que no Discurso se escreveu sobre a *These 12.*; e agora lembrando o que provámos no §. 134., em que fizemos vêr a prática observada nos Tombos da Coroa, em os quaes se exigem os titulos dos foreiros, e confinantes para as medições, e actos de Tombação, não podemos deixar de notar, que a resposta do A. a esta *These* ou he, ou parece ser do numero daquellas, que será melhor sempre não as dar, por não produzirem hum effeito absolutamente contrario. Na *These* diz-se: para as medições, e demarcações devem-se consultar os antigos monumentos, Livros, Tombos, etc.; e o A. responde se os HOUVER!!! Poderá suppor-se por ventura, que a *These* exige a leitura dos titulos mesmo quando os não ha?

Além de que, no argumento tirado da reciprocidade de obrigação de apresentar o titulo ; em que o A. no §. 195. considera o Senhorio e Emphyteuta, e acha tanta semelhança com o nosso caso, suppondo-o decidido pelos principios de *Parexa de Instrum. Edit. Tit. 5. Res. 12. n.º 2.* não julgamos haver realmente senão hum rigoroso sophisma ; porque lendo-se as palavras com que se explica *Parexa* no lugar citado, conhece-se que elle teve em vista fallar sómente do caso, em que se pede a exhibição do titulo pela acção competente, e por qualquer das partes que tem interesse nella, seja autor seja reo, e não quando se exige, que elle se apresente em Juizo como necessario para prova da acção, ou da excepção de que se trata, o que propria e rigorosamente faz o objecto da These. Esta intelligencia não he arbitraria da nossa parte, mas fundada no que o mesmo *Parexa* diz no *Tit. 5. Resol. 11. n.º 1. Quoniam in titulo sequenti de editione à litigatoribus in judicio prestanda acturi sumus, quæ evenit post litem contestatam . . . restat in presenti, & in resolutionibus sequentibus investigari adversus quas personas per officium judicis, aut per actionem ad exhibendum aut in factum principaliter agi possit ad editionem instrumentorum . . .*

No Tit. 7. que vem no Tom. 2. da citada Obra, he que *Parexa* teve em vista fallar com particularidade da hypothese da These, que o A. quiz convencer, e então seus principios apparecem logo taes, quaes cumpria que fossem, attendendo às disposições de Di-

reito que desenvolve na Resol. 1.ª, e que em tudo e por tudo são conformes ao que entre nós há lugar por expressa determinação da Ord. Liv. 3. Tit. 20. §. 22. e 23. e neste mesmo sentido he que fallão *Pegas, Valasco, e Pinheiro* citados pelo A., comprovando assim a These; em lugar de a convencerem.

These 11.ª impugnada pelo A. nos §§. 184. 185. 186. 187. 188.

Como a acção do Tombamento he só propria para a restituição, e demarcação dos limites dos campos, não tem effeito algum para o reconhecimento das pensões. A obrigação do Emphyteuta contrahese pelo Foral, ou pelo Emprazamento primario e original. E quem reconhece como obrigações do Foral, ou do Emprazamento, encargos que se não achão no dito Foral, ou Contracto de Emprazamento, contrahese, ou reconhece obrigação sem causa, que por esse mesmo titulo de ser sem causa he nulla por Direito; o citado Hubero, etc.

A primeira parte desta These fica incluída no que dissemos em o §. 150. Quanto á segunda, responde o A., que tambem por posse immemorial se póde dar a obrigação do Emphyteuta; mas isto, ainda sendo verdadeiro, não destroe a proposição, porque na opinião do A. mesmo, esta posse faz presumir titulo de Emprazamento, e em consequencia faz presumir o que diz a These. Além de que, nós já fizemos vêr (§. 131.), que os re-

conhecimentos não se devem fazer senão á vista dos titulos ; e quando a posse tenha lugar, o mais que dahi se segue he , que o Senhorio póde , pela acção competente , obrigar o foreiro a que reconheça o seu dominio , e nesse caso a sentença que elle obtem , já lhe fica servindo de titulo , o que bem longe de convencer a These , prova antes sua doutrina. Mas cumpre notar , que isto nunca se deve admittir quando ha contrato de Emprazamento , ou Foral , que he a nossa especie , porque então qualquer posse com excesso do que nelles se acha , não he manutenivel , nem póde servir de fundamento á prescripção , como temos mostrado : resultando daqui não terem lugar , nem serem applicaveis á questão , segundo nos parece , as doutrinas expendidas pelo A. no seu §. 187. , aonde elle suppõe o reconhecimento feito no Tombo *sem titulo* , quando a These falla do caso em que há hum , e differente.

Esta These he ligada com a que se segue , porque a doutrina de ambas he quasi a mesma , e por tanto na impugnação seguinte acabaremos de dar as razões , pelas quaes julgamos que o A. não convenceu , nem hum , nem outra.

§. 161.

These 12.ª impugnada pelo A. nos §§. 190. e 191.

A confissão que faz no Tombo o Emphyteuta das obrigações , e pensões diversas do Foral , ou do Emprazamento originario , ainda feita em Juizo , e firmada com juramento he nulla , porque feita contra a evidencia do facto do Foral , ou do Contracto

emphyteutico , que sempre he distincto e separado do Tombo. Por tanto tal confissão no Tombo he logo desmentida pela evidencia da falta do Titulo competente , e da causa verdadeira , sobre a qual deve assentar a confissão para obrigar legitimamente , a quem a faz ; Lauterbach . . . Esta doutrina he certissima , porque a Confissão , e reconhecimento feito por erro não prejudica ao confitente ; e aquelle que confessa alguma cousa por não ter nella instrucção , póde contravir essa confissão logo que estiver melhor instruido por seus Documentos , L. 1. , etc.

