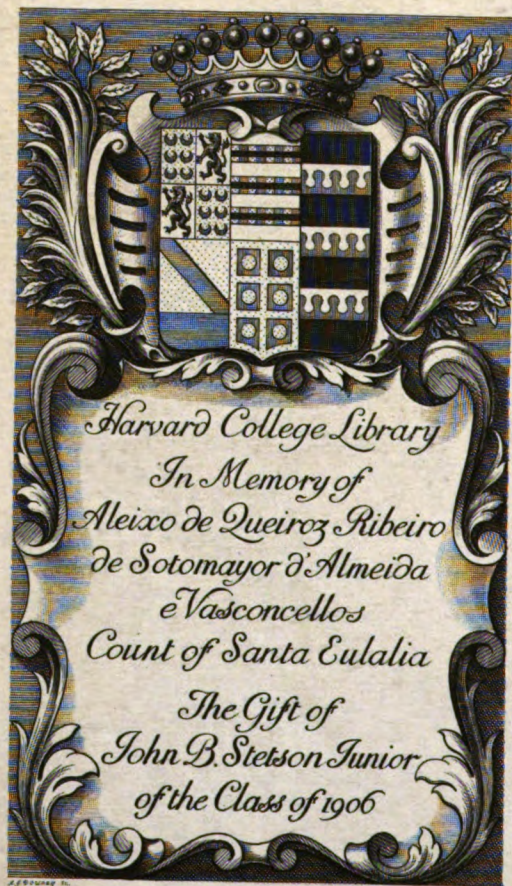


HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 061 898 870



PORTUGAL



124

x

COLLECCÃO

DE

DISSERTAÇÕES E TRATADOS VARIOS

EM

SUPPLEMENTO ÀS SEGUNDAS LINHAS

SOBRE O

PROCESSO CIVIL

E

ÀS NOTAS A ELLES RELATIVAS

POR

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO

14



LISBOA

IMPRESSA NACIONAL

1868

220R

HARVARD COLLEGE LIBRARY
COUNT OF SANTA EULALIA
COLLECTION
GIFT OF
JOHN B. STETSON, Jr.

For TX
A 447420

JUN 16 1924

PREFACIO

Antes, e muitos annos antes que apparecessem na luz publica as *Primeiras linhas sobre o processo civil*, bem ordenadas pelo bacharel Joaquim José Caetano Pereira de Sousa, havia eu, para meu uso particular, composto, entre outras em grande numero, as dissertações e tratados que formam esta collecção. Condes-cendi e deliberei ordenar outras segundas linhas, ou addições ás primeiras, pelas rasões que direi no seu prefacio. Em algumas das notas occorreram aquellas materias que eu assim havia tratado mais abundantemente; e como inserir a substancia d'ellas em todas as ditas notas produziria linhas demasiadamente grossas, tomei por melhor expediente dar á luz esta collecção d'essas dissertações e tratados, a que me referi em algumas das ditas notas, e a que os leitores das segundas linhas poderão recorrer, querendo instruir-se melhor n'essas materias. Tal é a razão d'esta collecção.

ORDEM

DAS

DISSERTAÇÕES E TRATADOS D'ESTA COLLECÇÃO

I Dissertação analytica da Ord., L. 3, T. 45, §§ 2 e 3, em que se disputa a questão: «Quando, ou em que casos, o réu demandado que não chamou á auctoria a pessoa de quem houve a cousa vencida, ou chamando-a á auctoria, não appellou da sentença condemnatoria, e demittiu a cousa demandada, póde ou não usar da acção de *evicção* contra seu ante-possuidor?» Supplemento á nota 361.

II Dissertação analytica da Ord., L. 3, T. 45, § 3, nas palavras: «Será obrigado o auctor chamado a lhe compor a cousa vencida com seu interesse, ou pagar o preço que por ella recebeu, qual o réu vencido mais quizer». Supplemento á nota 361.

III Analyse da Ord., L. 3, T. 45, § 5, junta á Ord., L. 5, T. 60, § 5, e T. 62, § 2. Uso pratico d'estas ordenações novamente exco-gitado. Supplemento á nota 361.

IV Dissertação em que se expõe a intelligencia da Ord., L. 4, T. 44, § 10, nas palavras: «As dividas que se fizerem por respeito da companhia e sociedade, d'ella mesma se hão de pagar, postoque a esse tempo seja acabada». E consequentemente, quando a confissão de um dos socios nos negocios sociaes possa, ou não, prejudicar aos consocios? Supplemento á nota 448, n. 4.

V Analyse da Ord., L. 3, T. 59, no principio, e dos §§ 3 e 11, e consetarios praticos que nas generalidades d'estas ordenações,

e das suas intrinsecas razões, se deduzem. Supplemento á nota 472 e seguintes.

VI Dissertação completa: «Quando se deva julgar nullo, revogado ou falsificado o testamento que, feito na fórmula da Ord., L. 4, T. 80, § 1, se acha na morte do testador aberto, rotas as linhas, dilacerado sem solemne abertura, rasurado ou cancellado em todo, ou em parte, etc., etc.» Supplemento ás notas 474 e 527.

VII Tratado do juramento de calúnia, e analyse da Ord., L. 3, T. 43. Supplemento á nota 524.

VIII Tratado do juramento suppletorio, e semiplena prova. Analyse da Ord., L. 3, T. 52. Supplemento ás notas 515, 516 e 517.

IX Tratado do juramento judicial. Analyse da Ord., L. 3, T. 59, §§ 5, 6 e 7, e T. 52, § 3.

X Tratado do juramento em depoimento com confissão qualificada, e quando possa rejeitar-se ou não a qualidade d'essa confissão. Analyse da Ord., L. 3, T. 53, § 13. Supplemento ás notas 443 e seguintes.

XI Tratado do juramento *in litem*. Analyse da Ord., L. 3, T. 52, § 5, e T. 86, § 16. Supplemento ás notas 518 e 519.

XII Tratado do juramento aos carnicheiros, padeiros, etc., na fórmula da Ord., L. 4, T. 18. (Juramento e pratica d'elle omissas nas *Primeiras linhas*, C. 22, Art. 4.) Supplemento a este artigo.

XIII Tratado dos *Contratos e pactos successorios jurados*, quando (o que é frequente) o tribunal palatino, pelo seu regimento, § 87, dispensa a Ord., L. 4, T. 73, e L. 1, T. 78, § 13. Supplemento ás notas 300, 499 e 508.

XIV Tratado pratico das *vistorias*. Supplemento a todo o artigo 7, do C. 22, desde a nota 538.

XV Dissertação em que se trata: «Se os magistrados, aos quaes, na fórmula do § 45 do regimento do desembargo do paço, se commette o conhecimento de algumas causas, podem executar suas sentenças fóra dos seus territorios, e se a tanto se podem ampliar e estender as suas commissões, não finalizando pela sua definitiva». Supplemento á nota 577.

DISSERTAÇÃO I

Analytica da Ord. L. 3, T. 45, §§ 2 e 3

Disputa-se a questão:— Quando ou em que casos o réu demandado, que não chamou á auctoria a pessoa de quem houve a cousa, ou chamando-o á auctoria não appellou da sentença condemnatoria, e demittiu a cousa demandada, pôde ou não usar da acção de evicção contra seu ante-possuidor? etc. (Supplemento ás segundas linhas sobre o processo civil e á nota 361.)

Letra da ordenação e leis que são suas fontes

§ 1

«Se algum é demandado por causa que possua, e elle quer chamar por auctor o que lhe a cousa vendeu ou escaimbou, ou outro qualquer de quem a houve, nomea-lo-ha e chama-lo-ha antes das inquirições abertas e publicadas, e não o chamando até esse tempo não será o dito auctor nomeado obrigado a lhe pagar o *damno que receber*, por a cousa lhe ser tirada por sentença, postoque o dito actor nomeado fosse sabedor que o réu era demandado em juizo por ella, Ord. L. 3, T. 45, § 2.» O mesmo procede, quando sendo o vendedor chamado á auctoria, e proferindo-se sentença contra o comprador este não appellou, dita Ord., § 3.

§ 2

Parece que esta Ord. teve por fonte a L. 53, § 1, ff. *de Eviction.*, ibi: «Si cum possit Emptor auctori denuntiari, non denuntiasset, idemque victus fuisset *quoniam parum instructus esset*: hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex Stipulatu agere non potest». E a L. 8, Cod. *de Eviction.*, ibi: Emptor fundi, nisi auctori aut hæredi ejus denuntiaverit, evicto prædio, ne-

que ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fidejussorem ejus habet. Conduz a L. 1, Cod. *de Peric. et Commod. rei vend.* «Et ita si ei denuntiatur est, ut causæ agendæ adesset, et non absente emptore, contra eum pronuntiatur est». L. 9, Cod. *de Eviction.*, ibi: «Auctori, hæredive ejus denuntia; et siquidem obtinueris, habebis quod emisti: Sin autem evictum fuerit, a venditore Successoreve ejus *consequeris quanti tui interest*», etc. E quanto ao caso de não appellar o comprador vencido parece ser fonte do dito § 3, a L. 63, § 1, ff. *de Eviction.*

PRELUDIO I

Quando a evicção tem fundamento no direito natural
e quando no civil

§ 3

«Evictio ex naturali jure originem habet; facto enim ejus qui mihi rem alienam vendit (et quæ postea evincitur), mihi aliquid abest. Venditor locupletior fieret ex meo pretio; adeoque ex regula generali Justitiæ, jus, quod mihi abest, tribuere tenetur.» Coccey, *Just. Nat. et Rom. nov. System.*, sub § 446, n. 4. Conf. Heinec., *Elem. Jur. Nat.*, L. 1, sub § 274, ibi: «Ista doctrina de Evictionibus ex ipsa æquitate naturali fluit, quamvis ei multa non tam de novo adstruxerit, quam illustrationis causa addiderit Jus Civile, quæ ad ejus formam et effectum pertinent, ex. gr., dum requirit, ut quis suo nomine rem in alterum transtulerit, ut possessor litem actori in tempore denuntiarit», etc. Formey no *Extract. de Wolph.*, *Princip. do Dir. Nat.*, L. 4, C. 4, exhibe outra rasão, qual é, que todo o vendedor é obrigado á evicção, porque todo o comprador não paga a coisa senão debaixo d'esta condição, se é que a coisa pertence ao vendedor; olha-o como senhor d'ella, e a compra encerra a condição tacita que o vendedor ficará responsável pela evicção; o contrato encerra por si mesmo esta obrigação, ainda quando não fosse expressamente estipulada, etc. Conf. Thomaz., *Not., de us. hodiern., ad Pand.*, L. 21, T. 2, Stryk., *ibid.*, § 1.

PRELUDIO II

Rasão por que o direito civil, fundado no natural,
introduziu o remedio da evicção

§ 4

«Quare Evictio fuerit introducta, faciebat dubitationem, quod venerabile quoddam est, et immaculatum fidelitas, validissimumque testimonium sua cuique fides. . . Adeoque Sacrosancta priscis et erat fides, et habebatur, non ignorantibus quam grave turpeque facinus erat Semel datam fidem fallere. . . Verum moribus inde gliscentibus in pejus, necessum fuit illud, quod in hominum fide consistebat, in Legis Vinculum deducere. Quocirca cum aliquando accidisset, ut promissa non adimplerentur, vel quia non esset res promissa in bonis promissoris, vel facile a manu accipientis extorqueretur, sequuta traditione, vel quia immineret evictio in Limine Contractus, ut homines avocarentur ab huiusmodi alienis promissis sub spe, ac velamine rei propriæ, introductum fuit remedium Evictionis.» Ita Gusman., *de Eviction.*, in Proem., a n. 14.

PRELUDIO III

Se o remedio da evicção é favoravel ou odioso

§ 5

«Dicendum est, quod favorabile sit, quoniam bono publico institutum est, ut rerum Commercia libera, et absque fraude fiant. . . Quod autem hoc remedium sit odiosum, facit, quia est remedium pœnale, quod suadetur ex rubrica huius tituli dum dicitur: De Evictionibus, et duplæ stipulationibus, etc., et in L. 2, ff. *de Eviction.* . . Cum igitur sit pœnale, odiosum reputatur. . . His tamen minime refragantibus, concludendum videtur, quod hoc remedium Evictionis *ex parte agentis dicatur favorabile*, etc. Guzman., *de Evict.*, in Prælud., a n. 18.

Nota. Aindaque a regra dos favoráveis e odiosos é hoje reprovada pelos sabios, quaes Thomaz., Barbeirac., e Titio, referidos por Mello. Freire, *Histor. Jur. Civil Lusit.*, § 130, na nota, e por Heinec. ad Grot., *de Jur. Bell., et P.*, L. 2, C. 16, § 10; comtudo, o favor da evicção e o odio do vendedor aqui, só podem respeitar-se emquanto a evicção é fundada na equidade natural, para que o vendedor se não locuplete com a cousa alheia (§ 3), e o odio do vendedor, emquanto contra um homem que illudiu e enganou ao comprador, ou vendeu o que certamente não tinha averiguado ser seu, etc. (§ 4).

PRELUDIO IV

Rasões intrinsecas da nossa ordenação e das leis romanas que foram as suas fontes

§ 6

Estas rasões as expõe com outros DD., Stryk., *Us. mod.*, L. 21, T. 2, § 16, ibi: « Ratio in eo ponitur, quia illo ipso, quod Emptor Conventus non denuntiat litem, dicitur esse in dolo; et quia venditor magis informatus præsumitur, quam Emptor, ideo fieri debet hæc denuntiatio ut se eo melius tueri possit; nam denuntiatio non fit solum, ut venditor suscipiat in se defensionem, sed ut parare possit defensiones, et illas exhibere Emptori una cum juribus ad causam ipsam facientibus, Covarruv... Natt... Menoch... Renlin... Bursat. Peregrin... Mangil., *de Evict.*, etc. Et hæc litis denuntiatio quoque fieri debet, quam vis litem non ignoret Venditor, etc. » As mesmas rasões expõe Guzman., *de Evict.*, Q. 4, a n. 4. Outra rasão (aindaque em substancia a mesma), exhibe Sylv. e Arauj., *de Perfect. Advocat., post Trat.*, Cons. 2, n. 3, ibi: « Adde aliud argumentum. Cum res evincitur nulla denuntiatione facta Venditori, Lex præsumit propterea evinci, quod Emptor male instructus causam defendere nequiverit, L. Si fundo, § ult., ff. de Evict. (acima já transcripta no § 2), quæ quidem præsumptio videtur esse fortissima, et ut aiunt juris et de jure, super ea etenim Lex fundatur, ac statuit ».

§ 7

Outra e diversa rasão excogitou e exhibiu Pereira, *de Man. Reg.*, C. 32, n. 12, ibi: « Cum videam denuntiationis necessitatem esse

partem Contractus initi, ut scilicet, Venditor se de Evictione obligaverit, si præhabita tali denuntiatione interpellatus esset, conformando se cum dispositione juris, a quo contractus, et clausulæ in eo appositæ interpretationem recipiunt, arg. L., *Quod si nolit*, § *quia assidua*, ff. *de ædilit. edict.* . . . Videlicet in Contractu non reperiatur expressum, quod non facta denuntiatione venditor non teneatur, tamen sufficit ex mente partium ita subintellectum, accedente dispositione Legis, quæ sequuta mentem Contrahentium ita faciendum sanxit». Acrescenta mais o mesmo Pereira, sub n. 13, que: «Regia Ordinatio Parti adimit potestatem dimittendi rem libere sine lite, ne fieret in potestate Emptoris occasione injustæ litis, cujus ipse non est æstimator, præjudicare venditori», etc. Conf. Silv., ad Ord., L. 3, T. 45, § 2, n. 27, Pereira, *de Man. Reg.*, C. 32, n. 13.

Nota. As questões: «An Laudatio mediate, vel immediate fieri debeat? An sufficiat Laudatum de Lite mota certum reddere? An etiam ad defensionem suscipiendam requiri necessarium sit? An Laudationis tempore Copia Libelli Laudato tradenda sit? An citandus sit per edicta venditor seu quilibet alius ad defensionem causæ nominatus, si absens sit? De hæreditat jacenti. De pluribus venditoris hæredibus. Cujus expensis denuntiandum sit. De tempore quo denuntiandum sit, » etc. Estas e outras questões a este proposito reasumiui e decidui o nosso Solan., Cogit. 29 e seguintes, aonde podem ver-se. Conf. Struv. e Muller, Exerc. 28, Thes. 28, aonde se vêem também decididas as mesmas questões, e também Cald., *de Empt.*, C. 31, e ex professo Stryk., Vol. 11, Disp. 21, *De Litis denuntiatione*.

§ 8

Quanto á segunda parte, isto é, que o comprador não pôde usar de remedio da evicção quando, ainda depois de ter chamado á auctoria ao vendedor não appellou da sentença condemnatoria, como determina a Ord., L. 3, T. 45, § 3, qual seja a razão d'esta Ord., a expõe bellissimamente Molin., *de Just.*, Disp. 38, n. 19; Covarruv., L. 3, Var., C. 17, n. 9; e sobre todos Cald., *de Empt.*, C. 31, sub n. 27, et n. 28, ibi: «Ne igitur Emptor, falsa forsans persuasione ductus, appellationem deserat, justam credens Sententiam, cum vere iniqua fuerit, legislator consultius esse

existimavit Condemnato prosequendæ appellationis munus imposuisse, et rei veritatem, atque Sententiæ rectitudinem, et justitiam ad Superiorum iudicium, examenque referre, non ipsius partis perniciem, cum opinione sua facile decipi possit, quo quidem casu suum non Venditoris periculum facit, qui poterit de injustitia Sententiæ docere, et sic totius damni expers esse... Hoc animadvertens Legislator Emptori appellationis prosequendæ onus injunxit, quoniam in gradu appellationis non deducta probare fas est. Poterit etiam Venditor allegare se voluisse in appellationis instantia causam intueri, et nondum in iudicium deducta allegare, ac probare, etc.

SECÇÃO I

Questão principal

Se o comprador ou qualquer outro, a que por direito compete o remedio da evicção, pôde usar d'elle, quando sem chamar á auctoria a pessoa de quem houve a cousa, a admittiu ao agente com boa fé, reconhecendo-se sem justiça alguma para a defender, e sacrificando-se a provar na acção da evicção, que com effeito, aindaque praticasse o chamamento á auctoria, não poderia o chamado defender plausivelmente a cousa demandada, e demonstrando o vencido a justiça notoria do agente? etc.

§ 9

Pela parte negativa estão muitos e graves DD., e entre elles muitos nossos reinicolas, como são Cald., *de Empt.*, C. 31, n. 71, Pereira, *de Man. Reg.*, C. 32, a n. 11, Solan., Cog., 44, tot., Arauj., *de Perfect. Advocat.*, post *Tractat.*, Consult. 2, Hahan., ad *Wensem.*, in *Not. ad Tit.*, ff. *de Evict.*, n. 5, requis. 4, Brunem., L. 7 et 8, Cod. *de Evict.*

§ 10

As rasões em que estes DD. se fundam, são principalmente as expostas nos §§ 6 e 7; e alem d'ellas em que: 1.º, as leis romanas, fontes da nossa, e a nossa mesma são geraes e indistinctas, e que cegamente se devem seguir sem esta distincção ou limitação; 2.º, que se a L. 63, § 1, ff. *de Eviction.*, e a nossa Ord., L. 3, T. 45,

§ 3, obrigam ao comprador, ainda mesmo que tenha chamado á auctoria ao vendedor, appellar da sentença da primeira instancia, apesar da presumpção de justiça que assiste a essa sentença, e sem a appellação de uma sentença, que aliás se presume justa (adde Stryk., V. 7, Disp. 17, C. 2, § 14), sem outra confirmatoria na superior instancia lhe não franqueia a acção de evicção; muito menos, quando o réu demandado, por mais que se faça arbitro da justiça do agente, e a reconheça, lhe dimitte a cousa reivindicada sem chamar á auctoria aquelle de quem a houve; 3.º, que o vendedor sempre negaria a notoriedade da injustiça para excluir a acção da evicção; 4.º, que não pôde ser acreditavel o comprador allegando a injustiça da causa do vendedor, quando podia haver algum fundamento occulto, que o vendedor sendo chamado lhe forneceria para a defeza.

§ 11

Em contrario está a torrente dos DD. a sustentar como mais justo e racionavel, que se o comprador ou qualquer outro, a quem aliás compete o direito da evicção, sendo demandado, não chama á auctoria aquelle de quem houve a cousa, e reconhecendo a in-contrastavel justiça de quem lh'a reivindica, de boa fé lh'a dimitte, pôde usar do direito da evicção contra aquelle de quem a houve, incumbindo-se da demonstração da justiça d'aquelle que lh'a reivindicava, e que nenhuma podia ter o seu auctor por mais que fosse chamado para defender a cousa; e que se o vendedor ou qualquer outro obrigado á evicção, assim demandado por ella, não mostra com effeito que se fosse chamado forneceria taes ou taes rasões plausiveis, ou taes e taes documentos, com que provavelmente defenderia a cousa demandada, etc. N'estas circumstancias, ainda que não precedesse a cerimónia do chamamento á auctoria, procede a acção de evicção, porque nas mesmas circumstancias cessam em effeito as rasões principaes (de quib. §§ 6 e 7) das leis, que fazem preciso esse chamamento á auctoria, e seria frustratorio tal chamamento, etc. Esta opinião é a sustentada pelos melhores DD. seguida nos tribunaes da Europa, e ainda mesmo sempre attendida no nosso reino e nos supremos tribunaes. Assim o defendem, seguem e attestam seguido in judicando entre os estrangeiros, Posthio nas decisões de Bolonha, Decis. 14, Urceol.,

Decis. Florentin. 29, n. 9, Surd., Decis. 22, Covarruv., *Variar.*, L. 3, C. 17, n. 6, Mangil., *de Evict.*, Q. 4, a n. 55, Stryk., *Us. mod.*, L. 21, T. 2, § 23, Cyriac., Contr. 586, n. 65. Com innumeraveis DD. Berlich., P. 1, Concl. 24, n. 30. Com outros muitos Hermosilh., Gloss. 3, L. 32, T. 5, Pag. 5, n. 77, pag. (mibi) 608 e 609, Gomez. 2, *Var.*, C. 2, n. 39, Afflict., Decis. 49 et ibi addentes, Fabr., *in Cod.*, L. 8, T. 31, Defin. 8, in fin. et Defin. 25, n. 12, Guzman., *de Evict.*, Q. 4, a n. 77 e 98, Perez., in *Cod.*, L. 8, T. 45, n. 28, Luc. Ferrar., Verbo., *Evictio*, n. 13 et ibi Add. n. 62, Begnudell., eodem verbo, n. 7, Sabell., *Emptor.*, n. 8, Ansald., *de Commmerc.*, Discurs. 32, n. 15, Urceol., *de Transact.*, Q. 42, a n. 37, Altimar., *de Nullit.*, Tom. 3, Q. 7, Subsect. I, a n. 52, Grot., in *Manuduct. ad Jurisprud. Holland.*, L. 3, C. 15, n. 17, Caballin., *de Eviction.*, § 3 a n. 73, Leeuwen., *Cens. for.*, P. 1, L. 4, C. 19, n. 14, in fin., Voet., *ad Pand.*, L. 21, T. 2, sub n. 22, Carpzov., *Defin.*, For., P. 1, Const. 3, Defin. 24 e 25, optimè, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 27, Art. 2, a n. 155, aonde com outros muitos DD. refere modernas decisões da Rota Romana. Card. de Luc., *de Emption.*, Disc. 49, n. 8, e Discurs. 50, n. 2, *et de Credit.*, Disc. 71, n. 4, *et de Regalib.*, Disc. 64, n. 8, *et de Jurisdiction.*, Disc. 60, n. 7, idem Stryk., Vol. 11, Disp. 21, *De litis denuntiatione*, § 32, e outros innumeraveis que estes DD. referem, optime Fontanell., *de Pact. nuptial.*, Claus. 5, Gloss. 8, P. 14, a n. 75, digno de ser visto, Rot., in *Mantic.*, ad Card. de Luc., *de Credit.*, L. 8, Decis. 45, n. 13, Rot., post Oleam, *de Ces. jur.*, Dec. 81, n. 9.

Nota. Aindaque Barbos., na L. 49, ff. *de Judic.*, n. 38 e 74, só admitte esta opinião sendo o réu effectivamente demandado, e não quando dimitte a causa sem demanda, comtudo o contrario é mais certo e sem differença, como com muitos DD. prova Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 27, Art. 2, n. 158.

§ 12

No nosso reino vemos seguida esta racionavel opinião pelo insigne Pedro Barbosa, na L. 49 ff. *de Judic.*, a n. 29, e pelos senadores nas deliberações transcriptas por Peg., no Tom. 15, ad Ord., L. 3, T. 45, Decis. 10, n. 44, e Decis. 14, n. 64, e no Tom. 3,

For., C. 34, a n. 84 (em grau de revista), e no Tom. 5, Forens., C. 105, a n. 23. E ainda mesmo o nosso Cald., *de Empt.* (em si inconstante), C. 31, depois de citar por esta opinião no n. 63, muitos DD. suppondo-a commun, lembrado da dita Ord., que parece contraria, se expende assim: «Quod si communem Sententiam teneas, intelligasque Legem Regiam non excludere hunc casum, quo Reus vult ostendere et probare bonam se fidem agnovisse, quia scilicet sciebat rem ad Evincentem citra controversiam spectasse; hoc tamen ita accipiendum est si statim de Evictione adversus Venditorem agat, secus vero si distulit agere, et Venditor prætendat, mortuos jam esse testes, vel aliter peremptas probationes, quibus defendere potuisset rem suam esse, non Evincētis, si congruo tempore causa tractaretur. Hoc enim casu magis pro Venditore resolvendum erit; juris namque præsumptio contra Emptorem est, quod fraudulenter agere distulerit, etc. Conf. Hermosil., supra n. 81, Fontanell. supra, n. 80 e 81, Ursil. ad Afflict., Dec. 49, n. 2. Isto mesmo seguiu o Cod. Civ. dos francezes, Art. 1647, ibi: «A acção de evicção cessa quando o comprador se tem deixado condemnar por uma sentença em ultima instancia, sem chamar ao vendedor, se este prova que existiam meios sufficientes para fazer rejeitar a demanda», optime Francisc. Callet., *Comment.* ad Tit., Cod. *de Evict.*, ad L. 7, 8 e 17, C. 4, n. 6 e 7, apud Meerm., in *Thesau. Jur. Civil*, Tom. 2, pag. 330.

§ 13

Esta segunda opinião é fundada não só nas genuinas razões que expõem os DD. citados, parte das quaes recapitularam Silva e Araujo, *de Perfect. adv.*, Consult. 2, a n. 4, ex professo Gusman., *de Evict.*; Q. 4, desde o n. 79, até o n. 85, e desde o n. 98 até o fim, aonde podem ver-se, mas nas que de novo passo a expor e apurar confutando essencialmente as contrarias razões (alem das expostas pelos citados DD.), quaes são:

§ 14

Primeira. Não deve interpretar-se que qualquer lei na sua generalidade comprehende um caso, que aliás comprehendido n'ella e applicada a elle a lei, viria ella a determinar uma cousa absurda

e opposta a toda a rasão, injusta e intoleravel, Heinec., *ad Grot. de J. B. e P.*, L. 2, C. 16, § 27, optime Barbos. et Tabor., L. 1, C. 14, tot. *omnino videndus*. Ora se a nossa Ord. privasse da acção de evicção aquelle réu demandado que demittiu os bens vendo uma clarissima e incontestavel justiça do agente, que o chamado á auctoria não poderia de modo algum defender; e áquelle réu que assim o quizesse demonstrar, se a Ord. o obrigasse a seguir até final uma demanda injusta, que absurdo se não seguia? A outra Ord., L. 3, T. 43, in principio, lá obriga ao réu que jurará, que justamente entende: «Defender a demanda e não allegará nem provará em ella cousa alguma por malicia ou engano, mas que verdadeiramente se defenderá sempre até o fim do feito, segundo a sua consciencia». E eis-aqui um tal réu constituido em dois extremos, ou jurar de calumnia falsamente, quando vê uma demanda justa do agente e se considera, sem defeza verdadeira ou ceder da demanda e perder o direito da evicção; e que absurdo!

§ 15

Ah! Póde chamar á auctoria ao seu auctor para lhe fornecer defeza; mas supponhamos (o que é muito frequente) que o chamado não comparece. Então ficámos no mesmo absurdo; ou o réu ha de jurar falso quando se lhe pedir o juramento de calumnia sobre a sua defeza, ou para evitar o perjurio ha de confessar a justiça que reconhece no agente, e então, como não prosegue a causa, perdeu o direito da evicção. E será crível que o legislador mesmo enlace um réu em um d'estes dois extremos infallivelmente, e que jure falso para se habilitar com a acção da evicção, ou a perca jurando verdade?

Nota. Tão longe está de as leis quererem que alguém prosiga demandas injustas, que da nossa legislação patria deduziu Nogueir. Coelh., *Let. D.*, a n. 52, estes principios: «Demandas devem evitar-se. Trazem gastos e despesas, inquietam a republica, perturbam os tribunaes, causam odios e discussões entre os vassallos, impedem viver em paz e conformidade», etc. Por outra parte ainda menos deve qualquer proseguir uma demanda injusta, e não deve ceder d'ella, sem lhe ser imputavel ou prejudicial. Os advogados fiscaes têm na L. 3, *Cod. de Advocat. Fisc.*, uma rigorosa prohibição de proseguirem demandas calu-

inniasas. O tutor não deve em nome do pupillo defender uma demanda injusta; mas antes, reconhecendo de boa fé a justiça do adversario, deve confessa-la, aindaque prejudique ao pupillo, L. 9, § 6, ff., L. 6, Cod., *de Administr. Tutor.* : «Non est violanda justitia in utilitatem pupilli, nec Ecclesiæ, nec Principis, nec Civitatis, nec piæ causæ, etc.», Brunnem., in d. L. 9, n. 16, Conf. Larrea, Alleg. 1, a n. 14, Valeron., *de Transact.*, T. 2, Q. 3, n. 11. N'estas leis se fundam alguns dos DD. citados (§§ 11 e 12), como um dos fundamentos d'esta opinião. E na verdade é indigna de Pereira, *de Man. Reg.*, C. 32, n. 14, a resposta de que estas leis tratam do tutor, que não é obrigado proseguir uma demanda injusta, nem lei alguma a tanto o obriga. «Quod nullo modo convenit denuntiationi, quæ fit ex necessitate legis ita præcipientis, quod factum debet impleri in forma specifica». Como que a Ord. obrigue a uma demanda injusta contra o systema de toda a legislação, como que a lei obrigue ao réu jurar falsamente de calumnia, e como que as rasões das citadas leis não fossem geraes e aptas a comprehender todo o caso! Se o fiscal, o tutor, o procurador da causa pia podem ceder de demandas injustas, aindaque prejudiquem ao fisco, á cidade, ao pupillo, á republica; se não tem obrigação de a proseguir em seu favor, que razão de differença? O réu demandado como possuidor, mais defenderia a demanda injusta em favor do seu auctor, e mais com os direitos d'elle que com os proprios, etc. Logo dá-se paridade de razão.

§ 16

Segunda razão. Se nas circumstancias em que só procede esta segunda opinião (§ 11), ainda resistisse a nossa Ord. (isto é, ainda quando o que propõe a acção da evicção mostrasse o notorio defeito de justiça de seu auctor, e este não mostrasse que se fosse citado e chamado forneceria tal e tal defeza plausivel); se, digo, n'este caso ainda resistisse a Ord., ella fomentaria uma iniquidade e uma injustiça opposta ao direito natural (§ 3), que não permite que o vendedor da cousa alheia se fique, depois de vendida ella ao comprador, locupletando com o preço. Na verdade uma vez verificadas as circumstancias em que procede esta segunda opinião, qual outro seria o resultado, senão ficar o auctor com o alheio, depois de se mostrar que não era realmente sua a cousa que vendeu, permutou, deu em pagamento, etc.? E será crível que a lei exclua o caso em que procede esta opinião? Será crível que verificadas as circumstancias em que ella só é applicavel, auctorise a lei uma injustiça?

§ 17

Terceira rasão. Verificadas as circumstancias em que procede esta opinião, cessam todas as rasões da nossa lei, e das que foram suas fontes. Já não pôde imputar-se ao comprador que foi vencido, «*quoniam parum instructus esset*», deixando de chamar á auctoria seu ante-possuidor. Já cessa a presumpção de que elle o instruiria e muniria com uma justa defeza; o exito em que elle, demandado pela evicção, o não mostra, assim confirma «*quia in eo quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjecturæ locus*», L. 137, § 2, ff. *de Verb. Obligat.* Já o vendedor não pôde recorrer ao tacito pacto que ideou Pereira (§ 7), porque a experiencia veio a mostrar que aindaque o comprador o adimplisse da sua parte, chamando á auctoria ao vendedor, este não adimpliria da sua parte o a que correspectivamente era obrigado (§ 3). E estamos na regra: «*De modo non curamus dum habemus effectum*». Signanter Hermosilh, *supra*, n. 80. Em uma palavra, verificadas as circumstancias que requer a segunda opinião, cessam as rasões das leis (§§ 1 e 2), e cessa a sua disposição.

§ 18

Quarta e nova rasão. Reflectida a nossa Ord., §§ 2 e 3, parece que figura tres casos diversos, e a respeito de cada um decide com diversa phrase: 1.º, quando o demandado não chamou seu auctor, e então desobriga o auctor de lhe pagar «o damno que receber por a cousa lhe ser tirada por sentença»; 2.º, quando o chamado não vem, e o réu, defendendo verdadeiramente a demanda, é condemnado a largar a cousa, e então manda que o chamado lhe componha «a cousa vencida com seu interesse, ou o preço que por ella recebeu», qual o réu vencido mais quizer; 3.º, quando o chamado não vem, e o réu é condemnado por sentença injusta, ignorancia, ou malicia do juiz, e então obriga ao chamado compor ao réu a perda e damno que recebeu por causa da injusta sentença. Em todos os casos varia de phrase. No primeiro (que é o de que tratámos) só desobriga do damno ao que não foi chamado, sem fallar «em perda, nem na cousa verdadeira com seu interesse, ou o preço».

§ 19

Para descobrir o mysterio d'esta ordenação devo advertir, que quando ha chamamento á auctoria, e o réu defendendo a causa até final é vencido, recupera pela acção da evicção o preço da cousa, o interesse do lucro cessante e damno emergente; as despesas do pleito, bemfeitorias, etc., Struv., Exerc. 21, Thes. 18, Pereira, *de Man. Reg.*, C. 32, n. 16 (e só n'este reino não obtem o dobro, não se estipulando expressamente, Pereira, *supra*, Cald., *de Empt.*, C. 31, a n. 33), adde Urceol., *de Transact.*, Q. 42, a n. 49.

§ 20

Ora, houve uma original e antiquissima opinião, que distinguui entre o caso de o demandado chamar á auctoria ao seu ante-posuidor, e o caso de o não chamar. No primeiro, decidiu que compete ao vencido a acção por tudo o referido no § 19 (e é propriamente o segundo caso figurado na ordenação). No segundo (que é o primeiro da ordenação e de que tratámos), seguiu essa opinião, que então é que procede a segunda de que tratámos, verificados os requisitos em que ella é applicavel, de fôrma que, verificados elles, se não compete a acção por tudo (§ 19), ao menos pelo preço da cousa, sem damnos ou interesses, Gusman., *de Evict.*, Q. 4, n. 95, Barbosa, na L. *Venditor* 49, ff. *de Judic.*, a n. 76, Covarruv. 3, *Var.*, C. 17, n. 6, post mediam (aindaque o contrario, e que n'este caso pôde o vencido repetir todo o interesse, seguem Gusman., Q. 4, n. 98, Hermosilh., n. 79).

§ 21

Quem pois nos certifica que o nosso legislador não tivesse em vista esta distincção (§ 20) quando o mysterio, que já vimos (§ 18), distinguui os tres casos, usando em cada um de phrase diversa? Parece que, no de que tratámos, seguiu a segunda parte da referida distincção, e approvou esta segunda opinião, de fôrma que faltando o chamamento á auctoria, aindaque o réu não possa repetir tudo quanto no caso da evicção com vocação á auctoria lhe permite o direito (§ 19), e aindaque não o *damno que o vencido receber*, sempre pelo menos o preço ou o valor da cousa,

verificando os precisos requisitos, que nos termos da mesma opinião deve verificar, conciliadas assim as contrarias opiniões. E ou assim havemos de entender a dita ordenação para a salvar das contrarias razões expostas desde o § 14 até ao § 17, ou pelas razões mesmas devemos assentar que este caso (em que taes circumstancias se verifiquem) se não comprehendeu na generalidade da nossa Ord., § 2, por não resultarem os absurdos ponderados nos §§ 14, 15 e 16, ou que verificadas as mesmas circumstancias cessam as suas intrinsecas razões, e cessa a sua disposição (§ 17).

§ 22

Finalmente o argumento (§ 10) com a indistincta generalidade da nossa ordenação, facilmente se dissolve, advertindo-se que com a mesma generalidade são concebidas as leis romanas que foram as suas fontes (§ 2); e comtudo estas pelos logares parallelos de outras recebem muitas limitações, que ao diante se exporão a § 25; outros tantos casos, em que pôde usar-se a acção da evicção, aindaque não tenha precedido vocação á auctoria.

§ 23

«Verum enimverò (adverte ao proposito Stryk., *Us. mod.*, L. 21, T. 2, sub § 23), ut hæc in thesi juris ita omninò vera sunt, quæstio facti tamen semper remanet; utrum scilicet talis notorietas, de qua loquuntur doctores, et quam supponunt, revera adfuerit; quod cum probatu difficile sit, et tamen illius probationem in se suscipere teneatur emptor litis denuntiatio omittens, hinc potius suadendum esse putamus, ne reus conventus huic exceptioni nimium fidat, sed potius denuntiationis remedio à legibus præscripto utatur. Interim altera forte exceptio magis proficua erit, ut emptor ab evincente jura huic competentia sibi cedere curet, atque sic non nomine proprio, sed tanquam cessionarius contra auctorem experiatur, Mangil., *de Evict.*, Q. 4, n. 54, Carpzov., P. 1, Def. 24, quamvis et hic non diffitendum sit, quod emptor novis litibus involvatur, quoniam tali quoque casu venditori omnes exceptiones, quas evincenti, et cedenti opponere potuisset contra cessionarium salvæ maneant.»

§ 24

Com effeito todos os DD. já citados no § 11 deixam ao vendedor salva a defeza de mostrar que se fosse chamado á auctoria instruiria ao demandado com taes e taes rasões, taes e taes documentos, e que em consequencia era injusta a evicção, Hermosilh., Gloss. 3, L. 32, T. 5, p. 5, n. 81, pag. (mihi) 609, Gusman., *de Evict.*, Q. 4, n. 106, aonde diz que fica ao arbitrio do juiz decidir se seriam ou não sufficientes para occorrer á evicção as rasões que o vendedor allega, que forneceria se fosse chamado á auctoria. Et n. 96. E se o vencido dilata por muitos annos propor sua acção, reservando-a para quando estão amortecidas as provas que o ante-possuidor podia produzir, isto basta para excluir a acção da evicção (DD. citados, § 12).

Nota. Aindaque alguns DD. quizeram persuadir que a notoriedade da falta de justiça do que havia de ser chamado á auctoria, devia ser constante no principio da demanda, e que não basta que depois da sentença o viesse a ser; porém tal opinião é ridicularisada por Caballin., *de Evict.*, § 3, a n. 89, Gusman., *de Evict.*, Q. 4, n. 94, Hermosilh., supra, n. 80, Fontanell., *de Pact.*, Claus. 5, Gloss. 8, p. 14, n. 76.

Outros casos em que cessa a generalidade da nossa ordenação e ha regresso á evicção sem o chamamento á auctoria

§ 25

Procede a acção de evicção, ainda quando não precedesse a vocação á auctoria nos seguintes casos:

1.º Quando o vendedor ou qualquer outro que pelo contrato é responsavel á evicção, renunciou n'elle a denunciação e vocação á auctoria; assim se deduz da L. *Herennius* 63, in pr., ff. *de Evict.*, Gothofred., na L. 8, Cod. eod. T., Hermosilh., Gloss. 3, L. 32, T. 5, pag. 5, n. 84, pag. (mihi) 609, Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, C. 8, § 46, Gallerat., *de Renunt.*, Tom. 3, C. 1, n. 4, Stryk., Vol. 11, Disp. 21, *De litis denuntiatione*, § 32, Gusman., *de Evict.*, Q. 5, a n. 29; e aindaque refere a opinião contraria, quer, no n. 32, que por equidade sempre se deve praticar a vocação á auctoria, supposto que renunciada no instrumento:

mas pela opinião indistincta está Cald., *de Empt.*, C. 31, n. 73, e com outros Solan., *Cogit.* 46, n. 11.

§ 26

2.º Quando o comprador que omittiu, chamar á auctoria o vendedor, prova depois, que o vendedor lhe vendeu a cousa com dolo e positiva sciencia de que era alheia, L. 30, § *Si sciens*, ff., *de Action. empt.*, Gothofred., supra, Hermosilh., supra, sub n. 90, Cald., *de Empt.*, C. 31, n. 38 et 66, Guzman., *de Evict.*, Q. 39, a n. 6.

§ 27

3.º Quando o vendedor e o comprador são juntamente citados no mesmo libello, Hermosilh., supra, n. 85, Cald., supra, n. 76. Porém em contrario estão alguns DD., apud Mull., *ad Struv.*, Exerc. 27, Thes. 28, pag. 101. O nosso Solan., *Cog.* 45, reassumiu a questão, e defende que ainda n'este caso é necessario que o réu possuidor chame á auctoria o réu seu auctor, Muller, supra, só o faz preciso, quando o ante-possuidor juntamente citado é contumaz, e não comparece a defender-se. Comparecendo elle, porém, e defendendo-se, assenta o mesmo Solan., n. 9, que não é necessaria outra vocação á auctoria. Adde Urceol., *de Transact.*, Q. 12, n. 47, et Consult. For. 13, n. 33.

§ 28

4.º Quando o menor e a igreja, fisco ou causa pia são compradores, *dummodo* o vendedor tenha sciencia do litigio que se lhes move, Silva, ad Ord., L. 3, T. 45, § 2, n. 19, Solan., *Cog.* 46, a n. 8, aonde refere os mais.

§ 29

5.º Quando o vendedor se obrigou á evicção, com palavras amplissimas: *quomodocumque res evincatur*. Comtanto porém que o vendedor tivesse sciencia do litigio, e o comprador defendesse a causa com boa fé, Cald., *de Empt.*, C. 31, n. 72, Solan., *Cog.* 46, a n. 6, e alem dos DD. abi citados, Urceol., *de Transact.*, Q. 42, n. 53.

§ 30

6.º Quanto ao cessionario de alguma divida, direito, ou acção, se objectando-se-lhe alguma excepção, deva chamar á auctoria o cedente, para depois poder ter regresso contra elle? É questão assás controversa, que largamente disputa Olea, *de Cess. jur.*, Tit. 7, Q. 3, a n. 12, aonde se pôde ver a variedade de opiniões e distincções; mas na Rot., post eund. Oleam, Dec. 82, n. 7, com Tondut., Civil, C. 49, n. 49, se julgou que «*dum Cessionarii egerunt ex juribus cessis non tenebantur litem denuntiare Cedenti*».

Omitto outros casos menos frequentes, que podem ver-se nos citados DD., porque estes são os mais frequentes.

Não devo omitir o caso em que se vende a cousa hypothecada, maximè com o pacto *de non alienando*. Pois o comprador pôde prevenir o prejuizo, ou consignando ao crédor a cousa hypothecada, ou pagando-lhe a divida, e tomando juro para a pagar, maximè protestando ao vendedor. Vej. Rot., in Mantiss., ad Luc., L. 8, *de Credit.*, Decis. 44 et 45.

SECÇÃO II

Questão principal

Se o demandado tem regresso á evicção, quando sim chamou o vendedor á auctoria, mas succumbindo a final acquiesceu á sentença, incumbindo-se a prova de que ella foi justissima, e não havia fundamento para appellar?

§ 31

A nossa Ord., L. 3, T. 45, § 3, alem da vocação á auctoria, encarga ao réu demandado duas obrigações: 1.ª, seguir a demanda fiel e verdadeiramente sem malicia nem engano; 2.ª, appellar da sentença da primeira instancia. E só cumprindo elle estas obrigações, e sendo vencido lhe faculta depois a acção de evicção contra o vendedor, ou qualquer outro, que a ella lhe seja obrigado.

§ 32

Quanto á primeira das ditas obrigações, assentam os DD., que o réu não se satisfaz, ou, 1.º, se se compromette em juizes arbi-

tros, a menos que não seja por lei obrigado ao compromisso, ou no contrato não intervesse a clausula «quomodo vel qualitercumque res evicta fuerit», Stryk., *Us. mod.*, L. 21, T. 2, § 10; ou, 2.º, quando se sujeitou a juizo incompetente., Stryk., § 11; ou, 3.º, quando transigiu com o adversario sem esperar a final sentença, Stryk., *supra*, § 12, Conf., Valeron., *de Transact.*, T. 5, Q. 5, n. 38 et 39.

Nota. Quanto á faculdade de comprometter e transaccionar que estes DD. denegam ao réu demandado, se elle quer ter regresso pela evicção, se levanta altamente Urceol., *de Transact.*, Q. 42, a n. 42, demonstrando com muitos DD. e rasões em contrario, que se o direito do agente era claro, ou muito provavel, póde o réu demandado, ou comprometter-se em arbitros, ou transigir com o agente, reconhecendo a boa fé e a justiça d'elle, e tem direito para pela acção de evicção recuperar o que dá ou dimitte pela transacção, incumbindo-se da prova da justiça, que tenha o adversario, sem que por isso encontre as leis que lhe mandam seguir a demanda fiel e verdadeiramente, sem malicia nem engano. As rasões expostás desde o § 14 comprovam a resolução de Urceol., e outras mais se podem ahi ver. Sendo o que no n. 59 e 60 (seguindo a opinião citada acima no § 20) só permite n'este caso ao réu repetir o preço e interesse, e não o dobro, aindaque se estipule.

§ 33

Ou, 4.º, quando o réu omittiu oppor em defeza as excepções juridicas, que lhe competiam, v. gr., a de prescripção e outras peremptorias (aindaque omittisse as dilatorias), Stryk, *supra*, § 14; ou, 5.º, quando ao demandado é imputavel alguma culpa, como se elegeu um advogado imperito, e pouco pratico, se deixou a decisão da demanda no juramento do adversario, etc. Stryk., *supra*, § 24. Vej. Guzman., *de Evict.*, Q. 48, Mangl., *de Evict.*, Q. 199, ou quando deixou correr a causa á revelia, Guzman., Q. 39, a n. 23.

Nota. Quando geralmente em qualquer demanda, e em que circumstancias se presume collusão, vulgo *conluio*, entre os dois litigantes, Vej. Bagn., C. 67, a n. 149, e alem dos DD. ahi citados Arouc., na L. 25, *de Stat. homin.*, a n. 37, cujas presumpções são applicaveis ao presente caso, quando o chamado a auctoria, e depois demandado pela evicção, argue, que o demandado não seguiu a demanda fiel e verdadeiramente, sem malicia nem engano, como a lei lhe recommenda.

§ 34

Quanto á segunda das ditas obrigações, como o deixar de appellar é presumpção de collusão, quando aliás da sentença pôde resultar prejuizo de terceiro, Bagn., C. 67, n. 153, Urceol., Consult. 37, n. 13, et Cons. 63, n. 35; por isso a nossa lei constitue o demandado na obrigação de appellar da sentença contra elle proferida. Outras intrinsecas rasões d'esta lei ficam prenotadas no § 8. Não basta appellar para satisfazer a lei, é sim necessario proseguir a appellação, porque se se julgar deserta é o mesmo que se não appellasse, L. 63. § 2, ff. *de Evict.*, Stryk., supra, § 15, Gusman., *de Evict.*, Q. 12, a n. 13.

§ 35

Cessa porém esta obrigação no comprador: 1.º, quando vê que a sentença é justissima, e não tem fundamento algum provavel para vencer no juizo superior (confirmam-se as rasões a § 14); 2.º, quando o vendedor está presente ao tempo que se profere a sentença, porque então o vendedor e não o comprador é obrigado a appellar; 3.º, quando, não estando presente o vendedor, o réu demandado o faz citar de novo para que appelle; bem que qualquer d'elles pôde appellar, e se o comprador appellou primeiro, pôde o vendedor assistir-lhe no juizo da appellação. E ainda quando o vendedor appella primeiro, pôde o comprador appellar segunda vez, pelo seu primario e principal interesse. Tudo isto provam Gusman., *de Evict.*, Q. 12, a n. 14, Barbos., in L. 49, ff. *de Judic.*, an. 56, Gomes 2, *Var.*, C. 2, sub n. 39.

DISSERTAÇÃO II

Analytica da Ord. L. 3, T. 45, § 3
nas seguintes palavras

Será obrigado o auctor chamado a lhe compor a cousa vencida com seu interesse ou pagar o preço que por ella recebeu, qual o réu vencido mais quizer. (Supplemento as segundas linhas sobre o processo civil, e nota d'ellas, 361.)

Letra da Ord. L. 3, T. 45, § 3

§ 1

«E chamando-o assim, e não vindo o dito auctor ou não mandando defender, seguirá o réu a demanda fiel e verdadeiramente. E sendo vencido no juizo principal e da appellação, «será obrigado o auctor chamado a lhe compor a ~~cousa~~ vencida com seu interesse, ou pagar o preço que por ella recebeu, qual o réu vencido mais quizer».

§ 2

Que é o que determinava o direito romano no caso da evicção, quanto á obrigação do vendedor? Que é o que determina o notissimo direito dos francezes?

Por este direito romano tinha o comprador vencido acção contra o vendedor junta e simultaneamente para dois fins: 1.º, para conseguir o preço em que se ajustou a compra e venda (•); 2.º, para todo o interesse de lucro cessante e damno emergente, que da evicção resultou ao comprador, interesses em que se comprehendem os que abaixo se exporão no § 7; de fórma que, 3.º, *quatenus* a acção de evicção tem em vista o preço, sempre tem relação ao do tempo do contrato, ou seja modico ou avultado. E *quatenus* tem em vista os interesses, tem relação ao tempo da evicção, conforme o augmento e valor ou decrescencia que então tinha a coisa vencida. Ita Gusman., *de Evict.*, Q. 55, a. n. 1, Solan. Cogit. 47, n. 25 et 26, Struv. et Mull., Exerc. 27, Thes. 13, idem

Gusman., C. 13, a n. 45, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 61, § 3; Aliter Domat., L. 1, T. 2, Sect. 10, Art. 12 e seguintes, aonde faz outras distincções diversas.

(*) «Idem quoque erit (diz Mull., supra) in permutatione, divisione, aliisque contractibus, ubi quidem certum pretium ab initio non intervenit, quædam tamen Partium æstimatio intercessit; quod si factum non sit, simplum erit æstimatio Communis rei, qualis fuerit tempore Contractus», Boehmer., supra, § 4, omnino videndus.

O novissimo código civil dos francezes, no artigo 1630, parece que concede ao comprador vencido, na conformidade do direito commum, a acção conjuncta e simultaneamente para obter do comprador todo o referido, emquanto determinou para essa nação, ut ibi:

«Quando a evicção é promettida, ou quando nada se tem estipulado a este respeito, se o comprador é vencido, elle tem direito de demandar contra o vendedor: 1.º, a restituição do preço; 2.º, a dos fructos, quando elle é obrigado a restitui-los ao proprietario que o vence; 3.º, as despesas feitas sobre a demanda pelo comprador, e as feitas pelo auctor originario; emfim, 4.º, os damnos e interesses, assim como as despesas e custas do contrato. Quando na epocha da evicção a cousa vendida se acha diminuida de valor, ou consideravelmente deteriorada, seja pela negligencia do comprador, seja por accidentes de força maior, o vendedor não é menos obrigado de restituir a totalidade do preço. Mas se o comprador tem tirado proveito dos damnos ou estragos por elle feitos, o vendedor tem direito de reter sobre o preço uma somma igual a este proveito. Se a cousa vendida se acha ter augmentado de preço na epocha da evicção, independentemente do facto do comprador, o vendedor é obrigado de lhe pagar o que ella vale mais sobre o preço da venda.»

§ 3

Mysterios da nossa Ord., combinada com estes direitos

Bem reflectida a nossa Ord. não confere ao comprador vencido acção para obter do vendedor junta e simultaneamente tudo o re-

ferido no § 2, mas só alternativamente, ou o preço estipulado na compra e venda, ou que lhe componha a cousa vencida com seu interesse, concedendo ao comprador vencido a eleição de uma d'estas alternativas, ut ibi, qual o réu vencido mais quizer. E portanto, em differença dos direitos referidos no § 2, o comprador vencido só pôde n'este reino repetir do vendedor uma das duas cousas, e não tudo juntamente, Parece que a nossa Ord. tem fundamento na L. 1, § *ut*, Cod. de *Rer. permut.*, aonde se vê no caso da evicção dada esta eleição, Conf. Molin., de *Just.*, Disp. 380, n. 1, Gusman, de *Evict.*, Q. 23, sub n. 17, cessando assim no nosso reino as varias distincções que fazem os DD. citados no § 2.

§ 4

Em que consiste este mysterio, e o favor (que parece odio) do comprador na referida eleição?

Bem o expoz (apêsar do direito romano contrario) Grocio, *Manuduct. ad Jurisprud. Holland.*, L. 3, C. 15, n. 19 e 20, referido por Voet., *ad Pand.*, L. 21, T. 2, n. 16, ibi:

«Quod si post venditionem ante evictionem decreverint pretia rerum venditarum, adeo ut iis deinceps evictis, tanti non videatur emptoris interesse propter evictionem quantum quidem est in pretio, quod venditori numeratum est, electionem emptori tribuit Grotius... «Utrum pretium, quod emptionis tempore constitutum fuit; an magis quanti sua interest, repetere malit»; quod tamen minus respondet iis quæ a Papiniano tradita in L. 66, § ult., ff., de *Evict.*, uti et à Paulo, in L. 70, ff. eod. *tit.*, denique et ab africano, in L. 45, ff. de *Action. empt.*» (et iis, quæ Domat., L. 1, T. 2, Sect. 10, Art. 12, 13 et 14, et DD. citat., § 2.)

Nota. Com effeito se na Ord. não houvesse esta especialidade mysteriosa, e o systema, que pareceu justo ao grande Grocio, deveriamos seguir geralmente que: «Si res in bonitate intrinseca mutetur et deterior, aut melior fiat, ut pretium illius tempore evictionis, vel auctius vel minus sit, id, quod interest ad ætimationem qualis tempore evictionis fuit, æstimandum est, etc.», Muller, *ad Struv.*, Exerc. 27, Thes. 19, pag. 91, Col. 1, Conf. Gusman., de *Evict.*, Q. 55, n. 4, ibi: Patitur diminutionem, vel augmentum prout res emptæ vel melior, vel dete-

rior facta reperiebatur tempore evictionis, etc. Solan., Cog. 47, n. 25 e 26. De fôrma que (segundo o mesmo direito), se a coisa vencida está ao tempo da evicção diminuta em valor, ou por caso fortuito, ou pelas vicissitudes do tempo, não pôde o comprador vencido recobrar do vendedor (alem dos interesses) mais que esse valor diminuto do tempo da evicção, e não o preço da venda, nem o maior valor do tempo do contrato, Domat., supra.

§ 5

Consequente necessario que deve praticar-se n'este reino

Ou pois o comprador vencido ha de repetir do vencedor tão sómente o preço que o vendedor recebeu pela coisa vendida, ou tão sómente ha de exigir o seu valor ao tempo da evicção com interesse de lucro cessante e damno emergente; mas não tudo juntamente, como se deduz claramente da nossa Ord., e do sistema Grociano; porque nos remedios alternativos de que a eleição se concede ao crêdor, só pôde eleger um d'elles, e eleito um não tem regresso a outro.

§ 6

Quid, se o comprador vencido elege repetir o preço da compra?

É bem racionavel a disposição do novo codigo civil da França, Art. 1632, que: «Se o comprador tem tirado proveito dos damnos e estragos por elle feitos, o vendedor tem direito de reter sobre o preço uma somma igual a este proveito». E se os damnos ou diminuição do valor foram casuaes, então use o comprador vencido de uma das alternativas da Ord.

§ 7

Se o comprador elege demandar o vendedor para que lhe compenhe a coisa vencida com seu interesse, em que deva elle consistir?

1 Regra geral: «Interesse nomine tantum venit quantum propter evictionem emptori abstuit, quantumve lucrari potuisset». Ita Silva, ad Ord., L. 3, T. 45, § 2, n. 15, Conf. Gusman., de Evict., Q. 13, n. 45 e 46, ibi: «Obligatus de evictione tenetur ad damna, et interesse... Hujusmodi damnum et interesse taxatur

ad idem quod percipisset passus evictionem ex re evicta, si evicta non fuisset», etc., Brunneman. in L. 9, Cod. *de Evict.*, n. 2, ibi: «Aget emptor contra venditorem ad interesse quanti intersit rem alienam sibi non esse venditam, nec evictam», etc. Regra deduzida da L. 60, da L. 70, ff. *de Evict.*, e da L. 9, 17 e 23, Cod. eod. tit., Mull., *ad Struv.*, Exerc. 27, sub Thes. 18, ibi: «Interesse nihil aliud est, quam quod emptori propter rem evictam abest, et potuit is lucrari», etc., Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 61, § 3, omnino videndus.

2. Consequentemente, 1.º, «se a cousa vendida se acha ter augmentado de preço na epocha da evicção, e mesmo independentemente do facto do comprador, o vendedor é obrigado de lhe pagar o que ella vale de mais sobre o preço da venda». Código civil da França, Art. 1663, Muller, *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 19, in fin., Peg., Tom. 15, ad Ord., L. 3, T. 45, n. 18, ibi: «Et quanti plurimi tempore evictionis res valuerit, etc. Gusman., *de Evict.*, Q. 13, n. 69, ibi. Et quanti plurimi tempore evictionis valuerit, quam fuerit empta», etc.

3. Consequentemente, 2.º, «etiam Venditor tenetur ad lucra amissa per emptorem, cui res evictæ sunt», Gusman., *de Evict.*, Q. 13, n. 70.

4. Consequentemente, 3.º, está o vendedor responsavel pelos lucros e damnos emergentes, como nos exemplos, que figura Muller, supra, pag. 88, Col. 2, post med.: «Veluti si pascua evicta sunt, et emptor pecora, quæ in illis habebat, coactus fuit, antequam succulenta essent, distrahere, lucrum hoc, quia jam percipi potuisset, non quidem apodictice, verosimiliter tamen certum est; adeoque illius ratio haberi debet. Idem aliis exemplis commodè demonstratur; uti, si emptor domo evicta cogatur alio migrare non sine dispendio rei suæ familiaris, et mercedis vecturæ. Vel gregem aluit in prædio evicto, qui propter defectum pascuorum periit; vel vilius distrahebatur; vel alia ipsis pascua carius conducenda erant», etc.

5. Consequentemente, 4.º, é o vendedor responsavel ao comprador por todos os rendimentos em que este ficou condemnado, e pagou ao vendedor, Guzman., *de Evict.*, Q. 13, n. 69, Peg., Tom. 15, ad Ord., L. 3, T. 45, sub n. 18, código civil da França,

Art. 1630, * 2, idem Peg., sub n. 49, et sub n. 57, aonde duas vezes o refere julgado.

6. Consequentemente, 5.º, deve o vendedor satisfazer ao comprador a siza e laudemio que elle pagou, pela compra da cousa vencida, Guzman., *de Evict.*, Q. 13, n. 47, Peg., supra, sub n. 22, et sub n. 49, et sub n. 57, codigo civil da França, Art. 1630.

7. Consequentemente, 6.º, deve o vendedor satisfazer ao comprador as custas que este fez na demanda, e que pagou ao vendedor, codigo civil da França, supra, Gusman., *de Evict.*, Q. 13, a n. 68, Brunneman., na L. 9, Cod. *de Evict*, Silv., ad Ord., L. 3, T. 45, § 2, n. 16, Struv. et Mull., Exerc. 17, Thes. 18, Peg., Tom. 15, ad Ord., L. 3, T. 45, sub n. 16, sub n. 18, sub n. 49, et sub n. 57, Voet., ad Pand., L. 21, Tit. 2, n. 25.

Nota. Estas custas consideradas no presente como damnos e interesses (§ 7, n. 1), comprehendem não só as contadas nos autos, mas todas as mais extraordinarias, como são diarios e alimentos das ditas, salarios de agentes, letrados, procuradores, etc., viaticos e despesas da parte, e damnos que experimentou no seu officio ou artificio; mas não os damnos extrinsecos, como se indo tratar da demanda fosse roubado, se por desamparo lhe morreram os gados, etc., vejã-se Fontanell. Decis. 95, e Ansald., *de Commere.*, Discurs. 64, Ferreir., *de Nov.*, Oper., L. 5, Disc. 10, a n. 8, *quidquid sit* em outros casos, em que na condemnação das custas só se entendem as dos autos, quando não ha expressa condemnação das pessoas e das extraordinarias, Peg., *de Interd.*, a n. 641. Com effeito n'este reino, e em Peg., Tom. 15, ad Ord., L. 3, Tit. 45, n. 49, no fim, se vê julgado, que, no presente caso, o vendedor devia ao comprador vencido, não só as custas dos autos contadas, mas as mindas, que se não contaram. A regra geral acima exposta, no n. 1, é apta a comprehende-las. Veja-se ad rem Gusman., *de Evict.*, Q. 13, tot. Se porém o comprador venceu a demanda, não pôde repetir custas algumas do vendedor (*quidquid dicant alii*), como largamente convenceu Voet., *ad Pand.*, L. 21, T. 2, sub n. 25, Struv. et Muller, Exerc. 27, Thes. 18, Stryk., *Us. mod.*, Pand., L. 21, T. 2, § 49, Perez., in Cod., Tit. *de Evict.*, n. 34, Brunneman., in L. 51, ff. *de Evict.*, n. 3. Só sim havendo pacto expresso entre o vendedor e comprador, em que aquelle se obrigasse a todas as custas das demandas, aindaque o comprador as vencesse, Voet., supra, Guzman., *de Evict.*, Q. 13, a n. 9. Estas custas e despesas são prova-veis por juramento do vencido, Ansald., supra, n. 7, Guerr., Tr. 4, L. 5, C. 3, a n. 68.

8. Consequentemente, 7.º, deve o vendedor satisfazer ao réu vencido as despesas e salarios da escriptura da compra, e as mais respectivas do contrato, código civil da França, dito Art. 1630, e assim se vê julgado em Peg., Tom. 15, ad Ord., L. 3, T. 45, n. 22, no fim, n. 49, no fim, n. 57, no fim.

9. Consequentemente, 8.º, deve o vendedor satisfazer ao vencido as bemfeitorias, quando oppondo-as o vencido, e pedindo por causa d'ellas retenção emquanto lhe não fossem pagas pelo vendedor, lhe não foram attendidas; aliter se culpadamente deixou de as oppor, para lhe serem restituídas pelo vendedor; porque então não pôde repeti-las do vendedor. Esta é a commun distincção dos DD., Voet., *ad Pand.*, L. 22, Tit. 2, n. 25, Struv., Exerc. 27, Thes. 18, Solan., Cog. 48, desde o n. 24 até 29, Brunne- mon., n. L. 9, Cod., *de Evict.*, Guzman., *de Evict.*, Q. 13, a n. 40, Garcia, *de Expens.*, C. 7, n. 14. Só sim, aindaque o vencido deixe de oppor as bemfeitorias, pôde repeti-las do vendedor em dois casos: 1.º, quando o comprador vencido não as oppoz, por ter sido privado da posse, sem culpa sua; 2.º, se o vendedor lhe vendeu com má fé a cousa que sabia ser alheia, Gusman., supra, n. 40, † *Limita hæc*, Garcia, *de Expens.*, C. 7, a n. 15, Brunneman., supra, n. 4, 5 e 6, Muller, ad Struv., Exerc. 37, Thes. 18, pag. 89, Col. 2, in fin. (Veja-se Boehmer., *infra*, onde declara melhor que todos este consecratio.)

Comprovação de tudo o exposto

10. Compendiariamente prova Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 61, § 3, quasi tudo o exposto, ut ibi:

«Notum est enim Evictionis præstationem in duobus consistere: 1.º, in petitione pretii soluti: Et 2.º, ejus, quod propterea Emptoris interest rem Emptam haud esse evictam, L. 43, in fin., *de Act. empt.*, L. 60, ff., L. 9, 23, 29, Cod. *de Evict.*, L. 70, ff. eod tit... Illud quod interest plenam, et omnimodam designat indemnitatem emptori merito eo nomine, quod res sit evicta, faciendam; et ita necessario comprehendit omne lucrum cessans, et damnum emergens; hoc est (1) sumptus litis, quos emptor ob litem de proprietate institutam fecit, utpote quos necessario fa-

cere debuit, quod alioquin absque lite plenè peracta, ad evictionis præstationem agere non potuisset, L. 102, *de Verb. obligat.* (2) Persecutionem eorum, quæ in rem emptam ab emptore, ut melior fierit, erogata sunt, quæque Reus à Vindicante servare non potuit, L. 1, Cod. *de Evict.*, neque enim bonæ fidei possessor omnes sumptus utiles indistinctè recipit ab Evincente, sed habita ratione et Evincentis et sumptuum, L. 3, L. 48, ff. *de Reivend.* (3) Usuras post Evictionem realem intuitu pretii præstandas, L. 18, ff. *de Evict.* (4) Accessiones quarum dispendium fecit, L. 8, L. 16, ff., *de Evict.* (5) Lucrum quod facta evictione amisit, atque in re ipsa radicatum fuit, utpotè si pretium rei evictæ interim insigne incrementum cepit, ut Emptor ea non evicta, illum longe pluris, quam emerat, vendere potuisset, L. 33, ff. eod. tit. Ponamus fundum Evictum pro 20,5000; præstatio Evictionis ad hæc reducenda capita.

1.º Ad ipsum pretium	20,5000
2.º Usuras a tempore evictionis per quinquennium quo actio empti duravit præstandas	5,5000
3.º Pretii augmentum, quod interim crevit	6,5000
4.º Expensas litis	5280
5.º Sumptus utiles quos amisit	1,5500
6.º Redditus, quos solvit evincenti	6,5000

11. Eis-aqui o que no sentido da nossa Ord. (quando se não usa da alternativa de repetir só o preço da compra) é *compor a coisa vencida com o seu interesse*. Tudo o exposto n'este § 7 se comprehende n'estas mysteriosas palavras. É bem claro, que ou só se ha de pedir o preço da compra, ou só que o vendedor componha a coisa vencida com o seu interesse. Se se elege esta segunda parte da alternativa, inclue em si o maior valor da coisa ao tempo da evicção, e esse total valor; e viria a ser um como contradictorio pedir este valor, e juntamente o preço da coisa ajustado no contrato. Valendo a coisa mais que o preço do contrato, e pedindo-se ao vendedor esse maior valor da coisa, vem a ficar incluído o preço. Se se pede o preço, pôde ser compatível segundo a expressão do Cod. Civ. da França, Art. 1633, pedir ao vendedor o

preço, e o que a coisa de mais vale sobre o preço da venda, mas isto coincide no mesmo, que pedir o interesse conforme o valor da coisa ao tempo da evicção.

É mais interessante (e ainda para não encontrar a alternativa da Ord.) pedir com as palavras d'ella (sem pedir o preço da compra), que o vendedor *seja obrigado a compor a coisa vencida com seu interesse*, e passar a liquida-lo na forma exposta, pedindo do 1.º, o valor da coisa ao tempo da evicção, e allegando formalmente o mesmo valor n'esse tempo; 2.º, a siza, laudemios e custas da escriptura; 3.º, os rendimentos que o vencido pagou ao vencedor, reduzindo-os a quantia certa; 4.º, as custas contadas que tambem lhe pagou, e as mais despesas que o réu fez na causa, allegando-as especificamente, mostrando-as verosimeis, provando-as ainda que só em substancia, e requerendo juramento sobre a quantidade; 5.º, as bemfeitorias que se não podessem repetir do vencedor; 6.º, os outros danos se os houver, etc. Se porém tudo isto não equivaler ao preço da compra, então será mais util usar da outra alternativa da lei, mas sem mais mistura de interesses, perdas e danos, porque a lei não soffre que o vencido confunda o que só alternativamente (e por favor, § 4) lhe concede, talvez para o caso, que o preço da compra seja superior a todos esses que podessem julgar-se. Muitos e sabios tenho visto que erram os taes libellos de evicção, confundindo contra o espirito da lei o que ella só disjuncta e alternativamente lhe permite pedir do vendedor.

Nos mais casos, em que não ha compra com preço, e em que se dá o direito da evicção, e em que consequentemente não póde verificar-se a dita alternativa (como nas partilhas, transacções etc.), deve pedir-se o que a coisa valia ao tempo da evicção, com todas as mais indemnidades que são communs na evicção da coisa vendida, Boelmer., *ad Pand.*, Exerc. 61, § 4. Ou conforme a doutrina de Muller (sub § 2.), deve pedir-se a estimação da coisa no tempo do contrato, com as mais indemnisações. Mas isto é contradicção que deve conciliar-se, e atemperar-se aos termos da nossa Ord., ita ut, se se pede o valor do tempo do contrato, como preço ideal ad instar da compra, necessariamente se ha de seguir uma das alternativas, pedindo-se só esse preço e nada mais, aliter pedir-se, que se lhe componha a coisa com seu interesse (§ 5).

§ 8

Como se deverá fazer o rateio da indemnisação do comprador, quando lhe seja vencida só parte da coisa vendida?

1.º «Se o comprador não é vencido mais que de uma parte da coisa, e ella seja de tal consequencia, relativamente ao todo, que o comprador não teria adquirido o todo sem a parte de que elle é vencido, elle pôde fazer dissolver a venda.» Esta conclusão succosa é do Cod. Civ. da França, Art. 1636. Para bem se comprehender consultem-se Coccey, *Jus Controv.*, L. 21, T. 2, Q. 16, Stryk., *Us. mod.*, L. 21, T. 2, § 28, Struv. et Mull., Exerc. 27, Thes. 21, Guzman., *de Evict.*, Q. 45, Voet., *ad Pand.*, L. 21, T. 2, a n. 15. E em todos os casos em que procede esta conclusão, é praticavel o exposto no § 7, para a indemnisação do comprador. Veja-se admiravelmente Larrea, Decis. 62, Hermosilh., L. 32, T. 5, Partit. 5, a n. 143.

2.º «Se no caso da evicção de uma parte do fundo vendido, a venda não é totalmente resilida, o valor da parte, de que o comprador se acha vencido, lhe deve ser embolsado *segundo a estimação* na epocha da evicção, e não proporcionalmente ao preço total da venda, seja que a coisa vendida tenha augmentado, ou diminuido de valor», Cod. Civ. da França, Art. 1637.

Nota. Este caso foi omisso na nossa Ord.: ella só decidiu o caso de ser vencida toda a coisa vendida. Uma legislação tão sabia, como a do moderno codigo civil de França (exceptuo-a no que determina quanto aos divorcios) nos pôde e deve ser subsidiaria pela lei de 18 de agosto de 1769, muito mais sendo n'esta parte fundada na mais sem rasão; porque um predio comprado no seu todo por um preço relativo ao todo, vale mais do que dividido em partes, e cada parte fica valendo em si relativamente ao todo menos, e muito menos. *Plus valet pars in toto quam si separatim distrahatur*, Hermosilh., L. 56, T. 5, P. 5, Gloss. 6, n. 92. *Res in suo toto plus valet, quam pars in sua parte, et res non affert tantam utilitatem in parte, quantum in toto respectu totius*. Idem Hermosilh., Gloss. 1, L. 32, T. 5, P. 5, n. 158. Por isto que o dito codigo não manda regular a evicção com respeito e proporção ao preço total da venda, mas segundo a estimação que o predio tem na epocha da evicção, seja que a coisa vendida tenha augmentado ou diminuido o valor. Parece que teve em vista a doutrina do citado Her-

mosilh., n. 150, enquanto diz: «Si fundus venditus fuit pro mille, et quarta pars illius evincatur, quæ pro sui bonitate valeret medietatem istorum mille; Evictionis actio datur pro dimidia istorum mille, non pro quarta parte, quia non attenditur mensura, sed bonitas fundi», etc. Conf. Guzman., *de Eviction.*, Q. 45, n. 25, Gratian., For., C. 787, n. 10 et 11, Larrea, Decis. 72, n. 5 et 7. Não fazer a lei da França differença entre o augmento ou diminuição da coisa ao tempo da evicção, não é menos fundado em razão; porque como n'este caso é impraticavel respeitar-se o preço da venda, que teve as vistas no todo unido; e deve ratear-se segundo a estimação da coisa na epocha da evicção, ficámos na regra geral, de qua Muller, ad Struv., Exerc. 27, Thes. 19, Let. «Si res in bonitate intrinseca mutetur, et deterior, au melior fiat, ut pretium illius tempore evictionis vel auctius, vel minus sit, id quod interest ad æstinationem, qualis tempore evictionis fuit æstimandum est», etc. Isto cessa quando muitas cousas são vendidas por preços diversos, ou por um preço distribuido por muitas cousas, porque em tal caso se reputam tantas as vendas diversas, quantas as cousas com preços respectivos, e vendida uma não se tem respeito ás mais, Hermosilh., *supra*, n. 185 et 186, pag. (mihi) 584. Bem entendido, que alem da indemnisação proporcional ao valor do todo, e não ao rateio do preço, deve o comprador ser indemnizado dos mais lucros cessantes e damnos emergentes referidos no § 7.

§ 9

Quid, quando um terceiro vindica uma servidão a que estava affecto o predio vendido, como se deva indemnisar o comprador?

1.º «Se a herdade vendida se acha gravada com servidões não apparentes, sem que o vendedor tenha feito declaração d'ellas, e ellas sejam de tal importancia, que seja presumivel que o comprador não teria comprado, se elle tivesse sido instruido de taes servidões; elle poderá demandar a resolução do contrato, se antes não quer satisfazer-se exigindo a indemnidade.» É outra determinação do Cod. Civ. da França, Art. 1638. Para bem se entender devem consultar-se Hermosilh., na L. 63, T. 5, P. 5, Gloss. 1, Guzman., *de Eviction.*, Q. 54, Molin., *de Just.*, Disp. 380, Larrea, Decis. 71, n. 14, Voet., *ad Pand.*, L. 21, T. 2, sub-n. 16, os quaes fazem diversas distincções, que essencial mente comprehendem o dito novo codigo; se bem que em contrario o citado Voet.

attesta pelos costumes da Hollanda que «quoties servitutes, aliaque jura similia evincuntur, utcumque nominatim dictum fuerit, res illis oneribus non esse obnoxias, vel servitutes rebus emptis esse debitas, ad id quod interest emptor agat, venditionis contractu in suo vigore persistente». Conf. Struv. et Mull., Exerc. 21, Thes. 20.

2.º No caso pois em que o comprador ou não possa ou não queira resilir da compra, e só recorrer a indemnisação, só deve ser indemnizado por quanto menos elle verosimilmente compraria se previsse ou se lhe declarasse ser o predio sujeito á tal servidão, como se póde ver nos DD. citados. Quanto menos vale qualquer predio por causa da servidão passiva, não póde firmar-se com regras certas. Um estatuto de Mantua referido por Gob., *de Aq.*, Q. 17, manda estimar o valor da terra occupada em dobro. Outro de Milão referido por Pecch., *de Servit.*, C. 9, Q. 36, sub n. 200, manda estimar a terra occupada e pagar a quarta parte de mais alem da sua estimação, e sobre isto o damno que a servidão (trata da que se pretende constituir) ha de causar arbitrado por homens bons. O Cod. de Sardenha, L. 5, T. 19, §§ 6 e 7, manda pagar mais a oitava parte do valor da terra occupada com a servidão; e sobre isto os danos e interesses que resultarem ao predio serviente. Estas legislações tratam da servidão que o vizinho deve soffrer pelo seu predio em favor do vizinho por uma venda coacta; e não regulam a fôrma de arbitrar os danos. Só pois podem arbitrar-se por homens bons e ao proposito; o quanto menos vale o predio vendido por causa da servidão, segundo a commun estimação. Veja-se a minha analyse do alvará de 1804 na *Collecção de dissertações anonymas*, impressa em Lisboa na officina Lacerdina.

§ 10

Quid, se vendida a cousa como allodial se vence depois ser emphyteutica ou censuaria? Como se deve indemnisar o comprador?

1.º Debaixo da commun distincção que tem logar a evicção, quando o vendedor sabendo o onus do emphyteuse ou censo a que é affecto o predio vendido, o não declara ao comprador; e que só

tem logar a acção *quanto minoris*, quando o vendedor o ignorava, Guzman., *de Evict.*, Q. 23, a n. 40, Hermosilh., L. 63, T. 5, P. 5, Gloss. 1, a n. 6, junto n. 16, Urceol., *de Transact.*, Q. 42, tot.

2.º Debaixo digo d'esta distincção, se o comprador propõe n'este caso a acção *quanto minoris*; como deva estimar-se esse onus emphyteutico ou censuario? Veja-se o desembargador Vicente Ferreira da Costa Cardoso na memoria sobre a avaliação dos bens de prazo, e o meu *Tratado das avaliações de tudo o que é estimavel*, etc.

§ 11

Se cessa o favor da nossa lei em ambas as alternativas quando no contrato houve expresso pacto de non præstanda Evictione?

1.º É notavel o muito que os DD. têm disputado sobre a intelligencia da L. 11, § 18, ff. *de Act. emp.* Uns deduzem d'ella a conclusão, que por mais que o vendedor estipule que não ficará obrigado á evicção, sempre o fica quanto ao preço recebido, e só fica livre da indemnisação dos lucros e damnos expostos no § 7. Outros DD. fazem diversas distincções, que podem ver-se em Guzman., *de Eviction.*, Q. 43. O grande Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 61, analysando fundamentalmente a dita lei, defendeu a justiça d'este pacto contra os erros communs, ainda mesmo para, intervindo o mesmo pacto, ficar o vendedor tambem livre de repor o preço no caso da evicção. Seu filho Jorge Luiz Boehmero, no prefacio ao Tom. 4 das *Exercitações* do pae, o defendeu ainda mais magistralmente contra os adversarios. Estas dissertações me dispensam de referir os DD. por uma e outra parte, e os nossos reinicolas Mend., P. 1, L. 4, C. 8, n. 9, Cald., *de Emp.*, C. 31, n. 113, Silva, ad Ord., L. 3, T. 45, § 2, n. 8, et § 3, n. 3, adde Stryk., *Us. mod.*, L. 21, T. 2, § 49 (aonde acrescenta que não tem effeito algum tal pacto sendo de má fé o vendedor), et *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, C. 8, § 47. Veja-se etiam Voet., *ad Pand.*, L. 21, T. 2, n. 31.

2.º No meio d'estas opiniões eis-aqui o que seguiu agora o Cod. Civ. da França, Art. 1627, 1628 e 1629, ibi:

«As partes podem, por convenções particulares, ajuntar a esta

obrigação de direito, ou diminuir-lhe o effeito; elles podem mesmo convencionar que o vendedor não será sujeito a alguma evicção.

«Aindaque se diga que o vendedor não será sujeito a alguma evicção, elle fica sempre obrigado áquella que resulta do facto que lhe é pessoal; toda a convenção contraria é nulla.

«No mesmo caso da estipulação *de não prestar a evicção*, o vendedor no caso da evicção é obrigado á restituição do preço, «a menos que o comprador não tenha conhecido ao tempo da venda o perigo da evicção, ou que elle não tenha comprado a seu perigo e risco.»

Nota. Quem ler as citadas dissertações dos Boehmeros pae e filho observará que os juriconsultos francezes, encarregados da disposição do novo codigo civil, as tiveram em vista nos transcriptos artigos, seguiu a regra geral da L. 11, § 18, ff. *de Act. Empt.*; mas as limitações: 1.^a, «a menos que o comprador não tenha conhecido ao tempo da venda o perigo da evicção; 2.^a, ou que lhe não tenha comprado a seu perigo e risco». Estas limitações, digo, são fundadas em Boehmero Pae, d. Diss. 64, § 22. Com Boehmero filho, no § 21 da dissertação em que defendeu o pae, ut ibi:

«Observat porro B. Parens in citat. Diss., § 22, in tacito pacto remissorio, veluti, si emptor sciens alienum quid emit, idem intelligi, ut ne ad pretium quidem repetendum ulla actio supersit, L. 27, Cod., *de Evict.*, cum ejusmodi emptor evictionis periculo sese subjecisse videatur... Emptor sciens rem alienam, vel alteri obligatam comparans, incertum quid intuitu evictionis iminentis (quæ tamen etiam ex negligentia veri domini deficere potest) revera emit, cum res semper evictionis periculo subjaceat; ideoque ille in ea causa sit, ut quasi jactum retis a piscatori emissee videatur. In spei emptionibus vero cum evictionis præstatio exulet, L. 8, § 1, ff. *de Contr. Empt.*; non mirum est in hoc quoque casu nullam ad evictionem præstandam competere actionem; præsertim cum res evictioni obnoxia ut plurimum minori et levissimo pretio comparetur, ob susceptum evictionis iminentis periculum, L. 39, ff. *de Act. Emp.*» Por isto é que o dito codigo limitou a regra da L. 11, § 11, ff. *de Act. Empt.*, no caso que o comprador tenha conhecido o perigo da evicção no tempo da venda, e no caso que (conhecendo-o) comprou a esperança (como um lanço de rede) a seu perigo e risco; assentando justamente que n'estas circumstancias cessa a regra, e que, acontecendo a evicção, nem ainda o preço deve o vendedor restituir ao comprador, porque só comprou o direito eventual, e se expoz ao perigo e risco, aindaque nada lucrasse; e por isso é que renunciou a evicção por pacto analogo á natureza de uma tal compra, etc.

DISSERTAÇÃO III

Analyse da Ord., L. 3, T. 45, § 5, junto á Ord. L. 5, T. 60, § 5, e T. 62, § 2; e uso pratico d'ella novamente excogitado
(Supplemento ás segundas linhas, nota 361, no fim)

Letra da lei, L. 3, T. 45, § 5

§ 1

«Salvo se o comprador era sabedor que a cousa era alheia, porque em tal caso não será obrigado o vendedor a lh'a compor, nem até tornar o preço. Porém o tal preço se perderá para os captivos, sendo o vendedor d'isso mesmo sabedor ao tempo da venda, que a cousa era alheia.» Concorda a Ord., L. 5, T. 65, § 2, e T. 60, § 5.

§ 2

Leis romanas que parece serem as suas fontes em partes.

Tal é a L. 27, Cod., *de Evict.*, ibi: Si fundum sciens alienum «vel obligatum comparavit Athenocles, neque quidquam de evictione convenit, quod ex nomine dedit, contra juris poscit rationem». Concorda a L. 7, Cod., *Commun. utriusq. judic.*, ibi: «Nam si fundi, scientes obligationem dominium suscepistis: tantum evictionis promissionem solemnitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis». É semelhante a L. 1, Cod. *de Prescript.* 30, *vel 40 annor.*, a L. Si a matre 13, Cod. *de Jur. Dot.*, e a L. penult., et ult., Cod. *de Rescind. Vendit.*

§ 1

Que omittiu e que acrescentou a nossa Ord., menos ou mais que as que são as suas fontes.

Omittiu a nossa Ord., L. 3, T. 45, § 5, a excepção que era expressa no contexto das suas fontes como na L. 27, Cod. *de Evict.*, ibi: *Neque quidquam de Evictione convenit.* E na L. 7, Cod. *Com-*

mun. utriusque Jur., tantum evictionis promissionem probantes conveniendi facultatem habentis. Se bem que parece que esta estipulação lá lembrou ao nosso legislador, e a permittiu e approvou no § 3 nas palavras: «E assim será obrigado a compor-lhe o dobro, quando assim o prometteu em algum contrato conforme ao que no contrato se concertaram». E quando queira entender-se que este § 3 suppõe o caso em que o comprador de boa fê estipula o dobro ou a simples evicção, nem a generalidade da Ord. permite tal intelligencia, nem jamais estipula tal evicção aquelle que não teme ser alheia ou duvidosa a cousa que compra. Não é elle permittido por direito afiançar a evicção? Veja-se Gusman., *de Evict.*, Q. 2 a n. 64 e Q 3. E que indica pedir o comprador a licita fiança, e dar-se na desconflança de poder ser alheia a cousa vendida?

§ 4

E acrescentou o dito § 5 a pena de perdimento do preço para os captivos quando o vendedor e comprador tiveram sciencia de ser alheia a cousa comprada e vendida; pena ou qualquer outra que se não vê comminada nas ditas leis romanas, que foram as suas fontes. E acrescentou a perda do preço que segundo a intelligencia de Voet., *infra*, sub § 8, se não comprehendia na dita lei 27, *de Evict.*

§ 5

Rasões das leis romanas e da nossa Ord. na parte em que com ellas se conformou.

Muitas geradas nos seus cerebros, e não expressas nas ditas leis excogitaram e exhibiram os DD. quaes são: 1.^a, que o comprador sciencie ser alheia a cousa que comprava, e não estipulando a evicção, quiz doar o preço ao vendedor; 2.^a, que o vendedor não commetteu injuria nem dolo ao comprador sciencie e consentiente; 3.^a, que os beneficios e favores legaes se não conferem aos dolosos; 4.^a, que o que compra a cousa alheia *scienter* commette furto e calumnia; e por isso não póde um tal contrato, em que recáe na propria torpeza, produzir-lhe acção; 5.^a, que cooperando o vendedor e comprador para uma torpeza, qual a de vender e comprar a cousa alheia, procede a regra, que *in pari*

causa turpitudinis melior est conditio possidentis; rasões, que fundadas, em principios geraes idearam e exhibiram os DD. abaixo citados: outra nova e mais subtil excogitou melhor Boehmer. filho no Prefac. do 4.º Volu., das *Exercitações* do pae, § 21. Scilicet, 1.º, que esta compra é de um *incertum quid intuitu Evictionis eminentis*, e talvez, 2.º, por preço menor, e por isso cessa a evicção do preço, ex L. 8, § 1, ff. *de Contr. empt.* l. 39, ff. *de Act empt.* Outra rasão dá Boehmer. pae, Exerc. 61, § 22: «*Qui scienter rem alienam emens periculo evictionis simpliciter sese subjecisse videtur*, etc.» Este parece o systema do Cod. Civ. da França, Art. 1630.

§ 6

Commun opinão dos DD. estrangeiros e reinicolas, segundo a letra e generalidades d'estas leis.

Com effeito, que o comprador, que sabendo ser alheia a cousa comprada, effectivamente a compra, não tem regresso a evicção, nem ainda pelo preço quando expressamente a não estipula, seguem e defendem Coccey, *Jus Controv.*, Liv. 21, T. 2, Q. 4, Stryk., *Us. mod.*, Liv. 21, T. 2, § 37, Cald., *de Emption.*, C. 11, n. 6, e C. 31, a n. 105, Gusman., *de Evict.*, Q. 46, Hermosilh. in Liv. 14, T. 5, P. 5, Gloss. 3, a n. 1, aonde refere outros innumeraes, Flor., *ad Gam.*, Dec. 20, Pereira de *Manu Reg.*, C. 32, n. 23, Arouc., Alleg. 53, Struv. e Muller, Exercit. 27, Thes. 34, Brunneman, na L. 27, Cod. *de Evict.*

Nota. Limitam porém esta opinião segundo o direito romano quando houve uma formula e expressa estipulação da evicção, não bastando que o vendedor geralmente se obrigue por sua pessoa e bens a fazer a venda segura ao comprador, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 61, § 22.

§ 7

Opinião opposta ao rigor das leis romanas referidas e suas rasões com que ao mesmo tempo se confutam as contrarias.

Eis-aqui o que em contrario discorre Voet., *ad Pand.*, Liv. 21, T. 2, n. 32: «*Qua occasione generalius adnotandum, eum, qui*

sciens emit rem alienam, nullam quidem de Evictione actionem habere ad id quod interest, si non specialiter sibi de Evictione caveri curavit. L. 7, Cod. *Commun. utriusque Judic.*, L. 27, Cod. *de Evict.*, L. 4, § 15, ff. *de Dol. mal. et met. except.* Verumtamen scientiam alienæ rei in Emptore non impedire quominus, Evictione secuta, pretium, quod dedit, recuperet; cum iniquum sit Venditorem cum detrimento Emptoris locupletari, arg. L. ult. § ult., Cod. *Commun. de Legat.*, Novell. 7, C. 5, in pr. et § 2, L. 1, Cod., *si vendit. pign. agat.*, Zoez. *ad Pand.*, T. *de Evict.* n. 19, Perez., in Cod. T. *de Evict.* n. 25, Caballin., *de Evict.* § 5, n. 32.

«Si enim is, qui rem Ecclesiasticam alienari per leges vetitam sciens emit, aut ex permutatione accepit ab œconomo pretium, ab œconomo recuperare possit. Si is qui sciens rem restitutioni obnoxiam, atque ita a testatore alienari prohibitam, sciens emit, ablata re, pretium a venditore jure reposcat. Si denique pignoris emptor qui in præjuditium debitoris cum creditore collusit dolo malo pretium recipiat, ubi res ei in subsidium aufertur, secundum leges dictas: ratio non est, cur non æque, imo longe magis, is qui sciens rem alienam comparavit, eadem evicta, pretio haberet repetitionem; præsertim si consideres peccare eos, qui rem ecclesiæ, aut fideicommisso obnoxiam sibi acquirere student, et pœna dignos esse; non peccare qui rem alienam emunt, in quantum rei alienæ distractio de Jure valet. L. 28, ff. *de Contrah. emptio.* Quam etiam puto rationem esse, cur is qui sciens rem alienam emit, efficaciter curare possit sibi de Evictione caveri juxta L. 7, Cod. *Commun. utriusque Judic.*, L. 27, Cod. *de Evictione*, L. 4, § 5, ff. *de Dol. mal. et met. except.*, nihil tale ex adverso possit, sed non obstante dupla stipulatione, solo teneatur pretio recepto contentus esse, qui sciens emit rem tertio ex fideicommissi causa restituendam, d. L. ult., § ult., Cod. *Commun. de Legat.*

Continúa Voet., confutando as objecções contrarias, ut ibi: «Non enim obstat., L. 27, Cod., *de Evict.*, cum illic non de pretio soluto, sed de litis impensis repetendis quæstio sit, nam verba: *quod eo nomine dedit*, ad id quod Evictionis nomine datum est, pertinent. At Evictionis nomine, non pretium, sed litis impensæ datæ sunt; quas et ideo Emptor tanquam temerarius litigator, ac non obstante rei alienæ conscientia contradictor existens, ferre debuit.

Pretium certe non Evictionis, sed emptionis intuitu datum fuit antequam ulla Emptori lis cæpit moveri, imo licet nunquam Evictio sequatur, tamen pretii datio est, atque ita extra omne dubium Evictionis nomine pretium haud dari.

«Longe minus puto pro hac Dissidentium opinione facit L. penult. et ult., Cod. *de Rescind. vendit.* Multantur enim illic Emptores scientes pretio, quia emerunt lege, propter utilitatem publicam, venditiones certis personis prohibente. Non etiam multum juvat, L. 7, Cod. *Commun.*, utriusque jud., quippe quæ scienti quidem actione in id quod interest, aut in duplum ex stipulatu negat, non autem nudam pretii repetitionem. Nec urget denique quod Emptor scienter emens rem jam extinctam ad pretium nihilominus obligetur, et illud jam depensum repetere nequeat. L. 57, § 2, ff. *de Contrah. Empt.* Etenim cum quis sciens prudens rem emit alienam non est præsumendus voluisse pretium donare, sed magis habuisse spem acquirendi dominii, ubi auctor illud acquireret (ita namque vendi res, quas venditor non habet, post certum tempus tradendas etiam inter mercatores quotidianum est), at si quis emat domum, quam scit exustam esse, presumi nequit habuisse spem acquirendæ domus, quæ jam esse desiderat, ut proinde tali in casu non alia supersit præsumptio, quam quod pretium sponte pro re, quæ non est, nec erit, sed fuit, oblatum donare voluerit, arg., L. 33, ff. *de Reg. jur.*

Eis-aqui o que diz o citado Zoez., ad L. 24, ff., Tit. 2, *de Evict.*, a n. 48, ibi:

«Si Emptor rem alienam sciens emit, et de Evictione nihil convenit, imputet sibi, quod rem, quam sciebat alienam evinci posse non adverterit. . . Quo casu quæritur an re evicta sit emptori salvum jus ad repetendum a venditore pretium? Posset videri prima facie inspectis verbis, L. 27, Cod. *de Evict.*, nequidem ad illud esse jus emptori, eo quod cum sciverit rem esse alienam, donasse illud videatur. Verius tamen hoc ei restituendum esse, nam iniquum esset illud penes venditorem manere ratione rei venditæ, ad quam ei nihil juris erat, et foret contra textum in L. *Si me et Titium*, ff. *Si cert. petat.*, et L. *Cum hoc natura*, ff. *de Condition. indebit.*, ubi dicitur æquum, et bonum esse pecuniam meam, quæ ad te pervenit, a te mihi reddi. Quæ in hoc casu non potest videri

donata, cum data sit ex causa, et donatio non præsumatur. Nihil obstat d. L. 27, nam accipienda non de pretio; quod a venditore numeratum est, sed de litis æstimatione, quam domino vendicanti solvit emptor, vel creditori pignus vendicanti; nam ut pretium penes venditorem maneat nulla patitur æquitas.»

O citado Perez, in Cod., L. 8, T. 45, n. 25, segue o mesmo, e pelas mesmas razões. Também segue esta opinião com Cujacio, Farinacio em uma decisão, e Cuvarruvias, Pecch., *de Aquæduct.*, L. 4, Q. 19, a n.: confirmam-se os mais citados no § 13., Hert., Dissert. *De Pact. ne præstetur evictio*, Sect. 1, § 6.

§ 8.

Outras razões novas do auctor, com que se transtornam contradictorias e iníquas as deduzidas pelos DD., e substanciadas no § 6.

1.º Se o direito romano permite estipular validamente a evicção no caso em que com sciencia de ser alheia se compra a coisa, e se auctorisa esse pacto para poder ser accionado e executado, d. L. 27, Cod., *de Evict.*, d. L. 9, Cod. *Commun. utriusque jud.*, com Gomez, Barbosa, Hermosilh., e Larrea, Silva, ad Ord., L. 3, T. 45, § 5, n. 6, e é expressa no reino de Hespanha a L. 19, T. 5, P. 5, transcripta por Larrea, Dec. 74, n. 19, segue-se que não é intrinseca e essencialmente mau em si mesmo vender e comprar coisa alheia com sciencia de que o é, porque se fosse em si delicto e punivel, não auctorisariam as leis um tal pacto para ter força e validade, porque seria auctorisar o delicto mesmo, e faze-lo impunivel, só porque os contrahentes o tergiversaram fazendo o tal pacto, e o pacto mesmo é o maior indice da sua má fê, e por isso as razões dos dois Boehmeros (§ 5, in fine) parecem ser as mais adequadas.

Nota. Ainda aqui ha umas differenças, que se podem ver no citado Hermosilh., L. 19, Tit. 5, P. 5, Gloss. 4, n. 4 e 5, em Gomez 2.º, *Var.*, Cap. 2, sub n. 61, em Barbos., na L. 1, ff. *de Solut. matr.*, P. 5, a n. 22; *scilicet*, quando qualquer alienação é simples, e absolutamente prohibida pelas leis, caso em que nem ainda tem força o dito

pacto; ou quando a alienação é feita pela mesma pessoa, em cujo favor foi prohibida a alienação, como quando a mulher aliena o fundo dotal, caso em que também nada opera o dito pacto.

§ 9

2.º Nunca se presume doação quando pôde idear-se qualquer causa, que a exclua; ora, o que scientemente compra a coisa alheia, não pôde elle ter as vistas em que o vendedor lá conventionará com o verdadeiro senhor alguma outra compra ou permutação? Não pôde elle pelo menos querer gosar a coisa enquanto se lhe não reivindica? Não pôde elle animar-se de alguma esperança de que o verdadeiro senhor algum dia ratificará, ou fará com elle alguma composição? E aindaque estes projectos se frustrem, não é mais verosimil que antes teve essas vistas, ainda mais do que doar ao vendedor o preço. Veja-se em caso bem semelhante Vin., ad § 30, *Instr. de Rer. divis.*, n. 2. E portanto de todas as rasões dos DD., parecem mais conformes as dos Boehmeros (§ 5, in fine).

§ 10

3.º Contra essa regra: «In pari causa potior est conditio possidentis, quod forum animæ», fez uma larga dissertação o grande canonista Van-Esp., Tom. 6. Conf. Stryk., Vol. 11, Disp. 17, C. 1. E essa regra: «Turpitudinem, vel dolum suum allegans non auditur», tem as muitas limitações que colligiu Barbos. e Tabor., L. 18, C. 37, Axiom. 5, limitações que destroem a regra, ou que raras vezes a fazem applicavel.

§ 11

Resposta a algumas leis em que se funda esta opinião contraria a § 7.

O illustre Samuel de Coccey, *Jus Controv.*, L. 21, T. 2, Q. 4, responde á L. 1, Cod. *Si Vendit. pign.*, dizendo que: «Agitur ibi de debitore, qui non debet lucrum capere, si creditor ejus rem distraxit dolosè indeque re ab emptore recepta, pretium offerre tenetur». Responde á L. fin., § fin., Cod. *Commun. de Legat.*, dizendo: «Emptor qui emit ab hærede rem, sub conditione lega-

tam, non emit rem alienam, nec est proprie in mala fide, quia hæres fuit Dominus, et jus vendendi habuit, cum conditio deficere potuerit, et gravamen in plerisque causis certum fuit: singulariter id ibi constitutum, ut pretium repetatur». Porém esta resposta é errada, figurando uma condição que se não enuncia em tal lei, e que só figurou a sua glossa communmente reprovada, Gomez 2.º, *Var.*, C. 2, n. 43. Outros DD., com os quaes Cald., d. C. 34, sub n. 107, Guzman., *de Evict.*, Q. 46, a n. 4, Hermosilb., supra, pag. 520, a n. 7, se embaraçam com diversas interpretações, de fôrma que nada certo firmam. Entretanto ficam sem resposta as mais rasões em que se funda a opinião contraria a §§ 7 ad 9.

§ 12

Uso moderno de algumas nações a respeito das ditas leis romanas (§ 2).

Eis-aqui o que diz Groenewegen., *de Legib. abrogat.*, na dita L. 27, Cod. *de Evict.*

«Qui fundum sciens alienum, vel obligatum comparavit, neque quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dederit contra juris poscit rationem, hic et sic aliquoties tam in supremo melchiniensi, quam Barbantiæ concilio judicatum refert Christin., Vol. 4, Decis. 173, n. 13 et 14. Alii tamen, *submota hujus legis subtilitate*, pretium restituendum consent Louet ad Lit. A, n. 13, Autumn. *Confer. de Droit*, hic. et in L. 11, § ult., *de Act. Empt.*, Bouvot., Tom. 2, in Verb. *Garantie*, Q. 8. *Et hoc moribus nostris consentaneum esse existimo*, etc. Sequitur Voet., *ad Pand.*, L. 21, T. 2, sub n. 32.

§ 13

Confirma-se, porque tambem segundo o direito romano no § 30, *Inst. de Rer. divis.*, ubi. Vin. n. 1, o que edifica com má fé no solo e terreno alheio perde o valor das materias, presumindo-se que os aliena, e doa ex Vin., supra. E comtudo diz Groenewegen. ao mesmo §, que: «Hodie is qui sciens in alieno solo ædificavit, pretium materiæ, et mercedes fabrorum non amittit; sed quascumque impensas utiles non modo per exceptionem retinere, sed etiam

per actionem repetere potest, Zypæus Autumnus... Bugnion, de LL. abrog... Argentr., etc.

§ 14

Confirma-se, porque o perdimento do preço, ou a inibição de repetir do vendedor, é uma especie de pena. Se vender e comprar a coisa a que outro tem direito fosse crime, é um delicto particular. E as acções penaes por delictos particulares (á excepção da injuria) estão abrogadas pelo uso da Allemanha, Thomaz., Disp. de Us. act. pœnal., et in Not. ad Instit., L. 4, T. 1, e ad Pand., L. 48, T. 1.

Nota. Este uso moderno (§§ 12, 13 e 14) não deixa de confirmar a segunda opinião, segundo ou contra o direito romano, e faz sobresair as suas razões expostas desde o § 7 até o 10, se bem que nunca cessa a razão de Boehmer. (§ 5, in fine), que uma tal compra é como a compra de uma esperança, em que o comprador perde o preço quando nada lucra, ou que comprando a coisa alheia se expõe voluntario ao perigo da evicção

§ 15

Reflexões sobre a nossa Ord. quanto á pena do perdimento do preço que ahí é expressa, e sem duvida.

Reflexão 1.^a Parece que o nosso legislador, quando teve aqui por norma a L. 27, Cod. de Evict., e a L. 7, Cod. Commun. utriusque judic., não entendeu bem as palavras da primeira *quod eo nomine dedit*, etc., nem as da segunda transcriptas no § 2, e como as entenderam bem naturalmente Voet., Hert. e Zoez., transcriptos e citados debaixo do § 7. E por isto é que entendendo-as (como sem seria ponderação entenderam outros), suppoz que nem ainda para repetir o preço competia a acção da evicção ao que comprava *scienter* a coisa alheia, e n'essa intelligencia denegou ao comprador a repetição do preço, lendo o legislador só muito superficialmente as ditas leis (se é que seguimos a intelligencia d'aquelles DD).

§ 16

Reflexão 2.^a Quando interpretassemos que o nosso legislador entendeu assim mesmo com os ditos DD. aquellas leis, mas que

muito de proposito quiz apartar-se d'ellas, e comminar ao comprador a pena do perdimento do preço, aindaque assim não estivesse disposto nas ditas leis romanas. N'este supposto parece que a Ord. encontrava e soffria contra si as rasões expostas desde o § 7, e que pelo menos não podia salvar-se de iniquidade, senão admittisse a limitação do caso, em que o preço seja convertido em utilidade do vendedor, e que assim se prove, limitação que, derivada de outras leis romanas, expõe com a L. *Emptor*, ff. *de Reivindic.*, e com outros DD. Silva, nos seus commentarios n. 7, poisque repugna a toda a rasão que por mais que uma tal compra e venda de cousa alheia, e com bilateral sciencia do vendedor e comprador, seja em si mesma reprovada e criminosa, haja o vendedor de reter o preço, que aliás se converteu em sua utilidade, e no seu patrimonio (fallo no supposto que a Ord. não applicasse o preço para os captivos, como adiante se verá a § 19).

§ 17

Com effeito, se se não admittisse ao menos esta limitação, repugnam: 1.º, os principios naturaes, e que ligam no fôro da consciencia, e mesmo adoptados na ethica dos romanos, os quaes lembram os DD. citados no § 7, e melhor Van-Espen., citado no § 10. Repugna e está em collisão, 2.º, a Ord., L. 4, T. 48, § 4, poisque ainda quando o comprador sabe que o vendedor é casado, e compra sem consentimento da mulher d'elle, reivindicando ella os bens vendidos, manda a Ord. que: «Se o preço que o marido recebeu foi convertido em proveito d'ella, a cousa assim vendida não lhe seja entregue, salvo tomando ella o preço que pela cousa foi dado, aindaque o comprador fosse sabedor que o vendedor era casado ao tempo da venda».

§ 18

Repugna, 3.º, por mais que não possa contratar-se com o pupillo, com o menor, com o filho-familias quanto ao mutuo, com o syndico da republica, com o economo ou administrador dos bens da igreja e logar pio sem as devidas solemnidades; comtudo aquelle que sem ellas contrata com essas pessoas, tem acção de repetir a cousa, o mutuo ou o preço, provando (como o direito lhe incumbe) que foi convertido em utilidade do pupillo, do menor,

do filho-famílias (quanto ao que o pae é por elle obrigado) á republica, á igreja, ao logar pio, etc., Stryk., *Us mod.*, Liv. 12, T. 1, § 16, cum seq., Henriq. Coccey, Vol. 1, Disp. 95, *De curiositate legali*, Cap. 4, Concl. 1. Logo, e *a simili* o vendedor qué vendeu a cousa alheia, deve restituir o preço de que (consta) se utilizou, aindaque a essa venda com sciencia d'elle e do comprador resistam as leis, porque não permittem outras que alguém se locuplete com jactura alheia, aindaque faça algum contrato com prohibição d'ellas.

Como se prova a effectiva versão do dinheiro e utilidade de alguém, veja-se Stryk., supra, a § 61. Da mesma fórma, aindaque a mulher não possa contratar sem auctoridade do marido, resistindo as leis a todo o contrato que ella faça, se comtudo o que ella recebe se converte em utilidade do marido ou commum, e a que o marido era obrigado, elle fica responsavel pelo que a mulher recebeu, veja-se Peg., 3, For., Cap. 38, a n. 11, Voet., *ad Pand.*, L. 23, Tit. 2, n. 42.

§ 19

Reflexões sobre a mesma Ord., emquanto manda que o tal preço da cousa alheia vendida com essa sciencia do vendedor e comprador, se perderá para os captivos.

Reflexão 1.^a—Parecem parallelas, 1.^o, a Ord., L. 1, T. 88, § 29, que annullando as compras que os tutores fazem, ainda em hasta, dos bens dos orphãos, os condemna na pena de anoveado, ametade para os orphãos, outra para o accusador; 2.^o, a mesma Ord., no § 20, impõe similhante pena ao juiz e escrivão dos orphãos que comprarem bens d'elles; 3.^o, a Ord., L. 1, T. 62, § 7, commina pena ao testamenteiro que, ainda em hasta, compra bens da herança de que o é; 4.^o, a mesma Ord., no § 38, a commina tambem aos provedores; 5.^o, a Ord., Liv. 4, T. 16, commina pena de devolução para a corôa dos bens que os juizes temporaes comprarem durante o tempo das suas magistraturas; 6.^o, a Ord., L. 4, T. 10, tambem devolve á corôa o preço ou valor das cousas que se venderem depois de litigiosas; 7.^o, a Ord., L. 2, T. 26, § 27, condemna para o fisco o devedor e comprador de casas para as desfazer com intenção de vender a pedra e madeira,

e applica á corôa o preço e outro tanto; 8.º, a Ord., L. 3, T. 39, annullando as cessões de acções em pessoas poderosas, commina o perdimento em favor do adversario; 9.º, a Ord., L. 4, T. 14, commina pena de perdimento para a corôa em dobro do preço da compra dos desembargos; 10.º, a Ord., L. 4, T. 12, annulla em beneficio dos outros filhos as vendas que os paes fazem a algum d'elles; 11.º, a Ord., L. 4, T. 48, § 6, impõe ao comprador de bens de raiz o perdimento do preço para o marido que os vendeu sem outorga da mulher, se o comprador sabia que elle era casado, e o preço se não converteu em utilidade d'ella, de que veja-se Valasc., Cons. 83, n. 13; 12.º, a Ord., L. 5, T. 78, applica para captivos e accusador o quadruplo do preço das colmeias compradas para se matarem; 13.º, a Ord., L. 5, T. 113, prohibe vendas de navios a estrangeiros. Omitto outras ordenações parallelas da de que tratámos.

§ 20

Reflexão 2.ª Qual seja a razão da nossa Ord. n'esta parte é mais duvidoso. O nosso Caldas, *de Empt.*, Cap. 31, n. 114, se desembaraça assim: «Ex his etiam resolvitur, quod novè, et eleganter Ord., L. 3, T. 45, § 5, sancitum est; hujus rei pretium neque venditorem, neque emptorem habiturum, sed magis Captivorum redemptioni fore applicandum, ut sic suo dolo, et malitia uterque plectatur, in quo videtur profecta a L. fin., Cod. de Litigios., et a L. Lucius, in fine, ff. de Jur. Fisc., et a L. 2, Cod. Ne rei domin. vel templ. Que em tal caso o preço se devolve ao fisco, o diz com muitos DD. Hermosilh., na L. 19, Tit. 5, Part. 5, gloss. 3, n. 12, Conf. Pereir., de Man. Reg., Cap. 32, n. 23.

Nota. Esta disposição lá vae destruir muitas das razões que os DD. excogitaram substanciadas no § 5, porque não vagaria o preço para o fisco se se presumisse doado; se ao sciente e consensiente se não fizesse injuria, se fosse melhor a condição do possuidor, etc., Hermosilh., supra, a n. 13. Deliberando no n. 17 que esta pena é justamente comminada, porque a venda de cousa movel alheia é especie de furto e a de cousa immovel, em que se não dá propriamente furto, recae no crime de falso e do stellionato; e como o vendedor e comprador concorrem ambos para este crime, ambos são puniveis. Conf. Ord., L. 5, Tit. 63, § 2, e T. 60, § 5; sendo que Boehmer. filho, no lugar citado,

§ 5, diz que a respeito do vendedor não se póde dizer doloso o comprador, mas só quanto ao terceiro senhor da cousa, dolo relativo que se extinguiu com a reivindicação, e por isso vem a concluir-se, ou ser errada a supposição da lei ou em si mesmo dura e menos justa a pena que commina sem culpa proporcionada.

§ 21

Qual pois á vista do que vem de se expor deva ser a pratica d'esta Ord., in consulendo et judicando?

Advertencia 1.^a — Quando em termos habeis se haja de fazer applicação d'esta Ord., é preciso que perfeitamente se prove ser o comprador sciente de que a cousa comprada era alheia, porque o vendedor sim se presume que tinha essa sciencia, mas não o comprador, que sempre se presume ignorante, e que não compraria cousa alheia, quando o vendedor assim o não expressou no contrato da venda, Guzman., *de Evict.*, Q. 23, n. 14, Muller, *ad Struv.*, Exerc. 23, Thes. 34, sub Lit. 6, de fórma que não basta no comprador uma sciencia conjectural, Guzman., *de Evict.*, Q. 46, n. 10. Toda a verosimilhança repugna a que qualquer compre cousa que sabe ser alheia, expondo-se a demandas, a perda do dinheiro, etc., optime Reinald., *Crimin.* 16, 2, Cap. 14, § 19, n. 10 e 11, Larrea, *Decis.* 74, n. 18, Farinac., *de Furt.*, Q. 177, n. 22, e melhor Ansald., *de Commenc.*, Disc. 27.

§ 22

E aindaque a Ord., L. 5, T. 65, § 2, e T. 60, § 5, deixa ao arbitrio do julgador a prova da sciencia no comprador, isto deve entender-se, como declara o dito § 5 do T. 60, quando a cousa *verosimilmente* pareça, segundo a qualidade d'ella e do vendedor, que é furtada, ou que não é do que a vende, como, por exemplo, quando um pobre vende peças de prata ou oiro, paramentos ou vasos sagrados de igreja, etc. Veja-se no Repertor., sub Verb. *Compra de cousa alheia*, o caso do ourives que comprou a um frade a prata das alampadas.

Nota. «Scientia rei furatæ præsumitur in emente parvo pretio, secus si non parvo pretio... Præsumitur etiam scientia in emente rem

furatam si eam emerit clam, secus si palam; secus si postquam eam emit palam, tenuerit, in abscondito celatam... Et ita scientia præsuntur in emente res furtivas, quando rei emptæ non conveniebant emptori, nec illis egebat; ut puta, si Caupo emerit libros, vel vestes sericas, aut lances argenteas; tunc enim præsuntur ipsum scivisse res, quas emit, esse subtractas; quod sic non esset, si emisset frumentum, vinum, etc.» Ita Farinac., *de Furtis*, Q. 177, a n. 24. Veja-se Ansaldo., *de Commenc.*, Disc. 27, per tot., aonde expõe outras conjecturas de sciencia, de que é alheia a cousa comprada.

§ 23

2.^a Advertencia. As palavras com que se exprime a nossa Ord.: *Se perderá para os captivos*, são de futuro, e esta pena se não incorre antes da sentença condemnatoria, como largamente demonstram Peg., Tom. 6, For., C. 129, a n. 7, Cancr. 2, Var., C. 4, a n. 43, Reinos., Obs. 40, a n. 7, et ejus additionator.

§ 24

Emquanto não ha sentença declaratoria e condemnatoria conserva o delinquente o dominio e posse de seus bens com exercicio de suas acções, o addicionador de Reinos., Obs. 40, ad n. 9.

Nota. Aliter quanto ás penas do commissio *ob non solum vectigal*, pela especialidade da L. 14, Cod. *de Publican. et Vectigalib.*; porque o dominio das cousas que se não manifestaram para a solução do tributo, ipso jure se adquire ao fisco, Brunneman., in d. L., Lim., *de Gab.*, pag. 122, ainda em crimes de lesa-magestade divina ou humana, em que ha confiscação de bens, é opinativa a questão: «Se o criminoso conserva o dominio e administração antes da sentença final». Veja-se Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 9, a n. 76.

§ 25

Emquanto pois se não denuncia esta pena ao fisco ou á redempção dos captivos, donataria d'estas e outras semelhantes penas fiscaes, entra a duvida se o comprador vencido pôde repetir do vendedor o preço que recebeu pela venda da cousa, que sabia não ser sua? Antes porém que me proponha interpor sobre esta questão o meu arbitrio, devo prenotar: 1.^o, que ninguem em juizo pôde defender-se com o direito do fisco, ou acciona-lo, não sendo o procurador fiscal, Portug., *de Donat.*, L. 1, Prælud. 2,

n. 86, e L. 3, C. 29, a n. 14, Peg., Tom. 8, ad Ord., L. 2, T. 16, in pr., n. 8 e 9; 2.º, que uma vez que a Ord. applicou ao fisco, mediante denuncia e sentença declaratoria, §§ 23 e 24, o preço de tal venda sem o adjudicar, nem ao vendedor, nem ao comprador, ficou o caso omisso na ordenação, e como tal deve decidir-se pelos principios dos direitos mais justos e mais conformes á razão, sem que algum dos dois se possa valer do direito competente ao fisco.

§ 26

Ora, seguida a primeira opinião segundo o direito romano e rasões d'ella expostas nos §§ 5 e 6, é um consequente necessario dever decidir-se a questão em favor do vendedor. Porém no meu arbitrio, e *maximè* no presente caso a segunda opinião a § 7 ad § 11, é a que deve seguir-se: 1.º, por que os fundamentos da primeira são futeis; 2.º, porque os da segunda são mais conformes á razão e á equidade (§§ 7, 10, 16, 17 e 18); 3.º, porque abraçada no uso moderno das nações (§§ 12, 13 e 14); 4.º, porque emquanto o preço se não julga ao fisco deve ser norma da decisão o simile da Ord., L. 4, T. 8, § 4, e não menos os mais similes ponderados no § 18, a menos que se não verifique a restricção exposta no fim da seguinte

Nota. Na verdade, sendo ambos igualmente culpaveis, como suppõe a nossa Ord. e alguns DD., e não sendo do vendedor a cousa vendida, não ha titulo que possa excogitar-se para que justamente e no fôro da consciencia possa reter o dinheiro do comprador alheio, e que nunca fez seu, nem a lei lh'o applica como pena imposta ao comprador. Doação presumida é uma chimera (§§ 7 e 9). Não pôde pois o vendedor sem reato do peccado reter tal preço da venda fundado só no brocardo: «In pari causa melior est conditio possidentis», poisque, como bem mostra Van Espen., Tom. 6, na exposição d'esta regra: «In pari delicto, vel causa melior est conditio possidentis». Esta regra: «Nul-lum jus novum tribuit possessori rem retinendi», ut § 3, «malè assumetur etiam in materia justitiæ, tamquam titulus sufficiens, qui pos-sessorem ex speculativo dubio faciat praticè certum», etc., ut § 5, etc. E entretanto que o preço por sentença se não declara, e adjudica para os captivos, deve o vendedor restitui-lo e o comprador gosa-lo com seus interuzurios, porque entretanto conserva o dominio d'elle, que o vendedor nunca fez seu, e que não tem direito de reter. Con-serva-lo no seu poder seria fomentar uma injustiça; só se suppozermos

que a coisa com respeito á eminente evicção se comprou por diminuto preço, e que o comprador o deu sem mais intenção, como quem compra o *jactum retis* e nada lucra nos termos da L. 8, § 1, ff. de *Contrah. Empt.*, junta a L. 39, ff. de *Act. Empt.* Veja-se Boehmer., ut § 5.

§ 27

Consequentemente se o comprador ainda não julgou o preço, pôde rete-lo, e não tem o vendedor acção para o exigir d'elle, e isto não pela razão que dá Cald., de *Empt.*, C. 31, n. 109, que segue Hermosilh., pag. 520, n. 3, mas pelas que expuz a § 25; mas considerada a tal compra, como a do *jacto da rede*, e semelhantes, em que se suppõe só comprado o evento, deve-se ao vendedor o preço, aindaque nada lucre o comprador, de que veja-se Stryk., Vol. 12, Disp. 17, de *Emption. spei*.

Nota. Restituido assim ao comprador o preço, ou retendo-o elle, já não será tão facil adjudicar-se para os captivos, porque o perdimento d'elle é uma pena que parece está cessada pela restituição do preço ao comprador, e quasi como por um distracto antes da denuncia por argumento da Ord., L. 2, T. 18, § fin. Supposto em outros casos o arrependimento, e no furto a restituição, não evitam o delicto antes commettido, isto procede no que é propriamente delicto offensivo da republica, ou de terceiro, offensa que não pôde considerar-se no presente caso, em que a lei se pensasse offendendo algum dos dois contraheñtes, ou o terceiro senhor da coisa, applicaria para elle a pena, como em alguns casos dos referidos no § 19, e em que a lei só quiz punir a fraude dos dois, vendendo e comprando coisa alheia scientemente, adjudicando aos captivos o preço depois de vencida a coisa pelo verdadeiro senhor, castigo *plus justo* duro, aonde não houve crime publico, e castigo, que sendo imposto só por uma transgressão das leis sem prejuizo de terceiro (a que não manda applicar pena ou satisfação) se evita por qualquer leve causa, como é trivial em direito.

§ 28

Só resta a duvida, se quando ha expressa estipulação da evicção, tem logar a pena do perdimento do preço para o fisco? Parece que sim, porque se a nossa Ord. considera cumplices no delicto ambos o vendedor e comprador, quando scientes de ser alheia a coisa vendida, e por isso é que os castiga com aquella

pena (§ 20), a estipulação da evicção tão longe está de evitar o que a lei suppõe em si mesmo ser delicto, e que não pôde supor-se querer auctorisar, havendo tal pacto, que antes este mesmo por si só prova o delicto, e o pacto o não evita.

§ 29

Porém o nosso legislador costuma frequentemente seguir o direito romano, e quando d'elle se aparta em taes materias assim o declara: não comprehendeu no dito § 5 o caso de intervir o dito pacto, e parece que este caso ficou omisso e sujeito á disposição do direito romano, de que § 2. Por outra parte quando se estipula a evicção é a venda, como condicional; se chegar a sortir effeito, se o senhor da coisa não a reivindicar ou não a approvar, etc. E emquanto pende a condição, nem o comprador intenciona dimittir, nem o vendedor adquirir o preço, e está como inconsumado o contrato, e não se incorre a pena, bem como o emphyteuta não incorre a do commissio quando vende condicionalmente. Fulgin, in Tit. *de Alienat.*, Q. 1, a n. 346; senão é, e o mais certo, que equiparada esta compra á do lanço da rede, pôde ser condicional, Stryk., citados §§ 10 e 11, e a estipulação da evicção vem a ser a condição permittida.

§ 30

Se porém antes da denuncia ao fisco distratarem a venda da coisa alheia, cessa a pena arg., Ord., L. 2, T. 18, § fin, Et maximè se attendemos que uma tal compra não é dolosa, como pensou o legislador, e em effeito não é mais que uma compra do evento de não haver evicção, Boehmer., citado § 5, ibi:

«Ratio ergo aliundè arcessenda... Emptor sciens rem alienam, vel alteri obligatam comparans *incertum quid intuitu evictionis eminentis* (quæ tamen etiam ex negligentia veri domini deficere potest) *re vera emit*, cum res semper evictionis periculo subiacet, ideoque ille in ea causa sit, ut quasi *jactum retis* a piscatore emissæ videatur. In spei autem emptionibus, cum evictionis præstatio exulet, L. 8, § 1, ff. *de Contr. Empt.*, non mirum est, in hoc quoque casu nullam ad evictionem præstandam competere actionem: præsertim cum res evictioni obnoxia ut plurimum le-

vissimo pretio comparetur ob susceptum evictionis eminentis periculum, L. 39, ff. de Act. Empt.»

Epilogo de tudo o exposto

§ 31

É por uma parte bem notavel a variedade com que os DD. têm interpretado as leis romanas referidas no § 2. Por outra parte é manifesta, á vista do exposto, a dureza da nossa Ord., emquanto apartando-se d'ellas adjudica ao fisco o preço da coisa vendida e comprada com sciencia commum do vendedor e comprador de que era alheia. No meio pois d'esta variedade, e succando o que me parece mais justo e conforme aós principios da rasão e da equidade, e em termos de que não resultem interpretações absurdas, deduzo as seguintes conclusões, com que me persuado poder conciliar-se praticamente toda a variedade, salvando-se todo o repugnante.

§ 32

1.^a Ou se trate de acção de evicção pelo comprador contra o vendedor, ou se trate de denuncia ao fisco pelo pretexto de se vender e comprar a coisa alheia com reciproca sciencia de que o era, em todo o caso sempre se presume que o vendedor o sabia, e que o comprador o ignorava, a menos que a sciencia do comprador se não prove evidentemente (§ 24).

§ 33

2.^a Se julgada a reivindicacção, o fisco ou a redempção dos captivos não previne a omissão do preço por meio de denuncia, e o vendedor o retem, a coisa foi vendida pelo justo preço; entretanto, que o fisco não demanda o preço, tem o comprador acção para o repetir, porque em tal caso não ha rasão para que o retenha emquanto o fisco o não vindica, e sendo esse caso (da interina detenção) omisso na Ord., decidido elle para melhor opinião, abraçada no uso moderno das nações, toda a rasão forceja para que o comprador o gose até que o fisco o prive d'elle (§§ 7, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 18, 25 e 26).

§ 34

3.^a Se se estipulou a evicção, cessa toda a duvida, e nem o vendedor pôde reter o preço (§ 5), nem o fisco repeti-lo (§§ 28, 29 e 30), e necessariamente se deve restituir ao comprador.

§ 35

4.^a Se se não estipulou a evicção, e a coisa alheia, com reciproca sciencia de que o era, foi vendida por menos do seu justo preço, deve suppor-se que foi uma compra e venda como a do *jactus retis*, e de um direito ou coisa *eventual*, e por isso mesmo vendida com respeito á eminente evicção, expondo-se o comprador ao lucro e perda do evento; lucro se o verdadeiro senhor a não reivindicasse, e perda se a reivindicasse, e n'este caso cessa a evicção e repetição do preço, assim como nas compras das cousas que dependem do evento, ou que não pôde o comprador repeti-lo do vendedor, verificando-se n'este caso o discurso de Boehmero, § 5, in fin., § 14, nota, § 20, nota, e § 30.

§ 36

5.^a No caso proximo precedente de ser vendida a coisa por menos do justo preço com respeito á eminente evicção (o que pôde ser, e assim é frequente, comprar-se por menos a coisa de que se teme a evicção, Hermosilh., pag. 791, n. 87): se o comprador retem ainda o preço, deve satisfazê-lo ao vendedor, bem como um que comprou ao pescador um futuro lanço da rede por certo preço; um que comprou o direito eventual de outro, é obrigado ao preço, aindaque nada lucre e o perca, *quidquid dicant alii* (§ 27).

§ 37

6.^a Se o vendedor e comprador distrataram a venda da coisa alheia, antes da denuncia do fisco, evitam a pena (§ 30).

DISSERTAÇÃO IV

Em que se expõe a Ord. L. 4, T. 44, § 10
nas palavras:

As dividas que se fizerem por respeito da companhia e sociedade d'ella mesma se hão de pagar, postoque a esse tempo seja já acabada, e consequentemente quando a confissão de um dos socios possa ou não prejudicar aos consocios. (Supplemento ás segundas linhas sobre o processo civil e á nota 448, n. 4.)

PRELUDIO I

Causas da sociedade. Diversas especies d'ella

§ 1

Todos os homens compõem uma sociedade universal, aonde os que se acham ligados pelas suas mutuas precisões, formam em particular entre si diferentes obrigações, proporcionadas ás causas que as fazem reciprocamente necessarias. Entre as diferentes maneiras de que as necessidades dos homens os ligam entre si, a das sociedades é de um uso necessario e assás frequente, e d'ellas se vêem muitas especies. A origem d'esta união é a natureza de certas obras, de certos commercios e de outros negocios, de que a extensão exige o concurso e a applicação de muitas pessoas. Assim é que se fazem sociedades para manufacturas, para commercios de mercadorias, para arrendamentos de rendas reaes e das pessoas particulares, e para outros negocios de diversas naturezas, segundo o que elles demandam uma reunião de trabalho, de industria, de cuidado, do credito, do dinheiro e de outros soccorros de muitas pessoas. O uso d'estas sortes de sociedades é de facilitar a empreza, a obra, o commercio, ou outro negocio, para o qual se entra na sociedade, e de fazer que cada um dos associados tire, do que elle contribue junto aos soccorros dos outros, os proveitos e vantagens que algum d'elles não poderia conseguir por si só, Domat., *Loix Civ.*, L. 1, T. 8, no Prefac.

Não ha portanto cousa mais detestavel e que caracterise maior vileza, como a infidelidade entre os consocios, Cicer., Or. 2, pro Sext. Rosc. Amerin, ibi.: In rebus minoribus Socium fallere turpissimum est. Neque injuria, proterea quod auxilium sibi se putant adjunxisse, qui cum altero rem communicavit. Ad cujus fidem igitur confugiet, cum per ejus fidem læditur, cui se commiserit? Atqui ea sunt animadvertenda peccata maximè, quæ difficillimè præcaventur: tecti esse ad alienos possumus; intimi multa apertiora videant necesse est. Socium vero cavere qui etiam possumus? Quem si metuimus jus Officii lædimus. Recte igitur maiores eum, qui Socium fefellisset in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere. Conf. L. 6, ff. *De his qui not. infam.*

§ 2

Esta primeira especie de sociedade (continua Domat.) é limitada a certos negocios ou commercios; mas ainda ha outras sociedades d'onde os associados mettem em commum tudo quanto pôde provir da sua industria e do seu trabalho; ainda mesmo ha outra aonde se communica tudo quanto os associados podem adquirir por doação, successão, ou por outra fórma, e sociedade universal de todos os bens sem excepção. Segundo a exposição de Felic. Societat., C. 9, pôde contrahir-se sociedade: 1.º, sobre todas as cousas que entram em commercio; 2.º, sobre todo o negocio que não seja torpe e prohibido; 3.º, sobre todas as cousas e bens universalmente; 4.º, simplesmente não se declarando os bens; 5.º, sobre alguma cousa particular; 6.º, sobre alguma negociação ou artificio; 7.º, sobre arrendamentos das rendas reaes; 8.º, sobre o preço de alguma cousa, cuja venda se propõe e commette; 9.º, de fórma que um ponha o capital, outro o trabalho, e um terceiro a industria; 10.º, sobre animaes; 11.º, sobre heranças futuras que se esperam; 12.º, sobre os fructos sem comunicação do fundo que os produz.

§ 3

Porém Michal., *de Fratr.*, P. 2, C. 1, deixada a sociedade da mesa, as reduz todas a tres especies ou a tres classes, em que as inclue, o sabio Heinec., *Elem. Jur. Nat.*, L. 1, § 379, as reduz, ou a universaes, ou a geraes, ou a singulares, no que se conforma com Domat., *supra*, e a nossa Ord., L. 4, T. 44, deixada a victus, et

mensæ, as reduz: 1.º, quando sobre todos os bens; 2.º, quando sobre parte d'elles; 3.º, quando sobre certo trato ou negocio, e n'estas tres classes se encerram todas.

Nota. Differe a sociedade simplex honorum da sociedade universal omnium bonorum: 1.º, em que a primeira comprehende todas as negociações, a segunda todas as fortunas; 2.º, a primeira só communica os acquistos industriaes, a segunda todos os commodos; 3.º, a primeira não tem por fundo senão as cousas, em que podem haver adquiridos industriaes, e a segunda communica tudo, aindaque não seja proveniente da industria, como legados, heranças, etc., Coccey, *Jus Controv.*, L. 17, T. 2, Q. 2. Na duvida antes se presume contrahida a sociedade simplex honorum, e não a universal omnium bonorum, pelas genuinas razões que pondera o mesmo Coccey, Q. 4. Muitos DD. que citei no meu *Tratado dos direitos reciprocos entre irmãos*, não admittem sociedade universal omnium bonorum tacita, a menos que não seja expressa; outros admittem tacita. Entretanto eu nunca vi tal sociedade universal omnium bonorum, et universarum fortunarum com todos os seus effeitos, convenio com Thomaz, e *Not. de Us. hodiern.*, ad Pand., L. 17, T. 2: «Credo tamen Juris Consultos Romanos, dum de Societate universali, seu omnium bonorum egerunt, non tam respexisse ad ea, quæ fieri solent, quam ad ea quæ fieri saltem non sit impossibile. Neque enim puto, facile exemplum extitisse apud Romanos Societatis omnium bonorum, etc. Igitur nec apud Germanos in usu est (nec, quod sciam, apud Lusitanos) Societas universalis omnium bonorum; nisi huc referre velis Societatem conjugalem omnium bonorum Germanis (et Lusitanis) non infrequentem, etc.»