O A. confessa no §. 190. , que a todo o tempo que apparece hum Titulo original contrario ao reconhecimento , o excesso ou diminuição deste relative ao Titulo , não prejudica em tempo algum E isto he o mesmo que se diz na These , pois o documento que apresenta o Foral , ou o Contrato Emphyteutico he opposto ao reconhecimento , o que basta para o tornar de nenhum effeito. A confissão do foreiro , por ser em materia civil ha de considerar-se individua : e na hypothese desta These , e da antecedente suppõe-se huma propriedade , cujos encargos constão do Foral , ou da Escritura do Emprazamento , e suppõe-se mais que o foreiro vem a Juizo , e reconhece nelle direitos , e obrigações diversas. Logo esta confissão deve sempre entender-se ligada com o documento , e em consequencia por elle desmentida apenas apparecer , sem que seja necessario algum outro titulo em contrario , porque nenhum póde dar-se em tal caso mais terminante , e nem mais convincente ; attendendo a que huma tal confissão , e os

reconhecimentos no Tombo não produzem obrigação differente, mas renovão sempre, e em cada vez que se fazem, a memoria do titulo antigo para a conservar; e o contrario seria mudar o Senhorio, contra a disposição de Direito, a causa de sua posse, conhecendo-se claramente a origem della. He por tanto *usurpado, ou extorquido pela força, ou surpresa, quanto se achar que elle possue, diverso do que consta do titulo.* Dunod de Charnag. Trait. des Prescript. pag. 53. (4.^{me} Edit.)

Quem he por exemplo obrigado pelo Emprazamento a pagar gallinha de foro, e oitavo de ração, e vem ao Juizo do Tombo confessar, e reconhecer a obrigação de pagar hum carneiro por gallinha, etc. faz hum acto illusorio; que nenhuma posse immemorial pôde tornar valioso; porque, e por huma parte, a existencia de hum titulo contrario, não ignorado pelos Senhores, prova a todo o tempo e sempre a sua má fé, e resiste á prescripção; pela outra, se a immemorial produz o seu effeito por suppor hum titulo, esta supposição nunca pôde ter lugar quando o ha e apparece, provando precisamente o contrario. Stryk. Tom. 5. Disput. 25. Cap. 6. n.º 76. *præcipue, si forte probatio ex documentis antiquis oriunda, omnino elidit presumptionem, ex immemoriali prescriptioe ortam.*

§. 162.

These 13.ª impugnada pelo A. nos §§. 193. 194.

O Senhorio que exige obrigações tem necessidade de exhibir Documentos autenticos, em que se funda a sua intenção; e aquelle que recusar pagar, tem direito de pedir, que seja apresentado o Titulo au-

thentico, que o constitue devedor, L. 5. C. de Edend. L. 2. C. eod.

As razões com que o A. ataca esta These no §. 193., são as que temos convencido nos §§. 27. e 147., e por isso prescindimos de as repetir aqui. No §. 194. dá elle huma outra, dizendo que, se o foreiro nega no Tombo a posse ao Senhorio, lhe commette espolio, e se vê obrigado depois a recorrer a acção negatoria, em que o Senhorio, allegando a prescripção, he escusado de apresentar o titulo: mas isto que prova contra a These? Nella diz-se, que quem exige obrigações tem necessidade de provar com documentos a sua intenção; e as razões do A. não mostram o contrario, porque a excepção de espolio não se dá só ao possuidor antigo, dá-se a qualquer que tem huma posse manutenivel, por nova que seja, e entretanto dahi não se segue, que este possuidor exigindo obrigações, não deva exhibir o titulo que prove sua intenção, que he o ponto da These. Além de que, pedir ao autor que apresente o titulo, em que funda sua acção, não he negar-lhe a posse, he requerer a observancia da Lei, a qual manda ajuntar Escritura na demanda, que sem ella não se pôde decidir: este direito he do reo, e quem usa do seu direito a ninguem faz força.

§. 163.

Concedendo porém tudo quanto o A. quer neste §. 194., a These nem por isso fica menos verdadeira; porque assim como elle imagina sem-

pre essas posses antigas a favor dos Senhorios, porque não imaginará posses novas, posses de que não seja difficil mostrar a má fé, posses interrompidas, e em huma palavra posses não manuteneveis? Por outra parte se he verdade o que diz *Peg. Tom. 10. ad Ordin. Lib. 2. Tit. 35. ad Rubr. Cap. 22.*, todos esses Donatarios, ou sejam particulares, ou Corporações, não tem direito a servir-se da excepção de espolio, quando se lhe negue, ou ataque sua posse não apresentando o titulo della. *Et si non ostendat* (diz elle em o seu n.º 18.) *titulum, donationemque validam, potest spoliari, et non restituitur Vassallus, etc.* E no n.º 19. *Et non potest spoliatus intentare remedia possessoria, quia ei deficit donatio, et titulus, possessioque naturalis ex privatione, et civilis ex resistantia, etc.* Logo, e pelo menos a respeito destes, ficaria a These em pé, ainda quando fosse verdade o que o A. deseja se lhe conceda.

§. 164.

E nem obsta a segunda razão, que elle dá no §. 195., em quanto pretende que he reciproca a obrigação do Senhorio, e Emphiteuta, em exhibirem o titulo hum ao outro; porque esta correlação de obrigações nunca póde dar-se entre pessoas, que em Juizo fazem diversas figuras, pois a regra geral he, que o autor prove sua intenção, e que, quando a não provar, seja o reo absoluto: por isso tem aquelle a obrigação de apresentar titulo, e este não; valendo de pouco, que seja senhorio, ou foreiro, visto que tal obrigação nasce, não da qualidade

de que se goza fóra do Juizo, mas sómente da que nelle se representa, e de conceder a Lei ao demandado o direito, já de accusar a falta de prova, que ella especificamente requer, já de poder elle mesmo prevalecer-se da de testemunhas, pois que allega a prescripção como excepção.

As idéas que temos de prescripção, obrigão-nos a consideralla como huma excepção, e por isso não podemos conceber, como o A. suppõe o Senhorio vindo a Juizo demandar o foreiro, e fundando para isso a sua intenção na prescripção de trinta-annos, que exige necessariamente hum titulo capaz de transferir o dominio; porque sem titulo, e sabendo-se a origem da posse fica logo demonstrada e provada a má fé, e em consequencia inutil a prescripção. Os mesmos Romanos que não exigião em todos os casos a boa fé no possuidor, só a dispensavão na prescripção de trinta annos, se elle a allegava como excepção, e nunca quando queria servir-se della como *jus agendi*. *Leg. 8. Cod. de Prascript. trig. vel quadrag. an.* Se no Discurso porém não se suppõe o Senhorio autor, mas demandado pelo foreiro, então não nos parece que forão exactamente produzidas razões e doutrinas alheias da These, que considera esse Senhorio autor, e não reo.

§. 165.

These 14.ª impugnada pelo A. nos §§. 197. e 198.

Entre nós a supplica ao Desembargo do Paço para se proceder ao Tombamento, só trata, de que as terras sejam confrontadas, medidas, e demarcadas; e a Provisão que se concede para o Tombamento manda produzir os Tombos antigos, as Escripturas, e Documentos originaes, ou authenticos;

para que o Juiz do Tombo á vista destes Titulos possa fazer proceder a huma justa medição, confrontação, e demarcação das terras, Leit. Fin. Regund. no Formulario etc.

- Como esta These tem o seu fundamento na Provisão, que se costuma passar ao Juiz do Tombo, de que vem a copia em *Leitão Fin. Reg.*, os Leitores poderáo vêr á face della, se o A. convenceu a doutrina, que quiz impugnar.

§. 166.

These 15.ª impugnada pelo A. no §. 199.

A justa medição, confrontação, e demarcação das terras, são as operações essenciaes do Tombamento, e não a enumeração e reconhecimento de pensões e encargos; porque a obrigação dos encargos contrabe-se pelo Foral, ou pelo contracto do Empramento celebrado entre o Emphyteuta, e o Senborio legitimo da terra emprazada.

Não fallámos sobre esta These, pelos motivos que determinárão o A. a tratalla ligeiramente.

§. 167.

These 16.ª impugnada pelo A. nos §§. 201. 202. 203.

No Regimento de El-Rei D. Manoel de 27. de Setembro de 1514. T. 25. dos Tombos, que os Conta-

dores hão de fazer, se acha determinado, que nos Tombamentos das Corporações, e Concelhos, sejam lançados authenticamente os traslados das Escripturas, e Documentos originaes, e os Encargos determinados por essas Escripturas, e Documentos originaes; Synopsis Chronologica da Legislação Portugueza por José Anastacio de Figueiredo, Tom. 1. pag. 181. no fim até pag. 182.

„ Conformárão-se com esta Legislação as Constituições do Bispado de Coimbra de 28. de Novembro de 1591. Estas Constituições determinão ainda hoje, que nos Tombos a que procedem as Igrejas, e Corporações Ecclesiasticas sejam lançadas as Escripturas dos aforamentos, dos Emprazamentos, os traslados authenticos das Doações Originaes feitas pelos Reis ou por outras quaesquer pessoas, e são estes os titulos que regulão os encargos, e pensões. Constituições Synodaes do Bispado de Coimbra Tit. 22. Const. 2. n. 1. 2. 3. „

Ignorando o motivo porque o A. deixou de trasladar o fim desta These, quando se propoz atacallo directamente no seu §. 203., julgamos necessario estampallo aqui, por suppormos conveniente que appareça em toda a sua luz o verdadeiro sentido de quem a escreveu. E reputando a doutrina della muito ligada com a da seguinte, aqui as reunimos, para tratar ao mesmo tempo da impugnação de ambas.

These 17.ª e final impugnada pelo A. no §. 204.

A fôrma que mandou dar aos Tombamentos e Tombos El-Rei D. Manoel, foi renovada por El-Rei D. Sebastião, por Alvará de 5 de Fevereiro de 1578, e por El-Rei D. João V, por Alvará de 15 de Julho de 1744, e pelo Senhor D. José por Alvará de 23 de Julho de 1766.