PRELUDIO II

Letra da lei e das que foram as suas fontes

§ 4

«As dividas (diz a nossa Ord.) que se fizerem por respeito da companhia e sociedade, d'ella mesma se hão de pagar, postoque a esse tempo seja já acabada.» Estas poucas e tão mysteriosas palavras têm por fonte a união de tres leis romanas, a L. 12, ibi: «Sed nec æs alienum, nisi quod ex quæstu pendeat, veniet in rationem Societatis», a L. 27 ibi: «Omne æs alienum, quod manente Societate contractum est, de communi solvendum est, licet pos-

tequam Societas distracta est, solutum sit.» E a L. 82, ibi: «Jure Societatis per Socium æri alieno Socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint., ff. *Pro soc.*»

§ 5

Estas leis devem considerar-se debaixo de dois diversos pontos de vista. O primeiro quando a controversia é entre os socios nas contas que mutuamente se prestam; o segundo quando os crédores exigem de algum ou de todos os socios as dividas que um só d'elles contrahiu em particular. Não é o meu projecto tratar o primeiro, satisfazendo-me com remissão a Guerreir., T. 4, Liv. 6, C. 5, tot. O segundo é o fim que me proponho; e aindaque Coccy *Jus Controv.*, L. 17, Tit. 2, sub Rubr. *De Sociis cum extraneis contrahentibus*, diz ao proposito: *Materia per se clara diversitate casuum a Doctoribus intricatur*, e se persuade que todos se podem reduzir aos tres principios que abi expoz. Comtudo, sendo em effeito certo que os DD. intrincaram esta materia, é impossivel, que todos os casos occorrentes se possam decidir por esses tres principios. Portanto pará a extricar passo a propor e decidir a multiplicidade de casos em outras tantas theses.

These 1.ª

§ 6

Se é que ha alguma sociedade universal expressa ou tacita, e que ella se verifique, supposto que Mantic., *de Tacit.*, L. 6, T. 22, a n. 2 disse que: «In Societate omnium bonorum quilibet in solidum obligatur, et omne æs alienum manente Societate ab uno ex Sociis contractum, postquam Societas distracta est de communi solvendum est. Quamobrem omnium bonorum Socius jure Societatis ære alieno obligatur etiamsi in communem arcam pecuniæ versæ non fuerint, et ita debet intelligi L. *Jure Societatis* 82, ff. *Pro Soc.*, ut intelligatur de Societate singulari vel simpliciter contracta, non autem de Societate omnium bonorum. In dubio æs alienum a Socio præsumitur esse contractum nomine proprio, nisi omnium bonorum Socius sit». Adde. Luc., *de Credit.*, Disc. 86, n. 3. Comtudo, em contrario e mais justamente

diz Muller, *ad Struv.*, Exerc. 22, Thes. 44, pag. 1485, Col. 2, que: «Socius omnium bonorum ex contractu Socii proprio nomine contrahentis ejusdem Creditori non obligatur, etc.» Concordam Lauterbach., *de Obligat. Socior.*, C. 5, Thes. 44, optime Michalor. *de Fratrib.*, P. 2, C. 33, a n. 6, e C. 48 n. 18, aonde expõe razões convincentes da opinião de Mantica. Adde Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect., 2, C. 10, § 10, in fin.

Nota. Quanto aos conjuges que casam por carta de ametade conforme o costume do reino, entre os quaes se verifica propriamente uma sociedade universal omnium bonorum, em que casos estejam ou não obrigados os crédores signanter a meação por dividas que se não converteram em utilidade do casal? Veja-se o meu *Tratado das successões reciprocas e obrigações correlativas entre os conjuges*, P. 1, C. 5, Sect. 2 (ainda manuscripto).

These 2.ª

§ 7

O socio que recebe dinheiros a cambio ou por qualquer outro modo em seu nome proprio, sem fazer menção da companhia e debaixo da obrigação de sua pessoa e bens, se presume, e ainda em duvida, que só adstringiu a sua pessoa, e não o commum da sociedade, nem consequentemente o todo d'ella; ou qualquer dos socios póde pelos crédores ser demandado por tal divida, Roc., *Selectar.*, C. 100, n. 1, Michal., *de Fratr.*, P. 2, C. 48, n. 1, Felic., *de Societ.*, C. 30, n. 2 e 14, Ansald. *de Comert.*, Disc. 46, n. 15 e 16, Altim., *de Nullit.*, Tom. 4, Q. 25, n. 276, Muller, *ad Struv.*, Exerc., 22, Thes. 44, pag. 1485, Col. 2, Voet., *ad Pand.*, L. 17, T. 2, n. 15, *et. Sed et*, Stryk., *de Cautel. Contract.*, Sect. 2, C. 10, § 10, e sub § 17, Addentes ad Bolan., *de Commerc.*, pag. 49, Olea, *de Cess. jur.*, T. 4, Q. 8, n. 33, Guerreiro, Tr. 4, L. 6, C. 4, a n. 79.

§ 8

E isto aindaque esse socio que assim contrahe em seu nome proprio, fosse proposto a negociação commum, Stryk., supra, d. § 10, Muller, *ad Struv.* Exerc., 22, Thes. 44 Let. A, aonde amplia mais: «Etiam si inter Socios hoc expressè fuerit conventum, ut

quidquid unus Sociorum faceret illud perinde ac si ab omnibus esset gestum Socios obligaret omnes», etc.

These 3.^a

§ 9

Para que o commum da sociedade, ou qualquer dos socios fique responsavel pelos contratos que faz algum d'elles, é necessario que concorra: 1.^o, mandato e faculdade dos socios para contrahir obrigações communs; 2.^o, que contrahindo-as se obrigue em nome da companhia e sociedade, (*) Rocc., *Select.*, C. 100, n. 2, ibi: «Duo copulative requiruntur ut socius ex alterius socii contractu obligetur, videlicet mandatum, et ulterius quod societatis nomine se obligaverit, Dec. Pariz., Cephal... Natt... Socin... Surd... Renuc... Felic., *de Societ.*... Mercator... Gratian... Anton. Fabr., etc.» Stryk., *infra citat.*, § 10, in fin., Barbosa e Tabor., L. 17, C. 41, § 15.

(*) «Unus societatis et sociorum nomine sive loco dicitur contrahere, si in contractu dicat, aut scribat. Ego pro me, et sociis meis; vel ego meo, et sociorum meorum aut societatis nomine N.: vel ego tanquam præpositus societatis, v. g. Thomasii, Petrinatorum, etc. (Solent enim plerumque socii in societate ineunda ad confusiones, et incertitudines vitandas certum societatis nomen eligere.) Nota, si unus sociorum ita dixerit, vel scripserit: Ego Nicolaus Quant, et socii mei promittimus Cayo 100; stricta juris ratione contrahens non nomine societatis sive reliquorum sociorum nomine contraxisse videtur, etsi à reliquis societati administrandæ sit præpositus, Lauterb., *de Oblig. Socior.*, C. 6, Thes. 48. Nam ut quis aliorum nomine contrahere videatur tanquam procurator, tanquam magister navis, tanquam institor, vel societati præfectus requiritur, ut ipse suo consensu, verbis dispositionis in suam personam conceptis contrahat, emat, vendat, promittat dominorum suorum nomine, vel tanquam illorum præpositus, Mull., ad Struv., Exerc. 22, Thes. 44. Curet ergo, ut socius pecuniam accipiens expresse addat, se pecuniam nomine societatis accipere: ut adeo non contentus esse debeat extraneus cum socio contrahens, si hic non addat, se suo nomine accipere pecuniam; nam socius etiam simpliciter contrahens, magis suo quam societatis nomine contraxisse censetur, Stryk., *de Caut. Contr.*, Sect. 2, C. 10, § 11.»

§ 10

Consequentemente, 3.º, é necessario que o crêdor, que contrahere com um dos socios, intencione que lhe fique obrigado o commun da companhia, aliás, e ainda em duvida se presume, que contrahiu com o socio como pessoa particular, e não como socio, Altimar., *de Nullit.*, Tom. 4, Q. 25, n. 286, ibi: «Prout e converso contrahens cum socio in dubio præsumitur contraxisse cum eo ut privato, non uti socio, Ansaldo., *de Commenc.*, Disc. 46, n. 45 et 46, ibi. Nec per umbram Ursinus contraxit aut contrahere intellexit nomine sociali; non solum quia regula ita se habet in dubio, ut quilibet institor, socius, vel accomandatarius contrahat, vel se obliget potius nomine proprio, quam sociali... Minusque pariter cum ratione bancaria, sive cum Ursino tanquam socio vel accomandatario ejusdem rationis contrahere in hoc proposito somniavit Antonius; quia pariter in dubio quis præsumitur contrahere cum aliquo uti privato, non uti socio, Muller ad Struv., Exerc. 22, Thes. 44, ibi: Ubi unus sociorum suo tantum contrahit nomine, nulla societatis, vel sociorum mentione facta, ibi ille quoque, qui cum socio ita contrahit, non contrahentis socios, sed tantum secum contrahentis personam, et fidem respicere censetur, et per consequens socius contrahens ei obligatur: nam ad quoscunque creditor in contractu non respexit, et quos ipse sibi obligare noluit, ille etiam eidem non possunt dici obligati, etc. Rocc., *Select.*, C. 100, n. 4 et 5, ibi: Quod maximè locum habet, quia nullibi constat creditorem cambii animum habuisse obligandi Bussettum consocium, quod præcisè est necessarium ad affectum, ut dici possit societati credidisse, proindeque socios omnes voluisse sibi esse obligatos... Ad hoc enim, ut socius valeat consocium obligare, requiritur, ut is, qui cum eo contrahit, personam contempletur sociorum, eorumdemque etiam intuitu stipuletur, etc., Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, C. 10, sub § 17, ibi: Et si contractus societatis id expressè disposuisset, id tamen tantum jus inter contrahentes faceret, creditoribus tamen inde jus adversus vos agendi nequiquam nasceretur. Nam ut creditor contra alterum socium agere possit, præter mandatum, requiritur ejus scientia, et voluntas reliquos socios obligandi: Græven... Christin... Anton. Thesaur... Non enim hic sufficit unum nego-

tiationi esse præpositum, sed requiritur, ut contractum celebra-
verit nomine hujus societatis... Nec vero ex obligationibus ullus
horum requisitorum apparet, sed N. potius suo nomine contraxit;
neque creditores sciverunt eum socium vestrum esse, ut ipsi
fatentur, dum vos clandestinos ejus socios appellant. Ad quos-
cumque ergo creditor in contractu non respexit, ille eidem non
possunt dici obligati. Ubald... Gratian... Felic., *de Societ.*, et
Conf. Barbos. et Tabor., L. 17, C. 44, § 15.

Nota. Muito mais se presume que o crédor deu dinheiro ou mer-
cearias ao socio em nome proprio, e não em nome da sociedade,
quando entre o crédor e o tal socio havia particular amizade; quan-
do assim se collige de cartas ou dos livros de rasão, etc. Ansaldo, *de*
Commer., Disc. 46, a n. 48.

§ 11

De fôrma que, e compendiando o exposto n'esta these: «Tria
requiruntur, ut ex contractu socii alter socius conveniri possit:
Primum, quod adsit mandatum tacitum vel expressum; secun-
dum, quod nomine societatis contraxerit; tertium, quod creditor
omnium fidem sit secutus», Olea, *de Cess. jur.*, T. 4, Q. 8, n. 34.

Nota. Alias in dubio potius contrahens cum socio præsumitur cum
illo contrahi uti privato, quam uti socio, Guerreiro, Tr. 4, L. 6, C. 4,
n. 84.

These 4.

§ 12

Por mais que um dos socios faça contratos em nome social, e
assim expressamente, por mais que os crédores expressamente
aceitem as suas obrigações em nome de toda a companhia, se
comtudo essas obrigações do socio assentam sobre causa que não
pertence verdadeiramente á sociedade e negociação regulada pe-
los seus pactos, não ligam para com os crédores aos mais conso-
cios, Torr., *de Pact.*, L. 3, C. 10, n. 40 e 44, ibi: «Necessarium
est illud requisitum, quod socius contrahat super re spectant ad
negotium commune ad hoc ut obliget, alias enim si complemen-

tarius, institor, præpositus, sive socius contrahat extra negotia socialia, et extra ea, quibus fuit præpositus non obligat consocium, etc. Michalor., *de Fratrib.*, P. 3, C. 48, n. 2, Valasc., Cons. 98, n. 3, Cyriac., Contr. 147, n. 6, Felic., *de Societat.*, C. 30, sub n. 7, ibi: «Quandò unus socius contrahit nomine proprio, ac etiam sociorum, est advertendum ad ipsius societatis formam. Nam si ea inspecta apparet contractum initum ad societatem non pertinere et esse quid extra societatem, et tunc solus contrahens erit obligatus creditori», Rocc., *Selectar.*, C. 100, a n. 13, Fabr., in Cod., L. 4, T. 27, Defin. 1, Torr., *de Pact.*, L. 3, C. 10, n. 52, Altimar., Tom. 4, Q. 25, n. 300, Guerreiro, Tr. 4, L. 6, C. 4, a n. 82.

§ 13

«Ideòque (infere Felic., *de Societat.*, C. 30, n. 9 e 10), qui contrahit cum socio, cautus esse debet, ut inspiciat societatis formam, an in ea appareat, quod auctoritatem habeat contrahendi nomine aliorum, et eos obligandi, quia ea non inspecta sibi imputare debet, si socius contrahens alios socios obligare non potuit... Quandò societas respicit certam causam, ad hoc ut extraneus possit agere contra alios socios, quorum nomine etiam contractus fuit initus, non sufficit, quod probet societatem, sed etiam debet probare formam ipsius societatis, cujus causa contractus initus fuit. Et esse inspiciendum, quomodo contrahendi auctoritatem habeat socius, et quod sibi imputare debeat, si eam non inspiciat extraneus secum contrahens, tradit Castr., etc.» Conf. Altimar., Tom. 4, Q. 25, n. 298, Coccey, Vol. 1, Disp. 95, *de Curiositate*, C. 4, Concl. 1, a n. 7, Stryk., Vol. 5, Disp. 7, *de Civilitate novicia*, C. 4, § 7, Brunneman., in L. 1, Cod. *de Institor. Act.*, n. 3.

§ 14

Por isto é que Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, C. 10, §§ 13 e 14, diz: «Si socius societatis nomine contraxerit, iterum cautus sit creditor, ut videat, an socius contrahens à reliquis sociis negotiationi exercendæ sit præpositus, an non. Priori casu iterum attendat, an socius præpositus in contrahendo formam præpositionis excedat, an non. Hoc posteriori casu pariter ut institor obligatur, non tantum ut ipse actione in solidum conveniri possit, sed pariter

quoque reliqui socii, qui cum præposuerunt, ex ejus facto tenebuntur in solidum... (Veja-se infra, § 21) Priori vero casu, si formam præpositionis excesserit, non aliter tenebitur socius, quam quatenus illud creditum in societatis usum conversum. Si nemo societati præpositus, sed unus quisque æqualiter mercaturum exerceat, iterum cautus sit creditor ut videat, an inter socios conventum quod alter sine alterius voluntate societatis nomine nihil agere debeat; an vero conventum, ut possit, sive, an libera societatis nomine contrahendi licentia concessa; an vero nihil conventum. Primo casu, unius socii factum non obligabit alterum, nisi probari possit, creditum in utilitatem societatis esse versum. Secundo casu, si contractus de rebus ad societatem pertinentibus sit initus, reliqui socii tenebuntur in solidum... Tertio casu, si hæc libera contrahendi facultas alteri sociorum ab altero non sit concessa, solus contrahens obligabitur etiam si societatis nomine contraxerit, nisi pecunia in societatis utilitatem conversa; ut hinc semper caute creditori attendendum, an alteri societatis nomine contrahendi vel tacite, vel expressè facultas sit concessa».

Thèse 5.

§ 15

Supposto que Coccey, *Jus Controv.*, L. 7, T. 2, sub Rub. *De sociis cum extraneis contrahentibus*, Q. 2, propondo esta questão *Si socius secundum societatis legem contraxit*; an creditori detur actio adversus reliquos socios, licet versio non probetur, nec præpositus sit? Resolva esta questão, ut ibi: Negatur, nam nemo ex suo facto alium obligare potest; abhorret ab hac sententia tota ratio juris civilis, ubi perpetua obligatio est inter solos contrahentes, atque ita in praxi obtinere testatur Lauterb., pag. 299, in fin., Mev., *ad Jus Lubec.*, P. 3, T. 9, art. 5, n. 4. Atque hinc merito Carpzov., P. 2, C. 7, Def. 12, notandus, qui socios simpliciter et semper in solidum esse obligatos contendit; verum et ratio juris, uti antè jam dictum est, ei obstat, et ipse quoque loquitur expresse de casu, ubi pecunia in communem societatis usum versa est, quo casu omnino in solidum tenentur, etc.» Aindaque Coccey prosegue propondo e resolvendo as objecções, ut

ibi: «Obj. 1.^o Quod socii unam repræsentant personam. Resp. Nullibi hoc dicitur. Obj. 2.^o Quod de substantia societatis sit communio bonorum, et quod illa confusio faciat totum corpus utrinque commune... Resp. Bona ipsa non fiunt communia; sed solum lucrum ex illis bonis invicem communicatur! Neque talis confusio per societatem fit, etc.»

§ 16

Comtudo quando, como na especie d'esta these e d'esta questão, o socio mostrando as suas faculdades contrahe para o negocio social, e conforme os facultados poderes, ficam obrigados todos os consocios que lh'os concederam, sem que o crêdor seja obrigado provar a effectiva versão em utilidade da companhia; assim com mais razão o dizem outros DD., com os quaes Torr., *de Pact.*, L. 3, C. 10, n. 51, ibi: «Vel socius contrahit nomine societatis, et tunc distinguendum est; aut enim negotium societatis est restrictum ad unam tantum mercaturæ speciem, puta, aromataria vel similis, et quia tacitum mandatum consocii, seu complementari est ad dictam speciem restrictum, si contrahat socius in mercaturâ pannina forsan non posset obligare consocios ex defectu mandati, nisi probetur versio in utilitatem societatis... Aut societas non est ita restricta, sed exercet mercaturam in genere; et tunc pariter denuò distinguendum videtur: aut enim agitur inter eosdem consocios, et non probata versione, et utilitate consocii non tenentur. Aut agitur cum extraneo contrahente; et tunc sufficit quod contractus fiat nomine societatis, ad hoc ut dicatur factus in causam societatis, ut licet post detegatur falsum non debeat præjudicare extraneo contrahenti bona fide..., etc.» Muller ad Struv., Exerc. 22, Thes. 44, pag. 1486, Col. 2, ibi: «Si tamen creditor extraneus ex contractu à præposito societatis nomine et *secundum propositionis legem* inito agit contra unum socium, licet in solidum, hanc versionem in societatis utilitatem probare non tenetur». Concordam Michalor., *de Fratr.*, P. 2, C. 48, a n. 9, Gratian., For., C. 279, a n. 18, Felic., *de Societat.*, C. 30, n. 12 et 13, Voet., *ad Pand.*, L. 17, T. 2, n. 14, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 4, Q. 8, n. 32, ibi: «Cæterum, quotiès socius contrahit juxta societatis formam, socius alter obligatur, tametsi socius pecunias in societatis utilitatem non convertat; quia licet ipse socius ut ex suo

contractu consocium sibi obliget, teneatur probare contractum in utilitatem societatis versum fuisse L., *Jure Societatis*, ff. *Pro Soc.*, tamen id respectu extranei contrahentis non procedit, quid non teneatur curare diversione pecuniæ in commodum societatis; doctrinas que assás confutam a opinião de Coccey (§ 14). Adde Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 86, sub n. 10, et Disc. 160, n. 4.

These 6.ª

§ 17

Quando um dos socios contrahe em nome proprio, e não obriga a sociedade e companhia, por faltarem as circunstancias que ficam expostas nas precedentes theses, sempre o que contrahe com o socio tem a acção de *in rem verso*, encarregando-se da prova de que o contrato que celebrou com um dos socios se converteu em utilidade commum da mesma companhia, Struv., Exerc. 22, Thes. 44, Coccey, *Jus Controv.*, L. 17, Tit. 2, sub Rubr., *de Soc. cum extran. contrah.*, Q. 1, Michalor., *de Fratr.*, P. 48, n. 5 et 6, Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, Cap. 10, § 12, Olea, Tit. 4, Q. 8, n. 33, in fin., Fabr., *in Cod.*, L. 4, Tit. 27, Definit. 1. Acção do crédor, que só é fundada em equidade, Rocc., *Select.*, Cap. 100, n. 7.

Nota. Mas n'este caso não são obrigados in solidum e só pro rata, Mull, *ad Struv.*, Exerc. 23, Thes. 44, pag. 1486, Col. 2. Veja-se Stryk., *infra citat.*, § 20.

§ 18

A prova d'esta versão em utilidade da companhia deve ser concludente, Rocc., *Select.*, Cap. 100, n. 19. Ella é difficil, mas por isso mesmo bastam conjecturas, Felic., *de Societ.*, Cap. 31, n. 29. Geralmente diz Stryk., *Us. mod.*, L. 12, Tit. 1, § 74. «Cum difficilis sit versionis probatio; non adeo rigidus esse debet iudex, ut occultarem semper, et necessariam probationem exigit; sed sicuti in aliis difficilioribus probationibus, ita et hinc conjecturas et præsumptiones admittere potest». Propondo Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 1, Cap. 53, esta questão; *An identitas pecuniæ probetur conjecturis?* Responde affirmativamente, e acrescenta: «Inter con-

jecturas illa est præcipua quæ colligitur ex brevitate temporis; præsumitur enim facta solutio de eadem pecunia quandò modicum intercessit intervallum», etc. E ao proposito de que tratámos, expõe o citado Felicio as conjecturas proprias, ut ibi:

«Prima quarum est, quandò unus ex sociis emit lanas, et post earum emptionem ab altero socio fuerint confecti plures panni, nec constat, quod eo tempore emit alias lanas, nam præsumitur, quod ex lanis emptis confecti fuerint, et sic quod versæ fuerint in societatis utilitatem... Si socius macelli emit animalia, et constat eo tempore in macello fuisse occisa animalia, præsumitur, quod illa empta occisa fuerint, et sic versa in societatis utilitatem. Secunda conjectura est, si socius a cæteris sociis, uti vir probus, et prudens approbatus fuit. Stante enim tali approbatione præsumitur quod ab eo gesta in societatis utilitatem gesta fuerint... Tertia est conjectura, si socius librum rationis, et negotiationis et administrationis edere recusat, in quo constare asseritur res emptas fuisse conversas in utilitatem societatis... Quarta et ultima est conjectura, si per testes probetur res emptas ab uno ex sociis conductus fuisse in domo communi sociorum. Ex hoc enim præsumuntur conversæ in communem utilitatem», etc. Outras semelhantes conjecturas ao proposito se vejão no Card. de Luc., de *Credit.*, Disc. 72.

Nota. O citado Rocc., *Select.*, C. 100, figura um caso celebre a este respeito. Bassetto contrahiu sociedade com João, sobre negociação de aromataria, na qual Bassetto poz o capital e João a industria. Toma João dinheiro a cambio em nome proprio da mão de Francisco, e o mette no negocio. Demanda Francisco a Bassetto pela acção de *in rem verso*, e quer preferir a Bassetto crédor do capital da sociedade, que João devia; defendeu Rocca o partido de Bassetto por muitas razões que omitto, e lhe da preferencia na divida do seu capital contra o cambio dado por Francisco a João, aindaque esse dinheiro fosse convertido na compra da aromataria, em que havia entre Bassetto e João a negociação.

These 7.ª

§ 19

«Sæpe solent socii inter se convenire, ut per communem præfectum societatis, vel institorem administrent, quo deinceps con-

stituto, obligantur socii ex iustitoris administratione propter communem præpositionem . . . Utrum vero ex hoc pacto socii pro rata obligentur an verò in solidum, disquirendum est. Constat equidem socios communi consensu contrahentes tantum obligari pro rata. Ast verò ubi unum societati præponunt, per quem contrahunt cum extraneis, durius videtur, ut hi, qui cum uno contraxerunt postea distringantur in plures adversarios, atque indè etiam in exercitoria actione cautum est, ut plures exercitores in solidum teneantur . . . Cæterum si alter ex præponentibus solidum solvit, ejus partem postea societatis judicio consequitur . . . Et hanc decisionem præcisè pertinere ad casum, ubi socii institorem præposuerunt negotiationi», etc. Stryk., *Us. mod.*, L. 17, Tit. 2, § 27, Conf. Valasc., Cons. 98, n. 10, Felic., *de Societ.*, C. 30, a n. 31, Michalor., *de Fratr.*, P. 3, C. 48, a n. 12, Luc., *ad Gratian.*, C. 279, n. 5, 6 e 7.

Nota. Porém pelo uso das nações cada um dos socios, que assim simultaneamente propõe institor a uma negociação commun, só fica obrigado *pro rata* e não *in solidum*, e cada um conforme a parte de capital com que entrou para a sociedade, e, sendo demandados, livram-se da acção cedendo e dimittindo tudo quanto entregaram á fé do institor, Voet., *ad Pand.*, L. 14, Tit. 1, n. 5, Tit. 3, n. 2, in fin., e L. 17, Tit. 2, n. 13, in fin. Additio ad Felic., *de Societat.*, C. 30, ad n. 32. Isto é mais racionavel. (Veja-se as notas aos §§ 19 e 31.)

Em que casos estão ou não os proponentes responsaveis aos crédores, que mutuaram dinheiros ao institor? Veja-se largamente Bagn., C. 53, tot., Rocc., *Selectar.*, C. 102, tot., Michalor., *de Fratr.*, P. 3, C. 48, a n. 14, Pereir., Decis. 40, Mendez, L. 4, C. 5, § 3, Ansal., *de Commenc.*, Disc. 45 e 46. Em que casos o institor *durante aut finito officio* pôde ser directamente demandado? Veja-se Silva, ad Ord., L. 3, T. 86, § 23, a n. 30, Guerr., Tr. 4, L. 5, C. 8, a n. 43, Luc. Ferraris, verbo *Procurator*, etc., et ad omnia addentes ad Bolon., *de Commenc.*, L. 1, C. 4, a n. 27. Sed veja-se omnino Stryk., *Us. mod.*, L. 14, T. 3, §§ 4 e 5.

These 8.ª

§ 20

«Idem erit dicendum (continúa Stryk., *Us. mod.*, L. 17, T. 2, § 28) si pactum tale inter socios initum sit, *ut unus ex sociis et*

non extraneus societati præpositus sit. Operatur enim hoc pactum inter socios initum, ut singuli ex facto socii institoris obligentur in solidum... Quia iniquum visum fuit eum, qui cum uno contraxit postea in plures adversarios adstringit.» Conf. Valasc., Cons. 98, n. 7, Coccey, *Jus Controv.*, L. 48, T. 2, sub Rubr. *De sociis cum extraneis contrahent*, Q. 4, Brunnem., in L. 82, ff. *Pro Soc.*, n. 4; Felic., *de Societ.*, C. 30, n. 15, e a n. 31, e Mull., ad Struv., Exerc. 22, Thes. 44, pag. 1487, Col. 1. Veja-se *Singuli socii*.

Nota. Aliter *ex hodierno usu*, que n'este caso só ficam obrigados pro rata e não in solidum, Voet., *ad Pand.*, L. 17, T. 2, § 13, in fin., judicatum Guerr., Tr. 4, L. 6, C. 4, n. 45. (Veja-se Not. ad § 31.)

§ 21

«Hoc tamen non aliter intelligitur (declara Stryk., supra) quam si socius nomine societatis contraxerit. Si enim proprio nomine, et non tanquam socius præpositus egerit, societatem haud obligat, quoniam hujus, non societatis fidem secutus est, qui cum socio, sed non qua tali, contraxit (Conf. supra, § 10). Quod si tamen contractus in utilitatem societatis contractus sit, veluti si pecunia ab hoc præposito accepta mutuo in arcam communem fuerit versa, æquum omnino est, ut societas obligetur (Conf. §§ 16 e 17). Sic enim obligantur singuli socii, quasi ipsimet contraxisent. Undè hoc casu magis pro rata, quam in solidum eos obligari vult Lauterbach... In hoc tamen hic institor socius ab extraneo, de quo in § præcedenti actum differt, quod ipse obligetur creditori, quocum contraxit, in solidum, ita ut etiam ex bonis propriis solvere cogi et executio in ea fieri possit. Extraneus institor de suo regulariter præstare nihil cogitur; nam institor socius eam negotiationem simul proprio nomine exercet, de ejus lucro participat; et ita merito quoque proprio nomine obligatur» etc. Conf. de Luc., *de Credit.*, Discurs. 87, n. 10.

§ 22

Tambem esta these 8.^a justamente se declara por Muller, ad Struv., Exerc. 22, Thes. 44, pag. 1486, Col. 1, in fin., e Col. 2, in pr., ibi: «Si socius præpositus formam præpositionis neglexerit,

et excesserit, ipse solus, uti sibi acquirit, ita etiam exinde obligatur illis, cum quibus contraxit... etiam si nomine societatis contraxerit, et societatis sive sociorum nomina simul expenderit... Hinc si socius, ut incerto loco communem negotiationem exerceat, praepositus sit, ipse vero extra illum locum contraxerit, reliqui ejus socii exinde obligantur vel minime... Idem dicendum, si societas de certo negotiationis genere, v. g., de negotiatione vinaria, frumentaria, aromataria si contracta, eidemque unus ex sociis praepositus; ipse vero emerit coria, pannos, vel alias merces, aut fundum sive praedium licet societatis nomine... Item si ad negotiandum constitutus donaret; vel cambiis exercendis merces emeret.» (Conf. Thes. 4 e 5.)

These 9.ª

§ 23

«Si duo vel plures mercatores aliquam certam negotiationem gerunt per se ipsos, et simul eam exercent in eodem loco, et unus ex eis celebrat aliquem contractum *pertinentem ad illam negotiationem*, non erunt obligati ex eo singuli in solidum, sed quilibet tenetur proportionem, quam habet in illa negotiatione, et sic dumtaxat proportionem suam poterit conveniri, sive ea sit aequalis... Et sic quilibet eo casu potest conveniri *pro rata* sua tantum (*), et non in solidum ex contractu celebrato per unum ex illis», ita Valasc., Cons. 98, n. 4, Conf. Voet., *ad Pand.*, L. 17, T. 2, sub n. 13. Veja-se *. *Si per se omnes communiter*, etc., Arouc., in L. 2, § 1, ff. *de Rer. Divis.*, n. 192. Veja-se *. *Illud etiam*, Bolan., *de Commerc.*, L. 3, C. 4, n. 22, in fin.

(*) Nota. O mesmo Valasc., sub n. 4, refere opinião contrária, e com justa razão, porque quando todos promiscuamente traficam na mesma terra, e no mesmo negocio, não podem dizer-se reciprocamente propostos, ou todos por um; e, aindaque o fossem, repugnava o uso de algumas nações, de quo Not. ad § 18. Essa mesma opinião contrária refutada por Valasc. segue com muitos, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 22, Thes. 44, pag. 1487, Col. 2. Veja-se γ. *Si in jam praedicto casu*, aonde refere estatutos contrários de outras nações.

These 10.**§ 24**

«Quandò inter se conveniunt socii, ut quidquid unus sociorum faceret, illud perinde haberi debeat, ac si ab omnibus sociis esset gestum. Sic quasi singuli in solidum societati præpositi videntur. Utrum verò ex unius contractu reliqui quoque socii hoc casu in solidum teneantur, quæritur? Et quidem distinguendum esse iudico: utrum proprio nomine contraxit, an verò tanquam socius; priori casu reliqui non obligantur (Conf. § 7); utut enim pactum hoc jus facit inter paciscentes; tertius tamen, quocum societatis nomine nihil actum est, ex huiusmodi pacto contra reliquos actionem habere non potest (Conf. §§ 9 e 10); nam creditor hoc casu nequidem voluntatem habuit alios præter eum, quocum contraxit, sibi obligandi... Posteriori casu eadem obtinet decisio, quam antea jam formavimus, si institor nomine societatis egerit, ubi ostendimus singulis tali conventionione obligari in solidum (Conf. §§ 19 e 20.): hoc pactum etiam tacite aliquando inde colligitur, si socii singuli separatim negotia quædam exerceant, vel si plures socii in una statione promiscue negotientur» etc. Ita Stryk., supra § 29.

Declara-se melhor esta these com o que se expõe no § 39 e sua nota.

These 11.**§ 25**

«Succedit pactum, ut socii conjunctim negotientur, ita ut alter sine altero societatis nomine nihil agere, vel contrahere possit. Hujus pacti ea vis, et potestas est, ut si unus socius societatis nomine, et de rebus ad societatem spectantibus contraxerit; tamen reliqui socii exinde nullo modo obligentur, quoniam cum socio non contractum est secundum formam societati præscriptam (Conf. § 14)... Limitat tamen Lauterbach., *de Oblig. Socior.*, § 62, hanc sententiam in casu, quo creditor probare paratus est rem illam in societatis utilitatem versam esse; quia ita obligatio quoad reliquos socios ex ipsa versione deducenda est (Conf. §§ 16 e 17).

Ita Stryk., supra, § 30, et *de Caut. Contrat.*, Sect. 2, C. 10, § 14, Mull., ad Struv., Exerc. 22, Thes. 44, pag. 1487, Col. 2, * III, *Si duo*.

These 12.ª

§ 26

Porém « quando duo vel plures mercantiam, vel negotiationem aliquam gerunt per se ipsos, et omnes simul gerunt aliquem contractum ad illam pertinentem, et hic contractus celebratur cum omnibus simul casus est sine dubio, quod non teneatur quilibet in solidum, sed unusquisque por parte sua » (*). Ita Valasc., Cons. 98, n. 6. Conf. Felic., *de Societ.*, C. 30, n. 34, Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, C. 10, § 15, Mant., *de Tacit.*, L. 6, T. 22, n. 8. Conf. Arouc., na L. 2, § 1, *de Rer. divis.*, n. 192, *. *Illud etiam*.

(*) Nota. As palavras *pro parte sua* entendem-se ex Stryk., supra, *pro illa parte, quam in Societate habent*, Felic., supra: « Sed hoc fallit quando fuit dictum, quod teneantur in solidum. Item fallit, si socii sint alicujus negotiationis quæ à publico decernitur. Item tenentur ex secundaria obligatione proveniente ex dolo et culpa. Etiam fallit, ubi socii insimul venderent animalia, puta pecudes; quia ædilitia actio proponi potest contra quemlibet ex sociis in solidum, dummodò proponatur contra eum, qui in animalibus habet majorem partem, non autem minorem. Ita fallit stante consuetudine, quod omnes teneantur in solidum. Item fallit stante statuto. Insuper fallit considerato quod ad invicem respectu, extranei fidejussores dicuntur. Nam licet respectu ipsius obligationis contractæ non dicantur in solidum obligari, tamen considerati uti fidejussores, in solidum tenentur ». Ita Felic., *de Societ.*, C. 30, a n. 34 ad 38. Quanto a mim basta esta ultima limitação, e me admiro da inadvertencia de Valasc., na these absoluta que firmou d. n. 6; porque, quando muitos socios contrahem simultaneamente, ficam *co-reos debendi*, e n'este reino obrigados in solidum como reciprocos fiadores, aindaque assim o não exprimam, por argumento da Ord., L. 4, Tit. 59, § 4, Lim., ibidem, n. 8, Cald., *de Empt.*, C. 33, n. 52, Arouc., na L. 15, ff., *de Legib.*, n. 40, Pereir., Dec. 85, n. 6, Peg. 4, For., C. 48, a n. 29; signanter quanto aos socios que se obrigam como co-réus, que ficam in solidum obrigados ao crédor, como reciprocos fiadores, Henriq. Coccey., Vol. 2, Disp. 13, *de Cautione Correali*, § 13.

These 13.

§ 27

Quanto aos arrendamentos das rendas reaes, e sociedades que sobre ellas contrahem os arrematantes, deixado o que dizem os DD., temos a L. de 22 de dezembro de 1761, que no Tit. 2, § 31, determina: «Prohibo que d'aqui em diante se estipulem os referidos contratos com fianças. Ordeno que sem ellas se façam, consistindo a segurança da minha real fazenda, em primeiro lugar, nas qualidades dos arrematantes, ou de serem todos pessoas conhecidas, e de notorio credito; em segundo lugar, em ficarem todos os seus socios presentes e futuros, e os que com elles tiverem interesses obrigados cada um in solidum á minha real fazenda, postoque não assignem os contratos, porque a qualidade de interessados os constituirá sempre fiadores legaes na sobredita fórma... E hei logo por nullos e de nenhum effeito todos os contratos celebrados contra o que tenho disposto acima ao dito respeito.

These 14.

§ 28

É frequente a sociedade em que um dos socios põe o capital, outro a industria e agencia na negociação que destinam e convencionam. N'este caso pois, se o socio que põe a industria contrahe dividas, ainda mesmo para a convencionada negociação; se recebe dos negociantes maiores a credito as mercearias respectivas á negociação mesma, etc.; n'estes casos e semelhantes não têm os credores d'essa sociedade acção contra o socio que poz o capital, mais que até os limites do mesmo capital, sem que elle fique pelos seus proprios bens obrigado ás dividas que com excesso do emprego do capital contrahiu o socio que poz a industria, Fontanell., Dec. 506, a n. 11, et 17, Ansaldo., *de Commerc.*, Disc. 98, n. 40, ibi: «Ubi negotium erigitur cum certo et limitato capitali Creditores solummodò habent obligatum idem capitale, nullamque actionem exercere possunt adversus alia bona ejus qui negotium evexit»; et Discurs. 4, n. 11, Mantic., *de Tacit.*, L. 6, Tit. 22.

n. 8, Michalor., *de Fratr.*, F. 2, C. 48, n. 23, *. *Sed hæc communis*, Guerreiro, Tr. 4, L. 6, C. 4, n. 88, Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 87, n. 11, *ubi plures alios refert* Altimar., *de Nullitat.*, Tom. 4, Q. 25, n. 262, 265, 278, 304, Carol. Anton. de Luc., ad Gratian., C. 279, a n. 9, e n. 17.

§ 29

E com razão, porque esta sociedade conforme a intenção dos contrahentes é restricta, e limitada ao capital do que o põe, e á industria do outro, ao risco, e ao lucro do mesmo capital, sem que se possa subentender que o que poz o capital se quiz expor á perda de mais, ou a quaesquer dividas que o que põe a industria haja de contrahir com excesso do mesmo capital, como bem raciocina Fontanell., Decis. 506, a n. 21, e o segue com outros muitos de Luc., ad Gratian., C. 279, a n. 9. Concordam os DD., citados no § 25. O mesmo Fontanell., Decis. 506, responde admiravelmente a todos os contrarios, entre os quaes se pôde contar Muller, *ad Struv.*, Exerc. 22, Thes. 44, pag. 1487, Col. 1, aindaque propondo ambas as opiniões nenhuma firma, antes, pondo esta em ultimo logar, é visto segui-la. Veja-se infra Not. ad § 33.

§ 30

Sobre todos o melhor que escreveu n'este ponto foi Ansaldo., *de Commerc.*, Disc. 98, a n. 58, aonde distingue varios casos, ut ibi.

«Primus est, quando agitur de vera et formali Accomandigia, quia nimirum aliqui negotiandam pecuniam tradiderunt tertix personæ, seu institori, qui sub proprio nomine, vel alterius socii rationem administret, non autem sub nomine accomandantium, tuncque certum est, quod iidem accomandantes non possunt teneri pro facto ipsius institoris ultra quam posuerunt in illo negotio, cum accomandans dicatur deponens, et accomandita nihil aliud significet, quam depositum pro negotiatione ineunda, et sic idem accomandans fit quidem socius ob interesse, quod habet in illo deposito, sed per modum participationis, non proprietatis, aut veræ et propriæ societatis (*). . . tam ex lege accomanditæ, quam ex dispositione statuti Florentini, quoties accomandantes non sunt no-

minati, creditores dici nequeunt contraxisse cum ipsis accomandantibus non nominatis, sed solum cum ipsa ratione, vel personis nominatis. Ideoque non possunt accomandantes in hoc casu teneri erga eosdem creditores, nisi ratione rei, seu illius limitati capitalis, cum quo contribuerunt ad efformandam illam rationem, ac personam formalem seu intellectualement, et cum qua creditores tantummodo contrahunt (**).

(*) Por isto justamente diz com muitos DD. Merlin., *de Pignori*., L. 2, Tit. 2, Q. 76, que essas opiniões «procedunt in terminis Socio-rum, ideo non videntur posse adaptari contra eum *qui in societatem habet simplicem participationem, quia non videtur esse socius*», etc. N'este sentido é que procedem sem duvida as doutrinas citadas no § 27.

(**) Conf. supra, §§ 9 e 10.

§ 31

«Secundus est casus (continua Ansaldo., n. 60), quando iidem accomandantes (improprie tamen tales) permiserunt expendi proprium nomen vel absolutè, vel conjunctim cum illo institoris. Et in his terminis quia testii contrahentes intellexerunt habere obligata illa nomina sub quibus societas nuncupatur, et cantat; parum refert, quod limitatum fuerit, nec ne capitale, cum pro tota summa personaliter semper adstringantur nominati in illa ratione, adeo ut potius revera congruat accomandantibus nomen socii, et potius sit societas, accomandata ad effectum, ut (quidquid sit inter eosdem socios) favore tamen tertii tenentur omnes in solidum, et ultra capitale.»

Nota. Este segundo caso já varia de circumstancias. O que põe o capital para participar dos lucros mediante a industria do outro, se transforma socio pela permissão de que o institor contrate em nome d'elle e obriegue. Advertindo o mesmo Ansaldo., sub n. 68, que basta: «Sive quis subscribat, vel patiat proprium nomen subscribi et expendi, ut teneatur in solidum». Bem como: «Institor dicitur ille, quem dominus passus fuit, ut negotiationem quæstuariam administraret, per hoc enim videtur ipsum præponere suum institorem, ut obligatus remaneat ex contractibus gestis cum eodem institore tacitè præposito», etc. Veja-se Bagn., C. 53, n. 8, com as declarações que expõe n. 9. Veja-se também Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 8, n. 71 e 72.

§ 32

«Nec facit illa ratio (prosegue Ansaldo., n. 61 e 62) quod obligatio repræsentetur in illo corpore societatis. Undè contrahentes sibi imputent, nisi perspexerint et investigaverint qualitatem, et quantitatem societatis eorum, cum quibus contrahunt. Quoniam doctrina hæc, seu conclusio venit intelligenda in alio, qui potest esse tertius casus, nempe quoties societas cantat sub nomine Titii, et Sempronii cum dictione cæterata seu e Companhia, quia profecto quoad alios socios non nominatos, ac solum inclusos sub illo nomine e Companhia, si quis velit illos habere obligatos; debebat investigare quantitatem ab eis positam in negotio, et propter quam concurrebant ad ipsam personam formalem Societatis efformandam. Sed ista non militat quoad expresse nominatos, nam eorum nomen venit semper sub obligatione personali contracta cum creditoribus, et accessoriè sequuntur bona, *exemplo Navem exercentis, in quo ad normam in L. Nec quidquam, ff. de Inst. act., et L. Habebat, § fin., ff. de Inst., non curatur quam quisque portionem in ipsa Navi posuerit, sed attenditur, an exercuerint*(*)... Reflectendo, quod alias, si obligatio nominatorum restringeretur ad capitale, repugnaret adversus prædictam rationem fundatam in simplici negligentia creditorum, qui non perquisiverunt quantitatem ipsius capitalis, duæ aliæ longe fortiores: 1.^a, quia possent nominati, et per se, vel per alios administrantes confingere in libris credita insubsistentia, vel simulata, et crumenam rationis per ablationem pecuniæ imminuere, et sic ut dicitur fallit *com a bolsa cheia*, absque eo, quod nec etiam de hoc argui possent, immò absque eo, quod ullo modo decoquerunt; cum jactura apparens reduceretur ad solam partem capitalis, libera eorum persona, et bonis remanentibus ab omni obligatione, quo nihil absurdius. Et 2.^a, quod si nominati, et administrantes, qui pariter optimè, immo magis scire debebant quantitatem capitalis per eos immissi, voluerunt contrahere ultra sphaeram ejusdem capitalis, ipsi forent primi, qui violarent scienter limites ejusdem restricti capitalis; et consequenter nulla æquitas, aut ratio pati debet quod nominatis possibilis (ut prima parte) et effectiva ac propria (ut in secunda) frans patrocinetur.»

(•) Equipara Ansaldo, e equiparam os DD., para o fim da obrigação in solidum, os socios com os institores e exercitores das naus. Pelos costumes do Belgio, em que escreveu Voet., já citado nas notas aos §§ 18 e 19, os institores, os exercitores, os socios, só são obrigados pro rata abrogado o direito romano. Outros DD. da mesma nação dizem o mesmo, refere Stryk., *Us. mod.*, L. 14, T. 7, § 16, aonde argue Grot., *de Jur. Bell. et Pac.*, L. 2, C. 11, § 13, enquanto defendeu menos justo n'esta parte o direito romano, referindo Stryk. ahi um aresto conforme a este direito; porém Thomaz., *Not., de Us. hodiern.*, L. 14, T. 1, pag. 175, mais favorece o partido de Grocio, que o de Stryk.: entretanto n'este reino vemos o aresto apud Guerr., Tr. 4, L. 6, C. 4, sub n. 45.

§ 33

•Quartus casus (et qui patentiore efficit tertium mox enuntiantem) considerari potest in persona ipsius accommandatarii, seu institoris; nam si hic fuerit etiam solus nominatus in ratione bancaria nedum tenetur indefinitè quoad debita contracta sub nomine ejusdem rationis in eo solo cantantis ultra ratam capitalis ab eodem immissi; sed si nihil præter simplicem industriam apposuerit, ut frequenter evenire solet (quia plerumque per puros accommandantes erigitur negotium sub nomine et administratione Petri vel Joannis absque ullo vel modico capitale ejusdem Petri vel Joannis) adhuc in persona, et bonis in solidum est obligatus, ut de jure, et disponit Statutum Florentinum etc. •

Nota. Se n'este caso o proposto á negociação entra com parte de capital, é o unico nomeado, e contrahe sem menção do outro socio que por parte do capital; é bem certo que só contra elle têm acção os crédores, porque só seguiram a fé e credito d'elle, e ninguém mais tiveram em vista, nem tão pouco a companhia (§§ 7, 9, 10 e 29). Se elle só põe a industria e contrahe em seu nome, fica obrigado como institor pessoalmente aos crédores, segundo as distincções dos DD. citados na nota ao § 18, *¶ Em que casos*; se contrahe alem dos limites do capital recebido, só a elle é imputavel o excesso, e não tem depois regresso contra o preponente, porque excedeu a commissão, segundo as distincções que expõe Bagn., C. 53, e Guerr., Tr. 4, L. 5, C. 8, a n. 41. Mas nunca podem ser os que pozeram o todo ou parte do capital directamente demandados pelos crédores, que não seguiram a sua fé, nem intencionaram obriga-los, etc. Vejam-se os citados DD.

§ 34

«Quintus denique casus est, quive dedit ansam cum pluribus æquivocis subortis in hac materia: utrum in abstracto socii in contractu societatis inter eos factæ, vel in præpositione alicujus institoris *se obligassent habere ratum, e gratum totum id, quod a consociis, seu ab eodem institore ferit occasione societatis?* Cumque in his terminis prævaluerit illa distinctio; nimirum, quod socii *respectu tertii contrahentis teneantur in solidum*, inter se vere fieri debeat repartitio pro rata, ut etiam notavit Thesaur., L. 4, For., Q. 30, n. 1 e 2. Hinc hujusmodi distinctio generavit non modicam confusionem, ut increpando Felic., *de Societ.*, C. 30, n. 32, monet idem Thesaur., sub. n. 3. Siquidem putarunt DD. idem esse, quod socius teneatur in solidum erga creditores, ac teneatur ultra portionem capitalis ab eo immissi; et tamen toto cœlo distat una conclusio, sive unus effectus ab altero. Ponamus enim, quod tres socii constituerunt societatem, et eorum unus ponat pro capitali secuta 1000; alii verò duo pro quolibet 500; societas autem debitum autem contrahat in scutis 2000; inter autem ipsos socios fieri debet pro rata repartitio hujus quantitatis ad portionem capitalis cum illa aurea regula, quæ nuncupatur *deltre*. Sed si societas contrahat debitum in quantitatem scutorem 3000, et in hoc casu satis non est dicere, quod socii teneantur in solidum erga tertios contrahentes, sed oportet transire fretum gaditanum, seu plus ultra columnas Herculeas, nempe ad examen, utrum unusquisque ex sociis remanet obligatus in solidum de proprio, et ultra capitale usque ad integram satisfactionem creditoris? In qua sane quæstione valde familiari et quam solam vidi tactam, et propositam a Thesaur., L. 4, Q. 30, hic impugnans Olasch., Decis. 150, et testans fuisse resolutum per Senatam Pedemontanum contra eundem Osasch, inquit, socios teneri ultra capitale, *quia omnes socii, vel sunt uti principales, vel uti ad invicem fidejussores*: et Thesaurum, sequi videtur ex Ensor, Decis. 246. At nec ratio Thesauri ad modum stringit; quia generaliter sumpta *destrueret omnes accommanditas, et omnes societatis initas cum limitatione certi capitalis administrandi per tertium institorem; vel alterum ex sociis*: Proindeque, cum ipse Thesaur., d. Q. 30, n. 30, n. 6, dicat, quod per judicem diligenter inspi-

cienda erunt capitula societatis, crederem, quod non solum ponderari debeat, an ex contextu liqueat, quod socii voluerint se obligari ex facto alterius *indefinite* (cum potius expertus fuerim capitula consimilia continere certum capitale, et limitatas facultates); verum etiam, an ex eisdem capitulis appareat, *quis deberet esse nominatus*; ut ex eo possit cognosci, an secundum distinctionem casuum, de qua supra, *voluerit subire indefinitam obligationem proprii nominis*, et consequenter cum accessoria subjugatione omnium bonorum; *intelligendo tamen in subsidium, seu discusso prius capitale societatis, quod est primario obligatum.*

Nota. Este quinto caso figurado por Ansaldo deve receber ainda as distincções de Struv. e Stryk., que ficam expostas nos §§ 7, 8 e 23, e coincidem com elle. Quando a sociedade se forma com um fundo de certo capital, em que os consocios entram com igual ou desigual porção, sim ficam, segundo as distincções dos casos expostos nas precedentes theses, obrigados *in solidum*; mas este *in solidum*, equivoco com que alguns DD. se explicam, deve entender-se dentro dos limites do capital, e não deve entender-se que cada um se obriga ao solido, alem do capital, ou pelos seus proprios bens, a menos que no contrato da sociedade haja uma clara expressão, de que cada um se obriga *in solidum* e por seus bens; e isto por mais exuberantes que sejam as faculdades concedidas aos propostos e institores para negociarem, contrahirem cambios, etc., porque todas essas clausulas, faltando aquellas especificas obrigações *in solidum* e pelos proprios bens, se restringem até os limites do capital, e nunca ao excesso d'elle, ou do equivalente a elle. É notavel a hypothese, que figura Fontanell., Decis. 504, no principio, aonde figura uma sociedade com um capital de 20:000 libras, e com amplissimas faculdades concedidas aos propostos; mas como faltou obrigarem-se os socios especialmente *in solidum*, ou pelos proprios bens, defendeu Fontanella n'aquella e seguintes decisões, que nenhum dos socios ficou responsavel pelos excessos de dividas que alem do capital contrahiram os propostos, nem cada um alem do que poz de capital na sociedade, etc.

Na decisão 509 transcreve Fontanella a sentença que n'esse caso, o mais disputado, proferiu o seu senado; e porque é digna de nota, tambem aqui transcrevo parte em favor de quem carecer d'aquella obra.

«Tamen, quia societas, sicut reliqui contractus, ex conventionem legem accipit, et contrahentes ultra eorum intentionem obligari

non possunt, quæ deprehendenda est ex verbis instrumenti, sub quo redigitur societas; et sic ex verbis supra notatis capitulationum dictæ societatis; ex quibus apparet consociis statim in initio, cum primum de negotiatione agunt non ipsos dixisse quod negotietur summa infinita, sed negotietur ab Hispania ad Italiam; ex quibus verbis designatio locorum inferri potest, non summæ; et prima verba, quibus ea exprimitur, limitatam quantitatem continet, id est 20:000 libras, et sic societatem finitæ quantitatis; et constat ex C. 10, capitulationis egisse consocios in tota societate de negotiatione finita, non generali. Ideoque ex natura societatis finitæ non sequitur obligatio omnium bonorum; et consequenter illa inducenda est verbis capitulationis, quæ nullibi sunt expressa ea vi, ut solida obligatio nascatur. Nec verba 7.^m capituli mutant naturam societatis; nam etsi data esset infinita facultas dandi, et recipiendi pecunias ad cambium restringenda esset juxta naturam rei, de qua agitur, et subjectam materiam, et sic tanquam facultas tributa in societate limitata, in qua potestas omnis et facultas regulatur a capitali ex natura societatis; non quod in societate aliquorum bonorum dari non possit facultas infinita et sumendi pecunias ad cambium, si id contrahentes agant; quemadmodum in actione de *peculio*, et *quod jussu*; quantum illa limitata est intra peculium, et hæc, si id pater egit, infinita est, et excedit peculium. Verum socii in dicta capitulatione non ita egerunt, ut limitando societatem facultatem infinitam præstarent; imò facultatem restrinxerunt sub his verbis *tot à risch y perill de la present compannya*, quæ verba ad totam clausulam referuntur, et illam declarant, scilicet quod periculum ad societatem pertineret: societas autem erat 20:000 librarum, et si facultas dandi et recipiendi pecunias ad cambium limitata intra eam quantitatem; periculum enim spectare ad aliquem in jure nihil aliud est, quam illum obligatum esse ad periculi præstationem, id est, ad damnum, quod ex periculo resultat: damnum vero versari poterat in amissione pecuniarum si transveherentur, si merces ex pecunia comparatæ naufragio perirent... Nec porrigenda est intentio contrahentium contra eorum verba et in grande ipsorum dispendium, quod verisimiliter credi non potest, nisi expressis verbis obligatio ab eis in eum casum concepta fuissent... Præponens

non obligatur ex scientia ultra pactum in societate expressum cum nemo extra conventionem teneatur ex contractu. Et fraudem non committunt socii adversus creditores: quia copiam habere potuerunt instrumenti societatis, et videre pactiones, sub quibus, coita est... Error namque creditorum non est modus inducendi obligationem, sed conventio. Hinc fit ut actio sequatur naturam obligationis, et quemadmodum obligatio capitalis est, et intra capitale; sic actio est intra capitale, et non ultra, et tamen datur in solidum unicuique ex creditoribus adversus quemlibet ex sociis ne qui cum uno contraxit distringeretur per singulos actionem dividere (Sentença da L. 1, § ult., L. 2, 3 e 4, ff. *de Exercitor.*) pro portione quam habent singuli in societate (Conf., Not. ao § 31), et sic actio est intra capitale non pro parte, sed in solidum; ut contingit ei, qui cum servo plurium contrahit, nam si unamquemque ex Dominis in solidum convenire potest, non tamen ultra peculium quod constituitur ex portionibus cæterorum dominorum. Et cum ex meritis processus constet jam dictum boxados partem suam contulisse societati et societatem obæratam esse nulla superest obligatio, nec actio adversus eum, etc.

These 15.ª e geral

Os estylos mercantis attestados uniformemente pelos negociantes de grosso trato e acreditados, sendo em si justos sem iniquidade, são os que merecem a primeira attenção para a interpretação do duvidoso dos seus contratos, ou das palavras tèchnicas d'elles; e devem os julgadores regular-se por elles, aindaque pareçam contrarios ao direito; mas sempre com as advertencias e precauções que recommendam aos magistrados Ansald., *de Commerc.*, Disc. geral, a n. 41, Card. de Luc., *de Emption.*, Disc. 5, n. 7, tetigit Guerreiro, Tr. 4, L. 6, C. 4, n. 89, Id. Ansald., Disc. 72, a n. 24 (aonde adverte que as suas attestações são abandonaveis *in iis quæ concernunt juris articulum*. Conf. Salgado, *in Labyr.*, post Tract., Dec. 7, sub n.). Veja-se etiam Bagn., C. 53, a n. 19, Cabed., Ar. 63, Peg. 2, For., C. 14, n. 122, a pag. 994, et seq., com os que cita.

Quando aquelle socio que poz o capital tem o direito da preferencia contra o que emprestou dinheiros ao que no negocio poz a industria, e quando o que poz o capital não seja obrigado recebe-lo senão em moeda como o poz, e não em mercearias, veja Rocc., *Select.*, C. 100, a n. 20.

Supplemento á these 15.ª

«Plus discere poterit studiosus juris in his materiis ex menstrua conversatione cum mercatoribus, quam ex annua evolutione jurisconsultorum. Solent enim in talibus controversiis ipsi mercatores judicium suum ferre, vel consilium dare, quod *parere* vocant. Adde Schilter et Beyer., ad hunc Tit.» Ita Thomaz. Not., de *Us. hodie.*, ad Pandect, L. 14, T. 3, pag. 178. O codigo de Sardenha, L. 2, T. 16, C. 2, § 5, dá aos negociantes um voto decisivo ou pelo menos consultivo, quando elles não têm interesse no negocio de que se trata.

Depois de feita esta dissertação tive noticia saíra á luz uma obra intitulada *Direito mercantil*. Emquanto não a vejo não posso julgar se n'este artigo, em que dissertei, será util ou inutil esta dissertação, que não faria se tivesse noticia d'aquella obra; depois a vi, e não trata a materia d'esta dissertação.

Supplemento ao todo

O moderno codigo civil da França, Art. 1862, 1863 e 1864, absolveu mais rigorosamente as theses referidas, reduzindo tudo substancialmente a estas tres:

1.ª Nas sociedades outras que não sejam as do commercio, os associados não são obrigados *in solidum* pelas dividas sociaes, e um dos associados não póde obrigar os outros se estes lhe não têm conferido o poder.

2.ª Os socios são obrigados para com o crêdor, com quem elles têm contratado cada um por uma somma e partes iguaes, aindaque a parte de um d'elles na sociedade fosse menor, se o acto não tem especialmente restringido a obrigação d'esta sobre o pé d'esta ultima parte.

3.ª A estipulação que a obrigação é contrahida por conta da sociedade não liga mais que ao socio contratante, e não aos outros, a menos que estes não lhe tenham dado poder, ou que a cousa se não tenha convertido em proveito da sociedade.

DISSERTAÇÃO V

Analyse da generalidade da Ord., L. 3, T. 59, no principio, e nos §§ 3 e 11, e consectorios praticos que das mesmas generalidades e das suas intrinsecas razões se deduzem.

(Supplemento ás Segundas linhas sobre o processo civil e á nota d'ellas 472 e seguintes)

Razões oppositas á nossa lei

§ 1

Não assigna esta Ord. razão alguma em que funde a sua disposição, tão absoluta e universal, só com as poucas limitações, que se acham debaixo do mesmo titulo depois d'aquella generalidade. Porém eis-qui o que a ella se oppõe: 1.º No direito divino achámos geralmente auctorisado em todo o caso a prova por duas ou tres testemunhas, Deuteronom., Cap. 17, v 6, Math., Cap. 18, v 16, Job., Cap. 8, v 17, Paul., *ad Corinth.*, Cap. 13, v 1, *ad Ephes.*, Cap. 10, v 18. 2.º Pelo direito natural o consenso uniforme de testemunhas legaes prova uma verdade, Coccey, *Jurisprud. Nat. et Roman. nov. system.*, § 682, e *Jus Controv.*, L. 22, T. 5, Q. 1.

§ 2

3.º Pelo direito civil: a lei 1, ff. *de fid. Instrum.*, diz: «Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; et ideo tam testimonia, quam personæ instrumentorum loco habentur». O imperador, na L. *In exercendis*, 15, Cod. *de Fid. Instrument.*, decidiu: «In exercendis litibus eadem vim obtinent, tam fides instrumentorum, quam depositiones testium». A Novell. 73, Cap. 5, ainda exaggerou mais, dizendo: «Ea quæ

viva voce dicuntur, et cum jurejurando, hæc digniora fide, quam scripturam ipsam secundum se subsistere». Conduz Cicer., in *Orat. 1.^a in Verrem*: «Omnis spectatio judicum, aut in tabulis aut in testibus est». Test, in § 11, *Instit. de inutil. stipul.*: «Manifestissimis probationibus, vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit, etc.

§ 3

4.º No direito canonico o papa Inhocencio III, no Cap. 10, *de Fid. Instrumentor.*, decidiu: «Tanta fides adhibeatur Instrumento confecto, quanta foret duobus testibus idoneis adhibenda».

§ 4

Nas legislações modernas notámos o mesmo. O Cod. Civ. do imperador José II e o de Saboya, só determinam quaes são as especies de provas, quaes os escriptos particulares, quaes os publicos, etc., e em nenhum caso se requer escriptura para prova ou para substancia de acto. Na moderna Roma e nos estatutos que commentou Constantin., se nota o mesmo, imo em toda a quantia se acreditam os escriptos particulares comprovados.

**Leis similhantes, romanas e canonicas, e de outras nações,
em que a escriptura se requer para prova,
e se não admittê a de testemunhas**

§ 5

Pelas leis romanas se requer prova por escriptura: 1.º, quando se trata do mandato do principe, L. 1, Cap. *de Mandat. Princip.*; 2.º, para prova do clericato, L. *si qua per calumniam*, Cod. *de Episcop. et Cleric.*; 3.º, quanto aos actos judiciais, L. 5, § penult. Cap. *de rec. arbitr.*; 4.º, quanto aos actos de jurisdicção voluntaria, como adopção, emancipação, L. fin., Cap. *de adoption.*, L. 2, § penult., Cap. *de emancipat.*; 5.º, a doação que excedia 500 soldos, L. 34, Cap. *de Donat.*; 6.º, o praso ecclesiastico, Novell. 7, § 1; 7.º, quando o menor que se disse maior quer provar que o não era, mas menor, L. 3, Cap. *si minor se maior. dixit*; 8.º, contra a propria confissão feita em instrumento só se admittê prova por outro, L. 13, Cap. *de non numer. pecun.*, L. 25, § fin., ff. *de*

probat.; 9.º, no caso da L. 31, ff. *de Jurejur.* Outros mais casos se podem ver' em Gothofred., na L. 17, C. *de Pact.*, Not. 51.

§ 6

Pelo direito canonico é necessaria escriptura: 1.º, para prova do privilegio, Cap. *ad Audientiam* 13, *, *de Privileg.*, Cap. *Porro* 7, eod Tit., Cap. 7, eod Tit., in 6.º; 2.º, para a alienação dos bens da igreja, Cap. 1, * *de his quæ fiunt a Prælat.*

§ 7

Na antiga França por umas ordenações, que refere Domat., *Loix Civiles*, pag. 16, art. 12 e pag. 212, no fim do prefacio, se deviam provar por escriptura publica todas as convenções que excediam 100 libras (que na nossa moeda são 16\$000 réis).

**Rasões intrinsecas da nossa ordenação aindaque n'ella,
não expressas**

§ 8

O nosso reinicola Valasco, *de Jur. Emphyt.*, Q. 7, n. 12, exco-gitou estas: 1.ª «Quod brevius expediuntur lites ex probatione scripturæ (consonat Ord., L. 3, T. 25, in princ. ibi: Porque as demandas que são fundadas em escripturas publicas devem brevemente ser acabadas).» 2.ª «Ne copia probationum pereat». 3.ª «Quia scriptura judicat magis firmam et deliberatam voluntatem partis; et ideo omnes termini præjudiciales jubentur a partibus subscribi, aliter non præjudicant, ut est cautum in Ord., L. 1, T. 24, §§ 19, 20 et 21, et T. 70, § 5». 4.ª «Potest lex scripturam requirens fundari in timore corruptionis testium. Quas rationes ad legem Regiam, L. 3, T. 59, adnotabis, quia illa lex nullam ponit expresse». Acrescenta o mesmo Valasc., n. 19, que: «Quantumcumque testes sint legalissimi, non ideo admitterentur, quando lex requirit probationem per scripturam».

§ 9

D'estas rasões só attingiu a ultima o nosso Cald., *de Potešt. Elig.*, Cap. 7, sub n. 3. Na verdade esta, quanto a mim, é uma

das rasões mais fortes da nossa Ord., porque mais facilmente se corrompem testemunhas para jurar falso, do que se fabrica uma escriptura falsa, Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 65, Cap. 2, § 6 e § 12, *¶ Nam ut recte*, aonde acrescenta que: «Gravis pro instrumentis facit præsumptio, tum quod in his etiam testes adhiberi solent; tum quod in instrumentis auctoritas personæ, cujus fides publice est approbata, tantoque minus suspicioni obnoxia, interveniat, etc.»

§ 10

Tanto maior é a quantia ou valor da cousa que se disputa em juizo, quanto mais pôde animar a um avaro e cego da avareza para corromper testemunhas com dadivas, na esperança do vencimento. Por isto é que a nossa Ord., suppondo que por 45000 réis, de bens de raiz, ou 60 de moveis ou dinheiro, ninguém se cegará, e chegará a ponto de corromper testemunhas, admittiu a prova por ellas; mas não no valor ou quantia excessivos d'aquella taxa: «Ob minimum nemo præsumitur animam suam damnare». Barb. et Tab., 16, 41, Cap. 39, Ax. 1.

Não o Napoleão, idiota em direito, que nunca cultivou a equidade, mas só a iniquidade, porém alguns sabios cidadãos que votaram no seu novo codigo (quando ainda consul da nação), renovando ahí a antiga lei já referida por Domat (§ 7), e augmentando a 150 francos os 100 da lei antiga, e isto pela variedade do tempo, um d'elles, o conselheiro d'estado Bigot Preameneu, deliberou assim: «Tas são as regras cujas bases tinham sido consignadas na Ord. de Moulins em 1566, e que têm sido desenvolvidas na Ord. de 1667, sobre o procedimento civil.—Seria imprudencia não manter hoje medidas que a má fé dos homens tem depois de tão longo tempo feito respeitar como indispensaveis.—Tem-se mesmo querido fixar a 150 francos em lugar de 100 francos, a somma que não se poderá exceder sem uma prova escripta, tendo respeito a toda a differença que existe entre o valor do dinheiro na epocha d'estas leis e o seu valor actual.—Póde-se porém perguntar por que rasão ali tomou tantas precauções para garantir de infidelidade testemunhas para os interesses pecuniarios pouco consideraveis, emquanto para a honra e a vida ella admitte estas mesmas testemunhas? —Não se admittem no juizo criminal as provas vocaes, senão por necessidade. Os crimes commettem-se nas trevas, e ordinariamente não ha outras provas possiveis mais que as das testemunhas, etc. A prova

testemonial é mesmo admittida em materia civil quando aquelle que intenta uma demanda não tem um titulo para a justificar », etc.

Melhor para sustentar as leis antigas (conformes á nossa Ord.) renovadas n'esse novo codigo, discorreu o cidadão Jaubert (bem conforme ás rasões do nosso Valasco, § 8), tratando da necessidade de provar as convenções, ut ibi: «Homens de uma igual boa fé não recontam elles muitas vezes de uma maneira differente o que têm visto ou o que têm ouvido? E sem querer calumniar a especie humana, qual é o seculo que não tenha sido testemunha de numerosos exemplos de má fé e de perjurios? Seria pois perigoso entregar a sorte das convenções a testemunhas humanas. Se nós não tivéssemos mais que a tradição oral, que viriam a ser a maior parte das convenções, quando os annos tivessem alterado ás suas o seu rasto ou vestigio? Que erros, que incertezas, que processos, enfim, que objectos de triumpho para a injustiça? Convem pois o legislador estabelecer para a prova das convenções, regras que sejam, quanto possivel, independentes da moralidade individual, e que ajudem ao mesmo tempo a vencer as difficuldades que a successão dos annos traz naturalmente. Assim a prova litteral tem sempre parecido a mais segura.— Quanto aos factos seria preciso bastantes vezes confiar-se á prova testimonial. As acções puramente phisicas, quasi sempre instantaneas, quasi sempre obra de um só, não podem ser provadas por escriptos.— A respeito das convenções, como ellas são o fructo da reflexão de muitos, e os contraentes podem dar certa forma á sua redacção, o legislador pôde exigir que ellas sejam redigidas por escripto, elle pôde declarar que não admittirá alguma prova testimonial, elle deve mesmo declara-lo para interesse de todos, para acautelar uns do seu erro ou da sua facilidade, para impedir os outros de abusarem da sua má fé, para prevenir os processos, e para assegurar a estabilidade das propriedades. — Ha mais de dois seculos que a prova litteral das convenções não tinha sido prescripta mais do que para os objectos que excediam o valor de 100 francos; mas o nosso projecto não propõe exceptuar mais que os objectos que excedam 150 francos», etc.

Acrescento, que quanto maior é a importancia do objecto que ha de depender de provas, e em que pôde haver falsidade, tanto mais se empenham os legisladores a exigir maior numero de testemunhas, como mais difficeis de corromper muitas que poucas. O nosso legislador nos testamentos escriptos exige seis testemunhas com o escriptor, nos nuncupativos seis, nos codicillos (em que não ha instituição de herdeiro) cinco, e nas nomeações dos prazos tres, Cald., *de Potest. Elig.*, Cap. 7, a n. 1. *Periculum ubi magis intenditur, ubi plenius est consulendum*, Barbosa. et Tabor., L. 14, Cap. 34, Ax. 21. Signanter. Manz., *de Testam.*, T. 4, n. 51. Outra rasão adequada está na L. fin., Cod. *de Fideicommiss*, ibi: «Lex etenim, nequid falsitatis incurrat per duos

forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat; ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.» E portanto o nosso Brito, no Cap. *Potuit de Locat.*, P. 3, § 6, n. 20, assenta que esta nossa Ord. foi introduzida em favor do bem publico *principaliter ad tollendas falsitates in re gravioris præjudicii*, etc. Nem a Ord. Manuelina, L. 3, T. 43, nem a Filippina, L. 3, T. 59, exprimiram a sua razão, nem os nossos reinicolas recorreram á Affonsina. Esta pois no L. 3, T. 64, depois de prenotar no § 2, os perniciosos effeitos das demandas, dá no § 3 as razões que tenho conjecturado. As suas palavras vão no appendix.

CONSECTARIOS QUE SE DERIVAM D'ESTAS LEIS

CONSECTARIO I

Quando se obtem provisão de dispensa da ordenação para se admittir a prova de direito *commum*, devem as testemunhas ser legaes, sem reprova, e cuja fé equivalha á de uma escriptura publica.

§ 11

E a Ord. Filippina, L. 3, T. 59, compilada da Manuelina, L. 3, T. 43. No tempo da Manuelina, e antes da publicação do novo regimento do desembargo do paço, datado em 1585 e impresso no fim do L. 1 da Manuelina, não podia o desembargo do paço dispensar a Ord. para se provar qualquer contrato pela prova do direito *commum*; mas era privativa do rei esta dispensa, e já então era necessario que na supplica ao rei se declarassem as testemunhas com que o contrato se pretendia provar, como se nota em Gam., Decis. 32, e em Valasc., de *Jur. Emphyt.*, Q. 7, n. 13, e sub n. 19.

§ 12

O novo regimento do desembargo do paço por el-rei Filippe, no § 76, concedeu a este tribunal passar provisões para se poder provar pela prova do direito *commum*, posto que a quantidade passe de 100\$000 réis não passando de 200\$000 réis. E assim em quantia excessiva de 200\$000 réis se recorria ao soberano, como se nota no decreto de 29 de julho de 1677, transcripto em Peg.,

Tom. 7, á Ord. pag. 503, no fim. Mas o ultimo regimento de 24 de julho de 1713, absolutamente, sem limitação de somma, concedeu a este tribunal facultar provisões para provas de direito commum em causas em que não foram partes os procuradores da corôa, fazenda ou fisco.

§ 13

Nota-se porém nos nossos escriptores coevos, que quando antes do novo regimento do anno de 1586 se recorria em todo o caso ao soberano para dispensar a Ord. Manuelina, L. 3, T. 45, não só era necessario se nomeassem (como hoje) na supplica as testemunhas que se haviam de produzir, ex Gam., Decis. 32, mas a legalidade d'ellas era o fundamental das graças, e só depois de produzidas essas legaes testemunhas, como nos adverte Valasc., d. Q. 7, sub n. 13 et sub n. 19.

§ 14

Ainda mesmo quando depois do regimento de 1586 e antes do de 1713, se recorria ao principe nas quantias excessivas de réis 200\$000, e a elle reservadas no dito § 76, só a legalidade das testemunhas produzidas era o maior e mais principal fundamento da graça e dispensa, como se nota no dito decreto de 29 de julho de 1677, ibi: «Hei por bem que possa provar, pela prova do direito commum pelas testemunhas que tem dadas, o conteúdo na dita petição, sem embargo da Ord. em contrario, vista a legalidade d'ellas.

§ 15

Não se deve suppor que outro seja ou possa ser o espirito do tribunal palatino, o mais illuminado do reino, quando hoje pela geral permissão do regimento de 1713 concede provisões para prova do direito commum, em todo o caso sem limitação de somma ou valor; porque se o serem legaes as testemunhas era o fundamento essencial das dispensas dos soberanos (§§ 13 e 14), o tribunal não é nem se deve suppor mais auctorizado para conceder o que os soberanos não concediam, isto é, para em todo o caso e por quaesquer testemunhas illegaes e suspeitas se poderem com essa dispensa provar os contratos, quando só a proposta legalidade das nomeadas e já produzidas era nos soberanos a causa por que dispensavam a lei.

§ 16

A clausula de antigo costumada (§ 11) e hoje ainda praticada em todas estas provisões, que não poderá produzir mais testemunhas que as relatadas na supplica, qual seria n'esse tempo, e qual deverá ser hoje o seu mysterio? Lá n'esse tempo não era outro, senão porque como só depois de produzidas as testemunhas se impetravam estas dispensas, e como na supplica não só se relatavam as produzidas, mas para obter a dispensa se representava a legalidade d'ellas, e esta legalidade era a causa fundamental das dispensas (§§ 11 e 14), por isso é que se não permittia a producção de outras de que não era demonstrada a legalidade.

§ 17

Hoje pois que taes graças se impetram antes de produzidas as testemunhas (e depois de produzidas), se a praxe variou no accidental de se permittirem as dispensas antes de produzidas as testemunhas e antes de constar da sua legalidade, não deve variar no substancial de deverem ser n'este caso legaes e maiores de toda a excepção, e que possam fundamentar a dispensa em termos que a sua fé equivalha a escriptura publica que exige a lei dispensada.

§ 18

Na verdade, se advertimos que os romanos nos casos graves referidos no § 2, exigiam escriptura publica, não se satisfazendo com provas de testemunhas, se recordámos as rasões intrinsecas da nossa Ord., e da similhante da antiga França, rasões pelas quaes os legisladores exigiram escripturas publicas, necessariamente nos devemos persuadir que, quando a lei se dispensa para se provar qualquer contrato pela prova do direito commum, não é para que possa provar-se por quaesquer testemunhas illegaes, mas só por testemunhas cuja fé seja tão incontestavel como a de uma escriptura publica, e testemunhas em que não podesse haver corrupção, odio, amor, interesse ou paixão alguma.

§ 19

O que se dispensa (e com qualquer causa apparente) é o não se ter celebrado escriptura, mas não se dispensa, que aonde a lei

exigia a escriptura por aquellas rasões, e para obviar corrupções e falsidades de testemunhas pela gravidade do negocio, possa haver uma prova por testemunhas corruptiveis, e cuja fé não equivalha a de uma escriptura. Só cessam as rasões da lei com uma prova tão legal, que equivalha e faça cessar as mesmas rasões. A dispensa é estricta por natureza, Peg., Tom. 2, ad Ord., pag. 39, n. 93, Barbos., Vot. 58. E de se dispensar a omissão de celebrar escriptura, não pôde subentender-se dispensada a necessidade de uma prova tal, que equivalha a escripturá.

Arestos que tem havido a este respeito escriptos e antigos

§ 20

Em Gama, Decis. 32, se nota, que se não julgou provada uma promessa para casamento, porque umas testemunhas não foram nomeadas na supplica, outras eram inconcludentes, uma era irmão, e outra medianeiro. No mesmo Gama, Decis. 372, se nota julgado, que supposto n'este caso não procede a *L. Testium.*, Cod., de *Festib.* (que requer cinco testemunhas para equivalerem a escriptura), comtudo são necessarias duas legaes; E por isso ahi se não julgou provado o contrato objecto d'essa decisão, porque uma das testemunhas era creado, outra mercenario. Confer. Boss., de *Dot.*, C. 9, n. 153, seguido por Guerreiro, Tr. 2, L. 7, C. 2, n. 89, aonde que ou cinco testemunhas, ou duas *probatissimæ fidei*.

§ 21

Vemos em Peg., 3, For., C. 34, desde o n. 371, e desde o n. 419, julgados provados com dispensa da Ord. por testemunhas dois dotes, porque as provas que ahi intervieram eram legaes e concludentes. No caso de Pereira, Decis. 54, foi o senado mais laxo em julgar provado um dote por uma testemunha que depoz da promessa que ella fez por mandato do réu, junta outra que foi medianeira, e jurou da mesma promessa, aindaque ambas singulares de diversos actos, junta outra de uma confissão da ré, e junta a confissão judicial da ré, que sim promettêra dote, mas não tanto, confissão com que se adminicularam as testemunhas, (nt n. 14), juntando-se a tudo o favor do dote. Mas nota-se, que se

tratava do dote a uma filha e genro, que ella era obrigada dotar, (ut n. 15), e nota-se que a nenhuma d'aquellas testemunhas se arguiu defeito, mais que o ser uma d'ellas medianoiro, que Pereira contra Gama julgou ser attendivel.

Não applica bem Pereira, n. 16, o que dos proxenetas dizem as nossas leis, L. 3, T. 59, e L. 4, T. 2, § 2, e L. 1, T. 48, § 21, porque esses proxenetas são officiaes publicos, e com aquellas especialidades que refere Solan., Cog. 5, a n. 28, e Cog. 12, Silva, ad Ord., L. 3, T. 59, § 19. Uns medianeiros, que não são proxenetas de officio e juramentados, etc., não são testemunhas legaes, senão quando as partes são concordes em que elles jurem a verdade, Silva, supra, a n. 2, ou quando o seu depoimento se suppre com a legalidade de outras testemunhas, Silva, n. 4. Veja-se Thomaz Valasc., All. 72, n. 101, Urceol., de Transact., Q. 58, a n. 35.

§ 22

Emfim Peg., 1, For., C. 3, pag. 191, Col. 1, refere julgado, que o dote, maxime sendo feito a estranho (qual n'este sentido se reputa todo o que não é ascendente, ex L. un, § *Extraneum*, Cod. de re ux., act.), exige provas concludentes por testemunhas maiores de toda a excepção, porque tem contra si a presumpção sem escriptura. O mesmo, apesar seu, confessa julgado Guerreiro, Tr. 2, L. 7, C. 2, n. 82, em um caso, que do dote só depunham duas testemunhas, marido e mulher, pobres. Isto é mais sem duvida quando o dote não for por ascendente, e se impetrar provisão para se provar pela prova de direito commum, apesar do que se vê julgado em Pereira, Decis. 54, como attingiu Silva, ad Ord., L. 3, T. 59, in princ., n. 79, in fin.

CONSECTARIO II

Pela rasão mesma da lei, e pelo exposto no precedente consectario não se defere suppletorio nas causas em que ha dispensa para provar o contrato pela prova do direito commum.

§ 23

E em Pegas, Tom. 7, á Ord., pag. 595, Col. 1, vemos uma tenção do memoravel senador Lopes Oliveira (que depois foi procu-

rador da corôa), na qual deliberou, ut ibi. «Cum per Diplom., fol., dispensatum sit ad hoc, ut non obstante Regiæ Legis, L. 3, Tr. 59, dispositione, probatio testium admittatur, non inde sequitur, ut dispensationem extendamus. Et cum plene per testes negotium probatum non extet, aliam et penitus diversam probationem per juramentum suppletorium admittamus». Assim o seguiu tambem o memoravel senador Ignacio da Costa Quintella, na deliberação transcripta por França, *ad Mend.*, Arest. 34, n. 7.

§ 24

Na verdade estas deliberações são essencialmente e a fundo dignas de seguir-se, não só pela auctoridade de seus auctores, mas porque quando assim é necessaria uma prova plena e legal, não se admite o juramento suppletorio, que não é propriamente prova, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, *De causis Juramentum suppletorium respuentibus*, § 38, Heinec., Exerc. 15, *De lubricatate jurisjurandi suppletorii*, § 27, Berlich., P. 1, Conc. 54, n. 31, tetigit Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 2, n. 29.

§ 25

Por outra parte, o juramento suppletorio não foi conhecido no direito commum em lei alguma expressa, mas só foi um invento da glossa na L. 31, ff., *de Jurejur. imo*, tem repugnancia no mesmo direito, como admiravelmente demonstrou o mesmo Heinec., a § 15. A glossa não é o direito commum, de que fallam as nossas leis e as provisões, mas só são direito commum as leis romanas. As provisões de dispensa como strictas (§ 19) são inampliaveis; portanto é sem duvida, que quando se dispensa a nossa lei para se admittir a prova do direito commum, não ha logar o suppletorio.

CONSECTARIO III

Pela generalidade e rasões intrinsecas da nossa lei não se deve admittir a prova que os reinicolas chamam mixta, sobre as condições, pactos ou qualidades omissas da escriptura publica que se celebrou do contrato.

Expõe-se o sentimento dos nossos reinicolas

§ 26

O primeiro de todos, que eu saiba, foi Valasc., *de Jur. Emphyt.*, Q. 7, n. 34, a persuadir aquella prova mixta por testemunhas, sem repugnancia da lei. Elle figura o caso: Se alguém por escriptura promette e se obriga resarcir a outro todo o damno e interesses, então se admittem testemunhas sobre a quantidade do damno ou interesse, aindaque esta exceda a quantidade da lei; porque, diz elle, este caso é mixto, que (segundo esses DD., que cita), não se comprehende na lei, que não admittê prova de testemunha alem de certa quantia; mas Valasco reprova essa opinião e essa razão, mas antes se funda: 1.º, que verificada por escriptura a obrigação de pagar o damno ou interesse, que no tempo da celebração da escriptura não podia logo liquidar-se, nem imputar-se ás partes a sua liquidação, para sobre o liquido recair a obrigação, não podem depois liquidar-se os damnos e interesses por outro modo, que não seja por testemunhas; 2.º, funda-se na doutrina de Angel., Cons. 200, onde escreveu, que se por lei municipal se não admittê prova senão por escriptura, basta que o facto municipal se prove por ella; mas as coherencias e mais circumstancias, que liquidam o facto provado pela escriptura, são provaveis por testemunhas, attestando que assim se observa na praxe, e muitas vezes o vira observado no seu tempo. Acrescenta que, se uma escriptura é condicional, o implemento da condição para se poder accionar a escriptura, na fórma da Ord., L. 3, T. 25, se póde provar por testemunhas.

Esta resolução de Valasco, quanto ao primeiro figurado caso, nada offende a generalidade e rasões da nossa lei; porque a obrigação dos

danos e interesses de futuro liquidaveis, ou venham a ser poucos ou muitos, está na substancia provada por escriptura, que já comprehende a somma, que depois se vier a liquidar. Os danos são accessorios e ao principio incertos, em cujo petitorio a Ord., L. 3, T. 20, § 5, não exige se junte escriptura para prova d'elles; assim como exige que logo se junte (quando nos termos da Ord., L. 3, T. 59, é precisa), com o requerimento para a citação, como na Ord., L. 3, T. 1, § 1, e T. 59, § 4, nem com artigos alguns, como na Ord., L. 3, T. 20, § 22 e 23, nem com excepção, cuja prova dependa de escriptura, como na Ord., L. 3, T. 59, § 9. Por outra parte a Ord., L. 3, T. 66, § 2, não admittindo sentença incerta na quantidade ou cousa, a permite sobre fructos e interesses, quando a obrigação d'elles é certa, e manda se liquidem na execução. Quid, se houver na escriptura pacto, que o crédor poderá provar o damno ou interesses por seu juramento? Veja-se Moraes, L. 2, C. 12, n. 8, Guerra, á Ord., pag. 74. Quanto ao segundo caso que figura Valasco, tambem nada offende a generalidade e rasão da lei; porque para se liquidar o evento da condição, antes de accionada a escriptura condicional, se forma e deve formar processo preambulo com citação de parte, Moraes, *de Execut.*, L. 3, C. 1, a n. 100, e esse processo judicial é mesmo escriptura. Nem na verdade o evento da condição pôde logo certificar-se na escriptura.

§ 27

Cardoso, in Praxi, verbo *Probatio*, n. 8, referindo Angelo, e os mais que refere o citado Valasco (supprimindo este) diz em summa o que Valasco havia dito: «*Probatio admittitur per testes in coherentis et liquidationibus, ubi ex forma statuti non admittitur probatio nisi per instrumentum, quia sufficit probari factum principale per instrumentum*». E assim deve entender-se Cardoso no sentido de Valasco, e nos termos precisos dos dois casos que elle figura e illustrei na nota.

§ 28

Thomé Valasco, All. 72, n. 51, diz: «Quando principalis contractus celebratus est in scriptura interesse illius potest liquidari per testes». Até aqui convenho, e é conforme á nossa legislação, sem offensa da generalidade da Ord., L. 3, T. 59, nem da sua rasão. Mas emquanto continua no n. 52, que «*Ubi facta est scriptura publica de contractu, et ommissa fuit aliqua qualitas, quæ intervenit in contractu, potest probari per testes, et dicitur pro-*

batio mixta»; n'esta parte é opposto á generalidade e rasão da lei, como logo mostrarei.

§ 29

Barbosa, á Ord., L. 3, T. 59, pr., n. 5, figura o mesmo caso primeiro de Valasco, *de Jur. Emphyt.*, (que cita) «Si promiserit quis per instrumentum rescire dannum et interesse, et quantitatem damni probaverit per testes, etc. E pôde salvar-se, como salvei a Valasco.

§ 30

Gama, Decis. 72, n. 3 e 4, tratando a questão: «Se o consentimento do senhorio para a alienação do prazo é provavel por testemunhas?» Elle seguindo Valasco, d. Q. 7, n. 32 (que falla em caso diverso), disse ao seu proposito do consentimento do senhorio, que «Coherentia, tractatus et ejus præparatoria per testes probari possunt, licet lege principalis contractus nisi per scripturam sit probandus». Porém Gama n'essa mesma decisão, e n'esse mesmo principio é reprovado por Caldas, *de Extinct.*, C. 11, sub n. 32, sustentando a generalidade da lei, e admitindo só o caso e a doutrina de Valasco (acima illustrada na nota ao § 26), ut ibi: «Cæterum licit illius Senatus auctoritas apud me magna sit, suspecta tamen ea traditio mihi est, nec satis efficaci argumento probatur. Nam Angel., d. Cons. 200, n. 5, longe aliud diversum tradit, nempe interesse resultans ex contractu, quamvis ipse contractus, aliter, quam per scripturam probari nequeat, per testes probari posse: quoniam inquit, interesse promissum, aut aliter debitum, nunquam posset exigi, quia taxari a principio commode non potest, sed magis ex postfacto liquidari. Concordat Valascus, d. Q. 7, n. 34, ubi Jason, in d. § *Quoniam*, et plures alios referens, hanc esse communem intelligens, legem Regiam, d. T. 59, simpliciter loquentem, non esse extendendam ad hunc casum, mixtam habentem probationem testium, et instrumentalem, et ibi tandem Angeli rationem d. consil. probat. Quæ sane traditio nihil commune habet, cum consensu a domino directo præstando, qui licet respectu vendentis, et ementis, dici possit qualitas contractui coherens: ipsius tamen domini consentientis respectu per se subsistit, non minus quam siquis tertius jus habens in re contractui consentiat, quem oportere per publicum instrumentum con-

sentire, per d. l. Regiam, L. 3, T. 59, nemo est, qui ignoret. Quare illud arestum supremi Senatus scrupulo non caret».

§ 31

O senador Almeida (depois de todos os citados) na Alleg. 8, figurando a hypothese de uma venda por escriptura com o pacto *de retrovendendo* limitado a quatro annos, e não se declarando ahi o termo a que haviam de ter principio os quatro annos, se do dia da escriptura, datada em 28 de abril de 1626, se do dia de S. Miguel seguinte, como n'esse acto, e depois d'elle na subscrição ajustaram o vendedor e comprador, votou Almeida, que a clausula omissa, quanto ao tempo em que havia de principiar o de remir (isto é, desde o S. Miguel), se podia provar por testemunhas. Para assim o provar cita os mesmos DD. antigos, que haviam citado Mendes Valasco, e com elles, n. 7 e 8, diz, ut ibi: «Verum quod dicere voluit, et scribere omisit, ex testibus quidem suppleri, et probari potest. Nam quando principale ex scriptura constat, admittitur probatio per testes ad declarandum et supplendum, quod in dicta scriptura deficit, vel continetur... Si lege municipali non admitteretur, probatio nisi per scripturam, sufficeret factum principale per ipsam probari, cohærentia autem præparatoria, et reliqua liquidantia factum per testes».

§ 32

Depois d'estes o senador apud Peg. 3, For., C. 34, n. 96, tratando de uma declaração omissa em uma escriptura dotal, diz com os citados Thomé Valasco e Mendes, ut ibi: «Quantumvis declaratio compensationis in scriptura dotali non continetur, attamen dilucide testibus probatur: quia quando in scriptura aliqua declaratio deficit per oblivionem, vel omissionem, bene potest per testes declaratio illa probari». Depois d'estes, Silva, á Ord., L. 3, T. 59, in pr., n. 48 e 49, envolvendo tudo sem critica, disse, ut ibi: «Limita 5, ut etiam non procedat in probatione mixta, quæ fit per testes, et non per instrumentum... Unde ubi factum principale probatur per publicum instrumentum, admittitur probatio per testes in cohærentiis, et liquidationibus, qualitativis, atque declarationibus, etc.» E depois de todos ultimamente (citando al-

guns dos referidos) França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 12, n. 27 e 28, ibi: «Per testes probari illud, quod a partibus plus dictum fuit, et a tabellione minus scriptum... Probatio mixta requiritur in casibus requirentibus scripturas publicas, etc.»

Censura mais judiciosa e critica do que disseram e envolveram os citados realcôlas

§ 33

Eu só admitto o unico caso que figurou Valasco (§ 26), que illustrei na nota que figuraram e seguiram Cardoso assim entendido (§ 27), em parte Thomé Valasco (§ 28), Barbosa, á Ord. (§ 29), unico que defendeu sustentavel Caldas (§ 30). Em todos os mais casos, áquella unica excepção, obsta a essas doutrinas a generalidade e rasões da nossa lei e a rasão de outras parallelas.

§ 34

Obsta a generalidade da lei, não só pelo argumento do todo para a parte do contrato, ex L. 76, ff. *de reivindicat.*; mas porque o contrato que relata a escriptura, se n'elle intervieram as condições ou circumstancias que se dizem omissas, foi um todo individuo, que se não pôde provar em parte pela escriptura, e em parte pelas testemunhas, ut in simili idem Thomé Valasco, All. 72, n. 130 e 131.

§ 35

Obsta a rasão da lei já exposta (a § 8), porque quem não adverte que qualquer condição ou circumstancia que depois se diga paccionada, mas omissa na escriptura, e que se pretenda provar por testemunhas, pôde, ou destruir e aniquilar, ou modificar notavelmente o contrato e a obrigação? E não pôde aqui identificar-se a rasão de em negocio grave se corromperem testemunhas, que é o que a lei occorre? Figure-se que na venda se diz omisso o pacto de retrovendendo convencionado em favor do vendedor, na obrigação de divida omisso um largo espaço, na doação uma condição gravosa ao doante ou donatario (quem referiria todos os casos semelhantes)? E que um dos contrahentes diz omisso

esse pacto, e quer prova-lo por testemunhas? Quem dirá que não entra aqui a generalidade e a razão da lei?

§ 36

Lá está a Ord., L. 1, T. 78, § 4, mandando que as escripturas se leiam aos contratantes ou disponentes, e que occorrendo algumas circumstancias que seja preciso riscar ou additamentar, tudo se faça perante as partes e testemunhas, parece que esta lei, depois de tudo assim solemnizado, fecha a porta, para jamais nada se poder dizer omisso por não escripto na escriptura. Que cousa mais facil como ao tempo da leitura advértirem o que contrataram? Que cousa mais facil como fazerem additamentar em breves palavras os pactos ou condições não escriptas, e antes ouahi contratadas? Póde presumir-se esquecimento no mesmo momento? Na vérdade respira calúnia dizer qualquer, depois de lida a escriptura e muito depois, que ahi se omittiu tal e tal pacto, e que se quer provar por testemunhas, e por essa prova chamada mixta.

§ 37

Com estas vistas os auctores do Cod. Civ. dos francezes, estabelecendo (ou aliás renovando a antiga, que só continha no artigo 54 da Ord. de Molins de 1566, transcripto por Leyser, *ad Pandect.*, Spec. 283, Med. 36, Corol. 1, da qual foi litteralmente copiado este artigo do codigo, com a unica alteração da quantidade de 100 libras em 150 francos), uma lei como a nossa do L. 3, T. 59, elles no L. 3, T. 2, Sect. 2, determinaram judiciosamente, que depois da escriptura «não é recebida alguma prova por testemunhas, contra ou alem do conteúdo no acto, nem sobre o que se allegar ter sido dito antes, n'esse tempo ou depois do acto, aindaque se trate de um somma ou valor menor de 150 francos». Veja-se porém Cald., *de Empt.*, C. 19, a n. 26.

Se houve tratado antecedente, e alguns pactos ou circumstancias se não escreveram na escriptura, se presumem desajustadas, e só depois da solemne conclusão tem efficacia, Barbos. et Tabor., L. 18, C. 26, Mello, L. 4, T. 2, § 7. Se no mesmo acto se ajustaram em algum pacto ou circumstancia que se não escreveu, a si o impute a parte por não

o advertir no acto da leitura, e depois toda a sinistra presumpção está contra elle, etc. Veja-se Coccei, Dissert., *De jure circa actus imperfectos*, Sect. 2, § 4, Stryk., *de Cautell. Contract.*, C. 6.

§ 38

Em taes casos pois, em que se não deve admittir tal ideada prova mixta, só restará o remedio de requerer provisão para provar pela prova do direito commum as circumstancias ou pactos omissos na escriptura. Eu já vi uma provisão tal, mas então serão precisas testemunhas legaes e maiores de toda a excepção, para provar esta parte; assim como seria necessario para provar o todo, se se não fizesse escriptura alguma.

Supposto que as testemunhas instrumentarias, aindaque defeituosas não possam provar-se, porque se presumem approvadas pelas partes, Peg., Tom. 14, ad Ord., L. 2, T. 26, n. 17, Menoch., *de Arbitr.*, Cas. 105, n. 6, Sanchez, *de Matrimon.*, L. 3, Disp. 41, n. 5, Farinac., *de Testib.*, Q. 62, n. 110; comtudo eu as julgo só approvadas para presenciar o que se escreveu, mas não para provar o que se diz omisso e de novo se mette em disputa a verdade do que se diz omisso; e então não só entra a rasão da lei no seu todo, quanto a essa parte; mas as doutrinas de Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 65, C. 2, §§ 13 et 16, para deverem ser legaes e verosimeis essas testemunhas. Conf. Peg. 2.º, For., C. 49, a n. 10, Jur. Capon., *Discept.* 370, a n. 41, *idem* Peg. 3.º, For., C. 35, n. 638.

CONSECTARIO IV

A generalidade da nossa lei e da sua rasão comprehende ainda o caso em que qualquer terceiro queira provar por testemunhas um contrato feito entre terceiros, em que elle não interveiu.

§ 39

Os nossos reinicolas Alvaro Valasco, Thom. Valasco, Phebo e Pegas, com os quaes Silva, á Ord., L. 3, T. 59, in pr., n. 50, 51 e 52, exceptuavam da lei este caso, quando ao terceiro (não successor de algum dos contratantes) se não podia imputar culpa ou negligencia em não se fazer escriptura. Parece esta excepção fun-

dada em toda a equidade, e mesmo no simile da Ord., L. 3, T. 59, § 16. Porém esta limitação está reprovada pelo assento de 5 de dezembro de 1770, attenta a generalidade da lei.

§ 40

Não assigna este assento outra rasão mais que a generalidade da lei. Eu pensando qual ella seria, na mesma rasão intrinseca da lei (§§ 8 a 10) a encontro. Ou este terceiro é successor singular ou particular de algum dos contrahentes, e sendo interpretativamente a mesma pessoa, ex Guerreir., Tr. 4, L. 3, C. 9, n. 29, lhe obsta a lei, como limita o citado Silva, ou é totalmente terceiro, e então se elle se propõe algum commodo ou utilidade do contrato celebrado entre terceiros, ou estes o celebraram por escriptura, e lhe é facil prova-lo por uma copia, ou o celebraram sem escriptura, e então, assim como os principaes contrahentes não podiam pretender commodo de tal contrato sem o provarem por escriptura, e na falta d'esta por prova do direito commum, obtendo provisão de dispensa, e então por prova legal da mesma fórma o terceiro que pretende commodo do contrato celebrado entre terceiros, não pôde ser mais favorecido nem de melhor condição que elles. E se a lei requer escriptura ou com dispensa prova legal para evitar falsidades, a mesma rasão limita no terceiro, que para promover o seu commodo resultante do contrato de terceiros, o quer provar na quantia excessiva da lei, e por testemunhas contra a rasão intrinseca d'ella.

Supposto que pelo direito romano, á excepção de poucos casos, ninguém podia adquirir commodo pela estipulação ou contrato de terceiro, hoje pelo uso hodierno se segue o contrario. Veja-se Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 28, *De jure ex pacto tertii quæsião*, Conf. Stryk., *Us. mod.*, L. 2, T. 14, § 12. Entre os mais casos que refere Boehmero se pôde juntar o caso em que qualquer, por contrato que faça com outro, se obriga a pagar suas dividas. Se os crédores, aliás absentes, se podem valer d'esse pacto para demandarem o que se obrigou pagar as dividas? Vide Silv., *ad Ord.*, L. 4, T. 1, in Rubr., a n. 89, Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 11, *Olea de Cession. Jur.*, Tr. 3, Q. 9. N'estes casos pois o terceiro, que quer aproveitar-se do que em seu favor estipularam outros, deve provar por escriptura o contrato entre elles celebrado.

§ 41

Só me parece muito arduo que um senhorio de prazo, querendo exigir o seu laudemio da venda, que aliás o vendedor e comprador effectuaram verbalmente e por escripto particular sem escriptura, mas que effectuaram com tradição de dominio e posse; este senhorio fique privado do seu laudemio, só porque o vendedor e comprador não fizeram escriptura publica, com que elle terceiro possa provar o contrato de que o pede, ou se veja sacrificado a impetrar provisão, ignorando as testemunhas da compra ou contrato para com ellas o provar; porque com effeito só juntando a escriptura pôde usar da via executiva pelo laudemio, Moraes, *de Execut.*, L. 5, C. 7, n. 2, e só por acção ordinaria, provando ainda como terceiro o contrato por testemunhas com dispensa da lei, attenta a generalidade do dito assento.

Eu em tal caso providenciaria ao senhorio, ou com uma certidão do pagamento que esses terceiros fizessem da siza, aindaque aliás reconheço que este pagamento não prova por via de regra a compra e venda, Lim., *de Gabell.*, pag. 143, n. 5; mas vendo-se a siza paga, e o comprador na posse, se supporá a venda effectuada, ex Lima, n. 8, ou deixar o senhorio no juramento de ambos a verdade do contrato e do preço, ex Ord., L. 3, T. 59, a § 5, maximè attendido o direito competente ao senhorio, para os fazer jurar ambos a verdade do preço, quando receia que, ou o fingissem diminuto para lhe fraudar o laudemio, ou excessivo para o atterrar, e não usar da opção, Repertor., debaixo da conclusão: *Foreiro querendo vender o prazo, deve-o primeiro notificar*, etc. Cald., *de Extinct.*, C. 13, n. 34, Pinheir., *de Emphyt.*, Disp. 4, Sect. 9, sub n. 195.

CONSECTARIO V

Se a generalidade da nossa lei, e a sua rasão comprehende o caso em que a divida principal e seus interesses, que juntamente se pedem, excede tudo 60\$000 réis.

§ 42

Nenhum dos nossos reinicolas suscitou esta duvida, nem jamais, que eu saiba, occorreu em juizo. Lendo o código civil dos

francezes, em que se renovaram as já lembradas antigas leis da França (§ 37), n'elle, e no L. 3, T. 2, Sect. 2. *Da prova testimonial*, acho este artigo: «A regra acima se applica ao caso em que a acção contém, alem da demanda do capital, um petitorio de interesse, que reunidos ao capital exceedem a somma de 150 francos». Os cidadãos auctores da lei não dão razão alguma d'este artigo. Cogitei se esta legislação pôde fundamentar-se nas leis do direito romano, e se o mesmo pôde deduzir-se da nossa legislação, na certeza de que o nosso legislador era peritissimo no direito romano, e que este nos casos omissos ou duvidosos nos é subsidiario.

§ 43

Com effeito pelo direito romano a divida do capital, com estipulação de redditos annuos, constitue um só contrato, e uma só obrigação, aindaque quanto aos redditos fique successiva, L. *Si stichum*. 26, § *Stipulatio*, ff. *de Verbor. obligat.*, ibi: «*Stipulatio hujusmodi in annos singulos una est, et incerta, et perpetua*», L. *Si a Colono* 59, ff. *de Fidejussor.*, L. 35, ff. *de Donat. Caus. mort.*, ibi: «*Stipulatio tamen una est*». D'aqui vem que «pro omnibus annis unica oritur obligatio», L. 78, in princ., ff. *de Verb. oblig.* «Proindeque respectu obligationis et debiti usurarum, non est inspiciendum tempus et dies contractus». L. 1, ff., *Qui potior. in pignor.*, ibi: «Non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractus obligationis». E assim se deve attender o principio da obrigação, e não o tempo da solução. Attende-se a origem, e não os consequentes. Em resultado d'estes principios, nos contratos em que se estipulam prestações annuas, estas logo ficam devidas pelos contratos mesmos, aindaque não tenha chegado o tempo dos seus vencimentos, L. *Cedere diem*, ff. *de Verbor. significat.* O crêdor das prestações annuas pôde por força do contrato pedir que o devedor seja condemnado nas decursas e nas futuras, para se executarem nos tempos dos seus vencimentos pela mesma sentença. E emfim a preferencia que ao crêdor compete pela sorte principal, regulada a preferencia pela prioridade do tempo, a mesma lhe compete por todos os vencimentos successivos, como comprehendidos no tempo de contrato. Tudo isto larga e magistralmente prova Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 26, a n. 61.

E essa regra, que nas prestações annuas tantas são as dividas e obrigações, quantos os annos, só procede nos legados annuos, e n'estes nem ainda em toda a especie d'elles, como se pôde ver bem demonstrado por Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 85, a § 16, aonde responde a todas as leis em contrario.

Esta de ser a sorte principal com estipulação de interesses um só contrato individuo, uma só obrigação, uma só divida, seria a meu ver a essencial razão por que os auctores do código civil dos francezes por comprehensão das suas antigas leis (similhantes ás nossas) estabeleceriam aquelle artigo, e ainda por que as razões que exhibiram ao publico para a aceitação da lei, e que ficam referidas (§ 10), comprehendiam na sua extensão este caso, sem razão de differença.

§ 44

Passando a ponderar a nossa lei, e sua razão, ella parece comprehender o caso d'este consecrario; porque 1.º, no principio diz: «Todos os contratos... estipulações, promissões... se forem sobre bens e cousas, e a quantidade da divida passar de 60\$000 réis», etc. E sendo um só contrato, e uma só obrigação do capital e juros, parece que illustrada pelo direito romano (§ 43) depende de prova de escriptura toda a divida de capital, que não excedendo 60\$000 réis se pede depois em juizo com juros decursos, que excedem esta quantia.

§ 45

2.º Porque, tambem os arrendamentos feitos por muitos annos, não por um só preço, mas por um em cada anno, se reputam tantos arrendamentos quantos os annos, aindaque tudo perfeito em um só contrato, L. 35, § fin., ff. de *Donat. caus. mort.*, Larrea, All. 32, n. 26, Hontalb., de *Jur. Superv.*, Tom. 2, Q. 20, § 2, n. 10, tetigit Silva, ad Ord., L. 3, T. 59, § 23, n. 2. E comtudo sem embargo de serem tantos os arrendamentos, tantas as obrigações, tantas as dividas, quantos os annos, lá está a Ord., L. 3, T. 59, § 14, a mandar, que as pagas que se fizerem da pensão de arrendamentos «se as pagas das pensões, que assim forem feitas, não passarem de 60\$000 réis; poder-se-hão provar por testemunhas». E á contrario sensu vem a determinar, que se as pensões

vencidas de muitos annos excederem cumuladas a quantia de réis 60\$000, e o pagamento d'ellas se pretender provar pelo arrendatario, não se poderá provar por testemunhas, Silva, ad eand. § 14, n. 2, com Barbosa, Thom. Valasc.

§ 46

3.º Lá está a Ord., d. T. 59, § 23, determinando, que o arrendamento só será provavel por testemunhas, fazendo-se por um só anno, se a pensão d'este anno, não exceder 60\$000 réis. E d'aqui á contrario sensu inferem os reinicolas, que se o arrendamento se fizer por mais annos, em cada anno, v. g., por 10\$000 réis, mas a pensão de todos cumulada exceder 60\$000 réis, é tal arrendamento improvavel por testemunhas, Thom. Valasc., All. 72., n. 114, Silva, ad eand. Ord., § 23, n. 3, Britt., in C. *Potuit, de Locat.*, 3, P. § 6, n. 25.

Parece que o nosso legislador n'estas determinações (§§ 45 e 46) teve em vista aquella jurisprudencia romana (§ 43), e que em consequencia no caso d'este consecrario, uma vez que o capital e interesses ou juros estipulados, cumulado tudo quanto se pede em juizo exceda os 60\$000 réis depende de prova por escriptura, ou por dispensa da lei, bem como as pensões annuas, ou estipuladas no arrendamento, emquanto não vencidas se cumulam para o total do arrendamento, dependem d'aquella prova, e bem como as vencidas de muitos annos, que se pedem juntamente e excedem 60\$000 réis, dependem da mesma prova, como originado tudo de um unico contrato principal. Se olhâmos a rasão da nossa lei, e da similhante da antiga França (§§ 8 até 10), ella comprehende todo o caso em que por um só contrato se pede em juizo quantia excessiva de 60\$000 réis, e esta quantia assim avultada se pretende provar por testemunhas. Sem que em tal caso se possam deixar de pedir parte de interesses vencidos, e pedir só com o capital os que cabem em 60\$000 réis, e isto pelas rasões que ao proposito se podem ver em Britt., ad C. *Potuit, de Locat.*, P. 3, § 6, n. 26 e 27, e ainda por argumento da mesma Ord., § 24, e da Ord. Affonsina transcripta no appendice.

CONSECTARIO VI

A generalidade da nossa lei comprehende os contratos que entre si fazem pessoas ecclesiasticas que não sejam das exceptuadas na mesma Ord. § 15

§ 47

Admira que sendo a nossa lei no seu principio tão geral a comprehender expressamente «quaesquer pessoas, assim publicas, como privadas, concelhos, comunidades, collegios, confrarias, homens e mulheres de qualquer estado e condição que sejam», os nossos reinicolas Barbosa, Cabedo, os dois Valascos, Themudo e Oliva, referidos por Silva á mesma Ord., n. 34, a limitassem no caso em que o contrato se faz entre duas pessoas ecclesiasticas. Basta referir-me á minha exposição analytica dos artigos 11, 12 e 13 do Alv. de 27 de novembro de 1804 (impressa em 1808) no fim da nota ao § 27, para convencer erronea esta limitação dos reinicolas.

CONSECTARIO VII

A generalidade e a razão da nossa lei comprehende o caso em que seja necessario provar-se o consentimento da mulher para alienação de bens de raiz

§ 48

Se a alienação se faz por escriptura só pelo marido, lá está a Ord., L. 4, T. 48, no principio, exigindo o consentimento da mulher expresso, não se satisfazendo com o tacito, e que o expresso seja provado por escriptura publica. Veja-se Silva, ad Ord., L. 3, T: 59, in princ., n. 18, com Mendes, Pegas e Guerreiro, e alem d'estes Franç., ad Mend., P. 1, L. 4, C. 1, n. 25, Moraes, L. 2, C. 7, n. 13, *. Unde, Gam., Dec. 51, 144, 168 e 270, limitando esta legislação, quando depois da venda pelo marido passam dez annos com taciturnidade da mulher, porque (dizem elles) por este tempo com a taciturnidade se presume o consentimento.

§ 49

Porém esta limitação na sua generalidade é erronea, como oposta á lei, que se não satisfaz com consentimento tacito da mulher, seja qual for o tempo depois da venda, em que a mulher se cale, e esteja com inacção, como bem argue Pereira, Dec. 123. Enquanto dura o matrimonio, dura a causa do medo reverencial (que a lei considera), Pereira, Dec. 30, n. 14, Gam., Dec. 346, n. 3. Confir. Altim., Tom. 3, Q. 14, a n. 617, e por isso, ainda que mil annos durasse o matrimonio, durava a causa do medo reverencial, e a simples taciturnidade da mulher não bastava, sem exhibir um consentimento expresso, e este provado por escriptura publica.

§ 50

Só pois morto o marido, e cessando aquella causa, é que contra a mulher principia o tempo da prescripção; mas sendo nulla a alienação feita sem seu consentimento (maximè de bens communs, em que se comprehendeu a sua ametade), ex dit. Ord., L. 4, T. 48, ibi: «A venda e alheação será nenhuma, e sem effeito algum»; entra então a regra geral, que toda a acção de nullidade (maximè de uma nullidade tal) tem duração de trinta annos, Antonell., *de Tempor. Legal.*, L. 2, C. 94, e assim só passados trinta annos, depois da morte do marido, obstará á viuva ou seus herdeiros esta e não menor prescripção.

Só pois o comprador pôde providenciar-se com um de dois remedios, ou chamar a juizo a mulher, na fórmula da Ord., L. 3, T. 59, § 5, para que jure, se consentiu ou não, ou se tiver prova legal do seu consentimento expresso, impetrar provisão para o provar com dispensa d'estas leis ambas.

§ 51

Se porém a alienação se não celebrou por escriptura, e se impetra provisão com dispensa da lei, para se provar pela prova do direito commum, então diz uma nota transcripta no Repertorio debaixo da conclusão: «Marido não pôde vender», etc. «Si princeps concedat rescriptum, ut contractus per testes probetur, consequenter testibus probari poterit consensus uxoris, ut judicatum fuit», etc.

CONSECTARIO VIII

A generalidade da nossa Ordenação comprehende não só as partilhas entre co-herdeiros, estranhos entre si, mas entre os exceptuados no § 11 quando, sendo casados, as mulheres d'elles não são parentas umas das outras n'esses graus entre si mesmas, ou vice-versa os maridos.

§ 52

A nossa Ord. expressamente faz dependentes da necessidade de escriptura publica para prova das divisões e partições de heranças, e quaesquer outros bens, e não é necessario que assim o digam os DD., com os quaes Silva, *ibidem*, n. 20. É bem obvio que esta generalidade só procede quando as partilhas se fazem entre pessoas que não sejam as exceptuadas no § 11, no qual se limita toda a generalidade da lei; pôde ser porém, v. g., que tres irmãos co-herdeiros na mesma herança, ou cousa partivel entre elles, sejam casados com diversas mulheres, e que estas entre si não tenham parentesco por consanguinidade dentro dos graus que declara o dito § 11, ou vice-versa, tres irmãs sejam casadas cada uma com um marido que não seja consanguineo dos maridos das outras, ou não serem irmãs nem primas as mulheres dos maridos co-herdeiros, nem vice-versa, isto é o mais frequente.

§ 53

Ora, nós vemos a outra Ord., L. 4, T. 96, que tratando, como se nota em todo o seu contexto, de partilhas entre irmãos, ella no § 18 determina, *ut ibi*: «E quando a partilha for de todo feita e acabada entre os irmãos ou outros herdeiros, se for feita em sua presença e de seu expresso aprazimento e consentimento por mandado da justiça e por partidores, e for concordada e assignada pelo juiz e partidores, e quando as partes fizerem partilha entre si sem auctoridade de justiça, tantoque por elles for acabada, e o auto que se d'ella fizer for por elles assignado em escriptura publica ou actos publicos; em cada um d'estes casos não se poderá jamais a partilha desfazer, postoque alguma das partes a

contradiga. Porém se disser que foi n'ella enganado, alem da ame-
tade do que justamente lhe pertencia haver, e o assim provar, as
partilhas outrosim se não desfarão, mas os outros herdeiros lhe
comporão sómente a sua direita parte ». Esta Ord. depois não pa-
rece ella antinomica com o § 11 da Ord., L. 3, T. 59, emquanto,
ainda mesmo entre irmãos, requer escriptura publica para per-
feição das partilhas entre elles; occorrem tres soluções e concilia-
ções.

§ 54

Primeira, que n'aquelle § 18, juntos os §§ 19 e 20, se trata
primariamente da lesão nas partilhas extrajudiciaes ou judiciaes.
Este é o seu primario fim. Era na mente do legislador o objecto
de duvida. Se a partilha equiparada ou a transacção, ex L. 21, C.
de Pact., L. 36, ff. *Famil. erciscund.*, L. 35, ff. *de Pact.*, ou
equiparada a mutua venda ex L. 1, C. *Commun. utriusq. judic.*,
era só sacrificada a lesão enorme, ou se á menor na sexta parte?
Assentou o legislador racionavelmente, que como nas partilhas
entre irmãos e socios se deve observar toda a igualdade, e o que
em favor do commercio estabeleceu a L. 2, C. *de rescind. vendit.*,
é inapplicavel ás partilhas da coisa commun, aonde a igualdade
é devida, como bem pondera Perez, in Cod., L. 3, T. 38, n. 5. Por
isso o legislador permittiu, mas só dentro do anno, a allegação da
lesão na sexta parte, ainda mesmo que as partilhas judiciaes este-
jam sentenceadas, ou as amigaveis estejam reduzidas a autos pu-
blicos, e subscriptas e approvadas pelas partes. N'este sentido é
que enuncia a escriptura publica os autos publicos, com o myste-
rio, para ainda depois de assim solemnizados ficarem expostas a
se emendarem, intervindo lesão na sexta parte, e não porque sup-
ponha o dito § 18 serem necessarios entre as pessoas privilegia-
das no L. 3, T. 69, § 11 autos publicos para sua prova e irre-
vogabilidade.

Tentaram Solano, Cog. 72, e Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 21,
Art. 4, n. 222, distinguir os casos de serem feitas com louvados ou sem
elles as partilhas amigaveis, de fórma que só no primeiro caso conce-
dem a lesão na sexta parte, mas no segundo só a enorme, e enten-
dendo Solano assim a dita Ord.; porém é erro, não só á vista da ge-

neralidade da dita Ord., L. 4, T. 96, §§ 18, 19 e 20, mas á vista do que optimamente ponderam Henriq. Coccey, Vol. 2, Disp. 6, e Samuel, de Coccey, *Jus Controv.*, L. 10, T. 2, Q. 7 e 8.

§ 55

Segunda, que no direito romano a partilha podia celebrar-se sem escriptura (como entre nós nas pessoas especializadas no dito § 11, do L. 3, T. 59), L. 21, C. de *Pact.*, L. 5, C. de *Transact.*; mas sem estipulação solemne só produzia retenção do que se possuia, mas não acção contra o socio que não adimplia, L. 21, Cod. de *Pact.* Era portanto necessaria para este segundo fim uma solemne estipulação, e sem ella ficava um pacto nu que (pelo direito romano) não produzia n'este caso acção, não intervindo tradição ou solemne estipulação, L. 45, ff. de *Pact.* Por isto é que (alludindo ao mesmo direito) diz Fabr., in Cod., L. 3, T. 27, Def. 2, n. 6, que emquanto a estipulação se não firma solemnemente por notario: «Locum esse legibus, quæ negant ex divisionis placito agi posse, si neque stipulatio, neque traditio intercesserit».

Hoje pelo uso hodierno está abolida essa superstição dos romanos, que só davam força a uma solemne estipulação, e não a um pacto nú; e os pactos nus sem essa solemne estipulação dos romanos produzem efficaz obrigação, Mello, L. 4, T. 2, § 4, optime Addit. ad Luc. Ferrar., Verb., *Contractus*, a n. 1 e a n. 20, Grænewegen in L. 10, C. de *Pact.*

§ 56

No nosso reino, entre as pessoas especializadas no dito § 11, é permittido partir e provar depois a partilha sem escriptura. Se porém elles querem que só se faça e forme por escriptura os autos judiciais, então entra a disposição da Ord., L. 4, T. 19, § 1, a permittir o arrendimento emquanto a escriptura se não ultima com subscrições. E parece que este pôde ser o sentido do dito § 18, de ser retratavel a partilha emquanto (depois d'aquella mutua intenção) a não reduzem a autos judiciais ou escriptura publica, e ser irretractavel depois de consummada assim e subscripta, sendo este o genuino sentido d'essas palavras, ou quando as partes, etc., de fórma que, fazendo-a irretractavel n'este caso,

só a sacrificia a lesão na sexta parte, mas não tira que querendo-a effectuar aquellas pessoas privilegiadas no dito § 41, sem autos judiciaes e sem escriptura, o não possam fazer, e que fazendo-o não fique irretractavel e provavel sem escriptura, ficando assim conciliado o § 41 do L. 3, T. 59, com o § 18 do L. 4, T. 96.

§ 57

Terceira, e a mais genuína ao nosso propósito. Nos casos figurados n'este consecrario e no § 52, é certo que uma afinidade não produz outra afinidade, Cap. *Non debet, de consanguinit. et affinit.* D'aqui se segue o que d'este texto deduz Luc. Ferreir., verbo *Affinitas*, n. 10 e 11, ibi: «Affinitas non parit affinitatem, est enim definitum in Concil. Generali Lateranensi IV, sub Innocentio III, et habetur Cap. *Non debet. de consanguinit. et affinitat.*, carnaliter enim se cognoscentes contrahunt quidem affinitatem cum alterius respective consanguineis, non autem cum affinibus. Hinc est quod unus potest successive ducere duas fæminas, quæ nupserunt duobus fratribus; duo fratres possunt ducere duas sorores et unus eorum potest ducere matrem, et alter filiam; Pater et filius possunt ducere matrem, et filiam, et sic de aliis similibus affinibus, quia ex carnali commixtione fit quidem vir affinis cum consanguineis fæminæ, et e contra, non tamen consanguinei ipsius viri affines cum consanguineis fæminæ, et e contra, ut expresse definivit Innoc. III, in Cap. *Quod super*, de consanguinitate et affinitate. Super eo igitur quod Pater, et filius cum matre, et filia, avunculus, et nepos cum duabus sororibus contrahunt matrimonium, taliter tibi duximus respondendum, quod licet omnes consanguinei viri sint affines uxoris, et omnes consanguinei uxoris, sint viri affines, inter consanguineos tamen uxoris, et viri, ex eorundem scilicet viri, et uxoris conjugio nulla prorsus est affinitas contracta, propter quam inter eos matrimonium debet impediri.»

§ 58

Não sendo pois nos casos figurados consanguineos nos graus do § 41 entre si os maridos ou mulheres dos co-herdeiros ou co-herdeiras, ficam uns estranhos totalmente a respeito de outros, e n'este sentido conciliadas mysteriosamente as ditas Ord., ve-

mos o aresto transcripto por Peg., ad Ord., pag. 74, n. 225, in fin, concebido assim, ibi: «Não partiram os ditos bens de raiz, e se os partiram faltou-lhes a solemnidade e fôrma da Ord., que manda em tal caso reduzir esta amigavel partição a instrumentos e autos publicos, e por estes faltarem, foi nullo o que estas partes obraram sem reduzir a partilha amigavel a autos publicos; pois a respeito das mulheres necessariamente os havia de haver por validade do acto, etc.»

§ 59

Só assim podem conciliar-se os §§ 11 e 18 das ditas Ord., e que o favor do § 11 só procede quando as partilhas se fazem entre essas pessoas e cunhados propriamente affins; mas não quando entre muitos, que aindaque irmãos e cunhados intervem contra cunhados em que já não ha consanguinidade nem affinidade dentro d'esses graus. Outras não podem ser as conciliações da Ord., L. 3, T. 59, § 11, com a Ord., L. 4, T. 96, § 19. *Alii meliora dabunt.*

CONSECTARIO IX

Cessa a generalidade da lei e a sua rasão, quando em diversos tempos, sem fraude da mesma lei, se contrahem diversas dividas, cada uma das quaes não passa de 60\$000 réis, aindaque todas excedam esta quantia e todas se accionem juntamente em um libello.

§ 60

A lei suppõe um só acto ou um só pacto, em que o objecto d'ella exceda 4\$000 réis na raiz e 60\$000 réis em dinheiro ou valor de moveis, e não quando se fazem diversos contratos em diversos tempos, de diversas cousas ou dividas, aindaque depois conglutinando tudo exceda 60\$000 réis. Assim a interpretou o senador apud Peg., Tom. 7, ad Ord., L. 1, T. 87, § 4, n. 314, v. *Sententiam*, pag. 3, ibi: «Sententiam meritissimi Judicis, ex eo solo fundamento diligens illustrissimorum minorum curator, infirmari nititur; scilicet, summa petita legis nostræ metas longe excedere videtur. Quid proinde absque publico instrumento pro-

hæri non potest. Nihilominus tamen sustinenda est sententia. Debitum quippe, non ex unico contractu, sed ex pluribus minutatim et frequenter celebratis conventionibus processit, qui singuli legis summam non ascendunt, ac per consequens ejus dispositioni non subsunt».

§ 61

Assim o interpretou e attestou muitas vezes outro senador, apud Peg., Tom. 4, For., C. 62, n. 39, ibi: «Accedit, quod ex certitudine appensa constat defunctum accepisse ab actrice minutatim quæ non excedebant legis summam, ideoque contractus, tanquam divisi sunt accipiendi, et sufficit alia probatio legitima, licet non sit scriptura publica, quia hæc non est necessaria, quando summa principalis excedens dispositam a lege fuit conflata, sive resultavit a diversis summis, quarum quælibet non excedebat dispositam, ut quotidie judicamus, etc.» Assim havia interpretado a nossa lei Thom. Valasc., All. 72, n. 130, ibi: «Inde ad declarationem hujus Ord. est advertendum quod loquitur in terminis, in quibus contractus a principio fuit factus super maiori summa, et non procedet quando a principio fuit divisus, qui sunt duo contractus, et potest admitti probatio per testes in utroque, si quilibet non excedat maiorem summam, si autem a principio unus, postea non poterit dividi ea summa».

§ 62

Assim se deduz da Ord., L. 3, T. 59, § 24, aonde só se occorre a que uma obrigação de divida excessiva de 60\$000 réis se não divida, e se peça em menor quantia, para se poder provar por testemunhas e fraudar a lei; não prohibindo o contrario, que muitas dividas diversas contrahidas em diversos tempos e sem fraude se possam pedir, e cada uma d'ellas provar por testemunhas, ainda que todas excedam a 60\$000 réis. Procede porém o dito § 24 quando se pede o resto da divida que excedia 60\$000 réis, Cod. Civ. dos francezes, L. 3, T. 2, Sect. 2.

É frequente e eu tenho visto dividirem em diversos escriptos de obrigação uma divida excessiva de 60\$000 réis ou retalharem em partes um predio, e fazerem de cada uma d'essas partes um escripto par-

ticular de venda pela quantia de 4,000 réis para fraudar a lei. Diz Thom. Valasc., All. 72, n. 130 e com elle Silva ao dito § 24, n. 3, que isto é permittido a principio, e que a lei só se oppõe a que o contrato se divida depois. Porém o citado Silva, n. 4, diz que: «Sed hoc bene procedit, si factum fuerit bona fide, et absque suspicione fraudis; secus si ex aliquibus conjecturis verisimilibus colligatur, partes voluisse fraudare dispositionem hujus legis veluti, quia eodem tempore divisa fuit magna summa per plures contractus ejusdem speciei, veluti mutui; tunc enim fraudibus via non est aperienda... Dicitur autem fieri fraus, quoties constitutio, vel lex per indirectum, et cautellam redditur elusoria, etc.» Confirma-se com o simile das doações, que precisando de insinuação no excesso da taxa legal, podem fazer-se modicos pelo mesmo doador ao mesmo donatario em diversos tempos com intervallos, comtantoque as circumstancias occorrentes não façam conjecturar fraude. Vejam-se Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 3, C. 9, § 5, Voet., *ad Pandect.*, L. 39, T. 5, § 16, Struv., Exerc. 40, Thes. 10, Barbos. et Tabor., L. 9, C. 91, Ax. 10 e 11, Furgol., Tom. 5, pag. 218.

Não posso comprehender a razão por que o código civil dos francezes supra, depois de se haver conformado com a nossa lei, não permitindo que uma divida excessiva de 150 francos se divida, e só peça parte para se provar por testemunhas, e comprehendendo o caso de se pedir resto de maior quantia, continua dizendo: «Se na mesma instancia uma parte faz muitos petitorios, de que não ha algum titulo por escripto e juntas as sommas excedem 150 francos, a prova por testemunhas não pôde ser admittida, aindaque a parte allegue que estes credits provinham de differentes causas, e que se tinham formado em diversos tempos, se não fosse que estes direitos procedessem por successão, doação ou de outra fórma de pessoas differentes. De mau partido estão na França os que fazem á mesma pessoa empréstimos modicos e successivos, etc. Entre nós uma vez que se não verifique a fraude como fica advertido, não pôde applicar-se como subsidiario este código n'esta parte.

CONSECTARIO X

Cessa o disposto na Ord. L. 3, T. 59, §§ 3 e 11, quando o credor entregou ao devedor a escriptura com quitação

§ 63

Determina o § 3 do T. 59: «E posto que nas cousas moveis se possa receber prova de testemunhas até á quantia de 60,000 réis,

assim para provar o contrato, como para se provar a paga, distracto ou quitação, se todavia o contrato principal for feito, celebrado e provado por escriptura publica, postoque seja de menos quantia que dos ditos 60,000 réis, provar-se-ha a paga ou quitação, ou distracto por outra escriptura publica, e não será em tal caso recebida prova de testemunhas. E quando o contrato se provar por testemunhas, ou por confissão da parte, e não por escriptura, poder-se-ha provar o distracto por testemunhas». Acrescenta o § 11 (quanto aos que sem escriptura podem contratar) no *. Porém, ut ibi: «Porém se entre estas pessoas for contratado por escriptura publica, não se poderão provar os distractos, pagas ou quitções entre elles mesmos feitas, senão por outra escriptura publica; porque pois podendo contratar sem escriptura a quizeram fazer, queremos que assim mesmo o distracto, paga ou quitação seja por escriptura publica». É bem semelhante à Ord., L. 4, T. 37, § 3, nas palavras: «E as ditas nomeações não se poderão provar por testemunhas, quando houver outra nomeação por escriptura publica».

§ 64

Qual seja pois a razão por que celebrado por escriptura o contrato sobre menor quantia ou sobre maior, ainda entre os privilegiados no § 11, só possam provar-se os distractos, pagamentos, etc., por escriptura publica? O nosso Caldas, *de Potestat. Elig.*, C. 7, n. 14 (tratando da Ord., L. 4, T. 37, § 3, parallela com a do L. 3, T. 59, § 11), e na questão se uma nomeação, aliás revogavel, celebrada por escriptura se póde revogar perante testemunhas, e provar-se por estas a revogação, Caldas, digo, discorre assim, dito n. 14, ibi: «Si prior nominatio publica scriptura celebratur, secunda revocatoria, sive tacitam, sive etiam expressam, prioris revocationem contineat, sive etiam simplicem revocationem complectatur, necessaria est publica scriptura, neque ulli testes sufficiunt, ut hac lege sancitum est, ex regula, L. *nihil tam naturale*, ff. *de Regul. Jur.* Quo fit, ut mutui, sed debiti per publicam scripturam celebrati, solutio nequeat aliter, quam per aliam similem scripturam probari, L. *testium*, C. *de testibus*... Quod profecto ex verosimili mente contrahentium videtur posse deduci, qui cum potuerint, libere coram testibus contrahere, de il-

lorum auctoritate, fide, et constantia diffidentes, per publicam scripturam contrahere maluerunt: intelligentes, scripturæ fidem et constantiam perpetuam esse et immutabilem, et consequenter omnem fraudis occasionem conquiescere. Qua ratione si a semel placitis recedere volunt, juri et rationi consentaneum est, distractum similiter per publicam scripturam celebrari, ut evidens appareat voluntatis demonstratio, contrahentem a placitis recessisse, ut omnis machinandæ fraudis, aut falsitatis constandæ causa præripiatur. Quod in his regnis nullam habet ambiguitatem ex Ord. regia, Lib. 3, T. 59, § 3... Probat etiam ordinatio eadem in § 44, ibi: dein... Ecee qualiter leges regię probent contrahentes per scripturam publicam, cum illam omittere potuerunt, non posse aliter, quam per publicam scripturam distrahere, quod juri convenit, in L. *nihil tam naturale*, ff. de Regul. Jur., et L. 1, C. *Quando liceat ab emit. disced.*, et L. *prout quisque*, ff. de Solut. Quæ enim solemnitas ad alicujus actus confectionem, exigitur, eadem quoque in ejusdem actus dissolutione necessaria est, gloss. recepta in L. *cum proponeretur*, ff. de Leg. 2. Et n. 15, ut ibi: «Hæc lex regia probat secundam nominationem ad emphyteusim testibus probari non posse, quando priorem emphyteuta per publicam scripturam confecit. Nam cum potuit priorem coram testibus facere, et noluit, adstringitur secundam per publicam scripturam conficere, aliter nihil actum erit, etiamsi plurimi testes adsint. Est enim hic unus de casibus requirentibus scripturam, inter ceteros connumeratus a glossa, in C. 4, de censibus, Libr. 6, et probat imperator in L. *testium*, C. de testibus, ibi: omnibus præcipimus qui in scriptis a se debita retulerunt quod non facile audiantur, si dicant omnis debiti, vel partis solutionem, sine scriptis se fecisse, concordat text. in L. *generaliter*, C. de non numerat. pecun., ibi. Nisi ipse contrario per apertissima rerum argumenta, scriptis inserta religionem judicis possit instituere, juncto principio, ibi: ut siquid scriptis cautum fuerit. Concordat etiam text. in L. *cum indebito*, § fin., ff. de Probation. Ubi postquam juriscons. præmisit, debitum fuisse in scriptis contractum subdit. Tum etiam oportet stare eum suæ confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit. Et de jure canonico concor-

dat text. in C. *Si cautio de fide instrumentor...* Sive scriptura prima fuerit de substantia contractus, quia id egerunt contrahentes, ut aliter sine scriptura contractus non valeret, juxta notata, in L. *contractus*, C. de fide instrumentor. sive non fuerit de substantia, quia pro firmiore tamen probatione fuit facta scriptura. Quam sententiam hæc L. regia comprobat, hic, etc.»