Consistem as razões do A. em o §. 201. na copia (menos exacta) do Tit. 25. do Regim. de 27. de Setembro de 1514., tirada da *Synopsis Chronolog.* no lugar citado na These; querendo inculcar no §. 202., que a obrigação de fazer trasladar as instituições nos Tombos; que este Regimento com muita clareza impõe aos Juizes, he só *ex abundanti*: as regras porém da interpretação litteral nos obrigão a dizer, que, ou tudo quanto se vê escrito no referido Título se ha de reputar fôrma essencial, que nunca se deve alterar; ou então tudo se determinou *ex abundanti*, porque tudo se acha enunciado em o mesmo espirito, no mesmo sentido, e com o mesmo modo. Não obstante o argumento, que o A. quer deduzir da Ord. Liv. 1. Tit. 62. §. 51., porque nos parece *contra producentem*, pois nesta Lei se diz: *e a Sentença, que por a dita prova for dada se porá em Tombo.* Ora sendo a Sentença titulo na falta do que se perdeu, e mandando a Lei, que se lance no Tombo, não manda

o que diz o A., porém sim e precisamente o contrario do que elle teve em vista provar.

Principia o A. o seu §. 203. referindo as Constituições dos Bispados que se podião citar, concordantes com as de Coimbra; mas ainda que não temos todas as do Reino e Conquistas, julgamos (por essas de que só fazemos uso) menos exacta esta ampliação, que se quiz dar á These, porque ella só teve em vista, e só devia ter as Constituições que citou; e nenhuma outra das que o A. refere, por serem aquellas as unicas, que no caso fallão expressamente. Dizem pois as de Coimbra (Ediç. 1591.) *E todas as escrituras de aforamentos perpetuos, ou em vidas, ou em renovações, que daqui em diante se fizerem se lançarão no mesmo Livro do Tombo etc.*: ora as do Porto (Ediç. 1735.) que o A. chama concordantes não o são em cousa alguma, porque nem palavra dizem a este respeito: e as de Lisboa (Ediç. 1737.) mandando trasladar no Livro do Tombo tudo o que respeita a outros objectos, nada dizem sobre trasladados de Escrituras de foros, e pensões, ao mesmo tempo que fallão nelles expressamente. As da Guarda (Ediç. 1759.) não só não são concordantes, mas dizem precisamente o contrario: *em cada addição se fará assento dos titulos porque possuem, e se dirá que o TRASLADO DE CADA TITULO VAI NO LIVRO DOS PRAZOS A FOLHAS etc.* Outro tanto passa a respeito das de Viseu (Ediç. 1634.) porque em o numero immediato áquelle

citado pelo A. achamos se diz: *e quanto ás escripturas dos aforamentos se não trasladarão no dito Tombo, mas guardar-se-bão bem no Cartorio, etc.* Não tendo as da Bahia, referidas no §. 203., produzimos as de Lamego (Ediç. 1683.) que o A. não citou, e nellas em o Liv. 4. Tit. 9. Cap. 2. §. 12. vemos determinado, que as Escrituras se conservem em massos nos Cartorios das Igrejas, e nada se diz sobre traslados de Tombos. Quanto ás de Braga lê-se no Tit. 27. Const. 1. que com effeito se mandão copiar no Tombo todas as Escrituras, que ha no Cartorio: o que igualmente determinão as de Evora (Ediç. 1753.) Tit. 17. Cap. 3.; porém, e por huma parte se conhece, que o objecto desta disposição não foi especifico, como aquelle das de Coimbra; e pela outra que, quando o fosse, não se seguia dahi, que em todas as mais houvesse concordancia, como se pretende.

§. 170.

Continúa o A. em o seu §. 203. dizendo, que quem escreveu as Theses devia reparar, em que as Constituições dos Bispados não tem autoridade legislativa: e ainda que deva parecer admiravel, que havendo-se o A. aproveitado destas mesmas Constituições, e autorizado com ellas suas doutrinas em tres differentes partes (§. 161. not. - §. 170. - §. 204.) não achasse então, que ellas não tinham essa qualidade, cuja falta lhe lembrou apenas o adversario se servio dellas; com tudo não he por este lado que nós julgamos, que sua resposta não satisfaz, he sim porque achamos

no §. final da These, haver-se allegado a determinação das Constituições de Coimbra, como analogas ás Leis do Reino citadas no §. inicial della; e isto he o que querem dizer as palavras, *Conformarão-se com esta Legislação as Constituições etc.* vendo-se por isso muito bem, que a mente de quem as escreveu não foi attribuir-lhes força de Lei, ou dizer que ellas fazem Direito entre as partes, como o A. parece suppor; e sómente provar mais por este documento, que a fórma determinada no Regim. do Senhor D. Manoel teve observancia, pois delle se vê, que foi adoptada nos Tombos particulares das Igrejas do Bispado de Coimbra.

§. 171.

E posto que nos pareça ser possível, ter vencido a These nesta parte, dizendo que estas Constituições no lugar citado fallão dos Tombos particulares das Igrejas, e que dos autenticos ou feitos por autoridade judicial só do §. 10. em diante, mandando nos primeiros copiar os titulos, e nos segundos não; entretanto como o A. achou mais a proposito negar a autoridade ás taes Constituições, fundando-se para isso na opinião de *Mello Freire* Lib. 1. Tit. 1. §. 10. e nota, julgamos entrar em nosso plano a necessidade de dizer alguma cousa na materia, pois ainda que seja verdadeira (tomada geralmente) aquella opinião, e como tal se possa defender, persuadimo-nos que convirá expor a intelligencia, que nos parece deve ter, para que se receba com a modificação conveniente; advertindo, que nada admira

haver o referido Escriitor estabelecido esta proposição generica, porque sendo seu objecto falar naquelle Titulo do poder de Legislar = *de Legibus* = cumpria, que fosse coherente com seus principios estabelecidos, e defendidos com particularidade no §. 3. e 4.: e como quer que ahi elle mostrasse haver pertencido sempre aos nossos Monarchas a autoridade suprema e privativa de fazer as Leis, era necessario regeitar absolutamente em these toda a idéa de huma Legislação, que fosse o resultado de hum poder, desconhecido por elle em seu systema.