§ 65

Podem ajuntar-se, em rasão da lei, as geraes doutrinas de Altim., Tom. 3, Q. 6, n. 23, 24, 25, 27, 28, 29, 37 e 38, ibi: «Sed quod appellatione contractus veniat distractus, verior est opinio... Cum ejusdem sit naturæ... Distractus est ejusdem naturæ; cujus est contractus, et uterque æquiparatur... Et militat eadem ratio in contractu, ac in distractu, ideo sicut minor non potest sine aliquibus solemnitatibus contrahere, sine iisdem non potest distrahere... Solemnitas requisita in contractu, eadem requiritur in distractu... Ea ratione, quia distractus ejusdem naturæ est, ac contractus... Et procedunt a pari... Traditur pro regula, quod actus cujus juris est, ejusdem quoque juris est ejus distractus... Et omnis res dissolvitur per easdem causas, per quas nascitur... Et solvitur res eodem modo, quo fuit litigata, etc.»

§ 66

Porém a lei falla estrictamente no supposto que um devedor queira simplesmente provar a solução de uma divida contrahida por escriptura publica, sem concorrência de outras algumas circumstancias. *Quid vero* se o crédor, recebendo a divida, entrega a escriptura original ao devedor com quitação nas costas d'ella, sem outra escriptura publica da solução; se isto bastará, independente de outra quitação por escriptura publica? Este caso varia de face do que figura e suppõe a lei.

§ 67

Se olhâmos ao antiquissimo costume do reino, este é o modo mais frequente, e como tenho visto, sempre attendido para prova da solução da divida contrahida por escriptura, ainda indepen-

dente de outra tal. Aqui concorrem estas razões, que parece fazem cessar n'estas circumstancias a generalidade da dita Ord.

§ 68

1.^a Ser esta uma interpretação usual da lei, e n'este caso interpretação que nada tem de irracional; já attendido o favor da solução que tanto respeitou a L. 47, ff. *de Obligat. et act.*, ibi: «Arianus ait multum interesse, quæras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur? Ubi de obligando quæritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso ut facilius sis ad liberationem». Já deduzido o argumento da Ord., L. 3, T. 59, § 14, porque se sem embargo de ser contrahida por escriptura a obrigação da solução da pensão ou fôro annual, permite a sua prova por testemunhas dentro da quantia da lei (attendendo talvez aquella equidade), ut ibi: «Outrosim nas pagas que se fizerem de pensão de algum fôro, censo, alugueres, ou de arrendamentos, não haverá logar esta lei. Porque, postoque os contratos principaes sejam feitos por escriptura publica, se as pagas das pensões que assim forem feitas não passarem de 60\$000 réis, poder-se-hão provar por testemunhas». Similhantermente, etc.

§ 69

2.^a O costume póde introduzir que se acredite como escriptura publica e authentica uma particular, Moraes, *de Execut.*, L. 4, C. 6, n. 3, Valasc., Cons. 10. Sendo pois este o costume geral, ou mais frequente do reino, provar-se a solução da divida pela tradição da escriptura com quitação nas costas d'ella ao devedor, parece cessa já a dita Ord., e maximè quando suppõe um diverso e mais arduo caso, de querer o devedor provar o distracto da divida sem tradição da escriptura pelo crédor, nem quitação nas costas d'ella.

§ 70

3.^a Achar-se a primeira e original escriptura na mão do devedor, maximè com quitação do crédor; ser o devedor homem bom, que não tivesse occasião de a furta, e não ser falsa a quitação, é uma presumpção juridica da solução (ainda independente da ex-

pressa quitação), Harprectr., Disp. 64, *De solutione conjecturata*, a n. 166, e se attendemos as doutrinas e arestos, de quibus Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 3, n. 118 e 119, está entendido que a nossa Ord., d. T. 59, não exclue a prova que se faz pela presumpção de direito, a qual, conforme outras Ord. que compilou Nogueir. Coelh., Letr. P, a n. 155, é a prova mais liquida que dispensa de outra prova, etc.

§ 71

4.ª O crédor, entregando a escriptura ao devedor, maximè com quitação e confissão do recebimento, abdica de si todo o direito e acção; essa tradição com aquella causa opera com uma cessão da mesma divida em favor do devedor (para n'elle ficarem confundidas as acções, e a activa cedida confundida com a sua antecedente, passiva, pelas regras da confusão dos direitos, de quibus Altim., Tom., Q. a n.) ex late congestis per Oleam, *de Cession. Jur.*, T. 1, Q. 3, a n. 15, Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 10 e Q. 12. Com esta entrega é implicito o pacto de *non petendo*, L. 2, § 1, *de Pact.*, L. 24, *de Probat.*, Leizer., *ad Pand.*, Specim. 42, Medit. 6.

§ 72

Se o crédor quer tirar da nota outra escriptura para demandar pela mesma divida ao devedor, obsta-lhe a lei de 27 de abril de 1647, que só permite tirar segunda vez escripturas das notas «jurando as partes que não sabem das primeiras». E um crédor que entregou a original com quitação, como ha de prestar este juramento? Como ha de apparecer descaradamente em juizo, sacrificar-se a manifestar-se-lhe o prejuizo? Só sendo herdeiro pôde ser desculpavel; porém as mais razões lhe obstam. A pratica de se dar baixa nos livros dos manifestos das decimas pelo devedor, na fôrma da lei de dezembro de 1775, § 7, só com a escriptura e quitação do crédor confirma tudo o exposto.

§ 73

Se o crédor se propõe provar sem a escriptura a divida, que não excede a 60\$000 réis, então a lei permite ao devedor a prova da solução por testemunhas. E que melhor prova que a tradição

da escriptura com quitação? Emfim n'estas circumstancias cessam todas as rasões fundamentaes da nossa lei (§§ 8, 9 e 10).

Attendidas pois estas rasões, parece que a Ord., d. §§ 3 e 11, só procede nos simples termos de querer um devedor provar a solução de uma divida contrahida por escriptura, e só por testemunhas sem quitação, ficando e estando a original em poder do crédor, mas não quando o crédor lhe entrega a original com quitação verdadeira nas costas d'ella. N'este mesmo caso devem cessar as doutrinas dos DD., com os quaes geralmente, e seguindo a letra da lei, Silva, ad Ord., L. 3, T. 59, in pr., n. 79. Não confuto a distincção de Silva ao § 3, n. 5, 6 e 7, porque em si mesma opposta á rasão geral da lei (ut a §§ 8, 9 e 10), e fundada em umas regras de interpretação reprovadas na lei de 18 de agosto de 1769, §.

Advertencia pratica para se arguir com cautela este defeito de escriptura sem se confessar a verdade da duvida

§ 74

Adverte Thom. Valasc., All. 72, a n. 139, que no modo de oppôr o defeito da escriptura publica, e que o contrato se não pôde provar por testemunhas se vem a confessar a divida; e se cõe em Scylla, querendo evitar Carybdes; porque a confissão judicial basta para supprir o defeito de escriptura, e a que se faz na excepção é auctorizada na Ord., L. 3, T. 50, § 1, ibi: «Se o réu confessar na excepção peremptoria a acção do auctor»: E por isso diz Thom. Valasc. que se deve arguir aquelle defeito com a cautela da glossa na L. *Siquidem*, Verb. *Contestatione*, Cod. de *Except.* Não diz porém Valasc. qual seja esta cautela: A glossa porém o diz assim: «Sed nonne excipiendo confitetur? Resp. non; ut ff. de *Except.*, L. *Non utique*; quod est verum quando primo nego; sed si appareat me debere, tunc pono exceptionem, et sic hic intellige Leg. *prædictam non utique*». Veja-se porém melhor Stryk., Vol. 11, Disp. 12, de *Excipient. non Confess.*, Membr. 1, § 25, et Membr. 2, § 6, e 7, ibi: «Nobis autem ex mente Schilteri ad in Append. de *Exc.* post Exerc. 47, §§ 5 et 10, in opponendis sub conditione exceptionibus ad conceptionem verborum respicere placet. Sic in ea loquendi formula si, v. gr., quis dicat. Si mutuum est, ego solvi. Si promissum quid, pactum de non petendo

factum est; revera conditionalis adest sive hypothetica propositio, quæ fundamentum intentionis in eventum ejus futuræ probationis suspendit, et periodum concessivam efficit, ita ut hunc sensum habeat. Et si mutuatum esse probaveris, ego tamen factam a me solutionem postea probabo, etc. Hunc igitur modum exceptionis opponendæ hypotheticum observans reus, fundamentum actionis minime fatetur, sed hoc adhuc probandum est, nam resolvitur ejusmodi propositio revera in litis contestationem negativam, cui annexa exceptio, eundemque producit effectum, ac si dixerit. Nego mutuatum quid esse, eventualiter tamen, si mutuum probaveris, oppono exceptionem solutionis, Dn. Schilt., d. I. 1, § 5. Multo aliter se res habet, si qualemcumque modum excipiendi pro conditionali, et exceptionem quamcumque pro conditione ut vocatur in L. 22, ff. b. t. accipere quis velit Schilt., d. I., § 2, v. g., si dicat: Promisi tibi centum si domum mihi vendideris, vel tali modo. Promissi quidem tibi 100 sed sub conditione si domum vendideris: hoc enim casu prior propositio, scil. promissio, affirmatur, nullaque ulteriori probatione indiget; altera vero propositio, nimirum adjecta qualitas et conditio, negatur, quæ cum facti sit, a reo eam allegante necessario probanda. Continet itaque talis responsio tum Litis contestationem affirmativam, tum exceptionem in continenti propositam, quæ facit ut confiteri quidem reus non videatur, nec condemnari statim possit; non tamen efficit, ut onus probandi actori incumbat, quippe quod hic loci superfluum est. Et eam quoque mentem Carpzovii et Brunnemani esse, Limitationibus regulæ ab eis traditæ accuratius examinatis, non improbabile est. Add. Zang., *de Exec.*, P. 3, C. 26, n. 246, seq. usq. ad n. 154.»

Seria para desejar que no nosso reino se mandassem praticar como exceptuados da generalidade e rasão da lei (como exceptua com rasão o código civil dos francezes) os depositos necessarios feitos em caso de incendio, ruina, tumulto, ou naufrágio; os feitos pelos viandantes nas estalagens; e tudo segundo as qualidades das pessoas, e das circumstancias de facto. As obrigações contratadas em casos de accidentes imprevistos, aonde se não poderiam celebrar os actos por escripto. Se não é que estes casos se podem muito bem por identidade de rasão comprehender na Ord., L. 3, T. 59, § 16, e no § 20, e pela permissão da L. de 18 de agosto de 1769.

Appendice ao § 1 até o 10
(Palavras da Ord. Affensina L. 3, T. 64, § 3 e 4)

«Entendemos que a rezam perque estes males (das demandas) e daptos recreciam, era principalmente per falecimento da verdade, que antre os homees nom era guardada nem conhecida, e per malicia era emcuberta e sobnegada per esforço, que ham de lhe nom ser provada a verdade do feito, sobre que contendem; ou se se provar, que poderam impunar a prova per contraditas, ou reprovos, ou contrariedades nom verdadeiras; e catam para esto testemunhas, e as comrompem pera dizerem o que nom he' verdade, ou pera emcobrirem e nom dizerem a verdade do que do feito sabem; e por azo desto se vem a buscar huuns aos outros muitos e grandes daptos, e estroimentos dos corpos e haveres.»

«§ 4 Porém nós. . . por se remover e tolher aquelle azo, e occasião perque se os ditos males, e outros semelhantes tirem por serem muito usados. E consirando que a escriptura foi achada per conhecimento da verdade; e per a escriptura havemos certidoem, e fee dos feitos, que por nos nom vimos; e della e per ella he tirado entendimento verdadeiro das cousas que passam e passarão antigamente, e per ella outro sy he escuzado grandes emcarregos e custas a qualquer que algum feito ha de provar, etc.»

O mais é o mesmo da Manuelina e Filippina, que recortaram esta rasão exordial. No § 18 se declara a quantia, em que se devia admittir prova de testemunhas. A Ord. Manuelina a ampliou até a quantia de 600 réis sobre bens de raiz; e até a quantia de 30,000 réis brancos sobre moveis. A Filippina ampliou até 4,000 réis na raiz, e 60,000 réis nos moveis; e a nova lei triplicou esta, e as mais quantias mencionadas na Filippina.

DISSERTAÇÃO VI

Quando se deva julgar nullo, revogado ou falsificado o testamento que, feito na fôrma da Ord. L. 4, T. 80, § 1, se acha na morte do testador aberto, rotas as linhas, deslacrado, sem solemne abertura, rasurado ou cancellado em todo ou em parte, etc.

(Supplemento ás segundas linhas sobre o processo civil, notas 474 e 527)

PARTE I

PRENOÇÃO I

Especies de testamentos segundo o direito patrio e o romano

§ 1

Por direito romano eram só conhecidas duas especies de testamentos. O escripto cerrado, a que é semelhante entre nós, o de que dá a fôrma a Ord., L. 4, T. 80, §§ 1 e 2, e o nuncupativo verbal, sem escriptura, a que é semelhante o de que trata a nossa Ord., d. T. 80, § fin.; bem que a nossa Ord. quanto aos cerrados prescreveu solemnidades diversas e outras que o direito romano, e quanto ao nuncupativo verbal, sem escripto, só o permittiu ao tempo da morte. Depois pelo direito romano na *L. hoc consultissima Cod., de Testam.*, só se permittiu o nuncupativo escripto. As mais especies de testamentos em diversas nações e n'este reino foram inventadas pelo uso, e os testamentos nuncupativos reduzidos a escriptura por tabellião, na fôrma do princip. da Ord., L. 4, T. 80, e os escriptos por pessoa particular sem approvação de que trata o § 3, sendo essencialmente nuncupativos, não sendo (exceptuados os permittidos aos cegos) conhecidos no direito romano, foram de novo introduzidos pelo uso, e pela nossa Ord. in pr. et § 3. Tudo isto demonstra bem Peg., Tom. 4, ad Ord., L. 1, T. 50,

pag. 244, a n. 39, usq. ad n. 65, Conf. Manz., *de Testam.*, T. 4, a n. 28.

Nota. O imperador Maximiliano em uma Ord. do anno de 1542, (coetanea á nossa Manuelina) introduziu a fórma de testamentos nuncupativos escriptos, como a do principio da nossa Ord. Filippina, L. 4, T. 80, fórma antes desconhecida no direito romano, Harprectr., ad § 14, *Inst. de Testam.*, n. 9, Stryk, *de Cautel. Testam.*, C. 15, § 45.

PRENOÇÃO II

Abertura e publicação dos testamentos depois da morte do testador, segundo o direito romano

§ 2

Nas pandectas, L. 29, T. 3, se nota esta rubrica: «Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, et describantur». No Cod., L. 6, T. 32, se vê esta rubrica: «Quemadmodum Testamenta aperiantur, inspiciantur, et describantur». Para se abrir a verdadeira intelligencia das leis romanas collocadas debaixo d'estes titulos, e d'outras parallelas, devemos remontar ás formulas ante justinianeas, como se abriam e publicavam os testamentos. Gotofredo na L. 2, Cod., dict. T., N. 42, diz: «Testamenta aperiebantur, præsentibus testibus, vel honestis personis, ut hic facit L. 4, § 36, ff. *Deposit.*, à præsentibus intra triduum, vel quinque dies; ab absentibus intra eos dies, cum supervenissent, Paul. 4, Sent. 6, § 3. Hoc autem modo aperiebantur. Testes (vel maxima pars eorum) adhibebantur, qui testamentum signaverant. Agnitis signis, rupto lino, aperiebatur, et recitabatur testamentum: describendi exempli fiebat potestas; ac deinde signo publico obsignatum in archivum redigebatur, ut si quando exemplum ejus intercidisset, foret, unde peteretur, Paul. 4, Sent. 6, § 1. Coram populo recitabatur, præsentibus iisdem honestis viris, in foro, vel Basilica inter horam secundam, et decimam diei. Paul., *ibid.*, § 2. Hinc illud Augustini, in Psalm. 21. Tandiu (inquit) contradicatur de hæreditate mortuorum, quandiu testamentum proferatur in publicum, et cum testamentum fuerit prolatum, in publicum, tacent omnes, ut tabulæ aperiantur, et recitentur. Judex intus audit, advocati silent,

præcones silentium faciunt, universus populus suspensus est ut legantur verba mortui.»

Nota. Quanto Santo Agostinho foi perito na jurisprudencia ante-justiniana só o ignorará quem não ler Boebmer., ad Pand., Exercit. 6. *Specimen Jurisprudentiæ Anti-Justinianæ ex Augustino Hyponensi Episcopo.*

§ 3

Nota-se nas leis collocadas debaixo d'estes titulos do digesto e codigo, que suppõem a abertura, publicação e exemplação das tábuas do testamento, isto é, do testamento escripto, segundo o mesmo direito; porque as leis se exprimem pela palavra *tabulas*, e só no que estava fechado se poderia realisar naturalmente a abertura, e no que estava escripto se podia realisar a lição, publicação, exhibição, exemplação, reposição em archivo, etc., que suppõem as mesmas leis, e não no testamento nuncupativo, verbal, que na L. 21, § 2, e na L. 26, Cod. *de Testam.*, só exigia a nuncupação verbal, sem escripto perante sete testemunhas.

Nota. *Tábuas*, na phrase dos jurisconsultos romanos, era toda a materia em que se escreviam não só os testamentos, contratos, dotes, compras, obrigações, etc. Veja-se Wicat., Verb. *Tabula*. E por isso diz a nosso proposito o P. Bento Pereira, no *Elucid.*, n. 1072: «*Tabulæ usurpantur a Juristis pro testamento, vel pro scriptura testamenti, L. un. Cod. de Tab. exhibendi, atque adeo per illas semper intelligitur testamentum in scriptis signatum et perfectum. Hinc frequens ille modus loquendi. Bonorum possessiones habere secundum tabulas, et contra tabulas. Hinc etiam primæ et secundæ tabulæ. Nam veteres ante usum Chartarum in tabulis scribebant. Hodie vero, ut sumitur ex L. 1, ff. de Bonor. possess. secund. tabul. intelligimus per Tabulas testamenti, scripturam sive in charta, sive in membrana, aut corio, aut qualibet alia materia. Authenticæ tabulæ, quod Ulpian. L. 4, ff. fam. ercisc. sunt primariæ unde tanquam ex fonte, exempla desumuntur.*». Confirma-se Heinecc., *Antiq. Rom.*, ad Inst., L. 2, T. 10, § 11 e 12, Vinn., ad § 12, Inst. *de Testam.*

§ 4

Confirma-se o tratarem os referidos titulos do digesto e codigo só dos *testamentos escriptos*, conforme as solemnidades que o

mesmo direito exigia, e não dos *nuncupativos verbaes*, porque não deixou de vir em duvida se por estes se podia pedir a emissão na posse *secundum tabulas*, como se nota na L. 7, Cod. de Bonor. poss. secund. tabul., L. fin. in fin., Cod. de Codicill., L. 8, ff. de Bonor. poss. secund. tabul. Bem entendido que seria preciso (como suppõe n'estas leis) que a disposição verbal se justificasse primeiro pelas sete testemunhas, ex Stryk., de Cautel. Testam., C. 15, § 43, Manz., de Testam.; T. 4, Q. 2, a n. 28, et a n. 46, Vinn., ad § 14, Inst. de Testam., n. 3.

§ 5

De fôrma que diz o citado Vinnio: «Testamenta nuncupativa minus usitata veteribus fuisse, quam scripta argumento est, quod passim tabularum testamenti, et herædum scriptorum in libris nostris mentio fit, raro nuncupationis». Porque os escriptos eram mais antigos que os nuncupativos, Valasco, Cons. 178, n. 8. E declara Furgol., de Testam., C. 1, n. 12, que «posteriormente as constituições dos imperadores deram mais solemnidades ao testamento escripto que havia sido introduzido pelo edito do pretor (§ 3, Inst. de Testam., etc.). E emfim os imperadores introduziram uma outra especie de testamento chamado nuncupativo, não era necessario reduzi-lo a escripto; mas bastava que o testador declarasse a sua vontade em presença de sete testemunhas convocadas para esse fim, L. 21, § 2, L. 26, Cod. de Testam., §§ 7 e 14, Inst. de Testam.»

§ 6

Se analysámos as palavras da rubrica dos ditos titulos «Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur, describantur», a palavra *aperire* significa, diz Wicat, h. verbo: «Facere ut quid pateat, sic aperire codicillos, L. 3, § 25, ff. ad Selum Silanian. Epistolam, L. 25, ff. de Legat. 2, Testamentum, L. 2, § 5, ff. ad Leg. Cornel., de Fals., «Aperire autem tabulas ille intelligitur, qui naturaliter aperit, sive signatæ sunt, sive ligatæ, sed tantum naturaliter clausæ, etc.» Conf. Mull., ad Struv., Exercit. 34, Thes. 44, Inspecio rationum, L. 4, Cod. de Fid. Instrum. Tabularum, Tit., ff. Quemadmod. testam. aper. «Etiam earundem lectionem comprehendit», L. 2, § 4, ff. Testam. quemad-

mod. aper., Wicat, verbo *Inspectio*. Conf. Mull., supra. Emfim. «*Describere corpora instrumentorum*, L. 15, ff. *Reb. auctorit. Jud. possid. rationes*, L. 8, ff. *Tam erciscund. tabulas*, L. 1, ff. *Quemadmod. testam. aper.*, *id est exemplum summere ex authentico. Ita describendi facere copiam*, L. 1, § 2, ff. *de Edend.*, etc.» Wicat, verbo *Describere*, Mull., supra. Ora tudo isto só pôde realisar-se nos testamentos escriptos dos romanos, e não nos nuncupativos verbaes, que ahi eram raros, e ultimamente inventados (§). E entendidas as leis pela rubrica devemos assentar que todas (o que ellas mesmo mostram) fallam dos testamentos *escriptos* e não dos *nuncupativos verbaes* que se abriam, rotas as linhas, liam-se em publico, authenticavam-se, copiavam-se a favor dos interessados, e os originaes authenticos se collocavam no archivo publico.

§ 7

Entre outras solemnidades necessarias entre os romanos para a validade dos testamentos escriptos eram estas: 1.^a, que tudo se celebrasse *uno contextu* em presença de todas as testemunhas; 2.^a, que tendo sido escripto o testamento em diverso tempo, ou pelo testador, ou por outra qualquer pessoa de seu mandado, se lesse perante as testemunhas; 3.^a, que perante ellas o subscrevesse o testador; 4.^a, que estas fossem sete (das não prohibidas pelo mesmo direito); 5.^a, para esse acto rogadas; 6.^a, que vissem ao testador, sem cortina intermedia; 7.^a, que nenhuma se apartasse antes de concluido o acto; 8.^a, que todas as testemunhas assignassem e subscrevessem o testamento com o seu anel ou alheio, etc. Veja-se Stryk., *de Cautel. Testam.*, C. 15, tot., Luc. Ferr., *Bibliot. Canon. Civ.*, verbo *Testam.*, Art. 1, a n. 9 ad 31. Outros mais requisitos do direito romano cumulo Sabell., § *Testam.*, n. 5. De fôrma que n'estes testamentos não intervinha notario publico que os auctorisasse para terem fé e authenticidade, independente de outra prova da sua verdade contra a falsidade que n'elles podia machinar-se.

§ 8

Era pois necessaria a abertura solemne d'esses testamentos (como diz Furgol., *Traité des testaments*, C. 2, Sect. 4, desde o

n. 2): 1.º, para conhecer a vontade do testador, a fim de se executar, poder o herdeiro aceitar a herança, e os legatários, e os fideicommissários poderem intentar suas acções; 2.º, para dar um caracter publico ao testamento escripto por uma pessoa particular, e que não tem sido escripto por uma pessoa publica; 3.º, a fim de constar do estado do testamento, e se ver que o testador não tem mudado de vontade, «seja rasgando o papel, ou abrindo, ou cortando o fio e lacre, ou tirando os sellos», casos em que seria nullo, a menos que se não provasse que fôra por acaso; 4.º, a fim de que se possa validamente tratar e transigir sobre as constestações que nascem das disposições testamentarias, etc.

§ 9

A abertura e publicação do testamento (continua Furgol., a n. 6) devia ser feita entre os romanos pelo juiz, e ao competente pertencia estatuir o que era necessario para este fim, L. 1, Cod., *Quemadmod. testam. aper.* Na antiga Roma pertencia ao pretor, L. 4, ff. eod. Na nova Roma o conhecimento era attribuido ao magistrado chamado *Magister census*, L. 41, Cod. *de Episc. et Cleric.*, L. 18, L. 23, Cod. *de Testam.* Esta L. 18 declarava nulla a abertura e publicação feita em outra parte; mas pela dita L. 23, a incompetencia do juiz a este respeito não produzia nullidade da abertura e publicação, etc.

§ 10

As principaes formalidades (ainda falla Furgol., a n. 10) que se devem observar n'estas occasiões consistem: 1.º, em se fazerem citar (hoje nos presentes tempos) para diante do juiz, com dia, logar e hora certa, as testemunhas testamentarias para reconhecerem o estado do testamento; elle era mesmo necessario em os romanos, onde os testamentos eram ordinariamente escriptos por pessoas privadas, fazer o reconhecimento do signal; eis-aqui porque a L. 4, ff. *Quemadmod. testam. aper.*, exige este reconhecimento, segundo a explicação dos AA.: mas quando o acto da subscripção é publico, este reconhecimento é superfluo, basta que as testemunhas reconheçam o estado do testamento e que não houve ahi alteração.

§ 11

2.º Fazem-se tambem citar os mais proximos successores para ver proceder a esta abertura; 3.º, as testemunhas testamentarias, ou aquellas que são vivas e presentes, para em presença do juiz, mostrando-se-lhes o testamento, o reconhecerem o seu estado; 4.º, o juiz deve formar processo de tudo, e especialmente do reconhecimento do estado do testamento e do reconhecimento dos signaes e subscripções, se o acto da subscrição não é recebido por uma pessoa publica, elle deve mesmo declarar que tem procedido á abertura e publicação do testamento, Brunneman, na L. 4, § *Testam. quemad. aper.*, refere, segundo os DD. tudo o que é necessario na abertura do testamento: 1.º, «*Additionem judicis*; 2.º, *Citationem eorum, quorum interest*; 3.º, *Citationem testium*; 4.º, *Ut testes rogentur de subscriptione contestium*; 5.º, *Ut Judex se ferat ad acta quæ gesta sunt, etc.*», Furgol., n. 11, 12 e 13.

§ 12

Ha (prosegue Furgol., a n. 16) algumas outras disposições no direito romano, concernentes á abertura do testamento, que é necessario conhecer. Não se fazia publica a data, para obviar as falsidades e as supposições de outros testamentos em prejuizo dos verdadeiros, não se abriam as partes do escripto de que o testador havia prohibido a abertura, até que chegasse o tempo que elle tinha permittido, L. 3, ff. *Quemad. testam. aper.*, § *Sin autem* 3, Inst. de *Pupil. Subest.* Não se devia abrir senão com conhecimento de causa, a parte que continha uma substituição pupilar, se ella estava fechada ou ligada separadamente do corpo do testamento, ainda quando o testador não tivesse prohibido a abertura, L. 8, ff. eod.

§ 13

Como o testamento não é acto de um só homem, isto é, do herdeiro, mas é olhado como um acto, que interessa ao publico, L. 2, ff. *Testam. quemad. aper.*, e segundo as expressões da L. 5, do mesmo T. *publice expedit suprema hominum judicia exitum habere*; toda a pessoa póde demandar a abertura, vê-la e preterder um extracto, L. 1, ff. eod., e isto tem logar em toda a fôrma

de testamentos, aindaque elles sejam imperfeitos, rotos e inuteis, L. 2, § 1, ff. eod., mas deve-se dar uma dilação sufficiente, tendo respeito ás circumstancias segundo o § 7 da mesma L., e esta faculdade deve ser concedida para muitos testamentos se os ha, como para um só, dita L. 2, § 3. Mas o herdeiro tem direito de requerer a exhibição do testamento ou intentar a reivindicação, L. 3, ff. eod. Se aquelle a que o testamento tem sido confiado em deposito o abre e o lê em presença de muitas pessoas, elle é obrigado não sómente pela acção de deposito, para reparar os damnos que elle tem causado, mas ainda pela acção de injuria, L. 1, § *Siquis*, ff. *Depos.* Ita Furgol., n. 18.

§ 14

Aindaque alguma das testemunhas (continua Furgol., n. 19) não reconheça o seu signal, e que mesmo o negue, não se deixa de proceder na abertura, mas o testamento vem a ser suspeito, L. 1, § 9, ff. *Testam. quemad. aper.* Se alguma testemunha é fóra do lugar onde se faz a abertura, se deve enviar o testamento ao lugar da residencia da testemunha, a fim de que ella faça o reconhecimento. O mesmo a respeito de todas as testemunhas absentes, L. 7, ff. eod.

§ 15

Se ha dois differentes originaes do mesmo testamento (ainda diz Furgol., n. 21) basta fazer abrir um, L. 10, ff. *Testam. quemadm.* Mas se ha um original e um extracto, não basta proceder á abertura do extracto, é preciso que appareça o original, L. ult., ff. eod.

§ 16

Finalmente (omittindo outras superfluidades ao proposito) não se deve proceder á abertura na fórmula d'este direito, senão dos testamentos fechados, porque se elles são abertos, e não foram fechados, nem occultos, o procedimento da abertura é inutil. «Si sui natura tabulæ patefactæ sunt, apertum videri testamentum non dubitatur, non enim quæremus, a quo aperiantur», L. 10, § 1, ff. eod., Furgol., n. 22.

Nota. Tudo o exposto compendiarão Voet., *ad Pand.*, L. 29, T. 3, Brunneman, in L. 1, e Cod. *Quemad. testam. aper.*, Struv. e Mull., Exercit. 31, Thes. 41 e 42. De que tudo é bem evidente não só a solemnidade e fôrma, com que segundo as leis romanas se procedia á abertura dos testamentos, mas que só se realisava nos escriptos cerrados, que sem intervenção de notario publico se organisavam com as solemnidades, que ficam substanciadas no § 7, e que por isso era necessario se abrissem, morto o testador, e se authenticassem verdadeiros, com reconhecimento das testemunhas, e mais solemnidades que ficam referidas, etc.

PRENOÇÃO III

Uso hodierno das nações quanto á abertura e publicação dos testamentos

§ 17

A L. 2, Cod. *Quemad. testam. aper.*, este direito subsequente ao digesto, já determinou que na abertura dos testamentos se observassem as formalidades prescriptas pelas leis e usos dos logares em que se fazem as aberturas dos testamentos. Uma Ord. da antiga França em 1735, no Art. 79, n'esta conformidade dispoz. «N'entendons comprendre dans la presente Ordonnance, ce qui regarde l'enregistrement, et la publication des Testaments, ou autres actes de dernière volonté, sur tous lesquelles points, il ne sera rien innové, en vertu de notre présente Ordonnance, aux dispositions des loix, ou usages, qui sont observés à cet égard».

§ 18

Como pois nas nações se inventaram diversas especies de testamentos, com diversas fôrmas, em differença dos escriptos dos romanos (§ 1), em que não intervinha notario publico, nem judicial auctoridade (Prenoç. 2), por isso diz geralmente Thomas., *Not. de Us. hodiern.*, *ad Pand.*, L. 29, T. 3: «Non confundenda est solemnitas apertura, de qua agit hic titulus, cum publicatione testamenti. Moribus enim solemnitas apertura fere nunquam; publicatio fere non nisi in testamentis judicialibus fieri solet». Adde Beyes ad h. T. Schilter., Exercit., 28, Thes. 166 e 174. Por isso Brunneman. na L. 1 e 2, Cod. *Quemad. testam. ap.*, n. 4, diz: «Sed ab

hac necessitate (secundum Jus Romanum) exempta sunt: 1.º, Testamenta apud Principem facta; 2.º, apud acta; 3.º, facta adhibito Notario sive testamentum in scriptis sit, sive nuncupativum» etc. Por isso Stryk., *Us. mod. Pand.*, L. 29, T. 3, judiciosamente diz: «Quare cum hodie testamenta judicia, ut plurimum nitantur auctoritate, vel saltem super eisdem instrumenta publica a Notariis conficiantur, publicationem de consuetudine raro hodie locum habere asserit Carpzo. Lauterbach., Brunneman; ita ut ea omissa testamentum haud vitietur, Mev., *ad Jus Lubecens.*, Conf. Piukman. Meyer, *in Colleg. Argentor.*, etc. Conf. Mull., *ad Struv.*, Exercit. 94, Thes. 41, sub lit. y x. *Testam. publica*». Na Prussia, aonde os testamentos só se fazem judicialmente na forma prescripta no Cod. Freder., P. 2, L. 7, T. 3, Art. 2, se faz a abertura na forma prescripta no mesmo Cod., L. 7, T. 14.

§ 19

«Cæterum (continua Stryk., § 2) si Testamentum in scriptis privata auctoritate conditum est, eo casu publicationem leges requirunt, quæ fit citatis illis, quorum interest, vocatisque testibus ad recognitionem subscriptionis, et sigillorum, L. 4, seq. h. T. Talia enim testamenta privata tantum nituntur fide, et ita demum publicatione accedente publicam auctoritatem accipiunt, ut ejus fidem amplius in dubium vocari non possit. Solemnia Juris Communis explicat Meyer., *Coll. Argent.*, h. T., § 8, quæ tamen non precise ubique observantur; cum aperiendi tabulas variet; et ita in apertura testamenti cujusque loci, et fori, in quo petitur publicatio testamenti, servanda, est consuetudo.» (Conf. § 17) Conf. Boehm., *ad Jus*, ff., L. 29, Tit. 3, § 4, ibi: «Solemnia apertura fit in testamentis mere privatis, auctoritate judicis, ut hac ipsa publicam fidem accipiant, L. 18, Cod. *de Testam.* Fit hæc publicatio: 1.º, Coram judice quocumque; 2.º, præcedente aliquali cognitione; 3.º, citatis testibus ut subscriptionis, et sigilla sua recognoscant. Si sigilla a testibus viventibus non recognoscantur, tabulæ fiunt suspectæ, invalidæque.» Só n'estes testamentos, e não nos feitos por notarios, se requer esta publicação, Begnudell., *Verb. Testament.*, n. 125.

Quanto á legislação e costumes do nosso reino
e já á nossa questão

§ 20

Notámos na Ord., L. 4, Tit. 80, quatro diversas formulas de testar: 1.^a, escrevendo-se o testamento por tabellião publico em livros de notas (ou pelos escrivães creados nas aldeias) na fôrma da Ord., L. 1, T. 78, § 20); 2.^a, sendo escripto por pessoa privada e approvado por tabellião, na fôrma dos §§ 1 e 2; 3.^a, sendo escripto por particular, subscripto pelo testador e testemunhas, sem auto de approvação, na fôrma dos §§ 3 e 4; 4.^a, nuncupativo, verbal na fôrma do § 4. Caso este ultimo, em que não se requer que a nuncupação verbal do testador se escreva para conservar d'ella a memoria, Heinec., *Elem. J. Civil. Secund. Ordin. Inst.*, § 499, no fim.

§ 21

Taes são as fôrmas de testar n'este reino. Eu noto na Ord., L. 3, T. 18, § 19, esta passagem fugitiva: «Poderá ouvir qualquer feito sobre a publicação e abertura de algum testamento». Toda esta Ord., desde o § 3, tem por fonte a L. 1 e seg., ff. *de Fer.* Na lei segunda se permittia no tempo feriado conhecer *de testamentis exhibendis, ut curator detur honorum ejus, qui an hæres extiturus sit incertum est.* A L. 1, ff. *Testam. quemad. ap.*, permittia requerer a abertura e publicação do testamento *omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere.* E assim a todos os interessados, como legatarios, fideicommissarios, crédores, etc., L. 2, ff. *eod.*, Parex., *de Instr. edit.* T. 5, Resol. 13, a n. 5. Confirma-se o Cod. Frederic., P. 2, L. 7, T. 15, §§ 1 e 2. Era e é tão favoravel o requerimento para esta abertura e exhibição do testamento que a lei Cod. *Quor. appell. non recip.* prohibia: «Nequis ne voluntas defuncti testamento scripta reseretur (et aperiat, L. ult., ff. *de Appell. recip.*, como nota Gotofredo) ausus fuerit provocare», etc.

§ 22

Por isto é que o nosso legislador imbuído no direito romano, de que era peritissimo, tendo em vista estas leis e considerando,

ou o caso da L. 2, ff. *de Fer.*, ou considerando um herdeiro com o testamento na mão, tardo em cumprir os legados pios e profanos, ou dar partilha aos coherdeiros, não querendo voluntario mostrar o titulo aos interessados, permittiu no tempo feriado tratar a causa *sobre a publicação e abertura do testamento, que em essencia é o mesmo que permittir o requerimento da exhibição d'elle pelos interessados, que se comprehende no requerimento para a abertura e publicação, segundo o direito romano (§§ 6, 8 e 13, junto o titulo de Tab: exhib. no D. L. 43, T. 5, e Cod., L. 8, Tit. 7). E não se segue que o nosso legislador n'aquellas palavras fugitivas (§ 21) quizesse se observassem as formulas do direito romano da abertura dos testamentos escriptos, de que trata a Ord., L. 4, T. 80, pr., e dos de que trata nos §§ 1 e 2, e só quando muito dos que tratam os §§ 3 e 4 do mesmo titulo.*

§ 23

Com effeito, lido todo o dito T. 80, não se vê que faça dependente de abertura ou publicação, nem os testamentos escriptos em notas por tabellião, de que trata o preambulo, nem os cerrados e approvados, de que tratam os §§ 1 e 2, mas sómente se vê no § 3 que os testamentos particulares feitos na fôrma ahi permittida sejam *publicados*, ut ibi: «E n'este caso, quando for feito pelo testador, ou por outra pessoa privada, sem instrumento publico nas costas, deve tal testamento ser publicado (não diz aberto *porque não foi cerrado*) depois da morte do testador, por auctoridade de justiça, citando as partes a que pertencer, segundo fôrma de direito.

§ 24

Advertiu o nosso legislador que os testamentos de que havia tratado no princ. a §§ 1 e 2, foram inventados pelo costume e uso das nações, e não conhecidos dos romanos (§ 1 e Prenoç. 2, todo e § 18), que só conheceram e solemnizaram os testamentos escriptos por pessoa particular sem notario da fê publica. Advertiu que os testamentos de que tratou no princ. e nos §§ 1 e 2, escriptos ou approvados por tabellião, *nituntur propriis viribus, et fidem faciunt absque aliquo testium examine*, etc., Peg., Tom. 4, ad

Ord., pag. 246, n. 75, Cordeir., Dub. 10, n. 2. E que se nas mais nações em que foram inventados não precisam de solemne abertura e publicação (§§ 17 e 18), também não pelo costume da nossa. Peg., supra, pag. 245, n. 64, ibi: «Apud nos non est necessaria in hoc testamento clauso, neque etiam in aperto, si per Tabellionem sit confectum; nam Tabellionis fides illud requisitum publicationis supplet; quod certum est ex dict. Ord. Imo ad hoc ipsum Tabellio de consuetudine adhibetur, ut scilicet necessaria non esset publicatio», etc. Conf. Frag., *de Regim. Reipubl.*, P. 3, L. 5, Disput. 8, § 3, n. 115 e 116, Gomez, in L. 3, Taur., a n. 35, ad 39, Valasc., Cons. 178, a n. 6, Begnudell., Verb. *Testamentum*, n. 125. Por isso é que o nosso legislador mysteriosamente não fez precisa solemne abertura e publicação nos testamentos feitos ou approvados por tabelliães publicos diversos dos dos romanos, e de que tratou no princip. e nos §§ 1 e 2, mas só fez dependente da necessidade de publicação os testamentos feitos na fórma do § 3 da mesma Ord.

§ 25

Na verdade os testamentos feitos na fórma do dito § 3 são os que mais entre nós se assimilham aos testamentos escriptos dos romanos (recortadas algumas das escrupulosas solemnidades que ficam substanciadas no § 7). Por isso só quanto a estes (e não quanto aos de que tratou no Princ. e §§ 1 e 2) fez precisa a solemnidade da publicação, *segundo fórma de direito* (isto é, do romano, como apposite Peg., ad Ord., Tom. 4, pag. 667, col. 1), bem como nas mais nações se está observando na publicação d'esta especie de testamentos (§ 19). A mesma pratica, e conforme á dita Ord. § 3, sempre se observou n'este reino, que já attestou Molin., *de Inst. et Jur.*, Disput. 126, e com elle Fragoz., supra, n. 116. Sobre o que se póde ver largamente a mesma dissertação especial na 2.ª parte: Em que circumstancias, e com que requisitos se deviam reduzir n'este reino em publica fórma os testamentos nulos, sendo escriptos, ou os de que tracta o d. § 3, desde o § 22 e signanter desde o § 60, a que inteiramente me remetto, porque essa digressão seria alheia do objecto de que trato.

§ 26

Tudo quanto venho de expor, segundo o judicioso e mysterioso systema da nossa legislação, em differença da romana n'este ponto, se comprova admiravelmente por Jul. Capon., Tom. 4, Discept. 291, Dub. 4, tot, ubi vide. O senador na deliberação transcripta por Peg.; *de Maiorat.*, Tom. 4, § 41, n. 18 até 21, assim entende a nossa Ord. quando disse, ut ibi: «Si per testatorem apertum fuit testamentum vel testator aperuit, vel relinquit, laceravit, vel aperuit et servavit. Primo casu nullum est testamentum, eo quia voluntas mutata videtur. Secundo vero casu, quando testator aperuit, et postea sigilatum invenitur testamentum, vel ipse testator sic apertum servavit, vel alteri servandum tradit, tunc valet testamentum siquidem mutata voluntas non intelligitur prout supradicti DD, etc. . . . ex ea enim ratione, quia non est de substantia testamenti, quod sit sutum, et clausum, hoc enim solum fuit ut testes contenta non scirent in testamento. *Clarus, etc.* Quamvis enim in nostra Ord. e L. 4, T. 80, § 1, invenitur verba *será cerrado e cozido*; hoc non inducit necessitatem; intelligitur enim dicta lex juxta dispositionem in L. *hac consultissima de Testam.* ubi inveniuntur verba *ibi* licere et *ibi* voluerit claudendi. Si ergo non officit quod testamentum post clausum, apertum inveniatur, et quod nunquam fuerit clausum si voluntas mutata non probetur quomodo ergo officere impræsentiarum potest, quod aliquo tempore apertum fuisset testamentum, si constat servatum voluntate testatricis, et clausum inventum.» Finalmente assim o suppõe Mell., L. 3, T. 4, § 10, fazendo distincção entre as quatro espécies de testamentos, etc.

**Qual tem sido a este respeito o costume do nosso reino,
quanto aos testamentos cerrados e approvados**

§ 27

Tal, tão demonstrado e comprovado é o espirito da nossa legislação. Resta só vermos o que com variedade, erro ou ignorancia se tem praticado n'este reino. Eu vejo em Oliv., *de For. Eccles.*, P. 2, Q. 30, n. 5, e no senador em Peg. 3, For., Cap. 28, n. 872, attestado o costume na comarca de Vizeu, e provincia da Beira, de

se abrirem e publicarem os testamentos no acto dos enterros dos defuntos, perante a irmandade ou acompanhamento, e passarem os parochos certidão da sua abertura. Eu mesmo tenho observado o mesmo costume não só nas ditas comarcas e provincias, mas em outras mais do reino. Mas ao mesmo tempo tenho visto que muitos herdeiros recorrem a juizo, presentando os testamentos cerrados ao juiz, na presença do qual por um escrivão, a quem o acto se distribue, se passa certidão da abertura e estado do testamento, sem vicio, borrão, etc., ou salvando-se, e declarando-se os defeitos substanciaes ou accidentaes, com que apparece n'esse acto da abertura, e isto ainda mesmo nas provincias em que os parochos abrem os testamentos, e os publicam perante as irmandades sobre os cadaveres, quando levados á sepultura; isto quanto aos testamentos cerrados e approvados.

§ 28

De fôrma, que emquanto aos testamentos cerrados nunca houve costume certo ã invariavel, uniforme e perenne, mas vario e difforme, já abrindo-se pelo parochos, já em presença do juiz, já pelos proprios herdeiros, sem termo algum de abertura, e sem que por isso se disputasse a validade d'estes, que tenho visto tambem sem termo algum de abertura. Um costume tão vario não se attende, nem produz os effeitos de observancia interpretativa das leis, e n'esta difformidade devemos recorrer ao direito patrio. Ora está assás mostrado que pela nossa legislação e das nações não procedem n'esta nova especie de testamentos as LL. collocadas debaixo do Tit. ff. e Cod. *Quemadmodum testam. aper.*, nem nos testamentos em notas na fôrma do preambulo da Ord., L. 4, T. 80, e só nos testamentos particulares feitos na fôrma do § 3, da dita Ord. algum tanto assimilhados aos escriptos dos romanos.

§ 29

Eu me persuado por verosimilhança que o abrirem-se judicialmente os nossos testamentos cerrados, teria causa na má intelligencia do direito romano e patrio, suppondo-se n'estes testamentos necessaria essa solemnidade, e ficâmos na regra da L. *quod non ratione* 39, ff. de Leg. ubi Arouc. a n. 9, e que o abrirem-se pelos parochos teve origem em se divulgarem logo os legados pios,

e profanos, que o defunto levado á sepultura determinava se cumprissem, maxime no seu funeral. Sem que jamais conste que os testamentos feitos em notas se vão publicar perante os juizes.

§ 30

Não temos lei patria, que exija tal solemnidade de abertura nos testamentos cerrados, nem de publicação d'elles, que só se requer nos da terceira especie, e particulares sem instrumento publico de approvação. O direito romano é inapplicavel áquelles, como temos visto. Não ha costume legal, que obre por si como direito *consuetudinario*, ou como *interpretativo*. Não póde induzir-se nullidade, onde a lei não a commina, ou aonde não dá certa fôrma do acto, de que haja transgressão, Portug., L. 3, Cap. 17, n. 71.

§ 31

Devemos portanto concluir e assentar, que se um testamento cerrado e approved apparecer na mão do herdeiro aberto sem termo ou certidão de abertura, ou pelo juiz, ou pelo parcho, não se segue d'ahi que só por isso seja nullo, porque, como diz Harprectr., Disput. 46, n. 157: «Ita tabularum apertura quæ post mortem testatoris eo fine, ut ipsius suprema voluntas exitum sortia-tur juxta. Tit. ff., et Cod. *Quemadm. testam. aper.*, fit, omnia ibidem a Juris Consultis et DD., tradita, cum nostra, quam volvi-mus, resignatione nihil commune habeant», etc. E só resta a ques-tão d'esta.

PARTE II

Se o testamento que se acha aberto, rotas as linhas, tirado o lacre, ou quando rasgado, riscado, rasurado e mudado em todo, ou em parte, se presuma ter sido revogado pelo testador, e não valha no todo, ou na parte obliterada, ra-surada, etc.

PRENOÇÃO

§ 32

É notavel o muito que sobre estes casos têm escripto com varie-dade os DD., os quaes (alem de outros muitos que citam) Pinheir.,

de Testam., Disput. 2, Sect. 4, § 2, a n. 49, et Disput. 6, Sect. 2, n. 6 e 7, Fontanell., Dec. 49, Jul. Capon., Discept. 291, Dub. 2, Card. de Luc., *de Testam.*, Discurs. 65, Manz., *de Testam.*, Append., T. 22, a n. 28, Furgol., *de Testam.*, Tom. 4, Cap. 11, a n. 79, Barry, *de Success. test. et intest.*, L. 10, T. 1, n. 36, Mantic., *de Conjectur.*, L. 12, T. 1, n. 28, Mull., ad Struv., Exercit. 32, Thes. 51, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 17, a n. 8, Guerreir., Tr. 2, L. 3, C. 5, a n. 102, Peg., *de Maior.*, Tom. 4, § 41, a n. 18, Stryk., *de Cautel. Testam.*, C. 24, § 17, e § 40 e seg., Domat., *Loix Civil.*, pag. 343; paucis, Mello Freira, L. 3, T. 5, § 50. Latissime et ex professo Harprectr., Disput. 46, *de Resignat.*, supra, Vol., ubi *non plus ultra*. Adde João Sanf. Stryk., Vol. 12, Disput. 19, a § 24, e uma notavel decisão da Rota Romana que é a 63, nas collectas á obra de Castilho, *de Var. Quæstion.*, edição de 1753.

§ 33

Não temos lei patria, que decida esta questão, como adverte o citado Mello. As leis romanas que formam o objecto das interpretações, disputas e applicações a factos pelos DD., são unicamente estas, a L. 1, § *Si linum*, 10, et § 11, ff. *de Bon. poss. secund. Tab.*, ibi.

«Si linum quo ligatæ sunt tabulæ incisum sit, si quidem alius contra voluntatem Testatoris inciderit, bonorum possessio peti potest; quod si ipse Testator id fecerit non videntur signatæ, et ideo bonorum possessio peti non potest.»

A L. 1, § 8, ff. *Si tabulæ testam. null.*, ex tab., ibi.

«Si hæres institutus non habeat voluntatem vel quia incisæ sunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione voluntatem Testator mutaverit, voluitque intestato decedere: dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.»

A L. *Nostram* 30, Cod. *de Testam.*, ibi.

«Sancientes, siquidem Testator *Linum vel signacula inciderit vel abstulerit, utpote ejus voluntate mutata*, testamentum non valere. Sin autem ex alia quacumque causa hoc contingerit, durante testamento scriptos hæredes ad hæreditatem vocari.»

A L. 22, § 3, ff. *Qui testam. facer. poss.*, ibi.

«Si signa turbata sunt ab ipso testatore, non videtur signatum.»

Finalmente a L. 1, ff. *de His quæ in testam. del. induc. et inser.*, desde o principio até o § 3, inclusive, ibi:

«Quæ in testamento legi possunt, ea in consulto deleta, et inducta nihilominus valent: consulto non valent. Id vero, quod non jussu domini scriptum, inductum, deletumve est, pro nihilo est: Legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspicere, quæ sunt scripta. Cæterum si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi posse. Sufficit autem si legibilia sint *in consulto delecta*, sive ab ipso, sive ab alio, sed nolentibus. Inducta accipiendum est et si perducta sint, § 1. Quod igitur incaute factum est, pro non facto est, si legi potuit. Et ideo, et si novissime (ut solet) testamento fuerit adscriptum, literas, inductiones, superinductiones ipse fecit: non videbitur referri ad ea, quæ in consulto contingerunt. Proinde et si in consulto superscripsit induxisse se manebunt; et si ademit, non erunt adempta, § 2. Sed si legi non possunt, quæ in consulto deleta sunt, dicendum est non deberi, sed hoc ita demum, si ante consumationem testamenti factum est, § 3. Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, in consulto vero non repelluntur, sive legi possunt, sive non possunt; quoniam si totum testamentum non extet, constat valere omnia, quæ in eo scripta sunt. Et siquidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur.»

§ 34

Estas e outras paralelas são as leis romanas, que fazem objecto das disputas, interpretações e applicações a diversas hypotheses pelos DD. citados no § 22, e outros innumeraveis por elles referidos. Exporei pois para maior clareza, separando do meio da confusão o que entre os DD. é mais indubitavel, e o que dubitavel, e distinguindo as diversas especies de testamentos: 1.º, quanto ao todo; 2.º, quanto ás partes de qualquer testamento, distincção, que com outros DD. fazem Harprectr., Disput. 46, a n. 33, Struv. et Mull., Exerc. 32, Thes. 48 et 49, d. §, Vinn., *Inst. quib. mod. testam. infirm.*

SECÇÃO I

Quanto ao todo do testamento

Primeiro caso indubitavel entre os DD. quando o testamento é feito em notas

§ 35

Se o testamento foi feito em notas, na fôrma da Ord., L. 4, T. 80, pr., e de que o tabellião deu ao testador uma copia, por mais que o testador rompa, lacere, emende, rasure, etc. esta copia, nunca se entende revogado o testamento cujo original ficou na nota do tabellião, Pinheir., *de Testam.*, Disp. 6, Sect. 2, n. 8, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 17, n. 11, Mantic., *de Tacit.*, L. 2, T. 1, § 33, Molin., *de Just.*, Disp. 153, §. *Dubium vero est.* Conduz o simile da L. final, ff. *de his quæ in testam.* del Jul. Capon, Discept. 291, Dub. 2, n. 4, Conf. Stryk., *de Cautel. Testam.*, C. 24, sub § 17 et § 47, Harprectr., Disp. 46, a n. 118, Voet., ad Pand., L. 28, T. 4, n. 1, in fin., Fabr., in Cod., L. 6, T. 5, Def. 30. Com esta opinião, depois de referir a original de Paulo Castrense, e outros que o seguiram, se conforma Vinn., ad § 3, Inst. *quib. mod. testam. infirm.*, n. 3, referindo-o assim julgado na sua provincia.

§ 36

Só este primeiro caso se limita «nisi aliunde sint probabiles conjecturæ, quod intentio testatoris fuerit testamentum penitus revocare». Porém será preciso provar-se que o testador declarou que assim o fazia, por querer morrer ab intestado, L. ult., ff. *de his, quæ intest. del.*, Furgol., Cap. 11, sub n. 79, e que assim o provem os herdeiros ab intestato, Mantic., supra. Em contrario não deixa de fazer grande duvida esta resolução, porque em semelhante caso diz Stryk., *Us. mod.*, L. 28, T. 4, § 4: «Cum contra jus strictum in reali mutatione leges ad solam voluntatem respiciant, utique dicendum est testamentum nuncupativum ex hac declaratione reali contrariæ voluntatis non subsistere». Conf. Struv., Exerc. 32, Thes. 48, Lauterb. *de Cancell.*, § 35, Manz., *de Testam.*, in App., T. 22, n. 49, §. Porém que não basta a cancel-

lação na copia, sem ser cancellada no protocollo do notario, e diante de sete testemunhas, Mull., ad Struv., supra, P. 719, Col. 2, depois do meio, Brunneman., in L. 30, Cod. *de Testam.*, n. 5, Barry, *de Success.*, L. 1, T. 9, n. 46, aonde reprova essa opinião contraria e segue a primeira.

Nota. No discurso 65 do Card. de Luc., *de Testam.*, se figura uma hypothese que não pôde jamais dar-se no nosso reino, attenta a Ord., L. 1, T. 78, § 4 e seguint., e T. 19, § 5. Na hypothese de Fontanell. era um testamento sem similhaça alguma dos nossos, de que trato, e feito conforme o costume de Barcelona. Os mais DD. fallam de testamentos feitos conforme diversos usos das nações, sem as circumstancias dos nossos cerrados, como na Decis. 63, ad. Castilh., *de Var. Questionib.* Em algumas nações entrega-se o testamento em archivos publicos; em outras se entrega cosido e fechado com subscripção de testemunhas a um tabellião, que attesta a entrega que lhe foi feita pelo testador. E por isso é que os DD. fazem duvidoso lá n'essas nações se, reassumindo o testador, ou do archivo ou da mão do tabellião, o testamento, e abrindo-o, fica revogado. Quanto estes casos differem do nosso, ninguem ha que o não veja. Pôde um dos nossos testadores rasgar a copia para illudir e se livrar de suggestões, persuadido que lá fica o original authenticico em mão do tabellião, e uma vez que não faz outro testamento, se presume quiz valesse o que restava na nota, Mantic., *Conject.*, L. 12, T. 1, n. 12.

Segundo caso indubitavel seja qual for a especie de testamento

§ 37

Este é o da L. 20, fin. ff. *de Injust. rupt.*, ibi:

Lucius Titius, integra mente et valetudine, testamentum fecit, ubi oportet; postea cum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit. Quæro an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, non ideo minus adiri posse.

Concorda a L. 1, ff. *de his quæ in test. del.*, L. 1, in fin., ff. *de Bonor. posses. secund. Tabul.*, L. 30, Cod. *de Testam.* A genuina rasão a expõe Furgol., C. 11, sub n. 78, ¶ *La raison*, Harprectr.,

Disput. 46, a n. 62, citando outros DD., Cod. Frederic., Part. 2, L. 7, T. 17, art. 1, § 11, Conf. Voet. ad Pand., C. 28, L. 4, n. 2, Harprectr. amplia o mesmo a n. 65, ao caso em que o testador ou em ebriedade, ou em vehementissima excandescencia ou arrebatado de breve furor, etc. fez isto.

Terceiro caso indubitavel em toda a especie de testamento

§ 38

Se consta que outra pessoa e não o testador abriu o testamento ou fez n'elle alguma laceração ou travessura, tambem é sem duvida que subsiste valido, e não se presume revogado. Assim se nota na L. 30, Cod. *de Testam.*, §. *Sin autem*. Latissime Harprectr., Disp. 46, a n. 360, ad 372, *ubi ad satietatem*, Cod. Freder., P. 2, L. 7, T. 17, art. 1, § 11. E aindaque alguns DD. quizeram distinguir o caso de apparecer assim o testamento em mão de pessoa suspeita, e não quando em mão de pessoa não suspeita, contudo a indistincta proposição acima é a mais seguida, Barr., *de Success.*, L. 1, T. 9, sub n. 45, §. *Quod Doctores*.

§ 39

Suscitam porém aqui os DD. a duvida, a quem incumbe provar que não o testador mas algum terceiro abriu o testamento ou o lacerou; se ao herdeiro escripto para sustentar a validade, se o *ab intestato* que affirme a revogação? Furgol., *de Testam.*, C. 11, n. 80, com Mantic., *de Conject.*, L. 12, T. 1, Stokmans., Decis. 13, n. 10 e 11, se distingue que se o testamento estava em poder do testador se presume aberto ou lacerado ou rasurado por elle, emquanto o herdeiro escripto não prova o contrario. Se estava e se achou em poder de terceiro, se presume que o testador o não abriu, lacerou, rasurou, nem mondou, mas que foi travessura do terceiro, emquanto o herdeiro *ab intestato* não prova o contrario. Esta mesma distincção segue Gilkenio, Danther, Carpzov. e Menoch., referidos por Stryk., *de Cautel. Testam.*, C. 24, § 45, Jul. Capon., Disc. 291, Dub. 2, n. 5. Concorda ex professo Harprectr., Disp. 46, a n. 378 a 381, Cod. Fred., supra, § 11, Struv.,

Exercit. 32, Thes. 51 e ibi Mull., Voet., *ad Pand.*, L. 28, T. 4, n. 4, Bruneman., in L. penult., *Cod. de Testam.*, n. 9, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 47, sub n. 10, Luc. Ferrar. Verb. *Testam.*, Art. 5, n. 19, *Cod. Freder.*, P. 2, L. 7, T. 17, Art. 1, § 11, *. *On présume.*, Manz. *de Test.*, in Append., T. 22, a n. 34 e 38, Barry, *de Succes.*, L. 1, C. 9, sub n. 45, *. *Cancellatio*, Card. de Luc., *de Testam.*, Discurs. 65, a n. 12.

§ 40

Outros absolutamente em todo o caso presumem toda a manobra que o testador emquanto não consta o contrario, como Mantie. e Vasques. referidos pelo mesmo Stryk., sub d. § 45. E a rasão dá Boetimet., *ad Pand.*, Exercit. 68, C. 3, § 12, ibi:

«Fundamentum harum decisionum petendam ex L. si unus 12, *Cod. de Testam.* ubi Impp. eleganter aiunt: De his quæ interlecta, sive supra scripta dictis, non ad juris solemnitatem, sed ad fidelitatem pertinent questionem, ut appareat utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulto deleta sint, an ab aliquo falso hæ fuerint commissa Unde ergo hoc apparebit? Hoc certum est ex L. 3, in fin., ff. *de his quæ test. del.* quod favore libertatis inconsulto deletio præsumatur facta, etc.»

§ 41

Pelo contrario não será difficil presumir a manobra por algum d'aquelles que refere Harprectr., Disp. 46, a n. 45, ad 48, ibi:

«Quod attinet Tertios, alienum testamentum absque jussu testatoris speciali resignantes, hos ad talem illicitam resignationem vel sola ipsorum temeraria curiositas, vel ut hæredum ab intestato succedere cupientium, et hanc flagitiosam ipsorum operam, in designanda testatoris fortassis ægroti voluntate, vel precibus, vel pretio exprocantium desiderio satisfaciant, vel illorum amicitiam, favorem aut gratiam eo modo lucrentur, vel alterius lucri improbabilis spes; vel si quis ipse in priori testamento, cujus tabulas testator illæos reliquit, hæres fuerit institutus, et tum de hoc ipso, tum de posteriore certior redditus eo fine has reseret, ut iudicibus imponat forsitan etiam litteris, quibus ipse testator (ignarus sui posterioris testamenti resignationis) post ordinationem hujus ultimi elogii, de futura sua successione ipsum bene sperare jussit, in iudicio productis, quibus prius testamentum denuo

confirmatum dicit, juxta L. pen., § 2, de B. P. secund. tab. et trad., Vinnii., ad § 6, n. 3, J. quib. mod. test. infirm., et qua porro ratione Heredipetas, alienis facultatibus inhiantes, ad similia falsa crimina, auri sacra fames solet extimulare.»

Et n. 85, ibi:

«Frequentibus illud est, ut alii extranei, vel domestici homines, vel hæredum, quos putant scriptorum emuli, Ulric. Zasius, Lib. 1, cons. 2, n. 1, in fin. vel ex testamenti resignatione, seu sola, seu cum contentorum illius proditiōe conjuncta, lucrum sperantes locum asservationis testamenti indagent, vel occasionis opportunitate abutentes observent, et quam primum id possunt fraudulenter resignent... late Zasius... Nisi, inquit, contra voluntatem testatoris aliquando fierent, Lex eum casum in § Legis de B. P. sec. tab., non providisset, cum jus ex facto oriatur. Imo plane ex Avarorum nequitia (Quid enim homo inaltitæ semel deditus non adinveniat?...) quandoque delabitur ut testatorem plane interimant, et interempti scripta reserent, inibique repertum ipsius testamentum etiam resignent, vel sigilla avellant, etc.»

Et 382 até 388 ibi:

«In altero casu, si nimirum testamentum apud tertium resignatum reperiatur, resignatio in dubio non ab ipso testatore, vel ab illo Tertio facta præsumitur, donec ipso contrarium legitimè probet... maxime si testator in manus sui confessionarii, sub sigillo confessionis, pro suæ conscientie exoneratione, et veritatis dilucitatione, id resignaverit, seu commendaverit; quæ utique cautela plane opus non fuisset, si ipse testator illud aperuisset., vel si ille tertius aliquam notabilem jacturam ex illo testamento sustinere possit... Vel plane testator in suis ædibus fuerit occisus, ejus scrinium reseratum, et plures scripturæ exinde extractæ, ipsumque testamentum eodem in loco, incisis filiis, apertum repertum sit... Idem dicendum si testamentum non quidem apud tertium, sed tamen in loco impertinenti repertum fuerit. Tunc enim adversus testatoris domesticos, facile suspicio subnasci potest... Cæterum non aliter hæc resignatio ab aliquo tertio præsumitur facta, quam si prius probetur, quod ille Tertius testamentum in suis habuerit manibus... Et præterea quod illud in manum ipsius pervenerit clausum... ubi tamen si ille justis suspicionibus sit aggravatus, etiam per juramentum purgationis illæ dilui poterunt... imo etiam per contrarias præsumptiones.»

§ 42

Mas o mesmo Stryk. no dito § 41, *. *Non putamus*, distingue assim, ibi:

«Non putamus hanc rem dependere ex solerti indagatione circumstantiarum, et hinc arbitrium iudicis sibi locum vindicare. Multum intererit etiam an delectio ante, an post testamentum consummatum sit facta?... Sic in casu, ubi statim morte testatoris testamentum in cubiculo ipso, ubi diem suum clauserat testator apertum inventum fuerat, signis resignatis, sub stragulo mensæ; præsumptio est a testatore mutatum... Vicissim si testator tantum paucos menses post testamentum vixerit, et illud resignatum, et deletum reperiatur, præsumptio est, quod alius hæc fecerit, quia mutatio voluntatis brevi tempore non præsimitur in testatore.»

§ 43

«Quæ proxime diximus de resignatione a tertio facta, multo magis tunc obtinent, si tabulæ testamenti vel a muribus arrosæ, vel vetustate putrefactæ, aliove quo casu fortuito resignentur... casus namque fortuitus testatoris voluntatem nequit reddere inutilem... Et sicuti totius testamenti ordinatio a testatoris voluntate dependet, sic et ejus destructio... Dummodo scriptura ad huc legi possit, vel septem testibus testamento adhibitis illius tenor probari valeat», Harprectr., Disp. 46, a n. 374 a 378, Conf., Boehmer., *ad Pand.*, Exercit. 68, C. 3, § 11 e seqq., Voet., *ad Pand.*, L. 28, T. 4, n. 2.

SECÇÃO II

Casos mais duvidosos e opinativos

Primeiro caso. Quanto ao testamento cerrado e aprovado. Quando se acha só aberto sem termo de abertura, rotas as linhas que o coxiam, mas sem laceração, e consta ou se presume que o testador mesmo o abriu, e assim o conservou até á morte

§ 44

Já vimos na primeira parte que, segundo a nossa jurisprudencia em differença da romana, a falta de abertura e solemne publi-

cação, que exigia a romana, não induz nullidade nos nossos testamentos *cerrados e approvados*. Entra pois a duvida (segundo o direito romano e leis transcriptas, § 33) se achando-se esta especie de testamentos abertos, rotas as linhas e lacre ou obreias, com que se cozem e fecham, ainda mesmo que conste forem abertos pelo testador, se presumem só por isso (não fallo de laceração total ou cancellação) revogados e insubsistentes, deve n'este simples caso deferir-se a herança *ab intestato*?

§ 45

Os DD. (aindaque pela maior parte confundem os casos da'simples rotura das linhas, com o da laceração e cancellação notaveis) se dividem em dois esquadrões. Uns assentam que só pelo simples facto de o testador romper as linhas, descozer, dilacerar e abrir o testamento, é visto revoga-lo. Assim absolutamente, e só fundados em algumas das referidas leis, sustentam Mejllo, L. 3, T. 5, § 50, Pinheiro, *de Testam.*, Disp. 6, Sect. 2, n. 6, Jul. Capon., Discept. 391, Dub. 2, n. 9, Castilh., L. 4, C. 37, a n. 25, Fontanell., Decis. 49, C. 50, e outros muitos d'esta opinião, que refere Harprectr., a n. 127 a 136, que todos fallam n'esta hypothese da simples abertura dos fios com que estava cozido o testamento, sem outra cancellação ou alteração das solemnidades do testamento. Os DD. que seguem esta opinião a ampliam: 1.º, ainda nos testamentos privilegiados, ad pia, ou inter liberos, Harprectr., Disp. 46, a n. 101. Elles ampliam, 2.º, aos codicillos, Harprectr., a n. 121, aonde cumula todos os mais DD.

§ 46

Pela opinião contraria no caso supposto (de que só trato agora) de se achar o testamento só aberto, rotas as linhas e lacre com que se achava cozido e fechado. Que esta simples abertura, ainda mesmo que conste ser feita pelo testador, por si só não induz (já vimos na primeira parte, não induz nullidade) revogação do testamento, sustentam Brunneman., ad Wesembech., ad T. *de his quæ in test. del.*, Q. 3, Struv. et Mull., Exercit. 32, Thes. 51, Perez, in Cod., *de Testam.*, n. 20, Barry, *de Success.*, e outros muitos que coacervou Harprectr., Disp. 46, n. 189, e alem d'el-

les, Peg., *de Maiorat.*, Tom. 4, § 41, a n. 18, Sam. Stryk., Vol. 12, Disp. 19, § 24. E isto aindaque conste que o abriu com animo de fazer outro testamento, Grat., For., C. 490, n. 41, C. 558 e 764, Menoch., Cons. 42.

Sustenta-se o solido d'esta opinião por meio de uma juridica analyse das leis romanas

§ 47

Sem o subsidio da historia dos romanos, das suas formulas que praticavam em todos os actos civis, não podem bem interpretarse as leis romanas, Estat. da Univers., *Curs. Jur.*, L. 2, T. 6, Ca. 6, § 8, *Compend. Histor.*, C. 2, §§ 182 até 197. Da mesma forma se não pôde atinar com o verdadeiro sentido das leis romanas sem uma perfeita sciencia da lingua latina, e da propria e genuina accepção das palavras, nos diversos tempos de Roma, e nos das leis que são objecto da interpretação occorrente, cit. *Compend. Histor.*, C. 2, a § 1, Ekard., *Hermen. Jur. Dissert.*... D'esta falta de conhecimentos nos DD. que defenderam a opinião contraria, resultou a cegueira e o erro dos que a seguiram, como judiciosamente diz o citado Harprectr., Disp. 46, n. 147.

§ 48

Desde a origem do mundo (não fallo dos sellos publicos) as pessoas particulares tiveram anneis com que sellaram todos os seus escriptos; os hebreus, os egypcios, os persas, os gregos, os romanos, os bysantinos, os germanos, etc., como com Gronov., Berger., Heinec. e outros, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 67, § 2 e seg., Luc. Ferr., *Bibliot.*, Verb. *Sigillum*, n. 2, Stryk., Vol. 12, Disp. 19, tot. Estes anneis e sinetes privados, diz o citado Boehmer.: «Signo arbitrario constabant pro lubitu electa: quamvis enim plurimi imaginem Imperatorum in suis sigillis exprimere solerent, infinita tamen sigilla, et gemmæ hodie ab antiquitatis studiosis collecta (imprimis ab Abram Gorlex in Dactiliotheca, in qua insignem apparatus horum sigillorum gemmis insculptorum vel annulorum sigillariorum exhibet) ostendunt ea in infinitum variasse, et a celebri rei memoria, statu temporis, religione, vel

aliis causis electa, et in gemmis expressa fuisse, sæpiusque immutata, etc.» Acrescentando que «annulis insculpi solebant variarum rerum effigies, secundum cuiusvis beneplacitum».

§ 49

De fórma que: «Sigillum pro annulo, et annulum pro sigillo usurpatum fuisse antiquitus ex Tacito, et aliis probat Cigonius ad T. *de his quæ fiunt a maior. part. capit.*, et patet etiam ex utroque jure, ut in C. *In nomine* 1, Dist. 73, et in L. *Signatorius* 74, ff. *de V. S. et L. Argumento* 25, § *Ornamenta*, ff. *de Aur. et arg. log.*, idque etiam docent plures alii DD. cum Card. Petr., Tom. 4, ad Constit. Apostol., § 3. Proem., n. 48. Ita Ferrar., supra, n. 1. Vindo o mesmo Ferrar. com o dito Card. Petr., n. 5, a definir: «Sigillum igitur est signum, seu signaculum certis notis impressum, L. 22, § *Signum*, ff. *Qui test. fac. poss.*, L. 1, § 2, L. 2, § 4, § *Testam. quemad. aper.*, Hoping., *de Jur. Sigillor.*, C. 1, § 3, etc.»

§ 50

«Finiis antiquiorum sigillorum fuit primariis, ut hoc signo clauderentur tabulætam publicæ, quam privatæ, ne quoræmvis obtutibus expositæ essent aperiendæ demum post sigillorum integritatém agnitam, lino inciso ubi necessitas id postulabat», Boehmer., *ad Pand.*, Exercit. 67, C. 4, sub § 4. De fórma que; como com Plinio, Origenes e Salmaçio, *de scribend. et sign. Testam.*, diz o mesmo Boehmer., § 2, Not. 4: «Romanos annulo signa omnia, quæ domi clausa volébant vindicare, a domesticorum, et servorum rapinis, signasse. Eorundem annulorum usum fuisse ad signandas omnis generis tabulas privatorum, publicarumque contractuum testamenta, codicillos... quibus ligandis filum linum, vel funiculum adhibebant, sigillo, vel annulo signatorio signandum et claudendum... Adeo, ut si linum incisum fuerit, tabulæ non signatæ viderentur, utut signa testium apparent integra uti observat Juris C.^{us} in L. 1, § 10, *de poss. sec. tab.* Hoc sensu dicebantur tabulæ obsignari, seu sigillis claudi, cujus moris etiam fit mentio Apocal., C. 5, v. 1, et L. 22, ff. *qui testament. fac. poss.*, Ita omnia, quæ præcludenda erant, signabantur», etc.

§ 51

Por isto é que Stryk., Vol. 12, Disp. 19, *de exceptione deficientis sigilli*, diz: «Sigilla in Jure nostro nunc dicuntur signa, L. 22, §§ 3 e 5, ff. *Qui test. fac. poss.*, L. 11, ff. *de Inj. rupt.* Unde signare, est sigillo impresso chartam occludere, L. 6, ff. *de Cust. et exhib. reor.* Annulus signatorius, L. 74, ff., *de V. S.*, L. 25, § 10, ff. *de Aur. et arg.*, Leg. Sigillum enim apud veteres in annulo erat, et ideo annulus signatorius dicebatur: Theodor. Hopping., *de Jur. Sigill.*, C. 1, n. 39. Hinc DD. sigillum et anulum, quoad materiam probationis, pro eisdem capiunt... Sigilla etiam pro signacula nuncupantur, L. 1, § 36, ff. *Depos.*, L. 21, Cod. *de Testam.*, Signatura quandoque pro sigillo accipitur.

§ 52

«Neronis temporibus (diz Manz., *de Testam.*, T. 4, Q. 1, sub n. 149) constitutum fuit ut ista signa appenderentur testamentis, sicut hoc intelligi potest ex Sueton. in Neron. in illis verbis: adversus falsarios tunc primum repertum est, ne tabulæ nisi pertusæ, et terlino, per foramina trajecto obsignarentur. Qua de re elegans extat S. C.^{um} apud Paul., L. 5, Sent., sub T. *ad Leg. Cornel. testam.*», etc. Com Brisson., L. 6, *de Form. et solemn.*, Roman., § *Cæterum*, pag. 571, et *de Tabl.*, L. 7, *, *ad obsignanda*, pag. 655. Com Franc. Con. Dauth., *de Testam.*, Theodor. Hoping., *de Jur. sigill.*, Gofred. e outros, Harprectr., Disp. 46, sub n. 147, ibi: «Nequid hic antiquitatis ignoretur, ad majorem sigillorum fidem temporibus demum Neronianis, etiam ligatura necessaria visa fuit. Cum enim eo usque signa testium tabellis imprimerentur, Nero porro disposuit ut lino in posterum appenderentur, auctore Sueton., *in Vit. Ner.*, C. 17, ubi contra falsarios tunc primum repertum refert, ne tabulæ pertusæ ac terlino per foramina trajecto, obsignarentur, cautumque, ut in testamentis, duæ primæ ceræ testatorum modo nomine inscripto, vacuæ signaturis ostenderentur. Quibus gemina tradit Paulus lib., Sentent. 5, T. 25. Amplissimus, inquiens, Ordo decrevit eas tabulas, qui publici est privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus, ita signari, ut summa marginis ad mediam partem per-

foratæ, triplici lino constringantur, atque impositæ supra linum, ceræ signa imprimantur», etc.

§ 53

Não bastava portanto entre os romanos que as sete testemunhas subscrevessem os testamentos (subscripção que se fazia na fórmula que relata Stryk., *de Caut. testam.*, C. 15, § 38, Manz., T. 3, Q. 1, sub n. 119, ex L. 30, ff. *Quid test. fac. poss.*); era juntamente necessario que todos os sellassem com os seus aneis e sellos particulares, e esses sellos se cozessem e pendessem na fórmula que tenho referido, tantoque faltando ou só a subscripção, ou só o sêllo das testemunhas, era o testamento nullo, Stryk., *de Succes. ab intest.*, Disc. 9, C. 4, § 51, Manz., *de Testam.*, T. 4, Q. 1, a n. 117, 123 e 124, e melhor o mesmo Stryk., *de Cautell. testam.*, C. 15, §§ 35, 36 e 37, acrescentando que: «testis, qui saltem signavit, non autem subscripsit, pro eo habebatur, ac si plane non fuisset adhibitur ex L. 22, § 4, ff. *Qui test. facer. poss.*»

§ 54

Taes eram as formulas, taes as solemnidades com que para serem e subsistirem validos, se organisavam os testamentos entre os romanos. Na phrase dos jurisconsultos na materia sujeita: «Resignare nihil aliud indigitat, quam signatum aperire», § 4, *Inst. de Milit. testam.*, ibi, *Resignavit illud.*, L. 6, ff. *Testam. quemad. aper.*, ibi, *Resignavi testamentum, et recitavi*, L. 23, ff. *Qui test. fac. poss.*, ibi, *Testamentum resignaverit*, L. 16, ff. ad *Leg. Corn., de Fals.*, L. 2, *Cod. eod.*, L. 20, ff. *de V. P. S. T.*, L. 38, § 7, ff. *de Pæn.*... «Sic ut tabulas testamenti resignare idem ac resecare seu aperire, relaxari, patefacere». Ita post alios Harpr., Disp. 46, a n. 7, Wicat, Verb. *Resignare*. Tambem na phrase dos jurisconsultos e das leis romanas ao nosso proposito: «Jurisconsulti, et imperatores per incisionem plerumque non solum talem *resignationem* (de qua § *Præced.*) verum etiam *sectionem* vel *incisionem* innisere solent, qua testamentum non omnino quidem conscidatur, L. 1, § 1, ff. *de His quæ in test. del.* Sed tamen *scisura* in illo fiat; quo in sensu præprimis hoc

vocabulum occurrit in L. fin. et in L. 3, in med., ff. de *His quæ in test. del.*, L. 13, § 1, ff. de *Test. mil.*, L. 1, § 8, ff. *Si tab. test. null. ex tab.*, L. 30, Cod. de *Test.*, ut proinde rectissime Ant. Perez uti *incisioni aperturam*, sive *resignationem* opponat ad Tit. Cod. de *Test.*, n. 20, ibi: *Illud aperuit, tamen non cancellavit, nec incidit*. Ita Harprectr., d. D. 46, a n. 11. Melhor e mais ao proposito (segundo a historia que tenho referido) Wicat, Verh. *Incidere*, ibi:

«*Incidere* significat excidere, exsecare, concidere. Inciditur lapis vel terra, L. 1, § 1, ff. de *Riv.* Inciso lino, L. 28, § 1, ff. de *Liber. leg.* Incidere tabulas, L. ult., ff. de *Inj. rupt. irr.*, L. ult., ff. de *His quæ in test. del.*, L. 16, § ult., de *His. quæ ut indign.*, L. 11, § ult., de *Bon. posses. secund. tab.*, L. 20, § ult., ff. de *Testam. mil.*, non est ipsas ceratas tabulas, ipsumve linum concidere, et in partes secare; sed linum, quo ligatæ erant tabulæ, seu quod *tabulis ter, quaterve erat circumdatum incidere, et rumpere* ut docent, L. 3, § 23, ff. ad *senatusconsultum, Silan.*, L. 1, §§ 10 et 11, ff. de *Bon. poss. secund. tab.* Plerumque enim testatores non ea mente, ut intestati morerentur tabulas *incidebant*, sed ut aperirent, et quod in eis scriptum erat recognoscerent; deinde eas rursus suo signo, et sigillo signarent, ut conciderentur, L. 1, § 3, ff. de *his quæ ut adparet ex dict.*, L. 20, § ult., ff. de *Testam. mil.* At incidere testamentum in L. 15, § 1, ff. de *Test. mil.*, est delere.»

§ 55

Tambem na phrase dos juriaconsultos e imperadores: «*Cancellare testamentum*, L. 15, § 1, ff. de *Test. mil.* Chyrogaphum, L. 24, ff. de *Prob.*, tabulas cautionis, L. 82, § ult., ff. de *Furt.*, id est, delere, quod transversis, veluti cancellis seu lineis cancellatim ductis fieri solet», Wicat, hoc verbo. Confira-se sobre a acceção destas palavras e de outras synonymas, Pereira, in *Rhucid.*, n. 518 e 519.

«*Circa materiam obliterandi, seu delendi scripturam sunt valde affinia in jure hæc verba cancellare, inducere, superinducere, circumducere, iteram, dispungere, expungere, subpunctare. Expe diam singula*» etc. Vide Mull. ad *Struv.*, Exercit. 32, Thes. 48, letra B. até letra Y.

§ 56

Tambem ao nosso proposito: «Turbare signa est confundere, et permiscere, sic ut agnosci jam non possint, L. 22, § 3, ff. *Qui test. fac. poss.*, Quinctilian., L. 12, C. 8. Denique linum ruptum, aut turbata cera, aut sine adgnitione signa frequenter invenies: Hinc turbare testamenta L. 8, pr. ff. *de Bon. poss. contr.*», Wicat, Verb. *Turbari*. Conf. Manz.; *de Testam.*, T. 4, Q. 1, sub n. 149, ibi: «Turbatio autem signorum tunc fit, cum signa testator sic confundit, et permiscet, ut agnosci non possint, quæ et *turbatæ ceræ* dicuntur», Tab. Lib. 12, C. 8.

§ 57

Tal é (depois da historia a § 48) a propria accepção da materia sujeita das palavras latinas das leis transcriptas (§ 33), que são o objecto da sua interpretação, e da decisão d'esta questão (historia e latinidade), tochas as mais luminosas e sem as quaes não pôde ver-se o seu genuino sentido e applicação (§ 33). Ora justamente chama Harprectr., Disp. 46, a n. 137 ad 143, quanto differe a resignação ou simples abertura do testamento da incisão, cancellação, inducção ou arrancamento do linho e dos sellos, ou turbação nos testamentos dos romanos, e contra o erro com que os DD. d'essa contraria opinião confundem tudo isto, ibi:

«Ex præmissis patescit quantum (1.º) intersit inter solam testamenti resignationem, et signaculorum incisionem, sive turbationem, de qua, quod loquatur L. 30, Cod. *de Test.*, rectissime advertit Mastrilh... Quod enim hæc duo testamentum saltem *resignare*, et signa, sigilla seu signacula turbare diversissima esse possint, res loquitur ipsa, et nobiscum advertit Cujac., ad L. 22, § 3, *Qui test. fac. poss.*; seu *indicare* aut *tollere*, in L. 30, Cod. *de Testam.*, Barry, *de Success.*, L. 10, T. 1, n. 36; signacula, seu signa illa dicitur turbare, in dict. L. 22, ff. *Qui testam.*; seu *incidere*, aut *tollere*, L. 30, Cod. *de Testam.*, qui signa septem testium testamentariorum convellit, incidit, vel plane amovet (Conf. §§ 54 et 57). In hujusmodi namque casibus verissime dicitur, quod si signa turbentur ab ipso testatore, testamentum *non amplius* signatum videtur in dict. L. 22, § 2, ff. d. tit., et quod si testator signacula ipse inciderit vel abstulerit, utpote mutata ipsius volun-

tate, testamentum non valet. Lit. L. 30, Cod. dict. 1, Bacov., ad § 3, n. 1, Inst. *Quib. mod. test. inf.* Verum cum testamentum illæsis, nec tactis septem testium signis resignare, et aperiri procul dubio possit; quare resignationem cum sigillorum turbatione, eodemque cum illa jure censenda ipsorum sigillorum incisione, et ablatione *infeliciter confundi* persuasissimi sumus. Conf. quæ pariter ex d. L. 30, Cod. *de Testam.*, de ipsorum abscissione tradit Wehmerus, etc.»

§ 58

Tambem á vista do exposto, segundo a historia romana e acceção das palavras, justamente continua e discorre o mesmo Harprectr., a n. 144 ad 151, ut ibi:

«Secundo ex dictis etiam illud liquescit, quod inter illam tabularum testamenti resignationem, qua nihil aliud agitur, quam ut testamentum recludatur (Conf. § et illam e contra lintei seu lini, quo tabulæ involutæ, L. 22, § ult., ff. *Qui test. fac. poss.*, seu, ut loquitur, L. 1, § 10, *de Bon. pos. sec. tab.*, ligatæ, eique ipsorum testium signa impressa sunt, d. L. 22, § ult., incisionem notatu dignissimum intercedat discrimen. Resignatio, illibatis, ut diximus, omnibus testamenti solemnibus, et substantialibus fieri potest. Verum si tale linum, seu liniteum incidatur, conscerpatur, tollatur; tunc simul ipsa signa eidem impressa inciduntur, conscerpuntur, sicque ipsa testamenti substantialia, sive solemnitates pro parte tolluntur (Conf. §§ 4 a 54); tunc utique aliter dici non potest, quam quod si testator hæc ipsa faciat, ipsius tabulæ non videntur signatæ, et ideo ex illis bonorum possessio peti non possit, L. 1, § 10, ff. d. T. Nam, quod utique hæc L. de ipso lino principali loquatur, quo videlicet tabulæ tesmatenti colligatæ, eidemque signa testium impressa erant his formalibus bene annotat Gotofred., ad d. L. 1, Lit. A, quæ ibidem, seu aliam similem non habens, serio commendatur ab eod. Gotofred. Nempe nequid hic antiquitatis ignoretur, ad majorem sigillorum fidem, temporibus demum Neronianis, etiam ligatura necessaria visa fecit. Cum enim eo usque signa testium tabellis imprimerentur, Nero porro disposuit, ut lino in posterum appenderentur... Amplissimus Ordo decrevit eas tabulas, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur,

atque impositæ supra linum ceræ signa imprimantur. Brisson..., Conan..., Dauth..., Theod..., Hopping..., Goffred., *de Salanico*, ad. L. 1, § 10, n. 6, in verbis: Si vero testator linum, in quo involuntæ sunt tabulæ, in quo lino sunt sigilla incident; tunc nec Jure Civili, nec Prætorio, valent tabulæ, ut Cod. *de Testam.*, L. Nostram 30, et hic Ratio est: In tali lino sunt sigilla, quia testamentum in lino ponitur, vel ligatur, et postea sigilla in lino ponuntur, Inst. *de Pupil., subst.*, § *si autem*. Et ideo, quia per incisionem hujus sigilla sunt a tabulis discretæ, tabulæ non videntur ignaræ, et sic bon. poss. peti non potest, ff. *de Bon. poss. sec.*, Boehmer., ad Inst., T. *de Testam.*, Ord., n. 35, ubi ista sic. effert., quod veteres ipsa testium signa cula lino, h. e., filo, ex lino factò ter per foramen trajecto, imponere soliti sunt. Sicut ergo hodie dum in Diplomatribus Regum, et aliorum Magnatum obtinet, ut Regis, Principis, Comitise sigillum, serico filo imponatur. Ita etiam Ulpinum, in d. L. 1, § 10, ff. d. T., de Lino, quo tabulæ signatæ sunt, inciso sermonem habentem ex audit Honppingk., *de Jur. sigil.*, C. 8, § 4, n. 56 e 59. Imo cum Romanis etiam hoc moris fuerit, ut tabulas testamenti non saltem clauserint, sed et linteo involverint, lino terque, quaterque circumdato ligarint, ut eo texo, in d. L. 22, § fin., ff. *Qui test. facer. poss.*, L. 3, §§ 20 e 23, ff. *senatusconsulto Silan.*, et dict. L. 1, § 10, ff. d. T. bene colligit Brissonius (*Lb. C. formul. ei solemn. Rom.*, § *Cæterum*, pag. 655, et *de Tabul.*, Lb. 7, 1. Ad *obsignanda autem testamenta*, pag. 655) ac propterea Imper. testamentum per scripturam conficientibus, licere rescribat, consignatam, vel ligatam, vel tantum inclusam, involutamque proferre scripturam, eamque, regati testibus obsignandam et subscribendam offerre, in L. 24, Cod. *de Testam.*, et signanter Ulpian., tabulas signatas etiam illas dicat accipi, quando non ipsis tabulis; sed (N. B.) Linteo, quo tabulæ involutæ sunt, signa testium imprimuntur in d. L. 22, ff. *Qui test. facer. poss.*, ita ut continente a testibus obsignato, ipsum etiam contentum obsignatum habuerint. Quo circa non est, ut porro miremur quare Juris Consultus in d. L. 1, § 10, ff. d. T. et Imp., in L. 30, Cod. *de Testam.*, dicant, quod lino inciso testator suam voluntatem mutasse, et testamentum revocasse, censendum sit. Ex quo valde notabiliter Petr.

Gilken., tale linum appellat linum signorum ad. d. L. 30, Cod. d. T., nec minus notanter Nicol. Reusnerus: Siquidem, inquit, linum, quo ligantur tabulæ, incidantur, a Testatore ipso, perinde est, ac si non signatæ fuissent tabulæ: Aliud vero est si a Testatore resignatum sit Testamentum (in Tr. *de Testam.* C. 27, n. 12). Adat. Capon, dict. dub. 2, p. 2, in Verbis: Si testator linum, cum quo sunt complicata tabulæ, et cum eo sigilla incidere Joan. Hec. ser., *de Acquis. Conjug.*, P. 2, Loc. 14, n. 177, et omnino Cöll. Argentor. ad T. ff. *Qui test. fac. poss.*, ubi scribit, quod et hodie, hoc nunquam observetur, ut signacula testium lino seu filo linteo ter per foramina trajecto apponantur, etc.

§ 59

Ainda continua Harprectr, desde o n. 152 até 154, discorrendo, ut ubi:

«Hisce proximum est ut tertio etiam illam florum. seu cordularum, quibus ipsa septem testium testamentariorum, sigilla appensa sunt, ab aliis notatam incisionem, avulsionem, aliamque quancumque corruptionem ab hac sola tabularum resignatione pariformiter differre, paucis insinuemus. Nam et ipsum linum, quo tabulas ligatas Ulpianus nobis exhibet in d. L. 1, § 10, *de B. P. sec. tab.* Accursius Cordulas de lino appellat, et aliam dicit cordulam esse qua ligatur testamentum, et alias quibus appenduntur sigilla, addens... quod si eo his chordulci, queis sigilla appensa sunt una incidatur, sic ut non amplius septem remaneant; tunc non possit ex tabulis hujusmodi testamenti Bb. possessio amplius peti: eo quod scilicet etiam in tali casu... aliquid de testamenti substantialibus tollatur, et proinde hæc annotio solemnitatis non possit poenitentiam voluntatis inducere... Cum indubio sigilla septenarii testium numeri totius testamenti sollemnitatem respiciant... Ex quo etiam haud pauci lini incisionem et scissuram seu incisionem signorum, pro synonymis accipiunt, et simplicem e contra tabularum testamenti resignationem tali incisioni recte contra distinguunt, Struv., Exercit. 32, Thes. 51, ibi: Sigilla remota, aut linum incisum, et ibi, scissura aut ablatio sigillorum, ut et ibi, adeptis ita, aut incisis sigillis, tum et maxime in verbis: An testator testamentum clausum à se et involu-

tum (N. B.) resignas, censeatur id revocasse? Quod nego; quia ad revocationem testamenti requiritur, ut ipsum testamentum sit cancellatum incisumve, aut sigilla testium sunt ablata, vel incisa, Sichard., in L. 30, Cod. *de Testam.*, ubi ita: Quando, ait, sigilla, vel linum testamenti a quo pendent sigilla amovetur a prudente vel volente, tunc totum testamentum, propter remotionem solemnitis corrueret... Nunc tractabimus de incisione totius testamenti, ut cum forte abjicitur sigillum, rumpitur linum, vel fila, quæ sunt appensa, quo casu universum testamentum corrui, qui ademptione solemnitis, videtur universa substantia esse sublata, etc. Addatur omnino Tell. Fernand., ad L. 3, Taur. 3, P. 5, n. 15, Richter ad L. 30, n. 7, Cod. d. 1, Tholosan., *Syntagem. Jur. Univ.*, Lb. 42, Cap. 4, n. 3, ibi: Sigilla lino debent appendi, quo involuta vel plicata clauditur charta testamentaria, vel linteo quo includitur testamentum. Nam signatas tabulas accipi oportet, et si linteo, quò tabula involutæ sunt signa impressa, id est, additis linis, vel chordulis appensa, vel alia clausura fuerint. Si linteum non adsit consuetudines admittunt signa in alia materia, ut si testamentum filo, vel alia materia claudatur, etc.» Cassan., in *Gonsuetud. Burgund.* rubr. 7, § 4, ibi:

«Et in primis quoque Jason., ad d. L. 30, ubi quærit si linum, h. e., illa chordula, qua testamentum in scriptis circumligari debet, item illa chordula, in qua unusquisque testium debet appendere sigillum suum (quia quando fit testamentum in scriptis, debeant esse tot chordulæ, quibus appendantur omnia testium sigilla) reperiatur incisa, an testamentum reddatur nullum? Et de hoc dicit proprie, L., *qui etiam* L. 30, Cod. *de Testam.*, pro decisione addens, quod, si ita testator sigilla incidat, tota fides testamenti hoc ipso pereat. Add. Wisembach., ad hanc L.

§ 60

Outros mais fundamentos que sustentam a segunda opinião, e demonstrativo de que as transcriptas (§ 33) leis romanas, em que se funda a contraria; outros mais especificos convincentes dos da mesma opinião, e respostas a elles, se podem ver no cit. Harprectr., desde o n. 193 até 285, aonde non plus ultra. Basta só esta razão: Que estas leis romanas suppunham uns testamentos feitos

conforme os seus costumes e formulas, que temos visto desde o § 47. Não bastava a subscrição das testemunhas, sem ellas juntamente os sellarem com seus anneis, signaes ou sellos, e estes ou impressos no panno em que se envolvia o testamento, ou pendentes d'elle, como vemos hoje nos sellos das bullas e diplomas. Todas as palavras d'essas leis justamente analysadas suppunham os casos de o testador, ou cortar os sellos em todo ou em parte, ficando os testamentos destituídos d'esta solemnidade então substancial, ou turbar os mesmos sellos, ou separa-los das tábuas ou cancellas, etc. Os nossos testamentos e das nações não dependem hoje de tal solemnidade dos sellos ou impressos no panno em que se envolvia o testamento, ou pendentes d'elle, e cada um por seu cordão. Nos nossos escriptos cerrados basta a subscrição das testemunhas no acto da approvação, e este acto tem fé publica independente de outra comprovação ou reconhecimento das testemunhas (§ 24), que se praticava nos romanos, e juntamente dos sellos, quando os testamentos e diplomas se abriam (§ 2). Adde Boehmer., ad Pand., Exercit. 67, § 4, Not. 14.

§ 61

Serem cerrados e secretos entre nós os testamentos, e apparecerem assim na morte do testador foi uma permissão em favor d'elles; já para que os consanguíneos preteridos, sabendo a disposição, lhe não concebesssem odio, já para que os honorados lhe não machinassem a morte, Manz., *de Testam.*, Tit. 1, *de Testam.*, in Comm., n. 29. Este favor podem renunciar abrindo seus testamentos, e deixando-os abertos; por isso nem o direito romano fez preciso que se conservasse fechado, nem o novo direito da Allemanha, nem a nossa Ord., Lb. 4, Tit. 80, §§ 1 e 2, como da Allemanha attesta Stryk., Vol. 12, Disp. 19, § 30, e nos termos da nossa Ord. adverte o senador apud Peg., *de Maior.*, Tom. 4, § 41, n. 24, Conf. Struv., Exercit. 32, Thes. 51, ibi:

«Neque vero ad testamenti solemnia requiritur ut a testatore claudatur et involvatur testamentum; sed solum hoc fit si testator velit neminem scire ea, quæ in testamento scripta, L. 21, Cod. h. t. Nec in sæpius allegata Ord. hoc requisitum recensetur:

unde licet testamentum ante ligatum, vel clausum, salvis omnibus reperiatur, non potest dici revocatum.

§ 62

É frequente abrirem os testadores seus testamentos cosidos e lacrados, por alguma d'aquellas causas e por algum dos seus fins justos (ainda sem intenção formal de os revogar), que relata Harprectr., Disp. 46, a n. 30, ad. 43, e n. 158 e 159, e entre elles para o reverem e avivarem a lembrança do que haviam disposto. E ainda que conste que o mesmo testador o abriu (e não se dê o terceiro caso indubitavel, ut § 34), uma vez que não declare o fim para que o abriu, nem o lacerasse, riscasse, rompesse, etc., e só appareça por sua morte simplesmente aberto, sem outro defeito de laceração, obliteração, ou sem ter solemnemente declarado uma vontade contraria, e muito mais se elle ou outro de seu mandado o tornou a coser e lacrar, se presume por elle aberto para algum d'aquelles fins, e não para o revogar, Senat. apud. Peg., *de Maior.*, Tom. 4, § 44, n. 214, Harprectr., Disp. 46, a n. 292 e 296, ibi:

«Sicut autem ex hoc ipso, quod Testator resignatas a se tabulas illæsas reliquit, in ambiguo, merito de ipso præsumitur, quod suum testamentum revocare noluerit, cum utrique facillime contrarium voluntatem in actum illarum dislacerationis, cancellationis, combustionis aliumve consimilem deducere potuisset. Verissime namque dicitur, quod, qui testamentum facile potuit mutare neque tamen illud mutavit, in dubio id neutiquam revocasse credendus sit, Cyriac. Contr. 173, a n. 13. Ita non dubitandum, quin hanc ipsam voluntatem, testamenti revocandi verosimiliorum, magisque credibilem reddat testamenti resignati ab ipsomet testatore, vel ab alio ejus jussu rursus facta obsignatio. . . Conf. Perez, in Cod. *de Testam.*, n. 20, Alvarad., *de Conjecturat ment. defunct.*, L. 3, C. 2, § 1, n. 12, ibi: Aut simpliciter illud aperuit, sed non induxit, vel cancellavit; et tunc magis causa revidendi, quam revocandi aperuisse præsumendum est; quare si postea illud resigillet, confirmare videtur», Philipp., Obs. 3, pag. 711.

§ 63

Muito mais quando com esta presumpção concorre: 1.º, Si testator resignatas testamenti sui tabulas nihilominus in bene oc-

clusa cista inter alias nobiliores scripturas adservet, Moller, *Semestr.*, Lb. 3, C. 22, Guizius, ad Capic. Latr., Decis. 7, n. 10, Fontanell., Decis. 49, n. 11, in fin., etc. Ita Harpr., n. 297. Quando, 2.º, Se o testador era letrado. Quando, 3.º, perante seis testemunhas o mandou ler depois de assim aberto; 4.º, se nos ultimos fins da vida relatou a seu confessor que havia disposto de seus bens; ou 5.º, quando relatou então a seus herdeiros escriptos a existencia do testamento, ou lh'o remetteu a suas casas assim aberto; ou 6.º, quando realmente consta que o abriu para algum dos fins referidos (§ 62), ou emfim quando outras similhantes circumstancias, auxiliando a referida presumpção, assim o persuadam; Harprectr., a n. 298 ad 305. Confira-se o Card. de Luc., *de Testam.*, D. 65, n. 25, onde depois de expor varias conjecturas, conclue, ut ibi: «Hinc, stantibus tot urgentibus conjecturis et argumentis, dum aliæ suppetebant, ad quas hujusmodi cancellationes congrue referri poterant, ad illas probabilius ac omnino faciendi videbatur relatio, ut probant», etc.

§ 64

Devemos pois assentar: 1.º, que essa contraria opinião é sustentada por DD., que destituídos da historia romana e da latini-dade dos juriconsultos, se fundaram em umas leis que não souberam interpretar, e que procediam em diversas especies de testamentos dos romanos, e em diversos casos; 2.º, que achando-se aberto, ainda mesmo pelo testador, um dos nossos testamentos cerrados sem outra laceração, cancellação, etc., no total ou substancial, é valido, como fica mostrado na 1.ª parte, e não se presume revogado; e maximé, 3.º, concorrendo algumas ou similhantes circumstancias adminiculativas, que ficam referidas no § 63; 4.º, que a opinião que sustenta taes testamentos, é a que deve seguir-se.

SECÇÃO III

**Casos em que o testamento, que se acha aberto,
se deva julgar cassado e revogado**

PRENOÇÃO

§ 65

Maiores vim ad revocationem ultimæ voluntatis habent facta, quam verba Stryk., *de Cautel. Testam.*, Cap. 24, § 40, Manz., in Append., Tit. 22, n. 29; ibi: Realis voluntatis mutatio est; quæ declaratur factis; facta autem hic plus ponderis habent, etc. Translatitium est quod tota materia revocationis testamenti in verosimili testatoris voluntate fundetur... non saltem expresse, sed tacite revocatur, Harprectr., Disp. 46, n. 307, Fabr., in Cod., L. 6, T. 5, Def. 30, n. 6, Viann., ad § 7, Inst. *Quib. mod. test. inf.*

Isto supposto seguem-se os casos

§ 66

Primeiro caso. Se um dos nossos testamentos cerrados se achasse na morte do testador, não só aberto por elle, rotas as linhas e lacre ou obreias, com que se costumam fechar, mas ou lacerado em pedaços e cancellado, ou riscado de alto a baixo, ou a través, em toda a sua escripturação, ou riscados o nome do testador e subscripções das testemunhas, ou o acto da approvação (de que depende a sua validade), e segundo as distincções a § 38, constasse que isto foi feito pelo testador mesmo. Seriam n'este caso applicaveis por identidade de razão as leis transcriptas, § 33, e procederia essa opinião contraria, mesmo pelo que assentam os DD. referidos a §§ 46 e 57. Porque taes factos obrados pelo testador são positivos, e conjecturam a revogação e mudança de vontade (e não uma simples abertura, que podia fazer para algum fim dos referidos a § 62). Conf. Stryk., *de Cautel. Testam.*, C. 24, § 43, e Vol., Disp. *de Rasur.*, C. 1, n. 6, Domat., *Loix Civil.*, pag. 343, art. 21, Manz., *de Test.*, in App., T. 22, a n. 39, Struv., Exercit.

32, § 48. Esta distincção faz Coccey, *Jus Contr.*, L. 28, T. 3, Q. 10.

§ 67

Segundo caso. Sendo certo que toda a materia da revogação do testamento se funda na verosimil vontade do testador, não só expressa, mas ainda tacita por conjecturas e indícios, L. 19, *Cod. de Testam.*, L. 3, § final, ff. *de Adim.*, Leg. Fontanel., Decis. 51, n. 19, Fabr., in *Cod.*, L. 6, Tit. 5, Defin. 14, n. 2, Harprectr., Disp. 46, n. 307. D'aqui se segue que se o testador, abrindo simplesmente o seu testamento, sem outra cancellação, declara que o abre porque quer que não valha, e fallecer ab intestato, n'este caso, concorrendo esta sua declaração com a abertura, ainda sem outra cancellação, se presume revogado, aindaque solemneamente e perante seis testemunhas contestes não faça esta declaração, L. 1, § 8, ff. *Si tab. test. null. extab.*, Harprectr., supra, n. 309, e isto porque «in dubio testator potius animo revidendi, quam revocandi, id resignasse credendus sit. Ubi vero testator se disserte explicuis, quod ab intestato decedere velit, de ipsius voluntate dubitari non potest. Proinde in tali causa, si nimirum hæc specifica voluntatis declaratio, et resignatio tabularum concurrant, his concurrentibus, testamentum revocatum intelligi debet», Harprectr., supra, n. 315, Conf. Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 17, a n. 8.

§ 68

E portanto necessario que o testador expressamente diga que quer morrer ab intestato, e que os herdeiros taes assim o provem, Portug., supra, Harprectr., a n. 344. Porque aliás, se só disser que o abre com intenção de fazer outro e o não fizer, subsiste o primeiro, aindaque assim aberto, Fontanell., Decis. 49, n. 11, Harprectr. n. 313, optime Jul. Capon., Discept. 291, Dub. 2, n. 7 et 8., Sabell., § *Testament*, n. 54, Vin., ad § 7, *Instit. quib. mod. testam. infirm.*, a n. 1. Nem ainda basta, que um testador diga simplesmente perante sete testemunhas que quer que não valha um testamento, que não abre nem rasga, e conserva intacto, para só por isso se subentender revogado, se juntamente não acrescenta (e assim se prove) que não quer que valha, porque quer morrer ab intestato, sobre o que se vejam Stryk., *de Caut. Testam.*,

C. 24, a § 35, Coccey, *Jus Controv.*, L. 28, T. 4, Q. 9., Furgol, *de Testam.*, C. 11, a n. 91, Sabell., § *Testamentum*, n. 55, Luc., *de Testament.*, Disc. 88.

§ 69

Se porém o testador com o facto de abrir o testamento declara que quer morrer intestado, então unido o facto com a declaração d'esta vontade, ainda provada só por duas ou tres testemunhas, é indubitavel a revogação, pela rasão prenotada no § 65, maxime quando concorrem outras conjecturas que indiquem a sua vontade de abandonar totalmente esse testamento, como, 1.º: «Si testator testamentum a se resignatum non in eo loco ubi ipse suas notabiliores, et potissimas escripturas adversare censuerit, sollicitè adservet, sed in locum ubi aliæ nullius momenti, et rejiculæ scripturæ inter tineas et blattas contemptim habentur», Harprectr., d. Disp. 46, a n. 318 et 323, Menoch., Cons. 224, n. 67, et *de Præsumpt.*, L. 4, Præsumpt. 7, n. 8, Jul. Capon., Discept. 294, Dub. 3, sub n. 11, * *Quarta*, optimè Rot. Roman., in Collect. ad Castilh. *de Var. quæst.*, Decis. 63, n. 14.

§ 70

Como, 2.º: «Crescit hæc præsumptio (§ 69) haud parum, ex eo si testator eodem loco, et conceptum, seu copias suæ ultimæ voluntatis, et ipsum originale apersa relinquat, cum utique authenticum diligentius, quam exemplum, sive simplices copias, atque in universum testamenta sollicitè adservare soleamus», Harprectr., supra, 234.

§ 71

Como, 3.º: «Si patet eundemmet testatorem a testamento per se prius solemniter exarato abstulisse omnem notam authenticitatis, et publicitatis (como: se lhe arrancou, entre nós, o auto da aprovação, ou o lacerou e obliterou), illudque redigisse ad statum simplicis schedulæ privatæ proprio caractere conscripta, et quod magis est, ad hæc omnia devenit, postquam seria, et affrenata protestatione omnino abjecerat jam conditam dispositionem; exinde procul dubio promanat prævalidum argumentum ejus plenariæ revocationis, nec non voluntatis per id tempus, et in eo rerum

statu directæ ad illam penitus infrigendam», etc., Rot., post. Castilh., supra, n. 5 et 6.

§ 72

Como, 4.º: «Si testator in tabulis suæ ultimæ voluntatis expresse se referat ad aliam eidem adjungendam scripturam, in qua ipse V. C. totam suam substantiam, vel ad minimum potiora illius capita, puta aurum, argentum, prætiosa, capitalia describere velit si hoc postea non fiat», Harprectr., supra, n. 325.

§ 73

Como, 5.º: «Ex eo urgentior conjectura pronascitur, si causa principalis testamentum in suo valore, relinquendi, per mortem hæredis instituti, mutetur, de quo late Fontanell., Decis. 50, n. 6, 7 et 10, Mastrilh., Decis. 132, n. 29. Vel si aliæ rationes, quibus motus testator testamentum suum condidit, ex post facto deficient, et notabilis in ipsius, vel hæredis familia contingerit mutatio», Harprectr., n. 327 e 328. Confir-se a Rot. Roman., post. Castilh., supra, n. 7, 8 et 9, omnino videndus.

§ 74

Como, 6.º: «Si conditor talis resignati testamenti paulo ante suum obitum, complura cum suis propinquis vel liberis suam successionem concernentia loquatur, et non saltem de illo resignato testamento omnino nullam mentionem injiciat, sed et quædam si adversantia ordinet. Actus siquidem contrarii, vel cum antea dispositis non compatibles haud postremum revocatæ suæ voluntatis indicium pariunt. Sed et si Testator ipse non jamjam ordinati, sed adhuc dum ordinandi testamenti mentionem, post illam jam conditi resignationem, injiciat, multoque magis, si ad aliquem amicorum datis literis perscribat, quod adhuc dum testamentum conficere velit, et omnium maxime si post primi testamenti resignationem, se jam alium testamentum delineasse ad amicum præscripserit, etiam hoc revocatæ prioris voluntatis indicium generare pronuntiat Mev. . . Capon., d. Dub. 3, n. 11», etc. Ita Harprectr., a n. 329. Confir-se a citada Rot. Roman., sub n. 7 et sub n. 11.

§ 75

Como, 7.º: «Si cum hujusmodi præsumptionibus etiam temporis, post testamenti resignationem elapsi, diuturnitas (10 annorum) concurrat, etiam hinc plus valoris illis adjicitur, tantoque facilius revocatæ voluntatis conjectura admittenda sit. Mantic... Mev... Capon... Mastrilh., etc. Harprectr., n. 332. Confirma-se a Rot. Roman., supra, n. 10 et 11.

Nota. Præsupposito vero hoc, quod resignatio cum aperta et clara voluntatis mutata declaratione conjuncta ad revocationem testamenti sufficiat (§§ 65 et 69) arbitramur, nec illud a juris veritate alienum esse, quod et conjecturata, sive ex concludentibus conjecturis præsumpta, immutata voluntatis declaratio admittenda sit, eo quod satis liquidum nostris existimetur, si etiam mutatio voluntatis defuncti per ejusmodi conjecturas ostendi valeat, modo illæ vehementes sint, sive adeo concludentes ut facile mentem testatoris defuncti contrariam ostendant. Et quanto plures hujusmodi præsumptiones concurrunt, tanto plus efficaciæ eis tribui debeat. Harprectr., d. Disp. 46, n. 318. Que esta materia é conjectural, quando com a abertura ou resignação do testamento concorrem outras conjecturas da vontade do testador, o firmou o Card. de Lue., *de Testament.*, Disc. 66, 76 et 88.

§ 76

O exposto (quando com a resignação do testamento concorrem urgentes conjecturas de mudança da vontade) procede, ou se trate de testamento ad pia, ou se trate de testamento entre filhos, como contra outras opiniões sustenta Harprectr., supra, a n. 333 ad n. 339. E ainda com mais facilidade, basta a resignação com algumas conjecturas, quando se trata de revogação de codicillos, Harprectr., n. 340.

§ 77

A clausula codicillar inserta nos testamentos assim revogados nada obra, Fontan., Decis. 51, Harprectr., n. 341 et 342, Mull., ad Struv., Exerc. 32, pag. 722, † *Nec clausula codicillaris*. E quando o todo do testamento se lacera, ou com simples abertura concorrem as circumstancias a § 69, que persuadem a total revogação, nem ainda se devem os legados, Ferrar., Verb. *Testamentum*, Art. 5, n. 20 et 40, Mull., ad Struv., Exerc. 32, Thes. 50,

pag. 722, Col. 4, maxime, porque os legados e fidei-commissos mais facilmente se revogam, Harprectr., n. 340, Fontanell., Dec. 50, n. 20, Furgol., *de Testam.*, C. 11, n. 102, Rot., in novissime Collectis ad Petr. Barbos., *de Legat. et Substitut.*, Decis. 10, a n. 6.

§ 78

Quid vero nos testamentos reciprocos dos conjuges, que em effeito são dois testamentos? O citado Harprectr., propondo a questão a n. 356, depois de prenotar os sentimentos de alguns DD., expõe a n. 358 o seu sentimento, n'esta fórmula :

«Igitur etiam circa talia simultanea testamenta ita breviter sentimus, quod, si de solitaria, sive simplici resignatione quaeratur, et illa amborum contestatorum consilio fiat, neuter suum testamentum revocasse credendus est, per supra firmata. Si unus solus testamentum resignet cum expressa voluntatis ea declaratione, quod ipse intestatus decedere velit, tunc ipsius quidem testamentum revocatum censebimus, sed non etiam alterius contestatoris, nisi tale Testamentum non saltem reciprocum sed et correspectivum esset (de qua correspectivitate Vid. eund. Harprectr., Disp. *de Testam. correspectio*). Quod si verò resignatio ab uno solo simpliciter fiat, sive sine hujusmodi declaratione, tunc nequidem ipsius proprium testamentum, nedum contestatoris, pro revocato habendum veniret. Quod enim hic duo, licet in una charta facta, testamenta habeamus, late firmant Authores. Quidni vero testatorum unicuique hujusmodi Communis elogii tabulas, si praesertim id solo ipsiusmet sigillo sit obsignatum, resignare, inspicere, vel aliter revocare regulariter liceat?» etc.

Questões diversas que restam a decidir em consequencia do exposto a § 65

§ 79

Resta a questão se o testamento assim revogado, notado pelos referidos modos, póde revivescer? O citado Harprectr., desde o n. 411, delibera assim :

«Si testator testamenti sui tabulas resignaverit quidem cum hac suae voluntatis significatione, quod intestatus decedere velit, pos-

tea verò illas non solum de aovo obsignet, sed et per Codicillos, vel alias literas, palam declaret, se cum illo testamento, cujus tabulas eo usque adservaverat integras, decedere velle, tunc voluntas, quæ defecerat, recenti ipsius judicio rediisse credenda, ac proinde ex illis bonorum possessio cum effectu peti valet. . . Nec opus est, ut Testator testamenti solemnia de novo adhibeat. Aliud utique tunc obtinet, quando testium sigilla turbata, avulsa, aut rupta sunt.»

Conf. Mull., ad Struv., Exerc. 32, Thes. 50, ★ V., ibi. «Quinto, si post cancellationem factam testator contrariam voluntatem, quod scilicet etiam cancellata valere velit, declaret, cessat tunc illa doli exceptio, et etiam ex cancellatæ dispositione relicta efficaciter peti possunt». Vejã-se Stryk., *Us mod.*, L. 28, Tit. 4, § 3, no fim, Coccey, *Jus Controv.*, L. 28, Tit. 4, Q. 6, ★ *Hactenus*, aonde se satisfaz com que «quoque modo declaraverit se velle testamentum illum valere», etc.

§ 80

Resta ainda outra questão: Se revogado totalmente pelos expostos modos (a § 65) um segundo testamento, aliás solemne, convalesce o primeiro antes feito? Que convalesce o primeiro testamento é bem expresso na L. 44, § 2, ff. de *Bonor. possess. Secund. Tabul.*, que bem exornam Furgol., de *Testam.*, Cap. 44, n. 104, Boehm., ad *Jus*, ff., L. 28, Tit. 4, n. 5, et L. 37, Tit. 14, n. 5, Coccey, *Jus Controv.*, L. 28, Tit. 3 e 4, Q. 6, Begnudell., § *Testamentum*, n. 94, Muller, ad Struv., Exerc. 32, Thes. 42, no fim, Mantic., de *Conjectur.*, L. 42, Tit. 4, sub n. 28. Veja-se Win., ad § 6, *Instit. quib. mod. testament. infirmant.*, n. 3.

§ 81

Mas ha aqui uma differença: Se o testador quando revogou o segundo testamento, lacerando-o, obliterando-o, etc., declarou que o revogava, porque queria morrer intestado, então não subsiste o primeiro testamento, e nem um nem outro. Se simplesmente lacerou o segundo sem aquella expressão de querer morrer *ab intestato*, então subsiste o primeiro que estava illeso, como bem raciocina o Card. de Luc., de *Testam.*, Disc. 34, n. 6, e Disc.

54, n. 5. Veja-se a rota romana in Collect. ad Castilh., *de Var. Q.*, Decis. 63, a n. 11.

SECÇÃO IV

Quanto ao parcial do testamento

Quando se acha só aberto sem total cancellação nem se verificam as circumstancias, a § 65, pelas quaes se possa dizer revogado no todo; mas só se acha com algumas rasuras ou obliterações em algumas das suas disposições particulares.

§ 82

Devemos distinguir os testamentos feitos em livros de notas, na fôrma da Ord., L. 4, T. 80, no princip., os cerrados e approvados na fôrma dos §§ 1 e 2; os feitos na fôrma do § 3, na certeza de que a primeira e segunda especie, não sendo conhecida pelos romanos, não entrou na legislação do Tit. Digest. *de his quæ in testament. delent.*, L. 28, Tit. 4.

§ 83

Quanto aos da primeira especie, se na nota original se acham algumas rasuras, obliterações, emendas, entrelinhas, e o tabellião no fim do contexto da escriptura as salvou e declarou antes da subscripção do testamento e das testemunhas, é sem duvida que vale a sua resalva ou declaração feita assim no mesmo acto, Stryk., Vol. 4, Disp. 6, *de Rasura*, Cap. 3, n. 4, Pinheir., *de Testam.*, Disp. 2, Sect. 4, § 2, n. 19, Furgol., *de Testam.*, Cap. 11, n. 82, e conduz a Ord., L. 1, T. 19, § 5, † *E se no registo*, e Tit. 78, § 4, ★ *E se em lendo*.

§ 84

Se porém, ou as rasuras, entrelinhas, etc. se não salvaram pelo tabellião n'aquella fôrma, ou se acham algumas notas marginaes feitas por elle sem subscripção do testador e testemunhas, n'estes casos nada vale o rasurado, ou marginalmente addicionado na nota, Stryk., supra, n. 2, Furgol., supra, n. 82, Pinheir., supra, n. 50, Peg., Tom. 6, a Ord., L. 1, T. 88, § 4, n. 23, e bem deduz das citadas ordenações. Bem que o mesmo Pinheir., a n. 51,

n'estes casos admitte prova da verdade de rasurado e annotado marginalmente; ou, 1.º, por duas testemunhas, que diz bastam n'este caso; ou, 2.º, pelas palavras antecedentes ou subseqüentes se possa conhecer a verdade da parte rasurada, interlineada, cancellada ou marginalmente escripta. Veja-se Trentacinq., L. 2, *Var., de Fid. Instrum.*, Resol. 41, Rot. post. Torr., *de Pact.*, Decis. 53, n. 6, Conf. Stryk., *de Cautell. Testam.*, C. 24, § 48, ibi: «Multo minus testamentum vitatur ex eo quod in margine fuit adnotatum, si non sensum, aut voluntatem testatoris intervertat... modo apposita in margine non contrariantur hæredi institutioni, aliisque in testamento contentis... Idem dicendum est de interlineari scriptura tum et rasura. Hæc similiter testamentum non vitant, nec nullum reddunt, aut mutant. Modo rasura et vitium ita sit commissum ut ex præcedentibus, et subsequen-tibus clarus et aptus sensus colligi possit», Manz., *de Testam.*, in App., T. 22, n. 48, Domat., *Loix Civiles*, pag. 343, art. 23.

§ 85

Quanto aos testamentos cerrados e approvados, é costume geral de todos os tabelliães reverem a superficie das cedulas, e no acto da approvaçãõ salvarem as emendas, as rasuras, as entrelinhas. Se a salvam em presença do testador e testemunhas da approvaçãõ no acto d'ella, ficam sem duvida alguma e se attribuem ao testador, ou a mandato d'elle, como se deduz da Ord., L. 1, T. 78, § 4, y. *E se em lendo*, ubi Peg., n. 22 e 23.

§ 86

Se porém nas copias que os tabelliães passam aos testadores, extrahidas dos originaes dos livros das notas, se acham rasuras taes, entrelinhas, cancellações, etc., ou nos testamentos cerrados que depois apparecem abertos, e cuja simples abertura não induz por si só revogaçãõ do todo, como vimos na Secç. 2, nem ha conjecturas da sua revogaçãõ no todo (ut a § 65), e se nos actos das approvações se não vêem salvas pelos tabelliães, aqui entram todas as duvidas. Em primeiro logar, por quem se presumam feitos essas parciaes rasuras, entrelinhas, etc., se consulto pelo testador, se casualmente, ou se por outra pessoa. Em segundo logar

que effeitos no todo, ou na parte do testamento podem causar essas rasuras, cancellações, entrelinhas, etc.

§ 87

Pelo que respeita á primeira parte, se se prova que o testador mesmo fez essas rasuras, não ha logar a presumpções. Se não ha testemunhas que as vissem fazer, e ellas são feitas por mão do testador, reconhecida a letra, tambem a elle se devem attribuir, Furgol., *de Testam.*, Cap. 11, n. 82. Se as emendas, entrelinhas ou addições marginaes se acham feitas por mão alheia, ou na copia do testamento extrahida da nota (não constando ellas d'esta sua matriz), ou na cedula do testamento (não resalvadas no acto de approvação), bem como se são oblitterações e borraduras, de que a mão que as fez se não conheça, então, ou se acha o testamento em poder de terceiro na morte do testador, e procede o que fica dita desde o § 39, fazendo argumento de todo para a parte, ou se acha em poder do testador, e a elle ou a seu mandato se attribue comoahi fica dito, ou não constando que assim se achou na morte do testador, e os legados se acham rasurados, e então se attribue ao herdeiro interessado, Furgol., *supra*, n. 82. E geralmente o vicio se imputa ao n'elle interessado, Larrea, *Decis.* 56, n. 7, Castilh., L. 8, Cap. 20, n. 32, Pág. 4, For., Cap. 79, n. 9, bem que a falsidade em parte não influe no todo, nem ainda que na parte substancial, vicia o que consta ser disposto pelo testador, Stryk., *de Cautell. Testam.*, Cap. 24, § 48.

§ 88

Pelo que respeita á segunda parte, constando por algum d'estes modos, ou real ou conjecturalmente, que o testador consulto (excluâmos os casos da demencia, embriaguez, ou paixão momentanea) ut a § 37, alterou por algum d'esses modos parcialmente, e não no todo, o seu testamento, ou seja a copia extrahida da nota pelo tabellião, ou seja o cerrado, que abre sem animo de o revogar, e que pela simples abertura se não julga revogado, a menos que não haja circumstancias extrinsecas que assim o persuadam. N'este caso da rasura, oblitteração, emenda, entrelinha, cancellação, etc., parcial, aqui entra na maior parte a legislação romana

no T., ff. *de His quæ in test. del.* E como essas alterações, emendas, etc., podem ser diversas, ou vou detalha-las pelas seguintes conclusões, depois de advertir com Stryk., *de Cautell. test.*, C. 24, § 48, que ha differença entre rasura e cancellação total, de que tratei na Secç. 2, e a parcial, de que aqui trato. Conf. Harprectr., Disp. 46, n. 33.

§ 89

Conclusão 1.^a Se é um só herdeiro instituido, e o testador riscou, borrou, ou cancellou a instituição de herdeiro. Eis-aqui houve a grande duvida entre os juriconsultos, que se vê na L. 3, ff. *de His quæ in test. del.*; e veio assentar-se que subsistiam os legados, e valendo o testamento como codicillo pela equidade, gravados os herdeiros ab intestato á satisfação dos legados, presumindo-se que o testador revogou a instituição dos herdeiros, não como indignos, mas só em favor dos ab intestato, Brunneman., in d. L. 3, Stryk., *de Caut. Testam.*, C. 24, § 46, Furgol., *de Testam.*, C. 11, n. 84, Manz., *de Testam.*, in App., T. 22, n. 44, Voet., ad Pand., L. 28, T. 4, sub., n. 3, ★ *sed etsi*, Barry, *de Success.*, L. 1, T. 9, n. 45.

§ 90

Conclusão 2.^a Sendo dois os herdeiros instituidos, e obliterando o testador o nome de um d'elles, fica o outro herdeiro in solidum, L. 2, ff. *de His quæ in test. del.*, com muitos DD., Luc. Ferr., Verb. *Testamentum*, Art. 5, n. 22, Mantic., *de Conject.*, L. 12, T. 1, sub n. 31, ★, *quod si testator*. Bem que, se o herdeiro riscado era obrigado e onerado a prestar pessoalmente elle mesmo alguns legados, estes ficam nullos. Se esse herdeiro riscado tinha substituto, passa este á parte d'aquelle, d. L. 2, Furgol., *de Testam.*, C. 11, n. 83, Manz., supra, n. 47, Voet., supra, Barry, supra. E se o herdeiro riscado tinha aliás algum prelegado, que se não riscou pelo testador, subsiste valido o prelegado, Barry, supra, n. 47, ★. *Hac ratione*.

§ 91

Conclusão 3.^a Se o testador risca os nomes de todos os herdeiros, sem duvida subsistem os legados não riscados, conforme a melhor opinião, de qua Luc. Ferr., supra, n. 24 e 25. Conf. Pi-

nheir., *de Testament.*, Disp. 2, Sec. 4, § 2, n. 48, Manz., supra, n. 47, e Voet., ad Pand., L. 28, T. 4, sub n. 3, aonde porém limita que os legados se não devem, se os herdeiros ab intestato provarem «testatorem ideo induxisse hæredum nomina, ut in universum intestatus moreretur», ex L. penult., ff. *de His quæ in test. del.*

§ 92

Conclusão 4.^a Os legados, que consta serem riscados pelo testador mesmo, é bem certo ficarem revogados, subsistindo o testamento no mais ex tot., T., ff. *de His quæ in testam.*, del Manz., *de Testam.*, in App., T. 22, n. 45. Sendo mais facil presumir-se por esses factos do testador a revogação dos legados, Decis. 50, n. 20, Harprectr., Disp. 46, n. 337 e 340, Vin. ad § 7, Inst. *Quib mod. test. inf.*, n. 2.

Nota. Supposto que Pinheir., *de Testam.*, Disp. 2, Sect. 4, § 2, n. 34, diga que «illud notandum», etc.; comtudo (a não haver uma total laceração, ou circumstancias que façam julgar revogado todo o testamento, de quibus a §. . .) isto é um erro, a que suppõe o exposto nas conclusões 1.^a, 2.^a e 3.^a (a § 89) conforme as quaes, obliterada a instituição de herdeiro, subsistem os legados, ficando os herdeiros ab intestato obrigados a presta-los; oppõe-se o exposto (§. . .), aonde quando a laceração, deleção, cancellação, etc., não é total, pôde o testador sem reiterar as solemnidades fazer com qualquer declaração convalescer o testamento, n'essa parte particular. Por outra parte, uma vez que o instrumento subsista intacto com todas as solemnidades da Ord., L. 4, T. 80, pr. §§ 1 e 2, sem que se lacerem, rasurem, ou risquem, temos a vontade do testador, provada com as solemnidades legaes no resto dos legados, e a equidade forcejando para que se cumpram pelos herdeiros ab intestato, e o não apparecer o testamento sem alguma rasura ou risca, não é solemnidade precisa do testamento, L. 12, Cod. *de Testam.*, com a exornação de Gotofred. e Brunneiman. Uma vez pois que o testamento se ache com todas as solemnidades da dita Ord., só fica objecto de disputa o que a ella remette esta L., utrum testatoris voluntate, vel ab altero inconsulte, vel ab aliquo falso, hæc fuerint commissa. Conf. Domat., *Loix Civil.*, pag. 343, art. 24. Por outra parte, e quanto aos legados, se elles se revogam, ainda tacitamente, ainda por factos contrarios, varios modos, e ainda só por inimizades supervenientes, como se pôde ver em Ferraris, verbo *Testamentum*, Art. 5 a n. 42, Nett., *de Testam.*, L. 6, T. 1 e sequint., muito mais pelos factos positivos, de que tratámos, sem que seja necessaria revogação com

testemunhas. Este é o sentido das LL. romanas no Tit., ff. de *His que in test. del.*, Ferrar., supra, n. 39. Adde Barry, de *Success.*, L. 9, T. 29 e seg.

§ 93

Quanto aos testamentos sem instrumento publico de approvação, na fôrma da Ord., L. 4, T. 80, § 3, estes testamentos, como já vimos (§ 25), têm algumas similhanças com os escriptos dos romanos, differindo na necessidade de sellarem as testemunhas, e exigindo só o nosso legislador, que seja escripto pelo testador, ou por outra pessoa privada; se solemnise com seis testemunhas todos varões, connumerando-se n'ellas, ou o testador, ou a pessoa privada, que o escreveu; que todas assignem no testamento; que primeiro antes da subscripção seja lido perante ellas; que seja publicado na morte do testador por auctoridade judicial, citadas as partes interessadas, segundo a fôrma de direito. Taes são as solemnidades d'esta especie de testamentos, segundo a nossa legislação. A fôrma de se reduzirem e publicarem em juizo a expuz na dissertação a que me remetti, d. § 25.

§ 94

Se pois um tal testamento (que póde fazer-se em qualquer parte antes da morte do testador) se achar, depois de morto elle, lacerado, rasurado, etc., e se duvidar por quem procede a este respeito o mesmo que fica dito desde o § 38 e desde o §... Muller, *ad Struv.*, Exercit. 32, Thes. 48, pag. 719, col. 2. Se consta que o testador fez n'elle essa operação, ou já em demencia, ou ebriedade, ou em alguma momentanea paixão, procede o que fica dito no § 37 e seguintes. Se o testador consulto cancellou, obliterou, rasurou este testamento, ou riscou a sua subscripção e das testemunhas, procede o que fica dito a §... para se julgar revogado no todo. Se finalmente elle mesmo só riscou e borrou os nomes dos herdeiros ou de alguns legados, procede o exposto a §... sem differença alguma.

Nota. Na publicação d'estes testamentos não é necessario que as testemunhas deponham explicitamente na fôrma da disposição n'elles escripta; mas basta que se jurem presentes ao acto, á leitura perante

ellas uno contextu, e reconheçam os seus signaes e o do testador para justificar a identidade da cedula, Cordeiro, Dub. 3, etc. (Veja-se a minha citada dissertação.) E se quando se publica e se reduz em publica fórma, se acha com alguma d'aquellas alterações, então é que ha logar ás referidas disputas.

SECÇÃO V

Quando o testamento é falsificado por terceiro em vida do testador, ou depois de morto, e isto só em parte

§ 95

Em primeiro logar se deve indagar quem fabricou a falsidade (quando não consta ser obra do testador). Como taes falsidades se commettem occultamente, admite-se prova conjectural. Sobre o interessado na falsidade recæ uma urgentissima presumpção (§ 40 e §...), ou contra aquelle em cujo poder se acha o testamento, Stryk., Vol. 1, Disp. 6, *de Rasura*, C. 2, n. 2, Manz., *de Testam.*, in Append., T. 22, n. 38.

§ 96

Em segundo logar, verificada a falsidade por mão barbara, ou quando não consta absolutamente quem a commetteu, se a parte rasurada se póde colligir, e o seu apto sentido ex antecedentibus et subsequentibus, fica salva e se deve cumprir o que se acha rasurado, Stryk., *de Cautel. Testam.*, C. 24, § 48. Da mesma fórma se por testemunhas que tivessem lido o testamento póde provar-se o que relatava essa parte rasurada, Pinheiro, *de Testam.*, Disp. 2, Sect. 4, § 2, n. 51, aonde diz que bastam duas testemunhas, Conf. Boehmer., *ad Jus digestorum*, L. 28, T. 4, n. 3, *et ad Pand.*, Exercit. 68, *De scriptis non legibilibus*, C. 3, §§ 11 e 12; porque o riscado antes de consummado só subsiste quando possa ler-se, sem se admittir prova extrinseca «si testator alius testamenti condendi occasionem habuit». Cit. Boehmer. et Huber., *ibidem*.

§ 97

Quid verò, se a parte rasurada ou offuscada com tinta é totalmente illegivel? Deixemos o muito que miscellaneou Pinheiro, *de*

Testam., Disp. 2, Sect. 4, § 2, a n. 52, sobre a L. 1 e 2, ff. *De his quæ in testam. delent.* E assentando com Stryk., *Us mod.*, L. 28, T. 4, § 1, que «in hoc titulo nihil occurrit, quod usu fori mutatum sit»; a mais genuina intelligencia das ditas leis n'este caso é a que expõe Boehmer., *ad Pand.*, Exercit. 68, C. 3, *de Testam. non legibilib.*, §§ 11, 12 e 13, ut ibi:

«In primis verò testamentum non legibile reddi potest per deletionem. De hac sicuti et de cancellatione, et inductione certum est, si in testamento a testatore consulto facta sit, testamentum vitiari vel in totum, vel pro parte, quatenus scilicet deletio facta, V. L. 2, ff. *De his quæ testam. delent.* Si vero deletio inconsulto facta, siquidem legi adhuc scriptura possit, aliud dicendum videtur; si non possit, tunc obtinet decisio Pauli in L. un., ff. *Si tabul. testam. ex tab. ubi ait.* Hæredi, cujus nomen *inconsulto* ita deletum sit, ut penitus legi non possit, dari bonorum possessionem minime potest, quia ex conjectura non proprie scriptus videretur, nisi demum post prolatas tabulas sit deletum. Tunc enim jam de hærede constat licet amplius legi nomen ejus non possit. Manifestius id exprimit Ulpian., in L. 1, ff. *Quæ in testam. delent.*, inquires, quæ in testamento legi non possunt, ea inconsulto deleta et inducta nihil ominis valent, consulto non valent. Quid verò dicitur legi posse? Addit idem jurisconsultos in cit. L. Legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspicere, quæ sunt scripta. Cæterum si extrinsecus intelliguntur, non videbitur legi posse, sufficit autem si legibilia sint; et paucis interjectis, § 1, quod igitur incaute factum pro non facto est, si legi potuit. Et § 2. Si legi non possunt, quæ inconsulto deleta sunt, dicendum est non deberi, scilicet in effecto; ipso jure enim valet; jus non deficit, sed probatio, L. 30, ff. *de Testam. tut.* Sed quo tendit addita limitatio? Sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum sit. Scilicet respiciendum esse monet jurisconsultos, an deletio facta; antequam solemnitates accesserint. Nam si postea a tertio fraudulenter aliquid indictum est, et probationes supersint, quibus doceri potest, quid ibi scriptum fuerit, res salva est. Nam hoc videtur jurisconsultos exprimere voluisse in § 3, ubi inquit. Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur: inconsulto vero non repelluntur sive legi possunt sive non

possunt. At si legi non possunt, nihil debetur? Declarat suam sententiam jurisconsultos in seqq., quoniam si totum testamentum non extat constat valere omnia, quæ in eo scripta sunt. Et paulo post: Si alius invito testatore conciderit testamentum, non denegabuntur actiones. Si scilicet aliunde de contentis ipsius testamenti, ejusque validitate contest. Quo tamen casu non sufficit probare contenta testamenti, sed etiam integritas ejus vel solemnia probanda sunt.»

Et § 12.

«Fundamentum harum decisionum petendum ex L. 12, Cod. de Testam., ubi imperatores eleganter aiunt. De his, quæ interleta, sive supra scripta dicis, non ad juris solemnitatem, sed ad fidei pertinet quæstionem, ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulto deleta sint, an ab aliquo falso hæc fuerint commissa. Unde ergo hoc apparebit? Hoc certum est ex L. 3, ff. De his quæ in testam. del., quod favore libertatis in dubio inconsulto deletio præsumatur facta. Ergo cum hoc specialiter introductum, apparet, in dubio regulariter consulto deletionem factam fuisse. Mant., de Conjectur., L. 12, T. 29, n. 32. Adeoque qui contrarium dicit, probare debet, id quod deletum est, incaute vel casu factum esse, Richter., ad L. 12, de Testam., n. 20, nisi circumstantiæ aliud suadeant, seu patet ex L. fin., ff. De his quæ in testam. del., § 13.

«Cum ergo multum intersit, utrum deletio ante an post testamentum consummatum facta fuerit, uti ex § 11, constat, quæritur, quid hic in dubio præsumatur? Ex circumstantiis hoc dijudicandum erit. Si enim testamentum fuerit clausum et sigilla adhuc integra appareant, ita ut resignatio præsumi non possit, ante ejus consummationem deletio facta præsumitur. Aliud forsitan dicendum, si non fuerit clausum, cum plerumque testatores non soleant admittere deletiones vel rasuras ob disputationes, quæ inde oriri solent», etc.

Eis-aqui a intelligencia das leis romanas no referido testamento por Barry, de Success., L. 1, T. 9, sub n. 45, ibi:

«Cujus legis sensum ut habeas, distinguere sic debes. Deleta legi vel possunt, vel non possunt. Quæ legi possunt, consulto deleta non debentur: inconsulto deleta debentur. Quæ legi non

possunt non debentur si ante consummationem testamenti deleta sint, sive consulto, sive inconsulto: sin post consummationem, debentur, modo inconsulto deleta sint: nam licet totum testamentum inconsulto periisset, valerent omnia in eo escripta. Denique distinctio, an ante consummationem testamenti, vel post, deletio facta sit, non obtinet, nisi quando facta est inconsulto, et legi non potest: nam si consulto facta esset, licet legi possit, ut si consulto signa turbaverit, testamentum infirmatur, sive ante, sive post solemnia perfecta id factum sit ut rejecta eo casu distinctione Accursii, dicit Cujac... Cæterum aliud est signa turbari, aliud resignari testamentum. Turbatis signis testamentum infirmatur: resignatis tabulis non item, quando signa reponuntur. L. *Si testamentum, qui test. fac.* Ex superioribus videmus quando deleta non debeantur, et casu, quo non debentur, cui deferantur: Sed ut resumam quæstionem quando non debeantur, dico consulto deleta non deberi, sive legi non possint, sive possint; et sive ante, sive post consummationem testamenti deleta sint; inconsulto autem deleta deberi, si legi possint; sin legi non possint, distinguendum, an ante consummationem testamenti, vel post deleta sint: illo casu non deberi, hoc deberi; in tantum ut si totum testamentum interierit post consummationem, non ideo infirmetur relicta. Certe ex eo non dabitur bonorum possessio secundum tabulas, L. 1, *is tab. test. extab.* quia ut detur, tabulas extare necesse est, mortis testatoris tempore... Additur... ea dici legibilia, quorum litteræ apparent, ita ut oculis cernantur; et contra non legibilia, quæ pænitus non apparent, licet ex conjecturis quibusdam extrinsecis quæ scripta erant intelligi possit. Item additur inconsulto deleta dici, quæ ab alio erunt deletæ, consulto sine tamen voluntate testatoris.»

TRATADO VII

Do juramento de calunnia

Analyse da Ord., L. 2, T. 43

PARTE I

Juramento de calunnia conforme o direito romano e canonico, e uso das nações

§ 1

Justiniano, este grande legislador, em um dos primeiros seculos do christianismo, quando as virtudes em geral predominavam aos vícios, e refreavam as paixões; quando as consciencias eram mais puras, despidas dos espiritos da avareza; quando com temor e terror se pesava seriamente a gravidade do juramento, respeitando-se o Supremo Numen, que pela fé viva se via presente, e se tomava por testemunha da verdade que se jurava; Justiniano, digo, excogitou que o meio mais facil e opportuno de obviar a demandas, seria jurarem o auctor e réu na fórma que elle prescreveu na sua L. 2, Cod. de *Jurejurand. propt. calumn.*, lei datada no anno de 534, persuadindo-se sinceramente n'esse seculo que o horror do prejuizo aterroraria aos litigantes, e os cohibiria para não intentarem ou defenderem demandas injustas, como se nota na mesma lei, ibi:

«Sic enim non lites solum, sed etiam calumniatores minventur; sic pro judiciis putabunt homines sese in sacris sisti... Quid aliud nisi pro hominibus Deum in omnibus causis judicem esse credendum est? Antiqua itaque calunnia quiescente, et ejus ambagibus (*), Constitutio nostra dilucida, et compendiosa in terris clareat omnibus, et sit maximum dirimendarum causarum remedium.»

(*) Qual fosse essa antiga calunnia aqui abolida declara o mesmo Justiniano no § 1, Instit. de *Pæn. temer. litigant.*, ibi: «Hæc autem omnia

pro veteri calumniæ actione introducta sunt; quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores mulctabat... pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus Litigator, et damnus, et impensas Litis inferre adversario suo cogatur. Vin. ao mesmo § explica assim: Fuit vetus quædam calumniæ actio, quæ improbi Litigatores in partem decimam æstimationis Litis expensarum nomine mulctabantur, L. ult. Cod. Hermog., de Calumniatore, quam hic abrogat Justinianus, licet desuetudine jam abrogatam. Eandem tamen restituit atque in usum revocare conatus est Novel. 112, hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione, sed satisfactione fieret.»

Parece que esta antiga decima da estimação da cousa demandada por causa da calumnia dos litigantes, foi o modelo de imitação do nosso regimento das dizimas da chancellaria, transcripto por Peg., T. 3, 1.º Ord., pag. 472, porque no § 24 se declara que «a dita dizima não é direito da chancellaria, mas é pena que se dá ao que faz má demanda». Assim, e com toda a clareza o interpretou o assento de 2 de dezembro de 1794, quanto ao primeiro artigo, ibi: «Devendo-se comtudo advertir, que sendo a dizima uma pena do que faz má demanda», etc.; e quanto ao segundo, etc. Em muitos foraes do reino tenho visto semelhantes dizimas do julgado por sentenças, ou do executado por ellas, ou em favor dos concelhos, ou dos donatarios. Confirma-se o Repertor. debaixo da conclusão: «Execução não fazem os porteiros», etc., aonde se declara que esta dizima imposta nos foraes é diversa da dizima da chancellaria. Em Castella estão em uso semelhantes decimas, que se pagam pelos condemnados e executados, pela L. 7, T. 72, e pela L. 1, T. 31, Liv. 4, Recopil., Volan., Cur. Filipp., Tom. 1, 2.º P., § 23.

§ 2

Aquellas leis de Justiniano no código, § 1, se ampliaram na Novell. 49 e na Novell. 124, de que foram deduzidas a *Auth. Hoc Sacramentum*, a *Auth. In isto*, e a *Auth. Principales*, Cod. de *Jusjurand. propt. Calumn.* Por deducção d'esta legislação romana têm assentado uniformemente os DD.: 1.º, que este juramento de calumnia se deve prestar em toda a especie de causas; nas beneficæ, nas espirituæ, nas summarias, nas em que se procede *sola facti veritati inspecta*, nas criminaes; no juizo da appellação etc., Altimar., de *Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 11, Q. 3, a n. 30, Berlich., P. 1, Conclus. 31, a n. 26; bem que Berlich. refere variedade de opiniões sobre se dever ou não jurar de calumnia sobre as causas *espirituæ e matrimoniaes*. Quanto ás possessorias, em

que só se trata do simples facto da posse, limita esta regra Posth., de Manut., Obs. 84, n. 22.

§ 3

Têm assentado uniformemente os DD., 2.º, que são obrigados a jurar de calúnia os cessionarios, que em seus nomes propõem as acções cedidas, os bispos, os prelados, os clérigos, os economos, os tutores, os curadores, os syndicos e todo o litigante, por maior que seja a sua dignidade, os maiores de quatorze annos, etc., Altimar., supra, a n. 21. As universidades, as communidades, os collegios e corporações, ou hão de constituir um syndico e procurador especial para por todos prestar nas suas causas este juramento, ou aliás cada individuo o ha de prestar por si, Berlich., supra, n. 23. O mesmo quanto ao depoimento nas causas de que trata a Ord., L. 3, T. 53, sobre o que se veja Guerreiro, *Forens.*, Q. 99, tot., e melhor Leyser., *ad Pandect.*, Specim. 143, Medit. 5, aonde adverte que a parte póde eleger de todos os que hão de depor pelos mais, comtantoque eleja dos mais pios, e que tenham melhor sciencia do negocio. E adverte na Medit. 6, que se o capitulo vê eleitos alguns parciaes amigos da parte póde recusar-os: «Cæterum si personæ dignitas, vel sexus verecundia vel morbus non patiatur Litigatorem ad Tribunal venire, mittitur aliquis qui juramentum domi Litigantis excipiat præsentem adversario», Vin., ad § 2, Inst. de Pæn. temer. Litig., sub n. 1.

§ 4

Pelo direito romano no d. T., Cod. de Jurejurand. propt. Calumn., devia este juramento prestar-se pessoalmente, e quando algumas das partes era absente, se expediam commissões (como entre nós cartas precatorias) para as partes, onde quer que habitassem, jurarem em proprias pessoas, Authent. Principalis Cod. Principalis Cod. eod. Tit., ubi Brunneman. n. 9 e 13, sem que se admittisse tal juramento por procurador.

§ 5

O direito canonico foi o que inventou depois o poder prestar-se este juramento por procurador munido com especial mandato para

jurar de calumnia na alma do constituinte, C. *cum causam* 6 x. de *Juram. Calum.*, C. 3, § penult. et ult. eod., T. in 6.º E por este direito canonico se passou a admittir este juramento por procurador, comtantoque fosse especial para esse fim, Gudellin., *de Jur. novissim.*, L. 4, C. 8, no fim, Vin. ad § 1, Inst., *de Pæn. tener. Litigant.*, sub n. 1, Altim., *de Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 13, Q. 3, n. 13.

Nota. Houve DD. que se satisfizeram com que a procuração para jurar de calumnia seja simples, aindaque se não declare a causa ou demanda em que se ha de prestar este juramento. Outros porém exigem um mandato tão especialissimo, que n'elle se faça menção da causa em que se ha de jurar de calumnia; e o mais é, que se especifiquem os artigos e factos que se hão de jurar verdadeiros. D'este sentimento são Vasques, L. 2, *Controv.*, C. 23, a n. 16 e outros que referem, Altim., *de Nullit.*, Rubr. 11, Q. 26, n. 50 o 54. Peres, in *Cod.*, L. 2, T. 59, n. 6, Berlich., P. 2, Concl. 31, n. 17. Eu ou não admittiria tal juramento por procurador que não se admitte em algumas nações postergado o direito canonico, Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 2, Sect. 1, C. 4, n. 313, dizendo no n. 316, que: «Laudanda talia Statuta, quibus Partes ipse jubentur præstare juramentum: qualia in Curia Electorali Lipsiensi, etc. Conf. Brunneman., in Auth., *In isto, Cod. Jurejurand. propt. Calumn.*, n. 21, ou usaria livremente do arbitrio que aos magistrados concede o citado Peres, ut ibi: «Potest tamen judex inspecta qualitate personarum principalium non admittere procuratorem, etiam si speciale mandatum habeat; sed jubere, ut ipse principales personæ hoc juramentum præstent». Conf. Brunnem., in d. Auth. *In isto*, n. 20, As razões que me movem são estas: 1.ª ad Fabr., in *Cod.*, Liv. 4, T. 1, Def. 31, ibi: «Quoniam multo facilius, et audacius absens, et per alium, quam præsens pejeraret... fieri plerumque solet ut ex jurantis vultu, et titubatione judex perjurium detegat, aut pejerandi proclivem voluntatem». Outra e segunda, a de Berard., *Jus. Eccles.*, Tom. 4, Diss. 2, C. 4, pag. 74 (Edic. de 1778), ibi: «Ast jusjurandum solemne debet semper fieri ab ejus persona, cujus est causa; et recte, etenim cum jusjurandum illud solemne in gravioribus causis indici solet, interest maxime, ut is, cujus principaliter causa versatur, et monita judicis, et pressas formulas, arrectis auribus, attentoque animo excipiat, ut terreatur gravitate rei, et cautius juret, semper autem a prejurio recedat.» (Confira-se ao diante o § e o §.) Outra e terceira, porque, como diz o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 23, n. 16 «Usus (hujus juramenti) tran- quisit in meram ceremoniam seu formalitatem, neque forte datur casus, ut illius præstatio terreat, vel avertat a cœptæ litis prosecutione,

quæ proptere ad aliud non servit, nisi ad dandam occasionem pejerandi, ac illaqueandi animas». Um procurador jura na alma alheia do constituinte; e este quando fez a procuração não pesou a gravidade do juramento. As intenções pias, e os fins de Justiniano, § 1, não se cumprem, e o direito canônico n'esta parte foi menos pensado, emquanto aqui admittiu procurador. Eu adoptaria o aresto apud Peg., Tom. 7, ad Ord., L. 1, T. 37, § 8, n. 12.

§ 6

Pelos mesmos direitos a parte que é contumaz em jurar de calunnia (mas qual será ella hoje), sendo auctor é rechaçado da demanda, sendo réu, é havido por confesso, Cap. 7, § fin., *de Juram. Calumn.*, Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 3, Tit. 7, C. 4, n. 22, intervindo porém sentença declaratoria, Gloss., ad d. Cap. fin., Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 10, n. 13, Romaguer., *ibidem*, n. 16 e 17; bem que antes que se profira a sentença declaratoria da pena, póde a parte purgar a contumacia, jurando, Romaguer., *supra*, a n. 20, Altim., *supra*, n. 31. Proferida a sentença ella é appellavel, Repertor., sub Verb. *Juramento de calunnia, se o auctor*, etc.

§ 7

Porém nem a contumacia do procurador, nem a do tutor, do syndico, do economo, ou outro administrador, em não quererem jurar, prejudica a parte, ao menor, etc., Stryk., *de Cantell. Jurament.*, P. 2, Sect. 1, C. 4, a n. 67, Altim., Tom. 2, Rubr. 13, Q. 3, n. 28, pelas razões que expõe o citado Stryk.

§ 8

Não são porém obrigados jurar de calunnia (e consequentemente, aindaque recusem jurar, não incorrem aquella pena): 1.º, quando aquelle a quem se exige este juramento, mostra já o seu bom direito e claro; 2.º, quando a questão versa sobre notoriedade de facto; 3.º, quando a questão consiste em direito, Conciol., *ad Statut. Eugub.*, L. 2, Rubr. 10, n. 12, Altimar., *de Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 13, Q. 3, a n. 28 e 61, e em outros casos que refere Posth., *de Manut.*, Obs. 81, a n. 4. Tambem o pae não é

obrigado jurar de calúnia nas demandas que trata com filho, Stryk., Vol. 2, Disp. 3, *De Jure reverentia ejusque effectibus specialibus*, Membr. 7, a n. 11, referindo no d. Membr. 7 outras mais pessoas, que pelo direito reverencial não são obrigadas jurar de calúnia. Conf. Berlich., P. 1, Concl. 31, a n. 9, Repertor., sub Verb. *Juramento de calúnia fazem as partes*, etc.

§ 9

Se este juramento se não exige em todo o processo, e tacitamente se remitte, não é por isso nullo o processo nem a sentença, Lauterbach., *de Juram. Calumn.*, § 7, Thes. 101, Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 2, Sect. 1, C. 4, n. 59, Altim., Tom. 2, Rubr. 13, Q. 3, n. 6. Sim pôde pedir-se em qualquer parte da causa, Berlich., P. 1, Concl. 31, n. 34; ainda na segunda instância e grau de appellação, Berlich., supra, n. 35, et ad omnia Repertor., sub Verb. *Juramento de calúnia universal*, etc.

§ 10

Porém elle ha duas especies de juramento de calúnia, um *geral*, que se exige no principio da causa, outro *especial* ou juramento de *malicia*, que se exige em qualquer incidente d'ella, Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 3, Tit. 7, Cap. 4, a n. 10, Stryk., supra, a n. 26. E é mais frequente exigir o juramento de calúnia *geral* no principio da demanda: jura o auctor em primeiro logar: «Se non calumniandi animo licem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere». Jura em segundo logar o réu: «Se non dolo malo, aut negotii facessendi causa actori contradicere, sed quod putet, se bona instantia uti, et juste ad inficias ire. Ex constitutionibus Novellis jurant pariter ambo nihil se prorsus differendi, vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosve esse». Ita Vin. ad § 1, *Instit. de Pœntemer. litigant.*, n. 1. Com outros DD., Altimar., Tom. 2, Rubr. 13, Q. 3, n. 4, envolvendo o juramento do auctor e réu, o formalisa assim: «Quinque continere debet hoc juramentum: 1.º, quod credat in agendo, aut respondendo se bonam, et optimam causam sustinere; 2.º, quod interrogatus non negabit quod veram esse credit; 3.º, quod nullis falsis utetur probationibus; 4.º, quod nullam dilationem in fraudem

sit petiturus; 5.º, quod pro suæ causæ favore neminem muneri-
bus corrumpet», etc. Confirma-se com Olea, Fragos., Ferosin., e
outros o Repertor. debaixo da conclusão: *Juramento de calumnia
universal*, etc.

§ 11

O juramento *especial* de calumnia, por outro nome de *malicia*,
é aquelle que o juiz em qualquer incidente da causa pôde fazer
prestar *ex officio*, ou a requerimento da parte, Van-Esp., supra,
a n. 19, Stryk., supra, n. 34, e debaixo do n. 36. Como entre nós
nos casos da Ord., L. 3, T. 53, § 13, T. 87, § 11, T. 98, § 1, L.
3, T. 54, § 1, L. 3, T. 20, § 26, L. 3, T. 54, § 11, L. 3, T. 55, §
4, T. 58, § 2, e em outros mais casos.

§ 12

Eis-aqui o que dispõem os direitos romano e canonico, e o que
d'elles deduzem os DD., alem do muito mais que elles escreve-
ram na materia sujeita, e que eu omitto por desnecessario para o
meu assumpto, e que mais largamente se pôde ver em Silv., no
commentario a esta Ord., L. 3, T. 43.

§ 13

Mas, oh tempora! oh mores! Baldo, este grande jurisconsulto,
que viveu pelos annos de 1400, Gravin., *de Origin. et progress.
Jur. Civ.*, Tom. 1, Cap. 165, já se declarou altamente, e em geral
contra o juramento de calumnia, dizendo: «Quod juramentum ca-
lumniæ contemnitur, et non æstimatur uno obolo, quia facti su-
mus contemptores Dei et Religionis ejus». Passou cada vez mais
a depravação, a tanto que Marant., *de Ordin. Judicior.*, P. 6, T.
de Juramento, disse:

«Unde ego puto, quod Litigatores nostri temporis potius ju-
rant de calumnia committenda, quam vitanda. Et ideo melius es-
set, ut ex toto tolleretur a judicio causa vitandi tot perjuria.»

A mesma declamação fizeram depois outros DD., com os quaes
Brunneman., na Auth. *In isto*, § 8, Cod. *de Jurament. proposit.
calumn.*, n. 56, ibi:

«Putat enim Imperator ita lites et calumnias minui (quamvis
nonnulli eas augeri existiment) quia ita Partes sibi persuadebant,

se quasi in locis sacris versari, et Deum ipsum judicare. Sed, ó Justiniane, quam spe tua es frustratus! Jam diu conquæsti sunt Juris-Consulti hodie potius de committenda jurari, quam de fugienda calumnia», etc.

Com outros Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 2, Sect. 1, C. 4, n. 36:

«Ast postmodum, cum vel ipse tristis eventus docet, nostra ætate magis de calumnia committenda, quam evitanda juratur.»

§ 14

Passaram os bons tempos do christianismo, em que legislou o Pio Justiniano (§ 1), tempos em que o temor das penas espirituaes e temporaes reprimia os perjuros; mas os costumes bons se depravaram, como ao proposito o Card. de-Luc., *de Judic.*, Disc. 25, a n. 1, e por isso conclue no n. 10, ut ibi :

«Adhuc tamen ex rationibus supra initio insinuatís, iste usus (juramenti calumniæ) parum commendabilis videtur, atque pro meo sensu aboleri, deberet; cum transierit in meram ceremoniam, seu formalitatem; neque forte datur casus, ut illius præstatio terreat, vel avertat a coeptæ litis prosecutione, quæ propterea ad aliud non servit, nisi ad dandam occasionem pejerandi, ac illaqueandi animas», etc.

§ 15

Por estas rasões o tal juramento de calumnia geral se abrogou na França, Groeneweg., *de Legib. abrog.*, ad Instit., L. 4, T. 16, § 1, e se não encontra no novo código do processo civil. Abrogou-se na Saxonia, Stryk., supra, a n. 39, Berlich., P. 1, Concl. 31, n. 4, Groenewegen., supra. Na Geldria, Gudelin., *de Jur. noviss.*, L. 4, C. 8, n. 22. Na Flandria e no grande conselho melchiniense, Damhoud, *in Prax. Civil.*, C. 151, n. 30. Na Allemanha se abrogou por uma Ord., subsistindo só o juramento particular de calumnia ou malicia, Stryk., supra, n. 37 No Cod. Judiciar. Civ. do imperador José II, e no Cod. de Sardenha tambem se não encontra tal juramento. Na Catalunha foi tambem abrogado, Romaguer., *ad Statut. Eugub.* L. 2, Rubr. 10, n. 25, na rota romana, Luc., supra, a n. 17, e em outras nações, Vin., ad § 1, Instit. *de Pæn.*

temer. Litig., n. 4. E só o juramento particular da *malicia* (de quo supra, § 14) ficou em uso n'estas nações. Vind. et reliqui DD. supra, quibus adde Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 3, T. 7, C. 4, a n. 40.

§ 16

Tambem o direito romano exigia que os advogados jurassem da propria calumnia, na fórma da L. 2, Cod. *de Jurament. propt. calumn.*, juramento que só prestava em terceiro logar depois de jurarem o auctor e o réu, Gotofred. á mesma lei. O seu juramento consistia em declararem que a causa que patrocinavam era justa, que a tratariam com toda a diligencia e boa fé, e que deixariam o patrocínio logoque viessem a conhecer a injustiça da causa, Perez, in Cod., Liv. 2, T. 59, sub n. 5, Vin., supra, n. 2, Stryk., *de Cautell. Jurament.*, P. 2, Sect. 1, Cap. 4, a n. 29.

§ 17

Como porém os timoratos e conscienciosos advogados, e os mais sabios tinham por melhor não advogarem, do que sacrificarem-se a tal juramento, entrando só rabulas pouco escrupulosos, Stryk., supra, n. 36; por isso tambem, e por costume geral, não só se exoneraram de tal juramento os procuradores fiscaes, Stryk., supra, a n. 98, aquelles que eram obrigados a patrocinar as causas, Stryk., a n. 77, mas geralmente por uso contrario ao direito romano, se absolveram nas nações os advogados da obrigação de jurarem da propria calumnia, Posth., *de Manut.*, Obs. 84, n. 13, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 10, n. 7, Altimar., Tom. 2, Rubr. 13, Q. 3, a n. 49, Berlich., P. 1, Conclus. 34, n. 22.

§ 18

Emfim o direito romano, no § 1, Instit. *de Pæn. temer. Liti-gant.*, só punia o calumniador convencido de perjuro com a condemnação das custas da demanda, perdas e danos, sem que lhe communicasse as penas de perjurio com que o mesmo direito romano, aliás punia os perjuros nas causas civeis. V. Anton. Math., *de Criminib.*, L. 47, Digest., P. 16, C. 1, n. 6.

PARTE II

Confrontação da nossa Ord., L. 3, T. 43, com este direito
romano e canonico

§ 19

Se fazemos uma exacta combinação de tudo o disposto na nossa Ord. debaixo d'este titulo com o direito romano e canonico, observámos uma inteira conformidade, menos no § fin., em que notámos comminar ao calumniador a pena de perjuro, que o direito romano não comminava (§ 18).

§ 20

Com effeito, emquanto esta Ord. no principio manda que o juiz *ex officio* ou a requerimento das partes defira o juramento de calúnia ao auctor e ao réu, dá a fôrma d'este juramento, ha por absoluto ao réu, se o auctor recusa jurar, ou por confesso ao réu se se subtrahê a jurar sem justa causa; intervindo porém sentença declaratoria, é em tudo, como temos visto, conforme com o direito romano e canonico. E aindaque não especifica quaes sejam as causas justas que escusem de jurar sem renitencia punivel, e que escusem da pena da contumacia, os DD. as têm excogitado, quaes as expostas a § 8.

§ 21

No § 1, emquanto trata do juramento de calúnia especial ou particular, que os DD. chamam de *malicia*; no § 2, emquanto que os procuradores jurem em seu nome de calúnia (senão *ex officio*) a requerimento das partes, dando a fôrma d'esse juramento, e emquanto exige o juramento pessoal das partes, sendo presentes, tem por fontes os mesmos direitos; no § 3, emquanto admite procurador especial, se conforma com o canonico, e emquanto, sendo absentes as partes, manda se cite por precatorias para jurarem de calúnia lá aonde habitam, se conforma com o romano. Não menos emquanto no § 5 manda que jurem os tutores e curadores, ou os puberes maiores de doze e quatorze annos,

como tudo assim temos visto, e dos mesmos direitos deve receber illustrações.

Só sim, emquanto no § fin. determina que os convencidos em malícia serão accusados e punidos por perjuros, alterou o direito romano, que só os punia civilmente com a condemnação das despesas da demanda, perdas e damnos da parte, e não criminalmente com as penas de perjurio (§ 18).

Nota. Qual seria a razão por que o nosso legislador exacerbou as penas dos que a final se convencem perjuros no juramento que prestaram de calúnia, comminando-as mais graves que o direito romano? Se me é licito conjecturar a mente do legislador, eu conjecturo que elle viu já no seu tempo a relaxação dos costumes e das consciencias, por isso comminou maior pena aos perjuros, para que o temor d'ella os subtrahisse de jurar falso, e mover com calúnia uma demanda injusta. Erro do tempo, porque hoje se assenta que a gravidade das penas não é a que previne os delictos, Renaz., *Elem. Jur. Crimin.*, L. 2, C. 14, § 3.

Parece que esta Ord., § fin., é antinómica com a do L. 3, T. 67, aonde ao convencido em malícia na demanda não impõe a pena do perjurio, mas só o manda condemnar nas custas em dobro, e nas pessoas do outro litigante, seguindo aqui o § 2, *Inst. de Pen. temer. Litigantium*, e a L. *eum. qui temere*, ff. de *Judic.*, e parecendo que se esqueceu do § fin. da Ord., L. 3, T. 43. Parece só podem conciliar-se estas Ord., suppondo-se que a do T. 67 procede no caso em que não houve juramento de calúnia e que se remittiu (como podia remittirse, ut § 9), e o § fin. da Ord., L. 3, T. 43 procede, quando houve juramento de calúnia por termo nos autos, ou se ha de dizer abrogado o d. § final, como logo se verá a § 23.

PARTE III

Em quaes artigos não está entre nós em uso a Ord., L. 3, T. 43, e o em que se deve promover, emquanto por nova legislação, que omite as das nações, se não revogue inteiramente quanto ao juramento geral de calúnia.

§ 22

Não está em uso, 1.º, emquanto manda que os réus também jurem de calúnia, Repertor., sub. Verb. *Juramento de calúnia*

se defere ao réu, etc. Not. (e). Não está em uso, 2.º, enquanto manda que os procuradores jurem por si de calúnia, como attesta Peg., Tom. 15, obra posthuma á mesma Ord., n. 13, bem como n'esta parte não está em uso nas nações (§ 17).

§ 23

Não está em uso, 3.º, quanto ás penas de perjurio, que commina o § final, como attesta o mesmo Peg., n. 19. (E attesto eu que tenho pratica do fôro por mais de quarenta annos.) Este não uso pôde ter plausivel fundamento nos arestos, que refere Phæb., P. 1, Decis. 69, n. 11 e 12; porque tendo-se julgado muitas vezes pelos annos de 1590, antes da compilação Filippina, que só o testemunho falso é n'este reino caso de querela, e não qualquer outro perjurio em depoimento, juramento de calúnia, em que só ha pena arbitraria e extraordinaria; por isso é que, não podendo querelar-se pelo juramento falso em depoimento, não havia pé para fundamentar, e com prisão, uma accusação criminal. E por isso é que todos os vencedores contra a jurada calúnia se desanimariam de accusar um perjurio, crime extraordinario sem pena certa, ex Anton., Math., de *Criminib.*, L. 47, T. 16, C. 1.

§ 24

O Repertor., debaixo da conclusão *Juramento de calúnia a que se faltou*, etc., faz differença entre a calúnia evidentissima e a duvidosa. Quanto á primeira diz punivel o perjurio em depoimento, citando muitos DD. que assim o distinguem. Porém ao mesmo tempo segue o citado Phæbo, que não admite querela. E assim estamos na mesma rasão do uso da dita Ord.; o certo é que o juramento de calúnia é propriamente juramento de credulidade, e não de verdade, Vin., ad § 2, Inst. de *Pæn. temer. Litig.*, Femosin., ad Rubr., de *Juram. Calumn.*, Q. 6, n. 1. E se das penas que pela calúnia impõe o § 2, Inst. de *Pæn. temer. Litig.*, e a Ord., L. 3, T. 67, excusa qualquer opinião, qualquer causa d'aquellas que referem Ving., ao d. §, n. 3, Begnudell., Verb. *Sumptus litis*, e outros DD., com os quaes Silva, á Ord., L. 3, T. 67, in pr., a n. 30, quem se sacrificaria a accusar a pena extraordinaria e arbitraria sem querela no perjurio em juramento

de calúnia, podendo um réu accusado exculpar-se com taes pretextos? Esta talvez seja outra rasão, porque não está em pratica o § fin. da Ord., de que trato.

Corollario e advertencia aos magistrados

Seria para desejar que assim como nas mais nações (§ 15) se tem proscripto do fôro pelas rasões (a § 13) o juramento de calúnia geral, se proscrevesse tambem do fôro do nosso reino, como um fecundo germen de tantos perjurios. Admiro-me que o grande Mello, no L. 4, T. 19, § 8, este doutor tão opposto ao direito romano, e ainda ao canonico forense, suppozesse praticavel em tudo entre nós esta Ord., e não declamasse altamente com a relaxação dos costumes em differença dos antigos coevos ás primitivas legislações, justiuianeas e canonicas, que não recorresse ao uso das nações contra o uso da nossa, e que não ensinasse os artigos em que ella está abolida pelo uso contrario; e isto quando aquelle celebre D. a cada passo declama contra outras leis, que não são tão fecundas de peccados horriveis como esta.

As intenções dos nossos legisladores, quanto ao juramento de calúnia, foram tão pias e santas, como a de Justiniano (§ 1); mas a depravação e relaxação dos costumes faz hoje impraticaveis, tanto estas nossas leis como as que foram o seu modelo. Emquanto porém no novo e tão desejado codigo se não revoga nas partes em que ainda está em uso (á excepção dos artigos referidos, §§ 22, 23 e 24), eu declamo altamente contra os que exigem o juramento de calúnia geral, e d'aquellas pessoas que se persuadem jurarem falso, que se evitem exigir tal juramento, temendo a sehtença de Santo Agostinho no Can. 5, Caus. 22, Q. 5, ibi:

«Ille qui hominem ad jurandum provocat, et scit eum falsum esse juraturum, vincit homicidam. Quia homicida corpus occidit, ille animam: immo duas animas, et ejus, quem jurare provocavit et suam. Scis verum esse quod dicis, et falsum quod ille dicit, et jurare compellis? Ecce jurat; ecce perit! Tu quid invenisti? Immo et tu periisti, qui illius morte satiare te voluisti.»

Eu altamente declamo aos srs. magistrados, 1.º, que nunca admittam, quanto possivel for, juramento de calúnia por procura-

dor, tendo em vista as razões ponderadas na nota ao § 5, e ainda o caso julgado que refere Peg., Tom. 7, ad Ord., L. 4, T. 87, § 8, sub n. 12. Declamo, 2.º, que comparecendo as proprias partes a jurar de calúnia não defiram este juramento como por formula superficial; mas que, conformando-se com o Cod. da Sardenha, L. 3, T. 14, § 3, façam primeiro ao que ha de jurar uma advertencia, que se lembre da reverencia devida a um tal acto, das penas e dos castigos com que temporal e espiritalmente será punido sendo falsario, não sómente pela justiça humana, mas pela divina magestade a que tudo é conhecido. Este é tambem o louvavel costume que attesta Gmeiner., *Inst. Jur. Eccles.*, Sect. 3, § 658, ibi: «Ritum jurandi, quod attinet; si jurandi rudiores (de calúnia) præmitti communiter solet avisatio de perjurio (id est de gravi perjurii pœna) quæ prælecta præscribitur tactura evangelii», etc. Quem jura falso em juizo offende a Deus, ao juiz e á parte, perturba a recta administração da justiça, tira o maior fundamento do commercio humano, pèrverte a verdade e a inteireza dos tribunaes, Constít. do Bisp. do Porto, L. 5, T. 6, Const. 4.

Declamo aos senhores magistradòs, 3.º, que não só expliquem aos jurantes as palavras da Ord., Liv. 3, T. 43, no principio; mas que lhe façam jurar na precisa formalidade das mesmas palavras; o auctor «que não move a demanda com tenção maliciosa, mas por entender que tem justa razão para a mover, e proseguir até o fim». (Já disse, § 22, que não está em uso o juramento de calúnia pelo réu.) E melhor será se lhe fizerem estofar este juramento genérico, jurando na mais especifica formalidade, que formalisam os DD. citados no § 10.

Declamo, 4.º, que exijam quanto menos vezes for possível o particular juramento de malicia, nos casos indicados no § 11. E assim concluo com os DD, com os quaes o grande Stryk., *de Cautell. Jurament.*, P. 2, Sect. 1, C. 4, n. 59, ibi:

«Judex, ubi deprehenderit, frivole tantum exigi hoc juramentum, illum inhibere debeat, ne supervacaneis juramenti, conscientiae partium onerentur, aut nomen Dei prophanetur, etc.»

«Oh utinam hæc Deo, et magistratibus complaceant, et ne incassum laborarem!»

TRATADO VIII

Do juramento suppletorio e semiplena prova

Analyse completa da Ord. Liv. 2, T. 53

* *Judex, ut bene causam cognoscat, primum testes interroget; deinde scripturas inquirat, ut veritas possit certius inveniri, ne ad sacramentum facile veniatur.*

Cod. Wisig. L. 2, T. 1, L. 22.

PRENOÇÃO I

Origem, introdução e progresso do juramento suppletorio

§ 1

Heineccio, o incomparavel Heineccio, na exercitação, *De lubricitate jurisjurandi Suppletorii*, avançou e se propoz demonstrar estas proposições: 1.^a, que o juramento suppletorio não tem fundamento no direito romano, nem na L. 34, ff. *de Jurejur.*, nem na L. 3, Cod. *de Reb. Cred.*, mas só na Gloss. da L. 34, ff. *de Jurejur.* (*); 2.^a, que a semiplena prova tambem não tem fundamento no direito romano, nem n'elle ha vestigios de tal semiplena prova, mas só foi invento do direito canonico; 3.^a, que o juramento enunciado da dita L. 34, ainda quando se entenda do suppletorio, só pôde ser praticavel nas causas duvidosas, se as provas de uma e outra parte abundam, e o juiz se vê em perplexidade; e não quando ha só v. g. uma testemunha, ou uma outra semiplena prova; 4.^a, que mesmo repugna a todos os principios do direito, que alguém seja testemunha na propria causa para se unir com outra, e que a avareza, o pundonor, o capricho, o podem precipitar em perjuro, e que antes deve prevaleceŕ a regra, *Actore non probante reus absolvitur*. Tudo isto demonstra Heinec. admiravelmente.

(*) Pelo contrario, que n'estas leis tem fundamento, diz Stryk., Vol. 8, Disp. 4, C. 2, § 6.

§ 2

Do mesmo sentimento de Heinec. são Thomaz, nas *Notas de uso hodierno ás pandectas*, L. 22, T. 3, Hubero, ao mesmo T., *Jus Controv.*, L. 22, T. 3, Q. 3, Fabr. *in Cod.*, L. 4, T. 1, Def. 1 e 4, e no *Tract. de Error. Pragmat.*, Dec. 19, Err. 1, Meren., L. 10, *Controv.*, C. 45, n. 21.

§ 3

Porém em contrario de todas as referidas proposições estão Vin., *Select.*, L. 1, C. 44, Gonzal., ad C. *de Probat.*, § 7, Stryk., Vol. 7, Disp. 1, *de Semiplena probatione*, C. 1 e 2, Cavallar., *Inst. Jur. Can.*, P. 3, C. 13, § 13, optimè Voet., ad *Pand.*, L. 12, T. 2, n. 27 e 28, Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 3, T. 7, C. 8, a n. 1, Struv., Exerc. 28, Thes. 5, e Exerc. 17, Thes. 40, 41 e 42, Gmein., *Inst. Jur. Eccles.*, Sect. 3, § 652, Additio ad Ferrar., Verb. *Juramentum*, Art. 2, a n. 2, Pedro Barbosa, no *Trat. de Probatione per juramentum*, a n. 61.

§ 4

Entretanto, o certo é que a opinião da Gloss. lançou altas raízes, e foi approvada, não só pelo direito canonico, no C. 2, *de Probat.*, mas pelas legislações das nações da Europa, como de todas as provincias da Allemanha attesta Stryk., *de Cautell. Juramentor.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, a n. 9. No Belgio Groeneweg., *de Legib. abrog.*, ad L. 3, *Cod. de Reb. cred.*, Voet. et Van-Esp., supra; na Sardenha pelo moderno *Cod.*, L. 3, T. 14; no imperio da Austria pelo *Cod. do imperador José II*, § 225; em Eugubio pelo *Statut.*, L. 2, Rubr. 13; na França pelo ultimo codigo civil, Art. 1366; e n'este reino pela *Ord.*, L. 3, T. 52.

PRENOÇÃO II

Precauções geraes que devem ter em vista os magistrados
para deferirem este juramento

§ 5

É sim arbitrario aos julgadores deferir ou não este juramento, Ridolfin., *in Prax. Roman. Cur.*, P. 2, C. 4, n. 144, Menoch., *de*

Arbitr., Cas. 160, n. 12, 18 e 21. Porém justamente adverte Van-Esp., *de Jur. Eccl.*, P. 3, T. 7, C. 8, a § 13, que: «Quidquid sit de hac fabri opinione, hoc equidem indubitatum est, admodum parce, et circumspecte hoc jusjurandum à judici parti in supplementum probationis deferendum esse: quandoquidem negari queat; quin verum sit per hanc juramenti delationem jurantem in re propria testem adhiberi, atque ab ejus juramento causæ decisionem peti. Quid enim hinc natum consequi, nisi, ut homines parum religiosi, facile spe victoriæ consequendæ illecti ad perjurium inducantur; alii vero perjurii metu deterriti etiam juramentum sibi datum in causa justa præstare recusantes causa cadant? Unde in antiqui Wisigothorum Legibus legitur, L. 2, C. 22. Judex ut bene causam cognoscat, primum testes interroget, ac deinde scripturas inquirat, ut veritas possit certius inveniri, ne ad Sacramentum facile veniatur, etc., et §§ 18 e 26. Rarius soleant hodie Judices in Supplementum probationis alterutri Litigantium juramentum deferre; quia faciles sunt nonnulli homines ad jurandum contemptu Religionis; alii perquam timidi metu Divini Nominis usque ad superstitionem, etc. Concluindo no n. 26: Ex his facile intelligitur verissime monere Pragmaticos, per Judices maximo cum moderatione, et circumspectione hoc juramentum esse defenderum, eo quod per illud Pars quodammodo in propria causa testis constitutur, et spe lucri assequendi, aut damni evitandi ad perjurium incitetur, et quasi impellatur».

Esta mesma advertencia fazem aos magistrados os mais famosos juriconsultos, Vinn., *Select.*, L. 1, C. 44, sub *ª Tertia*, Heinecc. d. Exerc. 15, § 20, no fim, Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, n. 237, dizendo que: «Hoc juramentum hodie non adeo frequens esse debet, cum refrigescat charitas, et religio; e contrario avaritia, amorque numi crescat; ita ut non tuto anceps causa juramento Litigatoris committi posset», etc. Não menos o filho João Samuel Stryk., Vol. 11, *Disp.* 29, «De causis juramentum suppletorium respicientibus», §§ 1 e 3.

§ 6

Por estas razões, e pelas muitas limitações, alem dos escrupulosos requisitos que ao diante veremos, diz o Card. de Luc., *de*

Judic., Disc. 25, n. 10, que: «Rarus in Curia est usus juramenti suppletorii, vel quia ob multas limitationes, quas ista regula patitur, raro ad praxim sit deducibilis; vel quia ob rationis supra insinuatæ mutationis morum, ac temporum, nimisæque facilitatis jurandi Tribunalia merito hanc speciem probationis parvi pendunt». Por isto declama Cavallar., *Inst. Jur. Canon.*, P. 3, C. 2; § 20, in fin., ut ibi: «Cæterum, usus Sacramenti in Litibus decidendis homines religiosos supponit. Ut hinc facile cognoscas, in tanta sæculi corruptione e Republica esse, usum Sacramenti Suppletorii omnino aboleri».

PRENOÇÃO III

**Requisitos essenciaes que em geral devem concorrer
para ter logar este juramento**

§ 7

Conforme o sentimento de Stryk., Vol. 7, Disp. 1, C. 5, a n. 22, que segue o addicionador de Ferrar., Vêrb. *Juramentum*, Art. 2, a n. 4, se requer para se deferir este juramento, que concorram *verdade*, *juizo* e *justiça*: *Verdade*, não se deferindo senão a quem tiver sciencia propria, e não de credulidade; *Juizo*, isto é, que a pessoa que ha de jurar seja legal e fidedigna, de que se não possa presumir perjurio; *Justiça*, isto é, que o juiz o não defira *nisi causa cognita, et perpensa*, tanto pelo que respeita á prova, quanto pelo respeito á qualidade da causa, Struv., na Exerc. 17, Thes. 43, reduz em geral os requisitos a estes: «1.º, ut semiplene probatum sit, nec illa probatio per præsumptiones elisa sit; 2.º, ut is, cui defertur à Judice, probabiliter sciat veritatem, ac sit persona fidedigna; 3.º, ut causa sit modica et civilis», requisitos que largamente estofou Muller, ibidem. Eu porém sigo Heinecc., que com Mynsing. requer o concurso d'estas condições: 1.º, ut semiplene probatum sit, eaque probatio vere, ac necessario, non præsumptive concludat; 2.º, ut ille, cui defertur, veritatem sciat probabiliter per sensum corporeum; 3.º, ut idem sit vir integræ, exploratæque fidei; 4.º, ut causa non sit ardua, vel criminalis, sed modica, et civilis; 6.º, ut semiplena illa probatio

præsumptione quadam dilui, aut elevari non possit; 6.^a, denique, ut iusjurandum illud petatur, antequam sit in causa conclusum». Estes mesmos requisitos fazem precisos Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 13, n. 24, Scop., *ad Gratian.*, Decis. 36. Klengensperg., *ad Instit.*, L. 4, T. de Action., Q. 64. Todos elles se deduzem da nossa mysteriosa Ord., como vou demonstrar, distribuindo-se em outros tantos capitulos, tratando-se em cada um d'estes particularmente cada um d'aquelles requisitos.

CAPITULO I

REQUISITO I

Ut semiplene probatum sit, eaque probatio verè, ac necessario, non præsumptive, concludat

PRENOÇÕES

§ 8

Stryk., no Vol. 7, Disp. 1, de *semiplena probatione*, C. 2, § 2, define a prova semiplena assim: «Est actus judicialis, quo rei dubiæ fides aliqua fit Judici, non tamen tanta, ut jure possit ipsum movere ad ferendam Sententiam definitivam, nisi adminiculo quodam suffulta sit». Elle explica desde o n. 3 todas e cada uma das partes d'esta definição. A mesma com a sua exposição segue Mull., *ad Struv.*, Exerc. 28, Thes. 5, pag. 171, Col. 1, aos quaes remetto os leitores.

§ 9

O mesmo Stryk., no Cap. 3, com outros DD., divide a prova semiplena em semiplena maior e semiplena menor: «Observandum tamen (continua no § 2) hanc divisionem non esse divisionem specierum, sed tantum distinctionem graduum. Nam semiplena maior, et semiplena minor gradibus saltem inter se distinguuntur. Quod enim semiplena probatio aliquando sit maior, aliquando sit minor, non propterea constituit diversas species». No § 3, explica que: «Semiplena maior probatio est, quæ fidem plusquam semiplenam, nec tamen plenam et perfectam, nisi aliquo minus vehe-

menti adminiculo adjutam, *Judici facit*. Ahi tambem explica os casos em que se dá a semiplena maior, como, 1.º, quando de duas testemunhas uma é legal, outra menos legal, ou ha duas illegaes com uma legal; 2.º, quando com a comparação judicial, que só faz semiplena prova, concorrem testemunhas, que tambem reconhecem a letra; 3.º, quando com uma testemunha legal, que depõe da verdade do facto, concorre ao menos uma testemunha de confissão extrajudicial, et maxime duas, aindaque singulares; porque, constituindo a primeira por si só semiplena prova, a outra ou outras adminiculam. E depois no § 4, firma estas tres regras especiaes. (Conf. Mull., Exerc. 28, Thes. 5, pag. 173.)

1.ª «Si semiplena maior ex una probationis specie resultat, tunc illa quocumque adminiculo minus vehementi suppletur, v. gr., testis unus omni exceptione maior de proprio facto sine suo interesse deponens, concurrentibus indiscriminatim indecisus ad plena probandum aliquid sufficit.

2.ª «Si semiplena maior ex duabus speciebus, puta ex semiplena, et semiplena minore conflata est, tunc non quodvis adminiculum minus vehemens illam perficit, sed illud tantum, quod semiplena minorem, scilicet præsumptionem elevat. Sic liber jurati Mercatoris debitum semiplene probans, cum teste uno de confessione hujus deponente, qui aliqualem inducit præsumptionem, semiplenam maiorem efficit probationem, quam non testis de fama debiti deponens supplet; quia cum teste de confessione testimonium dicente et semiplenam probationem conjungi nequit; nam quæ in esse suo sunt imperfecta, ad probandum conjungi non possunt. Si vero alius testis vel conjectura pro confessione faciens superveniat, illa semiplena maior fidem consequitur perfectam.

3.ª «Semiplena maior in causis parvi præjudicii, non vero in maximi momenti negotiis, adminiculo minus vehementi suppletur. Ratio hæc est, quia duæ semiplenæ probationes in negotiis non arduis conjunguntur, in arduis autem minime. Nam in causis magnis cautius est versandum, quia maius periculum in illis versatur.» Adde Cancer., 2, *Var.*, C. 8, n. 8, aonde diz, que ha prova mais que semiplena, ou quando com uma testemunha habil concorrem outras defectuosas, ou quando presumpções, etc.

§ 10

No § 5 do mesmo C. 3, diz Stryk., que «semplena minor probatio est, quæ ex levioribus præsumptionibus oritur». D'esta os exemplos se podem ver em Berlich., P. 1, Concl. 36, a n. 115. Concorde em tudo o exposto desde o § 9, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 28, Thes. 5, pag. 170, Col. 1, pag. 172 no fim, e 173. Oito diferenças entre a prova plena e semiplena expoz o mesmo Muller, pag. 171.

ARTIGO I

Primeira: especie de prova semiplena

§ 11

«Dizemos que é feita meia prova por uma testemunha sem suspeita, que deponha compridamente do caso, sobre que é a contenda.» Estas são as palavras formaes da nossa Ord., L. 3, T. 52, no principio, e esta é a regra geral, que uma testemunha maior de toda a excepção, depondo inteiramente do facto, constitue prova semiplena, Stryk., supra, C. 4, § 2, et *de Jur. Sens.*, Diss. 1, C. 4, Scop., ad Gratian, Dec. 36, n. 6. Se porém essa testemunha se retracta, ainda ex intervallo, só por isso abate o seu credito, e não pôde o dito d'ella supprir-se com este juramento, Bagn., C. 31, n. 352. Para que porém uma testemunha, que se não retracte, possa constituir prova semiplena, o citado Stryk., C. 4, a n. 10, faz preciso o concurso d'estes requisitos.

1.º «Ut sit omni exceptione maior, adeo ut, si careat hoc requisitio testis, semiplene non probat. Dicitur autem testis omni exceptione maior, cui nullus objici potest defectus.

2.º «Hujus testis requisitum est, ut sit juratus, quia nec plenam efficiunt probationem testes quam plurimi, si non prævio deposuerint juramento. Neo Summus Pontifex, cui alias Pontificii DD., magnam dispensandi tribuunt potestatem, dispensare valet, ut testi injurato credatur.

3.º «Ut testis ille, citata parte adversa ferat testimonium, testis enim parte non citata examinatus nullum facit indicium. Quod adeo verum est, ut si Index, parte non citata testes recipiat... iterum testis parte citata examinari debet.

4.º «Ut reddat rationem per illum sensum corporis, quo actus, super quo deponit, percipitur. Illud enim demum scire testis dicitur, quod scit per sensum corporis. Et testis sine ratione loquens, intelligitur loqui, ut pecus, non ut homo.» (Conf., Themud., Dec. 67, a n. 7, Guerra, ad Ord., pag. 89, n. 4).

5.º «Ut de facto principali deponat. Nam testis omni exceptione maioris dictum non aliter valebit ad juramentum suppletorium iungendum, quam si exacte idem deponat, quod jurandum est, sed illud jurandum est, ex quo decisio litis dependet.

6.º «Ut versemur in tali casu, in quo duo non sufficiunt testes, alias nec semiplene probat, nec deferri juramentum in supplementum probationis causatur», etc.

Confira-se o mesmo Stryk., *de Jur. Sens.*, Diss. 1, C. 4, n. 32, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 28, Thes. 38, pag. 246, Col. 1, onde plagiou a transcripta doutrina de Stryk.

§ 12

«Hinc (diz Heinec., di Exerc. 15, §§ 22 e 23) si ulla suspicio adversus testem militat, aut ejus testimonium elevat, merito huic probationi nihil omnino fidei habetur. Cavendum ergo testimonio hominum, vel ob necessitudinem, atque amicitiam, vel ob inimicitiam suspectorum, quorum quum alioquin ratio non facile haberi debet, tum multo difficilius habebitur a religioso iudice, si ipsius Partis jurejurando confirmandum sit. Hinc recte negant Auctores nostri mulierum jurejurando suo illatæ dotis, vel constituti dotalitii probationem posse perficere, si pro se fratrem produxit testem, vel parentes, vel mariti confessione munita sit adversus creditores, vel agnatos singulari titulo succedentes. Et quamvis vulgariter adjiciant, nec inhabilem testem]plane esse respuendum, si veritas aliter adparere non possit, ex eaque ratione testem subditum in causa domini, et civem, vel convicanum ex universitate in causa universitatis recte producti contendunt. Sed id periculosum esse arbitror, si vel maxime subdito gratia fiat jurisjurandi Domino præstiti. Ille enim sæpe vindictæ metus scrupulum injicit, huic vel ideo plane nulla fides est, quia et ipse testis in propria causa est, dum pro universitate sua testimonium præbet, et universitati.»

§ 13

Por outra parte, continua Heinec., no § 23: «Sed fingamus testem, quam quis pro se produxit, exploratæ fidei virum esse; non tamen ob ejus testimonium cuiquam jusjurandum deferendum crediderim, si in ipso testimonio, quod dixit, defectus quidam observetur. Quis enim, ex. gr., Suppletorium decernat, si unus testis rem adseveravit quidem, at interrogatus rationem scientiæ suæ reddere nequiverit? Vel si idem non de factis in sensus incurrentibus, sed de jure, ex. gr., dominio deposuerit? Vel si sibi ipsi in circumstantiis quibusdam manifesto contradixerit? Et quis hoc jusjurandum deferat ob testem unum, virum quidem honestum sed legitimo modo non interrogatum examinatumque? Hinc recte a Joan. Strauch. observatum est, jusjurandum hoc deferendum non esse, si testis juraverit adversario non citato, si non coram Judice competente, sed vel ab extraneo, vel Notario examinatus. . . Quamvis enim horum pluraque parum conferre videantur ad veracitatem testium: fides tamen fieri debet Judici, qui sæpe ex testium gemitu, sermone prærupto, vacillante responsione acute colligit, quantum illis fidei sit tribuendum».

Confiram-se ao proposito Stryk., Vol. 11, Disp. 29, § 6, Sabell. §. *Juramentum*, sub n. 5, Ridolfin., in *Prax. Cur. Roman.*, P. 2, Cap. 4, n. 141.

Nota. Geralmente as testemunhas podem ser suspeitas, ou em razão da pessoa, como os impuberes, os escravos, os cegos, os surdos e mudos, ou relativamente ás pessoas, em favor de quem e contra quem juram como os conjunctos em intima amizade ou parentesco, os inimigos capitaes, os que podem ter commodo ou interesse nos seus juramentos, como o vendedor na causa do comprador, sendo a demanda sobre a cousa vendida, o cedente na do cessionario, o tutor na do pupillo, o procurador na do cliente, ou em razão da reverencia e obsequio, como os domesticos ou subditos, etc., ou quando, como em causa propria, aindaque com secundario interesse, como nas causas populares que respeitam a cada um ut singuli (de quo specialiter V. Bagn. C. 42), o consocio, quando se trata de cousa commum, etc. Vejam-se Struv. e Mull., Exerc. 28, Thes. 38 e seguintes, Barbos., ad Ord., L. 3, T. 55, Concl. 7, *Primeir. Linh. do Proc. Crim.*, a § 186, Cod. Civ. do imperador José II, a § 151.

§ 14

Quanto ás testemunhas singulares: A singularidade ou é *obstativa*, em que se comprehende a *diversificativa*, ou é *adminiculativa*. A *obstativa* é quando se trata da prova de um acto em especie não reiteravel, e então as testemunhas singulares ainda provam menos do que uma, porque uma debilita o credito da outra, e em consequencia não tem logar o suppletorio. A *adminiculativa* entra quando se trata de provar um acto ou genericamente ou em si reiteravel, como a posse, então jurando uma testemunha que viu lavar, outra semear, outra que viu colher, ou quando se trata de provar confissões repetidas do devedor em diversos tempos e actos. E então póde com esta singularidade cumulativa e adminiculativa ter logar o suppletorio, porque as testemunhas que depõem com esta singularidade constituem semiplena prova ou mais que semiplena, Stryk., d. Disp. 1, C. 4, § 3, Mull., ad Struv., Exerc. 28, pag. 172, Col. 1, et pag. 291. Concordam ao proposito Scop., ad Gratian., Decis. 36, a n. 44, ibi:

«Aut ista testium singularitas est obstativa, vel diversificativa, ubi videlicet testes inter se contraria, seu diversa attestantur, et hoc in casu locum obtinet adnotata: aut est adminiculativa, vel cumulativa, ut quando ex dictis testibus nulla resultat contrarietas, neque factorum diversitas; immo talibus testibus, licet singularibus, coadjuvaretur Actoris intentio, ut si, cum Actor proponeret mutuum de decem, testes deponerent de diversis confessionibus a debitore diversis locis, aut temporibus factis; quia ista singularitas nihil repugnans continet; cum non repugnet, quod de eodem debito debitor plures faciat confessiones, neque ex ea factorum diversitas resultat; nam licet deponant de diversis confessionibus, haud tamen ex hoc sequitur, quod diversa sint debita, cum de uno debito diversæ fieri possint probationes, et hoc casu, quia unus adminiculato alteri deferri potest hujusmodi suppletorium juramentum, immo hoc casu non solum dicti testes ad semiplenam probationem constituendam conjungi possunt, sed etiam et certis casibus ad plenam probationem inducendam, etc.» O mesmo que Scop, provam admiravelmente Cancer. 2, Var., C. 8, n. 35, Angelis, *Confess.*, Limit. 1, a n. 15, conduz Antonell., *de Loc. Legal.*, L. 2, C. 3, a n. 28. Outros casos, em que as tes-

temunhas singulares fazem prova, se podem ver no citado Antodell., em Barbos., ad Ord., L. 3, T. 55, Concl. 3, Fragos., P. 1, L. 5, Disp. 13, § 4.

ARTIGO II

Segunda especie de prova semiplena

§ 15

É feita meia prova por confissão extrajudicial, Ord., L. 3, T. 52, in princ.: «Requiritur tamen (diz Stryk., d. Disp. 1, C. 4, § 8) in illa 1.º, ut fiat Parte absente, et eam non acceptante, quia in absentis favorem semiplene probat, nam si à Parte præsente fuerit acceptata, plene probat. Requiritur, 2.º, ut duobus testibus probetur, nam per unum testem probata, non semiplenam probationem, imo nec indicium effecit. Requiritur, 3.º, ut tendat ad obligandum: Si vero ad aliquid approbandum, plenum præjudicium contententi infert. Requiritur, 4.º, ut ore tenus tantum emanaverit; secus si in scriptis, tunc enim plene probat, quia confessio in scriptura emissa semper loquitur. . . Aliud addidit Berlich., ut scilicet in illa sit causa obligationis denominata: Sed contrarium statuere Roman. . . qui confessionem extrajudicialem siue causa iuramento Suppletorio locum facere asserunt», etc.

Nota. Estas conclusões de Stryk., umas são certas, outras dependem de illustração, outras de censura. É certo que a confissão extrajudicial, absente a parte, para constituir semiple na prova, deve provar-se por duas testemunhas legaes, contestes re, verbis, loco, et tempore, Angel., *de Confess.*, L. 1, Q. 7, Effect. 2, a n. 28, et Limit. 1, a n. 3, Silv., ad Ord., L. 3, T. 52, in pr., n. 7, bem que havendo duas testemunhas a depor de confissão extrajudicial, ellas se presumem contestes e não singulares, aindaque uma não faça menção da outra, e basta que concórdem no substancial da confissão, aindaque discordem no superficial das palavras, Urceol., *de Transact.*, Q. 58, a n. 50. Isto quando se trata da prova de uma só confissão. Tratando-se porém de provar a confissão muitas vezes repetida e assim allegada, já vimos (§ 14) que essa repetida confissão se prova por testemunhas singulares, que deponham de confissões em diversos tempos e logares. Adde Guerreir., Tr. 4, L. 5, C. 3, n. 9 et 10. E muito mais facilmente a confissão de um crédor, que se diz satisfeito da sua divida; porque em fa-

vor da liberação muito favorável, ex L. *Arrianus* 47, ff. de *Oblig. et act.*, essa concessão do crédor se prova por testemunhas singulares, Urceol., supra, a n. 59 e 62, Angelis, de *Confess.*, L. 1, Q. 8, Limit. 8, a n. 1 et 20, Luc., ad *Gratian.*, C. 144, n. 7.

Não faz porém genero algum de prova uma unica testemunha, que deponha de confissão extrajudicial, imo, nem ainda indicio, ou deponha de tal confissão, absente a parte, como alem de Stryk., Conciol. All. 46, n. 21, Angel., de *Confess.*, L. 1, Q. 8, Limit. 1, n. 12, Begnudell., Verb. *Confessio*, n. 19, ou de confissão presente a parte, Luc., ad *Gratian.*, C. 14, n. 13.

Toda a confissão para prejudicar deve ser clara, expressa e insusceptível de duvida, e quando duvidoso se deve interpretar quanto possível for em favor do confitente, Angelis, de *Confess.*, L. 1, Q. 8, a n. 1 e 7, Begnudell., Verb., *Confessio*, a n. 1, Urceol., de *Transact.*, Q. 86, a n. 30, Tondut., Civil., C. 68, n. 18, idem Urceol., Forens., C. 89, n. 16.

Sendo verbal, deve conter causa de obrigação, porque de outro modo fica indiscreta, Angel., supra, Q. 7, Effect. 2, a n. 1, menos que seja, 1.º, feita em instrumento, Bagn., C. 3, n. 106; ou 2.º, geminada; ou 3.º, liberatoria; ou 4.º, *pro residuo* (resto de contas); ou 5.º, em ultima vontade in articulo mortis; ou 6.º, por exoneração de consciencia; ou 7.º, em favor de causa pia, ou de pessoas miseraveis, Angelis, supra, a n. 13; isto da extrajudicial, porque a judicial é obrigatoria sem causa expressa, Angelis, n. 22.

Se o confitente é menor, ou outra pessoa prohibida de contrahir obrigação, não lhe prejudica a confissão, ainda quando provada, Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 3, n. 8, a do marido sobre bens de raiz não prejudica á mulher, Guerreiro, Tr. 2, L. 6, C. 2, a n. 16, etc. Bem como é imprejudicial qualquer confissão extrajudicial, e confidencial feita a um amigo, que trata a composição, Silv., ad Ord., L. 3, T. 52, in pr., n. 69, Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 3, n. 11, Luc., ad *Gratian.*, C. 144, n. 9. Emfim «*experientia rerum magistra sæpe docet, quod plerumque confessiones, præsertim extrajudiciales emittuntur sine aliqua animi deliberatione, scilicet joci aut jactantiæ causa, sive studio bene vel male dicendi, sive ipsius solæ loquacitatis calore. Ita ut in hujusmodi confessionibus sit cum multa circumspectione procedendum, Judicisque arbitrio valde sit deferendum in ponderando facti circumstantias, etc.*». Angelis, de *Confess.*, L. 1, Q. 4, n. 23, Posih., Resol. civil, 52, n. 19, Fontanell., Dec. 258, n. 31. O que talvez advertindo o codigo civil do imperador José II, determinou que «a confissão feita extrajudicialmente por uma parte, não poderá relevar a parte adversa da obrigação de fazer a prova do facto, a menos que a confissão não tenha sido feita pela parte á interrogação, ou sobre a pergunta de algum, que ella sabia ter interesse de conhecer a verdade».

ARTIGO III

Terceira espécie de prova semiplena

§ 16

É feita meia prova (diz a nossa Ord., L. 3, T. 52) «por escriptura privada, justificada por comparação de letras». Esta com effeito é a regra, que com muitos DD. exorna o citado Stryk., Vol. 7, Disp. 1, Cap. 4, § 4. N'esta classe das escripturas particulares se comprehendem os escriptos de obrigações, pactos ou liberações, feitos por pessoas, cujos escriptos não têm força de escriptura publica, como têm os das pessoas relatadas na Ord., L. 3, T. 59, § 15, as cartas missivas, em que alguém se constitue devedor, confessa algum contrato, ou desobriga a seu devedor; livros de rasão de negociantes, artifices, obreiros, tutores e quaesquer pessoas particulares, e geralmente toda a escriptura, que não é escripta por pessoa que tenha auctoridade publica, Moraes, *de Execut.*, L. 4, C. 6, a n. 4, e C. 7, tot., aonde conforme o nosso direito faz a distincção das escripturas publicas e particulares. Conf. Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 3, a n. 34 e 55. E compendiando tudo o exposto Struv., Exerc. 28, Thes. 23, ibi:

«Instrumentum seu scriptura privata triplex statuitur: 1.º, *Chirographum*, sive *idiochirum*, quod hic in genere vocamus litteras de debitis et creditis securitatis causa conscriptas, estque vel obligatorium, ut *chirographum* in specie sic dictum, quo fatetur debitor sibi creditum. *Syngrapha*, quæ inter paciscentes in rei fidem conscribitur: huc etiam pertinet *Antapocha*, qua debitor fatetur se annuas præstationes solvisse, et ita prædium suum esse pensione obnoxium... vel liberatorium, ut *apocha*, qua creditor fatetur debitorem solvisse; 2.º, *Epistola*; 3.º, *Liber*, seu *codex rationum* qui data et accepta continet. Et quidem confectus, vel 1.º, ratione singularis conditionis, et de re singulari, et nobis propria, ut libri rationum societatis, libri Mercatorum, quo etiam pertinent libri censuales dominorum de præstandis rusticis; vel 2.º, ratione administrationis rerum alienarum ut libri Tutorum, Institutorum, Præpositorum, etc.; vel, 3.º, de vulgaribus acceptis, et expensis a quocumque patre-familias consignatis.» Latissime, ex

professo Gen., *de Scriptur. privat.*, Conf. Mello, L. 4, T. 18, §§ 2 e 7. •

§ 17

Devemos considerar as escripturas particulares debaixo de dois pontos de vista, ou emquanto ellas fazem prova em favor de quem as escreve, e possam faze-la; ou emquanto a fazem e possam fazer contra quem as escreve. Quanto á primeira inspecção, é regra geral da L. 7, Cod. *de Probat.*, ibi: «Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque Fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet». Concorda a L. 6, Cod. eod. T., ibi: «Rationes defuncti, quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sæpe rescriptum est. Ejusdem juris est, et si in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi significarit».

§ 18

Esta é a regra, porém temos uma especial limitação d'ella na Ord., L. 4, T. 32, § 2, aonde diz que: «Sendo os amos já fallecidos bastará para prova da paga dos serviços que os creados pedirem a declaração que os ditos seus amos fizerem em seus testamentos ou quaesquer ultimas vontades, ou a relação que n'ellas fizerem a seus livros de rasão, aonde está assentado, sendo os defuntos arcebispos, bispos, etc. Veja-se Silva no seu *Commentario*.

§ 19

Temos outra limitação, quando qualquer, escrevendo em seu favor uma carta, a remette a seu devedor, e este aceitando-a a não protesta. Sobre esta conclusão vejam-se Silva á Ord., L. 4, T. 1, in princ., n. 47, Stryk., Vol. 7, Disp. 1, C. 4, n. 51 e 52, Menoch., *de Præsumpt.*, L. 3, Præs. 65, tot.

§ 20

O costume universal introduziu outra limitação em favor dos mercadores sobre o que escrevem nos seus livros de rasão, com-

tantoque: 1.º, os mercadores sejam fidedignos e publicamente acreditados e bem conceituados; 2.º, os seus livros sejam formados legalmente, e contenham escripturação do que dão e do que recebem; 3.º, sejam escripturados por sua propria mão ou por caixeiros, guarda-livros e institutores que tenham proposto ao negocio debaixo da sua inspecção; 4.º, que tambem sejam escriptos com uma justa ordem sem algum defeito ou vicio, perdendo todo o credito os jornaes ou borrões, os confusos e sem ordem, os suspeitos de falsidade em alguma parte d'elles, os lacerados ou interlineados, as carregações em que se não expressa o dia, o anno, a causa da divida, Stryk., *Us. mod.*, L. 22, T. 4, § 9, e Vol. 7, Disp. 1, C. 4, § 5, Ansaldo., *de Commenc.*, Disc. geral, Mull., ad Struv., Exerc. 28, Thes. 25. Acrescenta Mello Freire, L. 1, T. 8, § 30 outros requisitos, que censurei nas notas a esse §. Outro mais racionavel acrescenta Heinec., Exerc. 15, *de Lubricit. Juris-jur. Supplet.*, § 24, que o mercador seja homem de bem, que não tenha já fallido ou que se não tenha manchado com algum genero de perfidia.

§ 21

O moderno codigo civil do imperador José II, no § 136, diz assim: «Os livros de contas ou registos dos mercadores, devidamente legitimados como taes, debaixo dos quaes se comprehendem tambem os fabricantes, farão uma meia prova, se elles são acompanhados das circumstancias seguintes: 1.º, que os artigos tirados do borrão do jornal sejam transcriptos n'estas contas ou registos de mão propria do mercador ou por um escrevente guarda livros de uma fidelidade experimentada e a isto destinado, e que alem d'isto a mesma parte não seja escripta de diferentes mãos em o mesmo tempo; 2.º, que este registo contenha toda a receita e toda a despesa do mercador; 3.º, que o anno, o dia, a pessoa a quem e por que o credito tem sido feito ahi sejam claramente expressos; 4.º, que os artigos escriptos n'este registo não respeitem mais que o negocio e a conta, sem que ahi sejam inseridos objectos estranhos; 5.º, que o mercador gose de uma reputação inteira, e que não tenha sido já fallido, e que conste claramente que não houve jamais dolo ou fraude da sua parte.

O tambem moderno Cod. da Sardenha, L. 2, T. 16, C. 4, § 1,

quer que os livros de negociantes e mercadores tanto de grosso como de retalho, sejam sellados, rubricados e com encerramento pelo chefe ou por um dos juizes do consulado. No § 5 descreve a fórma das escripturações pelos negociantes de grosso. E quanto aos de retalho requer, no § 6.º, que sejam obrigados a escrever com fidelidade não sómente a especie e a quantidade que vondem, mas ainda as qualidades particulares que podem servir e melhor indicar a bondade e o valor, que se annote o dia, mez e anno da venda, o nome da pessoa a quem as mercadorias têm sido vendidas ou remettidas com o seu preço; exprimindo se elle tem sido convencionado ou não, etc. Mas esses assentos só podem provar a tradição das mercadorias a quem as recebe, e não a fiança, mandato ou ordem de outra pessoa, se *aliunde* se não prova o total mandato, ordem ou fiança, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 126, 127, Gait., *de Credit.*, C. 3. T. 3, n. 97, 98, Gratian., For., C. 727.

§ 22

«Os livros dos obreiros ou artífices (prosegue o mesmo Cod. civil da Allemanha, § 138) farão igualmente uma meia prova, se elles são acompanhados das circumstancias seguintes: 1.º, que o obreiro gose de uma boa reputação, e em consequencia se elle tem sido fallido, que elle seja provado queahi não tem havido, nem dolo nem fraude da sua parte; 2.º, que seu jornal seja formado em regra; 3.º, que todos os seus creditos e as suas dividas ahi sejam exactamente referidas; 4.º, que o anno, o dia, a pessoa que tem ordenado a obra, aquella a quem e por quem, para quem a obra tem sido entregue, ahi sejam distinctamente expressos; 5.º, que os artigos escriptos em o jornal sejam relativos á profissão do artifice e derivem por consequencia de alguma obra feita por elle ou na sua officina, Conf. Heinec., supra, sub § 24.

§ 23

Quanto aos livros dos tutores e administradores sobre o que escrevem em seu favor, o citado Heinec., sub, § 24, com Mascard., *de Probat.*, e Escobar., *de Ratiotin.*, só os faz acreditaveis quanto ás sommas pequenas, em si mesmas verosimeis, despesas mode-

radas em alimentos dos orphãos, etc. Sobre o que se veja *ex professò*, o nosso Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 3, a n. 55, e L. 2, C. 8, Mull., ad Struv., Exerc. 17, sub Thes. 43, pag. 1096.

§ 24

Emfim, quanto aos livros de rasão dos mais particulares, os DD. *commummente* lhe tributam o favor de constituirem uma semiplena prova, concorrendo: 1.º, ser a escripturação em um livro bem organizado que contenha o que o defunto dava e recebia; 2.º, que o defunto escriptor fosse homem de boa fama e opinião em grau preexcellente; 3.º, que morresse antes de principiada a demanda, Mull., ad Struv., supra, Stryk., Vol. 7, Disp. 1, C. 4, n. 37, Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, in princ. a n. 17, ad 21 e ad Ord., L. 4, T. 33, § 2, n. 10, Reinos., Obs. 47, n. 9 et seq., Vell., Dissert. 38, a n. 31, máximè quando concorrem quaesquer presumpções e adminiculos da verdade, Sabell., § *Liber.*, n. 12. Similhantermente, concorrendo os referidos requisitos, constitue semiplena prova a annotação que se acha no livro do defunto, em que declara ter satisfeito alguma divida que devia, Harprectr., Disp. 64, *de Solutione conjecturata*, apn. 233 a 246, Altim., *de Nul. lit.*, Tom. 7, Q. 47, n. 316. Confira-se Escobar., *de Ration.*, C. 10 a n. 61. Aqui deve preponderar muito o arbitrio do julgador, attendendo em todos os referidos casos as circumstancias occorrentes, as presumpções, os adminiculos, etc., como bem e largamente discorre o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 30, a n. 16.

§ 25

Considerados debaixo do segundo ponto de vista (§ 17) os escriptos particulares, elles para prejudicarem ao escriptor ou a seus herdeiros, quando não são confessados e reconhecidos por elles, nem comprovados por testemunhas por algum dos modos que expõe Moraes, *de Execut.*, L. 4, C. 7, a n. 3, Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, in pr., a n. 76, e quando só se trata da comprovação da verdade da letra do escriptor. Esta comprovação ordinariamente se costuma a fazer por um de tres modos, ou por todos juntamente, modos quaes são: 1.º, por simples reconhecimento de algum escrivão ou escrivães; 2.º, por testemunhas que juram re-

conhecer propria do escriptor a letra de que se trata; 3.º, por uma solemne e judicial comparação de letras. Tratarei pois em particular de cada uma d'estas diversas especies de provas.

§ 26

Quanto á primeira, supposto que Moraes, *de Execut.*, L. 4, C. 7, n. 7, no fim diz que: «Hodie passim videmus senatum pro justificatis habere scripturas privatas, quibus tabellionis seu notarii alicujus publici recognitio adjicitur, qua attestetur notam sibi esse litteram illam debitoris; quia vidit eum multoties scribere, nec ultra alia comparatio litterarum desideratur», etc.; comtudo, e com rasão declama contra tal estylo, e taes reconhecimentos, Peg., Tom. 1, For., C. 1, n. 144, e Tom. 6, á Ord., L. 1, T. 78, § 4, n. 8. E na verdade, se uma solemne comparação judicial feita por muitos escrivães, especialmente juramentados, e na presença do magistrado, e com os mais requisitos que logo veremos, só constitue prova semiplena, ex Ord., L. 3, T. 52, como a podem constituir, ainda só semiplena, uns taes arbitrarios reconhecimentos? Como podem os escrivães, sem temeridade, attestar o que não foi feito em sua presença, quando só têm fê no que judicialmente presenciam? Valasc., Cons. 89, n. 1, Cyriac., Controv. 634, n. 22, Mathæus, *de Re Crimin.*, Contr. 76, n. 63. Esta talvez a rasão por que a L. de 20 de junho de 1774, § 33, no seu caso, só manda attender taes reconhecimentos de escriptos particulares no ultimo caso em que os tabelliães, que os reconhecem, attestem que os viram escrever. E portanto, para o fim de que tratámos, eu não julgaria feita semiplena prova só por taes reconhecimentos arbitrarios, sem intervir solemne comprovação.

§ 27

Pelo que respeita á segunda, attento o stricto rigor de direito, o escripto particular negado não póde dizer-se comprovado verdadeiro por testemunhas que jurem ter perfeito conhecimento da letra do escriptor, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 13, Art. 1, a n. 92, Peg. 3, For., C. 36, n. 95.

§ 28

E isto porque, como com muitos DD. adverte o citado Constantin., n. 112 e 113: «Quia testes deponentes habere notam manum ex quo pluries viderunt scribere illum, de cujus manus recognitione agitur, possunt faciliter decipi in recognitione ob similitudinem litterarum, et characterum, quæ possunt facillime adulterari, et quia scribendi forma in eadem persona indies mutatur, cum aliter in adolescentia, aliter in juventute, aliterque in senectute scribatur, uno modo scribat sanus, alio infirmus, vel convalescens, vel convalescere incipiens, diversimode si prius manus scribentis ab aliquo laborioso opere defatigata fuisset, vel quia diversis calamo, et atramento idem scribens utatur... Hinc Judices debent esse cauti, ac valde circumspecti in admittenda hujusmodi recognitione facta per testes habentes notam manum, et si ex eorum depositionibus non habeatur, quod sint valde informati de manu scribentis per eos recognita; et quod pro veritate scripturæ non concurrant aliqua adminicula, quin potius contra eam adsit aliquis odor falsitatis, tunc non attenda tali recognitione, non debent dare executionem hujusmodi scripturæ».

§ 29

Por estylo de alguns tribunaes da Europa, e especialmente da curia romana, basta o reconhecimento de testemunhas para constituir uma semiplena ou mais que semiplena prova, como com muitos DD. diz o citado Constantin., a n. 94, Gratian., For., C. 710, Posth., Civil., Res. 14, Luc., *de Judic.*, Disc. 29, n. 37. Porém, e por uma parte, justamente adverte o mesmo Constantin., n. 102, com outros DD., que: «Conclusio, quod sufficiat recognitio scripturæ privatæ facta per testes dicentes habere notam manum licet non fuerint præsentis confectione scripturæ, procedit in litteris missivis, litteris Cambii, cædulis Mercatorum, et similibus scripturis, quæ solent fieri absente parte, et in quibus non consuevere adhiberi testes; secus in scripturis obligationum, quæ fieri solent præsentis parte; nam in his sibi imputet illi, qui obtinuit obligationem per apocham, aut scripturam privatam, si non curavit illam habere solemnem cum testibus». Concordam Altim.,

ad Rovit., L. 2, Obs. 72, n. 3, et L. 3, Obs. 51, n. 2, Ansaldo., *de Commenc.*, Disc. geral, n. 124, Stryk., Vol. 7, Disp. 1, C. 4, a n. 54, Conf. Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, in pr., n. 80, et L. 4, T. 1, in pr., n. 49.

§ 30

Por outra parte advertem o mesmo Constantin., n. 103, e o Card. de Luc., supra, n. 38, que com esse estylo (§ 29) é preciso que de mais a mais concorram algumas intrinsecas presumpções da verdade dos escriptos, não roborados com testemunhas, e das obrigações conteúdas. Confira-se Posth. *Civil*, Resol. 14, n. 15, adminiculos que o Card. de Luc., commette ao prudente arbitrio do julgador, conjunctos com a tal prova do reconhecimento da letra por testemunhas.

Nota. Se com as testemunhas que reconhecem a letra do escriptor concorrer comparação judicial, n'este caso attestam os nossos Valasc., Cons. 167, n. 14, Moraes, *de Execut.*, L. 4, C. 7, n. 7, Silva, á Ord., L. 3, T. 52, in pr., n. 75, Peg., T. 15, ad Ord., L. 3, T. 25, n. 90, que se faz e perfaz uma prova plena. Eu criticamente (quanto á plenitude da prova) fizera differença entre uma simples subscripção e uma inteira escripturação, de forma que facilmente não admittiria comprovação de uma pequena subscripção negada só pelo simples reconhecimento das testemunhas, e muito menos sendo ellas pessoas idiotas, menos praticas em caracteres de letras, e só admittiria essa especie de comprovação, concorrendo adminiculos urgentes da verdade da subscripção, e isto por ser mais facil o imitar-se uma breve subscripção, que o todo de uma longa escripturação; e ainda assim como adminiculos só admittiria essa prova tratando-se da comprovação de uma carta missiva, ou de qualquer escripto em que *communiter accidentibus* se não costumam convocar testemunhas, ou quando, tendo-se roborado com ellas algum escripto, ellas são mortas, ellas eram fidedignas, e ao mesmo tempo com o reconhecimento da letra ou subscripção do devedor se reconhecem tambem os signaes das testemunhas, e com tudo isto concorrem outros adminiculos da verdade. Quando porém se argue falsidade n'esses escriptos, e d'ella ha algumas presumpções, ou seria mais escrupuloso em admittir taes provas por via de reconhecimentos de letras, e muito mais em causas graves.

§ 31

Pelo que respeita á terceira, isto é, a *comparação de letras*, o commum dos DD. reputa muito fallivel esta prova, já pelas ra-

sões referidas (§ 28), já porque abundam pessoas habéis e faceis em imitar letras, Novell. 73, no Proem., Stryk., Vol. 7, Disp. 1, C. 4, a n. 84, Mell., L. 3, T. 18, § 12, Not., Coccey, *Jus Contror.*, L. 22, T. 3, Q. 9, no principio: «Verum (continua Coccey) observatis legum requisitis, nihil fallaciæ, nihilque periculi amplius subest, unde et in foro frequenter, et cum summa utilitate, quin et necessitate, adhiberi solet».

Nota. Sendo poucas todas as cautelas e poucos todos os requisitos, que logo veremos, introduzidos no direito, não devemos attender Valasco, Cons. 67, n. 45, nem o senador apud Peg. 3, For., C. 36, a n. 109, emquanto dizem que entre nós se não praticam *ad unguem* os requisitos que por direito commun são necessários para uma comparação de letras, poisque pelo contrario todos esses requisitos são precisos; só verificados elles, *nihil periculi amplius subest*, e a nossa Ord. não os dispensa, antes presuppõe necessários, quando a comparação attribue o effeito de fazer prova semiplena.

§ 32

Para que a judicial comparação produza prova semiplena é preciso que n'ella concorram estes requisitos: 1.º, que o juiz antes de a permittir, observe se a tal escriptura se pôde provar de outro modo, que não seja pela comparação, que como remedio subsidiario só é praticavel em total falta de outro; 2.º, que quem requer a comparação jure, que nem por interesse, inimidade ou favor, mas só por falta de outras provas se vê obrigado requêrê-la; 3.º, que de mais a mais (sendo-lhe requerido) jure especialmente de calumnia, e que não ha de obrar que possa mudar a verdade; 4.º, que a comparação se faça por peritos juramentados que promettam, aindaque só por credulidade, dizer a verdade sem causa de lucro, odio ou afeição; 5.º, que a parte seja citada para a comparação; 6.º, que ella se faça perante o juiz, ao menos por dois peritos os mais versados em letras; 7.º, que a comparação se faça com combinação de alguma escriptura ou escripturas indubitaveis da pessoa a que se attribue aquella cujo reconhecimento se trata, ou que exista em archivo publico, ou de que a mesma pessoa tenha usado em juizo e reconhecido por sua propria, ou firmada por tres testemunhas que no mesmo acto jurem ver fazer essa

outra escriptura com que faz a comparação; 8.º, que a escriptura a que se faz a comparação, seja coetanea, e do mesmo tempo da que se pretende comprovar; 9.º, que a escriptura não seja breve como uma subscripção, mas algum tanto longa, em que se possa fazer maior observação. Todos estes requisitos fazem necessarios os DD., com os quaes Coccey, *Jus Controv.*, L. 22, T. 3, Q. 9, Stryk., Vol. 7, Disp. 1, *de Semiplen. probat.*, C. 4, a n. 89, *et de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 1, a n. 69, *et de Cautell. Jurament.*, P. 3, Sect. 3, C. 5, a n. 187, Altim., *ad Rovit.*, L. 3, Obs. 51, a n. 8 ad 19, Cresp., Obs. 17, Begnudell., Verb. *Scriptura*, a n.

Nota. Adverte o citado Stryk., d. Disp. *de Semiplen. probat.*, C. 4, a n. 93, que uma comparação assim feita em carta missiva ou livro de negociante, faz por si só plena prova, e geralmente pelo uso das nações constitue semiplena, Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 5, a n. 189, Cod. do imperador José II, § 157, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 12, § 4.

ARTIGO IV

Quarta especie de prova semiplena

§ 33

A nossa Ord., L. 3, T. 52, não só declara ser feita meia prova por qualquer das tres especies que ficam dilucidadas, mas «por qualquer outro modo, porque segundo direito é feita meia prova», admitindo assim outras especies de prova semiplena. Ora Stryk., d. Disp. 1, C. 4, a n. 77, e depois d'elle Mull., *ad Struv.*, Exerc. 28, thes. 5, pag. 172, col. 1, dizem ao proposito, ut ibi: «Fama consentiens sola nec in civilibus nec in criminalibus id operatur, ut Judice quid sibi sequendum liquere exinde possit; sed alias adjuvat probationes. Unde *consentiens* dicitur, si scilicet fama cum aliis indiciis consentiat; tunc rei, de qua agitur fidem confirmat. Non tamen nisi semiplene... Tunc demum fama semiplene probat. (1) Si fama sit constans solida, inconcussa, excellens, non vaga, non levis, non contraria. (2) Si ortum habeat a probis honestis, non malevolis personis; nec ab iis, in quos exinde commodum redundaret; aliás nihil probat. (3) Si fama duobus fidei integræ testibus sit probata. (4) Si fama fuerit orta ante litem motam,

etc.» Confira-se o mesmo Mull., Exerc. 28, Thes. 14, aonde para se julgar provada a fama ainda estofa mais os requisitos. Sobre todos Escobar., *de Purit. et Nobil. Prob.*, P. 1, Q. 40, e § 4. Conf. Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 360, n. 9. O mais seguro, segundo a judiciosa opinião de Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 4, sub n. 161, é não deferir o suppletorio, quando não ha no processo outra prova mais que a simples fama sem outros adminiculos.

ARTIGO V

Quinta especie de prova semiplena

§ 34

«Semiplenæ probationis speciem (diz Stryk., supra, C. 4 a 95,) inducunt præsumptiones. . . Præsumptio Legis facit plenam probationem, præsumptio hominis semiplenam; quia ex variis hominum motibus nascitur, et fallax esse potest: sed hæc cum grano salis intelligenda sunt. Nam hæc vera sunt intelligendo præsumptionem Legis efficacem, et præsumptionem hominis vehementem. Extra hunc vero respectu hæc non procedunt. Levior enim præsumptio juris vix probationem parit semiplenam, et multo minus præsumptio hominis qualiscumque. Itaque, quæ præsumptiones, et quomodo semiplenæ probent paucis declarabo.

«Præsumptiones in *Juris et de Jure, Legis et hominis* dividuntur. Præsumptiones juris et de jure hic excluduntur, utpote quæ probationem probatissimam inducunt. Præsumptiones *Juris* quod attinet, considerandum, an illæ sint tales, ut eas lex, si contrarium non probetur, pro veritate habeat; an vero eas leves judicet, et tantum pro adminiculo probationis reputet. Priori consideratione præsumptiones Legis claram et evidentem probationem gignunt, quod vero interdum juramentum Suppletorium habeant comitem, fit ob maiorem cautellam, et firmitatem, alias ipse stant solidæ et inconcussæ. Posteriori vero respectu præsumptiones juris ob tenuitatem suam semiplenam veritatis demonstrationem operantur, ita ut Suppletorium recipiant juramentum.

«Præsumptiones tandem hominis præcipue semiplenam probationem constituunt. Illarum enim unicam, si sit vehemens, et alio

munita adminiculo semiplene probare tradit... Si illæ vero non sint vehementes, quamvis singulæ non faciant semiplenam probationem, plures tamen conjunctæ illam facere, et juramento suppleri possunt. Ex his vero præsumptionibus tum demum semiplena resultat probatio, quando plene sunt probatæ, hoc est per duos testes.»

§ 35

Concordam communmente os DD., que havendo presumpções e conjecturas urgentes, que unidas possam constituir uma semiplena prova, ou sejam presumpções de lei (o que se não duvida), ou do homem, póde deferir-se o suppletorio. Assim Stryk., *de Cautell. Jurament.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, n. 105 et 345, Cyriac., *Contr.* 546, n. 3, Silva, *ad Ord.*, L. 3, T. 52, in pr., n. 10, Barbosa., no *Tract. de Probat. per jurament.*, n. 71 et 72, Berlich., P. 1, Conclus. 54, n. 91, Guerra, á *Ord.*, pag. 74, n. 6, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1096, col. 2 (aonde commette ao prudente arbitrio do julgador a força probativa das conjecturas), Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 4, n. 153, Leiser., *ad Pand.*, Tom. 3, Specim. 141, Medit. 1, ibi:

«Jusjurandum Suppletorium ei, qui probationes nullas, sed præsumptiones tantum pro se adfert, imponi posse certum est et ab omnibus fere conceditur. Limitat tamen communem hanc doctrinam Mevius, P. 5, Dec. 281, putatque ob præsumptiones quidem juris, sed non hominis, jusjurandum Suppletorium decerni posse. At quid opus est novas limitationes, quas jura ignorant, et quibus carere possumus excogitare! Gregorius IX, Pontifex in C. 36, § 1, *de Jurejurand.*, præsumptione pro Actore faciente, Judici permittit, inspectis personarum, et causæ circumstantiis Actori jusjurandum deferre. Nihil ibi de discrimine inter præsumptiones juris, et hominis habetur. Res libero Judicis arbitrio relinquitur. Cur igitur nos illud constringimus? Sæpe præsumptiones hominis fortiores sunt longe præsumptionibus juris, et Judicem efficacius persuadent, quod infinitis exemplis ostendi poterit. Præstat itaque remota ista distinctiuncula, potestatem Magistratibus in jure datam intactam servari, et licentiam decernendi jusjurandum Suppletorium ex quibuslibet præsumptionibus illibatam manere. Nos certe ad illam Mevii opinionem nos alligari non patimur; ve-

rum ubicumque id æquum et justum videtur, jurejurando Suppletorio locum facimus, tametsi præsumptio tantum hominis adsit.

Nota. A presumpção legal é aquella, que é unida por uma lei especial a certos actos ou factos, código civil dos francezes, Art. 1350. De outro modo Coccey, *Jus Controv.*, L. 22, T. 3, Q. 40, define: «Præsumptio juris est quæ fundatur in aliqua regula juris». De outro modo Struv., Exerc. 28: «Præsumptio juris qua a lege ex probabilibus rationibus civilibus circa negotium aliquid inducitur: ac ita inductum itidem pro vero habetur usque dum probationibus vel præsumptionibus legitime elidatur». De outro modo o Repertor., debaixo da conclusão: *Presumpção de serem verdadeiros*, etc., ut ibi. «Præsumptio juris est quando in re dubia jus aliquid præsumit, nihil tamen desuper constituit quod pro jure habeatur.»

Das presumpções do direito, ou do que o direito presume em certos casos, fizeram largos tratados Alciat. e Menoch. Algumas presumpções frequentes recopilou Mull., ad Struv., Exerc. 28, Thes. 18.

A presumpção *juris et de jure* é aquella em que a lei, ou em pena ou por utilidade publica presume, e ao mesmo tempo ha por verdadeiro o que assim presume, sem admittir prova em contrario, Coccey, supra, Struv., Thes. 19, Repertor., supra, y *Præsumptio juris*, como entre nós os casos da Ord., L. 1, T. 60, § 3, T. 88, § 30, L. 4, T. 12 e 14, § 1, T. 66 e 67, § 8, L. 5, T. 52, § 40, T. 48, § 2, L. 4, T. 88, § 14, e T. 81, § 2, e L. 2, T. 27, § 3, etc.

A presumpção do homem, diz Coccey, supra, que se dá «quando Judex ex negotii circumstantiis aliquid præsumit». Concorde Struv., Thes. 17. O mesmo repertorio a define: «Est quidam conceptus, causatus in mente ex aliqua probabili conjectura», etc. Entre estas presumpções ha differença, em que a presumpção *juris et de jure* não admittre prova em contrario, a menos que não seja por uma confissão da parte, ou evidencia notoria, Guerreir., Tr. 1, L. 1, C. 4, n. 18, et L. 2, C. 11, a n. 63, Struv., Exerc. 28, Thes. 19, Silva, ad Ord., L. 3, T. 66, in pr., a n. 15. Só a presumpção, que é propriamente *juris*, apoiada em alguma lei, é a que transfere no adversario a obrigação de provar uma verdade contraria, e não a presumpção do homem, Coccey, supra. E as presumpções, que não são estabelecidas por lei, são abandonadas ás luzes e á prudencia do magistrado, que não admittre presumpções, que não sejam graves, precisas e concordantes, código civil dos francezes, Art. 1353. Só quando as presumpções do homem são tão fortes que constituam plena prova, é que transferem no contendor a obrigação de provar o contrario, Coccey, supra, e então entram as regras de quibus Barbosa et Tabor., *Thesaur. Locor. Commun.*, L. 14, C. 103, Axiom. 10 e seg.: «Præsumptio specialis potentior est generali; præsumptio sumpta a facto potentior est illa, quæ sumitur a non fa-

cto; *præsumptio negativa fortior est affirmativa*; *præsumptio illa potentior, quæ juri communi inhæret*; *præsumptio naturalis potentior est accidental*; *præsumptio illa judicatur potentior, quæ benignior*; *præsumptio illa validior, quæ verisimilitudinem magis convenit*; *præsumptio una cedit pluribus, etc.*

CAPITULO II

REQUISITO II

Ut ille cui defertur juramentum veritatem sciat probabiliter
per sensum corporeum

§ 36

«E se o auctor (diz a nossa Ord.) não é sabedor da cousa, nem tem justa rasão de a saber, não lhe será dado juramento, mas será o réu absoluto.» Esta é a regra, que exorna Silva no seu commentario, n. 32, Conf. Scop., ad Gratian., Dec. 36, n. 24, e com Mascardo, Costa e Conciol. avança Bagn., C. 34, n. 390, a dizer que «*Juramentum Suppletorium non defertur, nisi ei, qui per corporis sensum veram negotii scienciam habet.*» Conf. Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, sub § 37, e *de Cautel. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, a n. 162.

§ 37

D'aqui se infere: 1.º, que como por via de regra todo o herdeiros e presume ignorante dos factos e contratos do defunto, não se lhe defere suppletorio, Silva, n. 34, Peg., Tom. 7, ad Ord., pag. 395, Col. 1, *γ. Tertium.*, Scop., supra, n. 37. Se porém o herdeiro ou é filho ou mulher, ou outra pessoa que tivesse familiar habitação com o defunto, e se mostrar verosimilmente informado dos negocios d'elle, n'estes casos póde deferir-se-lhe o suppletorio, como a contrario sensu se deduz da citada Ord., e L. 3, T. 59, §§ 6 e 7; e assim n'estes casos o concedem Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 13, n. 18, Barbos., ad Ord., L. 3, T. 52, § 2, n. 2, Berlich., P. 1, Concl. 55, n. 11, França, ad Mend., Arest. 28, n. 5, Luc., *de Credit.*, Disc. 148, n. 9, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1097, Col. 2.

§ 38

Inferre-se, 2.º, que se não defere esse juramento àquella que, não tendo sciencia dos negocios pelos sentidos corporeos, só pôde jurar de credulidade, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 37; et *Jur. Sens.*, in Proem., n. 33, et Vol. 7, Disp. 1, C. 5, § 4, a n. 23, Heinec., Exerc. 15, de *Lubricit. Jurisjur. Supplet.*, § 25, limitando o mesmo Stryk., *Us. mod.*, supra, § 37, só o caso em que tendo-se mandado deferir o suppletorio ao defunto, elle se offercesse a jurar e morresse antes de jurar. Conf. Berlich., P. 1, Concl. 55, n. 37.

§ 39

Em contrario, que se possa admittir juramento suppletorio de credulidade, contendem Samuel de Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 44, ibi:

(1.º) «Quia communi praxi ita receptum est, ut super facto alieno etiam de credulitate jurari possit, Carpzov... Et ideo (2.º) Juramenta de credulitate in foro introducta sunt, ut si factum alienum semiplene probatum sit, reliquum suppletur per hoc juramentum. Idque (3.º) communiter testantur DD... Atque hinc (4.º) hæredes Mercatoris defuncti libros juramento credulitatis confirmare, et sic ejus fidem supplere posse, communis praxis docet Brunem.» etc. E aindaque lembra alguns DD. da opinião contraria, não cede da sua, e com ella conclue, ut ibi: «Verum his non obstantibus firma manet nostra Sententia: Postquam enim juramenta credulitatis in foro obtinere, nulla ratio appareat, cur in *judiciali* tantum jurare de credulitate liceat; et cur in *necessario* quoque ita jurans fidem facere sua credulitate, ac inditia pro eo militantis supplere non possit, etc.»

Leyser., *ad Pand.*, Specim., 141, Medit. 6, ibi:

«Quæstio frequens est in foro, an jusjurandum Suppletorium de credulitate decerni possit? Hic iterum Judici libertatem arbitrandi adimunt DD.: Aliique enim cum Brunnem., in *Process. Civil.*, C. 23, n. 25, et Stryk., *ad Brunnem.*, *Jus Eccles.*, L. 3, C. 5, § 5, nullum plane jusjurandum Suppletorium de credulitate agnoscunt; sed doctrinam eorum, qui id concedunt, periculosam, et veritati juris non consonam dicunt. Alii cum Lauterbach., de *Juram.*, § 6,

n. 94, et Martin., in *Process.*, T. 30, n. 103, admittunt quidem de credulitate suppletorie juraturum, sed tantum in paucissimis illis causis, in quibus testes super credulitate admittuntur, puta in probatione æstatis et similibus (de quibus vid. Barbosa, ad Ord., L. 3, T. 55, Concl. 5) non aliis.

«At leges nostræ quum jusjurandum Suppletorium decernendum est, non varias interpretum opiniones sed personarum, et causæ circumstantias inspicere jubent, C. 36, § 1, *de Jurejur.*, Hæc verò sæpe tales sunt, ut jusjurandum Suppletorium de credulitate justissime in quocumque negotio locum inveniat, Carpzov... Et sic nos sæpe respondimus. Quin aliquando longius etiam progressi sumus, et jusjurandum Suppletorium de credulitate decrevimus, tametsi aliter meliorem rei notitiam haberet, ac de veritate jurare paratus esset.»

Nota. O mesmo Stryk., no *Tratado de Cautell. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, a n. 209, reassumiu uma mais fundamental discussão d'esta questão. Ahi referindo os DD. e fundamentos de ambas as opiniões, insiste na primeira (de qua supra, § 38), assentando que «potius abstrahendum a tali juramento præsertim in causis pecuniariis alicujus momenti: Siquidem egregie monuit Juris Consultus Besold... quod hoc juramentum hodie non adeo frequens esse debeat, cum refrigescat charitas, et religio, e contrario avaritia, amorque numi crescat, ita ut non tanto anceps causa juramento litigatoris committi possit: (Confira-se o § 5) quæ sententia etiam fuit. Camill. Borrel., adeoque conscientie suæ Judex optime consulat in eo casu, ubi Actor intentionem suam semiplene probavit, et tamen certam scientiam negotii non habet, Reum absolvendo ab instituta actione.» Sim refere aqui Stryk. estatutos de algumas nações, em que se admite o suppletorio de credulidade; porém o citado Heinec., § 25, declama, que esses costumes são exorbitantes, que não devem temerariamente imitar-se, e que são como fabulas contadas aos surdos. Sobre tudo isto João Sam. Stryk. (benemerito filho do pae), no Vol. 11, Disp. de causis juramentum suppletorium respicientibus, § 11, seguindo as opiniões de seu pae, só admite juramento de credulidade, ou quando nem auctor, nem réu têm verdadeira noticia da cousa disputada por sentidos corporeos, ou quando de uma ou outra parte são herdeiros, sem que um tenha mais razão da sciencia, que o outro; porque só n'estes casos subsidiariamente, e por ultimo remedio (diz elle) se póde deferir tal juramento. N'esta variedade o mais seguro é seguir a letra da nossa Ord. (§ 36), sem admitir tal juramento de credulidade.

CAPITULO III

REQUISITO III

Ut idem sit vir integræ exploratæque fidei

§ 40

«Nem será dado tal juramento (diz a nossa Ord.) em caso algum ao auctor, postoque faça meia prova, quando elle for pessoa torpe e vil; porque não é justo que por juramento de tal pessoa haja algum de ser condemnado. E bem assim não será dado tal juramento ao réu sendo pessoa vil, aindaque houvesse feito meia prova sobre alguma excepção por elle allegada que lhe fosse recebida; porém em cada um d'estes casos para mór abastança será dado juramento á parte contraria, e segundo o seu juramento assim será julgado.» Qual seja a pessoa torpe e vil, recebe illustração da Ord., L. 4, T. 90, § 1, ibi: «Infame de infamia de direito ou defeito, assim como se fosse reputado entre os bons por vil e torpe, e de maus costumes, por ser bebado, taful ou de outra similhante torpeza.»

§ 41

É bem evidente que estas Ord. não fallam da villeza das pessoas, como pela commum reputação n'este reino são vis os porteiros, quadrilheiros, carniceros, moleiros e similhantes, mas falla da villeza da pessoa pela depravação de seus costumes, de forma que se mesmo um homem nobre for de costumes depravados, este mesmo comprehende a nossa lei para se lhe não dever deferir o juramento: «Quum enim vir iurijurando non jusjurandum viro conciliat fidem. Quis quæso ausit ejus religione rem committere, cui nulla est religio, nullus pudor, nullum generoso incoctum pectus honesto?» Heinec., d. Exerc., § 26.

§ 42

Muitos DD., sem fazerem esta differença, repelliram de jurar suppletoriamente, e atando como em um fasciculo qualquer pessoa que não seja legal, maior de toda a excepção, como o judeu,

o bastardo, a mulher, o rustico, o não fidedigno, o perjuro, o usurario, o homicida, o infame notado com infamia qualquer que seja de direito, etc., Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, in pr., n. 27, Berlich., P. 1, Concl. 54, a n. 67, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1079 e 1098, Barbos., ad Ord., L. 3, T. 52, § 2, n. 3.

§ 43

Porém, conforme a referida distincção (§ 41) melhor discorreu Heinec., d. Exerc., § 26, aonde habilita para este juramento mais a um judeu que tem virtudes moraes, que a um christão destituído d'ellas. Mais habilita a um espurio virtuoso, que a um legitimo com vida libertina, concluindo que «In omnibus his, similibusque potius ad animi indolem vitamque anteactam, quam ad religionem fortunamque respiciendum esse, vel Papirio justo (in L. 3, § 2, ff. de Decurion.) Magistro discere poterant DD., si vel maxime experientiae rationem nullam voluissent habere», etc. Conf. Stryk., Vol. 11, Disp. 29, §§ 8, 9 e 10.

Nota. Essas infamias do direito romano não estão hoje em uso, a menos que o infame não fosse incurso n'essa pena por sentença, nem hoje são infames os porteiros, os esbirros, carniceiros, capadores. Veja-se Mello, L. 2, T. 13, § fin., o Cod. da Toscana, § 57. Bem que a nossa Ord., L. 1, T. 48, § 25, L. 4, T. 102, § 1, L. 1, T. 24, L. 4, T. 90, § 1, parece que seguiu as infamias do direito romano, não só se não deve confundir a infamia *cum levis notæ macula*, Boehmer., ad Jus ff., L. 3, T. 2, § 10 (aonde declara qual uma qual outra); mas hoje «Cum infamæ famæ, et existimationis nostræ imminutionem contineat, existimatio autem secundum callistratum sit dignitatis inlæsæ status legibus, ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur, L. 3, § 1, ff. de Extraord. Cogn., apparet exinde, legibus et moribus conditionem aliquam, aut certum vitæ genus pro turpi reputari posse, quod in se nihil turpitudinis continet; pariterque, quod olim turpe reputatum contraria lege, vel consuetudine ab infamæ macula liberari posse. Quapropter, in æstimanda negotii macula aut turpitudine ad mores Provinciarum præcipue recurrendum, et exinde infamia dijudicanda», Stryk., *Us. mod.*, L. 3, T. 2, § 1, Conf., Addit. ad Ferrar., Verbo *Infamia*, n. 1, V. Oter., de *Offic. Reip.*, C. 3, a n. 38.

§ 44

Em summa, o que se requer n'aquelle que ha de jurar suppletoriamente, é que seja pessoa legal de inteira fé e credito, e de que se possa fazer conceito, que só jurará a verdade, Stryk., *de Cautel. juram.*, C. 6, P. 3, Sect. 3, n. 156, Pereira, *de Revis.*, C. 8, n. 15, Card. de Luc., *de Credit.*, in Summ., sub n. 37, aonde diz que «non omnis, qui illud juramentum offerat, admittendus est, sed solum qui alterius perjurii, vel infamiæ, seu malæ vitæ suspicionem non patiundo, ita integer probabiliter reputetur, ut pejerandi suspicio absit, quod etiam ex controversæ materiæ, maiori, vel minori importantia, seu gravitate determinationem recipit», etc.

§ 45

Não se deve olhar ser varão ou femêa o que ha de jurar suppletoriamente. Porque supposto alguns DD. olharam as mulheres como um sexo avaro, com facilidade de jurarem falso, inferindo que na controversia entre varão e femêa se deve deferir o juramento áquelle e não a esta, comtudo essa opinião é reprovada com bellas razões por Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 3, Sect. 3, a n. 42. Nem tão pouco, só porque umas testemunhas juram que tal rendeiro, negociante, etc., tem exigido d'ellas ou de outros o que lhe não deviam, fica por isso maculado o seu credito, aliundè provado, para deixar de jurar suppletoriamente, como se vê julgado em França, ad Mend., Arest. 74, n. 1, digno de ser visto.

Nota. E hoje maxima recebida, que um homem não deve ser julgado culpavel antes que a sua sentença seja pronunciada, e as leis não podem priva-lo da sua protecção até que se tenha provado que elle tem violado as leis, Introduc. ao Cod. da Russ., § 184, ainda mesmo que esteja preso, Mello, L. 5, T. 17, § 4, n. 7. Portanto e para repellir a qualquer de jurar suppletoriamente, não basta uma infamia vaga, v. g., de jurar falso ou ser falsario, emquanto como tal não for condemnado por sentença, assim como não basta para ser reprovado de testemunha, Ord., L. 3, T. 58, §. V. Oter., *de Official.*, C. 3, sub n. 38. Nem pôde imputar-se a alguém o crime de que já foi absoluto por sentença, L. 1, Cod., *de Sentent. pass. et restitut.*

§ 46

Que o inimigo capital não póde ser admittido a jurar suppletoriamente na causa que move contra o inimigo, o comprova com alguns DD. Cyriac., Contr. 37, n. 47 e 52, bem como o inimigo capital não jura in litem contra o inimigo, Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, sub n. 126, porque, sendo só habil para jurar suppletoriamente aquelle que não poderia ser repulsado de jurar na causa como testemunha, Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, n. 129, Mull., ad Struv., Exerc. 17, thes. 43, pag. 1097, Col. 2, segue-se que, assim como o inimigo capital é repellido de jurar contra o inimigo em qualidade de testemunha, Ord., L. 3, T. 56, § 7, da mesma fórma não póde como parte com seu juramento complementar a prova que lhe falta. E com razão, porque o inimigo sempre se presume que machina com injustiça todo o mal possivel a seu inimigo, Barbos. et Tabor., L. 9, C. 78, Ax. 2 et 11.

Nota. Supposto que Silv., a Ord., L. 3, T. 52, no princ. n. 27, admitte com alguns DD. as pessoas suspeitas de perjurio a jurarem suppletoriamente, quando ha prova mais que semiplena (como nos casos acima referidos, § 9); comtudo é um erro que não se deve seguir, porque a Ord., d. Tit. 52, não admitte taes pessoas a jurarem suppletoriamente, aindaque façam meia prova, porque (diz a lei) não é justo que por juramento de tal pessoa haja algum de ser condemnado. Ora se a tal pessoa tem prova mais que semiplena a seu favor, mas não perfeitamente plena, seria preciso suplementa-la com o juramento, e então por este contra a razão da lei, em falta de prova plena, viria a ser condemnado o adversario. Nem Heineccio nem os dois Strykios, nos logares citados, admittiram o juramento a taes pessoas, aindaque provem a sua intenção mais que semi-plenamente. Ou pois ha prova plena, e não é necessario tal juramento, ou ha a mais que semi-plena, mas não plena, e é necessario algum suplemento, e então o juramento de taes pessoas não póde vir supprir a falta, porque não é justo, como diz a lei, que por juramento de tal pessoa haja algum de ser condemnado. A regra pois «actore non probante, etc.» aqui deve entrar. Confirm-se aqui as razões prenotadas nos §§ 5.º e 6.º

CAPITULO IV

REQUISITO IV

Ut causa non sit ardua, vel criminalis, sed modica et civilis

§ 47

«E isto ha logar (diz a Ord., L. 3, T. 52, princ., e § 4) assim nos feitos civeis como nos crimes civilmente intentados. . . Porém declarámos que se a quantidade sobre que é a contenda fosse grande, ou a cousa fosse de grande valia, não ha logar esta lei, nem o juramento de que falla, porque então, não provando o auctor cumpridamente sua intenção, ou o réu sua excepção, não haverá vencimento. E pôde-se dizer quantidade, ou cousa grande ou pequena, por respeito das pessoas litigantes, que taes pessoas podem ser, que um marco de prata será grande quantia, e taes, que cem cruzados seria pequena.» Como porém ha causas em que se não admitte este juramento, por mais modica que seja, a respeito dos litigantes, a somma ou cousa disputada, outras graves em si mesmas relativamente ás pessoas litigantes, outras criminaes civilmente intentadas, tratarei de cada uma d'ellas em separados artigos.

ARTIGO I

Causas em que, aindaque modicas, se não admitte este juramento

§ 48

Não se defere, 1.º, nas causas em que ha provisão com dispensa da Ord., L. 3, T. 59, para se provar o contrato pela prova do direito commum, França, *ad Mend.*, Art. 34, n. 7, Peg., Tom. 7, ad Ord., pag. 595, Col. 4, §. *Primum*. E isto, ou porque toda a dispensa é por natureza stricta e inampliavel, Peg., Tom. 2, ad Ord., pag. 39, n. 93, Barbos., Vot. 58, ou porque a lei requer escriptura para prova (aindaque dispensada). E aonde a lei exige escriptura ou prova equivalente a ella, não tem logar o tal juramento, Stryk., Vol. 14, Disp. 29, § 37. Veja-se mais fundamentalmente a minha analyse da Ord., L. 3, T. 59, na Dissert. V d'este supplemento.

§ 49

Não se defere, 2.º, no caso da Ord., L. 3, T. 25, quando o réu não prova seus embargos perfeitamente nos dez dias, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 2, n. 29, pois regra geral é: «Non admittitur Suppletorium, quando leges exigunt plenam, et apertissimam probationem», Stryk., supra, § 38, Berlich., P. 1, Conclus. 54, n. 31. E vista a dita Ord., ella requer nos dez dias uma prova perfeita, ut ibi: E não provando perfeitamente nos dez dias os embargos, etc., Adde Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1099, Col. 2, in med.

§ 50

Não se defere, 3.º, para prova de compensação, porque, como só se pôde oppor compensação de quantia liquida, a divida que depende de suppletorio não é liquida, Stryk., supra, § 40, Berlich., n. 33, Heinec., d. Exerc. 15, § 27 (sed declara, ut infra §).

§ 51

Não se defere, 4.º, sobre a quantidade da divida senão quando ella está plenamente provada quanto á substancia, pois aindaque «juramento creditoris statur quoad quantitatem, quando debiti substantia probatur», Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 52, n. 27, Cyriac., Controv. 347, n. 18, Gratian., For., Cap. 144, n. 45. E aindaque se defira sobre a quantidade do emprestimo, quando as testemunhas o juram, mas não certificam a quantidade, Silv., ad Ord., L. 3, T. 52, in. pr., n. 39, Cancer. 2, *Var.*, Cap. 8, ex n. 19, Card. de Luc. nos logares citados no § seguinte, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1098, Col. 2, bem como para prova do salario, ex Zacch., *de Salar.*, Q. 100, a n. 57.

§ 52

Comtudo, para se deferir sobre a quantidade é necessario que a substancia da divida se prove perfeitamente, Plot., *de Jurament.*, § 36, n. 9, Cost., *de Remed. Subsidiar.*, Remed. 97, n. 8, Scop., *ad Gratian.*, Observ. 36, a n. 30, ibi: «Rursus ad effectum hujusmodi requiri erudimur, quod disceptatio, sive controversia super debiti substantia non versatur, sed super quantitate,

alioquin secus, cum quantitatis probatio inanis sit, substantia litigite et sufficienter non probata. Solum enim datur hujusmodi juramentum circa quantitatis probationem, quando prius de debiti substantia constaret, non autem secus.» N'este sentido falla o Cod. Civ. do imperador José II, no § 230, quando diz: «Aquelle que tiver provado validamente a sua pretensão, mas não tiver produzido provas sufficientes para fazer constar da importancia, será no caso de não poder fazer estas provas, attendida a natureza e circumstancias do negocio, será admittido a provar por um juramento a quantidade do que lhe compete.» Concorde o Cod. Civ. dos francezes, Art. 1366.

Nota. Assim o suppõe claramente o Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 80, n. 14, quando diz: «Admittitur circa summam, vel quantitatem probata substantia, etc.» Et Disc. 128, n. 8, ibi: «Probata substantia, etc.» Et Disc. 148, n. 9, ibi: «Circa hujusmodi accidentalem probationem quantitatis, ubi certa probatio generis vel substantiæ accedat, etc.» Et de Judic., Disc. 25, n. 10, ibi: «Quoties substantia perfecte probata sit, etc.» Conf. Gratian., For., C. 144, n. 45, Barbos., in *Cas-tig.*, ad Ord., L. 4, T. 1, n. 1: «Quia quantitas, sicut qualitas facilius probatur, quam substantia», ut apposite Ridolfin., in *Prax.*, P. 2, C. 4, n. 155 e 156. Conf. Leyser., *ad Pand.*, Specim. 141, Medit. 8, Corol. 4, ibi: «Cum de debito ipso certo constat, atque saltem de quantitate debiti dubitatur, ad hanc investigandam creditori jusjurandum Suppletorium semper fere deferimus», etc.

§ 53

Não se defere, 5.º, no caso que figura Cancer., 2, *Var.*, C. 8, a n. 19; isto é, quando, v. g., o A. pede uma divida, o R. lhe confessa parte, o A. não prova especificamente que a divida pedida seja maior que a confessada pelo R., porque n'este caso, aindaque o A. prove uma divida na substancia, como esta prova póde verificar-se na parte confessada pelo R., não provando o A. claramente que a divida exceda a parte confessada, não se lhe defere suppletorio sobre a pretendida maioria. Conf. Plot., *de Juram. in Lit.*, pag. (mihi) 189 e 190, Luc., *ad Gratian.*, C. 143, n. 3, e assim se vê julgado em Franç., *ad Mend.*, Art. 74. É semelhante o caso que decide Berlich., P. 4, Concl. 37, n. 10 e 11, aonde *vice versa*, se um crédor pede uma divida, o R. diz que lhe pa-

gára inteiramente, o crédor confessa que sim pagára o devedor, mas não o todo da divida; n'este caso demonstra Berlich. com varios fundamentos, e refere julgado, que confessando o crédor receber a divida, mas não toda, fica onerado de provar que só recebeu parte e não toda, aliás deve o R. ser absoluto.

§ 54

Não se defere, 6.º, ao fiador, que repetindo do devedor a divida, que diz pagou por elle ao credor só prova semi-plenamente essa solução, Cap. 2, *de Fidejuss.*, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1100, Col. 1, Hering. *de Fidejussor.*, C. 20, § 1, a n. 63, Berlich., P. 1, Concl. 54, n. 39, Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 4, sub n. 161. Se bem que o mesmo Hering., a n. 65, deixa ao arbitrio prudente do julgador deferir este juramento ao fiador, conforme as occorrentes circumstancias.

§ 55

Não se defere, 7.º, quando se trata da prova da ingratidão, ou seja pelo doador contra o donatario, ou seja pelo herdeiro instituido, quando trata de justificar contra o filho desherdado a causa da desherdação, Mull., *ad Struv.*, supra, pag. 1099, Col. 2, in fin., Berlich. supra, n. 35, Barbos. *ad Ord.*, L. 3, T. 52 in pr., n. 16, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, § 21, Ridolfin., supra.

§ 56

Não se defere, 8.º, quando se trata da prova da lesão., Mull., supra, Berlich., n. 92, Stryk., § 25, Heinec., Exerc. 15, § 27, Silv., *ad Ord.*, L. 3, T. 52, in pr., n. 36, Romaguer., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 13, n. 30. Porém quando se trata da prova da lesão para o fim de conceder ao menor a restituição *in integrum*, diz Peg., T. 11, á *Ord.*, C. 255, n. 6, que se póde deferir este juramento.

§ 57

Não se defere, 9.º, quando se trata da prova de interesses, Manuel Barbosa, á *Ord.*, L. 3, T. 52, in pr., n. 17, Pedro Barbosa no *Trat. á L. 2*, P. 1, n. 52, ff. *Solut. matr.*, Valasc., Cons. 107, n. 8, Gam., Dec. 110, n. 16, Moraes, *de Exec.*, L. 2, C. 12, sub n. 70,

Gall., *de Fruct.*, Disp. 25, Art. 2, n. 51. Em contrario estão com outros DD. Guerra, á Ord., pag. 73, n. 2 e 4, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1098, Col. 2. Por uma e outra opinião refere muitos DD. Berlich., P. 1, Concl. 54, a n. 60 e 61, aonde segue a segunda.

Nota. N'esta variedade adverte o mesmo Guerra, que antes que o juiz defira o suppletorio sobre a quantidade do interesse (cuja substancia sempre se deve suppor provada perfeitamente, ut § 52) deve taxar a mesma quantidade por um prudente e racional arbitrio, que o jurante não possa exceder. Isto é o que geralmente decidiu o Cod. Civ. do imperador José II, no § 234, tratando do juramento sobre a quantidade, ut ibi: «Mas o juiz deverá sempre na sentença moderar o montante da pretensão em rasão de equidade, depois de ter maduramente pesado todas as circumstancias e tomando sempre n'este caso um maior respeito em favor da parte adversa. Concorde o Cod. Civ. dos francezes, Art. 1396, ibi: «O juramento sobre o valor da cousa demandada não póde ser deferido pelo juiz ao auctor, senão quando é de outra parte impossivel de provar por outro modo este valor. O juiz deve mesmo n'este caso determinar a somma até á concorrência da qual o auctor será crido sobre seu juramento. E assim, havendo de seguir-se a segunda das ditas opiniões, deve necessariamente intervir primeiro esta taxa de interesses, regulada por um prudente arbitrio do julgador, e dentro da qual se deva o auctor limitar a jurar o seu interesse.»

§ 58

Não se defere, 10.º, quando se trata da prova da prescripção, Stryk., supra, § 22, Berlich., n. 42, Barbosa, n. 18, Muller, supra, pag. 1100, Col. 2, Heinec., Exerc. 15, § 27, Bagn., C. 31, n. 389, Barbos., in C. 2, n. 26, *de Probat.*

§ 59

Não se defere, 11.º, quando se trata da prova de doação. Mull., ad Struv., supra, pag. 100, Col. 2.

§ 60

Não se defere, 12.º, para supprir a prova do dolo, quando este se allega, Barbosa, ad Ord., L. 3, T. 52, n. 30, Mull., ad Struv.,

supra, pag. 1100, Col. 2, ★. *Neque defertur urbi dolus*, Berlich., n. 51.

§ 61

Não se defere, 13.º, quando se trata da prova de algum erro de escrivão, que commettesse no instrumento, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, no fim, Stryk., supra, n. 30, Berlich., n. 52, Cyriac., Contr. 37, n. 54, Heinec., § 28, Ridolfin., in *Prax.*, P. 2, C. 4, sub n. 161.

§ 62

Não se defere, 14.º, aquelle que por ira ou paixão rasga ou queima o escripto de divida, e depois a pede em juizo, porque supposto não perde o direito de a exigir, sempre comtudo fica gravado provar a divida com provas manifestissimas, Stryk., supra, § 31, Barbosa, n. 35, Stryk., de *Caut. juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, n. 160, Berlich, P. 1, Concl. 54, n. 36, Ridolfin., sub d. n. 161.

§ 63

Não se defere, 15.º, quando se trata de impugnar e rescindir a sentença, porque em contrario do julgado se requerem provas plenas, Berlich., P. 1, Concl. 54, n. 38, Barbosa, supra, n. 25, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1100, Col. 1, Heinec., supra, § 29, Ridolfin., sub n. 161, Pereir., de *Revision.*, C. 83, n. 32.

§ 64

Não se defere, 16.º, quando se trata da prova do impedimento, pelo qual a appellação se não proseguiu no termo legal, Mull., supra, pag. 1100, Barbosa, n. 24, Berlich., a n. 32. O mesmo quando se trata da prova do impedimento em comparecer em juizo ao tempo aprasado, Berlich., n. 56, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, § 39.

§ 65

Não se defere, 17.º, sobre a prova do dominio, Berlich., P. 1, Concl. 54, n. 63, Barbosa, supra, n. 22 e 63, Bagn., C. 14, n. 585, Cyriac., Contr. 571, n. 21, Mascard., de *Probat.*, Concl. 537, n. 3, Ridolfin., in *Prax.*, P. 2, C. 4, sub n. 161.

§ 66

Não se defere, 18.º, (turmatim) quando se trata de materia usuraria, causa fiscal, excepção de excommunhão, prova do costume, prova *ad perpetuam rei memoriam*, recusação de juiz, prova de ultimas vontades, prova de ameaças contra o juiz em syndicancia, Barbosa, supra, n. 12, 13, 15, 19, 21, 23, 27, 29, 31 e 33, Berlich., n. 25, 54, 56 e 64 (quanto á prova da recusação de juizes, adde Guerr., *de Recusat.*, L. 6, C. 17, n. 23, Cabed., P. 1, Dec. 45, Pereir., *de Revis.*, C. 8, n. 17), Stryk., d. Disp. 29, § 17 e 29, Ridolfin., sub n. 161.

§ 67

Não se defere, 19.º, quando qualquer propõe em juízo acção como cessionario de divida, e trata de provar por testemunhas a cessão (na quantia e casos que permite a Ord., L. 3, T. 59), porque deve prova-la plenamente, e não é admittido a suppletorio, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1100, Col. 1, Fabr., in Cod., L. 4, T. 29, Def. 13, Berlich., supra, a n. 44, Olea, *de Cess. jur.*, T. 1, Q. 5, n. 11, Heinec., d. Exerc. 15, § 27, Stryk., d. Disp. 29, § 35.

§ 68

Não se defere, 20.º, aquelle que, podendo provar a sua intenção por muitas testemunhas, a provou por poucas, e apenas semi-plenamente, Berlich. n. 66, Stryk. § 12, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 42, Silv., ad Ord., L. 3, T. 52, in pr., n. 37, Barbosa in Tract. *de Probation. per juram.*, n. 66, aonde dá em rasão «nam tunc insurgit suspicio contra eum, qui uno tantum teste probavit, etc.», Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, n. 159, Scop., *ad Gratian.*, Observ. 36, n. 8, Ridolfin., in *Prax.*, P. 2, C. 4, sub n. 161, * Sexto.

§ 69

Não se defere, 21.º, nos casos em que por lei se requer numero certo de testemunhas, como na doação causa mortis, no testamento, na nomeação de praso, etc., Berlich., n. 54, Fabr., in Cod., L. 4, T. 1, Def. 44, Not. 16, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, § 36, Ridolfin., supra, sub n. 161.

Outros mais casos cumularam Serafin., *de Privil. Jurament.*, Privil. 33, Thusc., Concl. 140, Berlich., d. Concl. 54, Barbosa, á Ord., L. 3, T. 52, Constit. do Bisp. do Porto, no *Regimento do auditorio ecclesiastico*, § 7, n. 3, aonde podem ver-se. Basta-me referir os expostos, que são os mais frequentes.

ARTIGO II

Causas graves e arduas em que se não defere este juramento

§ 70

Regra geral: «Istud juramentum tantummodo locum habet in causis civilibus modicis, Cyriac., Contr. 37, n. 49, et Contr. 562, n. 20, et Contr. 617, n. 22, Cancer., *Var.*, P. 2, C. 8, n. 4, Cresp., *de Valdaur.*, Obs. 23, n. 217, Conciol., *Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 13, n. 17, Cardoso, Verb. *Juramentum* 14, non vero locum habet juramentum suppletorium in causis magni valoris; in istis namque, si actor plene intentionem suam non probaverit, obtinere non potest, Ord., L. 3, T. 52, in fin., pr., Barbosa, in C. 2, n. 44, *de Probat.*, Menoch., *de Arbitr.*, L. 2, Cas. 464, n. 4, Cardoso, q. n. 14, Mend., *in Prax.*, P. 2, L. 3, C. 12, n. 35. Neque etiam juramentum Suppletorium habet locum in causis civilibus arduis, gravibus, et magni momenti, Pinel., in L. 1, P. 3, n. 50, *†. Ego veriore*, Cod. *de Bon. mat.*, Menoch., *de Arbitr.*, L. 2, Cas. 190, n. 17, Conciol., supra, n. 13, Romaguer, ibidem, n. 27, Cardoso, d. n. 14, Mantic., Decis. 6, n. 11, etc. Ita Bagn., C. 67, n. 135. Conf. Ridolfin, *in Prax.*, P. 2, C. 4, n. 150».

§ 71

Deixado o muito que a este respeito discorreram os DD. sobre quaes são as causas graves em si mesmas, como se pôde ver em Boehmer., *ad Pand.*, Tom. 2, Exerc. 36, *De causis arduis, et maioribus*, C. 1, a § 12. Elle, desde o § 14, vem a especialisar que as causas graves se devem estimar «ex conditione personæ, ejusque statu, ex facultatibus, et bonorum copia, vel defectu, ex loco, ex affectione particulari, ex damno irreparabili, ex ratione conscientiæ». E acrescenta, desde o § 15, que circumstancias occorrentes, as quaes não podem dinumerar-se, e por isso devem ficar ao arbitrio do juiz, constituem ardua e grave a causa, mas

especialissimamente o são as circumstancias, as matrimoniaes, as famosas, em que se trata da fama e da honra, as ecclesiasticas, as feudaes, as fiscaes, as em que se trata *de universa substantia*, as difficeis e intrincadas. Ao nosso proposito, Stryk., Vol. 7, Disp. 1, C. 5, a n. 32, discorre, ut ibi:

«Quædam enim causæ privilegiatam hanc probationem respuunt, et ordinariam probationem desiderant. Sic in criminalibus semiplena probatio hoc effectu, ut accedente juramento pro plena reputetur, rejicitur, nullaque esse censetur... Sic quoque in matrimonialibus semiplena probatio exulat... Præterea in causis famosis, ubi condemnatus evadit infamis semiplena probatio rejicitur. Hinc in talibus causis nunquam ad juramentum necessarium, existente licet semiplena probatione devenitur. Imo in omnibus actionibus civilibus, quæ sunt arduæ, licet semiplene probetur, juramentum suppletorium cessat. Sunt vero causæ arduæ civiles, pecuniariæ graves, beneficiales, feudales, causa status, nimirum, an quis sit filius, causæ exheredationis, aliæque plures à Judice tales æstimatæ.

§ 72

O mesmo Boehmer., no C. 2, § 13, Stryk. (filho), d. Disp. 29, a § 13, connumeram entre as causas graves e arduas: 1.º, todas as criminaes em que se trata da vida, honra, ou fama; 2.º, as famosas em que sendo condemnado o réu fica notado de infamia; 3.º, as matrimoniaes; 4.º, as feudaes; 5.º, as em que se trata do estado das pessoas; 6.º, as em que se disputa a maior parte dos bens de algum litigante; 7.º, as de grande momento. Em todos estes casos não admittem juramento suppletorio. Concordam Heinec., d. Exerc. 15, § 27, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1098 e 1099, aonde em compendio prova e illustra o exposto para melhor intelligencia da nossa ordenação.