§. 172.

Qualquer lição das Constituições dos Bispados he bastante com effeito para se fazer juizo dos erros, que ellas contém, e dos abusos de poder e jurisdicção que se tinha em vista autorizar com suas determinações. A falta dos conhecimentos necessarios da Sciencia do Direito Público Universal, e a persuasão em que se estava de que são direitos, e attributos proprios as concessões e tolerancias dos Principes (a) a respeito dessas mesmas *Immunitades*, *Isenções* e *Privilegios* de que gozavão a Igreja, e os Ecclesiasticos; as idéas falsas, ou confusas da natureza e limites dos dous Poderes, e de sua mutua Independencia; e finalmente a mais ampla jurisdicção, que se declarou concedida (b) aos Bispos no Concilio Tridentino, admittido indistinctamente pelo Senhor Cardeal D. Henrique no Reinado do Senhor D. Sebastião (c) produzirão essas Constituições, que

os Bispos fizeram, e em que espalhárão as maximas, e doutrinas da Bulla da Cea (d) conformes aos principios de que estavam imbuidos; e que seu proprio interesse, e os interesses de todos os que com elles erão partes nesta illusão, não consentião que se examinassem, e combinassem com as Leis, usos, e costumes da Nação, e da Igreja Universal e Particular.

(a) *Da mesma sorte dirá . . . dos Bens Temporaes da Igreja, que pela natureza propria delles sã são dependentes do Poder Temporal; das Immunitades; das Isenções; do Foro Judicial, e Externo; do uso dos Officiaes de Justiça; do Carcere; das prisões; e da imposição das Penas Temporaes, que todas são da Jurisdicção privativa, e propria do Supremo Poder Temporal, e sã por concessão, ou tolerancia dos Principes Seculares se podem exercitar, e se exercitam pela Igreja.* Estat. da Univ. de Coimb. Liv. 2. Tit. 8. Cap. 2. n.º 29.

(b) *Mais attento à Jurisdicção Ecclesiastica, que á Real, escreveu aos Bispos que usassem livremente da authoridade, que novamente lhes concedera o Concilio, ainda que fosse com prejuizo da Jurisdicção Real, consistindo todo o desvelo deste Catholico Principe na emenda, e remedio Espiritual dos seus Vassallos.* Diogo Barbosa nas Memor. d'ElRei D. Sebast. Tom. 3. Liv. 1. Cap. 17. n.º 99. — E Pio V. na sua Bulla de 5. de Janeiro de 1570. diz: *Por quanto, como dizeis, fostes o primeiro entre os Principes, e Reys Catholicos, que destes no vosso Reyno aos Bispos, e mais Ecclesiasticos livre facultade para poderem usar da Jurisdicção a elles concedida pelo Sagrado Concilio Tridentino.* . . . Deducç. Chronolog. P. 1. Divis. 5. n.º 131.

(c) *Poisque logo que a Bulla da Conclusão do Concilio chegou á Corte de Lisboa, não só a fizeram pública em 7.*

de Setembro do anno de 1564, mas também se ordenou por cartas circulares, e escritas de ordem do dito Senhor Infante Cardeal D. Henrique, e expedidas debaixo da Augusto Nome do seu Regio Pupillo (que então contava dez annos de idade) a observancia de todos os Decretos do referido Concilio sem restricção alguma. Deducç. Chronolog. P. 1. Divis. 4. n.º 77.

- (d) Tive certa informação por huma parte de que, havendo sido no que diz respeito aos ditos pontos as Constituições da maior parte das Metropoles, e Dioceses destes Reinos formadas pelas machinas Jesuíticas no espirito da referida Bulla chamada da Cea do Senhor, das falsas Decretaes, e reprovadas doutrinas dos Casuistas, e dos abusos dos legítimos Canones, com que se intentário fazer as referidas censuras extensivas, e a todas as materias, e a todos os casos da espiritualidade, e temporalidade sem differença, ou distincção alguma etc. Cart. Reg. de 16. de Maio de 1774.

§. 173.

Mas nem por isso tudo quanto nellas se acha escrito merece a mesma censura. A Lei de 18. de Agosto de 1769. §. 12. manda observar os Textos do Direito Canonico pelos Ministros, e Consistorios Ecclesiasticos nas *Decisões da sua inspecção*: e a observancia, os usos, e os costumes da Igreja Universal e das Nacionaes constituem huma das fontes desse Direito, (a) além do qual há também o que propriamente se chama Direito Canonico Patrio, (b) Direito tão attendivel e tão respeitavel, que por elle até se tem antiquado, e posto em desuso Decretaes dos Summos Pontifices, e da Igreja (c). Este Direito Canonico pois que assim chamamos Patrio, estes

usos, costumes, e observancia não podem deixar de se tirar em grande parte das Constituições dos Bispados, que tiverão como fundamento a pratica, e observancia provada por outras mais antigas Constituições, e que (d) sempre, e no que podia haver lugar se conformarão as disposições do Direito Canonico Universal. Em todos os casos por tanto da competência da Igreja, e em todos aquelles nos quaes ella faz uso do poder, que os Soberanos lhe concederão e permitem, e consentem, que ella exercite no foro externo seus Canones, seus Regulamentos, suas providencias de ordem, de economia, e de administração pública não podem deixar de merecer toda a contemplação, respeito, e autoridade de Lei para as pessoas, e cousas a ella sujeitas; não sendo oppostas ao Direito do Reino, aos usos, costumes, franquezas, e liberdades delle, e dos vassallos, que o habitão: em tal fórma que nem se ataque a Soberania, e Independencia do Poder Supremo do Monarcha, nem se deixe á Igreja huma Jurisdicção esteril, e sem a faculdade de empregar os meios analogos, e competentes, que são necessarios para ella conseguir o fim dessas mesmas Graças e Mercês, que os Summos Imperantes lhe fizerão.

- (a) *Exporá a força, e o vigor da Observancia ou dos Usos, e Costumes legitimamente introduzidos, assim na Igreja Universal, como também nas Nacionaes . . . e accommodando o mesmo Compendio ao Estado da Igreja Portugueza. Estat. da Univers. de Coimb. Liv. 2. Tit. 8. Cap. 2. n.º 26. e 37.*

- (b) *Depois disporã tambem os Orvintes com as Noticias Historicas, que forem necessarias para o bom conhecimento, instrucção, e exercicio do Direito Canonico Patrio e Especial da Igreja Portugueza. Estat. ditos. Cap. 5. n.º 29.*
- (c) *Porém sobre as Decisões; ou já revogadas pelos Canones Modernos; ou antiquadas, e sem uso algum na Igreja Universal; ou na Portugueza. . . . Estat. ditos. Cap. 6. n.º 40.*
- (d) *As actuaes Constituições forão formadas sobre as antigas, que não podem deixar de se considerar resultado necessário dos usos, e observancias particulares e remotissimas da Igreja Lusitana, havendobastante fundamento para ir buscar sua origem a essas Cóncordias, que tiverão lugar entre os Soberanos e a Clerozia, de que ha testemunhos irrefragaveis nos monumentos da primeira idade.*

§. 174.

Não consideremos por tanto as Constituições dos Bispados em seu todo, e nas materias da competência dos Bispos como exorbitantes do poder, que foi confiado á Igreja nos objectos temporaes. O meio e modo porque ella o exercita he humano, visivel, e ordinario, e não se pôde suppor em boa critica, que os nossos Monarchas ignorassem, que a sua existencia he de seculos, e nem que lhes fosse desconhecido o uso, e prestimo que sempre tiverão nos Consistorios, e Juizos Ecclesiasticos. Não he logo hum costume, huma prática singular sobre hum objecto simples, particular, e envolvido na massa dos estilos do foro: he hum corpo de determinações publi-

cas, regulares; methodicas, e existentes em cada Diocese, huma Compilação escrita e impressa com autoridade pública, sendo por isso impossivel deixar de considerar da parte do Soberano tolerancia pelo menos, e consentimento para que ellas se executem nos termos habeis. Tem erros, he verdade, tem principios falsos, tem maximas que cheirão ás idéas do tempo em que forão feitas; mas ninguem deixa hoje de as conhecer, ninguem se encarrega já de as sustentar, ou defender, e todos sabem distinguillas com quaesquer conhecimentos do Direito Público e Particular. Os Prelados Veneraveis, que occupão as Cadeiras Episcopaes da Igreja Lusitana são sobejamente instruidos para não saberem até que ponto podem fazer observallas: e quando seus Ministros se arremdem do trilho que as Leis Civis, e Ecclesiasticas tem marcado, os Juizes da Coroa são promptos em fazer respeitar os direitos della na protecção do vassallo opprimido.

§. 175.

O Senhor D. José de Gloriosa Memoria, fazendo expedir huma Carta circular aos Bispos do Reino com a data de 16. de Maio de 1774., diz assim ao Patriarca de Lisboa: *Me pareceu avisarvos, que em tudo o que vos pertencer para se evitarem todas as futuras, e funestas consequencias que se poderião seguir da falta da referida expurgação e reforma das sobreditas Constituições, e dos abusos que no espirito dellas se tem introduzido, se o remedio de tão grandes males se dilatasse*

por mais tempo: deveis logo fazer preventivamente abolir das antiquadas Constituições que ainda existem no vosso Patriarcado, e na pratica do Consistorio delle tudo, o que insta, para ser reformado e abolido, como contrario aos legitimos Canones, á *Disciplina Ecclesiastica* actualmente recebida em todas as Igrejas, ás Minhas Religiosas e Providentes Leis, e aos louvaveis costumes destes Reinos: e deveis no termo de hum anno estabelecer outras Constituições, que sendo conformes aos sobreditos principios sejam apresentadas na Meza do Desembargo do Paço na fórma do costume, e hajão de subir por ella, depois de ser ouvido o Procurador da Coroa, à Minha Real Presença, para Eu Determinar a respeito dellas o que achar mais conveniente, e conforme ao Serviço de Deos e Meu, e á boa harmonia; sem cuja consonancia nem a união Christãa, nem a sociedade civil se podem conservar. Donde nos parece se poderá concluir 1.º que o motivo e razão principal da determinação do Senhor D. José foi querer purgar as Constituições dos principios e idéas falsas da Bulla da Cêa (not. d. ao §. 172.): 2.º que este Soberano ficava então, quando antes o não tivesse sido plenamente informado do que ellas crão, e da importancia que tinhão no foro da Igreja: 3.º que elle reconheceu e resalvou aos Bispos a autoridade de abolir as antigas, e de fazer as novas: 4.º que a approvação do costume pela Meza do Paço, mostra de algum modo que as feitas até agora passarão por esta solemnidade, e que em consequencia ellas tem mesmo este cunho da Regia Approvação.