Nota. Exceptuadas assim as causas, em si mesmas arduas e graves, que especialisam os citados DD., resta quanto ás mais em que se trata de bens ou dividas indagar quaes sejam as grandes ou de grande valia, em que a nossa ordenação não admitte o suppletorio. A mesma Ord., no § 1, diz, que se póde dizer quantidade, ou cousa grande on

pequena por respeito das pessoas litigantes, que taes pessoas podem ser, que um marco de prata seria grande quantia, e taes, que cem cruzados seria pequena. Esta ordenação, que deixou ao arbitrio do julgador regular a grandeza ou pequenez da quantidade, ainda nos deixou na incerteza, se a grandeza ou pequenez se ha de respeitar e regular com relação ao auctor ou ao réu, ou vice-versa, e como sendo um e outro iguaes nas fortunas se ha de olhar a quantidade com respeito á opulencia de um auctor que pede a divida a um pobre, ou se com respeito tambem á pobreza do réu para se dizer a respeito d'elle grande uma divida ou somma que a respeito de outro opulente seria modica. Tal exposição não encontro nos nossos reinicolas.

Sim, vejo Scop., *ad Gratian.*, Decis. 36, n. 28, dizendo: «Quæ parva vel magna dicatur causa remittendum est Judicis arbitrio... Contingere potest causam inter magnos viros et divites agitari, et tunc causa ducatorum centum modica diceretur, sicuti et converso inter pauperes causa unius bovis, vel suis magna arbitraretur», etc. E assim suppõe os termos de ser a causa, ou entre ricos ou entre pobres. O grande Boehmer., na d. Exerc. 36, *De causis arduis*, C. 1, § 15, tratando ex professo a materia, tambem nos não tira a duvida, porque deixa a decisão ao arbitrio do juiz: «Qui inprimis ad præjudicium imminens, quod pro circumstantiarum varietate suos habet gradus, respicere debet», Berlich., P. 1, Concl. 54, passa com a regra: «Quæ sint causæ magnæ, et quæ parvæ, seu modicæ, hoc communiter DD. secundum qualitatem personarum Judicis arbitrio relinquunt». Esta mesma regra firmam os nossos Barbosa, *de Probat. per juramentum*, n. 63, Silva, á Ord., L. 3, T. 52, § 1, n. 2. Em Peg., T. 7, ad Ord., pag. 595, vemos que n'esse tempo se arbitrou ser grande a quantidade de 750.000 réis entre pessoas opulentas. Nada tira a duvida que fica occulta na lei. *Quid ergo dicendum?* Eu olhando correlativos o auctor e o réu, e que em juizo não deve haver accepção de pessoas, diria com o citado Scopa, que a ordenação suppoz o caso de ser a demanda, ou entre dois ricos, aindaque algum tanto desiguaes em riquezas, ou entre dois pobres, mais ou menos desiguaes em bens, de fôrma que se ha dizer a quantidade ou cousa grande ou pequena por respeito das pessoas litigantes (isto é, de ambos e não de um d'elles), que taes podem ser que um marco de prata seria grande quantia, e taes (no plural) que cem cruzados seria pequena. Mas ainda vejo Leyser., *ad Pand.*, Spec. 141, Med. 3, propondo: *Quid sit causa ardua?* e dizendo: «Communiter eam definiunt DD. in qua de magna pecuniæ summa, aut re magni pretii litigatur. Sed rectius Nevius, *de Juram.*, P. 3, C. 11, § 13. Quæ (inquit) ardua hujusmodi et gravis causa sit iudex ex qualitate, et conditione litigantium, item loci, aut temporis arbitritur». E figurando ahi Leyser. a hypothese de um opulento litigando com pobre, assentou que uma somma grande a respeito do opu-

lento não era causa ardua, aindaque o fosse a respeito do pobre, e com prova semiplena deferiu julgando o suppletorio ao opulento contra o pobre. Tu vero cogita.

§ 73

Limitam commummente os DD. a regra geral, dizendo que em todas estas qualidades de causas graves e arduas, se pôde deferir o suppletorio, quando a prova é maior que semiplena (como as que vimos no § 9). Assim Berlich., P. 1, Concl. 54, n. 10, 16, 27, 30, 41, n. 97, Cyriac., Controv. 37, n. 49, Stryk., *de Cautell. jurament.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, n. 382, e Vol. 7, Disp. 1, C. 5, n. 40, Cancer. 2, *Var.*, C. 8, n. 7, Luc., ad Gratian., C. 144, n. 3, Vinn., *Select.*, L. 1, C. 44, in fin., Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 13, n. 14, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 36, C. 2, § 13, Sabell., § *Juramentum*, n. 6, Ridolfin, *in Prax.*, P. 2, C. 4, n. 151.

§ 74

Porém, apesar d'esta torrente de tantos e tão graves DD., eu noto em contrario a nossa Ord., L. 3, T. 52, no principio, declarando «que se a quantidade sobre que é a contenda fosse grande, ou a cousa fosse de grande valia, não ha logar esta lei, nem o juramento de que falla, porque então, não provando o auctor compridamente a sua tenção, ou o réu a sua excepção, não haverá vencimento». O que reflectindo Barbosa no seu commentario, rompeu n'esta illação: «Ex his verbis colligitur, quod plusquam semiplene probaverit, non sit deferendum juramentum in supplementum probationis; cui enim aliquid deest, non dicitur perfectum; et ideo videtur exclusa doctorum resolutio asserentium sufficere, si ultra semiplenam probationem adesset aliqua præsumptio». Concordam os DD. citados no § 70, *. «Non vero locum habet, etc.» São aqui congruentes as rasões da nota ao § 46, e se confirma, porque quando a lei em algum caso exige plena e perfeita prova, como a citada lei nas causas graves, não se admitte o suppletorio, Berlich., *supra*, n. 31, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, § 38, Heinec., d. Exerc. 13, § 27, *. *Potius*. Conf., Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 2, n. 29.

Nota. O nosso Barbosa, *de Probation. per jurament.*, n. 67 e 72, que seguiu Silva, á Ord., L. 3, T. 52, in princ., n. 23 e 24, interpretando a dita Ord. conforme o erro do seu tempo, disseram que «licet verba nostri textus prima facie videantur repugnare; tamen intelligenda sunt secundum jus commune, ut perfecte dicatur probatum, quando plusquam semiplene probatum sit». Porém uma tal interpretação é hoje reprovada pela lei de 18 de agosto de 1769. Por outra parte, se o que dizem estes reinicolas se fundasse em alguma lei romana, quem nos certifica que o nosso legislador se não quizesse apartar d'essa lei? Mas que lei será ella? Só na glossa teve origem o suppletorio (§§ 1 até 4); e a glossa é ella lei? Tem ella mais auctoridade que aquella que antes da lei de 18 de agosto lhe dava a Ord., L. 3, T. 64? Bem que a glossa, prova ella tal proposição? Temos lei clara a mandar que se a quantidade for grande, não ha logar o juramento, porque então não provando o auctor cumpridamente a sua tenção, ou o réu a sua excepção, não haverá vencimento; e que diremos lembrando-nos do odioso de tal juramento ex. §§ 5 e 6? Mais deve o magistrado propender para o não deferir, que para o deferir.

CAPITULO V

REQUISITO V

*Ut semiplena probatio præsumptione quadam dilui,
aut elevari non possit*

§ 75

Este é um necessario presupposto da nossa lei, emquanto exige uma illesa semiplena prova; esta é a regra geral que «ad hoc ut valide ad hujusmodi juramenti delationem deveniri possit, requiritur, quod talis semiplena probatio per contrarias probationes in aliquo elisa non sit», Scop., ad Gratian., Dec. 36, n. 26. Conf. Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1096, Col. 2, ibi: «Quando contra semiplenam probationem aliquæ probationes, vel præsumptiones juris, vel hominis illam elidentes, et extenuantes superveniant, et militant, juramentum Suppletorium deferendum non est», Fabr., in Cod., L. 4, T. 1, Def. 44, Berlich., P. 1, Concl. 54, n. 50, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, § 36, Ridolfin., in *Prax.*, P. 2, C. 4, n. 158, sendo principio geral que: «Modicus defectus impedit semiplenam probationem, imo etiam præsumptio levissi-

ma», Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, in pr., n. 53, *Cancer. 2, Var., C. 8, n. 29.*

§ 76

Por exemplo: 1.º «Si probes per unum testem, et Adversario probet contrarium per alium. Licet tuus testis sit fide dignior, et legalior, non tamen tibi deferitur juramentum in probationis supplementum... Nam licet perfecta probatio per aliam contrariam non elidatur; sed stetur pleniori, et magis verisimili; tamen imperfecta per aliam etiam imperfectam eliditur», Barbosa, *de Probat. per jurament.*, n. 69, 70 e 71.

§ 77

Por exemplo: 2.º quando se trata de rescindir alguma sentença, e quando se argue erro ou falsidades a algum instrumento publico, porque contra o impugnante resulta a presumpção de direito, que aliás assiste á justiça da sentença, á fé e á verdade do instrumento publico, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, § 27, Heinec., Exerc. 15, § 27, Menoch., *de Præsumpt.*, L. 1, Q. 83, a n. 2.

§ 78

Por exemplo: 3.º Reivindica um negociante um fardo assignado com a sua marca, que em uma opinião faz urgente presumpção do seu dominio, Bagn., C. 14, a n. 578, e melhor os adicionadores de Bolan., *de Commerc. terrestr.*, L. 1, C. 7, a n. 10; prova o réu por uma testemunha ser seu o fardo. N'este caso diz Mull, ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1096, Col. 2, que se não defere o suppletorio ao réu, aindaque a sua testemunha faz semiplena prova, porque (diz elle) esta se illide com a contraria presumpção que induz a marca. Porém eu pelo contrario; porque a marca na melhor opinião só produz presumpção urgente, ou uma semiplena prova, que se illide com outra contraria (§ 75). Se pois o negociante que reivindica o fardo como seu, não tem em seu favor outra prova mais que a semiplena, que lhe produz a sua marca no fardo, fica certo que a testemunha legal do réu, e que prova ser d'elle o fardo, illide aquella presumpção. Pelo contrario: se um diz e prova por uma testemunha legal ser seu o fardo, e como auctor o pretende reivindicar; mas o outro prova o

contrario semiplenamente pela impressão da sua marca em tempo habil sem outra presumpção de furto. Esta prova illide a contraria. A mesma censura tem Menoch., L. 1, Præsumpt. 83, sub n. 5, que sem critica seguiu Muller.

§ 79

Por exemplo: 4.º Se o escripto da divida se acha em poder do devedor, que nem era domestico do crédor nem ha presumpção de que o subtrahira, sendo o devedor homem veridico, concorre n'este caso em favor d'elle uma urgente presumpção de que pagou a divida ao crédor, Harprectr., Disp. 64, *de Solutione conjecturata*, a n. 166, Stryk., *Us. mod.*, L. 46, T. 3, § 5, Struv., Exerc. 47, Thes. 76; e presupposta esta urgente presumpção capaz de illidir a prova da divida, admittem os DD. o juramento suppletorio ao devedor, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, § 31, Menoch., supra, n. 5.

Nota. O mesmo procede, quando em favor do réu se verificam algumas outras urgentes conjecturas de solução, que largamente expoz o citado Harprectr. e outros, pois ellas illidem qualquer semiplena prova da divida, para em falta da plena se não dever deferir o juramento ao auctor, mas antes ao réu, nos termos que declaram *Altim. de Nullit.*, T. 7, Q. 47, n. 327, Nigr. Cyriac., Contr. 516, n. 6.

§ 80

Por exemplo: 5.º Como a favor do herdeiro que no tempo legal fez inventario, assiste a presumpção juridica que a herança só se compõe dos bens n'elle descriptos, e que nenhuns omittiu na sua descripção, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 16, n. 31, Bagn., C. 66, n. . . ; não se defere o suppletorio contra o herdeiro na acção de sonogados, como se vê julgado em Peg., T. 7, á Ord., L. 1, T. 87, § 9, n. 13; ou seja porque assistido o herdeiro d'aquella presumpção, ou seja porque o que accusa os sonogados juraria um facto de que não tinha perfeita sciencia.

§ 81

Por exemplo: 6.º Se se arguem defeitos graves ás testemunhas, poisque não sendo bastantes muitas illegaes para consti-

tuir uma prova semiplena, conforme a opinião de Cancer. 2, *Var.*, C. 8, n. 30 et 31, *Silv.*, à *Ord.*, L. 3, T. 52, in pr., n. 3 (bem que o contrario, e que muitas defectuosas constituem prova semiplena, *Mull.*, ad *Struv.*, Exerc. 17, *Thes.* 42, no fim); os defeitos opostos a essas testemunhas as illidem, para nem ainda unidas constituirem semiplena prova.

§ 82

Por exemplo, 7.º, e geralmente: «Huic juramento locus non est si id, quod juramento probandum est, non sit verisimile; si v. g. testis unus deponat de eo quod plane insolitum, et contra naturam actum est: tunc enim insurgit contra ipsum mala quædam præsumptio, quæ facit, ut ad juramentum hoc non admittatur». *Stryk.*, Vol. 11, Disp. 29, § 33, *Heinec.*, d. Exerc. 15, sub § 28, ibi: «Ex quo sequitur omnino, ut in Supplementum non juretur, si quis vel denique contra verisimilitudinem probare velit», etc., *Berlich*, P. 1, *Concl.* 54, n. 73, ibi: «Quadragesimo septimo non defertur, quando illud, quod quis vult jurare non est verisimile; puta si unus testis deponit remotum à solito, vel natura actus; et sic deponit aliquid non verisimile», etc. E isto, porque o que é inverosimil tem imagem de falsidade, e as testemunhas que depõem um inverosimil, têm pelo menos contra si uma presumpção de falsas, *Barbos.*, et *Tabor.*, L. 19, C. 12, Ax. 5, *Silv.*, ad *Ord.*, L. 3, T. 52, in pr., n. 57, *Peg.*, Tom. 9, ad *Ord.*, L. 2, T. 53, in *Rubr.*, n. 430, *Barbos.*, ad *Ord.*, L. 3, T. 52, in pr., sub n. 38.

CAPITULO VI

REQUISITO VI

Ut iuramentum illud petatur antequam sit
in causa conclusam

§ 83

«Se o auctor (diz a nossa *Ord.*) fez meia prova da sua acção, ou o réu da sua excepção, o julgador, *sendo requerido*, lhe dará o juramento em ajuda da sua prova.» Concorda o *Cod. Civ.*

do imperador José II, § 226. Parece que a nossa Ord. n'esta parte seguiu a opinião de Bartholo, como adverte Silv., *ibidem*, n. 33, aindaque no n. 34 diz que se subentende requerido pela clausula salutar: Peto jus et justitiam ministrari, Conf. Barbos., *ibidem*, n. 2 et 3, Pereir., *de Revis.*, C. 83, n. 34.

§ 84

Se porém attendemos á pratica universal «non tamen præci-sæ, et absolutæ necessitatis hæc ipsa petitio est, siquidem ipse Judex parte etiam non petente, ex necessitate legis ad impositionem hujus juramenti obligatur, ubi causa aliter quam ex juramento decidi non potest», Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, a n. 22, Heinec., *supra*, § 29, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 42, Barbosa, á mesma Ord., n. 2, Scop., *ad Gratiation.*, Dec. 36, n. 36. Bem que Anton. Fabr., in Cod., L. 4, T. 4, Def. 8, se levanta contra esta opinião, dizendo: «Sive reo, sive actori, qui suam intentionem semiplene tantum probavit, jusjurandum, quod suppletivum vocant, nonnisi petenti deferendum est. Nec sufficiet, quod jus, et justitiam, ut ex vulgari advocatorum stylo fit, sibi ministrari petierit. Nam sicuti non facile quisquam credendus est jurare velle; ita nec ad jurandum à Judice invitandus est, propter periculum perjurii juretur. Solo enim officio Judicis defertur, et quidem ei, cujus intentio jam satis aliunde probata est; quique jusjurandum non tam petere debeat, quam accipere.» Opinião mais conforme á nossa Ord.

§ 85

Se se seguir esta opinião, como mais conforme com a nossa lei e com a moderna legislação da Austria (§ 38), póde comtudo ser requerido o suppletorio na allegação final, Cancr. 2, *Var.*, C. 8, n. 40, ou ainda quando a causa está conclusa, ou ainda na instancia da appellação, Heinec., d. Exerc. 15, § 29, Ridolfin., in *Prax.* 2, C. 4, a n. 146, Scop., *supra*, n. 35, Cancr., n. 36, Stryk., n. 37. E ainda mesmo se póde pedir em grau de revista; mas só no caso de se ter pedido e negado nas instancias inferiores, Per., *de Revision.*, C. 83, a n. 34.

CAPITULO VII

Em collisão das provas a qual dos litigantes se deva deferir o suppletorio

§ 86

A nossa Ord. tanto permite deferir-se ao auctor que semiplenamente provou a sua intenção, como ao réu que semiplenamente provou a sua excepção. O commentador Silv. no n. 40 e 41 nos quiz satisfazer só com esta regra. Quando o auctor tem a seu favor uma prova e o réu outra, então o juramento suppletorio se deve deferir ao réu, e não ao auctor, porque o juiz deve propender mais para a absolvição, e porque não provando o auctor, deve o réu ser absoluto. Conf. Scop., *ad Gratian.*, Dec. 36, a n. 37, Barbosa, á mesma Ord., n. 36. Porém outros DD. melhor distinguiram variedade de casos, como Struv., Exerc. 17, Thes. 43, ibi:

«Et quidem, si uterque et actor et reus semiplene probaverint, illi defert judex, pro quo maior est præsumptio veritatis, aut etiam qui hoc in genere validius probaverit.»

Ainda melhor Muller, ao mesmo Struv., ibi:

«In rerum circumstantiis Judex ponderare debet quisnam graviores, et meliorem semiplenam probationem, et maiorem veritatis, et victoriæ præsumptionem pro se habeat; tunc illi iuramentum Suppletorium deferendum, sive actor, sive reus sit. Quando pares sunt utrinque probationes, v. gr., si utrinque unus testis omni exceptione maior esset productus; tunc judex ex personæ qualitate, et legalitate, vel aliis circumstantiis æstimare debet in quam partem inclinare velit. Si paritas in omnibus inveniatur, id cognitioni Judicis relinquendum. Rectius tamen fecisse videbitur, si reo potius quam actori consulendum, etc. Conf. Berlich., P. 1, Conclus. 53, a n. 19.»

Ex professo Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, a n. 252:

«Ex hactenus prolatis sequitur, quod Judex in eo casu, ubi actor intentionem suam plene probavit; reus vero exceptionem oppositam vix semiplene probavit; ipsi iuramentum Suppletorium su-

per exceptione opposita deferre, et actoris plenam probationem præterire nequeat. Siquidem fortior probatio, secundum communem DD. opinionem debiliorem tollit, adeoque si actor plenè probavit; reus vero semiplene, ipse reus nihil probasse præsumitur, sed ejus semiplena probatio per plenam actoris absumitur, evertitur, et tota extinguitur. Et quamvis aliqui DD. distinguant inter reprobationem rei, num ea probationi actoris directo contraria deprehendatur; an vero diversa saltem sit, compatibilis, veluti, si actor quidem creditum plene probaverit per duos testes, reus vero exceptionem solutionis saltem per unum; atque in hoc posteriori casu defendere velint, quod reus omnino admittendus sit ad juramentum Suppletorium, quo casu tamen requirunt, ut probatio sit perfecte semiplena, quæ non ex solis conjecturis elicitur, vel etiam contraria probatione eliditur. Sed priorem negativam tanquam veriore rationibus, et auctoritatibus propugnavit Berlich., P. 1, Concl. 53, a n. 28.»

O citado Berlich., a n. 25, figura a mesma hypothese, quando o auctor prova a sua divida por duas testemunhas, e o réu prova a solução d'ella por uma só testemunha. N'este caso refere duas opiniões; uma, que ao réu pelo seu favor se deve deferir o suppletorio sobre a solução; outra negativa, e esta é a que o mesmo Berlich. segue e defende com muitos fundamentos até o n. 32. Se porém a solução se provar com urgentes presumpções, por mais que a verdade da divida se prove, deve o réu jurar suppletoriamente a solução (§ 79, nota).

§ 87

O mesmo Berlich., o melhor de todos, que trataram a materia d'este capitulo, e em que os mais beberam, elle distingue e decide estes sete casos:

1.º Quando o A. ou o R., um d'elles, provou semiplenamente, e o outro nada, defere-se o juramento ao que provou, e é obrigado recebe-lo, por mais que depois do termo probatorio, querendo deixar de jurar, se offereça a produzir outras provas, ut n. 16.

§ 88

2.º Se o A. sim provou semiplenamente, mas não tem sciencia do negocio por sentidos corporeos, então, aindaque com al-

guns DD. denega este juramento, e com outros o concede, com-tudo veja-se o acima exposto desde o § 36; mas advirta-se, que quanto aos factos domesticos se presume sciencia dos familiares, Barbosa, *Thesaur. Loc. Comm.*, L. 17, C. 13, ax. 8. E se attendemos a Stryk., *de Cautell. Juram.*, supra, n. 358, elle diz que «si neuter certam scientiam habet, tunc super credulitate ei deferendum est hoc juramentum, qui graviorem veritatis, et honestatis præsumptionem pro se habet». Carpzov., P. 1, C. 23, Def. 8, n. 2.»

§ 89

3.º Quando tanto o A. como o R. provam cada um semiplenamente a sua intenção, e as provas de um é outro estão em equilibrio, então diz Berlich., a n. 19, que se deve attender a qualidade e dignidade das pessoas; de fórma que se uma for mais legal, mais honesta, mais rica, mais nobre, etc., e a outra for pessoa pobre, abjecta, plebea, mal conceituada, se deve deferir o suppletorio á pessoa mais legal, honesta, etc.

§ 90

4.º Se o A. e R. estão em igualdade de provas e qualidades pessoas, diz Berlich, n. 20 e 21, que se deve deferir o suppletorio áquelle que for varão e não á femea; porque (diz elle n. 20 e 21), o sexo feminino é mais vario, inconstante, mais avaro e co-biçoso de dinheiro por natureza. Porém contra esta opinião se levantou Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 6, n. 42 e 43, deixando ao prudente arbitrio do julgador: «Siquidem etiam honestæ foeminæ conscientia sæpius viri scurrilis protervitati præva-lebit». Na mesma censura de Berlich. incorreu Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1097, Col. 1, que tambem em igual paridade de provas e legalidade de pessoas, sendo a controversia entre homem e mulher, se mostrou desaffeçoado á mulher negando-lhe o suppletorio.

§ 91

5.º Se o A. e R. estão iguaes em provas, dignidade, sexo e outras qualidades; aqui refere Berlich. a n. 22, tres opiniões; uma, que este é o caso, em que havendo tal paridade se defere o suppletorio ao réu; outra que n'este caso, independente de ju-

ramento, deve o réu ser absoluto; outra, e de muito menos DD. (e que eu reprovo), que n'este caso póde o juiz gratificar qualquer dos litigantes deferindo o juramento a um ou outro.

§ 92

6.º Este é aquelle mesmo, que seguindo Berlich. expoz Stryk., já transcripto, debaixo do § 86. Finalmente desde o n. 33 figura o caso de estarem os litigantes em igual parallelo; mas a prova semiplena do auctor illidida com presumpções contrarias, n'este caso conclue que a nenhum se defere o suppletorio, e deve o réu ser absoluto. E aindaque no n. 35 diz que o réu n'este caso deve pelo menos receber o juramento *purgatorio*; comtudo este juramento não está em uso antes abrogado na Austria pelo Cod. Civ., § 226, na Italia, Card. de Luc., *de Judic.*, in Summ., sub n. 79, na França pelo Cod. Civ., § 1367, no fim, e n'este reino, Mello Freire, Liv. 4, T. 19, § 4.

CAPITULO VIII

Pratica na declaração d'este juramento

§ 93

Muitos julgadores, sentenciando a final, condemnam ao réu ou o absolvem debaixo da condição de um ou outro jurarem suppletoriamente. Esta pratica sim póde sustentar-se nas doutrinas de Cancr. 2, *Var.*, C. 8, n. 37; a mesma pratica suppõe Silva á Ord., L. no nosso T., n. 45, e ao L. 3, T. 66, § 4, n. 4, e a segue o Cod. Civ. de José II, § 237; porém a fundo ella é duvidosa, attendidas as rasões de Fabr., in Cod., L. 4, T. 1, Def. 1, nas notas n. 10, que segue Van. Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 3, T. 7, C. 8, n. 23. É mais conforme á rasão e ao direito a pratica de se mandar por sentença interlocutoria, que antes da definitiva jurem suppletoriamente o A. ou o R. Muito mais porque o adversario póde oppor embargos (que a praxe admite) a essa interlocutoria, mostrando n'elles que se não deve deferir o juramento por qualquer das rasões que tenho ponderado n'este tratado.

§ 94

Porém a primeira opinião tem claro fundamento na Ord., L. 3, T. 66, § 4, ut ibi: «E não se deve dar sentença condicional, salvo se a condição logo fosse cumprida; assim como se o julgador condemnasse o R. no que o auctor jurasse que lhe era devido, porque em tal caso poderá dar a dita sentença condicional». E seguida esta praxe, aindaque a parte da sentença assim condemnatoria appelle, a appellação não suspende a delação do juramento, Cancer., supra, Begnudell., Verb. *Juramentum*, n. 81, sem que deferindo-se elle se commetta attentado, Lancelott., de *Attentat. appellat. pendent.*, P. 2, Limit. 45 e 43, a n. 13, mas deixada a appellação se póde embargar.

§ 95

Quid vero, se aquelle a que é mandado que jure suppletoria-mente morre antes de jurar? Silva, a esta Ord., no princip., n. 49, diz com Cancer; que a morte *habet vim juramenti*; mas declara admiravelmente Stryk., Vol. 8, Disp. 4, *De morte loco jurisjurandi*, C. 2, §§ 6 e 7, com muitos DD., que isto só se deve entender no caso em que o defunto tenha aceitado receber o juramento e tenha querido jurar, mas a morte o preveniu e não póde jurar. Veja-se o Cod. Civ. do imperador Jôse II, § 246.

§ 96

Para se deferir este juramento a uma das partes é indispensavel citar-se a outra, Silva á nossa Ord., in princip., n. 44, com os mais reinicolos. Conf. Cod. Civ., supra, § 243: para se receber por procurador é necessario mandato especialissimo, Altim., de *Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 11, Q. 26, n. 50 e 57; bem que o dito Cod. Civ., a § 238, exige que se receba pessoalmente, aindaque esteja absente aquelle a quem se haja de deferir, e justamente attento o exposto na Dissert. VII, § 5, na nota.

§ 97

Se se trata demanda com corporação ou universidade, etc., diz Silva á nossa Ord., no princip., n. 47: «*Prædictum juramentum*

esse deferendum, non solum litiganti nomine proprio, sed etiam alieno, puta Syndico pro Universitate, æconomo, vel Rectori pro Ecclesia, tutori pro pupillo, Curatori pro adulto, si sint informati, alias secus.» Supponhamos a demanda com um cabido, quem ha de jurar? Todo? Não: se quem o cabido eleger, ou se quem a parte eleger? Veja-se largamente Guerreiro, For., Q. 99, e o Tr. 1, do *Juram. de Calumn.*, § 3, na cit. Dissert. VII das d'este supplemento.

§ 98

Que da sentença que não defere este juramento ao auctor, sendo por elle requerido, compete o remedio de appellação, o diz Silva á mesma Ord., no princip., n. 42, e diz mais no n. 43, que da interlocutoria que manda deferir o tal juramento a uma das partes, póde a outra appellar. Porém eu distingo, que quando por interlocutoria se denega ou manda deferir o suppletorio, compete só aggravamento no processo pela generalidade da Ord., L. 3, T. 20, § 46, e quando conforme a praxe (de qua § 94) se denega ou manda deferir na sentença definitiva, é caso de appellação; esta com effeito é a praxe.

§ 99

Bem que, se seguida a outra praxe por interlocutoria antes da definitiva manda deferir suppletorio, se não agrava no acto do processo d'essa interlocutoria que deferiu o suppletorio, não prejudica e basta appellar da final que condemna com attenção a esse juramento, Fabr., in Col. 7, T. 29, Defin. 9, aonde dá bellissimas razões; optime, et omnino videndus, Harprectr., Disp. 21, *De Appellatione a Jurejurando*, a n. 82.

§ 100

Que a sentença proferida por este juramento seja retractavel, apparecendo depois documentos por que se mostre não ser elle verdadeiro, é expresso na Ord., L. 3, T. 22, § 3, que leve por fonte a L. 31, ff. de *Jurejurand.* Se porém é retractavel por prova de testemunhas, variam os DD., Silva á mesma Ord., com Romaguer. e Barbos., diz que não. Da mesma opinião são outros que refere Stryk., *Us. Mod.*, L. 12, T. 2, § 40, porém o mesmo Stryk. segue com outros o contrario: «Merito tamen (diz elle)

hic ad qualitatem testium respiciendum, an non aliqua collusionis, vel subornationis suspicio occurrat, et an illorum testium copia ante Sententiam haberi non potuerit.» A Stryk. segue Mello Freire, L. 4, T. 19, § 4 na Nota. Tu vero cogita, et...

TRATADO IX

Juramento judicial, vulgarmente juramento na acção de alma

Analyse da Ord. L. 1, T. 49, § 1, Liv. 3, T. 53, § 3, T. 59, § 5
e seguintes, e Liv. 4, T. 53, decreto de 10 de maio de 1790

Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio; qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate Judicis deciduntur controversiae.

L. 1, ff. de Jurejurand.

PRENOÇÕES

§ 1

Na rubrica das Pandectas, L. 12, T. 2, se indicam os tres juramentos, voluntario, judicial e necessario. Em geral o juramento conforme a opinião de Thomaz., *Jurispr. Divin.*, L. 2, C. 8, § 6, e Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 1, Spec. n. 23: «Est deliberata Numinis Divini, tanquam testis et vindicis invocatio in assertionis aut promissionis confirmationem». Struv. Exerc. 17, Thes. 2 o define assim: «Jusjurandum est religiosa alicujus rei adseveratio legitime facta per invocationem Dei in testem». Definição que largamente exorna o commentador Muller. O nosso Mello, L. 4, T. 19, § 1, adoptou e transcreveu de Riege, P. 2, § 1127 esta definição: «Religiosa asseveratio per invocationem Dei, tanquam vindicis, si jurans falsum dixerit». A mesma definição fez o addicionador de Ferrar., Verb. *Juramentum*, Art. 1; outras se podem ver em Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 1, e melhor Sousa, *Primeiras linhas do processo civil*, §, Not. 496, 497 e 498.

§ 2

Juramento voluntario é aquelle que uma parte defere a outra extra-judicialmente por pacto e convenção, em que um deixa no juramento do outro a verdade de qualquer divida, direito ou acção, que o que defere o juramento diz dever-se-lhe ou pertencer-lhe. O juramento judicial é aquelle (entre nós a acção da alma) que o auctor defere ao réu em juizo por mandato e auctoridade do julgador. O juramento necessario é aquelle que o juiz defere a um dos litigantes em supplemento de prova, Silva, ad Ord., L. 3, T. 59, § 10, a n. 4, Lima, ad Ord., L. 4, T. 52, in Rubr., a n. 2, Mello, L. 4, T. 19, § 2 e 3, Stryk., *Us. Mod.*, L. 12, T. 2, § 1, Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 7, Struv., Exerc. 17, Thes. 27, Sousa, supra, Not. 498, 499, 500 e 501.

Nota. De todas estas especies de juramentos temos noções na nossa legislação. Ao extra-judicial voluntario faz relação a Ord., L. 3, T. 20, § 15, ibi «juramentum» e T. 50, no principio, conforme a intelligencia de Silva ao mesmo T. 50 a n. 30, Barbos., *ibidem* n. 3; porque o tal juramento não só produz acção, mas a excepção de que tratam estas Ord., L. 9, § 1, ff. *de Jurejur.*, ubi Brunneman., n. 3. Do juramento judicial tratam a Ord., L. 1, T. 49, § 1, Liv. 3, T. 53, § 3, T. 59, § 5, e L. 4, T. 52, e o decreto de 10 de maio de 1790.

Differenças entre estes juramentos e conveniencias entre elles, quaes o voluntario
e o necessario

§ 3

Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 25, as expõe compendiariamente n'estes termos:

«Præmittendum hic est *utrumque juramentum, quod Pars Parti defert*, instar conventionis, et transactionis esse; hac enim lege quasi transigunt, ut alter juret, L. 2, L. 25, ff. *de jurejur.*, et sic ut conventionis utriusque consensu valeant; adeo ut juramento præstito, non amplius quærat, an debitum, sed an juratum sit, L. 27, ff. *de Except. rei jud.*

«Ex utroque jurejurando Prætor dedit actionem in factum, L. 28, ff. *de jurejur.* (ubi utique de *voluntario* agitur), § 11. Inst., *de*

Action.: si scilicet Pars detulit, non si ultro juravit, L. 11, L. 22, L. 32 de *Dol. mal.*, L. 4, § 1, *De in lit. jurand.*: «Quia hic non potest quæri, an juratum sit juxta conventionem, d. § 11, L. 5, § 2, L. 9, § 1, ff. de *jurejurando*. Quin si ultro se ingerit, suspectum se reddit in propria causa, d. L. 21, d. L. 4.

«At in quibusdam differunt, et quædam singularia in *judiciali* occurrunt; scilicet (1) quod hoc referri possit deferenti, L. 34, §§ 6 e 7, L. 38, ff. de *jurejurando*. Secus in *voluntario extrajudiciali*, L. 17, eod., T. Lauterb., pag. 180; 2.^o Déferens jurat de calumnia, L. 24, § 7, eod., T. Carpzov., *Process.*, T. 11, Art. 4, n. 26: Secus in *voluntario*, Lauterb., pag. 180; 3.^o Actio *ex jurejurando judiciali* quoad omnia similis est ei, quæ ex re judicata oritur. Secus in actione, quæ ex juramento *judiciali* descendit. Nam extra *judicium* Judex partes suas non interponit, sed omnia nudo consensu constant.»

O nosso Pedro Barbosa, no *Tract. de Probat. per jurament.*, depois de ter proposto no n. 17, que «pro regula constituendum est juramentum *voluntarium*, et *judiciale* a pari procedere, L. 1, ff. de *Jur. jurand.*, L. 1, Cod., de *Reb. Cred.*», continua desde o n. 18, expondo as diferenças, ut ibi:

«Prima igitur differentia est, quod in juramento *voluntario* non defertur juramentum calumniæ, et tamen in juramento *judiciali* qui defert illud juramentum tenetur de calumnia jurare. Secunda differentia inter prædictum juramentum est, quod in *judiciali* juramento subintelligitur tacita illa conditio, *si ille, cui defertur, in continenti illud suscipiat*, alias enim resolvitur delatio, et nova delatione opus est. Prout, etsi in continenti non suscipiat, et sine nova delatione juret nihil proderit juramentum. . . Tertia differentia est, quod in juramento *conventionali* ex eo solum nascatur actio. L. Actori, Cod., de *Reb. Cred.*) (et etiam exceptio Not. ad § 2) et tamen in *judiciali* oportet, quod post illud præstitum sequatur *Judicis Sententia*, ut ex eo agi possit. . . Quarta differentia est, quod juramentum *conventionale* referri non potest, quia non est recedendum a conventionem, L. 17, in pr., ff. de *Jurejurand.*; et tamen juramentum *judiciale* referri potest. . . Quinta differentia est, quod juramentum *voluntarium* licite recusatur, etiam sine causa. . . *judiciale* recusari non potest, nec ab Actore, nec a Reo,

imo recusans habebitur pro confesso», etc. (Coincidem nas mesmas conveniencias e differenças, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 4, Mull., ad Struv., Exerc. 27, Thes. 29 et seq.).

Nota. Supposto que Mello, L. 4, T. 19, § 2, depois de Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 3, e Thomaz., ibidem, diz que o juramento *voluntario extrajudicial* é raro no uso hodierno, comtudo o mesmo Stryk. diz que «Interim non negamus, si quis extra judicium creditori jurandum detulerit, et ille sibi *tantum* deberi juraverit, postea vero sponte nolit solvere, huic non negandum esse actionem ex jurejurando».

Considerando este juramento *extrajudicial*, como especie de transacção, ex L. 2, ff. de *Jurejurand.*, Valeron., de *Transact.*, T. 1, Q. 1, n. 6 et 7, Urceol., de *Transact.*, Q. 4, a n. 67, nada ha que obste a que dentro da quantia de 60\$000 réis do movel, e de 4\$000 réis na raiz, as partes decidam extrajudicialmente, e sem escriptura, as suas controversias, deixando uma seriamente no juramento da outra a verdade do que pertende exigir ou reivindicar d'elle. Excedendo a cousa á dita quantia, nada ha que obste a que convencionem por escriptura, que jurando um d'elles a verdade, que o outro lhe deixa no seu juramento, fique decidida a controversia, e esse juramento obste para mais se não questionar a materia jurada. E uma vez convencionado assim este juramento, deve necessariamente prestar-se. A nossa Ord., L. 4, T. 73, só prohibe o juramento *promissorio*, e não o *assertorio* e *declaratorio* (qual este ex Voet., ad *Pand.*, L. 12, T. 2, n. 7), como com os mais reinicolas, Lim., á mesma Ord., n. 2, Barbos., de *Probat. per jurament.*, n. 7. Nas quantias pois excessivas da taxa da Ord., L. 3, T. 59, podem as partes em uma escriptura deferir-se uma a outra este juramento *assertorio* e *declaratorio* da verdade, attestando o tabellião o que jurou a parte a que se deferiu. Este e não outro é o juramento enunciado na Ord., L. 3, T. 20, § 15, e T. 50, como já vimos na Not. ao § 2. Esta Ord. o suppõe praticavel. O uso d'elle seria utilissimo, porque accionando o crédor uma simples confissão de divida pela acção da Ord., L. 3, T. 25, se expõe a varias excepções. Pelo contrario, accionando-se uma confissão de divida jurada, esta se equipara á transacção, e sentença com execução promptissima, e contra ella nem se admite a excepção *non numeratæ pecuniæ*, nem facilmente outra alguma, Barbos., de *Probat. per jurament.*, a n. 9, cum seq., omnino videndus. Conf. Moraes, de *Execut.* L. 1, C. 4, § 1, a n. 11, et 26, omnino etiam videndus. Um não uso não faz abolir o direito, porque ou provém da indolencia das partes, ou da ignorancia dos consulentes, Stryk., *Us. mod.*, Discurs. Prælimin., § 34. Ah! Se as escripturas de confissões de dividas assim se praticassem, firmando-se com o permit-

tido juramento *assertorio*, quantos enredos dos devedores se evitariam! As limitações se verão no citado Moraes.

Diferenças entre o juramento judicial e o suppletorio

§ 4

Tambem o citado Coccey, *Jus controuv.*, L. 12, T. 2, Q. 43, as expõe, ut ibi:

«Quomodo juramentum *necessarium* differat a *judiciali*? Resp., illud: 1.º, valet tanquam pars probationis, et quia probatum, non quia transactum est. Indeque, 2.º, deferretur quasi ex Judicio Judicis, non Partium. Hinc, 3.º, nec refertur, nec jusjurandum calumniæ præstatur. Judici enim, qui deferret, nec incumbit probatio, nec is sui causa conditionem jurisjurandi eligit, nec præsumitur in eo calumnia. 4.º Appellari quoquo inde potest. 5.º Datur inde actio directa judicati, quæ omni secus in judiciali. 6.º Sententia retractari potest instrumentis noviter repertis, secus, ubi inter partes jurejurando transactum, L. 1, Cod. hoc. tit., excepta causa testamenti, L. fin., Cod. de Reb. Cred. 7.º Judex deferre illud potest usque ad Sententiam, quin in ea ipsa, Pars vero usque ad conclusionem in causa.»

CAPITULO I

Quaes pessoas podem deferir este juramento judicial?

§ 5

Quaes são as pessoas que activamente podem deferir (e a que por consequencia se possa referir este juramento) bem compendiou Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 8, ibi:

«Deferre possunt voluntarium, ac judiciale omnes liberam habentes rerum administrationem (a); quales sunt domini maiorennes, Tutores ac Curatores in causis dubiis pupillorum, minorum, furiosorum et aliorum similium alia probatione destitutis, L. 17, § 2, L. 35, in pr., ff. de Jurejurand., Fabr., in Cod., L. 4, T. 1, Defin. 20, Carpzov., *Defin.*, For., P. 1, Const. 14, Defin. 12. Si modo lis sit de rebus illis, quarum sine decreto procedit alienatio,

nam si de immobilibus, aut mobilibus, quæ sine decreto alienari nequeunt, controversia intercedat, non aliter, quam impetrato primitus decreto Prætoris, jusjurandum per eos deferri posse puto exemplo transactionem, quarum vice jusjurandum obtinere dicitur, arg. L. 4, Cod. de Præd., et aliis reb. min. juncta, L. 2, ff. de Jurejurand., Anton. Mathæu., de Judic., Disp. 10, Thes. 11.»

(a) Esta regra geral comprovam também Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, §§ 4 e 27, Struv., Exerc. 17, Thes. 25, Rieg., P. 2, § 1130, Cod. Civ. do imperador José II, § 216.

(b) Confira-se Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 26 e 27, Harprectr., Disp. 20, n. 84 e 85, Struv., supra, et ibi Mull., aonde amplia ao pae administrador dos bens do filho. Veja-se Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 26 e 32.

§ 6

«Procuratores (continua Voet.) non aliter recte deferunt, quam si vel speciale ad id mandatum habeant vel generale cum libera, vel in rem suam constituti sunt. Unde si ille cui mandatum simpliciter ut peteret, jusjurandum detulerit, nihil agit, L. 17, § ult. L. 18 e 19, ff. de Jurejurand., Carpzov., Def. For., P. 1, Const. 12, Def. 12.»

(c) Conf. Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 42, Sousa, *Prim. Lin. do Proces. Civ.*, Not. 509, Stryk., supra, § 27, Guerreiro, n. 71. Os procuradores especiaes, e *in rem propriam*, sim os admitte Harprectr., Disp. 20, n. 86, com Lauterbach. e Fabr. E também o procurador especialissimo, mas não o procurador geral, ut a n. 87 e 88. Que não basta procurador geral, seguem Rieger., P. 2, § 1130, Conciol., ad Stat. Eug., L. 2, Rubr. 12, n. 20, Cod. da Sardenha, L. 3, T. 14, § 17, Mull., ad Struv., supra, Berlich., P. 1, Concl. 29, n. 24 e 25. E n'isto me aparto do citado Sousa, et addo Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 27.

§ 7

«Defensores Civitatum (ainda falla Voet.), magistri Societatum et Collegiorum, ita demum, si ad id mandato instructi sunt, L. 34, § 1, ff. eod Tit. Non unus ex Cohæredibus cæteris ignorantibus, etiam si de rato cavere paratus sit, ob metum perjûrii si forte

post præstitum jusjurandum ab eo, cui delatum est, cæteri factum cohæredis ratum non habentes, probationes adducant contra id, quod juratum est, Anton. Fab., in Cod., L. 4, T. 1, Def. 22 (d).

(d) Adde Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 25 e 27, Guerreiro, Tr. 4, I., 3, C. 10, n. 95, Mull., ad Struv., supra *Personæ*.

§ 8

«Nullo modo pupilli (acrescenta Voet.) sine curatoris auctoritate (e); nec prodigi et similes, L. 17, § 1, L. 35, § 1, ff. eod T. (f). Nec qui lapso biennio non numeratæ pecuniæ exceptione utuntur, L. 14, § 6, eod. *de Non. numer. pecun.* (g). Nec illi qui cum prius detulissent jusjurandum, illum necdum acceptatum revocaverunt probationibus confisi, L. 11, Cod. *de Reb. cred. et jurejurand.*, quales tamen hodie, mediante in integrum restitutione, adhuc ad jusjurandi delationem admitti notat Groeneweg., ad d. L. 11 (h).

(e) Harprectr., supra, n. 73, Struv. et Mull., supra, Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 43, Berlich., n. 32 e 33.

(f) Guerreiro, supra, n. 90, Harprectr., n. 77, Pereira e Sousa, supra, Not. 509. Amplia-se ás mulheres, quando, como n'este reino, não podem estar em juizo sem consentimento de seus maridos, Mull. ad Struv., Exerc. 11, Thes. 36.

(g) Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 100, Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 37, Lim., ad Ord., L. 4, T. 52, in pr., n. 18.

(h) Barbos., *de Probat. per juram.*, a n. 46, aonde disputa a interpretação da L. *In contractibus*, Cod. *Non numer. pecun.*

§ 9

«Sed nec Servi deferre possunt (ainda prosegue Voet.) ac filii-familias, L. 20, 21 e 22, ff. eod. T. Minores annis 25, si Curatore destituti, illud detulissent adversario, restitutionem petere non vetabantur, si hoc ipso se captos docerent, L. 9, § 3, ff. eod. T. Sed cum hodie minoribus invitis Curatores dantur, consequens est inutilem esse delationem, quæ a minore sine Curatoris auctoritate fit, sic ut nec restitutione opus sit, L. 3, Cod. *de Integr. restit. min.* (i)

(i) Harprectr., supra, a n. 74, Lauterbach., *de Juram. judicial.*, § 5, n. 80, in fin.

§ 10

«Infamem denique (acaba aqui Voet.) jusjurandum adversario deferre volentem audiendum non esse ad id, ut adversario imponeret jurandi, vel referendi necessitatem, variis placet; tum quia tales non amplius metuerunt infamiam ex præjurio probato irrogandam, qua jam ante ex alia cæperant causa laborare, arg., L. 33, ff. *de Injur.*, tum quia sic ei, cui defertur prope adimeretur referendi facultas, dum non sine manifesto perjurii imminentis periculo referret infami deferenti. Anton. Fabr., in Cod., L. 4, T. 1, Def. 17, junta Def. 9, n. 5, Carpzov., *Defin. For.*, P. 1, Const. 14, Def. 6 (4).

(1) Guerreiro, supra, a n. 87, Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 33, aonde só limita «in famem in casibus, quibus, relatio cessat, juramentum deferre posse», Struv., Exerc. 17, Thes. 33, in fin. Sed vide Harprectr., Disp. 51, a n. 1656, ubi in casu speciali nota et adde: tudo o exposto a § 5 comprovam Ridolfin., in *Prax.*, P. 1, C. 10, a n. 134, e melhor Berlich., P. 1, Concl. 32, Lim., á Ord., L. 4, T. 52, in Rubr., aonde copiou Guerreiro. Os rendeiros podem deixar na alma das partes o que venderam para d'elles exigirem os respectivos tributos, Art. das Siz., C. 33. A Ord., L. 2, T. 33, § 33, deixa nos juramentos dos lavradores a prova da simulação da fraude das jugadas, juramento que Peg. ao mesmo T. 33, na Rubr. n. 384, diz ser *judicial*. Póde deixar-se no juramento de qualquer o manifesto das suas faculdades para a imposição do tributo, Boehm., *ad Pand.*, Exercit. 97, C. 6, § 11. Um exemplo temos no subsidio litterario: quem percebe dizimos póde deixar no juramento do lavrador a quantidade da sua colheita de fructos, Barbos., *de Paroch.*, P. 3, C. 28, § 1, n. 42, in fin., bem que o contrario defende Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 2, Sect. 4, T. 2, C. 1, n. 23. Veja-se ao diante o C. 2.

CAPITULO II

A quaes pessoas se póde deferir este juramento

§ 11

«Defertur (diz Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 9) omnibus sexus cujusvis, aut ætatis hominibus, etiam impuberibus, servis,

hæredibus, procuratoribus, defensoribus de defuncti, aut domini facto; ad eum effectum, ut ratum firmumque futurum sit, quod pupillus, procurator, defensor, aut hæres juraverit, et actio inde, vel exceptio pupillo, hæredi, domino competat, sive in sua, sive in domini anima per procuratores juratum sit: Cum æquum visum fuerit custodiri jusjurandum adversus illum, qui contentus eo, cum deferret, fuit; sibique, quod talibus detulerit, imputare debet, L. 9, § 6, L. 25, L. 26, L. 28, § 1, L. ult., § penult., ff. *de Jurejurand.* Neutiquam vero delatio proficit ad eum finem, ut pupillus, servus, defensor, procurator, hæredes aliique similes vel jurare cogerentur, vel jusjurandum referre, ne viderentur in manifesta hærere turpitudine, caderentque causa, L. 34, §§ 2 e 3. » Confirmam-se Struv. et Mull., Exerc. 17, Thes. 36, Rieg., P. 2, § 131.

Nota. Adverte Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 4, que se o menor ou pupillo jurou em seu favor, faz boa a sua condição, e a propria culpa o deve imputar quem lhe deferiu o juramento. Conf. Brunneman., na L. 9, ff. *de Jur jurand.*, n. 36; mas se elle deferiu o juramento por indução ou circumvenção tem o beneficio da restituição mostrando-se enganado e lezo, de L. 9, § 4, ubi Brunneman, n. 36.

§ 12

A duvida maior consiste, se o herdeiro, ou qualquer outra pessoa, pôde ser obrigada a jurar em sua alma o facto do defuncto, ou outro facto alheio, que com elle se não tratou? A regra geral é que não, e que esta acção de juramento de alma só é praticavel entre os proprios contrahentes, e sobre o proprio facto, Mello, L. 4, T. 9, § 12, Peg. 1, For., C. 2, n. 19, Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, a n. 69, 78 e 107, Barbos., *de Probation. per jurament.*, a n. 41, França, ad Mend. P. 1., L. 3, C. 1, n. 37, Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 8, e T. 59, § 6, n. 3, Lim., *de Gabell.*, pag. 268, n. 8, Peg., Tom. 9, ad Ord., L. 2, T. 33, in Rubr., n. 388, Cod. Civ. da França, Art. 1359.

§ 13

Porém a mesma Ord., L. 3, T. 59, § 6, claramente suppõe que um herdeiro pôde ser passivamente demandado por esta acção,

e na mão d'elle está ou jurar a ignorancia, ut ibi: «Se o réu jurar que tal cousa não tem, nem sabe o que se d'ella fez, etc.», ou referir o juramento ao auctor, não querendo jurar essa ignorancia, ut ibi: «E se o réu não quizer jurar, poderá referir o juramento ao auctor, e não querendo o auctor jurar, será o réu absoluto da demanda».

§ 14

Quanto ao que eu penso, parece-me que essa opinião (§ 12) só procede, quando o herdeiro, ou qualquer outra pessoa é citada para em sua alma jurar com sciencia physica a verdade de qualquer divida, ou facto que com elle se não tratasse; sendo porém citado para jurar de credulidade, diz Voet., supra, sub n. 9: «Non iniquum erit in id saltem hæredi jusjurandum deferri, ut juret, quid de defuncti facto compertum habeat; eo modo quo et Tutoribus pro pupillo in judicio stantibus recte jusjurandum a pupillorum adversario defertur, ut jurejurando exponant, quousque negotium pupilli ipsis notum sit, Anton. Fab. Cod., L. 4, T. 1, Defin. 20». A mesma differença entre o juramento de certeza, e o de credulidade suppõe Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 36. E n'este sentido é que verdadeiramente falla a Ord. citada (§ 13).

§ 15

Da fórma pois da citação é que depende ser ou não o herdeiro, ou qualquer outro, obrigado jurar o facto do defuncto, ou o alheio; se é citado para jurar sciencia physica, procede a regra do § 12, e a distincção do § 13. Se porém é citado para jurar de credulidade o facto alheio, necessariamente ou deve jurar a total ignorancia, ou de credulidade, o que crê ou sabe do facto de que se trata. Note-se a magistral doutrina de Stryk., *de Cautell. juramentor.*, P. 3, Sect. 2, tot., ibi:

«Cum vero, negotia, et facta, super quibus juramenta præstantur, ita sint comparata, ut vel *unius partis* (1) *propria sint*, ita ut is solus scientiam certam et plenam, aut meliorem habeat: vel (2) *communis*, ita ut *uterque litigans* æqualem notitiam eorum possideat: vel (3) *aliena*, quorum tamen probabilis notitia in aliquo præsumitur. Hinc primo omnium pro cautella notandum, ut deferens accurate inquirat in factum, seu negotium, super quo ju-

ramentum deferre vult; et num adversarius certam et plenam ejus scientiam habeat, et tunc deferat *super facto proprio controverso*; vel etiam *utrisque partis communi*, juramentum judiciale veritatis; in quo jurat pars ea, cui juramentum delatum est, de veritate certa, seu quod certo sciat rem se ita, et non aliter habere, in quo juramento error, et ignorantia omnino excluduntur. Quod si vero super facto tertii alieno, cujus quamvis certam scientiam pars adversa habere non possit, aliquam tamen notitiam habere putatur, jurandum sit; tunc *credulitatis* juramentum deferendum erit, ubi jurans saltem de credulitate, et notitia sua jurat, quod scilicet *credat, et probabiliter sciat* factum, vel negotium se ita, et non aliter... Quamvis enim juxta jus civile commune et secundum, L. 11, § 2, ff. *de Action. rer. amot.*, L. 34, § 1, ff. *de Jurejur.*, iniquum habetur, ut quis de facto alieno juret, et anceps periculum perjurii subeat... In foro tamen Saxonico aliud introductum... cum quo concordat etiam praxis fori Magdeburgici... Quamvis vero Textus hi de solis hæredibus loquantur, nihilominus tamen ob identitatem rationis etiam ad alias personas, quæ de facto alieno jurare debent, optime applicantur, *sicut ex quotidiana praxi didici, etc.*»

Et a n. 23, ibi:

«Secundo: Deferens sibi cavere potest, ut eo in casu, ubi super facto alieno juramentum adversario deferre satagit, rem controversiam scientiæ, et notitiæ adversarii committat. Et in hoc casu Reus quamvis ignorantiam prætendat, nihilominus *vel de credulitate, et probabili scientia, vel etiam de ipsa ignorantia, quod scilicet de facto nullam habeat notitiam, neque de eo quidquam audiverit, jurare tenetur*... De eo enim facto, cujus quis habet scientiam habet etiam conscientiam, quaecumque etiam illud factum si, sive proprium sit, sive alienum; adeoque juste juramentum deferretur per L. 12, Cod., *de Reb. cred.*, et pro confirmanda veritate jurare tenetur etiam quis de eo quod audivit, et credit, Scheneidevin, ad § *Item si quis*, n. 98, Instit. *de Action.*

«Diversa autem sunt inter se juramentum *credulitatis*, et juramentum *ignorantiæ*: In illo enim v. g. jurat hæres *se credere* defunctum illud, quod controversum, fecisse, vel non fecisse: In hoc vero jurat, se factum defuncti ignorare, et circa hoc bene mo-

net Mev., P. 1, Decis. III, n. 4, quod non indiscrete, *sed circumspecto Judicis arbitrio* deferendum sit, habito scilicet respectu ad qualitatem rei controversæ et ad verisimilitudinem, aliasque circumstantias.

«Potest tamen juramentum hoc *ignorantiæ* bona conscientia præstare, æque ille, qui animo dubius est, et æqualiter propendit ad affirmativam, et negativam, quam is, qui veritatem, vel falsitatem rei controversæ simpliciter ignorat, nec indicia; præsumptionem, aut suspicionem aliquam habet, an defunctus illud fecerit. Juramentum autem *credulitatis* dubitans, vel simpliciter ignorans bona conscientia minime præstare potest,» etc.

Et a n. 44, ibi:

«Ex quo responso hæc cautella eruitur, quod in eo casu, ubi Reus juramentum subire, et de *sola credulitate* jurare paratus est, consentiente Actore, ad juramentum admitti possit. Quamvis enim circa modum deferendi juramentum erratum fuerit; tamen error hic propter supervenientem mutuam declarationem, et conventionem Partium corrigi poterit, ut magis ad hanc posteriorem conventionem pro evitandis novi processus ambagibus, respiciendum sit, quam ad priorem erroneam delationem.

«Imo, juxta mentem probatissimorum Actorum, licet de facto alieno, cujus veritatem ignorat Deferens, juramentum veritatis sit delatum, et a Reo relatum; tamen Deferentem, cui est relatum, juramentum *credulitatis* præstare posse debere, si Judex, quod facere potest, saltem verba juramenti de *credulitate* formaverit, defendunt Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 5, Umn., Disp. 14, Thes. 9, n. 82, Menoch., *de Arbitr.*, L. 2, Q. 189, n. 8, et præ omnibus Franzk., ad Tit., ff. *de Jurejurand.*, n. 114.»

Tudo isto segue Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 33, pag. 1085 e 1070, com outros DD.

§ 16

Confirma-se o exposto, porque tambem a Ord., L. 3, T. 53, no principio permite requerer depoimento sobre artigos em que se trata de facto alheio, que o depoente não tem razão de saber: obriga o depoente que tome as necessarias informações, e que

deponha conforme a ellas, e quando não possa ser informado o obriga a que deponha, que não sabe nem crê o que no artigo de facto alheio se contém, e só o desobriga de depor de outro modo sobre facto alheio (Confira-se Michalor., *de Position.*, Cap. 16), ordenação que, quando se trata de jurar sobre facto alheio, admite o juramento de sciencia propria, credulidade ou ignorância, e abre melhor a intelligencia da Ord., L. 3, T. 59, § 6, acima ponderada no § 13, e parece que segue o exposito systema dos DD.

§ 17

É pois erro que grassa na praxe passar só com a proposição absoluta (§ 12), *scilicet* que esta acção só é praticavel entre as proprias partes, e que ninguém pôde ser obrigado a jurar facto alheio, quando pelo contrario pôde por esta mesma acção requer-se que qualquer, ou jure de credulidade o facto alheio, ou jure a ignorancia total do mesmo facto. A união das duas ordenações seriamente reflectidas (§§ 13 e 16) assim o persuade. E deve assentar-se que se pôde deferir a qualquer pessoa este juramento judicial sobre facto alheio, não para que jure a verdade physica d'elle, mas para que a respeito d'elle jure de credulidade. Confirmam-se Guerreir., Tract. 4, L. 3, C. 10, n. 109, Struv. et Mull., Exerc. 17, Thes. 33, Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 10, n. 145, Menoch., *de Arbitr.*, L. 2, Cas. 189, n. 7, Brunneman., na L. 34, ff. *de Jurejurand.*, n. 2, Harprectr., Disp. 51, n. 1655, Lauterbac., *de Relat. jurisjurand.*, Thes. 82, n. 10, Schneidevin., ad § 11, Instit. *de Act.*, a n. 89, Cod. Civ. do Imperador José II, § 220.

Nota. É erro, que muitas vezes tenho visto, repellirem os magistrados d'esta acção, só porque o réu diz não ser obrigado a jurar o facto alheio, quando aliás, aindaque fosse citado para jurar a verdade physica, pôde o auctor variar, para, independente de nova citação, exigir do réu o juramento de credulidade ou de ignorancia, como já vimos com o transcripto Strykio. E se o juramento se defere a um conjuge, a um filho, a um herdeiro, que habitavam com o defuncto, ainda menos pôde ser repellido d'esta acção o auctor, porque n'estes se presume sciencia, Guerreir., supra, n. 31 et 80, Michalor., *de Possit.*, Cap. 16, a n. 5, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 13, n. 17, e Rubr. 12, n. 7.

CAPITULO III

Em quaes acções ou negocios é praticavel o juramento judicial
no principio da demanda

§ 18

«Locum habet hæc jurisjurandi delatio in omnibus causis, seu actionibus civilibus, sive personalibus, sive realibus, sive rei persecutoriis, sive pænalibus; atque etiam in ipsis causis infamantibus, veluti si furti, vel de vi bonorum raptorum, vel injuriarum agatur *civiliter*... Sed etiam in popularibus actionibus usum invenit... Nec non in quæstione, an mulier prægnans sit, nec ne ad id ut ventris nomine in possessionem mittatur, si se prægnantem juret, aut possessio ei denegetur, si adversarius juret eam ex defuncto marito prægnantem non esse, non ut partui noceatur. In disceptione quoque utrum sponsalia contracta fuerint. (*) In criminalibus causis jurisjurandi relatio merito reprobatur», Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 10, Stryk., *Us. mod.*, eod. T., § 29, Struv., et Mull., Exerc. 17, Thes. 39, Rieg., P. 2, § 1132, Domat., pag. 221, Art. 3, Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 11 e 35. Tudo o exposto se comprehende na generalidade da Ord., L. 4, T. 52, ibi: «Em todo o contrato de *qualquer qualidade que seja*, ondê for deixado em juramento da parte, *qualquer coisa sobre que for contenda*», etc. Com a mesma generalidade se vê concebido o *Codigo civil dos francezes*, Art. 1358, ibi: «O juramento *decisorio* pôde ser deferido sobre qualquer especie de contestação que seja».

(*) Supposto que Stryk., supra, § 30, e Mull., faziam differença entre a delação d'este juramento sobre os esponsaes ou sobre o matrimonio, admitindo-o sobre a verdade d'aquelles e não d'este; comtudo hoje a nossa lei de 6 de outubro de 1784, prohibe que promessas, pactos e convenções esponsalicias não possam deixar-se no juramento d'aquelles que as negarem, revogada para este fim a Ord., L. 3, T. 59, §§ 5, 11 e 21, e L. 4, T. 19. Tambem n'este reino se não defere este juramento, nos casos em que a escriptura é necessaria para substancia do contrato, como nos casos da Ord., L. 4, T. 19, Silva, *ibidem*, n. 5.

et ad Ord., L. 3, T. 59, § 4, n. 9. Vide Moraes, *de Exec.*, L. 4, C. 4, a n. 25.

§ 19

Com especialidade, quando o réu é demandado por um instrumento liquido, que tem execução prompta, póde deixar no juramento do auctor a sua defeza; e esta prova é admissivel, como prova *in continenti*, Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 34, Stryk., *ibidem*, § 23; o que entre nós póde ser praticavel na acção de assignação de dez dias, de fórma que dentro d'elles póde o réu embargar e deixar a verdade de seus embargos no juramento judicial do auctor. E se sendo a divida contrahida por escriptura publica não tiver o réu outra com que prove a solução, mas só uma quitação particular, póde nos dez dias praticar-se o remedio da Ord., L. 3, T. 59, § 10, com a exposição de Silva, *ibidem*, e de Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 2, n. 28, *†. Secundo limitatur*. O mesmo se póde praticar nos embargos á execução da sentença.

§ 20

É quasi nunca praticado, sendo bem especial e providente o caso da L. fin., Cod. *de Fideicommiss.*, e do § fin., Inst. *de Fideicommissar. hæredit.* Se um testador em particular sem outras provas recommenda pessoalmente a seu herdeiro algum fideicommisso universal ou particular, ou algum legado, e o herdeiro nega esta vontade do testador, póde deferir-se-lhe este juramento judicial sobre a verdade do que o defuncto lhe recommendou sem escriptura e sem testemunhas, e é obrigado precisamente a jurar, tendo n'este caso logar proprio a acção de que tratámos, Harprectr., Disp. 51, De remedio, L. ult., Cod. *de Fideicommiss.*, a n. 1511, Lauterbach., *de Jurament. judicial.*, § 5, n. 86, e Disp. *de Relatione juramenti*, Thes. 84. Conf. Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, sub n. 12, Mull., *ad Strav.*, Exerc. 17, Thes. 33, pag. 1085, Col. Os requisitos necessarios para ser praticavel este remedio se podem ver no citado Harprectr.

Nota. Outros casos especiaes se podem ver acima na nota ao § 10.

CAPITULO IV

Quando possa ser praticavel este juramento judicial lá no progresso de qualquer demanda, que se principiou a tratar ordinariamente ou summariamente; e em que conjunctura d'ella?

§ 21

É notavel n'esta questão a variedade de opiniões; uns DD. assentam que a causa só se póde deixar no juramento do réu (ou o réu a excepção no juramento do auctor) até o termo probatorio, ou no termo probatorio mesmo, ainda quando a dilação se reforme, tenham ou não tenham o auctor ou réu provado as suas intenções, mas não depois de abertas já e publicas as inquirições, Barbosa (Pedro), *de Probat. per juram.*, sub n. 42, Barbosa (Agostinho), na L. 11, *Cod. de Reb. cred.*, n. 4, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 47, *De probatione per delationem juramenti*, a § 19, Fabr., in *Cod.*, L. 4, T. 1, Def. 28. Sentit Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 21, Silva, *ad Ord.*, L. 3, T. 52, § 3, n. 12.

§ 22

Pelo contrario, Samuel de Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 24, defende affirmativamente a questão: «An juramentum ab eo deferri possit, qui nihil probavit?» Na Q. 25 defende affirmativamente a outra absoluta e illimitada ao termo probatorio, ut ibi: «An actor qui probationem suscepit, et in ea defecit, convocare ad juramenti delationem possit? Affirmatur, nam nihil minus pluribus probationibus successive uti possit... Ubi tamen bene notandum, non licere actori simul, et intentionem probare, et juramentum deferre, quia juramenti delatio non locum habet nisi deficienti ordinaria probatione».

§ 23

Arnold. Vin., *Select.*, L. 2, C. 42, propondo esta questão: «An jusjurandum judiciale recusari possit delatum ab Actore, qui nihil probavit?» Depois de expor a opinião negativa e seus fundamentos, resolve ut ibi: «Cæterum ego contrariam Sententiam se-

qui malo; nimirum jure publico permissum esse Actori, etiam si nihil probaverit, Reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut subire aut referre cogatur. . . est communis, et recepta Sententia.»

Voet., ad Pand., L. 12, T. 2, n. 11 et 12, ibi:

«Nihil autem interest in causis civilibus, an actor an reus si, qui jusjurandum hoc deferat, cum uterque id possit, non modo ante, sed post litem contestatam. Usque ad Sententiam L. 12, Cod. *de reb. cred.*, etiam si jam ulteriori fuerit renunciatum probationum productioni, atque etiam ex publicatione testificationum dedicerint litigantes quod minus probatum sit.»

Comprova Voet. a sua opinião com muitos textos e razões, e cita como sequazes d'ella Mascard., Thesaur., Christin., Cujac., Zoz., Perez, Carpzov. e outros mais. A mesma opinião, referindo outros muitos, seguem Harprectr., Disp. 20, n. 289, et Disp. 51, a n. 1553, attestando que esta opinião é a mais benigna, verdadeira, commun e recebida. Conf. Rieg., P. 2, § 1133, Scop., ad Gratian., Decis. 121, n. 5, Struv., Exerc. 17, Thes. 32, Brunneman., na L. 11, Cod. *de Reb. cred.*, a n. 20, Guerreir., Tr. 4, L. 3, Cap. 10, a n. 6, Barbos., *de Probat. per juram.*, n. 52, no fim.

Nota. Prescindamos de se desfzir este juramento antes de termo probatorio; entre nós parece superflua esta disputa, uma vez que no termo probatorio se póde requerer o depoimento pelo auctor ou réu (se depois do dito termo, *varii varia dixerunt*, Silv., ad Ord., L. 3, T. 53, § 13, a n. 37, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 12, n. 85, Moraes, L. 6, C. 3, n. 5, Arauj., *de Perfect. Advocat.*, Decis. 5). E é mais interessante requerer o depoimento, do que deixar a decisão no juramento; porque se a parte se propõe jurar falso, tanto jurará falso depondo, como deixando-se-lhe a decisão da causa no seu juramento. E depondo ha esta differença, que se não attende o que ella jura em seu favor. (Bem que os reinicolas que assim o dizem se devem entender com as distincções expostas no Tract. 4.º) Se porém não se lhe pediu depoimento no termo probatorio, então se poderá recorrer á melhor opinião dos DD. citados (§§ 22 e 23); porque se se lhe tiver pedido depoimento, e elle tiver deposto, não é jamais obrigado receber o juramento de que tratámos, Nigr. Cyriac., Controv. 38, tot. Bem como a parte que uma vez depoz aos artigos, não é obrigada depor a elles segunda vez, Ord., L. 3, T. 53, § 12; sobre a qual se veja o assento de 22 de maio de 1783.

§ 24

Porém depois da sentença final já não pôde deferir-se tal juramento, Guerreir., supra, n. 70, judicatum Peg. 2, For., Cap. 15, pag. 1033, Col. 2, et 1034, nem depois de haver transacção, Urceol., *de Transact.*, Q. 70, a n. 93, Posth. Civil., Resol. 147, a n. 9.

Nota. Está introduzido na praxe, que quando qualquer litigante no progresso da demanda quer deixar a decisão d'ella no juramento da outra parte, o deve assignar por termo, por ser prejudicial, fundando-se esta praxe na Ord., L. 1, T. 24, §§ 19, 20 e 21; e sendo sobre bens de raiz deverá intervir a mulher.

CAPITULO V

Citação para esta acção: Quando o A. e R. tem ou não obrigação de comparecer em pessoa, e se cumprem, comparecendo por procurador, ou quando?

§ 25

Convem todos os nossos reinicolos, que para esta acção não pôde fazer-se a citação por editos, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 1, n. 74, Bagn., C. 35, n. 8, Phæb., P. 1, Art. 32, Mello, L. 4, T. 9, § 12, Silv., ad Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 9. E citando-se o réu por editos, aindaque não compareça, se não defere juramento ao auctor em contumacia do réu, Vanguerv., P. 1, C. 6, n. 21, et C. 11, n. 24, França, supra, n. 75.

§ 26

Esta citação se pôde fazer por carta do escrivão, dando o official fé da entrega, Franç., ad Mend., Ar. 57, mas não por porteiro, excedendo a divida 15000 réis, Ord., L. 1, T. 49, § 1. Obsta porém a Ord., L. 3, T. 53, § 13, e T. 59, § 5, que parece permittem indistinctamente a citação por porteiro. Sobre a combinação d'estas Ord. trabalhou Peg., For., C. 2; finalmente seguiram Silva, á Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 14, e Mello, L. 4, T. 9, § 12, na nota. Mas seria para desejar que se proscivesse do fôro o uso de se fazerem taes citações

para esta acção por porteiros, jurados, ventenarios e outros taes, que as mais das vezes não sabem ler, nem exprimir a fórma da citação, intimar a comminação, e com ella o prejuizo e perigo no caso de não comparecer, etc. Isto ainda se não remedeia com a espera do citado a segunda audiencia, porque ou não poderia ser o réu citado para a primeira, e falsa essa citação, ou a citação para a primeira seria feita sem aquellas precisas declarações. Veja-se Pinto Ribeiro, Relaç. 3, n. 123, e o mesmo Peg., a n. 8.

§ 27

Têem sido varias as praxes sobre a ordem do processo d'esta acção. Eu deixo de as referir e respectivos julgados, porque tudo suffocou o decreto de 10 de maio de 1790, ut ibi:

«Sendo informada que nas acções de alma para haver de se condemnar pelo juramento do auctor se podiam escusar as segundas citações, de que faz menção a Ord., L. 1, T. 49, § 1, antes que pelo contrario se faziam impraticaveis as sobreditas segundas citações, tanto assim que sem ellas se tem procedido sempre no fôro, em grande utilidade dos meus vassallos e boa expedição das partes: sou servida que d'aqui em diante, em todos os auditorios d'este reino, se observe a pratica que se acha auctorizada pelo decreto de 15 de junho de 1758, para effeito de que, não podendo nenhuns réus ser condemnados á revelia pelos juramentos dos auctores logo na primeira audiencia, sem que sejam esperados até á segunda, o possam comtudo ser, não comparecendo em nenhuma d'ellas sem que sejam citados de novo, visto ter-lhes sido logo declarado que a parte os manda citar para deixar o caso no seu juramento. E que o mesmo se observe aindaque as quantias sejam modicas», etc.

§ 28

Se o réu é citado para comparecer a jurar em propria pessoa, não satisfaz mandando o procurador; maximè, estando o réu no logar do juizo, e se está fóra do juizo deve ser citado por precatória, que compareça pessoalmente, e assim o deve cumprir, Silv. ad Ord., L. 3, T. 32, § 3, n. 17, 18 e 19, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 1, n. 77 e 78, Brunnem., na L. 12, Cod. de Reb. Credit., n. 42. Mas o auctor, que assim fez citar o réu, deve tambem com-

parecer em propria pessoa para jurar, se o juramento se lhe referir., Silv., supra, n. 20, França, n. 79, Repertor., sub. Verb. *Citado pôde ser um para que appareça em prova*, etc. O que porém se limita no clérigo, Peg., T. 13, ad Ord., L. 3, Tit. 7, in princ., n. 40.

§ 29

Sendo porém illustres as pessoas citadas para vir a juizo pessoalmente receber ou referir o juramento, não são obrigadas comparecer presencialmente, como refere julgado o citado Reportor. De fôrma que, ou hão de ser admittidas por procurador, aindaque citados para comparecer em pessoa, ou se ha de mandar commissario a sua casa, ou dar-lhes uma particular audiencia, L. 13, ff. *de Jurejurand.*, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 28, Perez, in Cod., L. 4, T. 1, n. 17, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 14, § 19, Peg., T. 6, For., C. 144, n. 8, Brunneman., na L. 12, Cod. *de Reb. cred.*, n. 46, et his non citatis doctissimus Pereira Sousa, *Primeiras linhas do processo civil*, nota 509, aonde amplia aos impedidos por doença (de quib. infra), e adverte, que devem obter para isso do juiz da audiencia despacho de admissão.

Nota. A praxe de admittir procurador aos réus, quando não são citados para comparecerem pessoalmente, ou ainda aos auctores para jurarem as dividas nas almas de seus constituintes; esta praxe é exposta aos inconvenientes que viu e que attesta França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 1, n. 80. Tenho visto alguns persuadidos, que jurar falso por procurador, sem tocar os evangelhos, não é perjurio. E que erro! Portanto (a unica excepção dos illustres privilegiados) o juiz não deverá, no meu arbitrio, admittir aqui procurador, nem ao auctor, nem ao réu. Quando com precuração venha certidão de doença, não deve facilmente acreditar certidões de medicos e cirurgiões, como recommenda França, supra, e já antes o advertiram Peg., T. 13, ad Ord. T. 3, L. 9, § 10, n. 6, Cardos., Verb. *Impedimentum*, n. 4. E certificado da doença com outras provas, deve espaçar tempo, ou ir ou mandar a casa do enfermo deferir-lhe pessoalmente o juramento deferido ou referido. Esta é a praxe de Saxonia, por mais especiaes que sejam os procuradores, Brunneman., supra, n. 42. Esta é a moderna legislação de Sardenha, no seu Cod., L. 3, T. 14, § 18 (confira-se o Tract. 1, a § 5).

Ah! e que perjurios e roubos se evitariam n'este caso, se os nossos magistrados fizessem aos que se apresentam para jurarem as exhortações recommendadas pelo dito Cod., L. 3, T. 14, § 3? Elle determi-

na, que o juiz «será obrigado de lhe fazer uma forte exhortação, e lembrança da reverencia devida a um tal acto, e das penas e castigo, com que será punido, jurando falso, pela justiça divina e humana.» Não se veriam tantos perjuros se este juramento se deferisse com a solemnidade e formalidade que determina o mesmo Cod., § 4, isto é, que «depois d'aquella forte exhortação se accendam duas luzes, e a parte, que deve jurar, estando de joelhos, porá as mãos sobre os santos evangelhos, e n'este estado elle recitará de alta voz: eu F. tomo por testemunha ao Todo Poderoso, meu Creador, e meu Deus, que é a suprema verdade, em como (aqui referirá a verdade do facto questionado). E se eu minto, eu rogo ao Senhor, que não me ajude, nem me dê salvação, nem alguma consolação; mas que logo logo me envie um tão repentino e milagroso castigo, como enviou a Ananias e Safira, sua mulher, por ter mentido ao Espirito Santo; ou que me faça passar o resto da minha vida em perpetuas calamidades e miserias, enviando sobre mim a sua horriavel maldição, e sobre quanto me pertence, a fim de que todos tomem exemplo sobre mim de não mentir mais a sua divina magestade, e de ter mais temor a seus justos castigos».

§ 30

Se o réu logo na primeira audiencia comparece em propria pessoa, e requer se lhe conceda espaço para se deliberar sobre o que ha de jurar, ou sobre referir o juramento ao auctor, se lhe deve conceder por tempo rationavel, segundo as circumstancias do negocio, Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 10, n. 162, Vanguerv., P. 2, C. 1, n. 44, Peg. 2, For., C. 15, pag. 1035, aonde assim refere julgado, Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, sub n. 16, Struv., Exerc. 17, Thes. 33, Bruneman., na L. 34, § 1, ff. *de Jurejurand.*, e na L. 12, n. 25, Cod. *de Reb. cred.*, Guerreir., Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 72 e 73. E bem que Barbosa, *de Probation. per Jurament.*, n. 26, distingue entre o caso de se pedir tempo para deliberar, se se ha de jurar; ou para deliberar, como ha de jurar, denegando espaço no primeiro caso, e concedendo-o no segundo, comtudo isto é uma mera subtiliza.

§ 31

Se o réu não comparece na primeira audiencia é esperado necessariamente á segunda, ou a divida seja grande ou pequena (§ 27). Se o réu não comparece na segunda, defere o juiz o juramento ao auctor, ou em pena da contumacia do réu, ou como que

se o réu o referisse ao auctor, Barbosa, *de Probat. per Jurament.*, n. 32, ibi. «Si quis citatus non comparet ad jurandum, non poterit Judex eum habere pro confesso, quasi nolit jurare, cum referre possit. Sed debet Pars, Judice deferente jurare, quasi contumax illud referat, juxta regulam L. *De ætate* 7, § *Qui tacuit*, ff. *de Interrog.* Et ita quotidie fieri videmus.» Este é o sentimento do código civil do imperador José 2.º, §§ 223 e 224. Bem que no sentimento de outros basta só a contumacia do réu para se haver por confesso e convencido, Harprectr., Disp. 51, a n. 1834, em pena de contumacia, Estatut. de Eugub., L. 2, Rubr. 12, Rieg.; P. 2, § 1139, conduz o simile dos artigos das sizas, C. 33, § 1.

Nota. Para que qualquer se julgue contumaz em comparecer e responder em juízo, e para se haver por confesso, ou para se suppor que quiz que em sua contumacia se deferisse o juramento ao auctor, é necessario esta comminação (que os escrivães peritos escrevem nos mandados) que com ella se decrete execute a citação na propria pessoa. Veja-se Boehmer., Exerc. 24, *de Contumacia non respondentis*, C. 1, a § 13. A nossa Ord., L. 3, T. 53, § 13, quanto ao depoimento, requer que se cite a parte pelo escrivão ou tabellião do feito para que deponha, e que se não depozer, será havido por confesso: e que diversa razão entre a citação para o depoimento e para o juramento de alma? É portanto indispensavel a comminação, e que esta se intime explicitamente ao R. Acresce, se a Ord., L. 1, T. 49, § 1, no seu caso prohibia a primeira citação em comminação, não a dispensava na segunda citação. E se esta segunda citação é desnecessaria á vista do novo decreto (§ 27), fica sendo necessaria na primeira citação. Veja-se o senador apud Peg., Tom. 13, á Ord., L. 3, T. 1, § 5, debaixo do n. 37; e confira-se o simile, de que Moraes, *de Execut.*, L. 4, C. 9, n. 30.

CAPITULO VI

Se n'esta acção pôde o réu citado oppor declinataria

§ 32

Eu vejo a L. 35, §, ff. 2, *de Jurejurand.*, decidindo: «Qui non compelluntur Romæ judicium accipere, nec jurare compellendi sunt»: E a nota de Gotofred., ibi: «Exceptionem fori habens nec respondere interrogationi Judicis, nec positionibus adversarii». Eu

vejo seguida sem duvida a letra d'esta L. por Voet., *ad Pan.*, L. 12, T. 2, sub n. 15, por Lauterbach., *Disp. de Domicil.* Thes. 71, n. 278, por Harprectr., *Disp.* 51, n. 1582, por Lre Ferrar., *Verb. Jurament.*, Art. 2, n. 36, e Ridolfin., in *Prax.*, P. 7 C. 10, n. 139.

§ 33

Mas nos nossos reinicolas eu vejo uma notavel contradicção e variedade de arestos, Mend., P. 4, L. 3, C. 1, n. 11, e ahi França, n. 86, referem variedade de arestos, e o grande Mello, L. 4, T. 9, § 12: passou sem critica com essa opinião, em contrario, que n'esta acção tem logar a *declinatoria fori*, seguem Cost., *ad Caminh.*, Annot. 40, n. 27, Arouc., na L. 8, § 1, *de Rer. divis.*, n. 82 (aonde fortemente ataca Mendes), Guerreiro, *de Privileg.*, C. 18, n. 73, e Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 73, e For., Q. 23.

§ 34

N'esta variedade de opiniões devemos necessariamente seguir a que admite declinatoria: 1.º, porque n'esta acção ha auctor, réu e juiz, e a dita L. 35, ff. *de Jurejurand.*, que é expressa, é subsidiaria em falta da lei patria; maximè quando, 2.º, se conforma com os principios elementares da nossa legislação, segundo os quaes em demanda, em que ha auctor, réu e juiz, deve o auctor seguir o fôro do réu, Ord., L. 3, T. 5, §§ 1 e 3, e T. 11, princip., Assent. 3, de 23 de novembro de 1769; e assim o vemos seguido *in judicando* apud Peg., Tom. 13, ad Ord., L. 3, T. 1, § 5, n. 37.

Nota. Que erro mais crasso, como dizer-se que o demandado n'esta acção é o proprio juiz que se julga a si mesmo, condemnando-se ou absolvendo-se, e que por isso não pôde declinar a jurisdicção do que o fez citar? Quantas duvidas, que dependam da jurisdicção de um magistrado, e da sua decisão não occorrem n'esta acção? Podem ser tantas, quantos paragraphos d'este tratado, e quem é o que regula a sua decisão? São as partes? Quem ordena a formula dos juramentos? Quem ha de julgar se o auctor pôde ou não usar d'esta acção; se ella é ou não competente, se o réu é ou não obrigado jurar ou referir o juramento: em que casos pôde ou não referir-se, etc.? Quem ha de deferir á appellação nos casos em que aqui se admite e se verão no C. 10? Depois do juramento deve haver sentença condemnatoria ou absolutoria,

so
n.
rit
p
i

L. 34, ff. *de Jurejurand.*, e quem a ha de proferir? É cegueira não advertir a Ord., L. 1, T. 49, § 1, L. 3, T. 52, § 3, e T. 59, § 5. Que iniquidade levar qualquer arrastado a terras remotas para ahí jurar ou ver jurar? Os corregedores são os que mais se arrogam a arrancar dos seus domicilios, ainda em terras onde ha juizes de fóra, as partes de qualquer logar para irem jurar no seu juizo. Já o desembargo do paço por provisão de 7 de janeiro de 1807 inhibiu ao corregedor de Aveiro para não conhecer de acções de alma dos domiciliarios em terras aonde ha juizes de fóra, e o reprehendeu por não admittir as declinatorias n'esta acção.

Eu não nego que se o citado não comparece perante um julgador (que não seja absolutamente incompetente e improrogavel), é visto prorogar a sua jurisdição, ex Silva, ad Ord., L. 3, T. 49, § 2, n. 44; porém se citado para esta acção comparece e declina a jurisdição, é summa injustiça rejeitar-lhe a declinatoria.

CAPITULO VII

Obrigaçào precisa do réu, ou de receber ou de referir ao auctor o juramento sobre que elle propõe. Casos em que o réu pôde recusar o juramento. Casos em que deve precisamente jurar e não pôde referi-lo ao auctor.

§ 35

«Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec jusjurandum referre, L. 38, ff. *de Jurejurand.* Pro confesso est, qui nec jurat, nec jusjurandum refert, Synopsis Basil., 12, T. 5, C. 35, non tamen habetur pro confesso nisi secuta fuerit super hoc Sententia, L. 29, ff. *de Jur. Fisc.*», Gotofred., nas notas á mesma lei. A nossa Ord., L. 3 e 59, § 5, constitue os réus n'esta mesma obrigaçào de jurar, ou referir o juramento, ut ibi: «E se o citado não quizer jurar, e recusar o juramento, e o auctor jurar que o réu lhe é obrigado n'aquillo que lhe demanda, o juiz condemne ao réu por sentença no em que o auctor jurar que o réu lhe é obrigado pagar; pois o réu, em cujo juramento o auctor o deixava, não quiz jurar», etc. Et § 6, ibi: «E se o réu não quizer jurar, poderá referir o juramento ao auctor». Concorde o Cod. Civ. da França, Art. 1361.

§ 36

Porém esta regra não é sem limitações: «Interdum tamen juramentum recusari potest, puta *ratione deferentis*, L. 17, §§ 1 et ult., L. 26, ff. de *Jurejurand. ejus cui defertur*, L. 34, §§ 2 et 3, eod. T., *loci ubi defertur*, L. 35, eod. T., *actionis, super qua defertur*, L. 16, eod. T., *exceptionis propositæ*, L. 14, § 3, Cod. de *Non numer. pec., ignorantia et erroris*, L. 34, ff. de *Jurejurand., metus perjurii*, L. 18, eod. T., *damni actoris*, L. 30, eod. T., *qualitatis, ac modi delati juramenti*, L. 34, §§ 5 et penult., eod. T. . . Cuilibet liberrimum est recusare juramentum, si causas habeat non jurandi; hæc autem manifestæ turpitudinis esse, si cum nullam recusandi juramenti causam habeas, jurare nolis». Assim Gothofred., na exposição da L. 38, de *Jurejurand.* Estas compendiarias limitações são as que passo a estofar.

SECÇÃO I

Casos em que o réu não pôde ser constrangido, nem a jurar
nem a referir o juramento ao auctor

§ 37

Primeiro caso. Este é o em que a verdade dos esponsaes contrahidos sem escriptura publica se deixa no juramento do esposo refractario, poisque expressamente o prohibe a L. de 6 de outubro de 1784 (§ 18, Not.).

§ 38

Segundo caso. Quando se deixa no juramento do réu um contrato, em que na conformidade da Ord., L. 4, T. 19, se requer a escriptura *pro substantia*. Pois tambem se não pôde deixar no juramento do réu a verdade d'esse contrato, que antes da escriptura é nullo, e em que pôde haver arrependimento, Cald., de *Empt.*, C. 19, n. 27, Silva, ad Ord., L. 3, T. 59, § 4, n. 9, et L. 4, T. 19, § 2, n. 10.

§ 39

Terceiro caso. Se o réu oppõe logo a declinatoria fori não é obrigado a jurar n'esse juizo, nem referir o juramento (§§ 32, 33 e 34). E se o réu aggrava da rejeição da declinatoria, este aggravo,

aindaque de instrumento, suspende a jurisdição do juiz, Silva, ad Ord., L. 3, T. 20, § 9, n. 30, Repertor., sub Verb. *Aggravado ordinariamente não suspende*, Assent. de 23 de março de 1786, na Collec., n. 291. E se o juiz procede *ad ulteriora* deferindo juramento ao auctor, depois de interposto o *aggravado*, commette attentado, Cortead., Decis. 22, n. 11 et 30.

§ 40

Quarto caso. Se o réu foi citado para comparecer pessoalmente, e o auctor não compareceu na propria pessoa, não é obrigado o réu a jurar, nem referir o juramento ao procurador do auctor, aindaque seja procurador especial (§ 28).

§ 41

Quinto caso. Ainda quando o réu não foi citado para comparecer pessoalmente, não é obrigado jurar nem referir o juramento, se o procurador do auctor se não mostra munido de um legitimo e especial mandato para o deferir ao réu, ou para o receber, sendo-lhe pelo réu referido (§ 6). Adde Altim., *de Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 11, Q. 36, n. 50, signanter Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 10, n. 136., Cod. de Sardenha, L. 3, T. 14, § 17.

§ 42

Sexto caso. Se algum é citado para em sua alma jurar de sciencia physica um facto alheio (§ 12); porque só pôde ser obrigado a jurar de credulidade, ou a jurar a ignorancia d'esse facto (§§ 13, 14 e 15), Ridolfin., *in Prax.*, supra, n. 144 et 145, optime Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 19 et 20, Scheneidevin, ad § 11, *Instit. de Action.*, menos que conforme a doutrina de Stryk. transcripto de-baixo do § 15, na mesma audiencia se não varie para o juramento de credulidade.

§ 43

Setimo caso. Se depois do depoimento na causa summaria ou ordinaria, lhe deixa o auctor a decisão no seu juramento judicial; porque tambem n'este caso não é obrigado recebe-lo, nem referi-lo, Barbos., *de Probat. per juramentum*, n. 42, * *Tamen si deposuit articulis*, Struv., Exerc. 17, Thes. 23, Cyriac., Controv.

38, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 12, n. 14; e menos depois da sentença, Silva, *ad Ord.*, L. 3, T. 52, § 3, n. 11.

§ 44

Oitavo caso. Não é o réu obrigado receber, nem referir o juramento, se o auctor, sendo requerido, não jura primeiro de calúnia em como sem ella, e sem animo de vexar ao réu com este juramento, o exige d'elle, e por ser verdade o que pede, que elle jure, Vin. Selectar., L. 1, C. 42, * *Notum est enim*, Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 15, Harprectr., Disp. 51, a n. 1515, Struv., Exerc. 17, Thes. 23, Lauterbach., *de Juram. judic.*, n. 78, Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 16, Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 10, n. 153, L. ult., Cod. de Reb. Cred.

§ 45

Nono caso. Se o auctor já primeira vez fez citar ao réu para esta acção, e querendo o réu jurar, lhe revogou a delação do juramento, não pôde segunda vez reiterar a mesma acção, e, reiterando-a, nem o réu é obrigado jurar, nem deferir-lhe o juramento, Harprectr., Disp. 51, n. 1576, et Disp. 20, a n. 279, Lauterb., *de Juram. judic.*, n. 85, Berlich., supra, n. 17, Struv., Exerc. 17, Thes. 23, Guerreir., Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 63, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 14, § 16, L. 11, Cod. de Reb. Cred.

§ 46

Decimo caso. Se o que propõe esta acção é, por exemplo, uma mulher casada, que não pôde estar em juizo sem auctoridade do marido, ex Ord., L. 3, T. 47, ubi Silv., n. 8, nem pôde deferir o juramento, nem o réu é obrigado a recebe-lo ou referi-lo, L. 35, § 1, ff., *de Jurejurand.*, Harprectr., supra, a n. 1577. Não assim nos casos em que a mulher pôde estar em juizo sem auctoridade do marido, casos que referem Silv., supra, a n. 10, Guerreiro, Tract. 2, L. 6, C. 12, a n. 116, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 1, C. 3, a n. 20; e geralmente em todos os mais casos referidos no C. 1, em que qualquer não pôde ser admittido a deferir este juramento, tambem o réu não é obrigado a recebe-lo nem referi-lo, ex DD. ibi citatis.

§ 47

Undecimo caso. Se o réu já tem provado a sua intenção na causa pendente, não pôde o auctor deixar no seu juramento a decisão d'ella, e nem é obrigado recebe-lo nem referi-lo, Ridolfin. supra, n. 150, Guerreir., supra, n. 83 et 101, Voet., ad Pand., L. 12, T. 2, sub n. 15, Barbos., *de Probat. per jurament.*, n. 47, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 12, n. 10, Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 30.

§ 48

Duodecimo caso. Um comprador, que pôde ter regresso a demandar o vendedor pelo direito da evicção, não pôde ser obrigado a jurar nem referir o juramento, porque aliás, recebendo-o ou referindo-o, e ficando por este modo condemnado, perderia o direito da evicção, Guerreir., supra, n. 103, Ridolfin., n. 149, Mangil., *de Eviction.*, Q. 199, Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 36. Conf. Stryk., *Usmod.*, L. 21, T. 2, § 24.

§ 49

Decimo terceiro caso. Ha homens tão timidos e reverentes á religião do juramento, que têm por melhor perder o que se lhes manda que elles jurem, do que subir e receber o juramento. Para occorrer pois, ou á surpresa de algum que com injustiça exija de tal homem um juramento judicial, ou áquelle temor, e ainda porque é digno de louvor aquelle que evita jurar e recorre a outras provas, mais por causa de religião que por remorsos da propria consciencia, e não menos porque geralmente todo o juramento é um remedio subsidiario; por estas e outras rasões os DD., fundados na L. 71, ff. *de Reivind.*, na L. fin. *Cod. de Reb. cred.*, e no direito canonico no Cap. 2, *de Probat.*, juntas as rasões da L. 8, ff. *de condit. Inst.*, e da L. 21, *Cod. de Fid. Instrument.*, tem assentado uniformemente que o réu pôde deixar de jurar e não é obrigado referir o juramento ao auctor, uma vez que se offereça a verificar a verdade com provas de documentos ou testemunhas.

§ 50

Assim o comprovam Voet., ad Pand., L. 12, T. 2, n. 15, Brunneiman., á dita L. 30, n. 10, Fabr., in *Cod.*, L. 4, T. 1, Def. 3,

Harprectr., Disp. 54, a n. 1603, Struv. et Mull., Exerc. 17, Thes. 33, ex professo, Stryk., *de Cautell. Testam.*, P. 3, Sect. 2, C. 3, tot.: Assim é estabelecido pelo direito da Saxonia, pelo Magdeburgico, da Lubeca, Anhaltino, etc., que refere o mesmo Stryk., acrescentando no n. 18 que: «Ratio hujus concessionis æquissima est, quod quoniam actori liberum est, an probationem per testes, et documenta instituere, an vero ad extraordinariam scilicet delationem juramenti confugere velit: Ita et hæc libertas Reo concedenda, ut electionem habeat qua probationis specie circa suam ipsius defensionem uti velit. Unde et jure laudatur is, qui religione magis, quam conscientia motus ad probationes confugit. Imo prudenter aget is qui cum liquidas probationes se habere videt, per quas victoriam litis sibi parare potest, incerto deferentis perjurio causam non committi, etc. Imo (acrescenta Harprectr., n. 1264) cum juramentum, saltem subsidiarium remedium sit, quod demum in defectum aliarum probationum regulariter locum sortiri debet, sic, ut non aliter quam id summa poscat necessitas jurandum sit... Consequens est Reum, si ad alias ordinarias probationes provocet, modis omnibus audiendum esse, et male, tanquam recusantem, condemnari, etc. Conf. Carpzov. *Defin. for.*, P. 1, Const. 14, Def. 14, Zoez., ad Pand., T. de Jurejur., n. 44, Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 28, Berlich., P. 1, Concl. 32, a n. 21, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 12, n. 2. Idem Brunnem., in L. 9, Cod. de Reb. Cred., n. 20 e 21.

§ 51

Esta providencia, porque tão justa é e racional, adoptou e fez praticavel o imperador José II no seu Cod. Civ., §§ 217 e 218, ibi: «Se aquelle ao qual o juramento decisorio tiver sido deferido, se offerece para segurar a sua consciencia a uma contraprova legitima, elle deverá ser admittido por sentença a produzi-la; mas se depois a prova produzida se acha insufficiente ou defectuosa, elle não poderá mais aceitar o juramento que lhe tem sido offerecido. Se aquelle a quem o juramento decisorio tiver sido offerecido não offerece no processo provas legitimas para afiançar a sua consciencia, elle deverá ser condemnado alternativamente, ou a aceitar o juramento ou bem referi-lo áquelle que o oppõe. O juramento re-

ferido deverá aceitar-se sem excepção.» Este, com effeito, era o uso do fóro da Austria, que antes havia attestado Rieger, P. 2, § 1314.

Nota. Esta pratica é digna de ser adoptada pelo que fica demonstrado (§§ 49, 50): A falta de lição de bons livros, e do uso das nações, é a causa dos juizes obrigarem precisamente que o réu ou jure ou refira o juramento ao auctor. Alguns, depois de o condemnar, admittindo-lhe as qualidades (que aliás lhe não podem reprovar por via de regra, ex Ord., L. 4, T. 52) ainda, contra a fórma d'esta lei, que as admite sem prova da verdade d'ellas, os obrigam a prova-las em dez dias. Tal praxe é reprovavel como opposta áquella lei (veja-se ao diante o C. 9). E uma vez que o réu recuse jurar ou referir o juramento, e se offereça provar a verdade contraria do que se lhe propõe que jure, deve ser admittido a essa prova sem que o primeiro seja obrigado jurar ou referir o juramento. Da parte do juiz está unicamente abreviar-lhe o tempo, por exemplo até dez dias, como no caso da Ord., L. 3, T. 25, e comminar-lhe que, não provando dentro d'elles, se referirá o juramento ao auctor, ex Stryk., supra, a n. 13, et in Usmod., L. 12, T. 2, § 25, onde limita este tempo a oito dias.

§ 52

Admittido pois ao réu escrupuloso este recurso, e assignado termo para prova de sua defeza, elle deve no prefixo termo propo-la e prova-la por escripto, testemunhas ou documentos, Stryk., supra, a n. 18, advertindo desde o n. 58, que: «Peracta hac probatione, hanc porro cautellam adhibeat producens, ne admittat adversarium ad probationem contrariam; quamvis enim regulariter probatio, et reprobatio se invicem respiciant, et hæc ipsa admittantur; aliud tamen in hac probatione pro exoneranda conscientia obtinet: *Siquidem ea in locum juramenti præstandi subrogatur*. Cum vero contra juramentum ab Actore delatum, et réo præstitum actor nullam reprobationem habeat, sed juramentum ex delatione actoris præstitum finem liti imponat, ita ut amplius nihil quærat, quam an juratum sit. Utique ex natura surrogatorum sequitur quod probatio pro exoneranda conscientia, *tanquam subrogatum juramenti judicialis ejus naturam habeat; adeoque reprobationem contrariam non admittat*. Quod de Jure Saxonico indubium est».

§ 53

Porém o réu demandado não tem tal regresso a essa prova, depois que uma vez aceitou jurar, Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 28, *. *At aliud est*, et Q. 30, Stryk., *de Cautell. Jurament.*, P. 3, Sect. 2, a n. 87. Quid vero, se o réu nos dez dias não provou plenamente a sua intenção? Se não provou mais que semiplenamente, não pôde pretender suppletorio, Stryk., *supra*, a n. 68, e deve precisamente subir ao juramento judicial decisorio, que ainda tem regresso para o aceitar, Coccey, *supra*, Q. 29, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, sub § 25. Só se duvida se ainda o pôde referir ao auctor? Não são conformes Stryk. e Coccey citados. Mas o mesmo Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 3, Sect. 2, C. 3, a n. 82, com Brunheman., Lauterb. e Carpzov., assenta que: «Is, qui defensionem conscientiae suscepit, in probatione vero succubuit, postmodum ad relationem juramenti pervenire non possit». O Cod. Civ. do Imperador José II, transcripto no § 54, remove esta collisão de opiniões, e tira a duvida.

Nota. Poderá objectar-se que o exposto desde o § 49 (ainda que aliás bem racional) se não pôde accommodar á praxe do nosso reino, e muito menos as doutrinas transcriptas nos §§ 52 e 53. Poisque a nossa Ord., L. 3, T. 30, junto o T. 20, manda proceder ordinariamente em todas as causas sobre bens de raiz, e 1,000 réis nas dividas e moveis; e admittida a praxe da Allemanha se frustrava indirectamente a nossa legislação, uma vez que, conforme essas doutrinas, justificando o réu plenamente a sua defeza, lhe ficaria esta subrogada em lugar de juramento, com a mesma força, sem mais replica do auctor. Por outra parte um réu industrioso prevalecendo-se d'essas doutrinas, se faria hypocrita, affectaria religião e temor ao juramento para ser admittido por tal modo a uma defeza que justificasse, subrogada em lugar de juramento, e ser absoluto sem mais replica do auctor.

As rasões d'esses DD. adoptadas em legislações, parecem fortes. O difficil será encontrar o magistrado um homem tal sem hypocrisia, qual os allemães escusam de jurar. Persuadido o juiz da sua verdadeira religião, será racional admittir-lhe a escusa de jurar ou referir, admittir-lhe essa justificação, não para o fim de lhe ficar subrogada em lugar de juramento, e com a força d'elle, sem mais replica do auctor; mas e tão sómente para o fim de o dispensar do rigor de jurar ou referir o juramento, remettendo depois a disputa á via plena-

ria com replica e treplica, conforme a nossa legislação e praxe. Assim combinará eu e amoldaria, debaixo d'esta distincção, essa praxe da Allemanha com a nossa.

SECÇÃO II

Supposta a obrigação do auctor em aceitar a relação que o réu lhe faz do juramento, em quaes casos não seja o auctor obrigado jurar, e precisamente deva jurar o réu

§ 54

Se o réu não querendo jurar refere ao auctor o juramento, para que elle jure ser verdade o que propõe e que pede, é por via de regra o auctor obrigado aceitar e jurar sob pena de ser o réu absoluto. N'esta obrigação o constituem todos os direitos, o romano, o das nações, que refere Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 2, e a nossa Ord., L. 3, T. 59, § 6. Tanto assim que se o réu refere o juramento ao auctor, não pôde este variar, dizendo, que quer de outro modo provar a sua intenção (como aliás os DD. permittent ao réu, ut a § 49): «Nam, 1.º, hanc viam ipse elegit, adeoque eam vitare nequit; 2.º, qui defert juramentum alteri, concedit facultatem illud vel præstandi, vel referendi, L. 34, § 7, ff. *de Jurejurand.* Si ergo alter refert, ex suo consensu illud acceptare tenetur, neque amplius pœnitere potest. Atque hæc est Sententia Lauterb... Mev... Heig..., etc.» Ita Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 32, Conf. Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 33, in fin., Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 59, Ferraris, Verb. *Juramentum*, Art. 2, a n. 33.

§ 55

Pela mesma fórmula que o auctor propoz ao réu para este jurar, é o auctor obrigado jurar na mesma precisão, quando o réu lhe refere o juramento. Esta é a regra do § 7 da L. 34, ff. *de Jurejurand.*, e da L. 12, Cod. *de Reb. Cred.*, Stryk., supra, n. 16: «Non semper autem consonans est per omnia referri jusjurandum, quale defertur; forsitan ex diversitate rerum, vel personarum, quibusdam emergentibus, quæ varietatem inducunt. Ideoque, si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujusmodi jurisjurandi terminetur», d. L. 34, § 8, Gotofred., ibidem: «Jusjurandum uti

deferitur, non per omnia ita refertur. Itaque Judex hujusmodi quaestionem definit, Synops. Basil. Ex causa potest iuramentum referri aliter, quam delatum sit... Officio Judicis relati jurisjurandi forma concipitur», etc. Optime Fabr., in Cod., L. 4, T. 1, Def. 10. N'estas vistas o Cod. Civ. do imperador José II, no § 221, determinou que: «O juiz deverá por sentença determinar e prescrever exactamente a formula do juramento, e quando entre as circumstancias, sobre as quaes uma parte quizer deferir a outra o juramento decisorio, houver algumas, que sejam evidentemente estranhas ao objecto da causa, o juiz não poderá ter a ellas algum respeito, mas elle deverá omitti-las, ainda quando a parte adversa se tivesse encarregado do juramento sem contradicção».

§ 56

Não é porém o auctor obrigado a aceitar a relação do juramento, mas deve o réu precisamente jurar nos seguintes casos.

1.º Quando o réu a principio aceitar jurar; porque, repugnando depois o auctor, não pôde mais variar nem referir-lhe o juramento, Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 14.

§ 57

2.º Geralmente em todo o caso em que o réu referente tem por facto proprio mais sciencia do negocio, pôde não referir o juramento ao auctor, que se allega com menos sciencia d'elle e ignorancia mais verosimil, Stryk., *de Cautell. juram.*, P. 3, Sect. 2, C. 2, a n. 35 e 60, e in *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 24, Voet., ibi, n. 14, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, pag. 1083, Col. 1, Brunnem., na L. 9, Cod. *de Reb. cred.*, a n. 10, Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 39, Cod. Civ. da França, Art. 1362, e conduz a Ord., L. 3, T. 59, § 7.

§ 58

Por exemplo, 1.º, no caso da Ord., L. 3, T. 59, § 7. Similhanamente, 2.º, no caso da L. 11, §§ 1 e 3 da L. 12 e 13, ff. *de Action. rer. amot.*, Voet. et Stryk., supra. Da mesma forma, 3.º, no caso da L. fin. Cod. Commun., *de Fideicom.* (de que tratei no § 20); caso em que não pôde o herdeiro referir o juramento ao legatario ou fidei-commissario, para o obrigar a que jure o fidei-commissio

ou legado, que o testador fôra do testamento lhe deixou e recomendou, Struv., supra, pag. 1083, Col. 2, Stryk., *de Cautell. testam.*, P. 3, Sect. 2, C. 2, a n. 66, latissime ex professo Harprectr., Disp. 31, a n. 1687. Mas desde o n. 1715 distingue entre o caso de o auctor ter sciencia ou ignorancia provavel da particular disposição do testador commettida ao herdeiro, de fôrma que no primeiro membro da distincção admite que o réu possa referir o juramento ao auctor, no segundo não.

§ 59

Se porém o juramento que o auctor defere ao réu é de credulidade ou de ignorancia, como nos casos acima expostos desde o § 14, pôde o réu referir ao auctor o mesmo juramento de credulidade e de ignorancia, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 33, pag. 1083, Col. 1, post. med.

Confira-se sobretudo Luc. Ferrar., Verb. *Juramentum*, Art. 2, n. 36.

CAPITULO VIII

**Em quaes circumstancias pôde ou não o auctor revogar
a delação do juramento e remover a acção
de alma para libello**

§ 60

Não ha cousa mais frequente no fôro como removerem os auctores as acções de alma para libello quando vêem os réus animosos a jurar, ainda mesmo antes de declararem o que querem jurar. Não ha ponto de pratica em que eu tenha visto procederem os advogados e ministros com mais erro. Essa remoção da acção tem original fundamento na L. 11, Cod. *de Reb. cred.*, e n'esta lei a pratica que estabeleceu Mend., P. 1, L. 3, C. 1, n. 9, e no seu paiz sustentou Leyser., *ad Pandect.*, Spec. 138, Medit. 1 e 2. Porém aquella lei é susceptível de tantas interpretações não attingidas por Mend., quantas se podem ver em Harprectr., Dissert. 20, aonde ex professo trata *De Revocatione juramenti delati*.

§ 61

Na Sardenha, aonde este juramento se defere com as solemnidades que já vimos (§ 29), está removida toda a duvida pelo Cod. d'esta nação, L. 3, T. 14, § 2, ut ibi: «A parte que tiver offerecido juramento poderá revoga-lo, ainda quando aquelle que o tiver aceitado estivesse sobre o ponto de o prestar, e se achasse já de joelhos com as luzes accesas, comtantoque o acto do juramento não estivesse começado, e se julgará que o está, logoque a parte tiver posto as mãos sobre os Santos Evangelhos». Se a formalidade com que na Sardenha se defere este juramento se adoptasse por modelo e se praticasse no nosso reino, cessava toda a duvida sobre a L. 11, Cod. *de Reb. cred.*, e tudo quanto sobre ella têm discorrido os DD. Porém emquanto não vejo adoptada e praticada aquella formalidade, sou obrigado succar de Harprectr. e outros algumas doutrinas que convençam o inveterado erro.

§ 62

Eis-aqui a letra da L. 11, Cod. *de Reb. cred.*: «Siquis autem Sacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere et alias probationes, si voluerit præstare; ita tamen ut hujusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei præstetur. Post definitivum autem Sententiam, quæ provocatione suspensa non sit vel quæ, postquam fuerit appellatum, corroborata fuerit, nullo modo revocare juramentum, et iterum ad probationem venire cuiquam concedimus»,

§ 63

Quanto têm variado os DD. sobre a interpretação d'esta lei (que o nosso Mend. suppoz sem duvida, e em que firmou a sua practica), pôde ver-se no commentario de Brunnemano, e no citado Harprectr. Esta lei suppõe demanda e sentença sobre ella, e só até ao fim d'ella permite, mas não depois da sentença, revogar a delação do juramento. Mas que demanda seria essa que a lei suppoz? Gotofredo nas suas notas diz ser demanda em que se controverta e decida, se se deve ou não prestar tal juramento, ut ibi: «Jusjurandum delatum, nec dum præstitum is, qui detulit, revo-

care potest quousque Sententia lata fuerit, quæ jusjurandum præstare jubeat. Igitur non post Sententiam a qua non appellavit, non denique post Sententiam ab appellationis judice confirmatam, Synops. Basil., hoc T., C. 50, Conf. Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 26.

§ 64

Ainda modernamente na Sardenha se forma processo. O auctor apresenta a formula, em que quer jure o réu. A este se dá vista por vinte e quatro horas para deliberar se o aceita, e outras vinte e quatro horas para fazer reflexões sobre a maneira de jurar; permite-se oppor que não é obrigado jurar, e manda-se que esta objecção se decida em oito dias, como se vê no mesmo Cod., L. 3, T. 14. O Cod. Civ. do imperador José II suppõe tambem haver processo antes do effectivo juramento, e manda que o juiz por sentença determine exactamente a fórma d'elle. Que o que for condemnado por sentença a aceitar ou referir o juramento decisorio, deverá, no termo de tres dias; depois que esta sentença passar em julgado, apresentar em juizo a sua declaração por escripto, em que aceita ou refere o juramento. Se o aceita, assignalle o juiz dia para o prestar, e se o não presta não é mais admittido. Se o refere ao auctor, se lhe assignam tres dias para o prestar, com a comminação de se haver por confesso.

§ 65

Se no nosso reino se praticassem estas formulas, facil e clara seria a applicação da dita L. 11, Cod. *de Reb. Credit.*, e acção de alma se poderia remover para libello «quosque sententia lata fuerit, quæ jusjurandum præstare jubeat». Mas n'este reino não se formalisam assim os processos. Se o réu citado não comparece na primeira audiencia, se espera á segunda. Se comparece na primeira ou segunda, accusada a citação, logo sem mais nada os juizes que presidem ouvem verbalmente as partes, e passam a deferir o juramento ao réu quando elle quer jurar, se o auctor não remove a acção, ou ao auctor se o réu lh'o defere. Então é que o auctor, se vê o réu animoso a jurar, remove a acção de alma para libello, e para elle varia pagando as custas. Isto é o mais frequente e quotidiano.

§ 66

Porém que erro mais opposto á genuina intelligencia da dita lei, em que Mendes estabeleceu a sua pratica? Seja muito embora pelo estylo do nosso reino verbal e summarissima esta acção (que não devia ser tanto, attentas as cautelas com que se procede nas nações). O certo é, 1.º, que quando o juiz quer dar juramento ao réu é esta sua determinação quasi uma sentença, que auctorisa a delação, e que manda jure o réu, como parece das palavras da Ord., L. 3, T. 52, § 3, ibi, de consentimento e auctoridade do julgador. O certo é, 2.º, que logoque o réu se offerece a jurar, já tem aceitado a delação do juramento, e em taes circumstancias «jam res non est integra», e já o auctor não póde revogar a delação do juramento (menos que não concorram causas justissimas que logo se verão), e o contrario é erro.

§ 67

Prova-se o exposto, 1.º, com a doutrina de Coccey, *Jus Contr.*, L. 2, T. 2, Q. 27, aonde propondo esta questão: «An auctor juramentum reo delatum revocare possit?» Resolve, ut ibi: «Distinguendum; an res integra sit, an non. Illo casu revocari potest, non hoc. Res autem integra esse dicitur, quando (1) auctor reo juramentum detulit, et hic juramentum locum non habere contendit: hoc casu actor antequam sententia desuper feratur, illud revocare potest, per text. in L. 11, hoc. Tit., ibi: Siquis sacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, si voluerit, præstare; ita tamen, ut hujusmodi licentia usque ad litem (quæ scilicet super delatione juramenti, et an illa locum habeat, orta est) tantummodo terminum ei præstetur, etc. (2) quando Adversarius nondum acceptavit juramentum, neque ratione præstationes se declaravit.

«Neutro enim casu jus quæsitum est alteri, negotium adhuc est imperfectum; est cum juramenti delatio sit species transactionis, non potest effectum habere nisi uter que consentiat, id est, nisi alter acceptet, vel per sententiam id ei injungat ur.

«Non ergo amplius res integra est, si reus vel acceptavit juramentum delatum, vel per sententiam id ei injunctum sit: tunc enim consensere, et quasi transigere partes, ut lis mediante juramento

delato, et acceptato, perimatur, expediaturque, quo ipso acceptanti jus delatum juramentum præstandi, eoque litem expediendi partium voluntate est quæsitum, quod deferentis pœnitentia ei auferri nequit. Atque hinc in d. L. 11, expresse dicitur, quod juramento per sententiam injuncto deferens illud revocare non possit. Eadem verò ratio est, si is, cui delatum est, illud ultrò acceptaverit, Brunneman., *Process. Civ.*, C. 23, n. 12, Carpzov., P. 1, C. 12, Def. 3 e 4, etc.»

Comprova-se, 2.º, com a doutrina de Stryk., de *Cautell. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 1, a n. 57, ibi :

«Si igitur juraturus deprehendat, se juramentum a parte delatum, atque per sententiam Judicis approbatum salva conscientia præstare posse, moram non nectet, sed pro cautella ipsis a DD. inculcatur, ut juramentum statim acceptet, vel ante sententiam Judicis interlocutoriam . . . Hac cautella providere sibi poterit is, cui juramentum delatum est, si metuat deferentem juramentum revocaturum, ut post factam hanc acceptationem deferentem pœnitere, aut is juramentum delatum revocare non possit. Quoniam hæc ipsa delatio, et acceptatio juramenti ad quasi contractus pertinet, et per eam in judicio inter Partes quasi contrahitur, ut postmodum utrique Parti pœnitentiæ locus non detur, etc.»

Comprova-se, 3.º, com a doutrina de Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 33, pag. 1084, Col. 1.ª, in fin., ibi :

«Si juramentum delatum est pure acceptatum ; non est integrum deferenti illud revocare. Hinc pro cautella est, ut ille, cui juramentum delatum est, ut si metuat, ne forte revocetur, statim acceptet delationem. . . Si acceptatio juramenti non est pura, sed conditionalis, vel sub modo (v. g. si quis acceptando se paratum ad jurandum ostenderit, modo distinctius proposuerit auctor, quare de re jurari velit) revocare deferenti erit integrum, etc.»

Assim, 4.º, e ex professo Harprectr., Disp. 20, De *recusatione juramenti delati*, a n. 162, ibi :

«Quod si vero delatio jurisjurandi ulterius processerit, et illud vel (1) ab eo, cui delatum est, sit acceptatum, vel (2) a Judice per Sententiam interlocutoriam præstari injunctum, et approbatum ; vel (3) ab eo, cui delatum est juramentum judiciale, deferenti ab ipso fuerit relatum ; tum passim DD. ita loqui videmus, quod nulla

amplius revocatio locum obtineat. Juramenti enim acceptationem, sive susceptionem revocandi licentiam excludere, disserte tradit gravissimus Jazon. . . Atque pro hac Sententia, quod nempe juramentum a parte susceptum revocare, et ad probationes ordinarias recurrere non liceat, etiam anno 1625 Juris-Consultos Lipsienses respondisse, recenset Brecman. . . quod et sequitur Brunne-man. . . Ex eo quia (1) paria sunt recipere juramentum, vel in continenti jurare. . . Sicuti itaque præstito jurejurando, is, qui detulit illud, pœnitere non potest. . . Ita nec juramento acceptato, cum acceptatum pro præstito habeatur (2). Ex eo quod, sicuti promittens stare juramento, sive dicto alterius non potest hanc suam promissionem, etiam ante declarationem Adversario revocare. . . Ita multo minus deferens juramentum delatum, et acceptatum revocandi jus habet, cum in judicio quasi contrahatur. . . Et hoc ipsum argumentum etiam ex eo concludentius videtur, quod ex delatione jurisjurandi ei, cui delatum est, fortius jus acquiritur, quam ei, cui talis promissio facta. . . Imo si juramentum jam fuerit acceptatum, usque adeo facultatem pœnitendi excludit Sche-neidevin. . . ut si deferens illud revocet, juramentum acceptatum pro remisso haberi, et perinde reputari dicat, ac si esset juratum. . . Ex quo etiam illud a DD. traditur, quod delatio juramenti non copulative quidem, attamen alternative has duas recipiat conditiones, ut aut statim præstetur aut statim acceptetur. . . Quod denique relato jurejurando, nulla amplius revocatio locum obtineat, statuit Mev. . . Heig. . . Domini Lipsienses, etc.»

Assim, 5.º, Struv., Exerc. 17, Thes. 38, ibi:

«Deferens juramentum, antequam altera Pars juramenti delationem acceptaverit revocare eam potest, et ordinariis probationibus uti. Postquam vero jurandi conditionem Reus susceperit, vel etiam per Sententiam, quæ transiit in rem judicatam, ut delatum præstet juramentum ipsi impositum, haud licebit revocare... Per juramenti namque dilationem, et acceptationem quasi transactum videtur inter Partes, ut per juramentum lis decidatur; non potest igitur eo casu pœnitere actor, etc.»

Emfim, 6.º, o moderno Cod. Civ. dos francezes, Art. 1364, ibi:

«A parte que tem deferido ou referido o juramento, não pôde mais retractar-se, quando o adversario tem declarado que elle

está prompto a receber este juramento.» Em outras nações ha leis semelhantes a estas leis, que refere Leyser., *ad Pandect.*, Specim. 138, Medit. 3.

§ 68

Só sim, sobrevindo ao auctor justa causa antes de aceitar pelo réu o juramento, e antes de jurar, poderá o auctor revogar a delação, e remover esta acção para libello ordinario. N'isto concordam todos os DD., Berlich., P. 1, Concl. 32, n. 3, ibi:

«Atque hæc revocatio juramenti semper locum habet, etiam absque justa causa, modo à Parte, cui delatum est, non sit acceptatum; alias si fuerit acceptatum, illud non licet revocare absque justa causa.»

Barbos., na L. 11, Cod. *de Reb. Cred.*, n. 3, ibi:

«Postquam hujusmodi juramenti delatio fuerit acceptata deferens non potest delationem revocare, nisi ex justa causa», Lauterbach., *de Relation. jurament.*, Thes. n. 4, ibi:

«Unde nec deferens delatum, et acceptatum nuda sua poenitentia revocare potest nisi subsit justa revocationis causa Joan... Anton. ab Eccles.» Observat. For., Pedemont. 71, n. 1, e com innumeraveis DD. ex professo Harprectr., supra, a n. 169. Conf. Struv., Exerc. 38, in fin., Mull., ad eund., Exerc. 33, pag. 1084, Col. 1, in fin., Fabr., in Cod., L. 4, T. 1, Def. 22, Brunneman. in L. 11, Cod. *de Reb. cred.*, a n. 9, Stryk., Vol. 11, Disp. 24, a § 11.

§ 69

O exposto procede, ainda quando o réu, aceitando o juramento, pede espaço para deliberar sobre a fórmula em que o ha de prestar, porque nem ainda n'este caso pôde revogar-se sem justa causa a delação do juramento, Ridolfin., in Prax., P. 1, C. 10, n. 164, ibi: «Sed si Reus in continenti acceptaverit oblationem, et petierit aliquam brevem dilationem ad jurandum, non poterit revocari, nisi ex justa causa, et re integra». Conf. Scheneidevin, ad § 11, Instit. de Act., n. 80, Brunneman, *de Process. civil.*, C. 23, n. 12, Harprectr., d. Disp. 20, a n. 181; não assim se o réu disser: «Quero deliberar se jurarei ou não», porque então, e emquanto não delibera jurar, pôde remover-se a acção, e só não pôde remover-se se aceita o juramento, e diz: «Quero reflectir sobre

o modo por que' hei de jurar», Barbos., *de Probat. per juram.*, n. 26, Scheneidevin., *supra*, n. 80, *ibi*:

«Ubi deferitur juramentum in judicio præsente Judice, Pars debet esse cauta, ut non dicat: «Domine Judex, volo deliberare, utrum velim jurare nec ne; ideo peto assignari terminum ad deliberandum». Nam hoc modo deferenti licitum est pœnitere, et dicat, se paratum esse jurare, sed velle deliberare, qui, et quomodo jurare velit.»

§ 70

Quaes sejam as justas causas supervenientes que justifiquem ao auctor para revogar a delação do juramento depois de aceite pelo réu? Os DD. as reduzem a estas: 1.^a, se depois de deferido pelo A., e aceite pelo R. o juramento, mas no intervallo antes do deferido, sobrevem ao A. novas provas de testemunhas ou documentos, Lauterbach., *de Jurament. necessar.*, § 6, n. 97, Fabr., in Cod., L. 4, T. 4, Def. 22, Cost., *de Reintegr.*, Disp. 75, n. 6, Harpr., Disp. 20, a n. 45, Berlich., P. 4, Concl. 32, n. 3, Ridolfin., *supra*, n. 465, Mull., ad Struv., Exerc. 17, pag. 4084, Col. 4, in fin.; 2.^a, se o A. se propõe mostrar e mostra um imminente perigo de perjurio no R. com uma evidente suspeita de que o juiz (e ainda *ex officio*) se persuada, Lauterbach., *de Juram. judicial.*, § 5, n. 88, e § 6, n. 97, *et de Relation. jurisjurand.*, Thes. 404, n. 40, Muller, ad Struv., Exerc. 17, Thes. 33, pag. 4084, col. 2, *ibi*: «Si deferens statim docere possit pejeraturum eum, cui juramentum delatum est, a delatione juramenti recepta recedere licet; sed metum perjurii criminari haud sufficit, etc.»; 3.^a, se depois da delação do juramento do réu, e antes d'elle o receber, lhe sobrevier infamia que o inhabilite recebe-lo, Barbos., in L. 44, n. 3, Cod. *de Reb. cred.*, Harprectr., *supra*, n. 50; 4.^a, se depois de deferido e aceite pelo R., mas antes de recebido o juramento, sobrevier entre elle e o A. capital inimidade, Harprectr., n. 53, Conf. Cyriac., Contr. 37, a n. 46.

§ 71

Porém eu não posso comprehender como esta superveniencia de causas, e as causas mesmas possam justificar-se (e é preciso que se justifiquem, ex Harprectr., a n. 194, e ex Stryk., Vol. 44, Disp.

24, § 11) no nosso reino e na nossa praxe, aonde se não formam processos com intervallos de tempos, como nas mais nações (a § 61), e aonde na primeira ou segunda audiencia em que o réu comparece, e aceitando o juramento deferido, logo se offerece a jurar, e o juiz se aprompta a deferir-lhe; e tudo *in continenti* se decide de plano verbal e summarissimamente na mesma audiencia. Só pois o revogar-se o juramento deferido, e por essas causas (§ 70), pôde ser praticavel lá n'essas nações em que entre a delação do juramento depois de aceite e o recebimento d'elle intermedeiam os dias, dentro dos quaes se podem allegar e provar pelo auctor as mesmas causas; mas não pôde ser praticavel no nosso reino, aonde logo na primeira ou segunda audiencia se decide a acção. É impossivel que no momento da mesma audiencia, e de um minuto em que a acção se decide, sobrevenham e se justifiquem essas causas, pelas quaes unicamente se pôde remover pelo auctor o juramento de alma, depois de offerecido e aceite pelo réu.

§ 72

Ou pois n'estê reino se ha de adoptar a moderna legislação de Sardenha ou da Austria e toda a Allemanha, para n'esses intervallos se revogar por essas causas a delação do juramento, ou continuando-se a nossa inveterada pratica (de que foi inventor Mendes por uma má intelligencia da L. 11, Cod. *de Reb. cred.*), uma vez que o auctor offereça o juramento e o réu logo o aceite e o juiz lh'o queira deferir, não pôde jamais o auctor remover a acção ou (o que é o mesmo) revogar a delação do juramento já aceite e já auctorizado pelo juiz. O contrario é um erro convencido (a § 62); um erro que entre nós teve origem na errada interpretação da dita L. 11, por Mendes, e estamos na regra da L. 39, ff. *de Legib.*: «Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet». E da L. 14, eod. T: «Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias».

Nota. A nossa praxe pôde só admittir-se emquanto o réu não aceita o juramento offerecido; conjunctura, em que nada ha que obste a que se remova a acção da alma para libello, Harprectr., supra, a n. 153.

E depois de actualmente prestado e postas pelo réu as mãos sobre os Evangelhos, nem ainda com justificação d'essas supervenientes causas (§ 70) pôde remover-se a acção, Harprectr., a n. 200 e 264.

§ 73

Quanto ao caso em que o réu refere o juramento ao auctor, procede o mesmo, que vem de se expor; porque depois de o auctor aceitar a relação do juramento e se offerecer a jurar, já o réu não pôde revogar a mesma relação, Harprectr., supra, a n. 206, Lauterbach., *de Relation. jurisjur.*, Thes. 102, Zoez., ad Cod., L. 4, T. 1, Q. 7, Perez, ibidem, n. 27, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 38, Coccey, *Jus Controv.*, L. 22, T. 2, Q. 30; só sim pôde revogar essa relação pelas causas referidas (§ 70) sendo supervenientes e antes ignorada, Harprectr., a n. 224 e 232, Coccey, supra, porém tal revogação por essas causas é impraticavel no nosso summarissimo (§ 71).

Nota. Exterminado assim o erro da nossa praxe, só fica applicavel a doutrina de Mend., P. 1, L. 3, C. 1, n. 9, que seguiu Silva á Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 23, e a doutrina de Harprectr., supra, a n. 86, ad 94, para o caso, em que o procurador remova a acção antes de aceite pelo réu o juramento; caso em que é necessario mandato especial para desistir da acção. Porém depois de aceite pelo réu o juramento, por mais que o procurador tenha mandato especial para remover a acção, é frustrado quando nem ainda ao constituinte é permitido.

§ 74

Nada ha que obste a que o auctor remitta o juramento ao réu quando lh'o defere, ou o réu ao auctor, quando este lh'o refere, Harprectr., Disp. 20, a n. 308, e esta remissão fica tendo o mesmo effeito de juramento, L. 6, ff. *de Jurejurand.*, Domat., LL. Civ., pag. 222, Art. 8, Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 23. Não podem porém o pupillo e o tutor remittir o tal juramento, Brun-neman., na L. 1, Cod. *de Reb. cred.*, a n. 18, e na L. 6, ff. *de Jurejurand.*

Nota. Conforme Santo Agostinho, no Can. 6, Caus. 22, Q. 5, aquelle que prevê que o adversario jurará falso, e lhe defere o juramento, commette dois homicidios espirituaes, um da alma d'aquelle a quem

deferre o juramento, outro da propria; porém este logar de Santo Agostinho, que ao proposito applicou Heinec., *Exercit. de Lubricitat. Jurisjurand. Supplet.*, in fin., tem a interpretação bellissima de Leyser., *ad Pand.*, Specim., 136, Medit. 6, Conf. Stryk., Vol., 11, Disp. 24, a § 26.

Nota etiam. Á vista do exposto n'este capitulo se vê que foi conciso alem do justo o doutissimo Pereira e Sousa, *Primeiras linhas do processo civil*, quando na nota 509 só passou com esta conclusão: «A parte, que defere o juramento, pôde revogar este deferimento *emquanto a outra parte o não aceita*, L. 11, Cod. de Reb. cred., Mull., ad Struv., Exerc., 17, Thes. 33, nota (e), Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 41, etc.»

CAPITULO IX

Quando e em que casos a confissão em juramento judicial se deve aceitar com qualidade, quando esta se possa aqui scindir e rejeitar (*quidquid sit no suppletorio*).

§ 75

Diz a Ord., L. 4, T. 52: «Em todo o contrato, de qualquer qualidade que seja, onde for deixado em juramento da parte qualquer cousa sobre que for contenda a parte que jurar, confessar que o que lhe é deixado em seu juramento é verdade, e pozei alguma qualidade que conclua não ser obrigado ao por que é demandado ou ao por que o querem obrigar, postoque a tal qualidade seja separada do que se lhe demanda; aquelle que jurou, seja crido em todo na dita qualidade para não ser obrigado. Assim como se um homem demandasse outro que lhe emprestára dez cruzados e por não ter prova ou por a não querer dar, o deixasse em seu juramento, e o demandado jurar que é verdade, que lh'os emprestou, mas que depois lh'os pagou; n'este caso e em outros taes será crido que lh'os pagou, postoque outra prova não dê nem tenha».

§ 76

Exornam esta Ord., Lima, no seu commentario, Pereira, Dec. 68, Phæb., Ar. 60, Moraes, L. 4, C. 9, n. 49, Cabedo, P. 1, Dec. 34, Caldas, *de Empt.*, C. 19, n. 28 e 33, Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 12, Mello Freire, L. 4, T. 20, § 4, e melhor Pedro Bar-

bosa, no *Tract. de Probat. per jurament.*, a n. 54. Ella é especial n'este juramento; e quanto á confissão feita em depoimento, se verá o exposto no seguinte Tr. 4.

§ 77

Os nossos reinicolas dizem ser esta a rasão da dita Ord.: «Quia jurans tunc constituitur tanquam Judex, L. 1, ff. *Quar. rer. act. non det.*, et ideo super pertinentibus ad causam principalem, et ab ea descendentibus potuit jurando judicare omnia, et quia jurantis fides electa est, unde hac ratione, vel totum debet improbari, vel approbari; nam idem in sententia recipitur». Este é o raciocinio de Barbosa, supra, n. 56.

De outro modo Cabedo, P. 1, Dec. 34, sub n. 2: «Quia tale juramentum litis decisorium habet vim transactionis, et maiorem auctoritatem quam res judicata, L. 2, ff. *de Jurejur.*, et valet ut sententia lata per veras probationes, L. *Nam postea*, § *Si doneatur*, ff. eod. Tit., imo sicuti lata contra confessum, L. *Post. rem*, ff. *De re judicat.*, unde sicuti in contractu transactionis, et in sententia potest et debet adjici ratio, et qualitas concludens justitiam ipsius; ita et in juramento ejusmodi licet adjicere causam, et qualitatem, quæ concludat jurantem non esse debitorem, et ideo etiam super tali qualitate standum est juramento». Lima, no commentario á mesma Ord., n. 5, acrescenta que: «Pars deferens alteri juramentum judiciale tacite censetur permittere etiam super connexis jurari». Moraes, L. 4, C. 9, n. 49, diz: «Quando aliquid relinquitor sub juramento, totum committitur arbitrio jurantis; et ideo creditur etiam qualitati separatæ».

Passemos aos estrangeiros. Stryk., Vol. 7, Disp. 28, C. 1, § 5, no fim dá esta rasão: «Unus alteri deferendo videtur confiteri id, de quo adversarius juxta delationem sit juraturus», e no § 7 «comparatur transactioni, etiam in connexis», etc. Conf. Valeron., *de Transact.*, T. 1, Q. 1, a n. 6.