Acabaremos de arreoar sobre este objecto, produzindo hum documento para prova de que o costume referido na Carta Regia do Senhor D. José era verdadeiro, e tinha com effeito lugar, não só quando as Constituições dos Bispados se imprimião, mas ainda nas reimpressões. E começando pelas de Lamego da Ediç. de 1683. achamos a resposta seguinte do Procurador da Coroa Pinheiro. *Vi estas Constituições. E não tenho duvida, a que se dê licença, para se poderem imprimir, emendando-se nos lugares, que se referem na informação junta, alem do que nellas já se acha riscado: E tambem parece, que no Liv. 6. tit. 8. cap. 1. §. 8. em que se trata das contas, que devem tomar os Visitadores do Bispado, se deve acrescentar no fim do dito §. alem da Orden. do liv. 1. tit. 62. §. 39. ou §. 42. do mesmo tit. que igualmente devem seguir, e com que se devem conformar os ditos Visitadores. E protesto, que as taes Constituições nam prejudicarão em nenhuma parte, nem em nenhum tempo á Jurisdição Real. E requiro, que este protesto se imprima no principio das ditas Constituições. Lisboa 17. de Novembro de 1682. João Pinheiro.* Nas do Arcebispado de Braga da Ediç. de 1689. acha-se tambem a resposta do Procurador da Coroa Oliveira nestes termos. *Eu não tenho que dizer nesta materia mais do que disse na minha ultima resposta de 20. de Julho do anno passado. Reconheço que o Arcebispo traz com esta ultima petição muito moderadas as Constituições duvidadas; e a esta Mesa pertence decidir o que lhe parecer; eu protesto que as que prejudicarem á Jurisdição Real, lhe não obstem para os casos occurrentes, e que este meu protesto se imprima no principio do Livro, como já vi que se fez em outros. Lisboa 10. de Março de 1689. Manoel Lopes de Oliveira.* E finalmente nas de Évora a do Procurador da Coroa Carvalho na fórma que se segue. *Ainda que são antigas estas Constituições, e se trate somente de reimprimillas, Protesto sempre pelo Direito da Coroa, e de não consentir em disposição alguma, que possa ser offensiva da Jurisdição Real, e com este protesto, que tambem se deve imprimir, Fiat Justitia. Carvalho.*

§. 176.

Quanto á fôrma dos Tombos. Não achámos ainda monumento mais antigo que as prescreva, do que o citado Regimento de 27. de Setembro de 1514., feito para os das Capellas e Lugares Pios; devendo por isso entender-se, que todos os outros Alvarás citados na These 17., não dando outra fôrma, e recommendando a factura de Tombos, quizerão renovar a antiga, ou que pelo menos ella se seguisse em todos os que assim mandavão fazer: e por tanto não nos parece, que qualquer destas Theses, e nesta parte, mereça a censura que o A. lhes faz, principalmente se se attender a que as Provisões dirigidas aos Juizes do Tombo não dizem o contrario, antes precisamente querem isto mesmo entendendo-se não só literalmente, porém conforme seu espirito; pois mandando ellas vêr e examinar os documentos, e titulos que há, mandão por isso mesmo, e em consequencia, juntallos, ou na sua falta, os traslados autenticos; porque quando os Tombos forem o resultado de hum processo que se faz, não podemos persuadir-nos que deixem de ficar nelle todas as provas de testemunhas e Escrituras que o Juiz, de seu officio, e a requerimento de parte mandou produzir.

§. 177.

Além de que, e para mostrar que a opinião do A. he não só contraria ao Regimento do Senhor D. Manoel, porém ás Leis posteriores, que

nos governarão, e governão, basta lêr a Ord. Liv. 1. Tit. 16. §. 2. aonde se mandão lançar as demarcações e medições em Tombo, COM O TRASLADO DOS TITULOS DAS DITAS PROPRIEDADES. E note-se, que esta Orden. he tirada do Alv. de 18. de Dezembro de 1565. em *Duarte Nunes de Leão* P. 1. Tit. 14. L. 1. §. 4., e que em consequencia o Senhor D. Sebastião seguio, e renovou a fôrma dada pelo Senhor D. Manoel; o que ainda mais se prova pela disposição da Ord. Liv. 1. Tit. 50. §. 2., que he tirada do Reg. de 6. de Dezembro de 1564. em *Leão* P. 1. Tit. 15. §. 3. aonde se diz: *e farão lançar os ditos bens e propriedades em Livro de Tombo COM OS TRASLADOS DAS INSTITUIÇÕES etc.*

§. 178.

E não obsta a razão do A. em a not. ao §. 204. de não ser a commissão do Juiz do Tombo dada para o conhecimento da autenticidade dos titulos, porque por isso mesmo he que nos parece o contrario, isto he, se o Juiz do Tombo fosse autorizado para apurar, e decidir a importancia dos titulos, então talvez podesse dispensar-se melhor o traslado delles, supprindo-se com a sentença em que se declarasse que, por titulos reconhecidos por Direito fôra julgado o foreiro sujeito a tal, ou tal encargo, vindo assim esta sentença a ter a mesma e maior autoridade do que o traslado do titulo: mas como sua commissão não se estende a tanto, como ella só lhe dá poder de conhecer indirectamente da validade dos documentos, que se lhe apresentam, e em tanto

quanto he necessario para ultimar o processo que começou, faz-se indispensavel em nosso parecer, que elle mande trasladar autenticamente os titulos, para que a todo o tempo as partes interessadas possam disputar perante Juiz competente, se elles são attendiveis e capazes de produzir a obrigação, que á vista delles se julgou.