Nota. Tal é a variedade de rasões que a lei não exprime; sejam quaes forem, o que mais tenho notado na praxe é que sendo a lei tão clara, ainda no caso que, por exemplo, figura, se um réu n'esse caso figurado jura com a qualidade que pagou, ha ministros que assignam

dez dias aos réus para provarem a qualidade do pagamento, e se o não provam, os condemnam, ou subsiste a condenação antecedente, e isto quando a lei manda se attenda esta qualidade sem outra prova.

§ 78

Como porém a citada Ord. só manda attender a qualidade «que conclua não ser o réu obrigado ao por que é demandado», o que bem advertiu Cabedo, supra, n. 16, ibi: «Non satis erit jurare cum qualitate, quæ præcise jurantem non concludat obligatum non esse». Et n. 17: «Causam, sive qualitatem adjectam juramento non sufficere (ait) si ambigua sit, nec præcise concludat jurantem esse liberatum». Et n. 18: «Causa indifferens, quia non concludit, jurantem omnino liberatum illum non excusat». Conf. Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 13, ibi: «Dummodo qualitas concludat, jurantem non esse debitorem, alias qualitati non creditur».

§ 79

Segue-se, 1.º, que justamente apud Cabedo, Decis. 34, foi condemnado um colono, que deixando-se-lhe no juramento a pensão devida, a confessou, mas com as qualidades de ser lesivo o contrato do arrendamento, e ter havido esterilidade, isto porque nenhuma d'estas qualidades era em si mesma necessariamente concludente de não ser obrigado, como bem raciocinou Cabedo.

§ 80

Segue-se, 2.º, que justamente limita ou declara esta Ord., Barbosa, de *Probat. per juramentum*, sub n. 25: «Quando qualitas tangit negotium, de quo agitur: ut si jurem te mihi fecisse pactum de illis non petendis, vel me tibi solvisse: nam si jures me deberi tibi alia centum ex causa mutui, vel ex alia causa, cum ista negotia sint separata, et diversa, et ex diversis causis contrata ad diversos effectus, et unum nullo modo tangit aliud; tunc etiam juramentum separari potest. Quod satis et ex mente illius ordinationis.

§ 81

Segue-se, 3.º, que se qualquer citado para jurar a verdade de um contrato, de que se não fez escriptura publica, usando do re-

medio da Ord., L. 3, T. 59, § 5, elle jurar a verdade do mesmo contrato; mas disser que foi lesivo, usurario, doloso, etc., sem declarar especificadamente a rasão provavel por que foi lesivo, usurario, doloso, etc., tal qualidade não se attende (ad instar do caso e rasões de Cabedo), porque assim abstractamente não conclue não ser o réu obrigado, não se especificando o em que consistiu a lesão, a usura, etc., porque entretanto está toda a presumpção juridica pela justiça do preço contra a lesão, contra a usura, contra o dolo, etc., enquanto esta presumpção se não illide com provas adventicias extrinsecas e contrarias que sejam convincentes.

§ 82

Segue-se, 4.º (e ad instar do caso que figura Barbosa), que se a qualidade for extravagante, disparatada e estranha do caso de que se pede o juramento, não deve attender-se como quando o réu contrapõe ao que se requer que elle jure outra cousa, direito ou acção a que suppõe ser-lhe obrigado o auctor, e em que não possa haver juridica compensação de uma cousa a outra, nos termos da Ord., L. 4, T. 78. O mesmo e geralmente procede «quando qualitas habet præsumptionem contra se», Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 12, n. 2.

Nota. Tenho visto alguns juizes peccar em outro extremo, admittindo ao réu em seu juramento toda a qualidade por mais estranha e diversa que seja do negocio de que se trata, e absolvendo sem advertirem nas mysteriosas palavras da Ord., que só manda respeitar a qualidade que conclua não ser o réu obrigado ao por que é demandado, e não qualidades estranhas, remotas do negocio, inconcludentes, nem contraposições de dividas e acções, em que, segundo a lei e direito, se não admitte compensação, etc.

§ 83

Segue-se, 5.º, que como esta Ord. requer uma qualidade que conclua não ser o réu obrigado ao por que é demandado, não deve o juiz admittir um juramento que visivelmente seja capcioso com restricções mentaes, porque taes juramentos são detestaveis em effeitos, mentiras palleadas, reprovados por todas as leis di-

vinas e naturaes, e um juramento tal não cumpre com o que a nossa lei é semelhantes exigem, Stryk., *de Cautell. Jurament.*, P. 2, Sect. 3, C. 1, a n. 14. E mesmo é do officio do juiz repellir de jurar aquelle que pelas occorrentes circumstancias se conhece que quer jurar falso, Stryk., Vol. 11, Disp. 24, *de Officio judicis circa pejeratum*, etc.

Nota. «Generatim verò (adverte o mesmo Stryk. § 23) Judicis Officium in eo consistit, ut licet non adeo sit convictus, alterum, cui juramentum delatum est, falso esse juraturum; nihilominus tamen, quia semper dubium adest, Juraturum sedulo edoceat, in quonam vis juramenti consistat, et quænam pænæ illos expectent, qui Nomen Domini in vanum assumunt, imo qui per præstationem juramenti Deum Omnipotentem vindicem perfidiæ suæ expectant. Equidem in plerisque judiciis ejusmodi admonitio præstationem juramenti præcedit: Sed dolendum est multos Judices inhærere suæ formulæ consuetæ; cum tamen in illa admonitinae Judex, si accurate procedere debet omnes circumstantias, quæ forsitan contra juraturum militant, ex actis diligenter eruere, earumque recensione conscientiam Juraturi tangere deberet.» Qual é o que assim o cumpre n'este reino? Quão bella é a pratica de Sardenha! Mas o que recomendo aos ministros é que ponderem seriamente as restricções mentaes com que muitos juram, tão reprovadas, como se póde ver na magistral censura a Lucio Ferraris, Verb. *Juramentum*, Art. ad n. 13, Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 3, T. 9, C. 2, a n. 42, apposite Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 4.

CAPITULO X

Quando e em que casos se admitte appellação ou dos incidentes ou da sentença final n'esta acção

§ 84

N'esta acção ha sentenças interlocutorias sobre os incidentes de dever o réu jurar ou referir o juramento, sobre declinatorias, etc., como suppõe a L. 11, Cod. *de Reb. Cred.*, e a nossa Ord., L. 3, T. 52, § 3, e melhor as leis da Sardenha e Allemanha já referidas a § 61. E ha tambem sentenças definitivas, que absolvem ou condemnam, como é bem notavel a L. 34, § 9, ff. *de Jurejurand.*, e o suppõe a Ord., L. 3, T. 59, § 5 e seguintes.

§ 85

Que erros os mais grosseiros não tenho notado em alguns juizes, os quaes, por mais que os réus compareçam oppondo declinatorias ou arguindo que a acção é incompetente, ou que não são obrigados jurar nem referir o juramento, etc., elles tudo desprezam, procedem arbitrariamente ex abrupto. Se os réus aggravam ou appellam, tudo desprezam e passam a deferir ao auctor o juramento, como em contumacia. E se as causas não excedem as suas alçadas, aqui mais e mais se erigem arbitros de direito, sem lei, sem regra. Não, senhores, não deve ser assim; mas (limitado só o caso de caber a causa na sua alçada, em que não se aggravando nem appellando de Ord. não guardada têm as redeas mais soltas) a appellação se deve admittir ou rejeitar, nos casos que passo a especificar.

§ 86

1.º «Sic hoc juramentum ab Actore vel Reo bona fide delatum, et hæc delatio per judicalem interlocutoriam confirmata; sique ejus præstatio adversæ Parti inuncta fuerit; hic neque deferenti, neque ejus adversario appellare conceditur. Non Parti deferenti, quia liberum ei fuit Adversario suo hoc juramentum deferre, vel non; neque Judex ei aliquod sua interlocutoria gravamen intulit, sed ipse hanc viam ultro elegit. . . Sed nec ei, cui hoc juramentum delatum, et a Judice impositum, ab hac Ipsa Sententia appellare est integrum, cum electio ei competat, utrum illud præstare, an referre velit, et per ipsam hujus juramenti delationem neque deferens aliquam injuriam inferat. . . neque aliquod ad ipsum gravamen redundat; sed de hoc ipso potius gratulari sibi debeat, quod in propria causa ipse testis, et judex à deferente sit constitutus ut proprio ipsius testimonio, et Sententia quodammodo se ipsum absolvere, vel ad id quod prætendit, adversarium condemnare queat». Ita ex professo Harprectr., Disp. 21, de Appellatione a Jurejurando, a n. 17, Conf. Peg. 2, For., C. 15, n. 126, Silv., ad Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 46, Altim.; de Nullit., Tom. 4, Rubr. 5, Q. 34, Salg., de Reg. Prot., P. 2, C. 1, a n. 165, Conciol., ad Stat. Eug., L. 2, Rubr. 13, n. 3 et 22.

§ 87

2.º Se nos casos em que o auctor pôde revogar a delação do juramento e remover a acção (C. 8), o juiz lhe despreza essa revogação, e passa a deferir o juramento ao réu, pôde o auctor appellar d'essa sentença, para que o juiz da segunda instancia conheça e julgue se a delação do juramento foi justamente revogada, Harprectr., supra, n. 24; bem como se o auctor deixa a decisão no juramento do réu, e não tendo este justa causa para o recusar, o juiz o não quer deferir, compete ao auctor o remedio da appellação, Salgad., supra, n. 169.

§ 88

3.º Se o réu refere o juramento ao auctor e o auctor recusa jurar por alguma das causas expostas a § 54, mas o juiz lh'as despreza e passa a condemná-lo como contumaz em jurar, então pôde appellar para no juizo superior se julgar se teve ou não causa justa de recusar o juramento referido pelo réu, Harprectr., supra, a n. 65, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 12, n. 4, Scacc., *de Appellat.*, Q. 17, Limit. 34, n. 5.

§ 89

4.º Se depois do auctor offerêcer o juramento ao réu, este o refere ao auctor e o auctor se subtrahê a jurar, dizendo que quer recorrer a provas da sua intenção, n'este caso, como o auctor não tem aquelle favor, que aliás é concedido aos réus, e fica demonstrado a § 49, se o juiz nega ao auctor o regresso ás provas, depois do réu lhe referir o juramento, não o agrava; nem o auctor pôde appellar, Harprectr., supra, a n. 62, Ridolfin, *in Prax.*, P. 1, C. 10, n. 170, Altimar., supra, n. 8, Brunneman., in L. 12, *Cod. de Reb. cred.*, n. 18 et 19.

§ 90

5.º Se o réu comparece e contende que a acção é incompetente, ou que nem é obrigado jurar nem referir o juramento, por algum dos fundamentos expostos, C. 1, 2, 3, 4, e 7, e o juiz lhe despreza a contradição, passando em sua contumacia a querer deferir o juramento ao auctor ou se obrigar o réu a que jure, pôde o

rêu appellar d'esta rejeição das suas razões ou fundamentos para o juízo superior, Harprectr., supra, n. 58, Ridolfin., n. 172, Guerreiro, Trat. 4, L. 3, C. 10, a n. 22, Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 47, Conciol., ad Stat. Eug., Liv. 2, Rubr. 12, n. 4, Peg. 2, For., C. 15, n. 127, *. In qua varietate, Altimar., de Nullit., Tom. 1, Rubr. 5, Q. 34, n. 9, Salgado, de Reg. Prot., P. 2, C. 1, n. 168.

§ 91

6.º O mais duvidoso é, se o réu em cuja contumácia o juiz deferiu o juramento ao auctor e o condemnou, póde ou não appellar? O nosso Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 20, só denega a appellação quando o juramento é deferido pelo auctor ao réu ou por este áquelle, que são os termos proprios em que se verificam as doutrinas referidas (§ 86); mas não quando o juiz defere ao auctor o juramento em ausencia e contumacia do réu por não comparecer em juízo.

Na verdade, esta opinião de Guerreiro é bem plausivel, porque essas razões (§ 86), a que acrescento outras de Harprectr., supra, a n. 25, e as da L. 12, § 3, ff. de Reb. cred.; estas razões, digo, pelas quaes se denega a appellação ao auctor quando defere o juramento ao réu, ou a este quando o refere áquelle, todas ellas cessam, quando o juiz em contumacia e ausencia do réu defere o juramento ao auctor. A nossa Ord. mesma, L. 3, T. 52, § 3, emquanto denega revogar-se o juramento judicial por meio de provas, ainda instrumentarias e supervinientes (Ord. de que Silva e outros inferem denegado o remedio da appellação), ella suppõe clarissimamente o caso em que a sentença fosse dada por bem do juramento judicial que é dado pelo juiz a uma das partes a requerimento da outra, de consentimento e auctoridade do julgador; ou por uma parte a outra approvando o julgador; tendo esta Ord. talvez em vista a L. 12, § 3, ff. de Reb. credit., com as mais razões deduzidas de outras leis. Não comprehendeu porém a nossa Ord. o caso contrario de ser deferido ao auctor o juramento em ausencia e contumacia do réu sem sua expressa ou tacita approvação, caso em que Guerreiro, n. 51, limita a mesma ordenação para poder ser retractavel e convencido o juramento com documentos. (V. infra §)

Deferir-se juramento ao auctor em ausencia e contumacia do réu ou é por effeito de pena de contumacia ou por uma presupposição de que o contumaz quiz referir o juramento ao auctor. Mas se, como pena de contumacia, não priva ao réu da faculdade de defeza, expondo

as causas que o excusem da contumacia e da sua pena, ex Barbos., et Tab., *Thesaur. Loc. Commun.*, L. 3, C. 134, Ax. 18, entendendo-se n'este sentido a doutrina de Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 30, sub. n. 52, scilicet, que a sentença contumacial não passa em julgado, Se como presupposição de que quiz referir o juramento ao auctor. isto é, uma presumpção que admite prova em contrario. O contumaz verdadeiro não appella, o ficto sim; Barbosa, supra, Ax. 3. Aquelle que em presença do juiz e do auctor é contumaz em jurar ou em referir o juramento, é contumaz verdadeiro que não pôde appellar n'este caso, L. Delata, *Cod. de Reb. credit.*, Tom. 1, Rubr. 5, Q. 34, n. 7. Mas quando em ausencia do réu se defere o juramento ao auctor, é elle contumaz só ficto, que pôde appellar. No juizo da appellação e superior instancia têm os appellantes aquellas amplas liberdades de allegar e provar de novo, que lhe concede a Ord., L. 3, T. 83. Ora, no juizo da appellação pôde o appellante por uma parte purgar a contumacia por algum dos modos que expõe Barbos. e Tabor., L. 3, C. 134, Ax. 18 e 21, e com os que recopilou Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 24, C. 1, § 23, ibi: «Unde apparet, non respondentem variis exceptionibus si tueri posse, ne in contumaciæ pœnam incidat. Huc pertinet (1) exceptio termini nimis angusti, si modo in Lege Provinciali hic determinatus sit. (2) Citationis non recte insinuatæ vel non factæ insinuationis (3) vitiosæ citationis, (4) Legitimorum impedimentorum, (5) fori incompetentis, vel alterius declinatoriæ, quorsum etiam spoli, et Laudationis pertinent (6) feriarum (7), deficientis accusationis, (8) termini circumducti; vel quæ sunt aliæ hujus generis exceptiones». Por outra parte, purgada assim a contumacia, pôde o réu na appellação passar a arguir, ou a incompetencia da acção, ou que não era obrigado a jurar ou referir o juramento ou que deve ser admittido a jurar, etc. Portanto, se o réu não pôde appellar quando a juiz defere o juramento a uma das partes a requerimento da outra, e em que o juizo se defere por uma parte a outra com auctoridade do julgador, porque lhe obstem as razões ponderadas (§ 86), tudo cessa quando em ausencia e contumacia do réu se defere o juramento ao auctor, e então no juizo superior, excusando a contumacia, pôde mostrar a sua justiça. A opinião pois de Guerreiro, referido no § 94 (ainda que por elle não fundamentada) é sustentavel.

§ 92

7.º (e comprovatorio do 6.º) É um réu citado para o juizo incompetente; manda a esse juizo procurador para oppor a incompetencia, mas sem faculdade de jurar. Rejeita-lhe o juiz a incompetencia. Deixa o procurador de aggravar (e suspensivamente, como aqui permite o direito ut C. 6). Passa o julgador *ex abrupto*

a deferir o juramento ao auctor, vistoque o réu não mandou procurador sufficiente para jurar, e condemna ao réu pelo juramento do auctor. Appella o procurador do réu. Deve receber-se-lhe a appellação, e na superior instancia é attendido pelo accordão e tenções que transcreveu Peg., Tom. 13, ad Ord., L. 3, T. 1, § 5, n. 37, aonde annullando-se a condemnação, se mandou disputar a incompetencia verbalmente, opposta pelo procurador.

§ 93

8.º (E mais comprovatorio do 6.º) Se um auctor, depois de experimentar contra si uma sentença em juizo ordinario, demanda sobre a mesma cousa ao réu por acção de alma, e não comparecendo o réu é condemnado em contumacia por juramento do auctor; esse juramento e sentença condemnatoria, carecendo dos regulares effeitos, é retractavel por meio de embargos e appellação, como se vê julgado e confirmado em Peg., Tom. 2, For., C. 15, pag. 1034, Col. 1.

§ 94

9.º (E comprovatorio de 6.º, 7.º e 8.º) É um réu citado, comparece por procurador; oppõe-se-lhe que não tem as qualidades da Ord., L. 3, T. 29, e T. 59, § 15, para fazer procuração por sua mão, e é por isso abandonado o procurador de jurar pelo réu. Passa o juiz a deferir o juramento ao auctor, sem dar espaço ao réu para mandar procurador com mandato legal, e condemna ao réu; appella este, e é attendido retractando-se o juramento do auctor assim deferido a elle em contumacia do réu, porque n'aquellas circumstancias não houve contumacia formal. Assim se vê julgado em Peg., Tom. 2, For., Cap. 15, pag. 1034, Col. 2, e pag. 1035, Col. 1. O mais se póde ver em Harprectr., Disp. 24, *De appellatione à Jurejurando*.

CAPITULO XI

**Efeitos juridicos da sentença n'esta acção. Casos
em que elles cessam. Quando aproveita
ou não prejudica a terceiro**

§ 95

Primeiro effeito. O juramento judicial é especie de transacção; tem força, imò maior força de cousa julgada, ainda independente de sentença do juiz, depois d'este juramento já se não disputa mais a verdade da divida jurada, nem póde retractar-se por instrumentos, ainda de novo apparecidos, por mais que convençam o perjurio, como largamente comprovam Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 17 e 25, Repertor., debaixo da conclusão: *Juramento judicial é quando*, etc., Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, a n. 1, Peg., 1, For., C. 2, n. 56, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 12, n. 23, Domat., *LL. Civ.*, pag. 222, Art. 12, optimè Urceol., *de Transact.*, Q. 4, a n. 68, Ord., L. 3, T. 52, §§ 3 e 4*.

• Analyse da Ord., L. 3, Tit. 52, §§ 3 e 4.

§ 96

É de precisa necessidade analysar aqui esta Ord.; ella bem reflectida procede strictamente no caso: « Se a sentença fosse dada por bem do juramento judicial, *que é dado pelo juiz a uma das partes a requerimento de outra*, ou por bem do juramento *que se desse em juizo por uma parte a outra de consentimento e auctoridade do julgador*... A razão é, *porque no juramento judicial póde ser imputado a parte, que deu o juramento a outra de auctoridade do julgador, ou consentiu ser-lhe dado pelo juiz*, pelo qual foi a dita sentença dada... No caso em que o auctor por não ter escriptura *deixar a demanda no juramento do réu*, e por seu juramento for absoluto, aindaque depois o auctor ache escripturas publicas, etc. Isto mesmo no caso da repugnancia pessoal do réu em não jurar suppõe a Ord., L. 3, T. 59, §§ 5 e 6*.

§ 97

É bem manifesto n'esta Ord. que só figura o caso de se deferir o juramento por uma parte a outra em juízo, ou o juiz a uma por expresso consentimento da outra. A sua bem expressa razão é porque pôde ser imputada a parte que deu em juízo, o juramento a outra, ou consentiu que o juiz lh'o deferisse, o confiar na verdade d'elle; outras razões exhibe o nosso Barbos., no *Trat. de Probation. per jurament.*, n. 94, ibi:

«Et probatur ratione, quia juramentum habet vim sententiæ, L. 56, *de Re judic.*; et sic non debet regulariter fieri rescisio propter instrumenta de novo reperta: Item habet vim transactionis, L. 1 et 2, ff. *de Jurejur.*; quæ transactio etiam non rescinditur propter instrumenta de novo reperta L. 19, *Cod. de Transact.* Et propter hoc duplex vinculum non permittitur retractatio, etiam per restitutionem in integrum, Arg., C. 1, *de Freg. et pac.* Confirmatur etiam, quia hoc casu non potest agi de preiurio, L. 1, *Cod. de Reb. Cred.*, L. *Si adversus de Except.* Ergo nec debet permitti hæc retractatio per restitutionem in integrum, ne sic detegatur preiurium, Arg., Cap. *Cum quid de Reg. Jur.*, in 6. Ac ita licet Sententia per se sola rescindi possit per instrumenta de novo reperta, mediante restitutione in integrum, pariter et transactio... Tamen, si hæc duo conjunguntur, nullo modo est licita retractatio, et est de mente Ord., L. 3, T. 52, § 3». Confirma-se o Repertor., debaixo da conclusão: *Juramento judicial é quando, etc., ★ Ratio.*

§ 98

Ora, quando o réu não comparece e o juiz defere em sua contumacia o juramento ao auctor, cessam as intrinsecas e expressas razões da Ord., porque n'este caso, nem o réu deferiu o juramento ao auctor em juízo, nem consentiu que o juiz lh'o deferisse. Equiparado o juramento judicial a transacção (fundamento intrinseco da Ord.), ex L. 2, ff. *de Jurejurand.*, e sendo a transacção um contrato consensual, mal pôde dizer-se que um réu que não compareceu em juízo, deferiu o juramento ou consentiu que o juiz o deferisse, e que assim transigisse com o adversario. E mal pôde dizer-se este caso comprehendido na dita Ord., que só decide o

proprio caso, em que uma parte defere em juizo o juramento a outra, ou consente que o juiz lh'o defira.

§ 99

Já vimos (§ 34 e Not.) o quanto duvidoso é se o réu que não comparece, se ha por confesso, como em perda da contumacia, ou se não comparecendo é visto consentir que o auctor jure. Seja o que for, o certo é, que tudo são ficções do direito, e não são confissões expressas e positivas, Angelis, *de Confess.*, L. 2, Q. 32, n. 8, Parex., *de Instrum.*, Edit., T. 8, Res. 2, n. 32. Um réu tal não é contumaz verdadeiro, e d'aquelles a que a Ord., L. 3, L. 79, § 3, prohibe o regresso da appellação, antes lh'a permite (confira-se a grande nota ao § 91). E portanto a dita Ord., L. 3, T. 52, § 3, que procede no caso unico já figurado (§ 96), e em que só procedem as rasões expostas (§ 97), não se pôde dizer que comprehende o caso ficto e diverso de não comparecer o réu, e deferir o juiz em sua contumacia o juramento ao auctor, ou como pena ou como presumpção de ser essa a vontade do réu. É preciso no sentimento de Barbosa (§ 97), que *hæc duo junguntur*, deferir-se por uma das partes o juramento á outra em juizo, ou o juiz a requerimento de uma, e sobre isto sentença. Só assim *propter duplex vinculum non permittitur retractatio*. Toda a lei cessa, quando se não identifica o caso n'ella figurado e decidido, Barbos. e Tab., L. 14, Cap. 104, Ax. 3.

§ 100

Por estas rasões os DD. justamente fazem differença entre o caso de ser o juramento judicial deferido por uma parte á outra, e entre o caso de ser deferido pelo juiz em contumacia; de fôrma que no primeiro, suppondo-se entre elles uma transacção, é irretractavel ainda por documentos de novo apparecidos; não assim no segundo caso, em que não se pôde figurar tal transacção, Coccey, *Jus Contro.*, L. 12, T. 2, Q. 42, * *Excipiuntur*, Barbos., *de Probat. per juram.*, n. 94, Urceol., *de Transact.*, Q. 93, n. 17 e 18, Trentacinq., L. 3, Var., T. de Transact., Resol. 1, n. 7, Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 50 e 51, Berlich., P. 1, Concl.

35, n. 15, Tiraquell., *de Retract.*, Linag., § 4, Gloss. 1, n. 12 e 30.

§ 101

E muito mais, se os instrumentos de novo apparecidos estivessem supprimidos por dolo e fraude do adversario, Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, sub n. 25. Bem como a transacção (a que este juramento deferido por uma parte a outra se equipára) se retracta por documentos de novo que a parte havia dolosamente subtraído, Coccey, *supra*, Orceol., *de Transact.*, Q. 93, a n. 14, Vin., *de Transact.*, C. 8, sub n. 6.

§ 102

No primeiro caso de ser deferido o juramento em juizo por uma parte a outra ou pelo juiz a um de consentimento de outro; determina a mesma Ord. que «Se depois se mostrar alguma escriptura publica sem vicio e sem suspeita, pela qual conhecidamente se mostre o juramento ser falso, o façam saber ao rei, para sabida a verdade ordenar o que sobre isso se ha de fazer por bem da justiça das partes». Porém como pôde jamais ser praticavel este remedio? Se n'esse caso a sentença proferida por tal juramento não pôde retractar-se, aindaque depois appareçam escripturas publicas, se contra tal sentença se não admittem com este fundamento embargos, como poderá verificar-se virem os juizes as escripturas, para com ellas fazerem ex-officio relação ao rei? E quando as vejам, qual será o que tenha esse zêlo?

Nota 1.ª O direito romano, fonte d'esta Ord., está abrogado pelo uso das nações, e este perjurio é punivel, independente de recurso ao rei, Groeneweg., *de Legib. abrogat.*, ad L. 1, Cod. *de Reb. cred. et jurejur.* Entre nós em Phæb., Decis. 69, n. 7, vemos exemplos de se conceder provisão para querela n'este caso. Veja-se Peg., Tom. 9, ad Ord., L. 2, T. 32, in Rubr., n. 386. No caso porém da Ord., L. 3, T. 59, § 10, não é necessario provisão para se poder accusar o perjuro.

Nota 2.ª Se o juramento é deferido ao auctor em contumacia do réu, deve o juiz, attento o exposto a § 96, ser facil em admittir ao réu provas contra esse juramento, ou por escripturas ou ainda testemunhas legaes; et maximè, se o réu exculpar a contumacia por alguma das causas referidas na nota ao § 94.

§ 103

Segundo effeito. Este é o que expõe Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 18, ibi: «Si jus suum jurejurando actor asseruerit, in factum actionem ex jurejurando, vel subsecuta judiciali condemnatione, utilem rei judicatæ actionem habet... Quamvis de cætero hæc actio sit tantum adjectitia qualitatæ actionis pristinæ in rem, vel in personam; sic ut in eam illa veniant, quæ vel publiciana actione, vel reivindicatione, vel petitione hæreditatis, vel empti judicio, aliove simili, actorem consequi oportere generaliter actionis cujusque natura declarat; sivè de re principali, sivè de accessionibus, usuris, fructibus, aliisque quæstio sit... Undè et actionem pristinam neque novat, neque tollit jusjurandum, sed magis actioni pristinæ hanc adjicit in factum actionem... Ut proinde *improprie* jusjurandum ad novationis speciem referatur». Confirmasse Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 2, § 16, Struv., Exerc. 11, Thes. 49 e 50, Brunneman., na L. 26, Cod. *de Jurejurand.*, n. 6. Em contrario, que este juramento innova a antiga acção. Veja-se Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 2, Q. 22.

§ 104

Terceiro effeito. «Verum, uti jusjurandum ad Partis delationem, aut relationem interpositum Juranti tum ad excipiendum, tum ad agendum prodest; ita quoque eidem nocet, ac actio indè utilis ex æquitate adversus eum datur, quoties id jurejurando complexus est, quod implacat, atque involvit ipsius Jurantis obligationem. Qua ratione, siquis juraverit, vendidisse me ei rem aureis centum, non minus ipse utili actione vendit ex jurejurando ad pretium consequendum conveniri potest; ac ipse empti actione ex jurejurando ad rem tradendam... Idemque dicemus, si Societatem se fecisse juravit... Et si juraverit, se ob decem pignori dedisse fundum, non modo a pignoratitia actione, seu pignoris repetitione, depellendus erit, donec decem velut debita, solverit. Sed et ex jurejurando suo ipsum ad decem conveniri posse magis probatum fuit», etc., Voet., supra, n. 19.

§ 105

Quarto effeito: «Si reus juraverit se non debere, fidejussori quoque jusjurandum prodest; et vice-versa, præstitum à fidejus-

sore jusjurandum reo principali proficiet, si modo fidejussor in rem juraverit *non deberi*; nam si de sua tantum persona juraverit, quod *nempe fidejussor non sit*, aut quid simile, reo principali nulla inde Liberatio contingit... Unoquoque reo debendi jurante se non debere, jurisjurandi exceptio alteri reo debendi danda videtur... quod jusjurandum loco solutionis est; dummodo et hic in rem juratum fuerit. Quemadmodum ex adverso in duobus stipulandi reis ab altero delatum jusjurandum, etiam alteri nocebit, quominus petat, sive socii sint, sive non... Etsi enim pactum de non petendo ab uno reorum credendi cum debitore factum non obsit alteri stipulandi reo; aliud tamen in jurejurando placuit... quin et acceptilationis, novationis, et delegationis quandam speciem jurejurando comprehensam videri posse, illudque loco solutionis cedere, in locum solutionis succedere placuit... Diversum tamen dicendum erit, si unus ex pluribus debendi reis jusjurandum Creditori detulerit, isque sibi deberi juraverit; quippe quo casu tantum adversus deferentem, non item alterum debendi reum actionem in factum ex jurejurando jurans habere potest; cum res inter alios judicata, aut jurata aliis non gravet; nec hic eadem quæ in Superiore casu ratio sit. Ita Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 2, n. 21, Brunnem., in L. 28, ff. *de Jurejurand.*, Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, a n. 57, Domat., *LL. Civ.*, pag. 222, Art. 15, Valeron., *de Transact.*, T. 2, Q. 8, n. 12, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 12 e 33, Cod. Civ. dos francezes, Art. 1365, ubi optime; et his non citatis novissime, Pereira e Sousa, *Primeiras linhas do processo civil*, nota 511. Outros efeitos se podem ver no citado Guerreiro.

Casos em que se restringem ou cessam os efectos d'este juramento

§ 106

Restringe-se e limita-se, 1.º: «Uti res inter alios acta, vel judicata, sic inter alios jurata aliis non nocent... Quo fundamento, si petitor juraverit, possessore deferente; *rem suam esse*, danda ei actio dumtaxat adversus illum, qui jusjurandum detulit, eos, qui in ejus Locum successerunt, contra alios ei jurisjurandi præ-

rogativa nihil prodest... Aut si quis *hæreditatem suam esse juraverit*, non proficiet ei jusjurandum præstitum, alio, quam qui detulerit, hæreditatis respondente, vel petente, sed ex integro probare debet, se hæredem esse», Voet., supra, n. 20, Pereira e Sousa, supra, Not. 511. Por isto é que este juramento *quoad alios* admite prova em contrario, Lim., *de Gabell.*, pag. 229, n. 28, Domat., *LL. Civ.*, pag. 222, Art. 16, Silva, ad Ord., L. 3, T. 52, § 3, n. 38.

§ 107

Restringem-se, 2.º, porque «*strictam quoque jusjurandum quam maxime recipit interpretationem*», Brunneman., in L. 9, ff. *de Jurejur.*, n. 6, Voet., supra, n. 22, aonde se podem ver outros exemplos.

§ 108

Por outra parte, 3.º, sendo certo que este juramento só produz seus effeitos *si rite præstitum sit*, Voet., supra, n. 17, elles cessam geralmente quando n'esta acção se não procede *ritè et rectè*, sed *nulliter*, caso em que nunca tal sentença passa em julgado, Pegas, 1, For., C. 2, n. 59.

§ 109

Especialmente cessa, 4.º, o effeito d'este juramento, se depois de o auctor jurar que o réu lhe deve, o réu outra vez deferindo-lhe o auctor o juramento, jurar que não deve, ou *vice versa*, porque prefere o ultimo dos juramentos (*), L. 28, in fin., L. 29, ff. *de Jurejur.*, Voet., n. 26. E cessa tambem quando se jura sobre se dever uma cousa que havia perecido sem culpa do possuidor, L. 30, § 1, ff. eod. T.

* Mas isto se entende nos juramentos extrajudiciaes, Brunneman., na L. 28, n. 14.

§ 110

5.º Variam os DD. na questão: se confessando o réu ou o auctor que jurára falso, cessa o effeito d'este juramento. Vejam-se Harprectr., Disp. 21, a n. 33, Guerreiro, Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 88, aonde assenta que se retracta e perde o effeito o jura-

mento judicial por uma confissão contraria e posterior. Conf. Berlich., P. 1, Concl. 35, n. 11, Tondut., Civil., C. 177, n. 14.

§ 111

6.º O menor que sem auctoridade do curador deferiu o juramento ao adversario, mostrando-se enganado e leso, tem restituição contra o mesmo juramento para ser retractado, L. 9, § 4, *de Jurejur.*, ubi Brunneman., n. 36, Guerreiro, Tr. 3, L. 5, C. 11, n. 59, e Tr. 4, L. 3, C. 10, n. 94. A si proprio deve imputar o que recebeu o juramento deferido pelo menor, não o repellindo (como podia repellir, ut § 11) da acção; e muito mais, se depois de deferido o juramento pelo menor lhe sobrevieram documentos convincentes do perjuro, Urceol., *de Transact.*, Q. 93, n. 23; e da mesma fórma se o juramento foi deferido contra o menor em sua contumacia, gosa do beneficio da restituição, Guerreiro, Tr. 3, L. 5, C. 11, n. 40 e 41.

§ 112

Emfim, 7.º, se o réu outra vez demandado não oppoz á excepção que produz o juramento, pôde validamente proferir-se sentença contra elle, Brunneman., na L. 9, ff. *de Jurejurand.*, n. 17, bem como aquelle que não oppoz a cousa julgada por excepção, e tacitamente consente na disputa da questão principal, é visto renunciar a cousa julgada, Peg., Tom. 7, For., C. 253, n. 84.

CAPITULO XII

Embargos oppostos á execução da sentença proferida n'esta acção

§ 113

Devemos distinguir os embargos fundados em factos que tivessem origem depois da sentença, ou que tivessem origem antecedente, ou fundados em nullidade do processo que procedeu á condemnação; podemos reduzir á classe dos primeiros os embargos de solução, compensação, novação, transacção, remissão e semelhantes. Estes que têm origem depois do juramento e da sentença, e que se não oppõem directamente a ella, são admissiveis;

mas com esta distincção que, se logo se mostram provados por algum documento, fazem suspender a execução; não assim se dependem de provas de testemunhas, porque se devem receber sem suspensão da execução, conforme o assento da Coll. 3, á Ord., L. 3, T. 87, Mello, L. 4, T. 22, § 15.

§ 114

Quanto porém aos segundos, ou n'elles se allegam factos antecedentes á condemnação, ou nullidades do processo; se se allegam factos antecedentes á condemnação, como solução, compensação, etc., eu faria esta distincção: ou o réu compareceu em juízo, e ou referiu o juramento ao auctor, ou, não querendo jurar, se deferiu ao auctor em sua presença; e n'estes casos, assim como não póde jamais appellar (§ 86), tambem não embargar, nem ainda com pretexto de documentos de novo apparecidos (§ 86).

Nota. Não deixa porém de ser duvidoso, se omitindo o réu oppor n'esse acto compensação, a póde oppor na execução com suspensão ou sem ella. Faz duvida o exposto no § 80, aonde, que uma tal compensação seria qualidade rejeitavel. Logo não deve ficar sem o remedio de a oppor competentemente na execução. Por outra parte, ainda mesmo aquelle que confessa uma divida simplesmente, póde depois oppor compensação, e pagando sem oppor, póde repetir o que assim lhe devia o seu crédor, Bersan., *de Compensat.*, C. 5, Q. 2, Gratian., For., C. 356, n. 42, Rocc., Select., C. 155, n. 11 (bem que em contrario dizem outros que o que confessa a divida não póde depois oppor compensação, Ansaldo., *de Commere.*, Disc. 45, n. 25, Altim., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 45, n. 19, opiniões que se devem conciliar com Bersan., supra, C. 1): logo e *à fortiori* póde embargar a execução com esta materia. Por outra parte, é commun distincção dos DD. que em todo o caso se póde oppor compensação na execução, quando não tivesse sido opposta e reprovada na causa principal.

§ 115

Ou o réu não compareceu em juízo, e o auctor jurou a sua revelia, e então ou elle póde exculpar a contumacia, por algum dos modos expostos na nota ao § 91, e n'esse caso assim como poderia appellar (§ 91), tambem lhe fica salvo embargar a execução

com materia relevante, exculpando com esta a contumácia. E isto com suspensão ou sem ella, conforme a distincção do § 113.

Nota. Muitas vezes recorrem os réus ao fundamento de não terem sido citados. Esta negativa não pôde verificar-se de outro modo que não seja o exposto por Bagn., C. 2, a n. 41, isto é, requerendo-se que o official declare o dia, sitio e hora em que citou o réu, e feita essa declaração, provar a negativa coarctada. De outro modo prevalece a fé do official, Bagn., supra, a n. 21.

§ 116

Se na execução se allegam nullidades do processo, então, sendo simples e nuas, não se attendem n'este caso por estylo dos tribunaes, e só cumulando-se com as nullidades a verdade contraria ao juramento, Peg. 1, For., C. 2, n. 27, e Tom. 2, For., C. 15, pag. 1032, Col. 2, et 1033, e Tom. 6, For., C. 145, tot., França, ad Mend., Ar. 57.

§ 117

Não são porém nuas as nullidades expostas desde o § 92 até 94. E se com ellas se embarga a execução, devem ser attendidas como já o foram nos arestos ahi referidos; em ordem a que, revogado o juramento a que desordenadamente se procedeu, seja o réu ou absoluto ou admittido a jurar.

TRATADO X

Juramento em depoimento.

Quando é ou não respeitavel a qualidade da confissão feita em depoimento?

Analyse da Ord. L. 3, T. 52, § 9, nas palavras .Porque o depoimento foi introduzido para que pela confissão feita por elle nos artigos, seja a parte relevada de dar a elles prova.. — E questões Quando deve attender-se ou rejeitar-se a qualidade com que o deponente reveste a sua confissão?

ARTIGO I

O que a este respeito tem discorrido os nossos reinicolas

§ 1

O primeiro de todos (que eu saiba) foi Caldas, no *Tract. de Emption.*, C. 19, no fim do n. 29, aonde, depois de tratar do

caso do juramento judicial, especializado na Ord., L. 4, T. 52, que diz ser correctoria do direito *commum*, vem a decidir que se deve restringir ao seu proprio caso: «Non vero porrigitur ad confessionem factam in positionibus, in qua Jus commune observandum est, quod praxis observat». Gabriel Pereira (filho de Caldas), na Decis. 68, faz a mesma distincção, e no n. 5 positivamente diz: «In Juramento veritatis, quod a Parte exigitur in depositionibus ad articulos qualitati juratæ non creditur, quia in eo solum creditur Parti in iis, quæ contra ipsam faciunt». Mend., na P. 2, L. 3, C. 12, n. 42, já seguiu Pereira. A estes Silva, ad Ord., L. 3, T. 53, § 9, n. 8, e a Pereira o senador apud França ad Mend., Arest. 49, n. 4, e a todos seguiu cegamente sem critica Mello Freire, L. 4, T. 20, § 4 (Cabedo e Phebo, que alem d'aquelles cita Mello, e fallam em casos diversos).

§ 2

Pelo contrario Barbosa, ad Ord., L. 3, T. 53, no princ., n. 2, e Moraes, de *Execut.*, L. 4, C. 9, a n. 49 (pondo de parte o juramento judicial, de que trata a Ord., L. 4, T. 52), não passam com essa proposição absoluta, mas fazem esta distincção: «Si dicat se solvisse, aut creditorem ei fecisse pactum de non petendo; quoniam, cum qualitas confessioni adjecta est, talisque ex post facto post debitum contractum intercesserit, est omnino separabilis, potestque Creditor admissa simplici debitoris confessione, qualitatem reprobare; quod secus est, quando qualitas in eodem actu intercessit, ut si dicat debitor: Confiteor te mihi mutuum dedisse centum tali die solvenda, aut tali pacto, seu conditione Coss... quam sequitur Barthol... Cum ergo qualitas solutionis, seu pacti de non petendo sit separata, ex post factoque intercesserit remanet pura recognitio, etc.» (et n. 50) «Cum vero qualitas admixta talis est quod ipsi contractui adfuit: veluti si fateatur obligationem intercessisse, sed cum pacto aliquo, die, vel conditione, quo eventu tenetur Creditor, aut totam confessionem approbare, aut totam reprobare, juxta doctrinam Gloss. in L. *Siquidem*, C. de *Exception.*, etc.» (Veja-se o que se exporá a § 25.) Confira-se Riegger., P. 2, § 1058, Lauterbach., de *Confession.*, §§ 55 et 58, Gmeiner., *Inst. Eccles.*, Sect. 3, § 616, Schol. 2.

ARTIGO II

É erro, e mesmo contra a generalidade e espirito da nossa Ord.,
 applicar absolutamente em todo o caso aquella regra, § 1,
 e ainda aquella distincção, §, na sua generalidade

§ 3

Os depoimentos não têm fundamento algum nas leis romanas; foram inventados pelo costume de algumas nações, costume que adoptou e approvou o direito canonico, e depois se propagou universalmente, e introduzidos, como diz a Clementina, *Sæpe de verbor. signif.*: «Qui positiones ad faciliorem expeditionem litium propter partium confessiones et articulos ad clariorem probationem usus longævus in causis admittit. Nos usum hujusmodi observari volentes, etc.», Stryk., *Us. mod.*, L. 11, T. 11, a § 39, Michalor., *de Posit.*, C. 1, 2 e 3. Differem estes depoimentos das interrogações praticadas entre os romanos, que trata o *Digesto*, L. 1, T. 1: «Quod interrogationes istæ pertinerent ad præparatoria judici, ut constaret cum quo agendum esset, ne judicium redderetur illusorium. Positiones vero adhibentur probationis promovendæ causa, ut per has eliciatur confessio Rei, et intentio actoris probetur». Stryk. et Michalor., supra, et ad omnia Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 8, Art. 1, a n. 1.

§ 4

Este é pois o sentido, em que o nosso sabio legislador fallou, quando disse que «o depoimento foi introduzido para que pela confissão feita por elle aos artigos, seja a parte relevada de dar a elles prova». Não tendo pois fundamento em alguma lei romana, mas só no costume approvado pelo direito canonico, e depois pelas nações (§ 3). Segue-se: 1.º, que é erro dos reinicolas buscarem no direito romano regras para decidirem das confissões feitas em depoimentos; 2.º, que estas confissões feitas em depoimentos nada têm, nem devem ter de peculiar e especial, differente de todas as mais confissões juridicas, mas devem decidir-se pelas regras geraes e racionaveis de todas as mais confissões judiciaes; 3.º, que

n'este mysterio é que falla a lei, quando diz que a confissão feita em depoimento releva de outra prova, isto é, uma confissão pura, simples, discreta, clara, indubitavel, etc., que segundo as regras communs possa e deva prejudicar ao confitente, e não distingue a lei confissões qualificadas para se aceitarem rejeitadas as qualidades. Os DD. mesmos não fazem differença das confissões qualificadas feitas em ou fóra de depoimento, juradas ou não juradas. Confundem todas debaixo das mesmas regras e distincções.

Póde fazer-se em contrario argumento com a Ord., L. 4, T. 52, que, tratando do juramento judicial, diz, que se a parte que jurar confessar o que lhe é deixado em seu juramento ser verdade, e pozer alguma qualidade que conclua não ser obrigado ao por que é demandado, posto que a qualidade seja separada do que se lhe demanda, aquelle que jurou seja crido em todo na dita qualidade para não ser obrigado. Assim como se um homem demandasse outro, que lhe emprestára dez cruzados, e por não ter prova, ou por a não querer dar, o deixasse em seu juramento, e o demandado jurar, que é verdade que lh'os emprestou, mas que depois lh'os pagou, n'este caso e em outros taes será crido que lh'os pagou, posto que outra prova não dê, nem tenha.

Póde pois argumentar-se, que especializando o legislador só o juramento judicial (vulgo o juramento de alma) para n'elle se attenderem as qualidades da confissão, aindaque não connexas, mas aindaque sejam separadas (note-se a distincção dos DD. citados, § 2), é visto determinar o contrario, e que se não attendam taes qualidades nas mais confissões juradas, como é o depoimento.

Porém este argumento facilmente se dissolve, se vamos indagar as fontes, a razão e o que teve em vista o legislador na dita Ord.; poisque, 1.º, no caso do juramento judicial, aquelle a que se permite jurar fica constituido como juiz para decidir o principal e o connexo, como raciocina Barbosa, *de Probat. per Jurament.*, n. 56, coincide Mend., P. 1, L. 3, C. 12, n. 15, ou como discorre Caldas, P. 1, Dec. 34, n. 2, o tal juramento tem força de transacção, e maior-auctoridade que a cousa julgada, e consequentemente, assim como na transacção e sentença se póde acrescentar a qualidade que conclue a sua justiça, assim n'este juramento, etc.; ou como diz Lima, á mesma Ord., que a parte deferindo á outra este juramento, é visto permittir-lhe que ella jure sobre as circumstancias connexas. Concordam n'estes pensamentos Stryk., Vol. 7, Disp. 28, C. 1, § 5, Coccey, *Jus Contr.*, L. 12, T. 2, Q. 29. Ou, como diz Moraes, L. 4, C. 9, sub n. 49: «Quando aliquid relinquitur sub juramento totum committitur arbitrio Jurantis; et ideo creditur etiam qualitati separatæ, etc.» Confira-se Valer., *de Transact.*,

T. 4, Q. 4, a n. 6. Emfim Barbosa, á mesma Ord., diz que: «Deferens juramentum videtur tacite confiteri illud quod pars juraverit». Assim tambem Stryk., *supra*, § 5, ibi: «Unus alteri deferendo videtur confiteri id, de quo adversarius juxta delationem sit delaturus, etc.»

2.º O nosso legislador, perito nas opiniões da Gloss., e nas doutrinas de Bartholo, Baldo, etc., viu a distincção que fizeram a Gloss. e Bartholo já referidos (§ 2); elle, que na Ord., L. 3, T. 64, mandava observar, em falta de lei patria, as doutrinas da Gloss. e Bartholo, viu que pelas especiaes razões proprias do juramento judicial (Resp. 1.º), cessava n'estas confissões essa distincção; por isso é que, e para não obstar essa doutrina, a que havia attribuido auctoridade, declarou no dito T. 52, mysteriosamente, que n'aquelle juramento se attenda a confissão qualificada, postoque a qualidade seja separada. Veja-se Phæbo, P. 2, Arest. 60 *y. Sed quia*, et *y. Contrarium*. Elle viu a doutrina da Gloss., de Baldo, e de outros antigos referidos por Moraes, L. 4, C. 9, n. 49, conforme a qual, aquelle que em juizo confessa ter recebido um mutuo, mas have-lo satisfeito, é condemnado, e se lhe assignam dez dias para prova da solução. Por isto é que, e para no caso do juramento de alma não ser praticavel esta doutrina; disse o legislador mysteriosamente n'este caso, e em outros taes, será crido que lhe pagou, postoque outra prova não dé nem tenha.

Attentas pois estas razões intrinsecas da Ord., L. 4, T. 52, não póde com a sua especialidade fazer-se argumento para nas mais confissões judiciaes juradas se não acreditarem as qualidades; e subsistem os tres consecrarios que deduzi e expuz no § 4.

3.º Em muitas nações, o que entre nós é articulado do A. ou R. a que se depõe, são lá, e se chamam posições; estas consistem em uma allegação de factos que em qualquer parte do juizo uma das partes propõe, e requer que a outra deponha sobre elles debaixo da pena de se haver por confesso: em muitas nações os estatutos mandam, que as partes deponham simples e categoricamente, sem se apartar do allegado e proposto facto, prescrevendo a fôrma precisa de depor; veja-se o C. 68 dos estatutos de Roma, que commentou Constantin., Annot. 8, o Estat. de Eugub., L. 2, Rub. 6, que commentou Conciol.: vejam-se os que refere Michalor., *de Positon.*, e os modernos codigos de Saboya, L. 3, T. 15, §§ 8, 9 e 12; o do procedimento civil, França, §§ 324 e seguintes. D'aqui nasce reprovarem alguns DD. toda a qualidade que na resposta á posição se aparta da simplicidade d'elle: ora a nossa Ord., L. 3, T. 52, é em tudo isto diferente; ella não admite taes posições em qualquer parte do juizo; os artigos de libello, contrariedade, replica ou treplica, são os a que se depõe e só no termo probatorio. Ella não dá fôrma precisa, nem ás posições nem ás respostas aos artigos, como n'essas nações, e parece que deixa o livre arbitrio de se depor com toda a franqueza e com toda a declaração

sobre qualquer artigo, o que os nossos nunca advertiram. E que erro, como dizer Cald., *de Emption.*, C. 19, n. 29, in fin., e 30, que quanto á confissão em depoimento (em differença do caso da Ord., L. 4, T. 52) se deve observar o direito *commum*? Que direito *commum* é esse, vendo-se o exposto no § 3?

ARTIGO III

**Casos especiaes em que se deve ou não deve dividir
a qualidade da confissão feita em depoimento**

§ 5

Antes que me proponha ao detalhe e diversificação da variedade de casos, devo, 1.º, advertir a natureza de qualquer confissão qualificada, considerada em si mesma; 2.º, a pessoa que depõe e confessa com qualidades; 3.º (seja qual for o depoente), a natureza da qualidade, e então ou ella é em si *connexa* e administrada e assistida de alguma presumpção de direito, ou ella a tem contra si que lhe resista; 4.º, quando á qualidade não assiste nem resiste o direito; 5.º, nos casos em que se attende ou não attende, sempre fica salva a prova sobre ella, ou ao confitente, se a qualidade se lhe não attende, ou ao adversario contra a qualidade, se ella se attende.

SECÇÃO I

Natureza de qualquer confissão qualificada

§ 6

A natureza de toda a confissão judicial nas causas civeis é ser individual, e a qualificada não poder scindir-se, aceitando-se em parte, e reprovando-se em parte; comtantoque a confissão seja qualificada in *continenti*, Angel., *de Confession.*, L. 3, Q. 11, n. 1, 2, 3 e 31, aonde cita muitos DD., Fabr., in Cod., L. 7, T. 24, Def. 1, Stryk., *Us. mod.*, L. 42, T. 2, § 9, y *At vero*.

§ 7

Esta proposição firmou por léi na França o seu Cod., L. 3, T. 2, Sec. 4. Um dos cidadãos que propozeram esta lei disse, que

«não seria justo que o adversario d'aquelle que faz a confissão se aproveitasse da declaração no que lhe é favoravel, sem conceder a mesma fê ao que lhe é desfavoravel. A confissão não pôde ser dividida contra o que a faz». Outro disse: «Se é justo e regular que a confissão judicial faça plena fê contra aquelle que a fez, é igualmente justo e regular (em todas as materias civis) que a confissão não possa ser dividida contra elle». Outro discorreu assim: «Não se pôde dividir contra elle; logo se faz a confissão de um titulo é preciso toma-lo precisamente tal qual elle é». Acrescenta Voet., *ad Pand.*, L. 42, T. 2, sub n. 3, esta rasão: «Cum iniquum sit commoda quidem admittere, repudiare vero onera eidem cohærentia».

SECÇÃO II

**Deve considerar-se a pessoa que depõe e confessa
com qualidade**

§ 8

O nosso Barbosa, *ad Ord.*, L. 3, T. 53, in princ., n. 2, com Menoch. e outros, adverte: «Judicem ex æquitate responsionem qualificatam posse admittere pro personæ respondentis qualitate, utpote in idiota et rustico; qui cum non noverint quid sit simpliciter, vel qualitate respondere, eorum responsio, ita ut profertur, recipienda est». Concorde com o Card. de Luc. e Anton., *ab Eccles.*, Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 8, Art. 1, n. 141, 147 e 175, Michalor., *de Positionib.*, C. 42, n. 7, Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 14, n. 11.

Supposto que alguns DD. permitem que os rusticos e mulheres, menores e outras pessoas idiotas, deponham com assistencia de advogados, não deve o juiz ser facil em lh'o admittir, e menos vendo-os sagazes, e inquiridos sobre factos proprios. Nem aos advogados é permittido, em salva consciencia, aconselhar as partes como deverão depor para se não prejudicarem com as suas confissões. Veja-se Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 8, Art. 1, a n. 201.

SECÇÃO IV

Deve attender-se a qualidade que em si mesma é verosimil
e natural, aindaque se não prove

§ 9

É uma regra geral, que a confissão no depoimento qualificada, ou limitada, se deve attender com a sua qualidade, quando esta em si mesma é verosimil, ou se assim o persuadir a natureza do negocio de que se trata, Menoch., *de Arbitr.*, Cas. 251, n. 10, Michalor., *de Posit.*, C. 42, n. 8, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 8, Art. 1, n. 143 e 144. Conduz o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 23, sub n. 26.

§ 10

É outra regra: Se a qualidade, com que se reveste a condição não tem contra si resistencia de alguma presumpção juridica, mas antes assistencia d'ella, não deve scindir-se e dividir-se, mas attender-se a qualidade, Cyriac., Cont. 505, n. 34, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 8, Art. 1, n. 145, Card. de Luc., supra.

Consectarios de alguns casos praticos que se deduzem d'estas regras geraes

§ 11

Primeiro: Este (e póde ser outro similhante) é o que como juiz decidiu Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 8, Art. 1, n. 174 e 175, ibi: «Secunda circumstantia est, quia versamur in confessione qualificata, facta ab Artifice, persona rudi, et idiota, qui omni sinceritate coram me Primo collateraliter respondidit positionibus fatendo servitium, ac debitum, sed quod illud solverat partim in pecunia, et partim in rebus suæ artis, de quibus non reportaverat quietantiam, unde qualitas solutionis habebat magnam verisimilitudinem; et præsumptionem pro se, cum non sit verisimile, quod pauper artifex famulus qui vivit sex suo artificio, per plures annos deserviat sine satisfactione mercedis, præcipue dum idem Aldoardus, qui petebat mercedem pro justificatione sui crediti, ultra dictam qualificatam confessionem, nihil habebat in actis.

quo casu omne intrat arbitrium, ut a confessione debiti non dividatur qualitas solutionis», etc.

§ 12

Segundo: Se um réu demandado por dívida, ou outra cousa, confessa o recebimento, mas se exonera, dizendo que pagará a dívida, ou entregará a cousa. Se com esta qualidade concorrem algumas circumstancias adminiculativas da verdade, ou juridica presumpção de solução, se deve attender a qualidade, Cyriac., Contr. 503, a n. 34 e 58.

As conjecturas da solução recopilou ex professo Harprectr., Disp. 64, Altim., Tom. 7, Q. 47, a n. 306, Conciol., All. 8 e 11, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 48, Stryk., *Us. mod.*, L. 46, T. 3, Guerreiro, Tr. 2, L. 8, C. 6, a n. 50 e outros.

§ 13

Terceiro, e geral: Quando a qualidade, com que o depoente reveste a sua confissão é assistida de alguma presumpção do direito, que presuma a qualidade mesma. Mas quem referiria aqui toda a variedade de casos, e todas as presumpções de direito, que a cada um podessem ser applicados? Seria preciso recopilar um Alciato, um Menochio, de *Præsumptionibus*, e outros muitos.

Não omitto porém o caso, se a mulher confessar que consentiu no contrato do marido, mas com medo reverencial, como este se presume, é attendida a qualidade, Angel., de *Confession.*, L. 3, Q. 11, n. 80. (Outro se pôde ver na limitação da nota ao §) O mesmo milita em todos os casos, em que o medo reverencial se presume (de quo vide Altim., Tom. 3, Q. 14), porque confessando o acto, mas com a qualidade de ser feito com medo, se não deve separar esta presumida qualidade. E em todos os casos em que a qualidade junta a confissão mostra nullo o acto, Posth., de *Manut.*, Obs. 83, sub n. 63, Rot., post Cens., Dec. 413, n. 7, Begnudell., Verb. *Confessio*, n. 22, como v. gr., se se confessa a venda, mas que a mulher não conveiu, ou não se pagou siza, etc. Adde Sabell., § *Confessio*, n. 61, *¶ Quod possit.*

§ 14

Quarto: Quando o que depõe sobre a verdade de um contrato acrescenta em qualidade circumstancias, que são como naturaes

d'elle. Por exemplo: depondo da verdade de uma venda acrescenta que fôra por tal preço, de um arrendamento por tal pensão, et sic de cæteris, Michalor., *de Positionib.*, C. 42, n. 8.

§ 15

Quinto: Como qualquer que compra ou paga dividas se presume que comprou ou pagou com dinheiro seu, e não alheio, Michalor., *de Fratrib.*, P. 2, C. 9, Altim., Tom. 7, Q. 47, n. 428, segue-se que se alguém confessar que comprou ou pagou com seu dinheiro, não deve dividir-se a qualidade, que é assistida da presumpção do direito. Similhantes presumpções, que adminiculum as qualidades das confissões que se podem ver em Menoch., L. 3, Præs. 46, bem como aquêlle que contrahe ou adquire se presume com o proprio dinheiro, e não com alheio; para si, e não para outro, que paga em seu nome, e não no alheio; etc.º

Seria nunca acabar se me propozesse indicar todas as presumpções do direito, com que se podem conformar as qualidades das confissões, para se não poderem aceitar estas, reprovadas aquellas.

SECÇÃO IV

Não deve attender-se, mas scindir-se e separar-se a qualidade quando esta encontra alguma presumpção do direito que lhe resiste

§ 16

É regra geral, que se rejeita e separa a qualidade com que se reveste a confissão, quando esta qualidade tem contra si alguma presumpção do direito, Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 14, n. 78; Posth., *de Manut.*, Obs. 83, sub n. 63; Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 8, Art. 1, n. 146, ampliando no n. 147: «Etiam si qualitas confessionis adjecta habens præsumptionem juris contra se esset unica oratione concepta, nam adhuc rejecta qualitate, firma remanet confessio, ac si simpliciter facta fuisset». Idem Constantin., n. 167, Begnudell., Verb. *Confessio*, n. 23, Michalor., *de Posit.*, C. 59, n. 10, Posth., *de Manut.*, Obs. 83, n. 63, * *Quamvis se-*

cus, Sabell., § *Confessio*, n. 61, * *Quod quando*, Cald., *de Emption.*, C. 19, n. 36, Stryk., *Us. mod.*, L. 42, T. 2, § 9, * 2, Rieger., P. 2, § 1058, Lauterbach., *de Confession.*, § 58, Gmein., *Instit. Ecclesiast.*, Sect. 3, § 616, Scol. 2.

Consecutarios especies d'esta regra

§ 17

Primeiro: Este é o que propõe e decide Angel., *de Confessionib.*, L. 3, Q. 11, n. 79, ibi: «Siquis confiteatur se non subscripsisse scripturam, nisi sub spe futuræ numerationis; elapso tempore opponendi hanc exceptionem confessio dividi poterit, et confessus erit condemnandus qualitate rejecta, cum repugnet juris præsumptio». Confirma-se Begnudell, Verb. *Confessio*, sub n. 23, ibi: «Idem dic de dicente se scripturam scripsisse non animo se obligandi, qui animus non se obligandi, etc., a confitente probari deberet».

Com effeito contra um tal está a presumpção da nossa Ord., L. 4, T. 51.

§ 18

Segundo: Este é o que propõe e decide o mesmo Angel., n. 82, e * *Idem*: «Si Lucius appellet, et confiteatur Lelium detentorem, occupatoremque intrusum domus sejanæ; hujusmodi confessio importat duo; possessionem cum injustitia, seu intrusione; et hæc dicitur confessio qualificata. Unde cum intrusionis qualitas sit contra juris præsumptionem, poterit rejici, et in alia parte acceptari, eritque hæc confessio ad manutentionem sufficiens. Cum ex sola confessione Partis nominantis alium detentorem, occupatoremque intrusum, probetur possessio satis ad dictam manutentionem obtinendam... Idemque procederet, si diceret Adversarium possidere jure familiaritatis... etiamsi talis confessio appareat ex Libello, petitione, monitorio, præcepto, vel citatione aut commissione, etc.» Confirma-se Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 8, Art. 1, n. 153, ibi: «Infertur ex prædictis, quod confessio possessionis cum qualitate spoli, vel quod sit jure familiaritatis,

dividitur, et acceptatur respectu possessionis, rejecta qualitate spolii, ac familiaritatis, ex quo possessio præsumitur justa, et vera, et sic dictæ qualitates spolii, et familiaritates habent præsumptionem juris contra se.» Sabell., § *Confessio*, sub n. 64, e § *Possessio*, sub n. 27, Begnudell., Verb. *Confessio*, sub n. 23, Gratian., For., C. 339, a n. 17.

Com effeito, essa posse confessada tem a presumpção de justa, L. 51, ff. *pro socio*, Valer., *de Transact.*, T. 4, Q. 1, n. 23, Barbos. e Tab., L. 14, C. 71, Axiom. 9. Em nome e por direito proprio, e não em nome alheio, nem por direito de familiaridade, Barbos. e Tab., *supra*, Ax. 2. Portanto esta presumpção resiste a essas qualidades, a menos que as circunstancias concorrentes não adminiculem a qualidade, como nos casos em que a posse se presume jure familiaritatis, casos que recopilou Stryk., Vol. 2, Disp. 6, C. 3.

§ 19

Terceiro: Se algum diz que jurára ou promettêra por zombaria e sem animo de cumprir, attenda-se a confissão, rejeitada a qualidade, Begnudell., Verb. *Confessio*, sub n. 23.

§ 20

Quarto: Se uma mulher confessa ter recebido taes joias, e declara que as perdêra, como contra ella resiste a presumpção, que o que uma vez foi senhor e possuidor, sempre se presume possuir, emquanto não prova o contrario, L. 16, C. *de Probationib.*, Ord., L. 3, T. 53, § 3. Contra o que diz perdêra uma cousa que lhe foi entregue, se presume a perda por sua culpa, L. 5, C. *de Pignorat. action.*, emquanto não prova um caso fortuito, L. 8, C. eod. tit., ubi Brunneman. Portanto se aceita a confissão simples, rejeitada a qualidade, Begnudell., Verb. *Confessio*, sub n. 23.

§ 21

Quinto: E similhantemente aquelle que confessa ter recebido de outro um penhor, um deposito, um emprestimo, etc., e depondo diz que o recebêra, mas que o perdeu ou lh'o furtaram, se

deve aceitar a confissão simples, rejeitada a qualidade, emquanto não prova o caso fortuito da perda ou furto, porque contra o tal sempre está a presumpção da culpa, L. 27, § 3, ff. *pro soc.*, L. 3, § 1, ff. *de Offic. Præfect. Vigil.*, Brunneman., supra, Peg., 1, For., C. 3, a n. 66. E procede a regra geral, de qua § 16.

§ 22

Sexto: Estando a presumpção jurídica que o devedor que deve ao crédor diversas dividas, se presume que o que lhe pagou era para ser imputado na divida mais dura, divide-se a confissão do devedor quando a qualifica com resistencia d'esta presumpção, Gratian., For., C. 224, n. 86, e C. 339, n. 27.

§ 23

Setimo: Aquelle, a quem foram consignadas algumas arvores que estavam verdes, se depois confessa recebe-las, mas que secas, attende-se a confissão, rejeitada a qualidade, Gratian., C. 339, n. 20. Tambem aquelle que confessa disfructar alguma terra, mas que lhe não produzira os fructos costumados, obsta-lhe á qualidade a presumpção, de qua Moraes, L. 3, C. 4, n. 64, Pacion., *de Locat.*, C. 19, a n. 163, signanter Cabed., Dec. 34.

§ 24

Oitavo: A mulher que foi casada por contrato, e na morte do marido confessa ter dinheiro, mas ser seu, não é acreditada na qualidade, porque lhe resiste a presumpção de o ter adquirido dos bens do marido. Veja-se Stryk., *Us. mod.*, L. 24, T. 1, a § 12.

Nota vero: «Si qualitas sit talis, quæ faciat, ut quod actum videtur actum non sit, vel actum nullum reddat; tunc etiamsi sit contra juris præsumptionem, dividi non debet.» Posth., *Manut.*, Obs. 83, sub n. 63, Rot. post cens., *de Censib.*, Dec. 113, n. 7.

SECÇÃO V

**Quid? Quando a presumpção do direito ou a verosimilhança
nem assistem nem resistem às qualidades com que se
revestem as confissões feitas em depoimentos**

§ 25

Este é um caso neutro, que figura Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 8, art. 1, n. 149. Aqui é que os DD. se dividem em opiniões, e aqui é que ha maior difficuldade em resolve-lo.

As confissões feitas em artigos não duvida Cald., *de Emption.*, C. 19, n. 33, que não podem dividir-se e aceitar-se em parte, e reprovar-se em outra.

§ 26

Não se duvida entre os DD. que: «Si pura capita, seu facta separata confessio contineat; tunc dividi poterit, et acceptari in parte, quæ facit contra confitentem et in alia parte respuit», Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 11, n. 90 «Et ad hoc ut dicantur diversa facta sufficit quod contineant diversa tempora.», Rot. post. cens., *de Censib.*, Dec. 113, n. 10, Surd., Dec. 258, n. 2, in fin; sed declara cum Angel., L. 3, Q. 11, n. 95, in fin, Michalor, *de Position.*, C. 59, n. 16, ibi: Ex quibus concludendum erit, ea solum dici debere separata, quæ nihil commune habent, nec dependent, nec facta sunt causa primæ obligationis, nec ipsum modificant, non perimunt, nec tolunt». Begnudell., Verb. *Confessio*, sub n. 22, ibi: «Idem dic si continet plura facta; sed invicem connexa, sive sit probata implicite et sub una verborum structura, vel oratione, sive explicitè sub duplici oratione». Aliter no caso que refere Stryk., *Us. mod.*, L. 42, T. 2, § 9, *, *Casus primus*, ibi: «Casus primus est, si confessio diversa capitula continet, quæ non sunt cohærentia, sed dividua, ut si fateor, me ex mutuo tibi obligatum, sed te ex alio capite mihi vicissim obligatum esse adjicio. Talis confessio quoad unum capitulum acceptari, quoad alterum vero repudiari potest».

§ 27

Tambem se não duvida que se o crédor pede 100 e o devedor confessa dever só 50, pôde aceitar-se a confissão dos 50, e proseguir a demanda pelos 50 negados, Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 11, n. 84, et a n. 86, Luc., ad Gratian., C. 339, n. 14, Posth., *de Manut.*, Obs. 83, n. 63, prope fin., * *Præterea*, Cald., *de Emption.*, C. 19, n. 35.

§ 28

Concordam tambem os DD. que se não deve dividir a qualidade, quando esta foi connexa no acto confessado: Como quando o auctor pede 100 que o réu lhe promettêra, e o réu confessando a sua promessa diz que assim a fizera, mas com a condição do auctor lhe dar tal e tal cousa. Como quando o auctor diz que emprestára ao réu tantos alqueires de pão e o réu promettêra restituir-lho até tal tempo. Se o réu confessando o recebimento, declara que promettêra restitui-lo ou o seu valor. Como quando o auctor pede 100\$000 réis de empréstimo, e o réu o confessa, mas que o auctor lhe espaçára logo no mesmo acto o pagamento até tal tempo. Em todos estes e semelhantes casos não deve dividir-se a qualidade da confissão, mas ou aceitar-se toda com a qualidade ou reprovar-se toda.

Assim os DD. já citados no § 2. Assim Michalor., *de Posit.*, C. 59, a n. 5 ad 15, Begnudell., Verb., *Confessio* n. 24. Assim se deduz, á contrario sensu, da Ord., L. 4, T. 52, aonde no seu caso especial, e o que era mais duvidoso, admite a qualidade, postoque seja separada; logo nos mais casos em que não entram as rasões d'esta lei (nota ao § 4), se admite e não separa a qualidade ou condição com que se confessá feito o contrario. Confira-se Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 11, n. 95, Cald., *de Emption.*, C. 19, n. 31, Voet., *ad Pandect.*, L. 42, T. 2, sub n. 5, * *Qua ratione*.

§ 29

Da mesma fôrma convém os DD. quando a qualidade é connexa e include em si alguma condição, aindaque tacita, que não pôde dividir-se a qualidade, como quando qualquer socio, administrador, tutor, etc. confessa ter recebido o capital, com ou sem qualidade alguma. Esta confissão tem implicita a qualidade e con-

dição, dummodo rationes prius præstentur, Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 11, n. 14, Guerreiro, Tr. 4, L. 2, C. 9, n. 9, Peg. 1, For., C. 3, n. 738, idem Guerreiro, L. 5, C. 6, a n. 27. Limitando só o caso que refere julgado o mesmo Guerreiro, d. C. 6, n. 73.

§ 30

O mais duvidoso é quando, por exemplo, um depoente perguntado se teve na sua mão alguma cousa, confessa que sim, mas que a restituiu ao agente, ou de seu mandato a outra pessoa; quando perguntado se recebeu o empréstimo responde que sim, mas que o pagou e restituiu; ou que o crédor depois (e não no acto em que ha diversa rasão e direito, ut §) lhe espaçou a paga ou lhe perdoou a divida. N'estes e semelhantes casos se dividem os DD. em opiniões. Uns contendem ser inseparavel a qualidade, assim Cyriac., Contr. 35, a n. 23, et Contr. 505, a n. 34, Sabell., Resol., post. Summ., C. 17, n. 23, et § *Confessio*, n. 61, Cald., *de Emption.*, C. 29, n. 31, 32, 33 et 36, Posth., *Civil.*, C. 66, a n. 8, Surd., Dec. 258, com muitos, ex professo, Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 11, a n. 4 ad 8, ibi: «Intellige secundo, quando sub unica oratione est concepta confessio, vel qualitas contineatur sub eodem periodo, et sub structura verborum, et reguletur ab eodem verbo, quo ipsamet confessio, nec habeat contra se probationem, seu juris præsumptionem, at potius stet pro ipsa qualitate; etiamsi concepta sit confessio cum dictione, sed. Et casus esse potest, si quis confiteatur, abuisse rem, sed illam restituisset. Vel interrogatus respondeat habui rem, sed illam alteri restitui de ejus ordine; sive habui rem, sed ipsi restitui, aut si respondeat: Mutuum recepi, sed restitui. Talis enim sic confitens liberari debet, quia dicta confessio dividi nequit. . . Et est ratio, quia qualificata confessio dicitur restricta sub unica oratione, et continere unum capitulum, dum continet unum factum, et facit qualitatem, et capitula dicuntur connexa, dum in confessione experimuntur plura facta, quorum unum qualificat aliud, quamquam interponatur dicta dictio, sed, adversativa, ut supra exemplificavi. . . Et tunc causa, aut qualitas confessioni inhærens, nec habens contra se juris præsumptionem, nec continens facta diverso tempore implenda, separari non potest a confessione, sed debet in totum ac-

ceptari, donec doceat ut de contrario», etc. Et n. 95, ibi: «Quicquid autem dicit Part. in dicto § et idem quærit, in fine capitula scilicet esse diversa, quando continent ea, quæ fuerunt diversis temporibus facta non procedit dum facta quidem sunt diverso tempore, sed ex eadem causa ad eundem effectum et unum tendit ad qualificationem vel peremptionem alterius; nam tunc dicuntur connexa, non autem diversa, et separata. Et regulare est, quod ubi multæ obligationes reflectuntur in idem factum, et se invicem respiciunt, unaque obligatio facta est contemplatione alterius, dicuntur connexæ et non separatæ; et consequenter si fateor mutuum, sed addo quantitatem mutuam restituisse, vel fuisse compensatam, vel appositum fuisse pactum de non petendo: debet hæc confessio in totum acceptari, vel in totum rejici; cum hæc dicantur connexa, si non ratione temporis, saltem ratione ejusdem causæ, qui diversitas temporis dici nequit hanc tollere connexitatem: Siquidem ad connexitatem inducendum sufficit unum ab altero descendere», etc.

§ 31

Pela mesma opinião cita muitos DD., Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 8, Art. 4, n. 169. Convem os citados no § 2 na primeira parte da distincção. A mesma opinião segue ex professo Michalor., *de Positionib.*, C. 59, desde o n. 12 até o fim, ibi: «Sed. Boer., loco citato, num. 19, tenet etiam hoc casu dici posse, confessionem continere connexa: cum illa qualitas proveniat a prima traditione, seu causa primæ obligationis sit facta, et unum veniat ad determinationem alterius; hanc opinionem maximam dicit continere æquitatem, et Boer. sequitur Menoch., dict. cas. 93, sub n. 21 et 22, qui existimat, nullam adesse differentiam, an illa qualitas fuerit apposita tempore primæ obligationis, vel postea ex aliquo intervallo; unde si ego fateor mutuum, sed addo quantitatem mutuam restituisse, vel fuisse compensatam, vel appositum fuisse pactum de non petendo, debet hæc confessio in totum acceptari, vel in totum rejici; connexa enim hæc dicuntur, si non ratione temporis, saltem ratione ejusdem causæ: nec temporis diversitas potest dici hanc tollere connexitatem... Ad includendam enim connexitatem sufficit unum ab altero descendere... Unde cum solutio, com-

pensatio, seu pactum de non petendo fuerit oppositum causa primæ obligationis, hæc dicuntur cum ipsa obligatione connexa, licet uno tempore fuerit facta obligatio, alia solutio, compensatio, vel pactum de non petendo, secundum opinionem Boer. et Menoch., loco citato, et sequitur Surd., in dict. Dec. 258, n. 10, qui appellat inanem distinctionem, quod qualitas adjecta eodem tempore, vel diverso eveniret, dummodo proveniret ex eadem causa, et unum tendat ad qualificationem, vel peremptionem alterius, et n. 11, subjungit, regulare esse ut quando plures obligationes reflectuntur in idem factum, et se invicem respiciunt, et una est facta contemplatione alterius, dicantur connexæ, non autem separatæ, Roland., Cons. 69, n. 44, L. 4, Osasc., Dec. 99, n. 29, unde cum solutio, restitutio, compensatio, seu pactum de non petendo respiciant primam obligationem, dicuntur connexa, quam connexitatem temporis diversitas non impedit, ut per ipsum loco citato n. 12 et 13, ad ipsam enim inducendam consideratur solum aptitudo, ut ita loquar, ad tollendam ipsam obligationem, an nempe qualitas adjecta confessioni sit talis, ut, si vera esset, perimeret, modificaret, vel tolleret primam obligationem: quia stante connexitate, confessio non potest pro parte acceptari, et pro parte rejici. Quæ omnia circa connexitatem, loquens de partitis librorum, sequitur Rota, in Dec. 388, ubi n. 2, dicitur, annexas illas dici debere partitas, quarum una tendit ad extinctionem, vel qualificationem, vel peremptionem alterius», etc.

§ 32

A razão d'esta opinião a substancia tambem Constantin., supra, n. 170 e 171, ibi: «Pro cujus opinionis fundamento eam adducunt rationem, quod licet qualitas solutionis importet diversum factum, et tempus, cum tendat ad peremptionem contractus facti diversi, ac diverso tempore inesse producti, tamen cum sit qualitas respiciens, et perimens obligationem dicitur connexa cum obligatione contracta ex causa mutui, vel alterius contractus, licet emanaverit prioritatem ordinis, ac temporis, confessio super obligatione, et postea illa super solutione ac obligationis distractu, nec cessat connexio ex dictione adversativa sed, dum illa apposta est in eadem oratione, et eodem tempore, et propterea quali-

tas solutionis licet expressa cum tali dictione, sed non potest scindi, nec rejici, plene, et præcise Reminal.», etc.

§ 33

Porém a contraria opinião, alem dos DD. citados no § 2, sustentam Begnudell., Verb. Confessio, n. 25, ibi: «Confessio vero continens plura facta diversa, et separata, non vero connexa, quorum unum aliud non qualificat: uti, confiteor, nec tibi debere centum ex mutuo, sed tu mihi debes alia centum ex empto; vel fateor mutuum, sed illud solvi, potest dividi, et acceptari rejecta qualitate DD. cit. Neto, Cons. 34 et 365, sive fiat uno verborum contextu, sive duplici: nam certe illa compensationis, vel solutionis, qualitas confessioni adjecta non reddit illud, v. g., mutuum nullum ab initio, quin potius illud præsupponit validum, ut privatio habitum ad text. in L. *decem.*, ff. Verb. Oblat., L. *Titio ususfructus*, ff. de Condit. et demonstr., Bal., in L. *licet* n. 2, in fin., C. *Locat.*, et ad hoc ut dicantur facta diversa, sufficit, quod contineant diversa tempora, Surd., Decis. 258, n. 2, in fin., et ideo Rota, in Decis. 113, n. 6, post cens., de Censib., acceptavit confessionem census, rejecta qualitate extinctionis in confessione apposita, quidquid aliqui dicant apud Michalor., de Posit., d. C. 59, a n. 13, vide etiam Maresc., d. C. 45. Limita, si confessio incipiat a negatione: tunc enim non potest dividi, sive fiat una, sive duplici constructione, Maresc. et DD. cit., v. g., dicendo: nego me habuisse centum, et si habui, solvi, Michalor., d. C. 59, n. 3. Cum vero confessio qualificata dividi non potest, actor admittitur ad probandum contra qualitatem: et in omnibus casibus, in quibus confessio scindi non potest, Judex habet arbitrium illam dividendi ex præsumptionibus. Ab., in cap.; bonæ. 2, de postul. Præcl., Stryk., Us. mod., L. 42, T. 2, § 9, †. Huc pertinet, Voet., ad Pand., L. 42, T. 2, n. 5, †. *Diversum*, ibi: Diversum esset, si confessione contineantur connexa ea, quæ non eodem, sed alio tempore gesta sunt: et quidem talia, quibus non opitulatur, sed magis obstat juris præsumptio; veluti si quis fateatur, se primo pure debuisse, sed postea conditionem obligationi fuisse appositam; vel se debere, se debuisse, vel solvisse, aut pactum de non petendo fuisse

interpositum: recte etenim hoc casu ab eo, qui debitum confessus est, probatio solutionis exigitur, aut conditionis adjectæ».

§ 34

Por esta opinião refere Constantin., supra, n. 164, outros muitos DD. e as razões d'elles, ut ibi: «Pro qua opinione tentanda eam adducunt rationem, quod talis confessio sic qualificate concepta continet duo facta diversa, et diverso tempore emanata, cum obligatio sit contractus, et solutio sit distractus, et sic non versamur in connexis, sed separabilibus, ob quam connexitatem tantum confessio non scinditur, secus quando qualitas est separabilis». E só limita o mesmo Constantin. no n. 157 e 158 esta opinião, quando o depoente depõe assim, ut ibi: «Sed secunda opinio retinenda est, quando quis fassus fuit debitum cum qualitate solutionis, dicendo credit, et solvisse, alias non credit, ut ponitur, neque ad effectum ad quem ponitur, tali namque casu ex dictis verbis alias non credit, confessio remanet individua ex clara voluntate respondentis, qui noluit fateri debitum nisi cum qualitate solutionis, ut observant Michalor... Cyriac... qui idem firmant, si confessioni qualificatæ addita sint verba, non alias aliter; nec alio modo, et ita non semel judicavi etiam in terminis statuti nostri hic mandantis simpliciter, et explicitè responderi, nam tali casu versamur in negatione præcisa ad formam statuti in casum non acceptatæ qualitatís ob verba addita, alias non credit, vel credit et solvisse et non alio modo, Boer., Dec. 243, n. 11, et hoc facilius procedit quando talis responsio facta fuit ab Artifice, vel persona idiota, Camulcul., Decis. Bonon. 50, n. 2».

§ 35

Tal é a variedade de opiniões n'esta questão (a § 25), de todas na materia sujeita a mais duvidosa. Uma e outra opinião têm em seu apoio muitos e graves DD.; uma e outra decisões de tribunaes como assevera o mesmo Constantin., n. 173. Confessa que cessa a segunda, ou quando o depoimento é formalisado com a restricção do § antecedente; ou quando nos termos da primeira concorrem algumas circumstancias adminiculativas da verdade da qualidade separada, e que interveiu em diverso tempo. E assim é que Constantino as concilia.

SECÇÃO VI

Quando a qualidade da confissão não é separavel, e ou se deve aceitar toda individua ou rejeitar-se toda, póde o adversario propor-se á prova da mesma qualidade que lhe fica incumbindo. Vice-versa: Quando a qualidade da confissão é separavel póde o confidente incumbir-se da prova da mesma qualidade para ser attendida.

§ 36

Esta proposição é seguida por todos os DD., Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 44, n. 94, Gratian., *For.*, C. 339, n. 32, Pacion., *de Probat.*, L. 4, C. 25, n. 27, Posth., *de Manut.*, Obs. 83, n. 63, prope fin. *. *Et idem generaliter*, Begnudell., *Verb. Confessio*, sub n. 25, *. *Cum vero*. Assim no que confessa com qualidade (fallo no caso que seja e deva ser separavel) o suppõem os reinicolas, com os quaes Silva, *ad Ord.*, L. 3, T. 53, § 9, n. 8, nas palavras *Nisi aliunde probetur*, Sabel., § *Confessio*, sub n. 61, Stryk., *Us. mod.*, L. 42, T. 2, § 9, no fim.

Corollario e conciliação geral de tudo o exposto, com seria e prudente reflexão

§ 37

A nossa lei é simples, geral e indistincta, quando diz: «Porque o depoimento foi introduzido para que pela confissão feita por elle aos artigos, seja a parte relevada de dar a elles prova». Ella supõe uma confissão pura e indubitavel para relevar de prova. O caso da *Ord.*, L. 4, T. 52, tem rasões diversas, e as doutrinas dos DD. que tratam das confissões qualificadas devem ser applicaveis ás feitas em depoimentos, para illustração da nossa lei. (Nota ao § 4.) Na mesma variedade de casos, distincções e subdivisões que tenho exposto, reconheço, que nada ha de firme; mas que admittir ou não á confissão qualificada é muito arbitrario ao juiz segundo as concorrentes circumstancias de facto; como bem ponderaram Menoch., *de Arbitr.*, Cas. 95, Begnudell., *Verb. Confessio*, sub n. 25, *. *Cum vero*, Angel., *de Confess.*, L. 3, Q. 44, n. 40 e 41, ibi: «Attamen quia magna est dubitatio, quod vere dicatur connexum, has distinctiones non ita absoluto sequendas esse concludit idem Grivell., dita Decis. 42, n. 25 e 26. Sed

in hoc aliquid iudicis arbitrio tribuendum sit, qui inspicere debeat qualitatem facti, et personæ respondentis, et præsertim agatur de modica quantitate, vel sit emissa confessio a rustico simplici, et minime astuto, aut a viro eximiæ probitatis, et integritatis, qui verisimiliter non esset falsum quidpiam allegaturus, etc.), Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 23, sub n. 26, ibi: «In altero autem casu confessionis in civilibus: una opinio, simpliciter, ac indefinite divisionem negat, quodque confessio individua sit. Altera vero distinguit, an qualitati resistat, necne juris præsumptio, ut in casu resistantiæ intret divisio, atque rejici possit qualitas; secus autem, ubi hæc non urgeat: Verius tamen pro meo sensu videtur, ut ista facti potius quæstio decidenda sit, quæ proinde, certam, ac generalem regulam, cuicumque casui applicabilem non recipiat, sed pro singulorum casuum circumstantiis prudenti, a recto, beneque regulato iudicis arbitrio, non autem ex illo affectionis, et voluntatis quæstio decidi debeat, considerando potissime qualitatem confitentis, et an sinceritati, vel captioni adjecta qualitas referri mereatur. Sive an substantiæ, seu veritatis debiti confessio nuda sit, vel potius aliorum habeat adminiculorum fomentum: Ideoque clarus videtur error cum solis generalitatibus juxta pragmaticum stilum procedere, cum potius rationativæ partes circa ponderationem circumstantiarum, in hoc præcipue videantur. Contemporaneum tamen debet esse qualitas. Nihil enim refert, ut quis post confessionem jam pure emissam, adjiciat qualitatem, cum tunc in nulla consideratione habeatur, dum tollere non valet effectum jam ex ea consummatum.»

Domat. *Loix civil.*, L. 3, T. 6, Sect. 5, Art. 9, ibi: «As respostas d'aquelles, a quem o juiz tem decretado o depoimento sobre os factos allegados pelas suas partes, não são decisorias em seu favor, o que respondem não faz prova por elles, nem impede o effeito das provas contrarias. Mas é da prudencia do juiz que depende o effeito que devem ter as respostas para fazer conhecer a verdade dos fructos de que se trata».

§ 38

Ainda mesmo na confissão do crime com qualidade, diz Voet., *ad Pandect.*, L. 42, T. 2, sub n. 5, ibi: «Multum interim hic pro-

vidi atque circumspecti iudicis arbitrio relinquendum videtur, ut ex rerum atque personarum circumstantiis æstimet, utrum divisio confessionis admittenda sit, nec ne».

§ 39

Na mutua collisão de circumstancias que me fizessem hesitar e vacillar sobre rejeitar ou não a qualidade, eu não a rejeitaria, e obrigaria á parte adversa, ou aceitar, ou reprovar no seu todo a confissão com a qualidade, ou a se provar o contrario (secção 6). Poisque, 1.º, toda a rasão sustenta a individualidade da confissão qualificada nas materias civis (§§ 6 e 7), e d'esta regra não se deve o julgador apartar facilmente, senão quando veja uma sua limitação demonstrada, que faça cessar a regra.

§ 40

2.º Se o depoente é rustico e idiota, deve respeitar-se a qualidade (§ 8). Se é homem bom, sincero, consciencioso, se deve suppor que elle em tudo jurou a verdade, e que não se quiz expor a jurar falso, negando absolutamente, e teve por melhor dizer a verdade toda a exculpar-se. Se é homem mau, então, ou nega absolutamente, ou usa de capciosidades e restricções mentaes, que em effeito vem a ser um juramento falso.

Seria preciso sacrificar um depoente, ou a entregar-se em seu depoimento jurando, e confessando com qualidade que lhe seja rejeitavel, não tendo prova da mesma qualidade. Alguns DD. têm defendido, que pedindo um todo em parte verdadeiro e em parte falso, se póde com juramento negar tudo; outros pelo contrario. Vejam-se os que refere Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 8, Art. 2, a n. 304. Alguns sustentaram que o que recebeu o mutuo, que havia pago em segredo, póde jurar absolutamente que o não recebeu, Barbosa, *ad Ord.*, L. 3, T. 58, in princ., n. 3, y, Luc., *de Gratian.*, C. 109. Outros inventaram varias formulas de depor sem prejuizo, e em segura consciencia, como se póde ver em Michalor., *de Posit.*, C. 44 e 49, Cald., *de Empt.*, C. 19, n. 29 e 30, onde expõe outras. Porém tudo restricções mentaes, hoje reprovadas em todo o juramento, como juramentos falsos. Vejam-se Van-Espen., *de Jur. Eccles.*, P. 3, T. 9, C. 2, a n. 42, Coccey, *Jus Contr.*, L. 12, T. 2, Q. 4, e optimamente a censura dos theologos romanos a Luc. Ferrar., Verb. *Juramentum*, Art. 1 ad n. 13. E quem certifica ao

juiz, que o que depoz sinceramente com qualidade, não quiz preferir ao seu interesse o jurar sem taes restricções mentaes, e falsamente, e antes expor-se ao perigo de perder a causa, que jurar falso?

TRATADO XI

Do juramento in litem

Analyse da Ord. L. 3, T. 53, § 5, e T. 66, § 16

Multa non audemus, quia difficilia; quæ quidem ideo sunt
difficilia, quia non audemus.

Senec., Epist. 104.

PRENOÇÃO

O objecto d'estê juramento é a demanda «Lis, sive res in Judicium deducta», corporal ou incorporal, movel ou immovel, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 93, Not. æ. «Lis hic rem controversam significat, et jurare in litem est, jurare in æstimationem rei, seu quanti rem controversam quis æstimet», Stryk., Vol. 12, Disp. 1, C. 5, n. 67, Gerard. Nood., *ad Pandect.*, L. 12, T. 3, post princ.: «Est autem jurare in litem, rem in judicium deductam jurejurando æstimare. Inde jusjurandum in litem est, jurata rei, qua de agitur æstimatio. Lis in proposito est res in judicium deducta». Conf. Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 57.

CAPITULO I

Uso do juramento in litem

Eis-aqui o que diz Mello, L. 4, T. 19, na nota: «In Gallia, et Belgio hoc jusjurandum moribus sublatum asserit Groenevege-
nen., *de Legib. abrog.*, h. T., et recte quidem; nam judices non ex actoris voto, et jurejurando, quod suspectum est in propria causas sed ex bono et æquo id quod interest æstimare debent. Accedit quod hæc doctrina non satis clare, et dilucido, prout necessarium erat, legibus nostri definita reperitur; et satis confusa, et per-

plexa, quæ in jure Romano habentur ; itaque caute hoc jusjurandum a judice deferendum ; adeoque rei æstimatio ex liquidis aliis argumentis, et probationum non suspectis modis facienda est.»

§ 1

Em todo este contexto não ha uma palavra, que não fosse ou menos pensada, ou que não exhiba o odio que Mello professava ao direito romano (a que aliás era averso), que nos é subsidiario em falta de lei patria, quando fundado em boa rasão, Estat. da Univers., L. 2, T. 5, C. 2, § 19, maximé quando observado em algum artigo no uso das nações, Estat. S. L. T. C., §; e de que as nossas leis patrias, que o tiveram em algum artigo por fonte, recebem illustração, Estat. L. T. C. S.

§ 2

O juramento in litem estava em uso na Allemanha, quando escreveu Stryk., *Us. mod. Pand.*, L. 12, T. 3, § 1, e em outras nações, ibid. Stryk., *de Cautell. juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, a § 392.

§ 3

O moderno Cod. Civ. do imperador José II, no § 227, admite este juramento nos casos que refere, e em semelhantes. Tambem o moderno Cod. Frederico, L. 2, T. 4, Art. 2, § 49, no fim (na acção ad exhibendum) e em outros casos, na P. 2, L. 2, T. 4, Art. 1, § 27, *. *Mais si le Poss.* Em outro caso na P. 1, L. 3, T. 9, Art. 1, § 7, pag. 354, e L. 3, T. 9, Art. 4, § 33. Em outro caso, P. 1, L. 3, T. 9, Art. 7, § 51, no fim.

§ 4

N'este reino temos a Ord., L. 3, T. 52, § 5, que em um caso admite o juramento in litem, e a do L. 3, T. 86, § 16, que em outro caso admite o mesmo juramento sobre a affeição da cousa. Se passámos ao exame dos arestos, vemos em Peg. 3, For., C. 24, a n. 40, praticado este juramento contra o contumaz em exhibir um testamento. No Tom. 6, For., C. 210, a n. 37, contra um estalajadeiro a que se entregou uma arca fechada, e depois appareceu roubada. No Tom. 7, For., C. 243, n. 4, contra um que

occultou bens da mulher casada, de cuja quantidade e estimação não constava; no Tom. 5, For., C. 81, n. 64, contra um doloso no inventario que fez; no Tom. 5, C. 89, a n. 5, contra um que usou e abusou dos penhores; no Tom. 4, ad Ord., pag. 353, n. 7, contra o que prestou contas menos exactas; no Tom. 7, á Ord., pag. 19, n. 57, contra o que não fez inventario, casos todos em que pelo direito romano se defere este juramento, como ao diante se verá.

§ 5

No Belgio não está tão absolutamente abolido este juramento, como diz Mello, porque abi ainda se defere no caso das circumstancias que diz o nacional Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, n. 8, ibi:

«Sed nostris et aliorum moribus hoc jusjurandum in litem affectionis (não falla do da verdade e estimação) vix amplius obtinet, et solent plerumque Judices ex bono et æquo ipsi dijudicare, atque statuere, nisi cb ignoratas negotii circumstantias id ipsis possibile vix sit, quo casu vel præmissa taxatione jusjurandum convenienter juri romano, etiamnum deferri potest; vel etiam Actori simpliciter permitti, ut ipse suum interesse declare, ac firmet jurejurando, ut in id condemnatio sequatur; maxime si Reus sit contumax, etc.»

E na França se admite o juramento in litem, se não sobre a affeição da cousa, mas o da verdade sobre o valor d'ella, pelo moderno Cod. Civ., L. 3, T. 2, Sect. 5, § 2, Art. 268 (edição de 1808), ibi:

«O juramento sobre o valor da cousa demandada não póde ser deferido pelo juiz ao auctor; senão quando é de outra parte impossível de provar de outro modo este valor. O juiz deve mesmo n'este caso determinar a somma até a concorrência da qual o auctor será crido sobre o seu juramento.»

CAPITULO II

Fundamento justo d'este juramento. Definição d'elle. Divisão de duas especies. Em que circumstancias tem logar o da affeição, e em quaes o da verdade do valor. Suas differenças.

SECÇÃO I

Fundamento da justiça d'este juramento

§ 6

«Hoc ipsum juramentum partim ex æquitate introductum fuit, quæ non patitur rem suam alicui invito per violentiam, justo etiam pretio auferri, L. 70, ff. *de Verbor. signif.*, cum potius ex æquitate ei satisfaciendum sit, qui invitus re sua carere compellitur, L. 9, ff. *Rer. amotar.* (Conf. Ord., L. 4, T. 11, L. de 9 de julho de 1773.) Partim ex necessitate cum sæpius rei ablatae, vel injuste retentatae et occultatae æstimatio aliunde probari non possit; adeoque læso permittitur rem suam pluris æstimare, ut alterius dolus, culpa, vel contumacia simul puniatur, L. 5, § 4, L. 8, et ult. ff., *de in lit. jur.*, Stryk., *de Cautell. juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, a n. 4, et in *us. mod.*, L. 12, T. 3, § 1, Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, n. 2, * *Iniquum enim*, Coccey, *Jus Controv.*, L. 12, T. 3, Q. 4, Stryk. (filho), Vol. 12, Disp. 1, C. 5, a n. 69, Gerard. Nood., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, sub * *Est autem*.

SECÇÃO II

Definição d'este juramento

§ 7

Boehmer., *ad Jus*, ff., L. 12, T. 3, n. 1, o define assim: «Juramentum in litem, in quo permittitur actori, judice deferente, rem quam petit, æstimare, quæ dolo, vel culpa alterius restitui non potest», Voet., *ad Pand.*, eod. T., n. 1, define assim: «Juramentum in litem generaliter consideratum, est, quo propter dolum, aut culpam adversarii, non restituentis, aut exhibentis, aut solventis aliquis rem suam, aut sibi debitam æstimet». Com

Struv., Exerc. 17, Thes. 58, que segue, o define Stryk., *de Cautell. juram.*, supra, n. 10, ibi: «Definitionem hujus juramenti ex Struvio hanc subministramus, quod sit tale juramentum, quo propter intervenientem dolum et culpam adversarii, rem ad se non pertinentem non restituentis, aut non exhibentis, Judice deferente, Actor rem suam, mediante juramento æstimat, tanti sibi haberi», Ridolfin., *in Prax.*, P. 3, C. 2, n. 151: «Per jurisjurandi religionem judicis taxatione interveniente, æstimationis rei controversæ ab actore facta declaratio».

Bastava reflectir Mello esta definição, não nominal «ab etymologia, sed ab essentia et substantia rei, naturam rei plene indicans, et manifestans, et ejus brevis et circumspecta explicatio»; definição de tão graves DD. bastava, digo, reflecti-la, para se abster de dizer que esta materia satis confusa et perplexa; quando a mesma definição está mostrando em compendio os casos em que deve, ou não deve admittir-se este juramento. Se reflectisse o que do subsidiario do direito romano, ou para supprir os casos omissos nas leis patrias, ou para illustra-las com as d'aquelle direito, que foram suas fontes, disseram os estatutos da universidade (§ 1) não romperia em dizer: «Hæc doctrina non satis clare, et dilucide, prout necessarium erat, legibus nostris definita reperitur», porque o omisso, ou o menos claro nas leis patrias é supprivel e illustravel pelas romanas.

SECÇÃO III

Divisão d'este juramento em duas especies. Exposição de cada uma d'ellas

§ 8

«Hujus Juramenti tres species constituit Henriq. Pering., *in Comment. in Jus Canon.*: 1.º, veritatis; 2.º, affectionis; et 3.º, quod præstatur super interesse singulari, quod ipsum juramentum interesse singularis extra rem appellat Beustius, ad Rubr., ff. *de Jurejur.*, n. 144, Scheneidvinn., ad § 11, n. 33, et ad § 21, *Instit. de Action.* Putamus tamen sufficere communem divisionem, secundum quam juramentum hoc vel veritatis, vel affectionis est; ad quod ipsum affectionis juramentum, etiam tertium, quod super interesse singulari præstatur, referri potest», Stryk., *de Cautell. Jur.*, supra, a n. 11. N'esta distincção e divisão do juramento *in*

litem concorda o commum dos DD., Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, n. 1, Stryk., *ad eund.*, T. e § 2, Boehmer., *ibidem* n. 2, Ridolfin., *supra*, a n. 152.

§ 9

«Describitur vero juramentum in litem veritatis, quod sit tale juramentum, quo res in judicium deducta, quæ ex culpa, vel negligentia adversarii interiit aut deterior facta est, ab actore jubente Judice, æstimatur, quanti ipsius revere interest, rem sibi non restituit», Stryk., *supra*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 14, Voet., *supra*, n. 1, Boehmer., n. 2, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 68. «Veritatis dicitur illud quod præstatur super vero et communi alicujus rei valore, Ridolfin., *in Prax.*, P. 3, C. 2, n. 155.»

§ 10

«Juramentum affectionis vero describitur, quod sit tale juramentum, per quod actor, jubente judice, non solum rei, quæ propter dolum, et contumaciam adversarii ipsi abest, verum pretium, sed etiam damnum, quo afficitur propter hoc, quod invitus hoc de re carere cogatur, æstimat», Stryk., *supra*, n. 15, Voet., *supra*, n. 4, ibi: «Affectionis juramentum in litem est, cum ob dolum (sub quo de lata culpa continetur) aut contumaciam adversarii non restituentis res in judicium deducta, æstimatur ab actore ultra verum rei pretium, pro singulari in rem affectione... Iniquum enim visum fuit, dominum sine facto suo aliena malitia, privari dominio rei suæ, et non consequi ultra verum pretium rerum illarum, in quas peculiaris potest cadere affectio, quasque apud alium existentes magno redempturus esset, aut a se possedas, non nisi plurimi fuisset venditurus». Conf. Ridolfin., *supra*, n. 154.

Na primeira especie d'este juramento procede a Ord., L. 3, T. 52, § 5; na segunda a Ord., L. 3, T. 86, § 16. A equidade da segunda se confirma com a L. de 9 de julho de 1773, aonde ainda quando qualquer pela causa publica é obrigado vender seus bens (caso mais urgente) lhe manda a lei compensar a coacção com mais uma terça parte do valor, e quanto mais sendo o auctor obrigado a carecer da sua cousa não por causa publica, mas por um dolo, culpa e contumacia do réu condemnado em lh'a restituir.

§ 11

«Quamvis vero (continua o citado Stryk., a n. 16) Carpzov... cum quo facit Struv., supra, Thes. 59, docuerint quod hodiernis moribus differentia inter juramentum veritatis et affectionis in judicando non multum attendatur, sed saltem in judicis arbitrio resideat, num juramentum veritatis: num vero affectionis imponere vilet actori: Cum pace tamen tantorum virorum ab ipsorum opinione recedimus. Siquidem distinctio ipsa non solum fundamentum suum habet in L. 8, ff. *de in Lit. Jur.*, ibi, Juris-Consultus distincte loquitur in verbis, quanti res est, an quanti juratum, etc. Ubi priora verba quanti res est, de juramento veritatis; sequentia vero quanti juratum est, de juramento affectionis accipimus: Ita ut per prius vera rei æstimatio probetur, per posteriora vero illa ex arbitrio actoris constituatur ad puniendum dolum et contumaciam rei, et in solatium actoris, qui re sua carere cogitur. Cum igitur hæ ipsæ æstimationes inter se multum differant, et juramentum veritatis, saltem propter culpam vel negligentiam; affectionis vero propter solum dolum, vel ob contumaciam Reo convento imponatur; adeoque ipsa juramenta ex diversis causis proveniant; utique sua sponte fluit, diversa juramenta inter se esse, adeoque arbitrio judicis absoluto neutiquam relinqui, an hoc vel illud imponere actori velit... Accedit quod res in litem deductæ varii generis sunt: Quædam enim ita sunt comparatæ, ut in eas specialis affectio cadere possit: Iniquus ergo esset Judex quando actorem ad juramentum veritatis ablegare vellet, cum per hoc saltem veram æstimationem impetraret; cum tamen re sua invitus carere cogatur. Reus vero qui forte etiam affectionem ad rem petitam habet, ex dolo et contumacia sua commodum sentiret, quod utrumque æquitas non permittit,» etc.

Confira-se a nota ao § 10, e que n'este sentido o nosso legislador teve como diversos o juramento de verdade e o de afeição; em outras nações, Stryk., supra, n. 29.

SECÇÃO IV

Quando deva deferir-se o juramento de verdade; quando o de afeição. Que requisitos devam concorrer para se deferir um ou outro juramento. Diferença entre ambos

§ 12

O juramento de verdade, diz Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 3, § 11: «Tunc adhibetur, si nullus in adversario dolus, sed propter culpam tantum res amissa sit; hinc non attenditur hic quanti rem pro affectione æstimaverit actor, sed quanti verum ejus pretium fuerit». (Conf. Ridolfin., supra, n. 155). Acrescenta o mesmo Stryk.: «Quamvis hoc juramentum veritatis multi ex hoc Titulo expulsum cupiant; attamen omnino retinendum est, cum usum in foro habeat maximum; Si enim res perierit per culpam, cujus pretium nec testibus notum, nec Judici, nec reo forte, nec hi actori super ejus æstimatione deferat juramentum; necessitas ipsa hoc exigit, ut tandem actor de vera æstimatione juret». Id. Stryk., *de Cautell. Jurament.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 147, vidend.

§ 13

De fôrma que, em differença do juramento de afeição, o juramento da verdade se defere ao auctor sobre o verdadeiro valor da cousa, e valor commum; quando no réu concorreu culpa mais leve; maxime si aliunde æstimatio haberi non possit (como nos casos que refere Stryk., supra), Boehmer., *ad Jus*, ff., L. 12, T. 3, n. 2; Thomaz., *Dis. Affection. in res. fung. non cadent.*, C. 3, §§ 3, 4 e 5, Struv., Exerc. 17, Thes. 68, Stryk., *de Cautell. Jurament.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, a n. 34, a n. 132 e 144, Coccey, *Jus Contr.*, L. 12, T. 3, Q. 6, Barbosa, et Tabor., L. 9, C. 131, axiom. 12.

Se basta culpa in omittendo, veja-se Parex., *de Instrum. Edit.*, T. 8, Res. 1, a n. 26. Em summa, a mora, a culpa ainda leve, o interito da cousa occasionam este juramento, Struv., Exerc. 17, Thes. 68 e 69, et ibi Mull., notæ.

§ 14

Pelo contrario para se deferir o juramento de afeição é necessario: 1.º, que concorra dolo da parte do réu demandado, L. 2, § fin., ff. *de in lit. jur.*, L. 68, ff. *de reivind.*, e contumacia em restituir a coisa demandada, L. 1 e 8, ff. *de in lit. jur.*, Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, a n. 96, Boehmer., supra, n. 2 e 6, Voet., ad Pand., L. 12, T. 3, n. 2, Barbosa et Tabor, supra, Ax. 12, Ridolfin., *in Prax.*, P. 3, C. 2, a n. 157.

§ 15

Adverte porém o mesmo Stryk., a n. 99, que «*dolus et contumacia non indigent probatione, ubi ad traditionem, vel exhibitionem reus conventus, et ad hanc ipsam perficienda per Judicem condemnatus non obtemperat judicato, vel jussui, judicis, cum tamen possit, vel etiam per dolum rem petitam amoverit, vel dixerit quod interierit.*»

Este é o sentimento da Ord., L. 3, T. 86, § 16, aonde admite este juramento ainda sem prova do dolo e contumacia, presumindo-o só porque o réu, pendente a demanda, maliciosamente (isto é, sem casualidade ou causa necessaria) deixou de possuir a coisa julgada. O mesmo se occulta, e não quer entregar, etc.

§ 16

Entra aqui a grande questão tratada pelo citado Stryk., a n. 100: «*An ob latam culpam vel dolum præsumptum etiam hoc juramentum affectionis imponi poterit?*» Pela negativa cita muitos; porém pela affirmativa, que segue, cita muitos a n. 116, «*qui docent, quod etiam ob dolum præsumptum juramentum hoc deferendum sit, puta, si reus rem desierit dolose, ut eam amplius non possideat, vel etiam ubi ex ipsius culpa lata factum sit quominus facultatem restituendi habeat. . . inputet enim sibi jussus restituere, quod jussui Judicis non paruerit, adeoque contemptus judicis pœnam luat. . . Cum igitur sub appellatione doli culpa lata contineatur.*, L. 2, C. *de in lit. jur.*, junct. L. 1, C. *quand ex fact. tutor. affirmativam opinionem approbamus. Aliter dissentientes DD. conciliare voluit Struv., Exerc. 17, Thes. 65, ubi distinguit,*

an ratione peculiaris contractus quid præstandum sit, aut extra contractum. Posteriori casu dicit ob latam culpam non esse locum juramento in litem, in priori vero hoc admittendum. Sed hanc limitationem aliis dijudicandam relinquimus». Vide Parex., *de Instrum. Edit.*, T. 8, Res. 1, a n. 23, 26 e 29.

§ 17

Acrescenta o mesmo Stryk., a n. 136, que «consideratur dolus, sive ab initio obligationis contractæ adfuerit, quando Reus rem de præsentí possidet, et tamen eam restituere non vult... Dolus etiam est, non solvere id, quod quis posset et deberet; et generaliter in dolo versari dicitur, qui non facit et restituit, quod facere et restituere tenetur; sive ex post facto supervenerit, veluti si Reus dolo desiit possidere, vel ex culpa ipsius factum fuit, quominus facultatem habeat restituendi, etc. Veja-se Ridolfin., *in Prax.*, P. 3, C. 2, a n. 164, aonde presume doloso também ao administrador, que não fez nem exhibe livro de rasão, o commodatario que não entrega a cousa, todo o que despreza o mandato do juiz, etc.

§ 18

É necessario, 2.º, para se praticar o juramento da verdade «ut respiciat Judex an non rei petitæ vera æstimatio per testes vel instrumenta probari possit. Siquidem hæc media probandi æstimationem ordinaria excludunt remedium extraordinarium, ipsum videlicet juramentum in litem», Stryk., dict. C. 3, n. 132, Bagn., Dec. 12, n. 1 (Veja-se nota ao § 58, ubi limitatur). Conf. Voet., ad Pandect., L. 12, T. 3, n. 4. E que a divida ou obrigação seja certa na substancia, Bagn., Dec. 12, n. 1 e 7, Ansalde., *de Commerc.*, Disc. 73, n. 25.

§ 19

Adverte porém o mesmo Stryk., a n. 139, que «probationis difficultas tunc adesse videtur, ubi res petita ad oculum demonstrari non potest; vel quia non amplius extat in rerum natura, sed plane interitum passa est ex dolo, vel culpa adversarii; vel quia dolose occultatur, vel amota fuit, ut apparere non possit, licet adhuc in rerum natura extet, etc.», Ridolfin., P. 3, C. 2, a n. 197,

aonde limita in actionibus bonæ fidei, in quibus ob solum dolum potest jurari, etiamsi non adsit difficultas probationis.

§ 20

Depois do exposto a §. . . é facil de decidir com Coccey, *Jus Contr.*, L. 12, T. 3, Q. 6, esta questão que elle propõe e decide, ut ibi: «Quomodo differat juramentum in litem extraordinarium a juramento in litem ordinario, sive affectionis? Resp. In eo, quod hoc pœna doli; illud vero loco rei sit. Unde 1.º, illud præstatur etiam ob culpam levem, quin levissimam, quia loco rei est, quæ ex culpa non restituitur; 2.º, æstimatur ibi res, cujus quantitas apparet; at in posteriori affectus, quia quantitas non apparet; 3.º, illud locum habet etiam contra hæredes, quia non est pœna doli; 4.º, locum habet etiam in contrariis, neque enim hic requiritur, ut res nostra fuerit, ut in præcedenti; sed quia id quod interest lis vindicatur, id quoque æstimari debet, quod fit hoc juramento; unde 6.º, in omnibus negotiis, etiam empto, tutela, etc., obtinet, secus ac in juramento in litem affectionis, etc.» Outras rasões de differença entre estes juramentos e o decisivo se vejam em Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, a n. 102.

CAPITULO III

**Sobre quaes especies de bens se pôde deferir este juramento;
em que qualidade de acções**

SECÇÃO I

Em que especie de bens

§ 21

Quanto ao juramento de afeição, diz Stryk., *de Cautell. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 122, que: «Tam Judex quam Pars respiciat, an res petita, super cujus æstimatione in litem jurandum est, ita est comparata, ut in eam vel ex ipsa natura rei, vel propter accidens superveniens extra ipsam, affectio aliqua cadere possit; ita ut ob ejus denegatam traditionem, vel exhibitionem ejus Actor damnum

passus fuerit». Uma vez que a causa da afeição se prove, Boehmer., *ad Jusfftor.*, L. 12, T. 3, n. 3, e que a cousa não entregue seja sem duvida devida, Rocc., *Sellectar.*, C. 143, n. 40, Ansaldo., *de Commerc.*, Disc. 73, n. 25, Fontan., Dec.

§ 22

O celebre Thomazio, na Disp. *De Pret. affection. in res fungibil. non cadente*, C. 3, §§ 32, 33 e 34, admitindo este juramento, ainda nas questões de cousas incorporaes, o não admite nos bens immoveis nem nos moveis, que são fungiveis (quaes se reputam o dinheiro, o pão, o vinho, o azeite, e tudo o que consiste em peso, numero e medida, de que não pôde usar-se sem consumo da substancia, Vicat., Verbo *Res*, * *Res quædam*, Pereira, *Elucidar.*, n. 739). A Thomazio segue (como sempre costuma, por ser igualmente acerrimo inimigo do direito romano) Mello Freire, no § citado. Um vaso de prata se connumera entre as cousas fungiveis, para não ter logar o juramento de afeição, uma vez que o réu offereça outro do mesmo feitio e peso, Fabr., in Cod., L. 5, T. 32, Def. 2.

§ 23

Porém, e quanto aos immoveis (em que Thomazio não admite o juramento in Lit. de afeição) errou Thomaz., porque conforme a L. 1, § 15, ff. *Siquid in fraud. patron.*, com a interpretação e logares parallellos que cita Gotofredo, pôde dar-se afeição em um immovel, ou em rasão da oportunidade, ou em rasão da contiguidade a outro, ou da vizinhança ou de ser um predio estimavel dos passados, o que bem se comprova com a L. 22, C. *de Administr. Tutor.* Outros casos em que se considera particular afeição da cousa, recopilou Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 98.

§ 24

Pôde salvar-se Thomazio com a ponderação de que o immovel que o condemnado não quer restituir, pôde arrancar-se-lhe do poder, ainda com a mão militar, L. 68, ff. *Revind.*, L. 36, *de Liber. Caus.*, Bynkerhoek., L. 3, Obs., C. 14, e arrancada e restituida assim ao senhor, cessa o juramento de afeição. Porém eu

noto que compreendendo a nossa Ord., L. 3, T. 86, toda a coisa julgada, sem differença do movel ou immovel que o demandado alienou, deixa ao arbitrio do vencedor proceder contra o terceiro possuidor (provada a sciencia do litigio) ou requerer o juramento de affeição contra o vencido. Se pois a coisa immovel alienada, e que não seja facil reivindicar do terceiro possuidor, por se não poder provar n'elle a sciencia do litigio, não vejo que não possa jurar-se de affeição nos casos que relatam as citadas leis romanas.

§ 25

Quanto aos dinheiros, que já vimos se connumeram entre os fungiveis (§ 22), tambem n'elles pôde haver affeição, como se os dinheiros depositados eram moedas, v. g., entre nós de 24\$000 ou 12\$800 réis, que são hoje rarissimas, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 3, § 2, et de *Cautell. Jur.*, P. 3, Sec. 3, C. 3, n. 126. Veja-se Nood., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, * *Nec difficile*. Tambem em livros raros pôde dar-se juramento de affeição, Stryk., *Us. mod.*, supra, § 6, et de *Caut. Jur.*, n. 124. No dinheiro depositado, no caso de Nood., supra.

§ 26

Quanto aos moveis não fungiveis, não duvida Thomazio, e pôde verificar-se o caso em um cabeça de casal, que vendo-os avaliados no inventario em preços modicos não quer entrega-los, para lucrar o maior valor offerecendo-se á estimação. O mesmo digo dos fructos adjudicados no inventario, se fossem avaliados em preços diminutos, e não estando consumidos não quer entrega-los em especie, sendo doloso e contumaz na entrega que lhe é possível, requisitos necessarios para este juramento (ut § 14). Porque deve pelo juramento estimar-se na sua contumacia o lucro cessante ou damno emergente, Boehmer., *ad Jus*, ff., L. 12, T. 3, sub n. 2, (Conf. o § 51).

Aindaque alguns dizem que «re amplius non extante», só se defere o de verdade, e não de affeição, Ridolfin., P. 3, C. 2, n. 216, porque sobre a coisa prompta não ha affeição, vide tamen eund. Ridolfin., n. 164, Plot., § 25, n. 2, e observa que hoje está tirada a differença das acções, ut § 27.

SECÇÃO II

Em que qualidade de acções

§ 27

Não se duvidou jamais com a L. 5, ff. *de in lit. jur.*, que este juramento de afeição tem logar em todas as acções bonæ fidei (quaes as que relata o § 28, *Inst. de action.*) e nas que têm semelhante natureza, que refere Struv., Exerc. 46, Thes. 71, e nas acções arbitrarías que refere Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, an. 53. Nas acções stricti juris o negaram muitos DD., ex Stryk., supra, n. 71. Porém hoje que recessit ab aula a differença entre as acções bon. fid. e strict. jur., Mello, L. 4, T. 2, § 4, é certo ser praticavel em todas este juramento, Thomaz., supra, C. 3, § 24, Boehmer., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, n. 5, Stryk., *Us. mod.*, eod. Tit., § 6, et *de Cautell. Jur.*, P. 3, Sec. 3, C. 3, a n. 85, e um por todos o filho João Samuel Stryk., Vol. 12, Disp. 2, C. 1, a n. 48, ibi: «Maius dubium subesse videtur circa juramentum in litem affectionis quod nec hodie in stricti juris judiciis admittendum esse, sed tantum juramentum in litem veritatis statuunt non pauci. Sed hæc sententia ex ipso jure Romano dubia adhuc habet non pauca. Siquidem, 1.º, nondum satis expeditum est, an distinctio in juramentum in litem veritatis et affectionis plane sit fundata in jure Romano, cum juramentum in litem veræ æstimationis opponatur in L. 2, § 1, ff. *de Jurejur. in lit.*, Item, em L. 8, eod. ibi: quanti res est, an quanti in litem juratum fuerit. Ut etiam non dubitaverit Huber., ad T., *de Jurejur. in lit.*, § 1 et 6, asserere ex jure Romano tantum juramentum in litem affectionis, non vero juramentum in litem veritatis probari posse. Deinceps, 2.º, etiam in Judiciis stricti Juris interdum locum habere juramentum affectionis, scilicet ubi species debetur, eaque periit et mora facta est, ex L. 5, § ult., d. loc., probat idem Huber., cit loc. § 3. Sed, 3.º, quidquid sit de jure Civili, de usu fori res dubia satis est ex testimonio etiam ipsius Carpzovii. Is autem P. 1, Const. 23, Def. 19, n. 9, asserit arbitrio judicis relinqui juramentum hoc sive affectionis, sive veritatis, deferendum existimet. Et postea, n. 11, perspicue satis mentem suam de hac distinctione

subjicit his verbis. Ex quo fit ut hodie non solum in omnibus sive in rem, sive in personam actionibus, quibus res restituitur, sed etiam in stricti juris judiciis arbitrariis, et non arbitrariis, ex causa justa et sufficiente in litem juratur. Consentit omnino Schilter., Exerc. 22, § 55, ubi § 56, rationem addit, quod subtilis judiciorum differentia, quia alia bonæ fidei, alia stricti juris a simplici Germaniæ jurisprudentia abscedat, etc.

Longo de nós o que em contrario, e sustentando ainda a antiquada differença, discorreu Coccey, *Jus. Contr.*, L. 12, T. 3, Q. 5, e discorreram outros muitos.

CAPITULO IV

Dinumeram-se alguns casos mais frequentes em que verificados os requisitos, a § 14, se deva deferir o juramento de afeição; ou na falta dos requisitos necesarios para este o da verdade sobre a estimação da cousa.

§ 28

Primeiro caso. No do espolio contra o espoliador tem logar este juramento de estimação do damno que elle tiver soffrido, Cod. Civ. do imperador José II, § 227, Plot., *de Juram. in lit.*, § 46, n. 2 e 3, Stryk., *de Cautell. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 66, Fontanell., Dec. 300, onde figura o caso do espolio dos moveis de uma casa subtrahidos de noite, e admite este juramento tanto sobre a quantidade dos moveis como do valor d'elles; porque (diz Fontanell.) aqui se verifica o dolo, que resulta do facto espoliativo, e a impossibilidade da prova, por ser occulto o espolio, e ninguém podia ver os bens furtados e seu valor, etc. Concorda na conclusão geral Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, a n. 74 e 75, e a n. 85. Amplia-se em todos os interdictos Adpiscendæ et retinendæ, Stryk., sup., n. 56, Struv., Exerc. 17, Thes. 63. Amplia-se ao colono que findo o tempo do arrendamento não restitue a cousa arrendada, Plot., supra, § 13.

Se entre os bens espoliados se comprehenderem alguns em que se dêsse afeição (comò nos casos dos §§ 22, 23 e 25) terá logar juntamente o juramento de afeição, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 3, § 12.

Sobre tudo o exposto n'este caso veja-se largamente Plot., *de Juram. in Lit.*, §§ 3, 4 e 46. E que perdas e damnos proximos ou remotos se comprehendam na condemnação do espoliador, veja-se Ansaldo., *de Commenc.*, Disc. 74, Ferreir., *de Nov. oper.*, L. 5, Disc. 10, a n. 8.

§ 29

Segundo caso. Tem logar o juramento in Lit. contra aquelle que ou não exhibe a cousa que pela acção ad exhibendum (de qua Peg. 3, For., C. 24 e 25) se lhe pede, e sendo condemnado que a exhiba é contumaz em a exhibir, L. 5, ff. *de in Lit. Jur.*, L. 3, § 2, ff. *ad exhib.*, Stryk., supra, n. 58, Cod. Frederic., P. 2, L. 2, T. 4, Art. 2, § 49 no fim, ex professo Plot., *de Jur. in Lit.*, § 23, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 63, pag. 1118, Ridolfin., *in Prax.*, P. 3, C. 2, n. 184.

§ 30

Mas similhantemente contra aquelle que, provando-se ter em seu poder algum documento, em que a parte tem interesse, e sendo condemnado a exhibi-lo, é contumaz, tem logar o juramento in Lit. pelo interesse, Stryk., supra, n. 58, Peg., 3, For., C. 24, a n. 40, ad 75, Plot., supra, § 23, a n. 3 (limita com Bagn., Dec. 12, n. 6). O mesmo contra os escrivães (que são obrigados guardar as escripturas), Guerr., Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 82. Sed vide optime distinguunt Perez., *de Inst. Edit.*, T. 8, Res. 1, a n. 21. Similhantemente compete contra os que furtam ou rasgam documentos, Plot., supra, n. 4, Guerreiro, supra, n. 82, porque é crime como de furto. (Veja-se Raynald., *Crim.*, L. 2, C. 18, § 2.) N'este caso basta a prova da existencia e a contumacia sem outra prova da quantidade do interesse. Veja-se Leyzer., Spec. 146, med. 1.

§ 31

Terceiro caso. Se consta genericamente que algum cabeça de casal sobnegou bens em um inventario, mas não consta nem pôde constar especificamente da sua quantidade e valor, constando aliás da occultação dolosa, tem logar o juramento in Lit., Valasco, *de Part.*, C. 8, n. 36 e 37, Peg., Tom. 7, ad Ord., L. 1, T. 87, § 9, n. 73. O que se confirma com os similes, de quib. Guerreiro;

Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 70, 71 e 86, *. *Et expillantem hereditatem jacentem*. Conf., Plot., supra, § 15, Bagn., C. 66, n. 362. Veja-se Reinos., Obs. 47, n. 36.

§ 32

Quarto caso. Se uma mulher furtou ao marido moveis, que ou poz em poder de terceiro, ou divorciando-se e separando-se levou comsigo, compete ao marido a acção rerum amotarum, ou contra esse terceiro ou contra a mulher, e provada a subtracção, se não consta da quantidade sobre a quantidade mesma e seu valor se defere o juramento in Lit. ao marido, Plot., § 24, n. 6. Veja-se Peg. 7, For., C. 243, ubi judicat., L. 8, § 1, ff. *Rer. Amot.*, Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 63, pag. 1118, col.

§ 33

Quinto caso. Se se usa contra o ladrão da condição furtiva (de qua actione Solan., C. 26, n. 17), Stryk., supra, n. 65. Conf. Guerreiro, supra, n. 85, et a n. 93, aonde que tambem contra os auxiliadores e receptadores, Conf. Arouc., All. 67, n. 17, o que bem se comprova com a Ord., L. 3, T. 52, § 5; o citado Arouc. equipara para este fim ao ladrão aquelle que scientemente recebeu dinheiro que lhe não era devido, como falso crêdor, e para ficar responsavel a todo o interesse pelo juramento in Lit. Amplia-se, aindaque a cousa tenha perecido no ladrão por caso fortuito, Cod. Freder., Tom. 2, pag. 78. O mesmo procede contra o que recebeu o indebito com sciencia de que se lhe não devia, porque se equipara a ladrão, e tem logar contra elle o juramento in Lit. pelos interesses, perdas e damnos, Arouc., All. 77, a n. 13.

§ 34

Sexto caso. Tem logar o juramento in Lit. na acção do deposito, L. 1, § 26, L. 5, ff. *Depos.*, isto é, quando o depositario é doloso e contumaz em restituir a cousa depositada, Stryk., *de Caut. Jur.*, P. 3, Sec. 3, C. 3, n. 51, Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 87, Scob., *de Ration.*, C. 25, n. 19, id. Guerreiro, Tr. 4, L. 6, C. 8, n. 6, Plot., § 10. Se se entregar uma arca fechada com chave ao depositario, satisfaz restituindo-a assim, e se o depositario diz que

fôra aberta com chave adulterina, deve provar o quanto antes lá tinha, e cessa aqui o juramento, Peg. 1, For., C. 3, n. 338.

Entre nós se procede executivamente e com prisão contra o depositario, ou seja judicial, ex Ord., L. 4, T. 49, § 1, ou por contrato, Ord., L. 4, T. 76, § 5. Constando do deposito por escriptura, de quo Moraes, L. 1, C. 4, § 1, a n. 78, Peg. 1, For., C. 3, a n. 93. Em qualquer caso que seja doloso e contumaz em o restituir procedem as citadas doutrinas, § 34, e é retido depois do juramento, Guerreiro, Tr. 4, L. 2, C. 8, n. 38.

§ 35

Setimo caso. Defere-se contra os estalajadeiros, depositarios, almocreves e marinheiros, a que se entregou alguma arca, vasilha, fardo, etc., fechado, e ou o não restitue assim ou aberto, porque pelo que faltar se defere ao roubado este juramento, Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, a n. 78, Peg. 1, For., C. 3, a n. 334, et Tom. 6, For., C. 240, a n. 37, Oter., *de official. Reip.*, P. 2, C. 17, n. 38, transcrevendo no n. 39 uma notavel lei de Hespanha. Veja-se largamente Plot., § 10, Ridolfin., P. 3, C. 2, a n. 191.

As circumstancias que é necessario verificarem-se para ter logar n'este caso o juramento, se vejam nos citados Peg. e Guerreiro, e em Plot. e Ridolfin., n. 193.

§ 36

Oitavo caso. Pelo direito romano na L. 7, ff. *de Admn. Tut.*, tem logar este juramento contra o tutor que sem fazer inventario se entregou da tutela, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 3, § 8, Guerreiro, Tr. 3, L., C., n. Porém n'este reino a obrigação de fazer inventario é do juiz dos orphãos, Ord., L. 1, T. 88, e pelo inventario mesmo deve fazer a entrega ao tutor, Ord., L. 4, T. 102, princ. Portanto parece que não é imputavel esta omissão ao tutor. Se porém o juiz foi omisso em fazer o inventario e qualquer parente sem elle se arrogou a ser pro-tutor e administrador dos bens do orphão, procederá contra elle a disposição do direito romano, porque nos taes pro-tutores milita o mesmo direito que nos tutores. Veja-se Cod. Freder., P. 1, L. 3, Art. 3, e o celebre caso

apud Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 3, § 8. E se o tutor dirigiu o inventario judicial, mas n'elle se portou com alguma fraude, entra a regra do Cod. Frederico, P. 1, L. 3, T. 9, Art. 1, § 7, pag. 354, r. *Mais*, ibi: «O tutor é responsavel pelas suas fraudes, isto é, fica obrigado a indemnizar o pupillo de tudo o que maliciosamente fez em seu prejuizo, e responder por todos os danos e interesses que o menor e seu curador podêrem verificar pelo juramento in Lit., et § 9». Veja-se Plot., § 5, a n. 37, e § 9.

§ 37

Aindaque pelo direito romano tambem o tutor era obrigado fazer livro para prestar contas, sob pena de juramento in Lit., Cancer. 1, *Var.*, C. 7, n. 100, Guerreiro, Tr. 4, L. 2, C. 8, L. 6, C. 1, n. 30; comtudo attesta o mesmo Guerreiro, Tr. 4, L. 2, C. 9, a n. 24, que n'este reino não se costuma nem são os tutores obrigados fazer livros, porque pelo inventario se lhe tomam contas. Conf. Plot., sup.

§ 38

Se porém os tutores não prestam contas, ou as prestam desordenadas, intrincadas e imperfeitas, tem contra elles logar o juramento in Lit., Peg. 1, For., C. 3, a n. 701, e Tom. 1, ad Ord., pag. 353, n. 7 e 12. Geralmente em que casos compete o juramento em Lit. contra o tutor pelas suas culpas, omissões e malversões, veja-se Plot., *de Jur. in Lit.*, § 5, ubi latissime.

§ 39

Nono caso: Tem logar este juramento contra o socio que é doloso e malversado na sociedade, e se provam as malversões que ex professo propoz Felic., *de Societ.*, C. 20, a n. 18, ibi: «Igitur verissimum est, socium de dolo teneri; et cum de dolo teneatur, contra eum alteri socio ad probandum expensas, damna et interesse deferitur juramentum in litem. Et licet regulariter deferatur duobus concurrentibus, nempe dolo, et probationis difficultate (Conf., §... et §...), tamen quia societas est bonæ fidei contractus juramentum istud præstabit socius contra socium dolosum, etiamsi non adsit difficultas probationis... Et præstatur contra dolosum immittendo, quia venit ex natura actionis».

«Et quod contra Socium dolosum alteri Socio detur juramentum in Litem datur exemplum in Socio, qui librum non confecit... (*) Datur exemplum in Socio, qui habuit pecunias ad mercandum, et cum eis mercatus non fuit, quia poterit contra eum in Litem jurari, cum ut supra dixi, dolus in eo præsumitur, qui id non facit, quod facere debet.»

«Datur etiam exemplum in Socio expendente pecunias Societatis ultra usum destinatum, quia id dolo facere dicitur, et tenetur ad interesse probandum juramento alterius Socii: etiam expendente non in totum, sed in parte.»

«Similiter datur exemplum, si unus ex sociis captam crumenam, vasiliam, domum, horreum, cellam vinariam, et similia clausa absque presentia alterius Socii, sive testium aperit, dicitur esse in dolo, et datur contra eum Jur. in Lit. super quantitate, quæ in dictis locis reperiebatur.»

«Et datur exemplum in Socio, qui per fallaciam dolove malo amovit rem communem, vel celandi animo contrectavit. Et quod dicitur, Socium a dolo excusari, si aliquid faciat in re communi, ratione juris, quod in illa habet, procedit regula, si Socius re communi usus fuerit ad usum destinatum; sed non procedit, si tota re communi usus fuerit, excedendo terminos, qui Societati conveniunt, quia tunc cessat præsumptio insurgens ratione juris quod in re habet. Verum potest etiam excessus aliquando excusari, ne in Socio præsumatur dolus, nempe, quando aliqua legitima causa motus id fecit, ut si pro salvanda parte sua totam rem per vim occupavit, paratus alteram partem Socio consignare. Sed ita demum a tali excessu Socius excusabitur, si probet ad ita faciendum a dicta causa inductum fuisse.» Confirma-se sobre tudo Plot., *de Jur. in Lit.*, § 43.

(*) Em Zach., *de Salar. post. Trat.*, Dec. 46, vemos deferido o juramento in Lit. contra um socio que só exhibiu um liberculo com diversa inscripção sem dia, mez e anno em que fôra feito sem se comprovar aliunde o que elle continha, só com carregação das despezas, sem alguma da receita e geralmente vicioso, vicios e defeitos que presumiam doloso o socio. Conf. Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 353, a n. 7.