§. 179.

Sem que obste finalmente o Alv. de 10. de Junho de 1775., pois se nós o entendemos, não podemos deixar de dizer, que bem longe de convencer as Theses elle prova antes o contrario, porque no §. 2. manda-se, que todos os Censuarios e foreiros exhibão na Junta do Reino do Algarve os ritulos para se *qualificarem*; e no §. 3. determina-se, que o Escrivão ao mesmo passo *em que se forem qualificando os* vá lançando em hum livro, que o §. 5. manda depois attender como titulo autentico; de sorte que, e do referido se conhece: 1.º que os Tombos e reconhecimentos devem sempre fazer-se em face dos titulos para produzirem obrigação: 2.º que quando os Juizes não são autorizados para conhecer da qualificação dos mesmos titulos, devem mandar que estes ou seus trasladados se lancem nos Tombos; e que pelo contrario quando, como no caso presente, há quem conheça da sua validade, e legitimidade basta fazer disso lembrança no Tombo, porque já não há precisão de disputar mais, sobre o que huma vez foi decidido competentemente.

Observamos que o A. quer muito persuadir em seus §§. 170. 172. 176. 204. e not. os fins e meios deste Alv. de 10. de Junho de 1775.: e nós mui sinceramente desejamos tambem, que os Tombos das Corporações e particulares se fação pelo methodo inculcado nelle, e que se deduz necessariamente do espirito de suas determinações. Porque o contrario dellas se pratica, porque se pretende defender o systema absolutamente opposto. he que nós procuramos mostrar os defeitos e irregularidades dos Tombos, que se desviam da fórma, que nos parece mais analogo á sua natureza, e Leis do Reino.

CONCLUSÃO.

DO que havemos escrito até aqui pode-se conhecer, segundo nos parece, que bem longe de se achar no Discurso Juridico a defesa dos Direitos REAES, e Dominicaes como seu titulo parece inculcar, não vemos senão defendidas opiniões, que, a serem seguidas, devem produzir hum effeito absolutamente contrario. Nosso trabalho pois dirigido a impugnar taes opiniões talvez consiga, como desejamos, que todos se convenção de que só temos por fim a verdade; e que por isso damos ás posses legaes, e bem fundadas aquella attenção, peso, e consideração que merecem pelas circumstancias que as acompanhão; parecendo-nos em consequencia menos verdadeiro o principio, que o A. estabelece em a nota ao seu §. 121. quando diz: *devemos ter por certo . . . 4.º que nas Questões occurrentes se deve respeitar o ultimo estado das posses sejam ou não oppostas a Foraes*

*sendo ellas uniformes e immemoriaes. Com effeito não nos parece bem, que tanto se tenha avançado, e que se avançasse, dando-se por certo, por que nem tal certeza se demonstrou, nem era possível que se demonstrasse; bastando para que assim se fique entendendo saber-se, que, tratando-se de dar á execução o Plano de melhoramento, e reforma dos Foraes, a Meza do Paço expedio circulares aos Corregedores das Comarcas (de que o A. escreveu a copia a pag. 27.) e nellas nem huma palavra se diz, que seja de algum modo applicavel á posse immemorial; e posto se mande que os Ministros informem quaes são os direitos que o povo paga, daqui não se segue, nem que elles se devão manter de presente, nem que a posse os torne respeitaveis de futuro. Desejamos finalmente se conheça, e tenha como certo, que a pezar de differirem tanto nossas opiniões das do A., nem por isso deixamos de estimar seus Escritos, ou de haver em boa conta seus conhecimentos; antes e bem pelo contrario muito persuadidos da vastidão de suas idéas nestas materias, pensamos que elle avançou algumas proposições, das quaes provavelmente não deixaria de julgar preferivel a opinião contraria, mas como havia formado seu systema foi obrigado a ir conforme a elle hem a seu pezar. *Qui certis quibusdam destinatisque sententiis quasi addicti & consecrati sunt, eaque necessitate constricti, ut, etiam quæ non probare soleant, ea cogantur constantiæ causa defendere.**

CIC. TUSCUL. QUÆST. L. 2. §. 2. n. 5.

F I M.

INDICE DOS CAPITULOS.

| | |
|---|---------|
| CAP. I. <i>Origem dos Foraes.</i> | Pag. 7. |
| CAP. II. <i>Da Reforma dos Foraes, e do effeito que ella produzio no foro.</i> | 12. |
| CAP. III. <i>Se contra os Foraes tem lugar a posse immemorial.</i> | 25. |
| CAP. IV. <i>Juizo sobre algumas opiniões do A. a proposito dos Foraes, e intelligencia de suas determinações.</i> | 62. |
| CAP. V. <i>Qualidades que devem ter as Doações.</i> | 73. |
| CAP. VI. <i>Prova das Doações.</i> | 78. |
| CAP. VII. <i>Se a immemorial tem lugar nos bens da Coroa, e Direitos Reaes.</i> | 95. |
| CAP. VIII. <i>Considerações sobre a prova que resulta das Escrituras, e Documentos.</i> | 103. |
| CAP. IX. <i>Reflexões geraes sobre os Tombos das Corporações, e particulares.</i> | 123. |
| CAP. X. <i>Censura da Doutrina do A. sobre os Tombos.</i> | 143. |
| CAP. XI. <i>Analyse da impugnação que o A. faz a cada These.</i> | 162. |