§ 40

Decimo caso. Compete o juramento in Lit. contra o crêdor que recebendo um certo penhor, quer entregar outro diverso, ou usou com damnificação do penhor mesmo, Guerreiro, Tr. 4, L. 4, C. 4, sub n. 87, porque usando do penhor commette furto, Plot., § 12, n. 2. Em Peg., 5, For., C. 89, a n. 5, vemos que empenhando um a seu crêdor certas peças de prata, ainda com esta clausula, o qual as podera desfazer, não lhe pagando os juros nos tempos devidos, o crêdor vendeu algum dos penhores de prata por auctoridade propria e foi condemnado pelo juramento in Lit. de affeição na sua estimação, precedendo informação e taxa pelo juiz. O mesmo procede quando o crêdor alienou o penhor, sem observar as solemnidades legaes ou (tendo faculdade de o vender) se o vende por preço vil, ou por favor, e pôde o devedor jurar contra elle in Lit. sobre a estimação do penhor, damnos e interesses, Plot., § 12, n. 5. O mesmo quando o crêdor (paga a divida ou depositada) não restituiu o penhor, e diz que se perdeu sem sua culpa, não é attendido (aindaque o queira jurar) sem o provar, e como se repute doloso, tem logar o Jur. in Lit., sobre o valor (que commummente excede a divida), damnos e interesses, Plot., supra, n. 13.

§ 41

Undecimo caso. Defere o juramento in Lit., contra o procurador, ou quando não executou o mandato para o fim que o recebeu, ou quando é moroso em entregar o que em execução do mandato recebeu, ou quando colluiu com adversario, e se deixou corromper, ou quando converteu em seus usos o dinheiro recebido, ou quando não entregou ao mandante as escripturas que d'elle confiou, etc., juramento pelo qual se obtêm todos os interesses. Veja-se ex professo Plot., *de Jur. in Lit.*, § 16, Conf. Golin., *de Procur.*, P. 5, C. 4, contra o que se fingiu procurador falso, com mandato falso e que exige alguma cousa, Plot., § 16, n. 6.

O procurador está responsavel a contas, Guerreiro, Tr. 4, L. 1, C. 2, n. 28, *et ultra ibi citatus* Golin., supra, n. 30; se n'ellas for vencido, é consequente soffrer o juramento in Lit.

§ 42

Duodecimo caso. O negocio gestor deve soffrer contra si este juramento quando se convence doloso, como se fez um livro de rasão desordenado, e sem toda a receita, se se ingeriu na administração com animo de depredar e roubar, animo que se collige se em algum tempo ou nos das contas (que é obrigado prestar, ex Guerreiro, supra, Tr. 4, L. 1, C. 2, n.) é convencido de supprimir alguma cousa, ou é contumaz em dar contas, ou se converteu os bens do senhor em seu uso (isto é quanto aos bens que constar que lhe foram á mão), Plot., § 18, Conf. Altim., Tom. 3, Q. 6, Secç. 3, a n. 48, Guerreiro, Tr. 4, L. 6, C. 3, sed Vid. Coccey, *Jus Contr.*, L. 12, T. 3, Q. 4, † *Male quoque*.

§ 43

Decimo terceiro caso. Quanto ao commodato activa e passivamente, eis-aqui o discurso de Plot., § 19, ibi: «Commodati actio est bonæ fidei. Jurari igitur in Litem poterit per commandantem contra commodatarium, qui rem accepit in commodatum, et non restituit eum dolo malo, vel qui illam alienavit, aut qui allegat se amisisse, et non probat amissionem absque ejus dolo malo factam; vel quia aliter dolo malo fuit versatus commodatarius in re commodata; nam tunc contra eum jurari poterit in Litem, etiam affectionis, nedum veritatis per commodantem ex cujus juramento probabitur pretium rei nedum commune, verum etiam singulare secundum affectionem commodantis, et probabuntur etiam ejus damna; expensæ, ac interesse contra ipsum commodatarium.

«Commodatarius si utatur re commodata; puta, equo ad alium usum quam ad eum pro quo accepit, vel ad alium locum, vel in longius tempus quam acceperit, vel si alii commodaverit, dicitur committere furtum, et esse in dolo, et tenetur pœna furti... Ergo contra eum poterit juvari in Litem per commodantem, qui ex ipso juramento probabit ejus damnum expensas ac interesse, et pretium rei, et deteriorationem ejusdem rei... Fallit quando commodatarius præmissa fecit, credens dominum permissurum si intelligeret.

«Vasa vitiosa scienter commodans, vel locans, aut vendens si infusum vinum vel oleum, corruptum infusumve est, tenetur, et

dicitur in dolo. . . Idem ubi quis scienter animal morbosum commodavit, vel locavit, seu vendidit, aut pignori dederit, quia dicitur esse in dolo, et tenetur, L. pen. ff. commod. Ergo potest contra eum ex quolibet ex dictis casibus jurari in Litem, probando damna, expensas et interesse ex ipso juramento.» Conf. Guerr. Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 117.

§ 44

Decimo quarto caso. No contrato de locação e condução de predios, defere-se este juramento ou ao arrendatario contra o senhorio ou vice-versa, n'estes casos: Ao arrendatario contra o senhorio; 1.º, quando o senhorio, durante o tempo do arrendamento vende o predio arrendado, porque como fica responsavel ao arrendatario pelos interesses, L. qui fundum. 35, ff. Locat. Silv. ad Ord. L. 4, T. 9, in princ. n. 6, estes se liquidam pelo juramento in Lit. reputando-se doloso o senhorio, que na venda não salvou o arrendamento, Plot. § 4, n. 81, tetigit Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 90; 2.º, quando o senhorio depois de contratar o arrendamento de certa cousa e por certa pensão, não quer fazer tradição da cousa ao arrendatario, procedendo a este respeito o mesmo que no vendedor (de quo infra § 48) que não quer fazer tradição da cousa vendida, Plot. d. n. 81, L. Scienti § 1, ff. Locat. Silv. ad Ord. L. 3, T. 52, § 5, sub n. 11; 3.º, quando o senhorio expulsou despoticamente ao arrendatario porque o expolia, ex Peg. 7, for. C. 226, n. 51, e contra o senhorio lhe compete a acção de espolio, Pacion. *de Locat.*, C. 28, a n. 22, e em consequencia lhe está o senhorio responsavel por todos os danos, Pacion., supra, a n. 25, é consequente ter aqui logar o juramento in Lit. conforme a regra geral do § 27, et signanter Boehmer., ad Pandect., Exerc. 52, C. 4, § 3.

§ 45

Pelo contrario o senhorio pôde jurar in litem seus interesses contra o arrendatario: 1.º, se sendo colono parciario levantou e levou (maxime clandestinamente) os fructos sem chamar o senhorio á partilha, porque se presume doloso sem escusa, Plot. *de Jur.*, in Lit. § 4, n. 16, Cyriac. Contr. 89, n. 6, Pacion., *de Locat.*, C. 33, a n. 21, bem que declara n. 23: «Quod non transit sine dif-

ficultate, si fructos collegit bona fide, quia duo requiruntur ad hoc, ut locus sit dicto juramento, nempe dolus ex parte ejus contra quem deferitur, et difficultas probationis ex parte ejus cui deferitur ex dolo illo causata.»

Veja-se o meu Trat. da colonia parciaria a § . A nossa Ord. L. 4, T. 45, § 4, dá a providencia do arbitramento das terras por louvados, e commina a pena do dobro. Ora o juramento in litem é um remedio subsidiario, quando não é possível com certeza outra prova. E assim cessa aqui, havendo no especifico caso o remedio da lei, e por elle uma prova possivelmente certa.

§ 46

2.º «Insuper contra conductorem, bubuleum, Colonum partiarium, aut operarium, qui promisit mihi operari, aut agros colere, vel bona vineata, aut prativa ordinare, et ejus dolo malo non coluit, nec ordinavit; et contra quemlibet operarium, qui mihi operas suas locavit, et dolo malo non præstitit, possum jurare in Litem et juramento meo contra ipsum probabuntur damna, expensa ac interesse meum. Nec tenetur probare dominus non esse cultum, sed colonus, vel operarius debet probare se coluisse arbitrio boni viri.» Plot. § 4, n. 81.

§ 47

3.º Se o colono findo o tempo do arrendamento não quer restituir a cousa arrendada, commette espolio, Silv. ad Ord., L. 3, T. 30, § fin. n. , e procede a regra do § 28. Veja-se Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 89.

§ 48

Decimo quinto caso. Quanto ao vendedor, que depois de receber o preço da venda não entrega a cousa vendida e é accionado, supposto que muitos DD. só concedem o juramento in Lit. áquelle que pede restituição de cousa de que tem o dominio, e o comprador antes da tradição o não adquire, Silv. ad Ord. L. 3, T. 52, § 5, n. 12, Coccey, *Jus Contr.*, L. 12, T. 3, Q. 4, in fin. plures apud Mull. ad Struv., Exerc. 17, Thes. 64, comtudo em contrario estão os mais graves DD. e tratadistas, como Ploto, § 4, a n. 58, Tabor. Dis. «De in Lit. jur.» Thes. 46, aonde responde ás objecções con-

trarias. Esta mesma opinião como mais seguida (e contra o mesmo Struv. que segue a primeira) sustenta o citado Muller. Concorda n'esta segunda opinião com outros Stryk., *de Cautell. Jur.*, P. 3, Secç. 3, C. 3, n. 51.

§ 49

Decimo sexto caso. No legado passa ipso jure o dominio na morte do testador ao legatario, por via da regra (quando se não verifica alguma das limitações que refere Bagn. C. 17). Consequentemente quando as limitações se não verificam, compete reivindicação ao legatario contra o herdeiro, Bagn., *supra*, n. 17 e 276. Se pois o herdeiro for doloso e contumaz em restituir o legado ao legatario, entra a regra de que este juramento se defere (intervindo os requisitos) em todo o caso em que compete reivindicação, Struv., Exerc. 17, Thes. 63, et signanter cum Menoch., Stryk., *de Cautell. Jur.*, P. 3, Sec. 3, C. 3, n. 51, Mull. ad Struv., Exerc. 17, Thes. 63, Not. y.

Aindaque a L. 6, ff. de in Lit. jur. parece dizer o contrario, é que (Gotofred. *ibidem*) equipara a acção ex testamento á *ex stipulatu*, que era *stricti juris*, em que, conforme o direito romano, não se dava tal juramento. Sed. vid. § 27.

§ 50

Decimo setimo caso. Quanto ao Jur. in Lit. nas acções confessoria e negatoria, em que concedem Stryk. *supra*, n. 56, Struv., Exerc. 17, Thes. 63, se o libello na confessoria conclue na fórma em que deve concluir, segundo o direito e formula que expõe Scheneidevin. ad § æque. 2, Instit. *de Action.*, sub T. *de Confess. action.*, n. 26, isto é, (alem do mais) que o réu seja condemnado por si e seus successores, para o futuro não impedir mais ao auctor no uso da servidão; e que preste sufficiente caução de o não molestar nem turbar jamais com a comminação de damnos e interesses; se o libello na negatoria se formalisa como diz o cit. Scheneidevin., concluindo (alem do mais) que o réu seja condemnado por si e seus successores de não turbar jamais no futuro ao auctor com tal servidão na liberdade do seu predio, com interesses, perdas e damnos; se, digo, assim se formalisam os libellos e

o réu é condemnado (como deve ser) em prestar a pedida caução, (ex Mull. ad Struv. supra), entra a disposição da L. 7, in fin. ff. Si servit. vindic. a admittir o juramento in Lit., se o réu é contumaz em caucionar, exornat Brunnem., in lit. L. n. 4.

§ 51

Decimo oitavo caso. Sendo certo que este juramento se admite na petição da herança, Stryk., supra, n. 56, Struv., Thes. 63, ex L. 26, § 10, ff. de pet. hered., segue-se que: «Potest hæres mediante juramento æstimare res hæreditarias, contra eum qui dolo desiit possidere, sed et jurari potest, contra eum, qui adhuc possidet, sed per contumaciam res hæreditarias restituere recusat», Brunnem., in d. L. 26, § 29, ff. hæc. pet., Mull., ad Struv., supra, (Veja-se § 26.)

§ 52

Decimo nono caso, e comprehensivo de muitos. Estes são os que em summa comprehende o Cod. Civ. do imperador José II, C. 20, §§ 227 e 228, ibi: «Se alguém tem usado de violencia contra outro sem ser auctorizado, se tem alienado, deixado perecer ou deteriorar uma cousa que sabia pertencer a outro, ou pelo menos que um terceiro a pretendia, se tem estado em mora de consignar, remetter, ou executar no tempo e logar prefinido, o que sabia dever consignar, remetter ou executar; em todos estes casos a parte adversa deverá ser admittida ao juramento de estimação do damno que tiver soffrido.

«Aquelle que for admittido a este juramento, terá direito de jurar todo o interesse que lhe resultaria de ter recebido a cousa a tempo, ou elle consista em lucro cessante, ou em damno emergente.»

Esta legislação, 1.º, não faz differença (a abrogada differença, ut § 21), entre as acções bonæ fidei e stricti juris; 2.º, comprehende expressamente o caso do espolio (de quo §), o caso da Ord., L. 3, T. 86, § 18, e muitos mais dos que tenho referido; 3.º, em todos os casos que comprehende na sua generalidade, presume doloso o espoliador, o que aliena, deixa perecer ou deteriorar a cousa que possui, e sabe pertencer a outro, o moroso em consignar, remetter ou entregar a cousa ao ponto nomeado, ou no tempo prefinido, e que sabia dever consi-

gnar, remetter ou executar. A opinião que se satisfaz com o dolo presumido (e aqui pela mora), ut § é aqui adoptada; 4.º, não exige necessariamente n'estes casos os requisitos da contumacia (de quo §), pois o suppõe per æquipollens, pelos factos e pela mora nos casos que refere; emfim, 5.º, o juramento que admite é o in Lit. pelos damnos, interesses e perdas; 6.º, a generalidade d'esta legislação comprova muitos dos casos que tenho referido.

Aqui parece adoptada a doutrina de Plot., § 27, ibi: «Etiam propter solam *moram*, sicuti ob dolum, potest contra *morosum* debitorem, vel alium *morosum* jurari in Litem per creditorem, vel alium actorem, cui esset facta mora, et probatur ex ipso juramento rei æstimatio, damnum ac interesse creditoris, vel actoris, cui est facta mora; veluti si debeas mihi animalia, et es in mora ea dandi, et moriantur, vel modo non apparent, certe de pretio ipsorum animalium et meo interesse fiet probatio contra te ex ipso juramento in Litem in actionibus stricti juris; quia tunc concurrat ipsa mora, et difficultas probationis ex quo animalia sunt mortua, vel non apparent.» (Conf. Stryk., *de Cautel. jur.*, P. 3, Sec. 3, C. 3, a n. 71 et 87.)

«Et in actionibus bonæ fidei ob solam *moram* absque difficultate probationis jurari potest in Litem contra *morosum*, veluti, si ex causa dotis, vel depositi, vel venditionis, aut ex causa locationis, vel societatis, vel ex alia causa, seu actione bonæ fidei debeas mihi certa die, puta prima mensis Augusti, pecunias, granum, vel fundum, et non tradas mihi ea ipsa die præcisa, quo casu per lapsum diei, aut interpellationis constitueris in mora (Veja-se Barbos., in L. Si *mora* 10, ff. *Solut. matr.*, Guerreiro, Tr. 4, L. 2, C. 11, a n. 49) certe per lapsum diei, aut interpellationem eris constitutus in mora, et possum contra te ob ipsam *moram* jurare in Litem super pretio rei, damno fructibus, aut interesse meo... Mora enim in re danda aut tradenda, aut restituenda, quæ dari, aut tradi, vel restitui debent, dicitur dolum, saltem in omittendo: Ergo ob ipsam *moram* potest jurari in Litem.» Declarando no § 28, n. 2, que isto não procede «contra dolosum in omittendo, qui non tenetur originaliter jure actionis, et sic non est obligatus nec præcessit obligatio, sed solum tenetur ex Officio Judicis nobili nulli actioni servient», etc. Conf. Guerr., Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 92.

«Fallit (continua Plot., d. § 27) quando mora esset sine dolo, quia tunc propter illam non potest jurari in Litem; puta si ob paupertatem superventam, vel alium casum fortuitum non potuit solvere, quia tunc non posset ob *moram* non dolosum in Litem jurari.»

Outros casos que escusam da mora, e assim do dolo, vejam-se Pacion., *de Locat.*, C. 37, n. 84, Portug., L. 1, Præhud. 2, § 1, a n. 104. Stryk., Vol., Disp. 8, Barbos. e Tabor., verbo *Mora*.

§ 53

Vigesimo caso, e comprehensivo de outros. Sendo certo que «circa actiones ex debito provenientes notandum; quod et in iis juramentum in Litem locum inveniat, si saltem civiliter et pecuniarie agatur, et ad poenam pecuniariam Fisco applicandam», Stryk., *de Cautel. jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 93, sendo certo que o interesse civil se póde pedir juntamente com a accusação criminal, de quo veja-se Solan., Cog. 26 e 27. Occorrem muitos casos em que procedendo-se criminalmente tem lugar este juramento.

§ 54

Por exemplo, 1.º, se se accusa o arranco ou turbação de marcos: «Probata existentia et deficientia, vel alteratione, tum intrat præsumptio contra vicinum, et quatenus non possit identificari locus loci datur contra motores juramentum in Litem; Juramentum non solum datur pro damnis et interesse, sed etiam ad probationem loci», Raynald., *Obs. Crim.*, L. 2, C. 15, § 7, n. 66, 67 e 68, Seraph., *de Privil. jur.*, Priv. 31, n. 106, Mont., *de Finib.*, C. 69, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 6, Rubr. 14, n. 4, Myler, *de Lap. termin.*, C. 15, § 24, optime Plot., § 45, sub n. 2, ampliando a tudo o que não sendo pedra servia de demarcação, Raynald., supra, tetigit Guerr., Tr. 1, L. 4, C. 1, sub n. 92.

§ 55

Por exemplo, 2.º A nossa Ord., L. 5, T. 118, castiga o calumniador, fazendo-o condemnavel em todo o damno e perda que o réu em rasão da querela e accusação recebeu (de quo veja-se Peg. 4, For., C. 64, e n. 29), comtantoque na sentença absolutoria se salve direito ao réu para repetir estas perdas e danos, Solan., Cog. 7, sub n. 57. Veja-se Repertor., debaixo da conclusão: *Custas paga o denunciador, etc.*, *Querela se alguém a der maliciosamente, etc.*, França., ad Mend., Ar. 26.

§ 56

Se pois se verifica o disposto na dita Ord., e ha reserva de direito quando precisa, tem lugar o juramento in Lit. sobre as perdas e danos, Plot., § 58, a n. 3, Guerr., Tr. 1, L. 4, C. 1, n.

Que perdas e damnos se comprehendam em tal condemnação, veja-se Fontanell., Decreto 97, Ansaldo., *de Commec.*, Disc. 64, Plot., supra, n. 6 e 7. Veja-se o meu *Tratado de damnos e suas provas*, a §.

§ 57

Por exemplo, 3.º «Vulnerans aliquem, vel offendens armis, vel baculis, aut lapide, seu pugnīs, vel alio modo, sive in rixa, vel alio modo, etiam quod vulneratus, aut offensus non moriatur, tenetur non solum ad expensas curationis, tam respectu medicorum, quam medicinarum, servitorum infirmi et aliarum expensarum curationis; verum etiam tenetur ad æstimationem operarum amissarum pro temporibus et diebus, quibus vulneratus vel offensus stetit in lecto, vel etiam extra lectum, sed propter ipsam offensionem vel vulnus operari non potuit. Et ulterius vulnerans, vel offendens tenetur ad omnia alia damna damni emergentis passa per vulneratum vel offensum, tam intrinseca quam extrinseca sequuta ob dictum vulnus, seu offensionem; et ubi offensus, vel vulneratus erat solitus lucrari, et ob ipsum vulnus, seu offensionem ipsam non potuit lucrari; tenetur ipse vulnerans, vel offendens ad solvendum ipsi offenso aut vulnerato ipsum lucrum cessans, et hoc tam respectu temporis preteriti quam futuri. Et si ex vulneribus aut percussionibus vel offensionibus illatis corpus vel membrum remansit debilitatum, aut mutilatum, vel inutile, vel pigrum, et non ita promptum, prout erat primo, aut oculus obcæcatus; tunc vulnerans vel offendens tenetur ad omnia damna intrinseca et extrinseca, expensas curationis, et interesse et ad omnia damna damni emergentis, et lucri cessantis dicti vulnerati, vel offensi et patris, matris, uxores ac liberorum et pauperum aliorum quos sustentabat, et ad æstimationem ejus operarum amissarum pro tempore preterito post ipsum vulnus illatum, vel offensionem factam, et in futurum amittendarum, sive stetit, sive stet in lecto, sive non occasione præmissa, computando tempora futura secundum L. *Hæreditatum*, ff. ad *Leg. Falcid.* Ita Plot., n. 42, 10 e 11. Veja-se Stryk., *Us. mod.*, L. 9, T. 3, § 4, e o meu *Tratado dos damnos*. C. a § «É portanto (continua Plot., n. 12): Præmissæ expensæ curationis et operæ amissæ, ac amittendæ, damna et lucra

cessantia, et interesse vulnerati, vel offensi probantur ex solò juramento in Litem, præstando per vulneratum, vel offensum contra vulnerantem dolo malo, vel offendentem dolo malo», etc. Limita porém Plot., no n. 14, quando a offensa foi em necessaria defeza, emquanto casual sem dolo.

§ 58

Por exemplo, 4.º «Occidens vel vulnerans Servos meos vel equos meos, pecudes meas, vel boves meos, vel alia animalia mea, vel eisdem offendens, tenetur ad expensas curationis et ipsorum pretium, ad damnum intrinsecum et extrinsecum, et lucrum cessans ad æstimationem operarum amissarum, ac amittendarum, et ad interesse cicatricum, et deformationem. Ergo contra ipsum occidentem dolo malo, vel vulnerantem præmissa dolo malo, vel ejus dolo malo offendentem, jurare potero in litem, probando ex ipso solo juramento prædictas expensas curationis, pretium præmissorum Servorum, ac animalium, interesse cicatricum et deformationis, et operas amissas et amittendas, et omnia alia damna mea, lucri cessantis et damni emergentis et interesse meum», Plot., § 42, n. 13. Adverte porém o mesmo Plot., n. 15, que «Judex ex Officio posset supplere æstimando expensas curationis, pretium ipsorum servorum, aut animalium, damna aut interesse; operas amissas et amittendas, hominis etiam liberi occisi, vel vulnerati et interesse hæredum, et aliorum quos sustentabat, etiamsi nihil probatum esset per Partem, etiamsi non posset jurari in Litem, puta, si dolus occidendo vel vulnerando non intervenisset, ubi constaret judici præmissa de jure deberi prout debentur».

§ 59

Geralmente diz o *Estat. de Eugubio*, L. 2, Rubr. 11: «Si quis dolose damnum intulerit, furto, turbatione expulsiua, sive violentia inquietativa, spolio vel quolibet alio genere turbationis, vel damni; nec Actor damnum illatum tempore invasionis, sive etiam interesse passum probare possit. Volumus, si talis quantitas contra nolentem aliter probari non possit; quod admittatur probatio per juramentum Actoris, eique stari debere quoad ipsam quantitatem damni et interesse... Judex tamen semper personarum, et

negotii qualitate diligenter inspecta hujusmodi damna ac interesse taxare, ac moderare possit et debeat.»

Parecem adoptadas n'este estatuto as doutrinas de Plot., § 46, n. 2, ibi: «Et ipsam damna, expensæ rerum turbatarum, vel spoliatarum æstimatio, quantitas, valor, et qualitas et fructus rerum spoliatarum, vel turbatarum, et ipsorum fructuum quantitas, qualitas et æstimatio, et impensæ ac interesse, et damna intrinseca et extrinseca passa per spoliatum, vel turbatum; et alia omnia in quibus spoliator vel turbator debet condemnari, probabuntur ex solo juramento in Litem præstando per spoliatum, vel turbatum contra turbatorem, sive spoliatorem suum, seu eum qui spolium, vel turbationem ejus nomine factamve ratificavit». (Conf. Conciol., *ad Stat. Eng.*, L. 2, Rubr. 11, n. 10.)

«Et hoc procedit sive spolium vel turbatio ipsa facta fuerit per vim, sive clam, sive clandestine... Et procedunt præmissa contra omnem spoliatorem, sive turbatorem, sive fuerit turbatio, sive violentia expulsiva, sive oblativa, sive turbativa, sive compulsiva, sive inquietativa, sive alia quævis violentia, vel turbatio; quia jurari poterit in Litem contra ipsum spoliatorem vel turbantem: et sive per vim, sive clam spolium, vel turbatio factum, vel facta fuerit, contra spoliantem vel turbantem vi, vel clam poterit jurari in Litem.»

«Et ubi spolium, vel turbatio fit per vim, dicitur semper adesse dolum malum. Et item dolus etiam absque vi præsumitur in eo, qui novam possessionem occupat, quam alias non possideret, et etiamsi non probetur scientia possessionis alienæ.» Conf. Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 3, § 12.

Limita porém Plot., a n. 4, esta regra: 1.º «Quotiescumque spoliatio vel turbatio facta fuit cum licentia et auctoritate judicis, etiam nulla; quia talis licentia et auctoritas Judicis data alicui ingrediendi possessionem excusat a dolo, et pœnis turbatæ possessionis.» Sed vide Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 23, C. 1, § 13, aonde diz em contrario, ut ibi: «Sine judice etiam procedere dicitur, qui non judicialiter jus sibi reddendum existimat, licet apparenter judiciali ope usus fuerit; quia factum hoc judicis magis spolium est via facti non juris; imo facimus mere privatum. Suppono autem 1.º Judicem ita procedere a parte imploratum, ut de facto

procedat, quia se implorans in dolo est, et ita fecisse intelligitur, quod per alium licet velamine justitiæ.»

«Secundo fallit (prosegue Plot., n. 5) quotiescumque spoliator vel turbator possessionis habeat titulum anteriorem ac eodem auctore, a quo spoliatus, vel turbatus prætendit habere titulum et idem spoliator, vel turbator habebat nedom ipsum titulum, verum etiam possessionem tempore anteriorem ex constituto, vel precario, vel alio modo; nam tunc ipse spoliator non tenetur ad poenam turbatæ possessionis, et non dicitur in dolo, nec potest contra eum de jure communi in Litem jurari.»

«Tertio fallit (Plot., n. 6) quotiescumque spoliator, seu turbator ex aliqua causa justa, vel injusta seu colorata excusari possit a dolo; puta si ignorabat, rem quam acquisivit a Sempronio possideri a Titio; et turbavit eundem Titium possessione, etc.» Podem aqui applicar-se outras limitações das que refere Lima, ad Ord., L. 4, T. 58.

«Affine est (juramento in Litem) juramentum Zenonianum, de quo in L. 9, Cod. *unde vi...* quod postmodum Pontifices in jus canon. retulerunt. Veja-se C. fin. *de his quæ vi metusve caus.* Est autem juramentum illud Sacramentum in Litem veritatis, quo vim passus, si non poterit singula quæ perdidit, comprobare, taxatione a Judice facta pro personarum atque negotii qualitate, res abreptas, atque invasas, et damna tempore impetus data manifestat ac existimat... Introductum est ob difficultatem probationis, et in odium delinquentis quæ duo, ut huic juramento locus sit, copulative adesse debent... Liquido probanda est vis, nisi delicti probatio difficilis sit ex natura rei... ubi per testes singula quæ perdidit, potest quis probare, non est ad juramentum admittendus, cum hoc juramentum sit exorbitans. Ubi probata fuit Rei conventi violentia ad hoc ut detur huic Sacramento locus ad probandum res amissas damna, ac interesse, non requiritur probatio difficultatis, sed satis probata dicitur difficultas, quando probata vi conventi, allegatur res particulares non extare, vel non apparere, vel non posse oculis demonstrari, quod allegare sufficit absque alia probatione difficultatis probationis, etc.»

§ 60

Estes são os casos mais frequentes no fôro. Outros menos frequentes se podem ver no citado Ploto e em Guerreiro, Tr. 1, L. 4,

C. 1, aonde fez uma indigesta miscellanea, sem ordem, sem methodo e sem critica alguma.

CAPITULO V

**A que qualidade de pessoas se pôde deferir este juramento,
e contra quaes não pôde deferir-se**

§ 61

É regra geral que a este juramento se admite toda a pessoa, ou seja senhor ou quasi senhor da cousa, Conciol., *ad Statut. Eugub.*, L. 2, Rubr. 11, n. 1.

§ 62

Defere-se, 1.º, ao procurador, comtantoque seja assistido de um especial mandato do senhor da demanda e informação d'elle para jurar in Lit., Altim., Tom. 2, Rubr. 11, Q. 26, n. 57, e mesmo o mandato expresse a quantia que ha de jurar, Plot., § 32, n. 5, Muller, ad Struv., Exerc. 12, Thes. 61, Stryk., *de Cautell. Jur.*, P. 3, Sec. 3, C. 3, n. 281, 282 e 283.

§ 63

Defere-se, 2.º, ao cessionario quando se propõe bem instruido e informado pelo cedente, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 6, in Miscellan., a n. 5 (quidquid dicat Muller. 1), Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 49.

§ 64

Defere-se, 3.º, ao herdeiro, que se mostra ou presume bem informado do facto do defunto, Olea., supra, n. 10, junto no n. 4, Stryk., a n. 302, Guerreiro, supra, a n. 47, Fontan., Dec. 300, a n. 19. E se o defunto morreu depois de mandado jurar, a morte suppre o juramento, Muller, supra, pag. 1115, in fin., Stryk., a n. 297, Fontanell., a n. 13. E quando se presuma bem informado, veja-se Guerreiro, a n. 121, Muller., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1097, Col. 2, Fontan., Silva, a n. 19, Belich., P. 1, Conclus. 55, Ridolfin., *in Prax.*, P. 3, C. 2, a n. 200.

§ 65

Entra aqui a duvida, se nos casos em que admite o juramento de afeição (de quib. §) se o cessionario ou herdeiro devem jurar da afeição do cedente ou do antecessor, se da sua propria? O citado Olea, n. 11, com Noalis, *de Transmis.*, Cas. 54, n. 15, assenta que deve jurar das suas proprias afeições. Conf. Muller, *ad Struv.*, supra, pag. 1115, Col. 2, Stryk., Supra, n. 303, aonde ainda admite juramento de credulidade ao herdeiro.

§ 66

Defere-se, 4.º, ao tutor nas causas do menor; mas o tutor deve jurar n'esta fórma: «Quod si minorum conditionem sustinerent re tanti carere nolent». Muller, supra, pag. 1115, Col. 1, in fin, aindaque o tutor seja mãe, Stryk., supra, n. 285. Se porém elle pôde ser obrigado jurar, veja-se Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 3, § 7. Se a mãe tutora, veja-se Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, n. 3.

§ 67

Defere-se, 5.º, ao syndico em nome da universidade que o constituiu, Stryk., *de Cautel. Jur.*, P. 3, Sec. 3, C. 3, n. 284; sed. veja-se eund. Stryk., P. 2, Sect. 1, C. a n. 432, aonde diz ser practica elegerem-se tres ou quatro ex senioribus do collegio ou universidade para jurarem, e que presumptivamente tenham sciencia da cousa. Confirma-se a nossa practica em caso similhante apud Guerreiro, For., Q. 99. Quid no successor na dignidade ou no procurador fiscal? Veja-se Guerreiro, Tr., L. 4, C. 1, a n. 50.

§ 68

Fazem os DD. um grande catalogo de pessoas, a que pelos seus pessoaes defeitos se não defere este juramento, como o impubere, o furioso, o que não pôde ser testemunha, o infiel, o herege, o fallido de bens, o infame com infamia de facto ou de direito, o condemnado por delicto ou dolo, o espurio, o blasfemo, o usurario, o perjuro aindaque emendado, o pobre, o inimigo capital, o mal reputado que não seja maior de toda a excepção, o contra o qual resulta alguma presumpção de direito, aquelle a que o juiz parecer, o invasor da cousa alheia, o em si contradictorio, o ex-

commungado, o de cujo perjurio se pôde receiar, o que forma libello inepto, etc. Veja-se Guerr., Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 126, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 11, n. 3, Ridolfin., *in Prax.*, P. 3, C. 2, a n. 213.

§ 69

Similhante catalogo fazem d'estas pessoas para não poderem jurar suppletoriamente Berlich., P. 1, Conclus. 54, a n. 67, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 43, pag. 1097, Stryk., Vol. 11, Disp. 29, §§ 8, 10, 11. Veja-se porém a justa censura no meu *Tract. do Juramento Suppletorio*, a § 42, que aqui é applicavel.

§ 70

Resta: Contra quaes pessoas não pôde deferir-se este juramento? Temos visto no C. 4 os especiaes casos em que contra essas pessoas devedoras pelo damno ou maleficio se defere o juramento in Lit. Só restam as seguintes duvidas.

§ 71

Primeira. Se compete contra o herdeiro do damnificante. Esta questão decide ex professo Stryk., *de Cautel. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, a n. 336, ibi: «Sed quid sentiendum de hæredibus? Plane ex dolo defuncti etiam in hæredum actionem ad exhibendum dari si hæreditas ex facto defuncti locupletior facta fuit, puta qui pretium rei est consecutus defunctus, L. de eo, § fin. L., *Si ad exhib. ff. ad exhib.*, Vel etiam ubi hæres rem petitam possidere cœpit, eamque exhibere, vel restituere detrectat, contra ipsum tanquam possessorem in Litem jurari posse in dubium est. Quod si vero hæres neque possideat rem petitam, neque locupletior ex facto amotionis, vel occultationis, defuncti factus sit, contra ipsum in Litem jurari non potest; sufficit enim hæredem non lucrari, non etiam damnum subire.

«Probare igitur Auctor ante omnia tenetur rem petitam ad hæredem pervenisse, eumque exinde locupletiores factum fuisse; et tunc demum in Litem juramentum pro re nata conceditur actori, qui notitiam certam rei ablatae habet; secus vero si Actor in probatione succubuerit, Reum hæredem absolvat Jûdex. Nisi lis fuerit contestata cum defuncto, aut ipse hæres in dolo vel lata culpa

versetur.» Conf. Guerr., Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 72 et 73, Ansaldo., *de Commerc.*, Disc. 73, n. 21. Advertindo que nem contra o fiador nem contra o coherdeiro não doloso, nem contra o socio não doloso, mas só contra o immediato doloso. Conf. Ridolfin., P. 3, C. 2, a n. 189. Veja-se ad omnia Voet., ad Pand., L. 12, T. 3, n. 4.

§ 72

Segunda. Quando e em que casos se defere contra o tutor que administrou mal. Veja-se Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, a n. 24 ad 43, onde cumulou dezeseis casos em que se defere contra o tutor, ampliando no n. 60 e seguintes contra a mãe tutora (maximè se passa a segundas nupcias, Stryk., supra, a n. 348) e contra todos os pro-tutores e administradores do menor. Limitando no n. 123 no pae legitimo administrador (de quo etiam, veja-se Stryk., Vol. 2, Disp. 3, Membr. 7 et 8), exceptuando no n. 112, em varios casos aos tutores, Ridolfin., P. 3, C. 2.

CAPITULO VI

O que se deve praticar pelas partes e pelo julgador para se deferir este juramento

§ 73

Este juramento deve requerer-se pela parte, ou seja que peça o juramento in Lit. de afeição, ou que peça o de verdade, Stryk., *de Cautel. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, a n. 216, mas depois das provas dos requisitos necessarios, existencia da causa, etc., Fontan., Dec. 300, Ansaldo., *de Com.*, Disc. 73, a n. 25. Mas o contumaz em exhibir o documento deve soffrer o juramento in litem, ainda que o A. não prove a quantidade do interesse, Leyser., ad Pand., Specim. 146, Medit. 1.

§ 74

Se o juiz, sem se lhe requerer, o manda deferir á parte, e ella escrupulosa na consciencia não quer jurar, quid juris? Não pôde ser obrigado, contentando-se com o recurso a outras provas ou sujeitando a decisão ao arbitrio do juiz, Stryk., *Us. mod.*, L. 12,

T. 3, § 4, et de *Cautel. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 213, Leyser., supra, Medit. 4. Se porém o juiz n'este caso, ou absolver ao réu ou o condemnar em pouco, póde o auctor appellar, Harprectr. Disp. 21, n. 135.

§ 75

Quid vero, se estando provados os requisitos, parte requer o juramento, e o juiz não lh'o queira deferir? Póde e deve aggravar, ou (pelo direito romano) appellar, Stryk., de *Cautel. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 234, Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 114, optime Harprectr., Disp. 21, a n. 132.

§ 76

Pelo contrario. Se da sentença que manda deferir ao auctor este juramento compete ou não ao réu a appellação? A questão é assás opinativa, como se póde ver em Harprectr., Disp. 21, *De Appellatione Jurejurando*, a n. 120 ad 125. Elle distingue que da sentença que manda deferir simplesmente o juramento não ha appellação da parte do réu, porque o gravame é reparavel na definitiva. Da sentença porém que não só defere o juramento, mas logo taxa a quantidade que o auctor ha de jurar, se póde appellar. Veja-se Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, a n. 112, Conf. Ridolfin., in *Prax.*, P. 3, C. 2, a n. 214.

No nosso reino, da sentença que manda deferir suppletorio, só ha aggravado do processo, porque o gravame póde reparar-se na definitiva ou appellando-se d'ella; e assim sem distincção na questão proposta.

§ 77

Aplanado assim o processo para se deferir o Jur. in Lit. antes d'elle deferido, ou seja caso em que verificados os requisitos, tenha logar o de affeição ou de verdade, deve o auctor (provados os antecedentes requisitos) exhibir em juizo. «Legalem specificationem, vel liquidationem, in qua rei petitæ æstimationem atque interesse suum pro re nata, vel verum, vel affectionis, quod scilicet debito modo restitutio, vel exhibitio facta non erat, specifice exprimat, simulque moderationem hujus liquidationis petat».

Stryk., *de Cautel. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 238, Sentit. Struv., Exerc. 17, thes. 67.

§ 78

É notavel a variedade dos DD. sobre o quanto o juiz pôde moderar o juramento do auctor. Struv., supra, demonstra que taxando primeiro o juiz e jurando o A. conforme a taxa, não pôde mais moderar-se, e deve o réu ser condemnado no taxado e jurado. Se porém o A. jurou antes da moderação pelo juiz, pôde este moderar o juramento.

§ 79

Porém eu sigo o que diz Stryk., *de Cautel. Jur.*, P. 3, Sect. 3, n. 249: «Quod taxatio Judicis juramentum in Litem præcedere debeat, tam in juramento affectionis quam veritatis, L. 4, § *Jurare*, h. T., L. 18, ff. *de Jurejur.*, Richer., Dec. 58, ex satis ponderosa ratione, ne scilicet etiose juretur. Ubi enim actor prius per juramentum certam summam æstimavit, quam deinde Judex minuere vellet, procul dubio Actoris juramentum vanum esset, a quo Christianus merito abhorret, ne venerandum nomen Dei in vanum assumatur». Id Stryk., *Us mod.*, L. 12, T. 3, § 10, in fin. O Cod. Civ. dos francezes, L. 3, T. 2, Sect. 5, § 2, no fim se conforma com esta opinião.

A nossa Ord., L. 3, T. 86, § 16, está em contrario, porque quanto ao juramento da verdade manda que o juiz taxará a valia com conselho de pessoas, que tenham d'isso bom conhecimento, e poderá o vencedor jurar até a dita taxa e mais não. E quanto ao juramento de afeição, diz que jurará sobre a dita afeição, e depois do juramento pôde o juiz taxa-lo, e segundo a dita taxaçoão assim condemnará o réu. O Cod. Civ. do imperador José II, § 229, admite o juramento de afeição antes, e depois a moderação do juiz. O Estatut., de Eugub., L. 2, Rubr. 11, coincide no mesmo. Se olhâmos Menoch., e com elle Begnudell., Verb. *Juramentum*, n. 89, vemos uma conformidade d'estes DD. com a nossa lei; isto é, que antes do juramento da verdade taxa primeiro o juiz, e o auctor jura, no da afeição jura o auctor, e modera depois o juiz. A mesma distincção segue Ridolfin., P. 3, C. 2, a n. 206, que a taxa precede ao juramento da verdade, e a moderação do juiz ao juramento de afeição, e a essa rasão que dá o transcripto Stryk. (§ 79) responde que: «Tunc non arguitur judex de perjurio si judex minus taxet, quam fuerit juratum, sed potius jurantis affectio immo-

derata delegitur, et ita intelligendi sunt DD. contra conclusionem supra firmatam tenentes», etc. Tu cogita, eu nunca deixaria de seguir a Strykio. Veja-se porém Leys., *ad Pand.*, Spec. 146, Med. 3, aonde concilia a L. 68, ff. *de Reicind.*, com a L. 4, § 2, ff. *de in Lit. Jurand.*

§ 80

Seja como for, ou se siga a praxe, como recommenda Stryk., ou se siga a ordem da nossa lei e semelhantes (§ 79), o certo é, 1.º, que sim o juiz deverá moderar na sentença o juramento aos termos da equidade, mas (como adverte o citado Cod. Civ. do imperador José II, § 229) «tomando sempre um maior respeito a favor d'aquelle que tem soffrido o damno, e depois o admittirá a jurar a somma moderada». Conf. Luc., *de Judic.*, Disc. 25, sub n. 13, *. «Licet subjecta materia exigat aliquam majorem facilitatem contra eos, contra quos illi locum esse disponit».

§ 81

O certo é, 2.º, que supposto na L. 4, § 3, h. T., e na L. 68, ff. *de Reivind.*, se permitta jurar de afeição in infinitum; comtudo «Infiniti vocabulum in Legibus allegatis accipiendum est pro infinito aliquo pretii, quod simplum, duplum et triplum veri pretii excedere potest. Judex modum jurandi statuere potest, ne in immensum affectionis æstimatio extendatur secundum L. 4, § 2, ff. h. T., prævia tamen causæ cognitione, in qua instituenda judex audire debet rationes immoderatæ affectionis ab Actore, easque perpendere, quousque attendendæ sunt nec ne; et nunc interesse affectionis rationabile, et cum utilitate aliqua conjunctum sit; in qua cognitione ubi Judex ex actis et circumstantisprehendit vanas, et futesse causas affectionis, quas Actore allegat; puta quod forte dicat, annullum ab Amasia sibi donatum se mille thaleris æstimare, cum tamen vix 30 thalerorum æstimationem habeat, Judex certe eas admittere non opus habet, sed ipsi taxare potest absque juramento». Ita Stryk., *de Cautel. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, a n. 242, et *in Us. mod. Pand.*, L. 12, T. 2, § 10. Sobre a conciliação das ditas LL., veja-se também Leys., *ad Pand.*, Spec. 146.

Vejam-se aqui os exemplos em que se dá afeição, referidos pelos DD. citados nos §§ 21 até 26, e Luc. Ferrar., Verb. *Juramentum*, n., Fabr., in Cod., Def. 2, L. 5, T. 32.

§ 82

Seguindo-se que o juiz deve taxar antes do juramento, o despacho deve ser n'esta fôrma: «Condemnamus Reum in talem quantitatem, quam nostra hac sententia taxamus, et pro qua Juramentum in Litem deferimus». Ita Ansald., *de Com.*, Disc. 73, n. 25: «Si tamen Judex satis comode æstimationem facere possit, non recte veritatis jusjurandum in Lit. Actori defert.», Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, sub n. 1. Não deve porém taxar o interesse alem do dobro da estimação da cousa, Plot., § 50, n. 25, aonde comprehende ambos os juramentos de verdade e afeição, Conf. Pacion., *de Locat.*, C. 12, n. 29. Sed veja-se Fontan., Dec. 537 e 538, e melhor Brunnem., na L. unic., Cod. *de Sent.*, quæ *pro eo quod interest*. A Ploto assim indistinctamente segue Ridolfín., P. 3, C. 2, n. 217. Porém Brunnem., n. 17, diz que essa L. unica (em que se fundam) não procede no juramento de afeição nem no da verdade, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 17, Thes. 66.

§ 83

E como a nossa lei, L. 3, T. 86, § 16, quanto ao juramento de verdade manda que o juiz antes da taxa tome conselho de pessoas que tenham da cousa bom conhecimento (suppondo-a existente), deve proceder na conformidade das doutrinas terminantes do Fontanell., Dec. 300, a n. 6, e do simile de quo Valasc., Còns. 43, n. , quando nos autos não haja alguma outra prova. Veja-se Ansald, supra. Deve citar-se a parte para ver jurar in Lit., Ridolfín., P. 3, C. 20, n. 207, e feita assim a taxa sobre o juramento de verdade, seguindo-se este deve na fôrma d'elle ser o réu condemnado, dict. Ord., Stryk., *de Cautel. Jur.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, n. 255.

O remedio da nossa lei só póde ser praticavel quando a cousa estimada existe, ou esses consultados pelo juiz podessem ter conhecimento d'ella; quando porém pelo contrario não resta outro remedio

mais que o juramento de verdade, sem outra taxa do juiz, ou de afecção com moderação, vejã-se os DD. citados, §§ 12 e 13. Isto não advertiu Mello, no lugar que acabo de impugnar: a mesma Ord., supõe o caso, a existencia e possibilidade de se estimar a cousa, etc. Veja-se o mesmo Fontanell. a n. 9, e acrescente-se Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 68, ibi: «Unde hoc juramentum a quibusdam vocatur juramentum necessitatis; quia Judex sine delatione ejus non potest æstimare rem peremptam... Re non amplius extante difficilis est æstimationis probatio, etc.»

§ 84

Restam só duas questões: 1.^a Se deferido este juramento resta appellação? 2.^a Se este juramento admite prova em contrario? Quanto á 1.^a, Harprectr., Disp. 24, a n. 126, refere duas opiniões, uma que não se pôde appellar da sentença que depois da taxa ou moderação e depois do juramento condemna o réu, outra que tal sentença é appellavel, o que confirma com muitas razões, e a segue com outros muitos DD. Adde Vinn., *Selectar.*, L. 1, C. 46, prop. fin., Conf. Ridolfin., P. 3, C. 2, a n. 227. A 1.^a opinião (que foi originalidade de Bartholo) segue com algumas limitações Begnudell., Verb. *Juramentum*, Mem. 93, mas é reprovada por Harprectr., supra.

§ 85

Quanto á 2.^a Que este juramento ainda precedendo a taxa e a sentença admite prova em contrario e por ella se possa revogar, assenta a melhor opinião, Harprectr., supra, a n. 130, Stryk., *de Caut. Jur.*, P. 3, Sec. 3, C. a n. 379 e 389, citando muitos DD., Struv., Exerc. 17, Thes. 67, Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 1, n. 111. Por exemplo: «Si probationibus evidentibus, et instrumentis postea repertis, vel possessorem dolo malo possidere non desiisse, vel justam retinendæ rei causam habuisse, vel petitem (in reivindicacione) dominum haud fuisse doceatur; liberum est Judici Reum, adversus quem juratum est vel in totum absolvere, vel minoris condemnare. In totum quidem, si totius rei dominum petitem non fuisse, vel totam rem dolo non desiisse possidere; vel eandem non contumaciter retinuisse, sed ejus retinendæ justam habuisse causam appareat, Minoris vero his omnibus in parte rei petitæ concurrentibus». Ita Mull., ad Struv., Exerc. 17, Thes. 67,

pag. 1123, Col. 2, Conf. Vinn., L. 1, *Select.*, C. 15. Magna causa etc., Conciol., *ad Statut. Engub.*, L. 2, Rubr. 11, a n. 9, Voet., *ad Pand.*, L. 12, T. 3, n. 6.

TRATADO XII

Praxe do juramento aos taberneiros, padeiras e carneiros, na forma da Ord. L. 4, T. 18

Diz esta Ord. : «O carneiro que der carne fiada alguma pessoa, ou padeira pão, ou taberneiro vinho, e demandarem em juizo seus devedores a que as ditas cousas fiaram, postoque não tenham testemunhas por que possam provar as dividas, havemos por bem que sejam cridos por seu juramento, comtantoque a divida não passe de 15000 réis. (*) Porém se o carneiro, padeira ou taberneiro se calar por um anno contado do derradeiro dia que deixou de dar carne, pão ou vinho fiado a seu devedor, sem nunca mais requerer a paga a quem o fiou, sendo elles ambos no logar e não tendo legitimo impedimento por que o não podesse requerer, não sejam cridos por seu juramento em quantidade alguma, mas poderão demandar o que sómente provarem. E n'este caso valerá a prova de uma testemunha ou a confissão da parte, postoque seja fóra do juizo e em ausencia da outra parte, ou outra qualquer semelhante prova em a quantia dos ditos 15000 réis».

(*) Hoje 35000 réis, segundo a nova lei ou alvará de 16 de setembro de 1814.

§ 1

A razão d'esta lei (que não dá Silva) póde consistir na necessidade e utilidade publica na difficuldade de fazer uma obrigação, ou chamar testemunhas para divida de um pão, de um quartilho de vinho, de um arratel de carne, e porque quem o compra a credito approva a pessoa do taberneiro, carneiro, padeiro, para o carregar na sua lembrança, ex Stryk., Vol. 7, Disp. 1, C. 4, a n. 39, et *Us. mod.*, L. 22, T. 4, § 7. E aindaque Silva á mesma Ord.,

n. 2, a entende: «Si tales personæ fuerint bonæ famæ; aliter si fuerint infames non stabitur eorum juramento». Esta declaração é irrisoria, porque nem o summario d'esta acção do taberneiro permite tal disputa, nem a lei soffre tal declaração antes a reprovava, não podendo deixar de ter em vista o quanto taes pessoas são pobres e abjectas, a quantia em que lhe permite o juramento é modica e as rasões intrinsecas da lei prevalecem a essa limitação de Silva.

§ 2

O nosso Gomes no *Manual*, P. 1, C. 16, a n. 40, tem a praxe de propor esta acção, Barbosa, á mesma Ord., n. 2, a entende: «Probando prius se dedisse aliquid, summa tamen juramento probabitur», Silva á mesma Ord., diz que: «Is quid aliquid earum rerum petit prius debet probare se esse Tabernarium, vel macellarium, aut panificum, et dedisse vinum, panem, vel carnem iis a quibus petit.»

§ 3

Porém todas estas intelligencias do *Manual* de Barbosa e de Silva se reprovaram pelo exímio senador João Alves da Costa na nota transcripta no Reportor., debaixo da conclusão: *Juramento dos carniceros* etc., ibi: «Debet constare prius esse tabernarius et dedisse vinum, carnes, et panes, quia solum quantitas juratur: Sed contrarium servat Praxis, quia tam super quantitate, quam super facto jurant hæ personæ, et ita videtur esse Legis mentem».

§ 4

Já antes d'este senador, o memoravel Thomé Pinheiro da Veiga nas suas notas manuscriptas, de que tenho um exemplar a toda a Ord., diz á dita Ord.: «Intellige probato debito, scilicet se dedisse aliquid, quia tunc probatur summa cum juramento, Barbosa, hic n. 2. Sed ego non acquiesco huic opinioni; quia alias in aliis personis probato debito alicujus rei statur juramento partis super quantitate, et ita nihil de novo disponderet hæc ordinatio».

§ 5

Portanto a verdadeira pratica deve ser requerer-se em nome do taberneiro, padeiro, carnicero, que o devedor se cite para o

ver jurar (e não para jurar ou ver jurar, como nas acções de alma) se em qualidade de carnicheiro, taberneiro ou padeiro que é, lhe comprou vinho, carne ou pão fiado por uma vez ou vezes na sua taberna, açougue ou casa até quantia de tanto (que não exceda 1\$000 réis), e que estas compras não foram a menos de anno.

§ 6

Cita-se o réu n'esta fórmula: aindaque compareça, sempre o juramento se defere ao taberneiro, padeiro ou carnicheiro, salvo o direito ao réu para provar o contrario, porque todos os DD. são uniformes em que este juramento admite prova em contrario, Silva, á mesma Ord., n. 5. O senador João Alves da Costa na nota transcripta pelo Repertor., supra, Barbosa, á mesma Ord., n. 3, maxime advertindo-se que esta Ord. não prohibe a prova em contrario, como no juramento de alma no L. 3, T. 52, § 3. E aindaque Silva, n. 7, lhe não admite prova em contrario, sendo a quantia minima, *attenta personarum qualitate*, etc., não admite tal distincção.

§ 7

E como esta ordem limita a 1\$000 réis o credito do juramento do taberneiro, carnicheiro e padeiro, segue-se que não póde elle scindir e dividir a divida maior, pedindo na fórmula exposta (§ 5) que seja admittido a jurar até 1\$000 réis, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 12, a n. 20, Thomé Valasco, All. 72, n. 136, e segue-se que se, v. gr., hoje um taberneiro demandar dentro do anno algum devedor por 1\$000 réis, não póde jamais ámanhã demandá-lo por outro tanto, e se o demandar terá o réu justa rasão de se oppor ao juramento.

Não admitto a limitação de Silva, n. 4, enquanto diz: «Si summæ separatæ sint ex prædictis causis, et nulla excedat quantitatem milium teruntiorum; tunc enim non conjunguntur, sed in qualibet ex illis juramentum præstatur». Porque a lei não soffre tal limitação, nem em tal caso se verificam as rasões intrinsecas (§ 1) que especialisam esta qualidade de pessoas para jurarem até 1\$000 réis.

§ 8

Como esta Ord. limita o privilegio a um anno, estando ambos no logar e não havendo legitimo impedimento, isto não é por via

de prescripção, mas por via de presumpção de solução, como adverte Silva, n. 8. Uma Ord. de Luiz XII de França, do anno de 1612, limitou a seis mezes a prescripção de taes dividas, porque diz Dumoulin., no *Tract. de usur.*, Q. 22, e com elle o conselheiro Bigot Preameneu, nos seus motivos sobre o codigó civil, L. 3, T. 20: «Este genero de prescripção foi estabelecido sobre presumpções de pagamento que resultam da necessidade que os crédores d'esta classe têm de serem promptamente pagos, do habito em que se está de pagar estas dividas sem longo retardamento e mesmo sem exigir quitação, e emfim sobre os exemplos muitas vezes repetidos de devedores, e sobretudo de seus herdeiros, obrigados em similhante caso a pagar muitas vezes».

§ 9

Por isto é que a nossa lei, vendo obstar senão uma formal prescripção ao menos esta presumpção (§ 8) contra as taes pessoas que dentro em um anno não demandam dividas modicas, os obriga a que exijam ordinariamente sem tal privilegio o que sómente provarem; e aindaque lhe admitta passado o anno prova por uma testemunha ou confissão extrajudicial absente a parte, ou outra qualquer similhante prova, este favor é só em a quantia dos ditos 4\$000 réis, porque teve o legislador em vista, que sobre quantias mínimas (maxime sendo estas de algum modo privilegiadas em todo o tempo, ut § 1), se acredita uma testemunha, Repertor., sub Verb.: *Testemunha uma*, etc. É porém necessario que essa testemunha seja maior de toda a excepção, Silva, ad cand. Ordin., n. 13 in fin., e a confissão extrajudicial seja provada por testemunhas contestes, Silva, ad Ord., L. 3, T. 52 in pr., n. 7, bem que muitos DD. as admittem singulares com singularidade adminiculativa, quando se allegam confissões repetidas, Cancr. 2, Var., C. 8, n. 35, Angel., de *Confession.*, L. 1, Q. 8, Limit. 1, n. 15.

§ 10

Como o juramento do carnicheiro, padeiro e taberneiro dentro do anno admittre prova convincente em contrario (§ 6), não menos a deve admittir esta prova privilegiada passado o anno (§ 9). A lei não exclue prova em contrario, como no juramento judicial,

e por isso ainda mesmo n'essa modica quantia de 15000 réis pôde admittir-se, ou diametralmente contraria, ou desvanecendo a que o auctor produzir. Nas quantias excessivas de 15000 réis ficam as provas na regularidade das mais causas.

§ 11

Na Catalunha se limitou a breve tempo a formal prescripção de taes dividas, *Cancer. 1, Var., C. 15*. Em Sardenha a dois annos, pelo seu codigo, *L. 5, T. 18, § 3*. Em França a seis mezes, pelas leis antigas renovadas no codigo civil, *Art. 2265* (pela rasão já dita, § 1). Em Roma aos boticarios se limitou a acção a cinco annos, *Constantin., ad Stat. urb., Annot. 30, Art. 1, a. 90*. A nossa lei, *L. 4, T. 18*, não prescreve por tempo algum taes dividas, ficando na regra da *Ord., L. 4, T. 79*, e só assignou o anno para ser acreditavel o juramento pedindo-se dentro d'elle divida que não exceda 15000 réis; entretanto as legislações referidas servem de argumento para se presumirem forçosamente pagas taes dividas quando se pedem passados muitos annos.

TRATADO XIII

Dos contratos com juramento

Analyse da *Ord. L. 1, T. 78, § 13, Liv. 4, T. 73, T. 70, §§ 3 e 4, Junta e regimento do desembargo do paço, § 83*

CAPITULO I

Rasão da *Ord. L. 1, T. 78, § 13, e Liv. 4, T. 73*,
Quaes juramentos ella prohibe nas escripturas, e dispensa d'ella
pelo desembargo do paço

§ 1

Nos antigos seculos era frequentissimo, e mesmo formulario costumado dos tabelliães, roborarem todos os contratos e estipulações com juramento *promissorio* dos contrahentes. Não havia

contrato nem pacto entre pessoas particulares, ou publicas, que se não confirmasse com este juramento, Monarc., na L. 8, Cod. de *Episcop. aud.*, Puffend., de *J. N. et G.*, C. 2, § 19. Esta a razão por que os papas passaram a declarar no C. 13, *de Jud.*, e no C. 3, de *For. competent.*, in 6, que pertenciam ao juizo ecclesiastico todas as causas sobre contratos ou pactos jurados, em que se tratasse da sua observancia, l'leury, Disc. 7, sobre a *Hist. Eccles.*, Van-Esp., de *Jur. Eccles.*, Tom. 4, P. 3, T. 1, C. 2, a n. 23, Rieg., *Inst. Jurispr. Eccl.*, P. 2, a § 799.

§ 2

Na Allemanha nos comícios de Norimberga transcriptos em Rieg., supra, a § 801, que tambem menciona Gmeiner., *Inst. Jur. Eccl.*, Sect. 3, § 526, foi este um dos cem gravames representados ao papa, com que o direito canonico attentava a jurisdicção civil. N'este artigo de direito publico firmou depois o mesmo Gmein., esta proposição: «*Juramentum negotiis civilibus adjectum non est ratio sufficiens ea ad forum Ecclesiasticum protrahendi.*»

§ 3

Os nossos legisladores foram mais prudentes: elles, tendo na mão a facil providencia, julgaram desnecessaria uma tal queixa ao papa. O meio indirecto de prohibir e annullar todos os contratos firmados com juramento *promissorio* fazia cessar toda a controversia; el-rei o senhor D. Diniz foi o primeiro, que a este respeito fez uma lei, como refere Leão na sua Chron., lei que se incorporou na Ord. Affonsina, L. 4, T. 6, depois na Manuelina, L. 4, T. 3, e depois á actual Filippina. Em Castella, Valencia, Sardenha, França, e Condado de Borgonha, ha leis semelhantes á nossa, como refere Cortead., Decis. 169, n. 44, em Milão, em Bolonha, Catalunha, Parma, Mantua, e outras nações, Torr., de *Pact. futur. success.*, L. 2, C. 32, a n. 148.

Nota. Houve lisonjeiros da curia romana, que tentaram persuadir, que os summos imperantes não tinham poder para estabelecer semelhantes leis, prohibitivas dos contratos jurados, e annullativas d'elles, porém foram justamente convencidos por Egid., na L. *Ex hoc jure*, ff.

de Just. et Jur., P. 2, C. 13, Claus. 8, n. 11 et 12, Pereira, *de Ma. Reg.*, C. 18, a n. 4, Portug., *de Donat.*, L. 1, Præhud. 2, § 4, a n. 19, Stryk., *Us. mod.*, L. 2, T. 14, § 16, e com innumeraveis, Cortead., Decis. 169, n. 47, e com outros muitos DD., Torr., *de Pact. futur. succession.*, L. 2, C. 33, a n. 141.

§ 4

Com effeito, que a sua intrinseca rasão é esta, para que com o pretexto do juramento se não attrahissem todas as causas civis ao juizo ecclesiastico, o julgaram os nossos reinicolas Egid., supra, n. 10, Pereir., *de Man. Reg.*, C. 18, aonde refere a chamada concordata de el-rei o senhor D. Diniz, Conf. Valasc., Cons. 99, Gam., Decis. 247, Barbosa, na L. 1, P. 1, a n. 74, ff. *de Solut. Matr.*, Moraes, *de Execut.*, L. 1, C. 4, § 1, n. 15, Peg., ad Ord., L. 1, T. 78, § 13, n. 2.

Nota. Bem que o codigo Affonsino, L. 4, T. 6, exprime em rasão d'esta original lei, que a sua prohibição teve por fim occorrer a perjurios, de que o resultado seria ficarem infames muitos vassallos, e como taes incapazes e impossibilitados para o serviço do rei e da republica; comtudo posso dizer afoutamente, que esta rasão só foi suasoria, e que a arcana e verdadeira foi a referida no § 4. Porque, como nos advertem os estatutos da Univers., L. 2, T. 6, C. 6, § 22, os legisladores com plena advertencia, consummada prudencia, e muito de proposito, por assim convir mais ao bem publico, occultam muitas vezes nas leis as verdadeiras rasões, de que se moveram para estabelecer-las, e muitas vezes as rasões que os legisladores dão nas leis apenas chegam a ser suasorias.

O senhor D. Manuel na sua Ord., L. 4, T. 3, já omittiu essa rasão, como desnecessaria, usando do seu poder legislativo e absoluto, que n'esta materia sustentam a todos os soberanos os DD. citados (not. ao § 3), e da mesma fórma se compilou na Filipina, L. 4, T. 73, e L. 1, T. 78, § 13.

§ 5

É porém bem claro na mesma Ord. que ella só prohibe o juramento *promissorio* de futuro, para que os leigos não sejam obrigados pelo juizo ecclesiastico á observancia do mesmo juramento, mas não prohibe o juramento *assertorio*, em que qualquer em escriptura publica assevere e firme com juramento ser verdadeira a divida que confessa, o contrato que faz, etc. Esta é a intelligen-

cia commun dos nossos reinicolas referidos no § 4, e muito bem Lim., no commentario ao d. T. 73, n. 2, 3 e 4, e o mesmo Moraes, *de Exec.*, L. 2, C. 19, n. 29, Oliv., *de For. Eccles.*, P. 1; Q. 30 et 31, Barbosa, P. 1, L. 1, n. 80, ff. *Solut. Matr.*

Nota. Já no tratado terceiro sobre o *juramento judicial*, na nota ao § 3, adverti o uso que livremente se pôde fazer do juramento *asser-torio* nos contratos, e remissivamente mostrei as utilidades que resultam dos contratos jurados para a promptissima execução das escripturas, e occorrer ás chicanas e intrigas dos demandados por ellas. Tambem na minha Dissert. 3.^a sobre a caução juratoria (impressa-com outras em Lisboa no anno de 1808 na typographia Lacerdina) mostrei praticavel a caução juratoria, apesar do aresto referido pelo Repertor. debaixo da conclusão: *Juramento, ou promettimento de boa fé, etc.*

§ 6

Para dispensar esta Ord., L. 4, P. 73, a que é parallela a do L. 1, T. 78, § 13, está concedido o poder ao tribunal palatino no seu regimento, § 87, ut ibi: «Para que os tabelliães possam pôr juramentos nas escripturas sem incorrerem em pena, sem embargo da Ord.» E tenho visto concedidas facilmente muitas dispensas d'esta lei.

Nota. Parecem superfluas hoje estas dispensas, depois de se verem as declamações dos sabios publicistas, que refiro na dita dissertação na nota ao § 4, os quaes mostram abrogadas (sobre menos justas) essas decretaes, que em rasão do juramento faziam privativo do juizo ecclesiastico para o conhecimento dos actos e contratos jurados, doutrinas que persuadem cessar e dever cessar hoje a rasão d'esta Ord. Porém apesar de tudo ella subsiste e reina, bem como a outra que dá ao tribunal palatino o poder de a dispensar (bem entendido que com justa causa, que presuppõe toda a dispensa). Quanto a mim um dos mysterios por que hoje, que raiam mais claras luzes, subsistem ainda estas Ord., uma a prohibir os contratos jurados, outra a permittir a sua dispensa, e o não se taxar aos tabelliães o livre arbitrio de admittirem o juramento em todos os contratos; consiste, digo, em se não franquear a porta aos idiotas tabelliães de admittirem e escreverem juramentos em todos os actos e contratos, ainda os mais ridiculos, os mais fraudulentos, os mais nullos, ou contra os bons costumes, etc.; sendo depois um fecundo seminario de demandas sobre os effeitos ou não effeitos dos contratos jurados. Por isto é (a meu ver)

que subsiste hoje a lei prohibitiva, e a lei que permite a sua dispensa, para que o tribunal, em tudo sublime, só dispense a lei em casos em que particulares e justas circumstancias fundamentem as mesmas dispensas. Na Hespanha, aonde ha similhantes leis, quaes a L. 23, T. 25, Liv. 4, Recopil., e a L. 11 e 12, Tit. 1, se prohibe com mais especialidade que se jurem os contratos, que para serem validos não precisam ser confirmados com juramento, L. 11 e 12, T. 1, L. 4, Recopil., Bovadilh., in *Polit.*, L. 2, C. 19, n. 7. Esta talvez a razão por que n'este reino só se impetram provisões de dispensa para se jurarem os pactos successorios, que só podem ser validos sendo confirmados por juramento, e nunca vi provisões de dispensa para se jurarem os contratos, que aliás valem sem juramento.

CAPITULO II

Analyse da Ord. L. 4, T. 70, §§ 3 e 4.

Direitos civil e canonico que teve em vista o nosso legislador quando (aindaque para outro fim) escreveu o conteúdo n'aquelles §§ 3 e 4

PRENOÇÃO

§ 7

Aindaque o nosso legislador collocou estes §§ debaixo do titulo «Das penas convencionaes e judiciaes, e interesses, em que casos se podem levar», comtudo era preciso decidir positivamente os diversos casos que figurou nos §§ 3 e 4, e a validade ou nulidade d'elles, para ao seu proposito deduzir, como deduziu, que dos nullos e inconfirmaveis com juramento, se não pôde exigir no caso da contravenção a pena convencionada, e que pelo contrario se pôde exigir dos contratos, que sendo nullos pelo direito civil, são confirmaveis e ficam validos com juramento, conforme o direito canonico.

Nota. Supposto pareçam fugitivos do objecto estes §§, comtudo para o projecto do legislador e de que tratava debaixo da rubrica, decidiu definitivamente quaes nullos e inconfirmaveis com juramento, isto é, os especificados no § 3, dizendo a respeito d'elles: «Porque taes contratos são assim illicitos, e por direito reprovados, que não podem por ju-

ramento ser confirmados». E inferindo d'esta decisão presuppositiva para o seu proposito: «E por conseguinte as penas em elles postas se não podem pedir nem demandar.» No § 4 especificou outros contratos, que supposto sejam contra direito romano, podem ser confirmados com juramento, segundo o direito canonico; e quanto a estes infere ao seu proposito que «bem se póde pedir e levar a pena promettida, se se não cumprirem»; e assim é bem claro que o legislador aqui definiu decisivamente quaes os contratos nulos, quaes os validos entre todos os que figurou, aindaque para o outro diverso objecto de que tratava, e isto como um antecedente necessario, para decidir em quaes d'elles, sendo nulos, se não podia exigir a pena, e em quaes, sendo validos, se póde ella exigir.

Não devemos suppor o nosso legislador tão ocioso, que quizesse propor-se fazer umas distincções taes, sem algum mysterio, e se não houvessem de ser praticaveis n'este reino, ainda quando se não tratasse das penas convencionaes. Sim via o legislador a Ord., L. 4, T. 73, que ia a compilar da Manuelina, L. 4, T. 3, e que prohibia os contratos jurados, mas ao mesmo tempo tinha em vista o § 87 do regimen do tribunal palatino (anterior á publicação da mesma Ord. Filippina) que permittia dispensar com causa o d. T. 73. Por isto é que nos §§ 3 e 4 do T. 70 fez aquellas distincções, para nos contratos confirmaveis por juramento se exigir a pena, quando a dita Ord., T. 73 se dispensasse pelo tribunal para se confirmarem com juramento esses contratos. Esta a natural conciliação. E não devemos suppor nem ociosos e superfluos os §§ 3 e 4, nem antinomicos totalmente com o T. 73, o que não advertiu o sabio Gouveia Pinto no seu *Tratado dos testamentos*, C. 24, e por isso discorreu de outro modo o que ahi lemos. Tambem o illustre Mello, no L. 3, T. 5, § 36, na nota (com entranhavel odio ao direito romano, que não póde tolerar adoptado aqui, junta a limitação do canonico pelo nosso legislador) extravaganciou em outros discursos, sem attingir esta conciliação da nossa legislação, sem se accingir a ella, e sem discorrer conforme a ella, que emquanto não revogada se deve necessariamente seguir conforme a precisa distincção dos seus casos, quaes os seguintes.

SECÇÃO I

**Primeiro caso figurado no § 3 que não é confirmavel
com juramento**

§ 8

Entre os casos que este § 3 figura por direito, reprovados de maneira, que por juramento não possam ser confirmados, um

d'elles é este: «Se algum homem promettesse a outro sobre certa pena de o fazer herdeiro em parte, ou em todo». As leis romanas que annullam este pacto, e as rasões da sua nullidade, se estofam largamente por Stryk., *de Succes. ab intestat.*, Diss. 8, C. 12, a § 18, e que a pena convencionada n'este contrato é igualmente nulla, e não póde exigir-se, o prova o mesmo Stryk., § 26, com a L. *Stipulatio* 61, ff. *de Verg. oblig.*, e outros DD., e melhor ex professo Torr., *de Pact. futur. succession.*, L. 1, C. 2 e 3, aonde expõe as genuinas rasões conforme o direito romano. No C. 5 defende com a mais commum opinião que este pacto não póde confirmar-se e validar-se com juramento (cóm o que se conformou a nossa Ord.) No C. 6 trata a questão: «An valeat pactum nostrum quando non est de tota Successione, sed de quota, vel de re particulari», e aindaque propõe variedade de leis e opiniões, segue que não é válido nem ainda sobre parte da herança, opinião adoptada na nossa lei, ibi: «de o fazer herdeiro *em parte*, ou em todo», etc. Eis-aqui o direito romano, que n'este primeiro figurado caso adoptou positivamente o nosso legislador. Confirra-se com outros DD. o Repertor., debaixo da conclusão: *Pacto sobre a herança de homem vivo*.

Segundo caso figurado no § 3 que não é confirmavel com juramento

§ 9

«Ou lhe fizesse doação entre vivos sobre certa pena de todos os seus bens moveis e de raiz, direitos e acções havidos e por haver, não reservando d'elles para si cousa alguma.» No direito romano não ha lei clara e expressa que annulle uma doação assim universal sem reserva alguma para testar; os DD. portanto se dividiram em dois grandes esquadrões, e cada um fundado em diversas rasões, uns defendendo a nullidade, outros a validade de tal doação, como se póde ver em Torr., *de Pact. futur. success.*, L. 3, C. 5, Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 8, C. 12, § 30, *et in Us. modern.*, L. 39, T. 5, § 9, Voet., ad eund. T., sub n. 10, o mesmo Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 3, C. 9, § 4, Portug., *de Donat.*, L. 1, Prælud. 2, § 7, a n. 28.

§ 10

Bartholo, na L. *Stipulatio hoc modo*, n. 5, ff. *de Verb. obligat.*, foi o primeiro a defender a nullidade da doação assim formalisada, e como o nosso legislador venerava a sua auctoridade, Ord., L. 3, T. 64, por isto foi que seguiu a sua opinião, e apesar de ser a contraria mais fundamentada, devemos cegamente seguir a nossa lei, emquanto ella se não revoga. Tambem Barthol., na dita L. *Stipulatio*, foi o primeiro a dizer que uma doação tal se não confirma com juramento, e por isso o vemos seguido n'esta Ord., e aindaque deveriamos seguir o contrario pelas genuinas rasões dos DD. oppostos a Barthol., ex Torr., supra, á n. 33, Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 28, devemos seguir cegamente a Ord., que adoptou aqui a doutrina de Barthol., connumerando esta doação entre os contratos nulos, e que se não podem revalidar com juramento, nem consequentemente se póde pedir a pena convencionada. Eis-aqui a opinião que n'este segundo caso adoptou o nosso legislador. As ampliações d'esta opinião vejam-se em Portog., L. 1, Præl. 2, § 7, a n. 29.

§ 11

Como porém a nossa Ord. só annulla a doação (1) *entre vivos*, (2) de todos os bens moveis e raiz, direitos e acções havidos e por haver, não reservando d'elles para si cousa alguma, e requer o concurso de todos estes requisitos para se julgar nulla a doação, é consequente, 1.º, que não comprehende a doação *causa mortis*, Torr., *de Pact. futur. success.*, L. 3, C. 5, n. 132; e aindaque Gomez á L. 60, Taur., n. 5, seguiu o contrario, foi reprovado por Molin., *de Primog.*, L. 2, C. 10, n. 14, e só procede a sua doutrina, quando a doação *causa mortis* é roborada com o pacto *de non revocando*, ou com circumstancias que a metamorphoseiem em doação *inter vivos*, Torr., supra, n. 134, Conf. Moraes, *de Exec.*, L. 2, C. 19, n. 19.

§ 12

É consequente, 2.º, que se alguém doar simplesmente todos os seus bens, sem expressão dos futuros, subsiste válida a doação, Moraes, supra, n. 17, Reinos., Obs. 41, n. 15, Torr., *de Pact. futur. success.*, L. 3, C. 5, n. 67, ampliando no n. 68, ain-

daque se reserve alguma porção d'elles, porque nem por isso se julgam doados os futuros.

§ 13

É consequente, 3.º, que se o doador doar todos os seus bens moveis e raiz presentes e futuros, sem comprehender direitos e acções na doação, ella subsiste válida, porque não fica universal, não comprehendendo os direitos e acções que lhe ficam, e são terceira especie de bens, Moraes, supra, n. 18, Reinos., à n. 3, plenè Torr., *de Pact.*, supra, a n. 55, Portug., *de Donat.*, L. 1, Prælund. 2, § 7, n. 70 e 71: «Declarat tamen prædictam resolutionem, ut habeat locum eo casu, quo donans habebat aliqua jura, et actiones, et quidem non parvi valoris, de quibus testari possit, valebit donatio: secus verò si nulla habeat jura, vel erant parvi valoris, quippe tunc donatio nulla erit». Portug., n. 72, Reinos., n. 12, Torr., supra, n. 60, bem que no n. 61 refere opinião contraria, aindaque o doador careça de direitos e acções, porque se não as tinha nem as comprehendeu, basta para não ser universal a doação não as comprehender, e ficar com possibilidade de as adquirir.

§ 14

É consequente, 4.º, que não é universal e nulla a doação, quando o doador reserva para si o usufructo; comtantoque o usufructo reservado seja tão pingue que, sobejando-lhe do necessario alimento, possa com o resto d'elle superlucrar cousa racionavel, de que haja de testar, Moraes, n. 15, Torr., supra, a n. 105, Portug., supra, a n. 67. E isto aindaque o doador reservando um pingue usufructo, com cujo sobejo podia adquirir bens de que testasse, consuma todo o usufructo prodigamente; porque n'este caso subsiste válida a doação, Torr., n. 107, Fontan., *de Pact. nupt.*, Claus. 4, Gloss. 22, n. 11 e 12. A quem porém incumbe, se ao doador, se ao donatario a prova do excessivo do usufructo? Variam os DD. apud Torr., supra, a n. 108.

Nota. Por mais universal que seja uma doação comprehensiva dos bens presentes e futuros, com reserva de usufructo; tudo quanto o doador adquire depois com o usufructo reservado, e que sobeja de seus necessarios alimentos, se não comprehende na doação dos bens

futuros, e vem a pertencer ao herdeiro da reserva ou aos herdeiros *ab intestato*, se d'ella não dispõe o doador, Peg. 3, For., C. 32, a n. 31 a 45.

Na França, por uma Ord. de Luiz XV, do mez de fevereiro de 1731, foi prohibido doar os bens futuros, e isto pelas razões que pondera João Baptista Furgol., no seu *Commentario*. No nosso reino se não ha prohibição directa, a ha indirecta; porque os bens doados se avaliam no processo da insinuação para se pagar ao rei o 1 por cento do seu valor, na fôrma do regimento de 11 de abril de 1661. A insinuação só pôde subsistir nos bens doados, que entraram na avaliação e de que se pagou á corôa o tributo de 1 por cento do seu valor, como se nota no fim do mesmo regimento. Ora, os bens de futuro contingente não entraram n'essa avaliação; como pois poderá subsistir n'elles a doação sem insinuação?

§ 15

É consequente, 5.º, e por argumento a contrario sensu da Ord., L. 4, T. 70, § 3, nas palavras «não reservando d'elles para si cousa alguma», que havendo reserva para testar, não fica universal a doação e subsiste valida a doação, Moraes, *de Execut.*, L. 2, C. 19, n. 16, Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 3, C. 5, a n. 80. Variam os DD., sobre qual e quanta deva ser esta reserva, apud Moraes et Torr., supra. Porém n'essa variedade prevalece «ea est amplectenda opinio, quæ remittit arbitrio Judicis, qualis summa sit sufficiens ad donationem convalidandam, qualis non; quod arbitrium regulari debet juxta qualitatem personæ et quantitatem patrimonii donantis». Assim com o nosso Gam., Dec. 348, n. 4, com Fontanell., Fabr., e outros o citado Torr., n. 85, acrescentando exemplificativamente que: «Præcipue validitas, vel invaliditas donationis ex eo pendet; an summo reservata talis sit, ut verisimiliter inducat aliquem ad hæreditatem accipiendam».

Nota 1.ª Se logo no mesmo instrumento se faz doação irrevogavel de reserva, fica nullo o todo de ambas as doações, Torr., n. 401. Se da reserva se faz doação depois e ex intervallo, é nulla a doação da reserva, mas subsiste válida a doação em que a reserva competente se fez, Torr., n. 97, menos que a seguinte doação da reserva se faça ao primeiro donatario; porque entra aqui a presumpção de surpresa, Torr., h. 401 e 402.

Nota 2.ª Vale a clausula que se o doador não testar da reserva, ficará ao doado, Altim., *de Nullit.*, Tom. 5, Q. 32, n. 864. Porém como a

quantidade reservada não entrou no calculo da avaliação dos bens para a computação do 1 por cento para a corda, por isso não pôde subsistir essa condicional doação da reserva, aonde é necessaria a insinuação, se a quantidade da reserva não entrou n'aquelle calculo do valor dos bens doados. Eu já impetrei e obtive a insinuação de uma grande reserva feita em doação que havia sido insinuada, offerecendo-me pagar os novos direitos proporcionados á mesma reserva.

Nota 4.^a *Quid*, se o doador reserva para testar o que bem lhe parecer? Varii varia dixeront. Vejam-se Gam., Dec. 185, Luc., de Fidei-comm., Decis. 139, n. 4 e 6, Torr., supra, n. 103 e 104, Tondut., Civ., C. 102, n. 5, Solan., Cog. 58, a n. 26, Guerreir., For., Q. 19.

Nota 4.^a O mesmo que fica dito com ampliações e limitações procede quanto á doação da terça feita por quem tem descendentes ou ascendentes. Veja-se Portug., de Donat., L. 1, Præud. 2, § 7, a n. 55, com os mais DD. reinicolas, e Guerreiro, Tr. 2, L. 5, C. 2, a n. 10.

Terceiro caso figurado no § 3 da mesma Ord. L. 1, T. 70, que tambem não é confirmavel com juramento

§ 16

«Ou fosse feito contrato sobre a herança de pessoa viva, porque aquelle que não devia ser seu herdeiro, o seja sobre certa pena; porque taes contratos (comprehende este e os dois precedentes) são assim illicitos e por direito reprovados, que não podem por juramento ser confirmados. E por conseguinte as penas em elles postas se não podem pedir nem demandar.» (Estas ultimas palavras comprovam a nota ao § 7.) Confirma-se o Repertor., debaixo da conclusão: *Pacto feito entre dois, etc.*

§ 17

Ha pactos successorios *adquisitivos* de futuras heranças e *renunciativos* d'ellas. Entre os *adquisitivos*, um d'elles é o que figura esta Ord. nas transcriptas palavras. A sua nullidade tem fundamento na L. *Stipulatio hoc modo concepta* 61, ff. de Verb. obligat., ibi: «*Stipulatio hoc modo concepta, si hæredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est hæc stipulatio*». Concorda a L. *Cum duobus* 52, § 9, ff. *Pro soc.*, L. fin., ff. de suis et Legit., L. 15, Cod. de Pact., Torr., de fact. futur. Success., L. 1, C. 2, Stryk., de Success. ab intes-

tato, Diss. 8, C. 12, a § 23. As razões da nullidade d'este pacto *adquisitivo* se podem ver nos citados Torr. e Stryk. (isto é segundo o direito romano aqui adoptado pelo nosso legislador). E acrescenta o mesmo Stryk., § 27, que um tal pacto nem ainda produz obrigação natural.

§ 18

Um tal pacto como este, nem se pôde roborar com comminação de pena, Stryk., supra, §§ 24 e 26, nem com juramento, como largamente defende o mesmo Torr., L. 1, C. 5, contra a opinião contraria; eis-aqui o direito romano e opiniões antigas com que se conformou o nosso legislador nas transcriptas palavras (§ 16) e isto «quovis modo sit conceptum tale pactum, sive contineat pactum, sive donationem, vel aliam quamlibet obligationem», Torr., C. 3; e não só quando o pacto assenta sobre toda a herança, mas sobre quota d'ella, como terceira, quarta e quinta parte, Torr., C. 6, n. 5. Quid, se o pacto for só sobre uma cousa certa da herança, que qualquer se obrigue deixar ao paciscente? É questão bem opinativa, que se pôde pôde ver em Torr., C. 6, a n. 8, aonde defende por melhor opinião, que ainda mesmo é nullo o pacto de deixar ao paciscente uma cousa certa da herança; esta mesma opinião segue Stryk., *de Success., ab intestat.*, Diss. 8, C. 12, § 20, et ad omnia Net., *de Testament.*, L. 2, T. 13, tot., Urceol., For., C. 98.

Nota. As razões com que as leis romanas annullaram estes semelhantes pactos, são verdadeiramente romanas, como se pôde ver no mesmo Stryk., d. C. 12, tot., e no Vol. 11, Disp. 26, *de Testament. Conjug. Reciproc.*, a § 42, ad § 70; por isso que são menos solidas e naturaes, diz o mesmo Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 12, § 36. «Valorem et justitiam pactorum Successoriorum non ex jure Romano, sed moribus, locorumque statutis repetendum», etc. Mas como a nossa lei adoptou aqui o direito romano, emquanto ella se não revoga, deve cegamente e com toda a reverencia seguir-se n'esta parte, e só em falta de lei patria nos é permittido recorrer ao uso hodierno das nações, por mais que sabemos que se não oppõe ao direito divino, Stryk., d. Diss. 8, C. 14, § 4, nem ao natural, Stryk., d. Diss., C. 13, §§ 3 e 4.

SECÇÃO II

Pactos successorios confirmaveis com juramento

PRENOÇÃO

§ 19

O § 4 da nossa Ord. nos suppõe «contratos taes, que postoque sejam contra direito (*) podem ser confirmados por juramento(**), e (n'este) poder-se-ha levar a pena entre os contrahentes posta, se o contrato não for cumprido por aquelle que prometeu de o cumprir».

(*) Isto se verifica mais propriamente nos pactos *negativos* e *renunciativos* das successões, os quaes conforme o direito romano não são lícitos ou validos, tanto pelo que os DD. deduzem da L. 13, 18 e 94, de *Acquir. hered.*, L. 174, § 1, ff. de *Reg. jur.*, L. 15, § 1, ff. Ad L. *Falcid.*, L. 35, Cod. de *Inofficios. Testam.*, L. ult. ff. de *suis et Legit. hered.*, L. 3, Cod. de *collat.*, quanto pela rasão «*Successionem esse Juris publici, quod pactis privatorum mutari nequit*, d. L. ult., ff. de *suis et Legit.*, L. 15, § 1, ff. ad *Falcid.*, L. 3, Cod. de *Collar.* Assim expozes com os mais DD. Stryk., de *Success.*, ab *intestat*, Diss. 8, C. 12, § 38, junto § 2. E aindaque os pactos successorios são em geral reprovados por outras mais rasões que referem Stryk., d. § 2, e Torr., de *Pact. futur. Success.*, L. 1, C. 2; contudo só aquella rasão é a unica adequada a prohibir os pactos successorios *negativos* e *renunciativos*, como bem demonstra o mesmo Stryk., d. C. 12, a § 39, e concorda Torr., supra, a n. 11, com os melhores DD.

Os pactos *adquisitivos*, do que fallei desde o § 8, nem com juramento se convalidam; estes *negativos* e *renunciativos*, sim são confirmaveis pelo direito canonico no C. *Quamvis, de Pact.*, in 6, Stryk., d. C. 12, § 2, no fim; porque conformes com o direito natural, Stryk., d. Diss. 8, C. 13, § 9. Latissime Idem Stryk., Diss. 8, C. 10, a § 18, optime Castilh., L. 3, *Controv.*, C. 9, a n. 6.

Primeiro caso exposto no dito § 4, confirmavel com juramento

§ 20

«Se fosse feito contrato entre dois ou mais, que esperavam ser herdeiros por morte de algum, que ainda seja vivo, que por sua

morte algum d'elles não herdasse em sua herança: • Ou esta Ord., se ha de entender do pacto jurado sobre a futura herança de pessoa incerta, ou a entender-se de pacto jurado sobre herança de pessoa certa, se ha de entender intervindo o consentimento d'essa terceira pessoa certa; d'outro modo é incoherente.

§ 21

Poisque o pacto sobre herança da pessoa incerta é valido em direito, independente de consentimento d'essa pessoa incerta, conforme as LL. DD. e rasões que refere e expõe Stryk., *de Success. ab intestat.*, Dissert. 8, C. 2, a § 5, e por isso que muito seja confirmavel por juramento?

§ 22

Porém o pacto sobre a herança de pessoa viva e certa sem consentimento d'essa pessoa, é tão nullo, que nem ainda com juramento se póde confirmar, como bem demonstra o mesmo Stryk., a § 6, Torr., *de Pact. fut. Success.*, L. 1, C. 15 e 17, Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 51; para que pois não digámos que a lei seguiu uma opinião absurda conforme o direito romano, devemos assentar que só faz confirmavel com juramento o pacto sobre a herança de pessoa certa e viva, quando ella consente n'esse pacto; porque então subsiste valido e ainda sem juramento, conforme alguns DD., Torr., *de Pact.*, L. 3, C. 29, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Dissert. 8, C. 2, § 19, plures apud Peg., 6, For., C. 130, n. 84: e por mais que intervenha juramento entre os pacionantes sempre é nullo, não intervindo o consentimento da pessoa certa e viva, Urceol., For., C. 98, a n. 24. Assim n'este reino o vemos julgado em Peg., 3, For., C. 34, a n. 444, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 31, a n. 57, idem Stryk., *Us. mod.*, L. 2, T. 14, § 14.

§ 23

É nullo este pacto sobre herança futura de pessoa certa, não intervindo o consentimento d'ella, ou se faça entre filhos, entre cognados, entre estranhos, ou sobre o todo, ou sobre parte da herança, ou de cousa particular; seja qual for o pacto, ou acquisitivo, ou conservativo, ou renunciativo, ou se trate de dividir ou doar, ou hypothecar essa herança futura, ou seja qualquer outro con-

trato que sobre ella se faça, ou d'ella se disponha, já em testamento, etc., comtudo ex professo prova Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 2, a § 9, Portug., supra, a n. 59.

Nota. Da mesma fórmula a venda da herança futura de pessoa viva, sem intervir o seu consentimento, é nulla e inconfirmavel com juramento, e tantoque se o que a vende succede depois n'ella, fica indigno, e se applica ao fisco, Silv., ad Ord., L. 4, T. 1, in Rubr., Art. 7, a n. 94, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 31, a n. 59. Não assim: «In pacto de quocumque fideicommisso, vel maioratu super ipsius Successione, quia etiam in vita possessoris valida, erit conventio absque possessoris consensu», como com Gam., Phæb., e outros Portug., n. 63. Da mesma fórmula: «Spes succedendi in fideicommisso de facto etiam vivente eo, qui post mortem fuit gravatus restituere, vendi potest; quia est jam radicata, et non est de hæreditate viventis sed mortui, nec succeditur gravato, sed gravanti», Silv., supra, n. 102, Gam., Dec. 92. Latissimæ Torr., *de Pact. futur. success.*, L. 1, C. 23. Aquella pena porém só procede quando os paciscentes são os mais proximos á pessoa sobre cuja herança paccionam. Se forem remotos, o seu pacto não prejudica á successão dos mais proximos, Stryk., § 25.

§ 24

«An valeat pactum de hæreditate ejus cujus mors incerta?» O citado Stryk., Diss. 8, Cap. 2, § 17, distingue assim: «Si paciscentes credunt tertium adhuc vivere, aut nescire nequeunt, pactum tale omnino nullum est, et depositioni hujus legis subiacet. Si verò ignorant, aut dubitant de vita, aut morte tertii, pactum quidem non valet; poena tamen (§ 23, Not.) ob cessantem turpitudinis, et captandæ mortis rationem hoc casu cessat... Idem est, si tertium revera mortuum esse putant, quamvis ex justa et probabili causa qui tamen tempore pacti adhuc vivit. Neque his duobus casibus pactum convalidatur, si tertius post illud conditum decedat. Si tamen tertius, quem paciscentes jam decessisse juste crediderunt, tempore pacti revera mortuus sit pactum valebit, secus si paciscentes clancularie contra depositionem, L. ult., Cod., *de Pact.*, paciscantur.» Conf. Portug., supra, n. 60, Conf. Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 49.

Nota. Quid sobre o contrato ou partilha dos bens do absente? O mesmo Stryk., § 18, decide da mesma fórmula, aindaque o absente

passse setenta annos, porém veja-se a minha dissertação sobre a curadoria e successão dos absentes, a §

§ 25

Vale porém este pacto sobre successão de pessoa certa, consentindo ella. Este consentimento pôde ser expresso ou ainda só tacito: «Sola autem scientia tertii cum taciturnitate conjuncta, si scilicet ille tantum sciat paciscentes in consulto se pactum fecisse consensum non infert, sed necesse est, ut paciscentes eum de pacto hoc certiores reddiderint, ex quo deinde, nisi contradicat, consensisse præsumitur; nec nuda asseveratio paciscentium sufficit, sed probari debet consensus tertii. Exindi et illud fluit, si tertius talis sit, qui lege, aut natura consentire nequeat, ex. gr., furiosus, prodigus; tunc pactum de hæreditate ejus initum nullum esse, nec obligationem producere, etiam si consenserit, quia nulla ejus voluntas; pœna tamen tunc cessabit. Minor tamen consensum suum pacto tali valide impertit, etiam sine curatore, aut eo invito», Stryk., d. Diss. 8, C. 2, § 21, Conf. Castilh., L. 3, *Contr.*, C. 9, tot., e melhor Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 1, C. 29, a n. 70, aonde, que não só basta o consentimento tacito, mas que este se induz pela presença do terceiro sem sua contradicção, citando muitos DD. contra outros referidos, n. 69. Conf. Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 48, n. 14.

§ 26

Se este consentimento deve intervir presentando no mesmo pacto, ou se basta subsequente ex intervallo? Variam os DD.; o mesmo Stryk., § 20, assenta com a melhor opinião que basta que o terceiro preste depois o seu consentimento. «Cæterum (declara Stryk.) accedent consensu tertii, pactum non valet ut ex tunc, sed saltem, ut ex nunc». Conduz o principio geral, de quo Hontalb., *de Jur. Superv.*, Tom. 1, Q. 1, a n. 11. Esta mesma opinião seguiram Surd., Fabr., Barbos., Merlin., Cancr., Jul. Capon. e outros muitos que cita Torr., *de Pact.*, L. 1, C. 29, a n. 15. Elle porém, desde o n. 34, defende a contraria que exige o simultaneo consentimento do terceiro, e só no n. 43 a limita: «Quando in conventionem paciscentes reservassent consensum illius de cujus

hæreditate agitur; nam tunc videtur esse facta sub conditione, si ipse præstabit assensum, et dependebit usque ad assensum, supervenientem », etc.

§ 27

Se o terceiro sobre cuja herança se fez o pacto, consentiu n'elle diz o mesmo Stryk., § 22: «Consensus ejus præstiti non alium esse effectum, quam ut justitiam pacto tribuat... Patet ergo pactum hoc exitum plane nullum sortiri, nisi post mortem tertii, vel ex lege, vel ex testamento paciscentes, aut unus saltem ex illis, jus succedendi habeant, quale pactum hoc non tribuit; quia sub hac conditione pactum fit, si ad hæreditatem paciscentes vocati fuerint, quæ conditio in esse nihil ponit, et consensus non disponit, aut delationem intendit, nec paciscentibus jus acquirit, sed pacti executionem, conditione existente tantum permittit, et nullo modo pro testamento habetur. Toto ergo cœlo falluntur Petr. Gregor... Herm. Vultes, alique, qui consensum tertii vim ultimæ voluntatis, aut donationis mortis causâ habere sibi persuadent, ex qua paciscentes succederent », etc. De fórma que se uns estranhos ou remotos paccionarem sobre a herança do terceiro com consentimento d'elle, e elle morrer intestado, succedem seus consanguineos, e não os paciscentes, que pelo pacto não adquiriram direito algum, Torr., *de Pact.*, L. 3, C. 29, n. 96.

§ 28

«In ordine verò ad paciscentes ipsos effectus hujus pacti, rite scilicet formati, iste est, quod delatam hæreditatem juxta pacta conventa dividere; et communicare et sint devincti, nec unus invito altero ab eo discedere possit; quin et hæredes paciscentium ad observantiam hujus pacti obligatur, ac pro reali, non personali habendum est. In specie, quoad jus agendi producit hoc pactum actionem, qua unus paciscentium contra alterum experitur, ad hoc ut hæreditatem delatam juxta conventionis legem dividat, ac communicet, pactumve observet.» Ita Stryk., supra, C. 2, § 23, optime Torr., *de Pact. futur. Succession.*, L. 1, C. 29, n. 51.

§ 29

Extingue-se este pacto, aindaque jurado pelos paciscentes e consentido por aquelle sobre cuja herança se celebrou, quando este

revogou expressamente o mesmo seu consentimento, *ut lato calamo*, Stryck., supra, § 26. Extingue-se também quando o terceiro ainda só tacitamente revoga o seu consentimento, Stryck. § 27. «Si scilicet contra pacti formam, et tenorem, aut inter vivos disponat, aut ultima voluntate paciscentes aliter, quam ab iis conventum, hæredes scribat, aut alios plane, ipsis præteritis, instituât, etc.» Confirmam-se Castilho, L. 3, *Controv.*, C. 9, a n. 2, e n. 6, plene, Torr. *de Pact., Futur. Success.*, L. 1, C. 29, a n. 20. Declarando no n. 23 que «in dubio tamen non præsumitur hæc voluntatis mutatio».

§ 30

Quid verò, se o terceiro que consentiu no pacto sobre sua herança, firmar com juramento o seu consentimento, se poderá revoga-lo? O mesmo Stryck., debaixo do § 26, propõe duas opiniões, uma affirmativa, outra negativa, e resolve que a primeira conforme o direito civil é verdadeira; a segunda conforme o direito canonico, e julga que esta se deve seguir no fôro da consciencia. Portug., *de Donat.*, Liv. 3, C. 31, n. 62, com outros DD., segue que o terceiro pôde revogar o seu consentimento, ainda quando jurado. Esta mesma opinião contra Covarruv. seguiu Hermosilh. na L. 13, Glos. 2, T. 5, P. 5, n. 4, e magistralmente ex professo Torr., *de Pact., Futur. Success.*, L. 1, C. 29 a n. 54, e o mesmo Stryck., *de Cautell. Testam.*, C. 24, § 4. Bem que com Sanchez, e Jul. Capon. não pôde negar, no n. 36, que revogando o consentimento jurado pecca como perjuro, no que coincide o citado Stryckio. De outro modo distingue Stryck., *Us. mod.*, L. 2, T. 14, sub § 17, ut ibi:

«Quod si verò ipse tertius jurato consenserit, an resilire possit, æque variant? Et puto separandos esse casus: Si dixerit: *Juro me in hoc pactum consentire*: adhuc discedere valebit, cum iuramentum sequatur naturam actus. Aliud, si dixerit: *Juro me consentire, nec me unquam illum consensum revocare velle*. Hoc casu pœnitere non posset, utut facultatem testandi amitteret; testamentum enim ut faciat nulla lege obstringetur.»

Segundo caso exemplificado no dito § 4 confirmavel com juramento

§ 31

«Ou se algum d'elles fizer convença com aquelle de cuja herança se trata porque não possa herdar n'ella,» Aqui figura o legislador um pacto negativo e renunciativo da futura herança prohibido pelo direito romano na L. fin., ff. *de suis et legit. hæred.*, na L. 3, Cod., *de Collation.*, na L. 35, § 1, Cod. *de Inofficios. Testam.*, Alv. a Cost., in *Aquil. August.*, P. 1, C. 3 a § 24. É porém confirmavel com juramento pelo direito canonico, no C. *Quamvis* 2, *de Pact.*, in 6, juramento, que para ser valida a renuncia se requer pro forma, e não pôde remittir-se por convenção das partes, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 10, § 48, menos que não seja remettido por lei ou costume, que sem juramento convalidem taes renunciias, aindaque não juradas, Stryk., *supra*, § 23.

Nota. Não confundâmos aqui a renuncia da herança futura com a da já deferida, que tem diversos direitos e effeitos, Wesel., *de Connub. bon. Soc.*, Tr. 2, C. 6, n. 66, Stryk., *De success. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, § 8, Torr., *de Pact. fut. Success.*, L. 2, C. 1.

§ 32

«Ideo verò (diz Stryk., § 19) ad *renuntiationum* substantiam DD. corporale juramentum pro forma requirunt; quia renuntiationes Jure Civili improbatæ ab ipsis creduntur; itaque subsistere nullo modo possunt, nisi juramentum accesserit... Jure Canonico juramentum per se vim obligandi habet, servandumque est, et si accedat actui jure Civili invalido; modo is non sit contra jus naturæ et Gentium, nec directo redundet in Reipublicæ aut Tertii detrimentum.»

Nota. Por costume de algumas nações as renunciias que fazem as filhas dotadas valem sem juramento, como os estatutos e DD. das mesmas nações, Wesel., *de Connub. Bon. Societ.*, Tr. 2, C. 6, n. 8, maxime entre pessoas illustres, Alv. a Cost., in *Aquil. August.*, P. 1, C. 3, a n. 31, e C. 4, a n. 13; e com juramento em todas as nações, Stryk.,

supra, § 6. Quando a filha renuncia *integra accepta legitima*, é opinativo, se vale a renuncia sem juramento. Vid. Torr., L. 2, C. 7.

§ 33

A hypothese que suppõe as transcriptas palavras da Ord., é quando um filho ou filha, herdeiros necessarios do pae ou mãe, renunciavam as heranças futuras d'elles, e a favor d'elles; porque, como diz o cit. Stryk., Diss. 8, C. 10, § 3: «Hæ quidem renuntiationes, quæ de futura ac viventis hæreditate fiunt, latius patent, nec à filiabus tantum, ut verba d. C. *Quamvis de Pact.*, in sexo habent, sed et a masculis quandoque fiunt.» «Et quidem (diz o mesmo Stryk., § 49.) Patri de quo nullum est dubium propter expressum Text. in C. *Quamvis*: 2 Matri, cui de hæreditate ejus renuntiatio fieri quoque potest; et quidem facilius* quoniam hic nullum potestatis vinculum obstat, ut in patre.»

* Costumam alguns paes emancipar primeiro os filhos para obterem d'elles estas renunciadas de futuras legitimas, a exemplo do caso que refere Pon., C. 11, a n. 57. Hoje quando os filhos ou filhas entram em religiões, não são necessarias aquellas renunciadas que antigamente se praticavam para excluir da futura successão os mosteiros, de quib. Pon., C. 2, a n. 24, Valasc., *de Partit.*, C. 16; porque nem os religiosos, nem os seus mosteiros jamais succedem depois da L. de 9 de setembro de 1769. A razão por que pelo direito romano não podia celebrarse contrato entre pae e filho, era esta: porque o pae e filho se reputavam uma e a mesma pessoa, e quasi uma voz; e o que o filho adquiria o adquiria ao pae. Por isso era necessario uma emancipação geral e não particular para um acto, Stryk., *de Caut. Contract.*, Sess. 1, C. 2, § 26. Ora o direito natural não conhece taes ficções, nem repugna a contratos entre paes e filhos, Groc., *de J. B. e P.*, L. 2, C. 5, § 2, n. 2, Signanter Stryk., *de Succes. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, § 48, optime Alv. a Cost., *Aquil. August.*, L. 3, C. 5, a n. 15. Entretanto jurando-se o contrato (com dispensa da lei) entre pae e filho, elle subsiste, Fragos., *de Regim. Reipubl.*, P. 3, L. 2, Disp. 3, § 5, n. 160, Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, § 5, n. 27: muito mais fazendo-se semelhantes renunciadas em contratos matrimoniaes, onde os filhos recebendo dotes ou legitimas (que podem receber em vida dos paes, Portug., supra, a n. 8) renunciavam quaesquer outras futuras legitimas, ex eodem Portug., n. 29, Conf. Barbos., *Tab. Thesaur. Loc. Comm.* L. 4, C. 66, Ax. 7, signanter Wesel., infra n. 46, et etiam, Stryk., supra.

Regra geral

§ 34

O filho (*) ou filha que assim renuncia com juramento em favor do pae as futuras legítimas (**) fica como estranho; sendo preterido no testamento, o não pôde contratabular, é repellido do juízo divisorio, e se n'elle se lhe faz legítima, tal partilha é nulla como erronea, ut latissime Peg., Tom. 6, For., C. 130, a n. 48, a n. 111, ad n. 119, Valasc., *de Partit.*, Cap. 16, n. 53, latissime Stryk., *de Success., ab intest.*, Diss. 8, C. 10, a § 59 cum seq. Wesel., *infra*, n. 118, Torr., *de Pact.*, L. 2, C. 32.

(*) É porém precisa uma expressa renuncia da legítima, Wesel., *infra*, n. 22, ou tão universal que a comprehenda, Stryk., § 62. Porém a renuncia relativa á legítima herança do pae não comprehende a herança da mãe ou irmãos, quando especialmente se não renunciam, aindaque depois os irmãos a quem o renunciante succede venham a herdar do pae a legítima renunciada, Stryk., § 71, Wesel., *infra*, n. 108. Não comprehende também a renuncia da legítima a successão do praso ou do fideicomisso, em que o renunciante deveria succeder, nem o direito de pedir alimentos, nem os bens dos filhos do primeiro matrimonio, irmãos germanos do renunciante, a quem o pae succedeu, e que por morte d'elle haviam de passar, em todo ou em parte, para o renunciante. (Conf. Wesel., *de Connub. bonor. Soc.*, Tr. 2, C. 6, n. 112, Barry, *de Success.*, L. 18, T. 1, n. 14), a menos que de tudo isto não haja uma especial renunciação, ou uma provavel conjectura de que a intenção do filho ou filha renunciante foi comprehender tudo, Stryk., *supra*, a § 67 ad 70; e quando na renuncia de legítima ou herança se comprehendam os bens de prazos, veja-se o meu *Tratado do direito emphyteutico*, a § 506. Quando a renuncia geral comprehende tudo isto, veja-se Peg., Tom. 6, For. C. 130, a n. 43, ad n. 49.

(**) Procede o mesmo Wesel., d. C. 6, n. 14.

§ 35

«Quia vero sunt aliquæ viæ juris, per quas, etiam renuntiata futura hæreditate, et cum juramento, datur nihilominus renuntianti ad eam regressus; quas omnes ponunt. Cagnol. Menoch. etc. Sic multipliciter limitantes. Text in cap. *Quamvis pactum*; in illis omnibus per contrarium admittentur renuntiantes ad pe-

titiones hæreditatis parentum, tanquam hæredes, non obstantibus renuntiationibus ante factis», Valasc., *de Partit.*, C. 16, sub n. 53, Conf. Peg. 6, For., C. 13, n. 83. Eu me proponho a demonstracção individual, e dos casos mais frequentes em que cessa a renuncia jurada, feita em favor dos paes, ou pela revogação do mesmo pae, ou por nullidades da renuncia mesma, le- são enormissima d'ella, etc.

Quando cessa a renuncia pela revogação do pae

§ 36

«Tollitur renuntiatio, 1.º, mutuo Paciscentium consensu, accedente nimirum restitutione acceptorum ab utraque parte, si quid præstitum fuerit, ut quælibet alia transactio, aut conventio», Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, § 105, Conf. Wesel., supra, n. 74.

§ 37

«Tollitur 2.º, Partis voluntate contraria seu revocatione ac remissione... Si tamen filia non obstante Patris remissione renuntiationem implere velit, nequaquam impediri poterit; cum condonatio illa nullum filiæ necessitatem acquirendæ hæreditatis imponere, aut beneficium abstinendi illa adimere valeat», Stryk., supra, § 106, aonde de tudo dá as mais genuinas rasões, optime etiam ex professo Torr., *de Pact. fut. Success.*, L. 2, C. 4, a n. 2, Gom., in L. 22, Taur., n. 31.

§ 38

«Remittere autem (prosegue Stryk., § 107) Pater hanc renuntiationem filiæ potest, etiam si juramentum accesserit... nec perjurium hoc casu filiæ metuendum; nec absolutio a juramento necessaria est» (Tambem Stryk. comprova estas theses com bellissimas rasões); aindaque a filha renunciasse a successão testamentaria, como contra Cyriac. e outros firma o citado Wesel., a n. 121, Harprectr., Disp. 84, a n. 69., et a n. 84, et n. 100.

§ 39

«Cæterum (continua Stryk., § 108) de hac voluntate Patris contraria, sive remissione ejus sciendum est, eam esse, vel apertam vel tacitam. Aperta est remissio, quando Pater renuntiationem filiæ, expressa ejus mentione facta, remittit; quod fit non solum actu aliquo inter vivos, sed etiam ultima voluntate, si testamento renuntiationem nominatim aboleat; testamento intellige, non tantum valido, sed et imperfecto: nam et imperfectum Patris voluntatem satis declarat, licet quoad hæredis institutionem non subsistat.» Conf. Wesel., *de Connub. bon. Soc.*, Tr. 2, C. 6, n. 125, Torr., supra, a n. 3, Peg., Tom. 6, For., C. 130, n. 64. E a filha faz perpetuamente seu o que o pae lhe deixou, Harprectr., supra, a n. 337.

§ 40

«Tacita remissio (Stryk., § 109), ex aliis conjecturis inducitur, quæ itidem tam actu inter vivos, quam ultima voluntate fit, nam quælibet voluntas hic sufficit. Et hæc tacita remissio etiam quoad juramentum procedit, quæ ex actu, conventioni juratæ contrario, ab illo, in cujus favorem juratum fuit, gesto colligitur. Unde si pater filiam renuntiantem simpliciter instituat, eo ipso juramentum, ac renuntiationem, nulla quamvis ejus mentione facta, tacite filiæ remittere censetur. Sicque jus successionis ex nova causa supervenit, ad quod juramentum non extenditur, uti DD. communiter concludunt», etc. Confira-se com muitos DD. Peg., Tom. 6, For., C. 130, n. 64, Wesel., *de Connub. bon. Societ.*, Tr. 2, C. 6, a n. 120, e C. 14, a n. 40 e 49, e a n. 54, ou seja em testamento solemne ou menos solemne, ou em doação, ou em favor da filha ou dos netos, Harprectr., Disp. 74, a n. 103.

§ 41

«Non tamen hæc institutio (ainda falla Stryk., no § 110), à parte facta pro revocatione et remissione renuntiationis indistincte et universaliter habenda est, nisi institutionem illam hac intentione factam fuisse ex evidentissimis conjecturis appareat; quando quidem mutatio voluntatis regulariter non præsumitur. Quid enim si testamentum ante conditum, et postea demum re-

nuntiatio filiæ facta sit? Hic certe si pater eo testamento decesserit, nulla mutatio voluntatis exinde colligi poterit, sed potius præsumendum est, patrem ideo renuntiationem recepissem, ne filia contra voluntatem ejus in testamento significatam succederet: (o contrario defende e segue Torr., L. 2, C. 14, a n. 50, e Harprectr., Disp. 74, a n. 116). Se o pae deixou algum legado á filha renunciante, não se infere que abrogasse a renuncia da filha, Wesel., supra, n. 131 e 132, Stryk., supra, § 112, no fim.

§ 42

«Quid porro (ainda falla Stryk., § 111) si filia expresse successioni etiam testamentariæ renuntiaverit? Hic certe sola institutio filiæ remissionem nequaquam inducet, cum alias verba paciscendum, qui successionem tam ab intestato, quam testamentariam manifesto respexerunt, plane superflua, et sine virtute operandi forent. Neque attendi hic poterit distinctio Kellenb., Q. 31, n. 59, ante vel post renuntiationem conditum fuerit testamentum, quæ ad casum præcedentem tantum pertinet; ast hic sine expressa revocatione nulla voluntatis mutatio ex testamento colligitur. Ex his etiam sequitur, institutionem ultra partem expressam regulariter non extendi, nec remissionem generalem operari. Unde et filia in dote instituta saltem ad supplementum legitimæ agere, non integram portionem ab intestato vindicare potest». Confirma-se Wesel. citado nos §§ 38 e 41.

§ 43

«Quæ de institutione § 109 (aqui § 40) diximus (ainda continua Stryk., § 112), ea et similiter in substitutione obtinent; nam et remissa tunc intelligitur renuntiatio, si pater filiam filiis substituerit, Fabr... ita ut hoc casu non tantum ad paternam, sed etiam ad fraternam successionem, cui, patre stipulante, etiam renuntiaverat, vi hujus fideicommissi admittatur; nisi frater renuntiationem illam, et ipse postea acceptaverit, sicque res non sit amplius integra». Faber., etc. Confirma-se com outros DD. Wesel., supra, a n. 123.

Outros effeitos favoraveis ao filho renunciante, consequentes da revogação do pae
ainda em prejuizo de terceiro

§ 44

«Ampliatur autem sententia de remissione patris, § 106 (aqui § 37), proposita, 1.º, ut locum habeat non tantum in renuntiatione formali, et solemnī quæ verbis de præsentī fit, sed etiam in minus solemnī, quæ verbis de futuro facta est; * quia hoc pactum non potest plus operari quam solemnīs renuntiatio; unde remissione patris interveniente filia ad implementum ejus non tenetur», Stryk., d. Diss. 8, C. 10, § 113.

• A renuncia de futuro, de que aqui falla Stryk., é a de que havia tratado no mesmo C., § 12 «cum tantum promissio de renutiando intercedit, quæ quidem promissio, si jurata fuerit, pro ipsa renuntiatione habetur, ac exclusionem à successione operatur». Confirma-se Wesel., de Connub. bon. Societ., Tr. 2, C. 6, n. 25, contra os DD.; porém em contrario que a promessa de renunciar não é renuncia, aindaque jurada, disputa Torr., de Pact., L. 2, C. 37, a n. 26.

§ 45

«Ampliatur, 2.º, sive renuntiatio generaliter, sive in specie in favorem certarum personarum facta sit, nam et his invitis, ac dissentientibus pater renuntiationem revocare et filiæ remittere potest. Nam favor illarum personarum secundario tantum, et in consequentiam intenditur, nec jus ipsis hoc pacto quæsitum fuit, sed patri tantum renuntiationem recipienti, quod ad eos non pertinet, quādiu ille superstes est, sed demum, si successio, patre in ea voluntate decedente, ipsis deferatur; unde si is illud remiserit, nemini injuriam facit, et deficiente ita conditione, jus ipsum deficit». Ita Stryk., supra, § 114, optime et ex professo Torr., de Pact. futur. success., L. 2, C. 4, a n. 5, Harprectr., Disp. 74, a n. 162, et a n. 172, cum seq., et a n. 213, et a n. 256, et a n. 264, 267 e 274. O mesmo quando a filha renuncia os bens da mãe sem differença, Harprectr., a n. 221.

§ 46

«Ampliatur, 3.º, ob eandem rationem, sive renuntiatio patri ipsi, sive, eo consentiente, fratribus facta fuerit... Hæc tamen procedunt re adhuc integra. Nam si, v. gr., pater vivus bona fratribus cesserit, atque dominos eorum ipsos effecerit; tunc propter jus ipsis hoc modo quæsitum, ac deficiens patris dominium revocationi ejus in fraudem, et detrimentum illorum invitis ipsis non amplius erit locus; aut renuntiatio facta sit de fraterna hæreditate», Stryk., supra, § 115, Conf. Harprectr., d. Disp. 74, a n.º 454. Sed vide Torr., supra. Os irmãos porém lhe podem remittir a renuncia em favor d'elles, Harprectr., a n.º 234 e a n.º 249.

§ 47

«Ampliatur, 4.º, sive filia generaliter, sive in specie tam successioni ab intestato, quam ex testamento renuntiaverit, hanc enim non aliter accipiunt, aut admittunt DD., quam si intelligatur de successione contra voluntatem patris; non vero secundum ejus voluntatem. Unde et hoc sensu successioni ex testamento renuntiari valide posse negant; patremque nihilominus posse juramentum filiæ per institutionem remittere statuunt... Sed cum sententia hæc a me rejecta fuerit, * nec hic eam meam fecerim. Nec patris remissio hic filiam jurare posse videtur, cum vis renuntiationis, neutiquam hoc casu à patris voluntate pendeat, aut ejus favorem unice respiciat, sed potius in vim simplicis repudiationis, et abdicationis valeat». Ita Stryk., § 116.

(*) O mesmo Stryk, n.º, § 61, havia firmado: «Nec minus vim suam exserit renuntiatio, si pater testatus decesserit, et renuntiationem in testamento non revocaverit. Quando quidem renuntiatio et ab intestato, et contra testamentum fieri dicitur, et pater in utrumque casum renuntiatione filiæ sibi prospexisse videtur, unde et filia præteriri potest. Hoc minus dubii habet, si filia Successioni tam ex testamento quam contra testamentum, adeoque simpliciter omni omnino Successioni renuntiaverit,» etc. O contrario, aindaque a filha renunciasso com juramento a successão por testamento, que o pae a possa instituir, o defende com muitos DD., e melhores fundamentos, Torr., *de Pacti*, L. 2, C. 14, a n.º 55, ainda mesmo que a renuncia fosse em contemplação dos irmãos, consentida pelo pae, pôde instituir a filha, sak-

vas as legítimas dos irmãos, Torr., supra, a n. 70. Com esta opinião concorda Harprectr., Disp. 74, a n. 122, com muitos DD.

Quando cessa a renúncia, e ha regresso á legítima por outras causas independentes da revogação do pae

CASO I

Se não intervem dote a que a renúncia seja corresponsiva
Variedade de opiniões

§ 48

Eis-aqui o discurso de Abrahão Wesel., *de Connubial. bon. Societat.*, C. 6, *de Successionum renuntiatione*, a n. 27, que por ser livro muito raro (e em tudo raro), transcrevo para os que d'elle carecem.

«Medium renuntiandi est Dotis datio, vel promissio, nulla enim dote constituta renuntiatio irrita est, Gail... Molin... Gregor. Tholosan... Robert... Chenu... Christin... D'epeisses... Stokmans... Nec exigimus præcise a patre filiam dotatam esse; sufficit vel avum dotem porrexisse. Si enim avus contemplatione patris dotaverit, perinde est ac si pater dotasset. Favorabilis nempe hujusmodi mos exclusorius est, qui in marium liberorum utilitatem, familiæque per eos dignitatem tuendam, ac longius propagandam vergit. Ita Bald... Argent... Choppin... Quod et multorum constitutionibus cautum est, ut apud Burbonios... Pictones... Illi sane audiendi non sunt, qui etiam nullo dato, vel promisso, renuntiationem sustinent, quasi non ob accepta, sed propter maritacionem, Sacramentique venerationem, quod sancte servandum est, excludatur filia. Inter quos sunt Cuvarruv., in d. C. *Quamvis pactum*, § 2, n. 7, Gutierr., ibidem verb. *Dote contendenda*, n. 1, Daut., h. ibidem, n. 81, Vasques, d. § 18, n. 131, Gomez, ad L. Taur. 22, n. 7, * *Contrarium*, Argent., d. Art. 224, Gloss. 4, n. 2, Kellenb., d. Trat., Q. 42, n. 27, Mev., d. T. 1, n. 66, Zoez., *ad Pandect.*, T. *de Pact.*, n. 38.

«Et enim Bonifacius vim istam exclusoriam non constituit in solo jurejurando, verum in dote data, quam filia, consentiente sponso accipit, futuræ hæreditatis vice, facta promissione, se ista

Dote contentam fore, in cujus sigillum adjicitur Sacramenti vinculum. Itaque hunc rei non recte adaptaveris ea, quæ de vi jurisjurandi tradit Grotius, quod si quis volens jurare obligare se noluerit, non eo minus obligatur, quia obligatio à juramento inseparabilis, et effectus ejus necessarius. Ea enim Sententia tum vera est, ubi adest fundamentum obligandi, non ubi conditio tacite quædam subest, vel quam ipsa negotii natura aperte indicat.

«Fieri namque non potest, ut contractus alioquin nullos confirmetur jurejurando, nisi juxta eas conditiones, et formas, quas lex ipsa præscribit, quæ prima induxit, ut jurisjurandi ea sit vis, et potestas, ut filia renunciatrix acceptæ doti acquiescere debeat. Alias enim pactum illum non solum foret contra leges, sed etiam sine causa; evidens autem est adversus agentem ex tali pactione dandam esse doli exceptionem, quæ jure competit, quoties agitur ex stipulatione sine causa interposita, L. 2, § 3, ff. *de Dol. mal. except.*

«Quid, quod vel ipsa Bonifacii constitutio rejiciat jusjurandum vi vel dolo extortum? Quia ratione videas et illos interpretes, qui aliquid momenti in religionis vinculo constituerunt, præsumpsisse dolo jusjurandum esse extortum, si enormissima læsio intervenere. Quæ autem gravior læsio animo concipi potest, quam ubi nihil prorsus pater filiæ dederit? Quanto minus proderit jurisjurandi consideratio in iis locis, ubi vel omisso ejusdem vinculo valida est, super futura parentum Successione, filiæ renunciatio (Not. ao § 31) accepta, vel promissa dote facta. Quod nam ergo inibi firmamentum renuntiationis supponi potest abjecta ab ista stipulatione jurisjurandi auctoritate? Prorsus nullum. Nam quod Argentæus regerit, exclusionis causam in solo matrimonio esse, nec alio fini dotem esse repertam, quam ob matrimonium, in eo vehementer fallitur. Non enim dos tantum datur ad nuptias conciliandas, sed etiam, ut mulier melius à marito habeatur, commodiusque matrimonii onera sustineri possint.

«Igitur redeundum erit ad nostrum principium absque dote constitutæ, quæ hæreditariæ, portionis loco cedit; renuntiationem futuræ Successionis inutilem esse. Quæ cum ita sint, nequaquam assentiendum est iis, qui hoc casu renuncianti solam dotis petitionem superesse docent, quasi ea separatam rationem à Succes-

sione habeat. Inter quos Michalor., *de Fratr.*, P. 3, C. 12, n. 87, Seraphin., *de Juram. confirmat.*, Privil. 21, n. 29, Castilh., L. 3, *Quotid. Controv.*, C. 2, n. 69, Barry., *de Succession.*, d. T. 25, n. 2, Mev., d. T. 4, n. 66 et 68, Talden., ad Tit. Cod., *de Inut. stipul.*, n. 5. Cum contra inutilis plane renuntiatio filiæ illæsum reliquerit jus legitimarum hæreditatum, una cum cæteris liberis erciscundarum. Ita DD., pro nostra negante Sententia supra adducti.»

Em contrario o grande Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 10, § 24, referindo as mesmas opiniões oppostas, vem a seguir a que impugna e ataca Wesel., ut ibi :

«Ad formam renuntiationis accidentalem referri debet Dotatio filiæ renunciantis, C. *Quamvis*, *de Pact.*, in sexto, ibi : *Dote contenta*, ubi DD. Siquidem renunciatio etiam plane nulla accepta dote fieri potest, factaque hoc modo subsistit. Quod quamvis negent DD., in C. *Quamvis*, quorum Catalogum ac rationes refert ibi Nat., a n. 36, Gael., L. 2, Obs. 147, n. 13, Petr. Gregor. Tholos., *Lyntagm.*, L. 44, C. 12, n. 6 e 7, Anton., Fab., *de Error.*, Pragmat., Dec. 12, Err. 2, et Decad. 13, Err. 7, Bachov., ad Treutl., Vol. 4, D. 13, T. 14.»

«Rectius tamen affirmant post Imol. et Gemin. Covarr., in d. C. *Quamvis*, P. 3, § 2, n. 6, alique quos recenset, et sequitur Jo. Dauth., ibi, n. 81, Hartm. Pist., P. 4, Q. 6, a n. 24, Mev., ad Jus Lubec., P. 2, T. 1, n. 66, Giphon., *Tratado de Renunt.*, C. 2, pag. 53, Fachin., L. 3, Contr. 24, Bræul., *de Renunt.*, Caus. 4, C. 6, n. 6, Kellemb., Q. 42, n. 13 e 27.

«Quorum Sententiam quoque nostram facimus. Ratio siquidem exclusionis non in dotis numeratione, sed in juramento ponitur ad evitandum salutis æternæ dispendium, quæ etiam stringit filiam, quæ nullam dotem accepit Mev... Nec filia hoc casu læsa multo minus quasi contra, L. 2, ff. *de Jur. dot.*, dote ita careret, ac conditionem nubendi amitteret, dici potest; nam conditionem jam invenit renuntians; et quid si sponsus sola virgine sit contentus? Nec dos est de substantia nuptiarum, nec datio ejus juris naturalis aut absolutæ necessitatis, sed juris tantum positivi. Præterea dotis petitio, non obstante renuntiatione filiæ, nihilominus salva, et integra manet, nisi donandi animo renuntiaverit... Gallerat...

qui tamen juri dotem petendi, nequidem juramento accedente, renuntiari posse statuit. Non obstat C. *Quamvis*, ibi: *Dotata*. Aut enim dicendum, facti narrationem verbo isto, non juris dispositionem contineri, Kellemb., d. Q. 42, n. 43, aut ibi patri saltem imponi necessitatem dotem filiæ numerandi, non autem huic eam accipiendi, quæ beneficio huic pro se introducto renunciare potest. » A mesma opinião segue com muitos Cost., *Aquil. August.*, L. 3, C. 3, a n. 13, Pég., Tom. 6, For., C. 130, n. 79.

Nota. Tal é a variedade de opiniões e razões de cada uma. A selecção da melhor é muito arbitraria. Quanto a mim o fundamento da segunda, scilicet, que sempre fica salvo o direito de pedir o dote, é plausível, porque renunciada com juramento pela filha a legitima e futura successão, não se entende renunciado o diverso direito de exigir dote, quando este expressamente se não renuncia, Cyriac., Contr. 293, Tondut., Civ., C. 57, a n. 25, Torr., de *Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 21, nem se subentendem renunciados os precisos alimentos, e aindaque expressamente se renunciem, é nulla a renuncia, Torr., supra, a n. 12, latissime Solan., Cog. 9, a n. 196. Ora obtendo a filha, que renunciou a futura legitima, um competente dote, fica assás providenciada, porque este dote que o pae, apesar da renuncia, fica obrigado a assignar-lhe, deve ser um dote competente «secundum conditionem et facultatem patris, dignitatem sponsi, et numerum liberorum ipsius patris, Bagn., C. 12, n. 5, Cald., For., L. 1, Q. 18, n. 6, Card. de Luc., de dot., in summ., a n. 169, Stryk., de *Success. ab intest.*, Diss. 7, C. 10, § 23, Wesel., supra, a n. 45. Não é de necessidade que se proporcione a legitima, porque «licet dos in locum legitimæ succedere dicatur, id tamen comparate et respective saltém fit; quippe, quod filiæ non per modum divisionis, sed provisionis solvitur, ut proprium habeat patrimonium; proprie autem dos legitima non est, nec filia propter dotem excluditur, sed propter renuntiationem», Stryk., supra, § 26. Bem que «tenetur pater congruenter filiam dotare, etiam ultra legitimam, si ipsa legitima sufficiens non sit ad dotem congruam constituendam attenta qualitate personæ», Bagn., C. 12, n. 7, Barbos., in L. 1, P. 4, n. 11, ff. *solut. matr.* Se a filha renuncia a successão paterna, materna e fraterna, só dos bens do pae, e não da mãe ou irmãos se lhe deve assignar esse dote, Stryk., § 34. Providenciada assim a filha que renunciou, fica quasi inutil a discussão das duas opiniões, §§ 47 e 48. Só sim se a filha renunciou sem dote, e o pae falleceu intestado, tem a filha regresso a legitima, Torr., de *Pact.* L. 2, C. 14, a n. 27 e 32.

CASO II

Se o dote, em corresponsabilidade ao qual se fez a renúncia, ou se não paga em vida do pai, ou se transferiu o pagamento para depois da morte d'elle

§ 49

Eis-aqui duas causas pelas quaes cessa a renúncia, e a filha tem regresso á sua legitima. Magistralmente assim o comprova Wesel., *de Connubial. Bonor. Societ.*, P. 2, Tr. 2, C. 6, *de Successionem renuntiatione*, a n. 70, ibi:

«Oportet quoque hanc dotem non solum cautam promissamque, sed etiam ante obitum paternum vere adnumeratum esse, aliàs filia erit admittenda, perinde ac si nulla renuntiatio intervenerit. Ita Chassan... Choppin... Delommeau... Giurb... Ruremenden-ses... Adeo ut hæreditatis renuntiatio, dote in die paternæ mortis pactæ, viribus non subsistat. Reipublicæ enim interest mulieres dotari præsentì pecunia, solidumque consequi, quo maturius nubant ac liberis civitas repleatur, L. 1, ff. *Solut. matr.*, L. 18, ff. *de Reb. auctor. Jud. poss.*

«Dos itidem filiæ alimentis destinatur, a quibus suducenda mora omnisque cunctatio; quanto minus ergo dos, cujus numeratio in diem paterni obitus rejicitur, efficax fuerit ad puellæ renuntiationem firmandam, stabiliendamque? quamdiu enim pendet dotis conditio dotata filia non dicitur, L. 1, § *sub conditione*, ff. *de Collat. dot.* Itaque perinde est, nullam dotem pro dubia futuræ hæreditatis spe esse cautam, vel in tempus certæ, nuncque delatæ hæreditatis esse collatam, arg. L. 41, § 2, ff. *de Legat. 1*: Qua ratione, nihil morante præfacto pacto de conducta æris summa, patre mortuo, pensitanda, filiam in sua Successionum jura revocarunt Conscripti Patres apud Choppin... Charond... Peleum...

«Hinc de ea facti specie quæsitum est. Filia in contractu matrimonii Successioni Patris, tum vivi, renunciavit. Pater paulo post, nuptiis nondum celebratis, neque dote soluta decessit, obstatit ne illa renuntiatio quominus ea filia ad hæreditatem paternam admitti debeat? Proponit dubitanter, sed non definit hanc quæstionem *Louetius*... Negativæ Sententiæ hæc suffragatur ratio, quod post renuntiationem non amplius res sit integra, conventioque

sola efficere videatur, ut renuntiatrici filiæ non sit dandus regressus: quam opinionem tuentur Natta ad C. *Quamvis*, n. 203, Molin., *Sur les Const. d'Auvergne*, C. 12, § 37, Choppin., *ad Paris*, d., T. 5, n. 12, Barry, *de Success.*, d. T. 25, n. 43.

«Plurimorum tamen calculis placuit, nihil facere renuntiationem, quominus filia ad paterna bona admittatur. Tabulæ enim nuptiales ad tempus consummati matrimonii referri debent, ipso autem nuptiarum, et consummati matrimonii tempore delata jam erat, et acquisita patris Successio; deferendas vero solummodo, non quæsitæ hæreditates continere posse renuntiationem, traditum supra est. Pro hac sententia stant Molinæus sibi contrarius, *sur les const., de Bourbon.*, C. 25, Art. 315, Robert., *Rer. judic.*, d., C. 4, Monarc., ad L. 3, ff. *de Minor.*, et ad T. Cod. *si advers. dot.*, Brodeau, *sur Louet.*, d. Art. 18, Delommeau, au d. Art. 241, *D'Espisses*, d. T. *des Succes.*, n. 48, quod et apud Avernos constitutum est.

«Verum non displicet aliorum distinctio, ut si matrimonium secutum sit, renuntiatio firma maneat, cum pater satisfecerit officio suo, quæsitæ filiæ matrimonii conditione, et constituta dote, licet ejus solutionem præverterit præmatura, et repentina patris mors. Si vero sponsus nuptiis nuntium miserit, vel si aliquo casu per jus accadat, ne nubat filia, redeat ea ad legitimarum hæreditatum jura perinde ac si nulla renuntiatio intervenerit, Argentr., ad Cons. Brittan... Automn. ad Burdeg.» etc.

CASO III E COMPREHENSIVO DE MUITOS

Quando ha regresso ás legitimas por falta de implemento das condições,
dos modos causaes ou finais, promessas com que se obteve
a renúncia, etc.

§ 50

Regra geral: «Tollitur renuntiatio ob defectum conditionis suspensivæ utilis, quæ pactum dissolvit, et non purificata conditione, sub qua facta est renuntiatio evanescit», Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, § 130, Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 32, a n. 40. Por exemplo: «Si dissertis verbis exclusoria filiæ stipulatio concepta sit hac conditione, ut ne ad præstitutum

diem solvatur pecunia dotalis, renuntiatio futuræ Successionis irrita sit, resque redacta ad eum statum in quo foret, citra renuntiationem; eo casu certe non soluta ad diem dote, illæsa manebunt filiæ legitimarum Successionum jura, nec enim ista tam conditio est, quam conventio», Wesel., de *Connubial. bon. Societ.*, Tr. 2, C. 6, de *Successionum renuntiatione*, n. 75.

§ 51

Não assim, se sem expressa condição de ficar sem effeito a renuncia se o dote se não pagasse até certo dia, se espaca o pagamento d'elle até certo dia; passado o tempo confidenciado, sem aquella condição expressa, só ha acção para pedir a satisfação do dote, aindaque no pagamento haja mora que o pae póde purgar, e não ha acção para cessar a renuncia, e ter regresso aos bens renunciados, Wesel., supra, a n. 86, bem como «si dos renuntianti promissa stato tempore non solvatur, filia ad rescindendam renuntiationem agere non potest, sed ad id quod interest. Nam hæc dotis promissio conditionem non infert, sed saltem modum: et renuntiatio facta pro certo pretio, non sub conditione, sed sub modo, facta intelligitur», Stryk., supra, § 153.

§ 52

Da mesma fórma: «Ob implementum non secutum non ad rescissionem contractus, sed potius ad implendum illum, aut, salvò manente contractu saltem ad id quod interest agitur... Hanc Sententiam vulgo limitant, si conventio contineat causam finalem, et præcipuam, sine qua alter non fuerat contracturus, qua non secuta ad rescisionem agi posse asserunt... Sed rectius hanc limitationem rejicit Brunneman... post Cujac.», etc. Ita Stryk., supra, § 152.

§ 53

Similhantermente: «Si Legatum, aut hæreditas renuntianti promissa, illi non fuerit relicta; et si enim renuntiationem juratam filiæ hoc casu non obesse, nec eam obligare velint nonnulli, verior tamen hoc casu contraria Sententia... Nam talis causa, sive conditio inutilis est, et pro non adjecta habetur, pacto de cætero ni-

hilominus valente. Brunneman... Idem est, si sola spe hæreditatis Collateralis alicujus, aut Legati renuntiatio facta, et spes illa non secuta fuerit. Cæterum si saltem Legatum, aut fideicommissum promissum fuerit, nec in testamento tamen relictum, tunc deceptum posse agere adversus hæredes testatoris ad id præstandum, Statuit Bargal., *de Dol.*, etc. Ita Stryk., supra, § 150.

§ 54

Quanto ao modo com que se faz a renuncia, o mesmo Stryk., § 130, diz: «Diversum vero est in defectu modi, qui tanquam accidens aliquod, contractum, aut conventionem sub illo initam non resolvit, aut tollit, nec alteri parti facultatem retractandi dat, nisi quando modus ad formam ipsius conventionis, aut ad causam finalem, et sic ad substantiam ejus pertinet, quamvis in ultimis voluntatibus secus. Nam conventio sub modo inita pura est, et perfecta ac statim obligat, nec modus obligationem suspendit, aut conditionem facit».

Nota. Qual seja a disposição *condicional*, qual a *modal*, em que differem a condição e o *modo*, qual o modo *impulsivo*, qual o *final*, etc., veja-se ao proposito Torr., *de Pact. fut. Succes.*, L. 2, C. 33, aonde trata a materia com a maior profusão. Confira-se Portug., *de Donat.*, L. 1, Præ lud. 2, §§ 1 e 2, aonde tambem *non plus ultra*, e não se omitta Moraes, *de Execut.*, L. 3, C. 4 e 7, devendo-se ter em vista a geral doutrina do citado Stryk., § 130, no fim: «Quæ vero de conditione intelligi debent de ea, quæ originem et substantiam conventionis, non quæ executionem saltem ejus respicit; nam hæc obligationem non suspendit, sed puram facit, et ea demum conditio obligationem nasci impedit, quæ ad principium existendi pertinet, non quæ ad causam finalem. Hinc quando in contractibus dictum, certa conditione quid fieri, verba illa non conditionem, sed modum inferunt, ac talis contractus statim perfectus est.» E em duvida antes se presume modo, e não condição, Moraes, *de Execut.*, L. 3, C. 7, n. 8, *Signanter e ad omnia*, Cost., *Aquil. August.*, L. 3, C. 4, a n. 11. Sobre todos Retes Prælect. ad Tit. *de Verb. obl.*, P. 2, Tr. 2. Princip. 2, apud Meerman, Tom. 7, a pag. 431.

CASO IV

Regresso aos bens renunciados, por fallecerem primeiro as pessoas em cuja primaria contemplação se fez a renúncia

§ 55

É regra geral estabelecida com muitos DD. por Peg. 6, For., C. 130, a n. 33, que «quando renuntiatio est personalis, si personæ contemplatæ deficiunt, patre superstite, qui postmodum intestatus decedat, renuntians ei succedit, quasi cesset tunc causa, per quam se ipsum proprio excluserat pacto. Renuntiatio enim non trahitur ad jus de novo superveniens. Et deficientibus personis contemplatis, revertuntur bona ad renuntiantem, quasi ex nova Successione». Conf. Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, sub § 118.

§ 56

«Ponamus filiam in gratiam omnium liberorum renuntiasse; fato functis omnibus ante patrem, restituitur ex suis Legibus adeundæ parentum hæreditatis, Covarruv... Marant... Argent... Gomez... Seraphin... Bordeau... D'Espeisses... Mev... Rudemundens... Non enim verosimile est, patrem, qui filiam adegit ad renuntiandum, ei tam male affectum fuisse, ut eandem vel aliis cognatis postpositam voluerit, Covarruv... Vasq... Gomez... Charond... Faber... Cancer... D'Espeisses... Si verò pater istius renuntiationis commodum pro se, suisque Successoribus quibuscumque stipulatus fuerit, jam nullus præsumptioni locus relinquitur; nec proinde dubitationi quin non solum pro filiabus, sicut et masculis, sed etiam pro extraneis hæredibus stipulatus videatur, cum hæredum appellatione etiam extranei contineantur, L. 11, Cod. *de hæred. instit.*, Chassan... Faber... Automne... Kellenb... D'Espeisses, » etc. Ita Wesel. *de Connub. Bonor. Societ.*, Tr. 2, C. 6, *de Successionum renuntiatione*, n. 101, 102 e 103, Stryk., sub § 92, Conf. Peg., Tom. 6, For., C. 130, n. 38. Quando porém a renúncia é só em favor ao primogenito da casa, morto este em vida do pae, é a filha admittida á herança do pae com os mais irmãos, ou se o primogenito for desherdado, Wesel., d. C. 6, n. 88 e 89 (conferindo porém o dote Wesel., n. 90) ou se o primogenito não foi herdeiro do pae, Wesel., n. 98.

§ 57

«Si vèro pater præmoriatur filiæ renuntianti, ac cæteris, nemo dubitat, quin per fratres excludatur, adeo ut perpetuo exclusa remaneat; etiam quando patre defuncto subsequatur mors aliorum, quasi mortuo parente, relictis aliis filiis, omnis spes ejus, quam renuntiavit, extinguitur.» Ita Peg., Tom. 6, For., C. 130, n. 37, Wesel., supra, n. 90.

Nota. Supposto que Peg., Tom. 6, For., C. 130, n. 36, diz com Cutel., *de Donat.*, que se a renuncia for feita em correspectividade de de dote recebido, aindaque morram as pessoas contempladas, não cessa a tal renuncia; comtudo o contrario e mais solidamente diz Stryk., d. Dis. 8, C. 10, § 124, limitando-se só: «Nisi renuntiatio simpliciter, et verbis perpetuam exclusionem manifeste inferentibus facta fuerit» (veja-se a nota ao § 58). «Et quantumcumque concurrant clausulæ renuntiationis realitatem præse ferentes, si tamen expresse vel tacite incertæ legantur vel certæ personæ, vel certæ causæ renuntiationis, sed ad certum tempus duraturæ; tunc realitas non est perpetua quoad usque personæ vel causæ duraverint, Harprectr., Disp. 73, a n. 136, Rocc., *Select.*, C. 5.

§ 58

Se a renuncia da filha é feita em contemplação do filho mais velho, ou dos filhos varões, morrendo estes em vida do pae, tem a filha regresso ás legitimas renunciadas, menos que d'elles não fiquem filhos, e a menos que a renuncia não seja, pela energia das suas palavras, prejudicial á renunciante e seus filhos, e totalmente extinctiva de todo o futuro direito e regresso, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 10, a § 118, Wesel., supra, a n. 81. Sendo feita a favor dos irmãos varões, morto um d'elles sem filhos, acresce a porção da renunciante aos vivos, e não entra no lugar do morto, Stryk., supra, §§ 94 e 120, Wesel., supra, n. 85. E está *in pendenti* o regresso da filha até que morram todos os varões, e extinctos todos têm então regresso ás legitimas renunciadas, como com Fabr., Covarruv., Michalor., *de Fratr.*, Andreol., Fontanell., Tuldén., e outros, o citado Wesel., n. 86 e 87, Stryk., supra, § 95, e entretanto a filha renunciante transmite a seus

herdeiros esta esperança do regresso, no caso da morte dos contemplados, Stryk., d. § 95.

Nota 1.ª O primogenito que sobrevive ao pae, em favor do qual se faz a renuncia, se for herdeiro do pae, e na partilha ficar com a legitima da irmã renunciante, deve n'ella conferir o dote, que a mesma recebeu, quando em favor d'elle fez a renuncia, como com Coquill... Chopin... Charoud... Mainard., etc., o citado Wesel., n. 107. Assim como a mesma filha, quando por falta do unico contemplado morto em vida do pae, vem á partilha, Wesel., supra, n. 90, o que ainda mais convence de erro a opinião de Peg., referida na nota ao § 57.

Nota 2.ª Se o primogenito em cuja estricta contemplação a irmã renunciou a sua legitima, morre sem filhos depois do pae, e depois de adquirir a legitima renunciada em seu favor pela irmã, não pôde legá-la a terceiro em testamento, Wesel., n. 93, nem doa-lo entre vivos sem necessaria causa de meritos do donatario, Wesel., n. 94. Se a vendeu, e com o preço comprou outros bens, ficam estes subrogados Wesel., n. 96. Se vendeu com lesão, tem a irmã renunciante acção de lesão, Wesel., n. 95, et ad omnia Stryk., d. § 95.

§ 59

Se a renuncia feita em favor de qualquer dos irmãos aproveita aos mais não contemplados n'ella? Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 11, propõe esta questão; refere razões e DD. por uma e outra parte, e no n. 22 distingue que se a irmã abdicou de si a herança e logo a renunciou em favor de um irmão, morto este, não se amplia a favor dos mais: se a renuncia foi *abdicativa* simples *ad nullius favorem interposita: ut extinctiva*, aindaque está em favor de um irmão; n'estes casos se communica aos mais: mas não aos de outro matrimonio, Torr., supra, C. 12, tot; nem aos naturaes, ainda legitimados por rescripto, filhos dos irmãos, Stryk., d. Diss. 8, C. 10, a § 89.

Nota. Quando a renuncia se diga *abdicativa*, *translativa*, ou *extinctiva*, veja-se Peg., Tom. 6, For., Cap. 130, a n. 21, aonde transcreve o Card. de Luc., *de Renuntiati.*, Disc. 1.

§ 60

Na mesma questão (§ 59) o mesmo Stryk., § 88 se expende assim: «Quid vero, si renuntiatio non ipsi patri, sed uni fratrum

de hæreditate patris, eo consentiente facta? Et hæc reliquis etiam proderit, nisi specialiter in gratiam hujus solius facta sit. . . nam pars renunciata non accrescit personæ, sed portioni, id est, toti hæreditati, et per juramentum omnibus jus quæritur, etiam absentibus. Talis tamen renunciatio ultra fratres, et eorum descendentes ad collaterales non extenditur.» No § 92: «De his collateralibus sciendum, renuntiationem ipsis tunc prodesse ad excludendam filiam, si illa in renuntiatione sua id vel specialiter expressit, vel conjectura probabilis adsit, puta si simpliciter renunciavit, vel in favorem familiæ, fratribus non extantibus, et pater pro se, ac hæredibus suis renuntiationem recepit.»

Nota. Na variedade d'estas opiniões (§§ 59 e 60) eu não seguiria a de Torres; porque essas palavras technicas *abdicatoria*, *translativa*, *extinctiva*, com que o Card. de Luca, Torre e Pegas. fazem varias distincções, são palavras que não entendem nem seus effeitos as partes, os notarios e nem ainda muitos juristas. Eu seguiria uma simplicidade natural. Se a renuncia fosse feita *specialiter in gratiam unius solius fratris*, por alguma particular predilecção da irmã renunciante, por serviços e obsequio de que ella natural e antidoralmente lhe fosse crédora, etc., eu restringiria só a esse irmão a renuncia e morto elle sem filhos, concederia o regresso á renunciante, ou seus herdeiros, excluidos os mais irmãos; a menos que a renuncia não fosse concebida em palavras sem equivoco algum, aptas a excluir-se em todo o caso que acontecesse, eu sigo a regra do stricto e inampliavel de taes renunciias.

CASO V

Quando na renuncia interveiu dolo

§ 61

«Tollitur renunciatio, etiam juramento roborata, si dolo malo ex proposito quoad substantialia promissionis fuerit elicitæ, adeoque dolus causam renuntiationi dederit. . . Dolus siquidem verum consensum impedit, ut proinde ob defectum illius, nec in ordine ad deum, nec ad hominem obligatio ex tali juramento oriatur, sed potius ipso jure nulla sit promissio. De errore renuntiantis circa substantiam vel causam promissionis, idem, quod de dolo dictum obtinet; nec ob defectum consensus juramentum tale filiam stringit.» Ita Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 10, § 128.

tal dolo porém, tal erro, não se presumem, sem que se provem, Stryk., supra, § 129, e quando por principios geraes se presume o dolo veja-se Altim., *de Nullit.*, Tom. 3, Q. 11. Veja-se largamente Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 59.

Nota. Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 28, segue o mesmo, mas adverte com Kellenb. e outros DD., que no pae não é facil presumir-se dolo, aliter nos irmãos e consanguineos. No n. 9, com Pist., Jul. Capon., *de Pact.*, e Gallerat. diz, que n'este caso não é necessaria absolvição do juramento, e que só por cautela se deve impetrar. Adverte porém Stryk., § 129, no fim, que «etsi initio dolo, aut errore renuntiatio facta sit si postea à renuntiante denno ratificetur, ac si vitium remissione decepti, seu ejus, cujus interest, purgetur». Mas para se dar uma ratificação, que revalide o acto nullo, é preciso se verifiquem as circumstancias, de quib. Peg., 1, For., C. 5, pag. 439, Moraes, *de Execut.*, L. 5, C. 5, a n. 34, Conciol., For., Alleg. 60, a n. 22.

CASO VI

Quando para a renuncia intervein violencia e medo, persuasões, etc.

§ 62

É principio certo que a renuncia é nulla quando extorquida por incussão de medo, quando por assiduas e sollicitas persuasões, quando por blandicias fraudulentas e dolosas, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 10, §§ 125, 126 e 127, Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 27. Não basta porém o medo reverencial, sem intervirem ameaças e pancadas, ou lesão, e que se provem, porque aliás se não presumem, Wesel., *de Connub. bonnor. Societ.*, Tr. 2, C. 6, n. 26, Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 27; se aqui é necessaria absolvição do juramento, é opinativo, como se vê em Torr., n. 55 e seguintes; mas segue que provado o medo não é necessaria a absolvição do juramento *ad effectum agendi in judicio*. E sem duvida quando a filha é accionada não precisa de relaxação do juramento para oppor a excepção do pacto invalido por causa da violencia e do medo, Stryk., d. § 125, in fine, ad omnia Alv. a Cost., in *Aquil. August.*, L. 3, C. 6, Tot., omnino videndus Capon., *de Pact.*, Q. 58.

Geralmente, como se prova o medo justo para rescindir ou annullar os contratos, vejã-se os DD., com os quaes Altim., *de Nullit.*, Tom. 3, Q. 14, ubi non plus ultra, signanter Capon., supra; porém raro será o caso em que entre a disputa da nullidade da renuncia por causa de medo, porque communmente taesrenuncias se fazem em capitulos matrimoniaes, precedendo tratados em presença dos esposos, paes e amigos, Joan. Alv. a Cost., *Aquil. August.*, L. 3, C. 6, a n. 10; só sim se um pae emancipar o filho ou filha para d'elle obter uma tal renuncia na fórma que fica advertido na nota ao § 33, poderá entrar em questão.

CASO VII

Se é nulla a renuncia jurada, se ha regresso ás legitimas renunciadas só porque a filha renunciante não foi cerciorada das faculdades do pae, respectiva congruencia do dote, e dos futuros afeitos da mesma renuncia

§ 63

Esta questão é gravissima e tem urgentissimas razões por uma e outra parte, maxime quando o renunciante é mulher e menor, o grande Stryk. *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, § 36, defende a validade sem essa cercioração; seu benefico filho João Samuel Stryk., no Vol. 12, Disp. 15, *De Certioratione Jurium renuntiandorum*, C. 3, a n. 60, defende a nullidade, Torr. *de Pact., futur. Success.*, L. 2, C. 30, propondo ex professo a mesma questão, refere em grandes numeros os DD. que seguem as duas opiniões oppostas, e as respectivas razões d'ellas. Por fim vem a seguir a primeira opinião, que sustenta a validade da renuncia dos bens futuros, e só requer cercioração quando a filha renuncia alguma herança já deferida, e cuja importancia ella poderia ignorar.

CASO VIII

Se é nulla a renuncia e ha regresso á herança renunciada se não interveiu insinuação

§ 64

Que a renuncia da futura successão paterna vale sem insinuação, assentam os DD., com os quaes Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, § 38, e Torr., *de Pact. futur. Succession.*, L. 2, C. 31, tot. A razão que dá Stryk. é esta: «Quia renuntiatio

non est proprie donatio nec hæreditas nondum quæsitæ in bonis nostris computatur; et licet vera donatio esset, quod tamen negatur, insinuari tamen minime deberet per tradita D. Brunneman. ad L. 23, ff. *de Donat.*, n. 6, nisi lege municipali aliter caveatur.» A razão que dá Torr., supra, n. 36, é esta: «Quia ibi agitur de jure quærendo nondum delato, et incerto, quod potest obvenire, et non obvenire renuntianti. Pendet enim à futuro eventu, quod filia supervivat personæ, de cujus bonis agitur ac ex voluntate tertii, cujus bona sperantur. Propterea, cum hujusmodi spes vana dicatur, nec sit in bonis nostris, renuntiatio tanquam quidem incertum, insinuationem non requirit.» Um e outro citam por esta resolução muitos e graves DD.

Quid verò na renuncia ou cessão da herança já deferida? Veja-se com distincção de casos a minha especial dissertação sobre as insinuações.

CASO IX

Se é nulla a renuncia jurada feita por menor de vinte e cinco annos em intervenção de curador e decreto judicial; e em consequencia se tem ou não regresso á herança renunciada

§ 65

Que a filha pubere póde renunciar a futura successão do pae com juramento, aindaque seja menor de vinte e cinco annos, sem necessidade de intervenção de curador e decreto judicial, o demonstrou largamente Stryk., *de Succession. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, §§ 44, 45 e 47. Nem aqui ha o beneficio de restituição, Cost., *Aquil. August.*, L. 3, C. 5, tot., Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 32, a n. 10, Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 57. Conf. Guerreir., Tr. 3, L. 5, C. 11, n. 237, Wesel., *de Connub. bon Societ.*, Tr. 2, C. 6, n. 63.

Nota. Bem como a menor se não restitue contra o pacto dotal quando renunciou a communhão universal, em vista de algum dote ou arrhas constituídas pelo marido, Peg., Tom. 7, ad Ord., L. 1, T. 87, § 19, n. 12.

CASO X

Se se revoga pelo nascimento dos filhos da renunciante,
e se em consequência ha regresso

§ 66

Resolutivamente respondo que não: Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, § 146, aonde expõe bellissimas razões, Cost., *Aquil. August.*, L. 3, C. 7, Peg., Tom. 6, For. C. 130, n. 75. Porém Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 29, distingue assim no n. 9: «Aut agimus de puella renuntiante ob dotem sibi traditam, vel promissam, ut plerumque fieri solet, ut eo casu est verior opinio contraria, scilicet, quod per nativitatem posthumi non rescindatur renuntiatio, et per consequens non habeat locum dispositio, d. L. *si unquam*», etc. Confira-se Jul. Capon., *de Pact.*, Q. 56.

§ 67

«Si vero (continua Torr., a n. 28) de renuntiatione agitur, quæ non sit inita a puella ob dotem datam; sed vel a masculino, vel a fœmina, nulla habita consideratione ad nuptias contrahendas, est distinguendum: An renuntiatio gratis facta sit nullo recepto in excambium, vel sit inita aliquo recepto. Hoc secundo casu absque dubitatione tenendum est renuntiatione subsistere, etiam si liberi nascantur renuntianti.

«Primo vero casu, ubi agitur de renuntiatione gratis interposita et non causa matrimonii contrahendi, quæstio habet undique suas difficultates.» (*)

(*) Apesar das difficuldades que expõe e a que responde, vem a assentar com muitos DD., no n. 39, «per supervenientiam liberorum revocari renuntiationes futuræ Successionis; dummodo in actu renuntiationis non sit cogitatum de filiis, nec sermo de renuntiatione facta ob causam... Hæc opinio mihi videtur verior», etc.

CASO XI

Se pela lesão enormíssima, e com ella pelo beneficio da restituição
se pôde annullar a renúncia e haver depois regresso
às heranças renunciadas

§ 68

Esta questão é das mais espinhosas, que ha na materia sujeita. O grande Strykio, que se propoz trata-la ex professo na obra *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 10, desde o § 137, depois de sujeitar com uma opinião esta renúncia á lesão enormíssima, sustenta a contraria opinião, que aqui exclue toda a lesão desde o § 135, e sustenta a sua mesma opinião (e de outros) com nove fundamentos, respondendo aos contrarios, desde o § 137, limitando-a sómente no § 136, *nisi cum læsione aliæ circumstantiæ concurrant*. E isto seja ou não menor a filha que renunciou. Tratando tambem a mesma questão ex professo Wesel., *de Connub. Bonor. Societ.*, Tr. 2, C. 6, *De Pacticia futurarum Successionum renuntiatione*, elle desde o n. 60, se expende assim em breves palavras, ut ibi :

«Ex præcedentibus liquet nec læsionem filiæ in dote data attendi posse, sola incertitudinis ac dubii eventus, consideratione. Constat namque pactiones omnes quæcumque tam jacturæ quam lucri incertitudinem continent, firmissimo jure valere, nec ullo læsionis prætextu impugnari posse, L. 2, L. 8, Cod. *de Rescind. vend.*, L. 12, Cod. *de Inoffic. testam.* Quemadmodum enim post constitutæ dotis solutionem, accessio ad parentum patrimonium fieri potest, ita e contra multa contingere possunt, quæ paternas divitas, et facultates aut diminuant, aut in totum evertant. *Quæ sunt divitiæ, quas non egestas, et fames, et mendicitas a tergo sequatur?* inquit Senec., *de Tranquillit. anim.*, C. 12, *Ludit de suis Fortuna muneribus, et quæ dedit, aufert, et quæ abstulit, reddit.* Idem Senec., L. 5, Contr. 1. Jam autem jure constitutum est, ut si post factam renuntiationem facultatibus labatur parens, nihil omnino ejus, quod dotis nomine accepit filia restituere necesse habeat, L. ul., ff. *de Dot. Collat.*, L. 4, Cod. *de Collat.* (Conf. Ord., L. 4, T. 97, §§ 3 et 4). Itaque injuste petet filia id, cujus contrarium non sit postulatura.»

O nosso grande senador João Alves da Costa, na sua *Aquila Augusta*, L. 3, C. 3, a n. 4, sustentou magistralmente a mesma opinião, ut ibi :

«Generale vero est circa jns sic remotum, à futuroque pendens eventu læsionem non esse, Menoch... Seacc... Barbos... Cyriac... Noguerol... Pantell... Mant... Olea... Valéron... Leonard... Fagnan... Multa enim possunt accidere, ut paternæ divitiæ vel minuantur, aut in totum evertantur, imò et Regna amittuntur. *Quid non timendum felicibus putas?* interrogat Senec., L. 4, Contr. 1, multa ad intentum considerans, L. 2, Contr. 1, et L. 5, Contr. 1. Mutantur Vices felicitatis humanæ, luditque de suis Fortuna muneribus. Ille Cressus inter Reges opulentissimus ad tormenta post tergum vinctis manibus ductus est. His, et aliis, in renuntiationibus Successionum paternarum nullam læsionem adesse probat Galliæ famigeratus Robert., L. 2, *Rer. judicat.*, C. 4, idemque statuunt Castilh., Molin., *de Primog.*... Pancirolla... Cancer... Mantic., *de Tacit.*... Amat., *Var.*... Anton. Faber... Ramon... Fontanell. Ponte... Cutell., *de Donat.*... Noguerol... Barbos... Ciarlin... Quod indubium est, quando congrua dote filia fuit collocata.»

«Fateor tamen aliquos esse qui in renuntiatione Successione læsionem admittunt. Sed ipsi non loquuntur quando omnia supra considerata concurrunt et præterea moventur ratione, quæ sane in nostris terminis cessat; nam ideo dicunt illi, læsioni subjaci similes renuntiationes, quia ultra renuntiantium sit mentem præsumptam, in tantæ postea repertæ hæreditatis abdicationem venire voluisse. Nos vero non versamur circa præsumptionem mentis renuntiantium ignotam Successionem... Quando autem certa, et deliberata scientia similis fit renuntiatio, excluditur læsio etiam ab adversariæ opinionis sectatoribus. Acharran... Pestor... Galletrat., *de Renuntiat.*... Botiler... Torr., *de Pact.*... Cum enim prædictæ renuntiationes in favorem etiam proximorum translationis facta essent, vim donationis censentur habere», etc.

§ 69

Acrescenta o mesmo senador Costa desde o n. 12, «que conveniendo in hisce renuntiationibus læsionem dari posse: de facto

tamen nullam dari cum utriusque opinionis DD., resolvimus. Tunc enim læsionem admittunt, quando dos neque congrua, neque competens est, ita ut juxta congruentiam dotis, et non ullo respectu ad bona renuntiata computanda sit prædicta læsio in opinione eam admittentium, Michal. *de Fratr.*, P. 3, C. 12, n. 90, Amat., L. 13, Res. 23, n. 3. Non enim læsas mulieres, competentes habentes dotationes jura volunt neque utilitati publicæ necessarium judicandum magnas opes mulieres habere. Lycurgum dotium opulentiam rejicisse tradit Alian. . . Aristotel. . . reprehendit Lacedæmonios, qui dotibus magnis filias locupletarent. Solon Athenis magnas, et opulentas prohibuit, Plutarch in Solon. . . Romæ Voconia lege vetebatur, nequis mulierem, etsi ea filia esset supra quadrantem faceret hæredem Cicer. . . apudque plures Nationes uxores sine ulis dotibus accepiebantur, ut erudite ostendit Amay», etc.

§ 70

«Tota igitur erit investigatio circa congruentiam Dotium. . . Cum alioquin sufficeret solitas fuisse quantitates pollicitas, ut læsio nulla esset, Cuman. . . Mantic. . . Fontanel. . . Noguerol. . . Neque autem ex adverso probatur, aut probabitur incongruas, minusque competentes illas fuisse dotes, quas tamen in dubio congruas judicandas dicunt ipsius læsionis defensores, Merlin. . . Thesaur. . . Fontanell. Giurb. . . Botiler. . . Noguerol. . . Quod maxime tunc affirmant, quando, ut in casu nostro, dotatae filiae in Patrum manibus renuntiarunt, ut amplius de læsione non sit tunc tractandum ex amore, quo majorem nullum agnoscunt jura, Merlm., *de Legitim.* . . Torr., *de Pact.* . . Noguerol. . . Tiraquell. . . Ramon. . . et apud omnes observatum ait Argentræus ad Consuetud. Britan. . . Potest enim Pater dotem minorem legitimæ dare Hodiern. . . vel maiorem Cyriac. . . quin ad Supplementum actio detur, Peregrin. . .», etc.

§ 71

O tratadista Torr., *de Pact. Futur. Success.*, L. 2, C. 26, profundou mais altamente a questão com as opiniões de todos os escriptores até o seu tempo. Elle no n. 2 refere os DD. que seguiram a opinião negativa (de qua §§ 67, 68, 69), e os fundamentos d'ella até o n. 28. Desde o n. 29 referem os DD. que seguiram a

affirmativa e os fundamentos d'ella á qual accede no n. 35, proseguindo, desde os n. 36 até 48, a ponderar varios fundamentos confirmantes da opinião affirmativa, que segue.

§ 72

Assentado Torr., a n. 49, que na renuncia jurada só se attende uma lesão enormissima, bem que desde o n. 79 faz differença entre o menor, e o maior lesos; áquelle concede a enorme, maximè se a renuncia foi a favor do pae em que se presume medo reverencial; ao maior a enormissima aindaque a renuncia fosse jurada, e com esta distincção, apesar das opiniões contrarias passa desde o n. 86 até 98.

§ 73

Desde o n. 57 suscita a questão: Se para regular a lesão se devem olhar as faculdades do pae ao tempo da renuncia, se ao tempo da morte. Aqui carreteou as varias opiniões e seus respectivos fundamentos. Não omittiu a distincção, que alguns fizeram da renuncia com relação ao dote ou com relação á legitima. Porém confundida ainda esta distincção seguiu e firmou no § 72 que ou a renuncia jurada fosse com respeito ao dote ou a futura legitima; se deve regular a lesão pelas faculdades do pae no tempo da renuncia, no que concordam o já transcripto Weselio (§ 67) e Stryk., supra, d. Diss. 8, C. 10, sub § 142, com muitos DD.: «Nec tollunt renuntiationem auctæ postea patris facultates, ob quas renuntiatio filiæ non rescinditur; sed nec ad Supplementum actio illi conceditur». Ita cum Covarruv... Dauth... Boer... Hillig. ad Donnell... Kellenb... Zoez... Fabr... Ziegl... Mev... Pistor... Carpzov. et aliis. Stryk., supra, § 147.

§ 74

Prosegue o mesmo Torr., a n. 105, propondo a questão: «An renuntiationes factæ à puellis ob dotem valeant rescindi prætextu læsionis enormissimæ?» Desde o n. 106 refere os DD. que seguem a affirmativa, e estofa os seus fundamentos. Desde o n. 112 a contraria e suas razões. Elle no n. 117 concilia uma e outra opinião assim:

«Vel sumus in renuntiatione facta a puellis in manibus patris hæreditate, et Successione ipsius patris tantum ob dotem datam vel promissam; et hoc casu arbitror non esse de læsione in ipsa dote tractandum, quamquam dos fuerit de legitima minor, vel in medietate, vel in triplo, etc.» (Com o que se comprova a opinião do senador Costa, §§ 67 e 68, e Torr. exhibe as mesmas e outras msis razões por esta opinião.)

§ 75

Porém o mesmo Torr. desde o n. 124 a limita assim: «Prædicta tamen sunt intelligenda cum grano salis, videlicet, si filia viro condigno fuit nupta et diviti secundum qualitatem, et conditionem ejusdem; et sic ubi non constat patrem malitiose se gessisse, et tam parvam dotem dedisse filiæ, ut omnino esset incongrua, et non convenientia puellis ejusdem qualitatis; vel ob illius fædam avaritiam; vel ad meliorandam alteram filiam eamdemmet filiam renuntiantem collocasset apud virum vilioris conditionis».

«Si autem aliter vel per manifestas probationes, vel per urgentes conjecturas apparet, scilicet, parvitatem dotis provenisse a malitia paterna, nempe ne se a divitiis spoliaret, vel magnam constitueret dotem alteri filiæ, et sic collocasset filiam renuntiantem apud maritum ei imparem; eo casu certum est quod renuntiatione non obstante, poterit renuntians habere regressum ad bona paterna, ac si renuntiatio interposita non esset.

«Stat igitur omnis difficultas, an congrue sit dotati et vero condigno nupta, nec nè; primo casu non est ab opinione primo loco allata discendendum; quod renuntiationes juratæ non possint rescindi à fæmellis dotatis, etiam attentæ læsione; dummodo non sit adeo excessiva læsio, per quam dolus manifeste deprehendatur in patre. Secundo vero casu annullari valeant. Imo prepenis DD. allegationibus in materia apparet hanc distinctionem fuisse ab omnibus approbatam; nam plerique de congrua dotatione mentionem faciunt, potius quam læsione, dum asserunt, quod ubi mulier est congruenter dotata, renuntiatio non possit rescindi prætextu læsionis, etiamsi dos minor sit quam legitima. Non vero procedit conclusio quando apparet de dotis incongruitate... Et in specie DD.; qui magis enixe defendunt læsionem non esse attendendam in renuntiatione jurata, nihilominus conveniunt hac dis-

inctione, quod si constat de incongrua dotatione, et quod filia non sit vero condigno nupta, rescindatur renuntiatio.»

§ 76

Ainda o mesmo Torr., depois de varias opiniões, faz no n. 153 esta distincção: «Ego tamen existimo, quod prædicta jura procedant, ubi tractatur de renuntiatione facta a masculino, qui si in sua legitima potest renuntiationem annullare. Quando vero sumus in fœmina renuntiante, neque ratione legitimæ, nec totius Successionis est calculanda læsio, sed tantum est inspicienda ipsa dos ejusque congruentia; ita ut licet mulier respectu legitimæ portionis posset dici enormissime læsa; si tamen respectu congruæ dotis enormissima læsio non intervenerit, valet omnino renuntiatio (coincide a opinião de Costa, transcripto nos §§ 68 e 69).

§ 77

Se porém a filha foi dotada com bens do pae, e relativamente a elles, a qualidade de sua pessoa e do esposo renunciou não só a herança do pae, mas da mãe, irmãos, etc. n'este caso, e quanto a mim com razão, assentam graves DD., que apesar de tal ampla renuncia pôde depois aspirar a essas outras heranças, queixando-se, relativamente a ellas, enormissimamente lesa, como com muitos DD. o mesmo Torr. n. 110 ibi:

«Eo magis supradicta conclusio procedit in casu quo non solum fœmina renuntians fuerit læsa, ultra dimidiam, sed etiam in totum fuerit læsa; ut v. g. mulier quæ fuit dotata de bonis paternis tantum renuntiat non solum Successioni ipsius patris, sed hæreditatis matris, avi, avunculi, etc.; eo enim casu, cum nihil sit consequuta de bonis maternis avitis, et aliis in renuntiatione expressis, vere dicitur læsa in totum; propterea, renuntiatione non obstante, ad renuntiationem maternam, avitam et erit admittenda... Satis impium et iniquum est quod filia pro una dote recepta renuntiet pluribus hæreditatibus... non solum jure Civili sancitum est sed etiam omnium DD. consensu firmatum, non excludi filiam renuntiationis pacto nisi a Successione ejus, qui de suis facultatibus dotem dederit... hoc est de mente omnium in legali scientia peritorum.»

Nota. Esta doutrina porém não parece tão solida como se inculca. Porque Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 8, C. 10, § 34, mostra que o dote se deve constituir só dos bens do pae e não da mãe, avós, tios e irmãos, cujas futuras heranças também se renunciavam, e a cujas pessoas era livre preterir a renunciante. E se elles não eram obrigados dotar, e podiam preterir a renunciante, sendo muito eventual a successão *ab intestato* a elles, é bem consequente que a lesão no dote se não deve regular com respeito ás successões d'elles, comprehendidas na renunciação.

§ 78

Admittida em alguns dos ditos casos a lesão, se ella é enorme, procede o libello com a alternativa da Ord., L. 54, T. 13; e se é enormissima, procede pela total nullidade, ex Stryk., supra, a § 140, Torr., a n. 169.

Sobre a mesma questão, alem dos DD. citados, se podem ver os que remissivamente cita Peg., Tom. 6, For., Cap. 130, n. 81.

CASO XII

Morrendo a filha renunciante em vida do pae, se os netos filhos d'ella têm regresso á herança do avô sem lhe obstar a renuncia da mãe

§ 79

Esta questão é também das mais graves e opinativas. O nosso Peg., Tom. 6, For., C. 130, a n. 83, propoz opiniões conforme as quaes a renuncia da mãe, morta ella antes do pae, não prejudica aos netos, aindaque a mãe renunciasse em correspectividade de dote recebido; aindaque renunciasse por si e seus herdeiros, e que podem os netos aspirar á successão do avô. Concorde e com muitos mais DD. Guerreiro, Trat. 2, L. 1, C. 10, n. 46. Porém o mesmo Peg., desde n. 96, cumula os DD. da opinião contraria, maximè quando a filha renunciante foi dotada, e sem duvida se a filha renunciante sobreviveu ao pae, até o n. 109. Concorde com muitos DD. o senador João Alves da Costa, *Aquil. August.*, L. 3, C. 7, a n. 26; com outros muitos segue esta segunda opinião Wesel., *de Conn. bon. Soc.*, Tr. 2, C. 6, n. 134. Por esta opinião refere muitos DD. e decisões Harprectr., Disp. 74, a n. 53.

§ 80

Se a filha sobreviveu ao pae, sem duvida prejudica a sua renuncia aos filhos d'ella, Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, a § 72, Wesel., *de Connub. bon. Societ.*, Trat. 2, C. 6, n. 144. Se porém a filha morreu em vida do pae, aqui entra variedade de opiniões. Que n'este caso a renuncia da filha não obsta aos netos para que aspirem á herança do avô, o prova com muitos e graves DD. o mesmo Stryk., no § 76. Porém no § 77 outros. N'esta variedade elle, no § 78, segue o partido a favor dos netos, ainda mesmo que a mãe renunciasse satisfeita com dote. Se porém a mãe renunciou por si e seus herdeiros, delibera Stryk., no § 79, com varias distincções, ut ibi:

«Quid vero si filia expresse *pro se et hæredibus suis* renuntiavit; an ne tunc liberi ex ea nati, si vivo patre decesserit, a Successione avi excludantur, ita ut conditione per mortem avi existente matris factum, abstentionem scilicet præstare teneantur? Ita quidem vult Kelenb... Sed negativam communiter tenent DD. quos allegat Berlich... quam etiam post Fabr... et Pistor... amplectitur Carpzov... quia renuntiatio matris pro hæredibus in eundem casum, et sub eadem conditione facta intelligitur, sub qua ipsa renuntiavit; ea itaque viva matre non existente, non potuit obligatio ad hæredes descendere, Marant...

«Cæterum affirmativam Sententiam Carpzov. et Fab. admittunt eo casu, si mater liberorum jus nominatim in stipulationem deduxerit, et remiserit, expresse ita paciscendo liberos suos Successionem avi nunquam petituros; tunc siquidem liberi si matris suæ hæredes facti fuerint, renuntiationi maternæ stare, ejusque factum præstare tenentur. Illi autem liberi, qui a matris Successione abstinerunt, aut aliàs exclusi fuerunt, renuntiatione matris taliter facta non obligantur, sed ad Successionem avi, ea non obstante, admittuntur. Priori tamen casu adhuc distinguendum est, matris renuntiatio valida sit, an non. Nam in renuntiatione valida decisio antea proposita recte se habet; in invalida autem ac de jure nulla non procedit», etc.

§ 81

Ainda no § 83 questiona Stryk.: «Sed quid juris hoc casu in hæreditate Collateralium, si filia et his simul renuntiaverit; an et

tunc, si filia ante istos, v. g. fratres, sorores decesserit, liberi ejus ad horum Successionem admittentur? Affirmat ob eandem rationem Anton. Fab., in Cod., L. 2, T. 3, Def. 1, ubi ampliatur, etsi liberi hi matris hæredes facti fuerint, et Kellenb., Q. 33, a n. 53, qui hanc opinionem eo casu propugnat, si hi descendentes matris suæ Successioni ipsi renuntiaverint.

«Cæterum dissentit. Dn. Herold... Nam representatio hæc, ab illa, quæ in descendantibus obtinet, longe differt, nec ultra fratrum filios extenditur. Unde nec cum fratribus defuncti ad querelam inofficiosi fratrum liberi admittuntur, quæ nec ipsis competit, quamvis soli sint... Insuper, cum hæreditas Collateralium non simpliciter, sed tantum secundum quid debeat, fraterque sororem, et vice versa tam expresse, quam nuda præteritione excludere queat; renuntiatio autem quoad recipientem etiam vim ultimæ voluntatis obtineat; inde merito filiæ renuntiatio liberis ex illa descendantibus nocebit, etiamsi illa ante fratrem intestatum (nam si testatus moriatur, res plane dubio caret) decedat.» Confirma-se o senador Costa, na *Aquil. August.*, L. 3, C. 7, n. 28.

§ 82

Passemos ao tratadista Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, Cap. 24. Elle desde o n. 4, firma por certa a conclusão, que sobrevivendo a mãe renunciante ao pae, e sendo os filhos herdeiros d'ella, a sua renuncia lhes prejudica. Mas n'este mesmo caso, se os filhos não são herdeiros da mãe, e pelas proprias pessoas querem aspirar á successão do avô, distingue tres casos: 1.º, quando os filhos da renunciante pretendem a successão do avô juntamente com seus tios; 2.º, quando concorrem á successão do avô com outros netos do filho morto antes d'elle; 3.º, quando morre o pae, em cujo favor a filha renunciou, sem outros descendentes de filhos predefunctos; mas só a filha que renunciou e filhos d'esta, e outros collateraes.

§ 83

«Primo casu (continua Torr.) quando cum avunculis ad Successionem avi venire volunt nepotes ex filiâ, certum est de consensu omnium DD., quod non admittuntur. Nam superexistencia matris

renuntiantis eis obest» (o que assim comprova n. 5 e 6, com muitos e graves DD.)

§ 84

«Secundo casu, quando liberi renuntiantis volunt succedere in bonis avi insimul cum aliis nepotibus ex præmortuo filio; magis communis opinio DD. est, quod renuntiatio matris illis non obest. Siquidem cum concurrant ad avi Successionem cum personis æqualis gradus, ita, ut matris personam, sive gradum sub ingredi non indigeant, dubium non est, quin, matre per renuntiationem exclusa, filii ex ea orti per Successorum Edictum cum sobrinis succederunt» (o que assim comprova com varios DD., a n. 7), limitando só no n. 14 «ubi apparet fuisse renuntiatum favore masculorum, qui supervivant; nam eo casu hi admittuntur, non filii renuntiantis».

§ 85

«Tertio casu, videlicet, quando nepotes petunt hæreditatem avi, non existentibus avunculis, vel aliis nepotibus sed agnatis transversalibus de linea collateralí; magis communis opinio est, quod non obstante matris renuntiatione, ad hæreditatem avi per Successorum Edictum venire possunt, penitus exclusis collateralibus agnatis, non obstante, quod filia renuntians dotem receperit, ac patri supervixerit.» (O que assim comprova largamente desde o n. 15 até 27, confutando os DD. contrarios e suas razões.)

§ 86

Quando porém a filha renunciante morreu em vida do pae, n'este caso, contra uma opinião que exclue da successão do avô os netos filhos d'elle, firma o mesmo Torr., n. 34, com innumeraes DD. esta conclusão: «Sed vera, his non obstantibus, contrarium verum est secundum opinionem communissimam, scilicet quod liberi renuntiantis succedant in bonis avi, in casu, quo mater renuntians præcedat, renuntiatione non obstante» (o que Torr. comprova desde o n. 35 até o n. 54, com varios fundamentos, convencendo as objecções contrarias).

§ 87

Amplia o mesmo Torr. esta conclusão com as melhores opiniões e mais solidas razões, desde o n. 54 até 65, ainda ao caso em que os filhos da predefuncta mãe renunciante concorram com tios á successão do avô; e amplia desde o n. 66 contra outros DD., que, não obstante a renúnciação da mãe predefuncta, podem os filhos d'ella aspirar também á successão *ab intestato* dos tios.

§ 88

Resta ainda a duvida: «An nepotes possint ad avi Successionem venire, ubi mater præmortua promisit pro se *et hæredibus* non contravenire; et ipsimet nepotes matris sunt hæredes?» Esta questão suscita Torr., n. 77, e propõe variedade de opiniões, uma a defender que tal renúncia não prejudica aos netos, outra pelo contrario. E depois de ponderar os fundamentos de ambos, diz no n. 100: «Prima tamen Sententia mihi videtur magis vera, nempe quod renuntiatio filiæ pro se, et hæredibus facta, non præjudicet nepotibus, quantumvis hæredibus matris renuntiantis». Desde o n. 101 passa a mostrar esta sua opinião até o n. 113, respondendo ás objecções contrarias, desde o n. 114 até o n. 135, e amplia a mesma resolução desde o n. 136, ainda quando a mãe na renúncia faz menção de filhos e herdeiros, renunciando em nome d'elles, e ainda quando a mãe se obrigou á evicção.

§ 89

Ainda aqui occorre outra duvida suscitada por Torr., n. 143: «An hæc procedant, ubi mater renuntians declaravit «expresse se esse contentam, et satisfactam de habita portione dotis, legitimæ vel alterius rei sibi traditæ in actu renuntiationis?» Elle desde o n. 144 expende a opinião, que n'estas circumstancias abandona os netos e suas razões até o n. 155. Porém no n. 156 firma com muitos e graves DD., esta resolução, ut ibi: «Etiam quando liberi parte aliqua, vel filiæ dote accepta, renuntiarunt; iis ante patrem decedentibus hanc renuntiationem nepotibus haud obesse, quo minus avo proprio jure succedant». O que também comprova, respondendo ás objecções contrarias desde o n. 156 até 173, ampliando no n. 174, ainda mesmo que o avô exclua os netos da fi-

lha renunciante com o pretexto da renuncia d'ella ; porque podem contratabular o seu testamento. Confirma-se Harprectr., Disp. 74, n. 48. E concluo o mesmo Torr., a n. 194, ut ibi :

«Firmatum est igitur quod nullo pacto renuntiatio matris præmortuæ liberis ejus obstat, quin possint avo succedere, sive simplex sit renuntiatio, sive facta pro se, et hæredibus, sive dote tentata... Licet in renuntiatione «pactum de non petendo, vel alia etiam clausula in forma amplissima» addita fuerit, non potest nepotibus esse obstaculum... etiam si maritus, vel alius fidem suam interposuisset, quod neque renuntians, neque hæredes ejus quicquam de hæreditate illa petaturi sunt cum indemnitis promissione, nam quilibet qui ita promittit, accedit principali obligationi renuntiantis; propterea illa promissio eandem recipit conditionem, et interpretationem quam principalis contractus», etc. Assim também, depois de varias opiniões, conclue Wesel., infra citat., a n. 140.

Se os netos n'este caso são obrigados conferir o dote recebido pela mãe, disputa Torr., supra, a n. 175 como questão opinativa, e se inclina que devem conferi-lo. Com muitos DD. assim o affirma Wesel., de Connub. bon. Societat., Tr. 2, C. 6, n. 145. Conf. Fabr., in Cod., T. de Pact., Def. 2 e 16, Amat., Var., Resol. 23, n. 4, Fontanell., de Pact., Claus. 9, Gloss. un., P. 1, n. 62 e 63. O mais que aqui falta póde ver-se nos DD. citados e nos milhares que elles citam.

CAPITULO III

Quando necessaria á filha renunciante a absolvição do juramento ad agendum in judicio

§ 90

Esta absolvição não é necessaria, nem no caso em que o paê remitte á filha o juramento (§ 38), nem no caso em que oppõe o medo por excepção (§ 62); nem nos casos em que a renuncia por si mesma cessou por fallecerem primeiro as pessoas, em cuja contemplação ella se fez; quando porém a renunciante argue a renuncia com o fundamento da lesão enormissima, é questão opinativa, como se vê em Torr., de Pact. futur. Succession., L. 2,

C. 26, a n. 172, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 10, § 143; porém Torr., aindaque reconhece a maior probabilidade da opinião, que não exige absolvição do tal juramento, assenta no n. 176, que por cautela se requeira primeiro essa absolvição; que o juramento não liga aos herdeiros, é sem duvida, Torr., supra, n. 178, Moraes, *de Execut.*, L. 1, C. 4, § 1, n. 29 e 30, quem vide, distingue Begnud., Verb. *Juram.*, n. 21, que só obriga ao herdeiro quanto á observancia do contrato. Adde Ferrar., V. *Juram.*, Art. 2, n. 21, et ibi Addit., n. 26.

§ 91

Perante qual juizo se deva impetrar a absolvição do juramento? O citado Stryk., n. 125, diz com muitos DD.: «Quæ juramenti relaxatio, non a Judice Ecclesiastico, sed a Supremo Magistratu Politico fieri solet, concessa nempe agendi facultate, Ord. Camer., P. 2, T. 24, e Constit. Elector. Saxon. 36, P. 2», etc. O publicista Gmeiner, P. 2, §§ 524 e 528, sustentou que o juramento não póde attrahir a questão ao juizo ecclesiastico. O nosso Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 225, n. 23 e 24, comprova, e refere julgado, que o juiz secular «potest cogere partem, cujus favore juratum est, ut relaxet juramentum, et illud remittat sub certa pœna, et si non obediat, eum exequi in pœna comminata (Conf. Stryk., *Us. mod.*, L. 4, T. 4, sub § 16), et ad hoc sufficit allegatio causæ urgentis et justæ, licet statim non probetur, adeo quod non est necessaria citatio adversarii ad relaxationem obtinendam, quia tunc solum petitur absolutio, et relaxatio juramenti adhibiti in contractu, dumtaxat ad effectum agendi, et non simul ad rescindendam obligationem contractus jurati».

§ 92

Porém a mais fundamentada opinião segue, que a absolvição do juramento *ad effectum agendi*, se deve impetrar no juizo ecclesiastico, Cortead., Decis. 185, a n. 19, aonde explica que, 1.º, se requer algum conhecimento de causa provavel sobre a injustiça do contrato, conforme uma opinião; mas conforme outra, basta uma simples narrativa da causa justa; 2.º, que aindaque uma opinião faz precisa a citação de parte, outra opinião a dispensa (isto é quando só se trata da absolvição *ad effectum agendi*); mas,

3.º, é preciso que esta absolvição se peça antes de se propor a acção em juízo, porque aliás obsta ao agente a excepção do juramento e perjurio, ex Cortead., a n. 4, e este perjurio já é mais difficil de dispensar, Cortead., a n. 45. O mais se veja no mesmo Cortead., e DD. que cita.

Confira-se também João Frederico Rhetio entre as obras de Stryk., Vol. 9, Disp. 16, de *Absolutione*, C. 2, a n. 10, cum seq., e Jul. Capon., de *Pact.*, Q. 61, tot. et a n. 13, aonde também firma que para se obter a absolvição *ad effectum agendi*, não é necessaria citação de parte.

CAPITULO IV

Quantos aos mais contratos jurados. Efeitos do juramento n'elles, etc.

§ 93

Já vimos (§ 5) que a nossa lei não prohibe o juramento *assertorio*; se com este firma o devedor a verdade da divida, tem a escriptura execução prompta, Moraes, de *Execut.*, Liv. 1, C. 4, § 1, n. 11, e o devedor não pôde oppor á excepção de simulação do contrato, nem a excepção *non numeratæ pecuniæ*, Moraes, supra, n. 26, menos que não implore a absolvição do juramento; não confirma porém o contrato simulado, senão quando se jurou expressamente *omnia et singula contenta in instrumento esse vera*, Begnud., Verb. *Juram.*, n. 19.

§ 94

Quanto ao *promissorio* é bem certo que com elle se não pôde n'este reino firmar contrato algum, só obtendo-se provisão de dispensa da lei. O mais frequente é impetrar-se só para se firmarem com juramentos os pactos successorios de que fallei no C. precedente. Mas se com causa se pedir essa dispensa para se firmarem os mais contratos com juramento promissorio, não duvido se conceda pela generalidade do § 87 do regimento do desembargo do paço.

§ 95

Se o contrato jurado foi enormissimamente lesivo, não obriga conforme a mais commun opinião, porque elle não obriga aonde falta o pleno consentimento, não obriga quando intervem dolo da parte do adversario; ora onde intervem tal lesão, se presume de uma parte erro ou ignorancia, e da outra se presume dolo (*quid dicant alii*), *Begnudell.*, Verb. *Juram.*, n. 23, *Barbos.*, Vot. 62, n. 15 e 16, *Noguerol.*, All. 34, n. 17 e 18.

§ 96

O mesmo procede na transacção firmada com juramento, que, sendo lesiva em notavel quantidade, alem da metade, se annulla sem embargo de ser jurada, *Valeron.*, de *Transact.*, T. 6, Q. 2, n. 50 e 51, *Barbos.*, Vot. 76, n. 106 e 107, *Urceol.*, de *Transact.*, Q. 94, n. 25.

Como porém se deva provar a lesão na transacção, veja-se *Urceol.*, supra, a n. 32, *Rot. Roman in Collect. ad Card. de Luc.*, L. 7, de *Donat.*, Decis. 24, e os mais DD., com os quaes *Peg.*, Tom. 7, ad Ord., L. 1, T. 87, § 1, sub n. 104, et 67, *For.*, C. 139, n. 81, *Castilh.*, L. 8, de *Aliment.*, C. 36, § 2, n. 81.

§ 97

O juramento interposto pelo menor no contrato que celebra o revalida, por mais defeituoso que elle seja das precisas solemnidades, e obsta a que gose do beneficio da restituição, ex *Auth. Sacramenta puberum*, Cod. *Si advers. vendition.*, authentica que tem logar nas doações e quaesquer outros contratos do menor, *Brunneman.*, ibidem, n. 4, nas fianças em que o menor se obriga com juramento, *Hering.*, de *Fidejuss.*, C. 7, n. 103, authentica geralmente recebida, *Stryk.*, *Us. mod.*, L. 4, T. 4, sub § 14, *Gutierr.*, de *Juram.*, *Confirmat. in Comment. ad d. Auth.*, n. 12, *Cald.*, in L. *Si Curatorem*, Verb. *Minoribus*, n. 2 e 4, *Begnudell.*, Verb. *Juram.*, n. 4, *Egid.*, na L. *Ex hoc jure*, ff. de *Just. et jur.*, P. 2, C. 13, Claus. 8, sub n. 2.

§ 98

Porém se o menor for enormissimamente leso no contrato que firmou com juramento, obtida a absolvição d'elle, é attendido e soccorrido como qualquer outro maior, Stryk., supra, § 15, Brunneman., in d. Auth., n. 10. O mesmo quanto á fiança jurada, porque se o menor ficou enormissimamente leso por não poder repetir do devedor insolvel o que por elle pagou ao crédor, como largamente demonstrou Noguerol., All. 34, a n. 13.

§ 99

Ha uns actos absolutamente nulos, porque contra os bons costumes, ou porque prohibidos pelas leis civis e canonicas em beneficio publico, Brunneman., in Auth. *Sacramenta puberum*, Cod. *Si adversus Venditionem*, n. 6: «Actus absolute prohibiti per juramentum confirmari nequeunt, propterea quod positi si non sunt in arbitrio paciscentium, nec possunt pactis privatorum tolli, præsertim si contineant speciem delicti. Idque non solum de iis actibus intelligendum, qui juri divino, vel naturæ sunt contrarii; sed et quos jus canonicum, vel civile absolute prohibuit utilitatis publicæ gratia». Addit. ad Luc. Ferrar., Verb. *Juramentum*, n. 6, 7 e 8, Sabell., § *Juramentum*, n. 25 e 28, Egid., na L. *Ex hoc jur.*, § *de Just. et jur.*, P. 2, C. 13, Claus. 8, n. 1, et per tot., aonde exemplifica alguns casos, e mais copiosamente Jul. Capon., de *Pact.*, Q. 65: «Ubi quando pactum dicatur contra bonos mores, et juramento confirmetur».

§ 100

Ha outros actos para cuja validade as leis prescrevem certas solemnidades, por cujo defecto são nulos, sem que seja arbitrado aos contrahentes contratar validamente sem as prescriptas solemnidades; estes sim são confirmaveis por juramento, e o juramento supprime o defeito das solemnidades omissas, Setzer., de *Jurament.*, L. 1, C. 25, n. 117, Addit. ad Ferrar., supra, n. 13 e 14. *Sed declara multifariam cum* Sabell., § *Juramentum*, a n. 24.

§ 101

Por exemplo, 1.º, a transacção sobre questões do testamento que se celebra sem se ler o mesmo testamento é nulla. * Ella se

convalida intervindo juramento na transacção, Addit. ad Ferrar., supra, n. 113, e outros que refere Urceol., *de Transact.*, Q. 47, n. 43; porém o mesmo Urceol., a n. 35, refere opinião contraria, que segue; menos que com o juramento se não renuncie expressamente a L. *De his* 6, ff. *de Transact.*, não bastando ainda uma renuncia geral *de omni legum auxilio*. Confirma-se e veja-se Valeron., *de Transact.*, T. 3, Q. 4, a n. 50.

• Nota. Sobre a interpretação da dita L. 6, ff. *de Transact.*, e má collocação de um retalho do jurisconsulto debaixo d'aquelle titulo, e consequente erro de muitos interpretes, se podem ver Samuel de Coccey, *Jus Controv.*, L. 29, T. 3, Q. 3, e os muitos que refere Ekard., *Hermeneut. Jur. Civ.*, Diss. 5, §§ 172 e 173.

§ 102

Por exemplo, 2.º, sendo nulla a transacção sobre alimentos devidos por testamento, não intervindo n'ella auctoridade judicial, L. 8, § *Oratio*, ff. *de Transact.*, plenissime Solan., Cog. 9, a n. 163, ella se confirma intervindo juramento; bem que sobre isto ha a variedade de opiniões que refere Urceol., *de Transact.*, Q. 49, a n. 13, Valeron., *de Transact.*, T. 3, Q. 3, a n. 40.

§ 103

Por exemplo, 3.º, a mulher que não é obrigada por fiança aindaque renuncie o beneficio do senatus-consulto Velleiano; ella jurando o contrato fica obrigada, maxime se tem outro abonador, e se o resultado da fiança não foi ficar indotada, Urceol., *For.*, C. 28, a n. 18.

§ 104

Por exemplo, 4.º, sendo inalienaveis os bens dotaes, se a mulher consente na alienação, e firma com juramento o seu consentimento, subsiste a alienação d'elles, Jul. Capon., *de Dot.*, ad L. 1, ff. *Solut. Matr.*, Q. 5, n. 13, Barbos., *ibidem*, n. 70, in fin. et 5 P., L. 1, ff. *Solut. Matr.*, a n. 51, aonde faz uma bellissima distincção.

§ 105

Por exemplo, 5.º, sendo compensavel com a divida em termos habeis outra que ao devedor devesse antecedentemente seu cré-

dor, se a divida que se contrahe é jurada, não se pôde compensar com outra antecedente que o crédor devesse a esse devedor, Bersan., *de Compensat.*, C. 2, Q. 2, n. 6.

§ 106

Por exemplo, 6.º, a doação que entre marido e mulher é nulla, se confirma com juramento, Egid., na L. *Ex hoc jur.*, ff. *de Just. et jur.*, P. 2, C. 13, Claus. 8, n. 2.

Suspendo o discurso, porque taes casos serão impraticaveis n'este reino, uma vez que não haja dispensa da lei para se jurarem os contratos que mais frequentemente se dispensa, e só para se jurarem os pactos successorios, talvez pelas razões expostas na Not. ao § 7.

TRATADO XIV

Das vistorias

**Supplemento ás segundas linhas desde a nota 533
até á nota 543 e á nota 554**

«Ortum suum traxit inspectio ocularis a tempore quo controversio coeperunt.»

Barb. et Tab. Thesaur. Locor. Commun., Lib. 9, C. 93, Ax. 3.

«Ad Officium de finibus cognoscentis pertinet, mensoros mittere, et per eos dirimere ipsam finium questionem, ut æquum est, si ita res exigit, oculisque suis subjectis locis.»

L. 8, § 1, ff. fin. regundor.

PREFACIO

Não ha principio mais trivial no fôro, como ser a vistoria uma prova superlativa, a melhor do mundo, e superior a todas as provas, convincente das feitas por testemunhas, por documentos, e ainda capaz de destruir uma sentença passada em julgado, como com Barbos., Parex., Gratian., Cyriac., Valanzuell., Conciol., Cancr., Mend., Cardos., Cortead., e outros muitos Bagni., C. 31, n. 241, Peg., Tom. 6, ad Ord., L. 1, T. 68, § 24, n. 106, et Tom. 4, For., C. 53, n. 13, Stryk., *de Jur. sens.*, Diss. 1, C. 3, n. 1 e 2.

et 8, Post., de *Manut.*, Obs. 19, n. 72, optime Berlich., P. 1, Concl. 47, a n. 14 ad n. 23, idem Stryk., Vol. 12, Disp. 6, C. 2, § 31, et Vol. 3, Disp. 17, C. 4, n. 24, et Vol. 8, Disp. 16, C. 3, a n. 80.

Portanto é um digno objecto do breve e compendiario tratado pratico, a que me proponho em beneficio dos principiantes.

ARTIGO I

Definição da vistoria em geral. Palavras synonymas. Decreta-se pelo juiz o requerimento de algum dos litigantes, ou ex officio. Decretando-se ex officio se é inappellavel e sentença? Em quaes conjecturas do processo se pôde conceder?

§ 1

A inspecção ocular, vulgo *vistoria*, diz Mull., ad Struv., Exerc. 28, Tom. 4, pag. 84, Col. 2: «Est actus judicialis, quo Judici de re dubia, vel facto controverso, per illius aspectum (*) rem se ita, et non aliter habere, demonstratur».

(*) Parece se deve prescrever o abuso de darem os magistrados commissões a advogados ou outras pessoas, para em seu nome irem fazer as vistorias, e lucrar para os magistrados os salarios, poisque, 1.º, o juiz que ha de sentenciar a causa deve ir instruir-se, observando ocularmente o objecto e todas as circumstancias d'elle, porque nunca o pintado figura bem o vivo, e pôde o commissario ser omisso em algumas circumstancias que façam variar o direito; 2.º, a lei de 7 de janeiro de 1730, que arbitrou a toda a jerarchia de ministros os respectivos salarios das vistorias, respeitou a pessoal assistencia d'elles, e a industria das suas pessoas. E quando assim, não pôde haver commissão ou delegação, Fragoz., de *Regimin. Reip.*, P. 1, L. 4, Disp. 10, n. 119, junctis iis quæ Barbos. et Tabor., L. 14, C. 43, Ax. 4. E se bem que o codigo civil do imperador José II, § 203, parece permite commissarios para as vistorias, o Cod. de Sardenha, L. 3, T. 13, §§ 7 e 11, no caso do legitimo impedimento do senador que conhece da causa, só permite a commissão a algum subalterno juiz. E o citado Muller, ad Struv., pag. 183, Col. 1, firma que «ipse Judex ocularem inspectionem debet suscipere et expedire... Cognoscere ipsum etiam Judicem oportet... Judicis præsentia requiritur», etc.

§ 2

Continua o citado Muller, dizendo «vocatur ocularis inspectio etiam aspectus in L. 32, ff. de *Minorib.*, L. 3, Cod. *si minor se major dixer.* Præsens aspectus in L. 3, Cod. de *Canon.*, frumentar.: Localis inquisitio, in L. 4, pr., ff. de *Damn. infect.*, ut notat Gothofred. Indagatio in L. fin. Cod. *quand. tut. vel Curat. ess. desin.* A Doctoribus varia accepit nomina. Experimentum oculare, intuitiva probatio, demonstratio ocularis. Probatio perspectiva».

§ 3

«Ocularis inspectio (continua Muller) decernitur, vel ex officio Judicis, quando Judex ex omnibus circumstantiis perspicit, rem ita postulare, ex. gr., cum ipsi sine oculari inspectione de qualitate loci non constet. Vel decernitur ad instantiam Partis; quando a Partibus, ut fiat, supplicatur... Inspectionem hanc plerumque per interlocutoriam decernit Judex.» Conf. Sam. Stryk., de *Jur. sens.*, Dissert. 1, C. 2, n. 2, Barbos. et Tabor., L. 9, C. 93, Ax. 4, Brunneman., de *Process. Civil.*, C. 22, n. 5, Berlich., P. 1, Concl. 47, n. 3.

§ 4

Se o juiz decreta *ex officio* a vistoria para sua melhor instrução dos factos controversos, dizem Valeron., de *Transact.*, T. 3, Q. 1, n. 23, e Guerreir., Tr. 3, L. 5, C. 3, n. 100, que não compete contra este arbitrio do juiz remedio algum de appellação. Concorde Boehmer., ad Pand., Exerc. 5, C. 2, § 3, no fim, com Lyncker., de *Gravamin. extrajudicial.*, C. 3, P. 3, § 3, n. 3. E se o juiz denega a vistoria ao que a requer, offerecendo-se ás despesas d'ella, diz Arouc., na L. 8, ff. de *Stat. homin.*, n. 2, in fin., que lhe commette injustiça, citando Menoch., Gail., Surd. e outros.

Bem que o Cod. Civ. do imperador José II, § 203, parece permitir aggravado do despacho que manda proceder a vistoria, tendo determinado nos §§ 201 e 202 que não deve proceder a ella senão por necessidade, etc., e bem que o Cod. de Sardenha, L. 3, T. 13, § 1 faz responsável pela restituição dos salarios o juiz que sem uma necessidade precisa procede a vistoria, contudo entre nós, de taes despachos

parece competente só o agravo no acto do processo, attenta a generalidade da Ord., L. 3, T. 20, § 46.

§ 5

É a vistoria uma das especies de prova, que por via de regra só pôde fazer-se depois da contestação da lide em termo probatorio, Muller, ad Struv., Exerc., 28, pag. 183, Col. 1, Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 2, n. 5; porém continua Stryk., n. 7, dizendo: «Si lis quidem est in iudicium deducta, sed nondum contestata, inspectio interdum sibi vindicat locum: Exemplum in vulnerato, et atroci injuria affecto. Item in novi operis nuntiatione... quia hic inspectio petitur, ut inde constet qualis, vel in quantum actio sit intentanda». Conf. Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 3, n. 16, e geralmente o Cod. Civ. do imperador José II, § 202, o permite quando o objecto pôde mudar de fôrma antes da liti-contestação.

Podem-se figurar muitos outros casos, em que seja necessaria vistoria, ainda mesmo antes do ingresso da lide, e *ad perpetuam rei memoriam*; como, v. g., examinando-se o damno feito em um animal, em uma escrava, e em qualquer cousa que possa variar de estado no progresso da demanda, (a) Cod. Civ. do imperador José II, § 202. Na enunciação de nova obra, é praticavel para dois fins, um para ficar descripto o estado em que se acha a obra ao tempo da nunciação, e isto em ordem a se demolir depois por via de attentado tudo quanto se continuar a edificar depois da nunciação: esta é com effeito a praxe, fazer-se a descripção do estado do edificio para o dito fim, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 1, n. 9, 10 e 11, Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 1, n. 63; outro para mostrar a injustiça da enunciação, ou para decisão final, ou para se não restituir o que se superedificou. Veja-se Constantin., *ad Stat. urb.*, Annot. 42, a n. 17. Tambem nas mercarias se pôde fazer vistoria quando a parte requer antes de prova, Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 329, n. 70, ubi iudicatum, e no edificio ruinoso e estado d'elle ao principio que se pede a caução de *damno infecto*, etc. (Veja-se infra, § 18.)

§ 6

Depois do termo probatorio, e finda a dilação assignada para prova, ainda se pôde requerer vistoria nas allegações finaes, na

conclusão da causa, na instancia da appellação e no juizo da execução, ut ad satietatem comprobant Bagn. 31, a n. 242, Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 3, n. 17, Berlich., P. 1, Conclus. 47, a n. 14, ad 32, Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 2, a n. 8, Muller, ad Struv., Exerc. 28, pag. 185, Col. 1, Constantin., *ad Statut. urb.*, Annot. 42, a n. 27.

§ 7

Porém esta generalidade deve limitar-se nas causas de força, nas quaes, passada a peremptoria dilação que determina a Ord., L. 3, T. 48, § 2, se não pôde mais requerer vistoria, como refere julgado Peg., *de Interdict.*, C. 11, sub n. 672 (aindaque com abuso da dita Ord., e d'este aresto tenho visto muitas vezes practicado o contrario); tambem nas causas de assignação de dez dias depois de assignados elles e tendo passado, se não pôde jamais requerer vistoria para prova dos embargos, attentas as doutrinas de Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 3.

Aindaque Altimar., *de Nullit. Sentent.*, T. 2, Rubr. 12, Q. 23, n. 105, admite a vistoria na causa de espolio, e Posth., *de Manut.*, Obs. 19, a n. 70, a admite nas causas da manutenção, devem entender-se em termos habeis, e procedendo-se a ella dentro da dilação unica e peremptoria que em taes causas assigna a Ord., L. 3, T. 48, § 2; bem que Fontanell., Decis. 382, a n. 16, expõe variedade de sentimentos, e indistinctamente admite Gob., *de Aquis*, Q. 10, n. 42, a vistoria para prova da posse, isto é, havendo vestigios d'ella, porque aliás a posse não pôde ser objecto presente da vista dos louvados. Veja-se infra, § 9.

ARTIGO II

Quando se deva escusar a vistoria, e casos em que é necessaria e em alguns indispensavelmente

Casos em que geralmente se deve denegar

§ 8

Primeira regra geral. A menos que a vistoria não seja requerida por ambas as partes, ou por uma d'ellas, que sem repetição no caso do vencimento se obrigue ás custas e despezas, não se deve

proceder a vistoria sem uma necessidade precisa que de outro modo se não possa supprir, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 13, § 1, Cod. Civ. do imperador José II, § 201, Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 42, n. 3, Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 2, n. 2, Fontanell., Decis. 382, n. 1 e 2, Muller, ad Struv., Exerc. 28, pag. 185, Col. 1, in pr., Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 11, n. 9, Constantin., *ad Statut. urb.*, Annot. 42, n. 42.

É a vistoria um remedio subsidiario, Cost., *de Remed. subsidiar.*, Remed. 101; e por isso, que muito se deva só proceder a ella quando pelas provas do processo se não possa decidir a causa? Tal e tão subsidiario é o recurso a arbitradores, que só é praticavel quando *aliunde*, e por outro modo se não póde conhecer a verdade, Guerreiro, Tr. 4, L. 8, C. 9, n. 2 e 85.

§ 9

Segunda regra geral. «Non est faciendus accessus, nec admitenda hujusmodi probatio, ubi agitur de re, seu de possessione, in qua nihil ex oculari inspectione percipi possit», Posth., *de Manut.*, Obs. 101, n. 5; concorda Stryk., supra, n. 4, dizendo: «Attendat Judex an res talis sit quæ in oculos commodè incurrat; in illis enim rebus saltem adhibetur, ocularis inspectio, quorum judicium dependet ex sensu». Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 24, n. 7, ibi: «Ea tamen procedit in iis, quæ solo sensu corporeo à quocumque percipiuntur: Secus autem in iis, in quibus operatio intellectus intret, quodque rei veritas diversa esse possit ab eo, quod ipsa facies vel apparentia ostendi, etc.»; como quando a face do logar tem variado, Altimar., *de Nullit. Sentent.*, T. 2, Rubr. 12, Q. 23, n. 109, ibi: «Visitatio loci non est concedenda, quando res non est integra, scilicet quando facies rei est mutata.» Veja-se Cost., *Tract. de Reintegr.*, Distinct. 37, n. 3, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 11, n. 9, Constantin., *ad Stat. urb.*, Annot. 42, n. 37.

Muitas vezes, aindaque a face do logar tenha variado em parte, sempre ficam alguns restos ou vestigios do antigo estado, como em servidões, nos casos que expoz o Card. de Luc., *de Servitut.*, Disc. 3, e no que se vê em Pacichell., *de Distant.*, post Tract., Dec. 15: e como a

servidão antiga se prova também por presumpções, conjecturas, adinuculos, de Luc. et Pacichell., supra, Peg. 5, For., C. 90, a n. 9. Portanto se ainda restam alguns vestígios, e sobre elles se requer vistoria, não pôde negar-se, e sobre elles se vê praticada apud Pacichell., supra, sub n. 3 e 4, Costa, supra, n. 6, omnino videndus. Quando se trata da servidão de aguas diz Guerreiro, For., Q. 39, n. 22, que nada vale a vistoria «quando quæstio est, an aquæ debeantur sed quando controversia est, utrum eodem modo quo debentur, de illis utitur». Conf. Peg. 7, For., C. 241, sub n. 30.

§ 10

Terceira regra geral. «Debet Judex examinare, si utilitas, et importantia causæ est tam modica ut plus importarent expensæ faciendæ in Visura, quam potest esse dicta utilitas; tunc enim non esset concedenda... Quod fundatur in regula generali, non esse faciendum id, in quo plus expenderetur, quam de commodo percipitur», Fontanell., Dec. 382, n. 4, 5 e 6, *ubi judicatum*.

Eu admittiria em causa modica, se a parte que a requer se obrigasse a não repetir as custas, aindaque seja vencedor, código de Sardenha, L. 3, T. 13, § 1, renunciando o direito de as repetir do vencido, de quo Peg., Tom. 4, ad Ord., pag. 329, n. 70, *ubi judicatum*. Isto não adverte o commum dos magistrados que procedem a vistorias inuteis e em casos que bastava irem louvados ao sítio sem maiores despesas, abuso contra o qual altamente declama Fontanell., Decis. 382, n. 28.

Casos em que é praticavel a inspecção ocular, e em alguns indispensavel

§ 11

Primeiro caso e bem frequente. Quando se trata da prova do valor da cousa vendida para decidir a controversia, se interveiu lesão enorme ou enormissima na venda (e similhantemente nos mais contratos em que a Ord., L. 4, T. 13, § 6 admite o remedio da lesão). N'este caso a pratica admite inspecção ocular pelo juizo com louvados peritos, Stryk., *de Jur. Sens.*, Diss. 1, C. 3, n. 7, código civil do imperador José II, § 215, Fontanell., Dec. 382, a n. 7, código judiciario dos francezes, Art. 41.

§ 12

Como porém os valores intrinsecos das cousas *variam e se presumem variados*, conforme uns DD. de tres em tres, e conforme outros de dez em dez annos, Guerreiro, Tr. 1, L. 1, C. 11, a n. 35, ad n. 41, e não póde no caso da lesão fazer-se argumento do valor presente para o do tempo do contrato, aindaque não tenha sido bemfeitorisado o predio, Fabr., in Cod., L. 4, T. 30, Defin. 19, ubi optime.

§ 13

Por isto, e como a lesão se deve respeitar segundo o justo valor da coisa no tempo do contrato, Ord., L. 4, T. 13, e esse tempo não é presente á vista dos louvados, assentam muitos DD. que passados dez annos é impraticavel a vistoria para prova da lesão, Pacion., *de Locat.*, C. 19, a n. 68, Cyriaco, Contr. 61, n. 4, Posth., *de Subhastat. post Tract.*, Decis. 53, n. 4 e 5, Sabell., § Peritia, n. 12, Altim., *de Nullitat.*, Tom. 6, Q. 37, pag. 87, Col. 1, 1.º, *Periti possunt*, Constantin., *ad Stat. urb.*, Annot. 46, a n. 75 e 244. E só admittem estes DD. a prova do justo valor por peritos no antigo tempo do contrato, quando n'esse tempo já tivessem idade e capacidade para arbitrar valores das cousas respectivas aos seus officios, e quando fossem na causa produzidos como testemunhas, caso em que devem depor do justo e commun valor n'esse tempo, e com razão de dito, como aliás devem depor as mais testemunhas, tendo então em paralelo de outras preferencias em credito, Sabell., supra, n. 12, junto n. 1 1.º, *Quod ubi agitur*, optime Constantin., supra, a-n. 73 ad 79, Pacion, supra, n. 75.

§ 14

Em contrario está Fontanell., Decis. 382, desde o n. 7 até o 14, defendendo que se os peritos no tempo do contrato já tinham idade competente, pericia e conhecimento da coisa que faz o objecto da disputa, e depozerem do tempo do contrato, ainda inferindo do presente para o preterito, calculando as alterações dos valores, elles ficam acreditaveis com preferencia a outras provas, attestando Fontanell., que assim o vira muitas vezes praticado.

Na pratica tenho visto seguida a opinião de Fontanell., debaixo de duas condições: 1.ª, que os peritos já o fossem no tempo do contrato com idade e pericia para avaliar os predios, e d'elles tivessem conhecimento n'esse tempo, como é necessario, Sabell., supra, Conciol., All. 63, Olea, *de Cession. Jur.*, post Tract., Decis. 70, n. 9 e 10, Angelis, *de Impens. et Meliorat.*, Art. 6, n. 43; 2.ª, que com razões de dito deponham do valor da cousa em ambos os tempos, no do contrato e no presente, caso em que é indispensavel que assignem razão de dito como testemunhas, Conciol., supra, n. 21, Stryk., *de Jur. Sens.*, Diss. 1, C. 3, n. 7, Tondut., *Civ.*, C. 106, n. 31, Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 33, n. 34. As circumstancias que os louvados devem respeitar para estimar o justo valor da cousa estão largamente expostas no meu *Traçado das avaliações*. Podem ver-se Constant., *ad Stat. urb.*, Annot. 46, Altim., Tom. 6, Q. 37, Hermosilh., a pag. 783, e a douda memoria sobre a avaliação dos bens de prazo.

§ 15

Segundo caso. Quando se trata de edificios cujas novas obras se nunciaram, se vê frequentemente praticada a vistoria nos muitos arestos que deixou transcriptos Peg., Tom. 6, ad Ord., L. 1, T. 68, aonde se não encontra um que se não decidisse por meio de vistorias. Sobre servidões rusticas e urbanas já vimos na nota ao § 9 os casos em que podem ser praticaveis. Adde Mull., ad Struv., Exerc. 28, pag. 186, Col. 2, bem como na nota ao § 5, quando nas nunciações para os outros dois fins.

§ 16

Terceiro caso. Por varios modos os marcos terminaes são objectos de demandas, ou porque se arrancam, L. 1 et 2, ff. *de Termin. mot.*, ou porque se movem e transplantam em outro sitio, ou escurecem, ou confundem, L. 3, ff. eod. Tit. E em todos estes casos é indispensavel a vistoria, pela terminante, L. 8, ff. *fin. regund.*, Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 1, a n. 11 et 15, Voet., *ad Pandect.*, L. 10, T. 1, n. 9, Cod. Judic. dos francezes, Art. 41; outras vezes sobre a existencia e legitimidade de alguns marcos, ou publicos ou particulares, observando, se os publicos têm algumas inscrições, e se os particulares se-mostram cravados de antigo com pedras que o vulgo chama testemunhas, Stryk., supra, a n. 12. Confirmam-se ao proposito Pacichel., *de Distant.*,

C. 1, Membr. 2, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 6, Rubr. 43, Leit., *Fin. regundor.*, Peg. 5, For., C. 83, et Tom. 6, C. 223, Colleg. Argentorat., Addit. 21, L. 47, ff. *de Termin. mot.*, Stryk., *Us. mod.*, L. 10, Tit. 1, Voet. et Struv., ibidem. Poisque o breve d'este tratado me não permite digressões sobre toda a materia, que pôde ser objecto de uma vistoria, e me satisfaço com remissão aos DD. que largamente a tratam, confira-se tambem Raynald., *Crimin.*, L. 2, C. 15, § 7, com os mais que cita.

§ 17

Quarto caso. Quando se trata de verificar confins e identidades de predios, diz Pacichel., *de Distant.*, C. 4, Membr. 3, n. 48, que «pluribus modis probari possunt, quorum omnium superlativum gradum obtinere solet accessus Judicis, et ocularis loci inspectio», etc. E que circumstancias e provas se devam respeitar para se verificarem os confins e as identidades dos predios, vejã-se Pacichel., supra, Leit., *Fin. regund.*, Altim., *de Nullit.*, Tom. 4, Q. 15, a p. 143, Valenzull., Cons. 100, Cald., *de Empt.*, C. 21, Peg., *de Maiorat.*, C. 6, a n. 234, ad n. 286, com os mais que estes referem.

§ 18

Quinto caso. Quando se pede a caução de *damno infecto*: «Dum enim vicinus à vicino propter ruinosa domum imminens periculum pertimescit, atque hoc nomine cautionem ab eo petit; item necessarium est, ut oculis ruinosa domus usurpetur, et qua ex parte periculum immineat videatur; illud enim ex inspectione ruinosa statim apparebit, ut si ventrem faciat paries vicini, vel procumbat in ejusdem aedes, aut locum, L. 17, ff. *si servit. vindicet.* et sic pro ratione periculi, et damni, quod dari possit, cautionis quantitas a Judice determinabitur. . . Quæ omnia localem exigunt inquisitionem, id est ocularem inspectionem, L. 4, ff. *de damn. infectum.*» etc. Ita Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 1. n. 64, Conf. Mull., ad Struv., Exerc. 28, pag. 186, Col 2.

A pratica de obter e executar esta caução se pôde ver na minha Diss. 2, sobre os preceitos comminatorios manuscripta, e no meu ultimo *Tratado dos remedios possessorios*, a § 155.

§ 19

Sexto caso. «Obtinet quoque ocularis inspectio in puncto liquidationis expensarum, et meliorationis; expensæ enim per rei evidentiam probantur, deque meliorationibus constare accuratius non potest, quam si predium melioratum oculis inspiciatur, et exinde ejusdem æstimatio fiat ab illis, qui rerum æstimandarum peritiam habent, quæ communis Judiciorum nostrorum praxis est. Nam testimonium visus et hoc in casu excelsius est omni alia probatione. . . Et sic in Camera Electorali pronuntiatum. . . Circa expensas alias idem procedit. An enim voluptuariæ illæ sint, an utiles, an necessariæ, id omnino Judici perpendendum optime. Hæ ipsæ enim pro diversitate malæ, vel bonnæ fidei possessoris veniunt restituendæ, L. 38, ff., *de Reivind.* Alia ratione autem, nisi oculari inspectione, certior reddi de iis Judex nequit, immo nec opus est alia probatione, cum res sit expresse in oculos incurrens. Hic tamen observandum; quod non omnes expensæ in oculos incurrant, vel ex inspectione dignosci possint, quæ tamen nihilominus restituendæ, sed sub hac distinctione. Aut quis expensas repetit ex lege contractus, aut saltem ob ipsam rei meliorationem. Priori casu ex gr. si conductor impensas fecerit, etiam illæ restituendæ, quæ in oculos non amplius incurrunt, ut quæ pro advectione trabium, lignorum, aliarumque rerum soluta, quæ in operarios impensa cæter. Posteriori casu meliorationis in oculos incurrentis saltem ratio habetur, et præsens utilitas sola consideratur, non attento quantis impensis res ab initio extracta.» Ita Stryk., *de Jur. Sens.*, Diss. 1, C. 1, n. 75. 76, 77, Conf. Mull., ad Struv., Exerc. 28, pag. 186, Col. 2.

Concorda com outros DD. Francisco de Angelis no tratado *de Impens. et Meliorationib.*, Art. 6, n. 46, declarando porém, ut ibi:

«Impensarum et melioramentorum æstimatio fieri etiam potest à Judice ex officio et per ocularem inspectionem et loci evidentiam. . . probato tamen ibidem statu antiquo. . . Pro ineunda melioramentorum æstimatione multum prudentis Judicis arbitrium versatur.»

§ 20

«Pari ratione (continua Stryk., n. 78) de deteriorationibus sentiendum. Etenim nec illæ aliter nisi per accuratam inspectionem,

cognosci possunt. Omnes siquidem circumstantiæ in dijudicandis deteriorationibus inspiciendæ, cum et interdum ratione diversi respectus meliorata res deteriorata dici possit. . . Quod si ergo una pars melioratum esse prædium, altera pars idem deterioratum esse dicat, Judex per ocularem inspectionem negotium componere debet, ita scilicet, ut sequatur verisimiliorem probationem.»

Seria nunca acabar, se me propozesse compendiar o que de diversas especies de bemfeitorias feitas por diversas qualidades de possuidores, e sobre o modo de estimar umas e outras escreveram Garcia, *de Ex-pensis*, Angelis, *de Impensis et Meliorationibus*, Peg., Tom. 1, ad Ord., in Proem., Gloss. 43, Guerreiro, Tr. 2, L. 3, C. 8, Amat. Var., Resol. 14, e outros muitos. Só sim quando a este sexto caso sou obrigado a advertir, que, segundo a pratica d'este reino, por mais que uma das partes no principio da liquidação queira que, evitando-se artigos e provas d'elles, se passe logo o arbitramento por louvados, e vistoria sobre as bemfeitorias, não é attendido, a menos que ambas as partes não convenham n'este antecipado procedimento. E, não convindo n'elle, só depois das provas por testemunhas e na variedade ou inconcludencia d'ellas, é que se recorre a arbitradores, como remedio subsidiario. Vejam-se Silva, ad Ord., L. 3, T. 86, § 2, a n. 6, e juntamente Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 9, n. 2, 3, 4 e 83. N'este sentido falla ao proposito Peg., Tom. 1, á Ord., pag. 52, a n. 29, quando diz: «Etsi melioramentorum æstinatio non fuerit probata per testes, aut modum supra relatum, tunc fieri potest per Judicem ex officio, aut per rei evidentiam subjiciendo rem oculis, ac se de melioramentis informando, aut per arbitros peritos à Partibus electos, quia hic est legitimus, et præcipuus modus melioramenta probandi», etc.

§ 21

Setimo caso. Procede-se a vistoria no incendio passado, e no damno que elle causou, Carpzov., *Prax. Crim.*, P. 3, Q. 108, n. 11, Muller, ad Struv., Exerc. 28, pag. 196, Col. 2. E é entre nós expressa a Ord., L. 5, T. 86, § 1, sobre os incendios casuaes, ou por acinte, como se provam, e quem é responsavel aos damnos, vejam-se Lubler., *de Incend.*, Stryk., Vol. 1, Disp. 8, *de Incendio casuali*, Pacion., *de Locat.*, C. 30, etc.

§ 22

Oitavo caso. Procede-se a vistoria para estimar o damno causado por animaes nas arvores, searas, ou pastos alheios, Carpzov., P. 4, C. 27, D. 1, n. 8, Mull., ad Struv., supra, Cod. Judiciar. dos francezes, Art. 41. Como porém se devam estimar estes damnos, se pelo estado presente, se pela esperança da producção futura, e com respeito ao dubio evento, é questão que largamente tratei no opusculo dos damnos e sua estimação; e veja-se Peg., Tom. 5, ad Ord., pag. 159, n. 4, Conciol., ad Statut. Eugub., L. 6, Rubr. 10, n. 10, Scop., ad Gratian., Obs. 57, Sabell., § *Damnum*, n. 7, Oter., de *Pasc. publ.*, C. 13, a n. 5, Pacichell., de *Distant.*, C. 6, Membr. 8, n. 11. E melhor a distincção de Bonden. ad Oter., de *Pasc.*, d. C. 13, n. 6 e 7, e largamente demonstrei no meu *Tra-tado dos damnos e sua estimação*.

Entre as vistorias (alem das referidas) connumeram o citado Stryk., d. C. 1, Mull., d. Exerc. 28, e Berlich., P. 1, Concl. 47, n. 3, Id. Stryk., Vol. 12, Disp. 6, C. 2, § 32, Scilicet.: 1.º, os exames e corpos de delicto, ou sejam em ferimentos, cadaveres, furtos, infanticidios, propinação de veneno, etc.; 2.º, a inspecção, se o parto é maduro e vital; 3.º, a inspecção sobre a virgindade, a corrupção d'ella, a prenhez; 4.º, a prova da idade pela inspecção da pessoa (prova que admite a nossa Ord., L. 2, T. 54); 5.º, o exame sobre alguma falsidade de escriptura; 6.º, a comparação de letras; 7.º, o exame dos mendicantes que fingem enfermidades; 8.º, sobre os viveres que se expõem a vender-se, se são corruptos, ou carnes de animaes morbidos, etc.; em todos estes casos se faz inspecção d'esses objectos, e são propriamente inspecções oculares esses exames: mas entre nós nunca jámais se denominaram vistorias, mas unicamente exames, escrevendo-se como autos de exames, e não como autos de vistorias, e attento este commum uso, parece-me que as leis patrias que assignam aos magistrados os salarios das vistorias, se devem entender das que entre nós se denominam taes, e se fazem nos oito casos que ficam referidos, e não devem entender-se dos exames n'estes casos substanciados n'esta nota, aindaque *lato modo*, vistorias. A pratica do fóro assim o tem interpretado, não exigindo n'estes exames os magistrados os salarios das vistorias, mas outros mais modicos, fazendo-se estes exames commummente em suas casas, menos os dos homicidios, conforme o assento de 20 de novembro de 1770, na collecção d'elles, n. 242.

ARTIGO III

**Com que qualidade de peritos se devem fazer estas vistorias
Fôrma da eleição d'elle», segundo a praxe**

§ 23

«Pro diversitate objecti diversi etiam adhibendi sunt Artifices. An vulnus sit lethale; an morbus sit Sonticus; an venenum propinatum sit malum mortisque causam dederit, etc., recurrendum est ad Medicos... De modo agri judicant mensesores. De ædificiis judicant Architecti. De pictures pictoris», etc. Muller, ad Struv., Exerc. 28, pag. 185, Conf. Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 9, a n. 15, ibi: «Sive à Partibus, sive à Judice eligantur semper periti respectu illius rei ad quam eliguntur, sunt eligendi, et illi dicuntur, qui de se dici bene habuerunt in arte sua. Peritus autem in unaquaque arte accipiendus est, secundum speciem artis, et non secundum genus. Neque enim peritus clavorum erit peritus ensium, aut sclopetorum, eo quod utrique sint fabri ferrarii... Et hoc tanto magis, quando artes essent disparis generis... Peritus molendini non probat in his, quæ super molendino pertinent ad fabrum mararium... Similiter in subalternis eos qui in inferiori arte sunt magistri, in Superiori nequaquam probare, etc., Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 2, a n. 40, ibi:

«Si ocularis inspectio adhiberi debeat, semper ejusmodi Artifices adhibendi, qui illam artem profitentur, vel rem de qua quæsitum omnium optime intelligunt. Et sic peritiores cæteris præferendi. Deinde ex illis præferendi, qui recepti in matricula et Collegio Artificum. Assumendi autem Artifices pro ratione objecti inspiciendi. Sicut enim de vulneribus Medici judicant; ita si ruinosa domus inspicienda ad Architectos recurrendum. Si ex inspectione literarum comparatio manus instituenda Scribæ et Notarii adhibendi. Si res aliqua vendenda ac ita ex inspectione æstimanda, itidem hujus rei peritissimi adisci solent. Pari modo est rusticis creditur si super rebus ad agriculturam pertinentibus controversia sit, etc.»

§ 24

Este é o systema adoptado na nossa legislação. A lei de 20 de junho de 1774, no § 11, mandou que para a avaliação dos predios rusticos se elegendessem pelas camaras fazendeiros de honra, verdade e consciencia, e homens para as avaliações dos predios urbanos, com distincção dos respectivos officios necessarios para a construcção d'elles. O alvará de 25 de agosto do mesmo anno, no § 29, mandou que as camaras nomeiem avaliadores dos mais praticos e peritos que houver, segundo a qualidade dos bens que hão de avaliar, e que para as avaliações dos predios rusticos e urbanos nomeiem tambem avaliadores dos mais praticos e inteligentes. O alvará de 10 de outubro de 1754, debaixo do titulo *Juizes de fóra e orphãos*, havia advertido que os avaliadores devem ser vizinhos do logar ou sitio aonde estão os bens, porque têm rasão para melhor saber o valor e estimação d'elles. Confirma-se o Cod. Judiciar. dos francezes, Art. 42.

§ 25

Havendo louvados peritos da materia sujeita, eleitos do publico, não se devem nomear outros pelas partes, Cod. Civ. do imperador José II, § 203, no fim, Guerreiro, T. 1, L. 1, C. 11, a n. 6, e Tr. 4, L. 5, C. 9, n. 1, a menos que não sejam suspeitos; poisque podem recusar-se pelas mesmas causas, porque se reprovam as testemunhas, Cod. Civ., supra, § 205, Guerreiro, Tr. 1, L. 1, C. 11, n. 9 e 15, et de *Recusationib.*, L. 3, C. 15, n. 18.

§ 26

Se porém, ou não houver peritos eleitos pela camara, ou forem suspeitos; em tal caso devem as partes louvar-se, e a praxe é nomear cada um tres; e dos tres que um nomeia aceita o outro um d'elles, e sendo alguma das partes contumaz em se louvar, louva-se o juiz, Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 53, a n. 33, Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 9, n. 9, 10 e 11. Depois de eleitos pelas partes não podem recusar-se sem nova e superveniente causa, Valasc., de *Partit.*, C. 9, n. 25, Guerreiro, Tr. 1, L. 1, C. 11, n. 15, Silva, ad Ord., L. 3, T. 17, § 1, a n. 6, videndus; se discordam, deve haver segunda louvação e eleição; nomeando cada uma das partes

res louvados, e dos seis escolhe o juiz um d'elles para decidir a discordia dos primeiros, como attesta por praxe Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 9, n. 32. E este terceiro necessariamente deve concordar com um dos votos discordantes, Ord., L. 3, T. 17, § 2, ubi Silva, reliquos DD. congerit.

§ 27

Duvida-se, se estes arbitradores que não são eleitos do publico podem ser constrangidos a aceitar o compromisso? Silva, á Ord., L. 3, T. 17, § 1, n. 4, com Mend. e Surd., diz que não. Da mesma opinião é Valasc., *de Partit.*, C. 9, n. 3, e o suppõe o Cod. judiciario dos francezes, Art. 316. Em contrario, que podem ser constrangidos pelo magistrado, defende com boas razões e varios DD., Guerreiro, Tr. 1, L. 1, C. 11, n. 12 e 13, razões a que acrescento que todo o homem nasce para a sociedade, e tem obrigação de ser util quanto em si estiver, etc.; se bem que o mesmo Guerreir., depois no Tr. 4, L. 5, C. 9, n. 22 e 23 distingue, que antes de aceitarem não podem ser compellidos, e só depois de aceitarem não podem jamais recusar, e podem ser compellidos, e mesmo com prisão. Isto é o que segue o citado Cod., Art. 316.

§ 28

Estes louvados não é preciso que prestem juramento, se já são eleitos do publico, e juraram em geral cumprir os deveres do seu ministerio; mas não sendo eleitos do publico, e sendo-o pelas partes, elles devem ser juramentados, e tambem o terceiro eleito no caso da discordia, Guerreiro, Tr. 4, L. 5, C. 9, a n. 25, a menos que as partes lhes não dispensem o juramento, Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 53, n. 39, de quo vide Guerreiro, T. 1, L. 1, C. 8, a n. 19.

ARTIGO IV

Pratica antecedente, concomitante e subsequente ao acto da vistoria

§ 29

É indispensavelmente preciso citarem-se as partes para em dia certo assistirem á vistoria, e fazerem ahi seus requerimentos, com

a comminação de se proceder á sua revelia, Cod. Civ. do imperador José II, § 203, Pacion., *de Locat.*, C. 34, § 5, a n. 35, Altimar., *de Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 12, Q. 23, n. 98, e Q. 7, tot., Brunbeman., na L. 8, ff. *Fin. regund.*, a n. 9, Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 2, n. 11 e 12 (aonde diz que omitindo-se esta citação é nulla a vistoria). Id Stryk., Vol. 8, Disp. 16, C. 3, n. 85, Oter., *de Offic. Reip.*, C. 21, n. 10, Posth., *de Manut.*, Obs. 101, n. 8; sendo porém contumaz alguma das partes, e não comparecendo, justamente se procede sem nullidade, Cod. Civ., supra, § 203, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 13, § 5, Card. de Luc., *de Judic.*, Discurs. 24, p. 2, e é texto bem notavel na L. 3, Cod. *Fin. regund.*, Cod. judiciario dos francezes, Art. 41 e 297.

§ 30

No acto da vistoria devem ouvir-se e attender-se os requerimentos das partes, Card. de Luc., supra, Cod. Civ., supra, § 209, ibi: «Durante a inspecção ocular será livre ás partes fazer aos peritos as advertencias e observações que lhe parecerem e julgarem necessarias», Cod. judiciario dos francezes, Art. 317.

§ 31

Póde duvidar-se: 1.º, se no acto da vistoria se podem perguntar testemunhas, visto terem sido citadas as partes; 2.º, se se podem juntar informadores alem dos peritos eleitos?

Quanto á 1.ª duvida: se a vistoria se faz no termo probatorio, e as partes querem produzir testemunhas como testemunhas no sitio da contenda, e no mesmo acto da vistoria em segredo, nada ha que obste; mas se as inquirições já estão abertas e publicas, e a vistoria se requer depois, é muito duvidoso poderem admittir-se, attentas as rasões que por uma e outra parte (e variedade de arestos) pondera Fontanell., Decis. 381, tot.; nunca erraria totalmente o magistrado que em tal caso admitte no sitio outras testemunhas, ou que as repellisse. O Cod. judiciario francez, Art. 38, diz: «Em todos os casos, onde a vista do logar póde ser util para a intelligencia dos depoimentos, e especialmente nas acções de arrancamento de marcos, usurpações de terras, arvores, prados, vallados, tapumes, entreprezas sobre o curso das aguas, o juiz se

transportará, se lhe parecer necessario, ao logar, e ordenará que as testemunhas ahi sejam perguntadas.

§ 32

Quanto á 2.^a, eu vejo no aresto transcripto por Peg., Tom. 7, For., C. 241, sub n. 62, pag. 331, Col. 1, admittidos informadores, em que as partes convieram no acto da vistoria. O Card. de Luc., *de Judic.*, Discurs. 24, n. 2, os admite no * *Potissime*. E tenho visto esta pratica seguida por muitos magistrados; ella com effeito póde sustentar-se com as rasões que expõe o citado Fontanell., Dec. 381, desde o n. 9, e no n. 27, aonde podem ver-se, et maxime no caso que figura Stryk., *de Jur. Sens.*, Diss. 1, C. 2, n. 11 e 12.

§ 33

Se os louvados devem assignar rasões de dito e dos seus arbitramentos, é outro objecto de duvida. Alguns DD. dão credito ás simples asserções dos peritos, aindaque não as fundamentem com rasões de dito, Gratian., For., C. 600, a n. 21, Posth., *Civil.*, Resol. 124, a n. 13, Silv., ad Ord., L. 4, T. 1, in Rubr., art. 4, n. 32.

§ 34

Porém eis-aqui o bello discurso de Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 3, a n. 3, ibi:

«An autem id operetur visus, ut persona, quæ rem oculis inspexit, et ex hac inspectione iudicium suum exponit, non obligetur ad reddendam rationem, quare ita sentiat? Hoc ipsum distinguendo resolvimus. Aut non petita relationis ratio, ab illo, cui ocularis inspectio commissa, aut petita. Si ratio quare ita sentiat Artifex, a Iudice non petita, nec ille proprio motu eam reddere tenetur. Quando enim testis super dependentibus à peritia artis suæ deponit, et principalis depositio est de re sensu perceptibili, licet in quantitate apprehensionis adhibeatur iudicium intellectus, attamen valet, dictum sine ratione expressa. Et alias in his, quæ organo oculi corporalis percipiuntur, sufficit dictum testis nudum sine addita ratione. Si vero a Iudice ratio petita, utique Artifex illam reddere obligatur: Et id præsertim eo casu, si causa, propter quam inspectio instituitur, non statim in oculos incurrat;

sed per indicia tantummodo sensibus obvia, aliquid intellectu colligendum; ut si virginitas probanda; si graviditas demonstranda, utique de eo ex indiciis tantummodo constabit, ex quibus deinde in intellectu formandum conclusum. Et hac in parte verum illud canonum assectum, manus obstetricum fallitur, nec non et oculus, C. *causam matrimoni* ✕ *de Probat*, C. *Nec aliqua*, C. 27, Q. 1, Rationis itaque hic adducendæ, quæ ipsas commoverint ad hoc vel illud asserendum; sicut et alias omnis testis ad id obligatus de re magis in intellectu, quam sensu consistente. Sic si ratione ætatis persona inspicienda, non statim fides adhibenda asserenti illam tot vel tot annorum esse, nisi et rationem reddat, etc. Pari ratione si Judex mittat quosdam, qui adhibita oculari inspectione æstiment certum prædium; tunc si hi referant æstimationem tot vel tot thalerorum esse, non credi ipsis nisi dicti sui rationem reddant; æstimatio enim rei magis ad iudicium pertinet, quam ad sensum corporis: Unde causa quare sibi tanti res æstimanda videtur, omnino exprimenda, ut inde Judici constare possit, quantum relationi ipsius tribuendum.

Concordam Conciol., For., All. 64, n. 21, Tondut., *Civil.*, P. 2, C. 106, n. 31, e o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 33, n. 34.

§ 35

Seria para desejar que n'este reino se adoptasse a pratica que estabeleceu o imperador José II no codigo civil, § 213, ibi: «O juiz deverá fazer logo ás partes leitura da relação dos peritos, antes que as partes se retirem do lugar em que se fez a vistoria; e se ahi se acha alguma obscuridade ou outro defeito, elle o fará corrigir logo». Se assim se praticasse, se evitariam segundas e terceiras vistorias, que por isso mesmo prohibe o citado Cod., § 214, no fim.

§ 36

Feita assim e subscripta a vistoria, se respeitámos a praxe ou estylo escripto por Peg., Tom. 4, ad Ord., pag. 131, Col. 2, n. 8, elle diz «Vistoria não se dá d'ella vista ás partes; e sem isso se ajunta». O mesmo Peg., no Tom. 1, á Ord., pag. 329, n. 70, disse: «De inspectione oculorum non datur Copia Partibus nisi Judicibus ita videatur, sed cum illa fiunt acta conclusa et sic servat

stylus, et ita judicatum fuit.» Tenho visto que alguns magistrados mandam dar vista ás partes para allegarem de direito sobre as vistorias como novas provas, quando são feitas depois de abertas e publicas as inquirições, o que é racional e pôde fundar-se na doutrina de Barbos. et Tab., L. 9, C. 93, Ax. 6, ibi: «*Inspectione oculari facta, non statim desuper fertur Sententia; sed cum illa sit loco attestatorum, Partibus relinquenda est causæ deductio*». Adde Brunneman., in L. 8, ff. *fin. regund.*, n. 10, Stryk., Vol. 8, Disp. 16, C. 3, n. 86, videndus. Se porém a vistoria se faz no termo probatorio, costuma deixar-se em segredo com os depoimentos das testemunhas, e de tudo se dá vista ás partes para as allegações finaes, tempo em que lhe fica livre arguirem os erros e requererem segunda, como passo a demonstrar no seguinte artigo.

Que se possa embargar qualquer vistoria, se suppõe praticado no accordão transcripto por Peg., Tom. 6, ad Ord., pag. 27, n. 45, e se está praticando quotidianamente, arguindo-se os erros, paixões ou seducções dos louvados, e isto em ordem a se proceder a segunda vistoria, como ao diante se verá no artigo 5.º

ARTIGO V

Se se pôde conceder segunda e terceira vistorias na mesma causa e sobre o mesmo objecto?

§ 37

Se n'este reino se adoptasse a pratica estabelecida pelo imperador José II (§ 34), ficaria superflua a disputa d'esta questão; porém emquanto se não adopta sou obrigado ao exame d'ella.

Houve DD. sustentando «*quod accessus Judicis ad locum differentiae cum peritis non debet concedi postquam ipse alias semel, atque iterum accesserit; cum accessus de sui natura repeti non possit, nisi forte per modum revisionis allegato errore. Atque hoc est intelligendum etiamsi accessum petens offerat illum peragere propriis sumptibus absque spe repetendi illam refectionem*». Assim Pacichell., *de Distant.*, C. 4, n. 50 e 51, Fontanell., *Decis.*

282, a n. 22, diz que raras vezes víra conceder segunda vistoria, e que facilmente a víra denegar.

Essa opinião tem plausibilidade, porque sendo a vistoria um arbitramento de louvados, a nossa Ord., L. 3, tit. 17, § 2, só admite segundo allegando erro do primeiro, ut ibi «recontando a rasão do seu aggravado», etc., et § 5, ut ibi «Se alguma d'ella se sentir aggravada», etc.

§ 38

Outros DD. só admittem segunda vistoria, ou quando na primeira se não fez uma completa averiguação de todas as circumstancias, ou quando na relação dos louvados houve alguma contradição, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 11, n. 9. O Cod. Judicial. dos francezes, Art. 322, permite ao juiz mandar proceder a segunda, *ex officio*, quando a primeira não é exacta por outros louvados, podendo exigir dos da primeira os indícios e informações que lhe parecerem convenientes.

§ 39

Outros absolutamente defendem ser concessivel a segunda vistoria *expensis petentis*, e que não pôde denegar-se-lhe, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 14, n. 22, Brunneman, na L. 8, ff. *Fin. regund.*, n. 9, Berlich., P. 1, Concl. 47, n. 38.

Com effeito notámos n'este reino praticadas segunda e terceira vistorias, como se observa em Peg., T. 4, For., C. 53, n. 13, e no T. 7, For., C. 241, pag. 304, Col. 1, e pag. 305, Col. 2, in fin., pag. 310, Col. 1, e no T. 6, ad Ord., pag. 26, Col. 1, e pag. 41, n. 36, et alib. passim. Eu as tenho visto conceder repetidas no mesmo processo, ou seja para de novo se examinarem circumstancias omissas na primeira vistoria, ou seja para corrigir erros demonstrados; porque com effeito os votos dos peritos admittem prova em contrario por outros, como se deduz do alvará de 14 de outubro de 1773, e terminantemente Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 3, a n. 10, cum seq. *omnino videndus*.

§ 40

Se bem que, sendo notoria e visivelmente errado o arbitramento dos louvados, nem ainda é necessaria segunda vistoria para corri-

gir o seu erro, porque o juiz não é obrigado seguir cegamente um errado arbitramento dos louvados, e pôde corrigi-lo julgando o contrario, Oter., *de Official. Reipubl.*, P. 2, C. 21, n. 27, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 13, n. 19 e 22, Sabell., § *Pericia*, sub n. 7, Pacion., *de Locat.*, C. 34, § 5, n. 93 e 98, Altimar., *de Nullit.*, T. 6, Q. 37, pag. 86, * *Judex*, e pag. 87, Col. 2, *Verum si Judex*, Cod. Judiciar. dos francezes, Art. 323.

ARTIGO VI

Quem deve contribuir as despesas e salarios para as vistorias

§ 41

Se o juiz, ex officio, manda proceder a vistoria, devem as despesas ser pagas por ambos os litigantes; mas o vencedor repete depois do vencido a parte que assim contribue, Solan., Cog. 5, n. 18 e 19 (aindaque uma das partes o contradiga), Altimar., *de Nullit.*, T. 2, Rubr. 12, Q. 23, n. 100, Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 2, n. 45.

§ 42

Se uma das partes requer vistoria, deve preparar todos os salarios e paga-los, Berlich., P. 4, Concl. 47, n. 37, Stryk., *supra*, n. 45, Fontanell., Decis. 384, n. 26 (mas a final sendo vencedor, repete estas custas, Solan., Cog. 5, n. 15 e 16). Conf., Berlich., P. 1, Concl. 47, n. 37, Stryk., Vol. 8, Disp. 16, C. 3, n. 92, Cod. Judiciar. dos francezes, Art. 301.

§ 43

Se requerida por uma das partes, a outra quer assistir a ella, se se louva, se n'ella requer sua justiça, deve pagar a metade, Fontannell., Decis. 382, n. 27.

DISSERTAÇÃO XV

Se os magistrados, aos quaes na fôrma do § 45 do regimento do desembargo do paço se commette o conhecimento de algumas causas, podem executar suas sentenças fóra dos seus territorios, e se a tanto se estendem as suas commissões, etc.

Supplemento á nota 523 das Segundas linhas e á nota 39

§ 1

Em mais de trinta annos que sou versado no fóro, tenho observado que homens sabios não podem fixamente assentar: se os juizes a quem pelo § 45 do regimento do desembargo do paço se commette o conhecimento de algumas causas, são propriamente delegados do príncipe, ou commissarios, e se a sua jurisdicção é delegada ou suscitada? Na verdade a questão que faz o objecto da presente dissertação, depende d'esta precisa separação e prenoção; porque varia essencialmente a resolução, decidindo-se ser delegada, *suscitada* ou *commissaria* a sua jurisdicção; e não é tão facil, como ha pouco, ex abrupto, decidiu um juiz de fóra.

§ 2

Com effeito, se os magistrados, aos quaes pelo d. § 45, se commette o conhecimento da causa, são propriamente delegados do príncipe, então assenta a mais commun resolução dos DD., segundo o direito canonico e ainda civil, que elles podem executar as proprias sentenças, que passam em julgado, comtantoque as executem dentro de anno, Stryk., Vol. 5, Disp. 1, *de Delegato Principis*, C. 3, a n. 100, Brunneman., *de Process. Civil.*, C. 29, n. 8, Perez, in Cod., Tit. *de Execut. Rei judic.*, n. 3, Fragoz., *de Regimin. Reip.*, P. 1, L. 4, Disp. 10, § 1, a n. 126, Ridolfin., in *Prax.* P. 1, C. 13, n. 630, Silva, ad Ord., L. 3, T. 86, in princip., n. 45, Altim., *de Nullit. Sent.*, Rubr. 10, Q. 17, a n. 19.

§ 3

Outros DD. pelo contrario dizem, que a jurisdicção do juiz delegado indistinctamente finalisa pela sua sentença, que elle não a póde executar, e que precisamente deve tratar-se a execução no competente fôro e juizo ordinario do domicilio do condemnado; assim os muitos DD. que refere o citado Altim., n. 18, e o nosso Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 11, n. 9, sem hesitação o segue, equiparando as sentenças dos juizes arbitros, que elles não podem executar, como suppõe a Ord., L. 3, T. 16, § 2, com as dos juizes delegados, e resolvendo que em uns e outros se extingue a sua jurisdicção pela sentença e não podem jamais executa-la.

§ 4

Se não são propriamente delegados, mas a sua jurisdicção é só suscitada, e ampliada no seu proprio territorio, para conhecer de causa de pessoas, que lhe não são subditos, então ficámos na regra geral, que não podem executar as suas sentenças no territorio alheio em que estão os bens do condemnado; Moraes, L. 6, C. 11, a n. 4, Conf. infra, § 8.

§ 5

Se são propriamente commissarios, então a jurisdicção se extingue pela sua sentença, e ao ordinario do logar fica competindo a execução, Gail., L. 1, Obs. 1, n. 53, Stryk., Vol. 5, Disp. 1, *de Delegat. Princip.*, C. 1, n. 21, ibi: «Commissarius Sententiam à se latam exequi nequit, sed executio ejus ad Superiorem spectat; nam statim postquam Commissarius pronuntiavit, functus est officio suo, et ordinario executionem relinquit, etc.» Idem Stryk., Vol. 7, Disp. 29, *De clausulis Commissionum*, C. 1, a n. 82, aonde expondo as differenças dos *delegados* e *commissarios*, diz, ut ibi: «An Commissarii et Delegati inter se differant?... Commissarios facultate exequendi destitui, quod tamen Delegati facere possunt, etc.» Idem Stryk., *Us. mod.*, L. 1, T. 21, sub § 4, * *Quamvis hodie*.

§ 6

Taes na materia sujeita, segundo os direitos canonico e civil, são as differenças das jurisdicções para o ponto que tratámos da

execução das sentenças: devemos pois, antes de passarmos ao systema moderno da nossa legislação, indagar conforme os mesmos direitos: 1.º, qual é propriamente a jurisdição *ordinaria*; 2.º, qual a *delegada*; e então, 3.º, qual a *suscitada* especialmente; 4.º, qual o *delegado do principe*; 5.º, qual, segundo os romanos, era a *jurisdição mandada*. E depois d'estas prenoções, passarei a indagar, segundo o nosso direito patrio: 1.º, qual d'estas jurisdições é a que se deve subentender concedida pelo dito § 45; ou, 2.º, se é mais propriamente uma avocação de causa de um juizo para outro; e em todo o caso, 3.º, se a jurisdição se extingue ou não pela sentença; em consequencia, 4.º, se o tal magistrado póde ou não executa-la fóra do seu territorio. *Faxit Deus!*

§ 7

O *juiz ordinario*, diz o nosso Guerreiro, de *Recusat.*, L. 5, C. 5, n. 3: «*Ut sit ille, qui propriam jurisdictionem à lege circa causarum universitatem exercet; vel ille, qui propriam jurisdictionem habet ex sua persona*». Consonat., Ord., L. 1, T. 65, ubi Peg., *juiz delegado*, define o mesmo Guerreiro, n. 4: «*Judex delegatus est, cui, vel ad causam cognoscendam, vel definiendam, aut exequendam, vel in totum à lege, vel a Principe, mandata vel data est jurisdictio, nihil proprium habens, sed totum à mandante recognoscens*». E *jurisdição suscitada*, ou excitada, diz o mesmo Guerreiro, n. 8, que se verifica «quando Princeps, vel superior potestatem habens excitat, ac movet jurisdictionem Judicis ordinarii, dando ei potestatem cognoscendi ultra casus, de quibus tanquam ordinarius tantum cognoscere poterat habita ratione ad jurisdictionem ordinariam, vel ordinariæ comparatam», etc. Advertindo nos n. 10 e 11 que «In tali casu Judex manet etiam ordinarius, quoad causam ei commissam per jurisdictionem excitatam; nam commissio, seu delegatio non efficit, ut Judex ordinarius dicatur delegatus, sed excitat tantummodo jurisdictionem... Princeps committendo Judici ordinario causam, non videtur delegare, sed excitare jurisdictionem», etc.

§ 8

Em consequencia, é bem evidente que o juiz, aliás ordinario, a quem a jurisdição se suscita para o conhecimento de alguma

causa que lhe não pertencia, só fica exercendo a jurisdição ordinaria dentro dos limites do seu territorio, porque aliás, sem expressa faculdade do tribunal palatino (como suppõe o § 86 do seu regimento), não pôde ir fazer acto jurisdiccional fóra do proprio territorio, em differença do juiz delegado Fragoso, *de Regim. Reip.*, P. 1, L. 4, Disp. 10, § 100 in fine, ibi: «Illud hic addi potest, quando jurisdictio delegatur, posse Judicem ordinarium limites suæ jurisdictionis ordinariæ transilire: secus vero, quando procedit tanquam ordinarius, *etiamsi excitetur per litteras Principis*».

§ 9

Só pois resta examinar em que circumstancias a jurisdição se entenda *delegada* ou só *suscitada*? O mesmo Guerreiro, n. 24 e 25, se explica assim, constituindo esta geral distincção: «Quando ex verbis, et modo loquendi potest colligi delegantem habuisse respectum ad personam delegatam, delegatio est personalis, et ex ea ordinarius efficitur delegatus: quando vero respectus non habetur ad personam, sed ad officium, seu dignitatem, jurisdictio non censetur purè delegata, sed tantum excitata, et suscitata, et ex ea ordinarius non efficitur delegatus». Conf. Fragoso, supra, n. 100. E como com muitos DD. adverte Peg., Tom. 5, ad Ord., L. 1, T. 65, in pr., n. 16: «Quod quando judici ordinario aliquid præcipitur, debet commissio interpretari, ut non censeatur aliquam jurisdictionem delegatam ei tribuere, sed ordinariam excitare, *nisi aliud manifeste apparuerit*». Optime et omnino videndus Bovadilh., in *Polit.*, L. 2, C. 21, a n. 25 e 30.

§ 10

A jurisdição *mandada*, de que trata o direito romano nas Pandect., L. 1, T. 21, expirou com os magistrados dos romanos, se acreditámos Schilter., Exerc. 5, ad ff., Thes. 22, ibi: «Cum ratio mandandæ jurisdictionis ex more majorum apud Romanos invaluerit, ita cum his et illam expirasse, ut hodiernis moribus vix ac ne vix quidem is, cujus jurisdictio mandata dici possit, existat». Aliter Stryk., *Us. mod.*, L. 1, T. 21, § 3, aonde conclue: «Quod commissarii, hodierni ita dati, ut nomine committentis causam sententia sua plene componant, sint mandatarii jurisdictionis; et

hinc illa, quæ his jure romano competunt, non esse deneganda». Esta discordia compõe o celebre Thomaz., Not. *de Us. Hod. ad Pand.*, L. 2, T. 1, pag. 40, dizendo: «Quamvis enim verum sit, aliquando commissionis tenori inseri ut commissarii possint sententia causas derimere; tamen propterea eorum jurisdictio nec propria est ex stylo juris romani, quia *commissarii* eam non habent ex jure magistratus, nec mandata, quia habent à principe; judex enim mandatarius principis est paradoxon juris romani, et cui a principe data est jurisdictio, is proprium habet. Neque terminus *mandatæ* jurisdictionis occurrit in L. 5, Cod. *de Judic.*, ad quam provocant», etc.

§ 11

Finalmente, *commissarios*, quaes serão, segundo os costumes e leis dos romanos? *Varii varia dixerunt*, Stryk., Vol. 7, Disp. 29, de *Clausula commissionum*, C. 1, vindo a concluir a n. 122, segundo o uso hodierno, ut ibi: «Decerni vero ut plurimum solent commissarii ad concordiam et justitiam, ita ut ante omnia concordiam promoveant, si vero hæc recusetur, tunc secundum justitiæ regulas causam dirimant: ac potestas eorum non amplissima est, sed secundum commissionem, et quidem strictissime, ac ad amussim omnia peragere debent, ut alias juris est notissimi. Dantur vero nonnulli vel ad simplicem causæ cognitionem, hoc est ut ea explorata desuper referant, qui modus est maxime in usu alii etiam ut votum adjungant suum: alii ut etiam sententiam superadant, adeoque totam causam decident: alii denique ut etiam sententiam suam exequantur, si commissio decreta sit cum clausula, remota appellatione. Sic quoque ex commissionis formula dependet modus procedendi, sæpe enim committi solet causa expedienda de plano», etc. Omitto as diferenças entre todas estas especies de jurisdição, que podem ver-se em Stryk., nos lugares citados, e em Fragoso, supra.

§ 12

Depois d'estas prenoções segundo os direitos romano, canonico e uso das nações, passemos ao systema da nossa legislação. O § 45 de que tratámos, se explica por esta phrase; «Provisões para os corregedores... Juizes de fóra poderem conhecer de alguns feitos

ou causas, quando as partes allegarem rasões para isso; e isto pedindo as taes commissões a pessoa menos poderosa... e estando o julgador a que se as taes causas commetterem dentro de dez leguas... E não se concederão as ditas provisões... para se levar alguma parte de fóra ao lugar, aonde morar o que pedir a commissão. E as ditas commissões se não concederão para ouvidores de terras de senhores, etc.» Em outros semelhantes casos usa das mesmas palavras o legislador na Ord., L. 1, T. 1, § 24, ibi: «Os feitos que lhe estiverem commettidos... fazendo o regedor commissão a desembargador que officio outro não tenha. L. 1, T. 6, § 9, ibi: Desembargador a quem commettermos algum feito. L. 1, T. 2, § 7, ibi: Commetterá os feitos, etc. e T. 4, ibi»: «Fará as commissões a outros desembargadores... quando houver de fazer a commissão, etc.» Não se notando uma só palavra expressiva de delegação. Só a de commissão, de que a propriedade e effeito é o que já vimos (§§ 5 e 11). Concorda a Ord., L. 2, T. 43, in princ. ibi: «O julgador ou commissario a que (a provisão) for apresentada», etc.

§ 13

Depois da extincção do imperio romano, estas commissões de causas não são jamais delegações e mandatos de jurisdicções, são de nova e diversa natureza, uma regalia do principe para fazer avocar causas competente ao conhecimento de um juiz e commette-las a outro; tendo hoje outro nome de avocação de causas, como largamente prova Castilh., Tom. 7, *Controv.*, C. 41, a n. 120, ibi: «Item evocandi ad se omnes causas tam incipientas, quam inceptas, et pendentes coram ordinariis in quacumque parte judicii, et in quocumque statu, *alisque committere*, et delegare competit regibus ratione maioriæ, seu regaliæ, estque Jus regale Supremum», etc.

§ 14

É repugnante a toda a rasão e a toda a equidade, que qualquer pessoa seja arrancada violentamente do juizo do seu domicilio em primeira instancia para ir litigar em outro, como declama Mello Freire, L. 4, T. 7, § 32, na nota, optime Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 56, §§ 1 e 2, aonde admiravelmente expõe os prejuizos e inconvenientes que resultam do contrario. Bem os teve em vista

a Ord., L. 1, T. 65, § 18, enquanto manda a todos os juizes e justicas... que de feito conhecerem, que não remetam feito algum... a outro algum superior, sem nosso especial mandado, mas processem os feitos e dêem n'elles sentença final... salvo nos casos que lhes expressamente mandarmos, etc.» E por isto é que no L. 3, T. 11, se manda que qualquer só possa ser demandado no seu juizo e na Ord., L. 3, T. 20, § 9, e T. 49, permite a declinatoria do fôro, etc. A menos que ou a natureza da causa ou o privilegio especial das pessoas (de quib. Mello, d. § 32), não sejam mais forçosos para cessar em geral o favor dos réus (se bem que contra taes privilegios declama Mello).

§ 15

Póde ser que um auctor careça de algum d'aquelles privilegios, mas que concorram as urgentes causas que faz precisas o nosso § 45. O legislador pois permite em falta de privilegio, e pelas mesmas causas, que um menos poderoso leve a diverso juizo o mais poderoso debaixo das circumstancias que requer o mesmo § 45. Mas bem reflectido elle ou é uma dispensa das mais ordenações referidas e outras, ou contém um novo privilegio concedido ao menos poderoso contra o mais poderoso ou um attributo da regalia do summo imperante. Se se considera como dispensa das ordenações, é uma graça stricta por natureza, Barbosa, Vol. 58, Peg., Tom. 2, ad Ord., pag. 39, n. 93. O mesmo se olha como privilegio, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 14, de *Finib. privilegiorum regundis*, Stryk., Vol. 4, Disp. 24, *De privilegiorum interpretatione*. Se como commissão, já vimos no § 11 a sua indole e natureza; se finalmente como avocação de causa de um para outro juizo, estas avocatorias, aindaque dependentes do real poder e arbitrio (§ 13) são odiosissimas, offensivas das partes, prejudiciaes á republica, de uma strictissima interpretação, como bem advertem Castilh., Tom. 7, C. 41, n. 123, Bovadilh., *in Politic.*, L. 2, C. 16, a n. 100. *Omnino videndus*, Tondut., de *Prævent.*, P. 1, C. 7, a n. 7, Cyriac., Contr. 515, Salgad., de *Supplicat.*, P. 2, C. 31, n. 90, Fontanell., Decis. 522, Hev. Volan., *in Cur. Filipp.*, L. 1, C. 9, n. 6. Addentes ibidem, n. 4, optime, Fabr., *in Cod.*, L. 3, T. 1, Def. 1. E nos termos do nosso mesmo § 45,

assim o disse Peg., *ibidem*, n. 18, Tom. 2 e 7, ad Ord., ad *Regim. Senat. Palat.*, C. 35, sub n. 2, §. *Et hujusmodi rescripta sunt limitanda.*

§ 16

Eis-aqui a formalidade com que se costumam conceder as referidas provisões. «Faço saber a vós juiz de fora de N. que, etc. Hei por bem ordenar-vos que tomeis conhecimento da causa de que se trata, e que ouvidas as partes a determineis com justiça, dando appellação e agravo nos casos em que couber para juizo competente, e havendo autos vos serão levados no estado em que se acharem; cumprindo-se esta provisão como n'ella se contém».

Tal é o antigo formulario com que na conformidade do dito § 45 se passam estas provisões. E por mais que se requeira que o juiz de fóra conheça também da execução (como muitas vezes tenho requerido) nuca se excede este formulario, ficando nós na intelligencia de que taes rescriptos não se concedem *ultra solitum*, e na regra: *Princeps unum concedendo de duobus petitis videtur alterum denegare*. Altrogad., L. 1, Cons. 2, n. 36, Sabell., § *Princeps*, n. 22. Quando assim a commissão (ainda delegação) é restricta para o conhecimento até a definitiva, expira, proferida esta, Silva ad Ord., L. 3, T. 66, § 6, n. 26.

§ 17

Nota-se, 1.º, n'este formulario de taes provisões que n'ellas se não encontra uma só palavra expressiva de delegação ou equipolente d'aquellas, que a significam e que expõe Frágos., P. 1, L. 4, Disp. 10, § 1, Bodavilh., *in Polit.*, L. 2, C. 21, a n. 27, e só se manda ao juiz de fóra, corregedor ou provedor que conheça da mencionada causa dando appellação e agravo. E não se podendo dizer delegado do principe cessa a opinião penotada no § 1, que permite ao delegado do principe executar a propria sentença, bem que ainda aqui ha a distincção, de qua Silva, ad Ord., L. 3, T. 66, § 6, n. 26 e 27.

§ 18

Nota-se, 2.º, que commettida assim a causa a um corregedor ou juiz de fóra, não *nomine personæ*, mas *nomine Officii et dignita-*

tis (tanto assim que passa o conhecimento a seu successor), e sem outra alguma expressão, fica a sua jurisdição sendo propriamente *suscitada e não delegada* (§§ 7, 8, 9). E por isso, não podendo exceder os limites do seu territorio sem outra expressa graça (§ 8), não pôde executar a sua sentença em bens que estejam fóra do seu territorio, e necessariamente deve deprecar o juizo em que está a pessoa e em que estão os bens do condemnado (§ 4).

§ 19

Nota-se, 3.º, que estas provisões não alteram as alçadas nem salarios, nem a ordem e fôrma do procedimento regular, e mandam dar appellações e agravos para os juizes aliás competentes dos mesmos magistrados, quando conhecessem como ordinarios das causas dos seus territorios, etc. E por isso, à fortiori, é suscitada e não delegada a sua jurisdição., DD., supra, § 17, Guerreiro, *de Recus.*, L. 5, C. 5, a n. 13, e as consequencias são as mesmas (§§ 4, 17 e 18).

§ 20

Nota-se, 4.º, que quanto ao poder de executarem esses magistrados as suas sentenças, nada dizem as provisões, nem expressamente lhe concedem tal jurisdição para esse fim. E necessariamente deve interpretar-se que a jurisdição commettida expirou pelá sentença, e que não pôde jamais executa-la, interpretação que se faz provavel e provada com as seguintes razões.

§ 21

Primeira. Porque assim o faz interpretar a natureza strictissima d'estas graças, ou se considerem como *dispensas, privilegios, commissões* ou *avocações de causas* (§§ 14, 15, junto o § 11). E na figura de *commissarios* (palavras com que na materia sujeita se explica o nosso legislador, § 12), não podem executar as proprias sentenças (§ 5). O que bem se evidencia com os outros casos referidos nas Ord. citadas no § 12, nos quaes nunca jamais esses desembargadores, a quem o rei ou, em seu nome, o regedor commettem os feitos, executam as proprias sentenças.

§ 22

Segunda. Porque consideradas estas provisões como avocatorias de causas (§ 13 et 15), é bem notavel o § 23 da Ord., L. 1, T. 58, aonde tratando o legislador dos casos semelhantes, de que os corregedores fóra dos juizos dos domicilios podem conhecer por acção nova ou avocatorios, diz que os *processarão e determinarão finalmente conforme sua alçada*. E a praxe de julgar tem interpretado que esta jurisdicção se não amplia ás execuções que devem necessariamente fazer-se no domicilio do réu condemnado, Guerreiro, Foro, Q. 82, a n. 11.

§ 23

Terceira. Porque a instancia da causa termina pela sentença final, tanto assim que expira o mandato ao procurador constituido para essa demanda, Ord., L. 3, T. 27, in princ. A execução da sentença é um juizo novo em que se requer nova citação, Ord. L. 3, T. 86, in pr., T. 9, § 12, in fin., T. 76, § 2, L. 2, T. 53, § 1, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 1, n. 22; bem como a liquidação é um juizo novo em que também se requer nova citação, Moraes, *supra*, n. 57, Guerreiro, Tr. 4, L. 8, C. 9, n. 9., tanto assim que para a execução da liquidação não basta citar-se o procurador, Moraes, n. 23, não sendo elle tal que podesse ser citado no começo da demanda, como com os mais reinicolas concilia Silv., ad Ord., L. 3, T. 86, in pr., n. 63. E d'aqui vem a ser indispensavel fazer-se no juizo do condemnado a execução, aindaque a sentença que se executa seja proferida na supplicação ou pelo corregedor do civil da côrte, como com os mais reinicolas prova Silv., ad Ord., L. 3, T. 86, in pr., n. 16, sobre o que refere um antigo assento, Peg., Tom. 4, ad Ord., pag. 105, n. 705, ibi: «Sentenças dadas pelos corregedores da carta ou desembargadores dos ággrayos, entre pessoas que não podem trazer seus contendores á côrte, se não podem executar nem liquidar no dito juizo», etc. Conf. Guerreiro, Tract. 4, L. 8, C. 9, n. 5.

§ 24

É verdade que a execução e liquidação se póde fazer pelo juiz mesmo que proferiu a sentença, quando o que a obtem em seu

favor é um d'aquelles que gosam de privilegio pessoal e especial, como as viúvas, orphãos, e os mais que refere Mello, L. 4, T. 7, § 32, como assim limitam os citados Silv., a n. 17 et 39, Guerreiro, a n. 6. Mas para esse fim é necessario um privilegio tal qual têm expresso essas pessoas; só a respeito d'ellas se limita a regra de qua § 23. E como estas provisões não a limitam nem facultam aos commissarios executar suas sentenças: «Regulæ in dubio inhærendum est, donec contrarium sive exceptio probetur», etc., Barbosa. et Tabor., L. 16, C. 31, Ax. 7, maxime attenta a stricta natureza de taes commissões e o odioso d'ellas (§ 13). O simile do juiz arbitro, de quo Silv., ad Ord., L. 3, T. 66, § 6, n. 14, não é para desprezar.

§ 25

Quarta. Figure-se appellada uma sentença d'este commissario, e confirmada ou revogada na relação. Elle *functus est officio suo*, a comissão acabou pela sentença appellada, e a jurisdição se devolveu na causa ao superior. Quem ha de pois executar a sentença da relação contra o condemnado de territorio diverso? O commissário? Por que titulo? Pelo de commissario? A comissão acabou pela sentença de que se appellou, e acabou o conhecimento que se lhe commetteu da causa até dar appellação e agravo. A execução da sentença na relação já é um juizo novo e diverso (§ 23). Como póde pois um tal commissario executar a sentença sua ou da relação sem nova comissão? Nunca o pude comprehendere, e por isso sempre costumei impetrar nova provisão para a execução das sentenças.

Nota. Pelo menos não é a decisão tão facil, e sem duvida, como suppoz um certo julgador, rejeitando in limine, como calumniosa, uma excepção de incompetencia que se lhe oppoz, querendo executar em diverso territorio uma sentença que proferiu como commissario por uma tal provisão, sem nem ainda ao menos ouvir as partes.

FIM

Er. Edl
6/19/24

