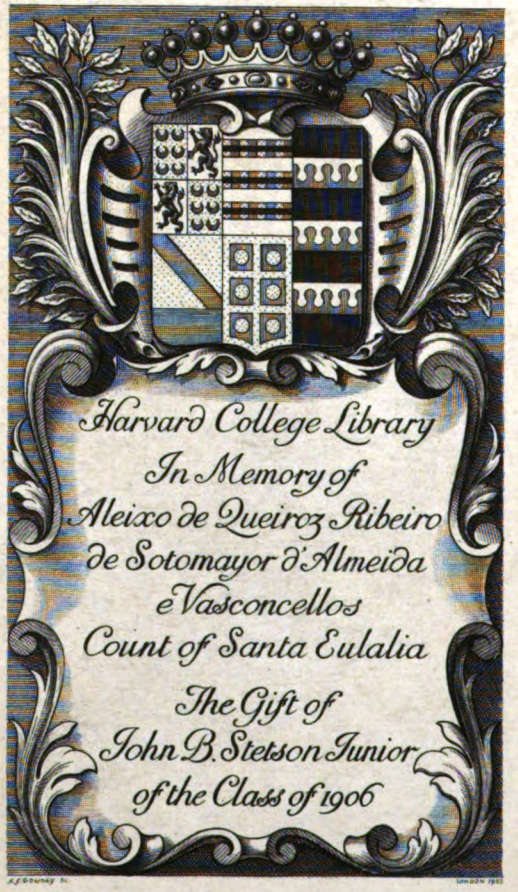
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 789 475

Digitized by Google

1.45



Digitized by Google

PORTUGAL

Digitized by Google

Digitized by Google

126

Digitized by Google

Digitized by Google

FASCICULO

DE

DISSERTAÇÕES

JURIDICO-PRATICAS

POR

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO

TOMO I

LISBOA
IMPRENSA NACIONAL
1866

Digitized by Google

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

For TX
A447 4

JUN 16 1924

Digitized by Google

DISSERTAÇÃO I

Do juramento ao cabeça de casal no inventario

§ 1

Manda a Orden., L. 1. T. 88, § 4, ao juiz dos orphãos, que elle «dará juramento á pessoa, em cujo poder ficarem os bens; que faça inventario de todos elles, bem e verdadeiramente». Entra pois a duvida se o cabeça de casal póde prestar este juramento por procurador? O nosso Guerreiro, *de Inventario,* L. 1, C. 8, n. 15, seguindo a Peg., Tom. 7, ad Ord., L. 1, T. 87, v. 8, n. 12, e um aresto que refere o mesmo Pegas, assenta que não, e a rasão de ambos é, porque a lei requer *pro forma* que o inventariante jure em pessoa, para que o juramento lhe estimule a consciencia; bem como a Ord., L. 3, T. 43, manda jurar pessoalmente de calumnia; ninguem póde ser admittido a depor na causa por procurador, nem a testemunha a jurar por procurador, mas por si mesma deve pessoalmente: segue esta opinião Pona, Cap. 2, n. 40.

§ 2

Em contrario traz o Repertorio debaixo da conclusão,

Digitized by Google

inventario que se fizer, etc., uma nota do senador Oliveira, que depois de citar Guerreiro, supra n. 15, diz: «A quo tamen cavendum censeo, dum n. 15, sequendo sententiam Pegas censet ejusmodi juramentum non posse præstari per procuratorem, quod nullo jure probatur»: A esta nota seguiu sem tino e sem critica Franç. *ad Mend.*, Tom. 2, L. 1, C. 2, § 8, n.° 2322.

§ 3

Podia aquelle senador não ser tão absoluto na sua proposição, como *ex cathedra,* contra um aresto do senado, em que haviam votado muitos, e contra tantos similes que o confirmavam: podia em contrario dizer: 1.°, que por direito civil todo o juramento se póde prestar por procurador com especial mandato, L. 9, § 6, L. ult., § 7 ff. *de jurejurand.*, L. 7, L. 13, § *Si alieno.* ff. *de damn. infect.* Cap. fin. *de Juram. Calumn.* in 6, Cap. *Qui ad agendum de procurator, in* 6.°; 2.°, que todos os actos civis se podem expedir por procurador, L. fin. *Cod. de procurator, et qui per alium facit per se ipsum facere videtur,* Cap. *Quod quis per alium de Reg. Jur. in* 6.°; 3.° que os mesmos canones admittem por procurador, o juramento de calumnia na alma do constituinte, Cap. 2, § 1. C. *fin. de Juram. Calumn. in* 6.° *et ad omnia* late Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 2, Sec. 1, C. 4, a n. 303.

§ 4

Porém o senador Oliveira errou emquanto disse, *nullo jure probatur;* pois a nossa Ord. bem reflectida diz, que o juiz dará o juramento á pessoa, em cujo poder ficarem os bens. Aqui requer que a pessoa mesma jure, e não um procurador, em cujo poder não ficaram os bens; e quando a lei assim exige o juramento pessoal não se cumpre por procurador, *Thesaur.*, Q. 56, L. 3, Nigr., *de Execut. Rei Judicat.*, C. 7, § 8, n. 41, Altim., Tom. 2, Rubr.

Digitized by Google

11, Q. 26, n. 72, aonde, depois de expor algumas limitações da regra, que se póde jurar por procurador, connumera esta «ubi formaliter requireretur a lege vel statuto, quod quis per seipsum juraret».

§ 5

Por outra parte: «Ejusmodi juramenta in alterius animam praestita valde impugnat Oldekop. in Dissert. Special. de juramento in alterius animam; et ips. Anto. Mathaei in Tract. de Judic. C. 10, Thes. 48, prorsus absurdum jurandi modum esse dicit, qui fit in animam vel conscientiam alterius, quoniam ipsum juramentum aliquod personalissimum est, secundum Cap. Veritatis 14, et quæ ad illud docuit Hostiens Jurejur.» etc. Ita Stryk., *de Cautell. Jurament.*, P. 2, Sec. 1, Cap. 4, a n. 313.

§ 6

Muito mais quando a lei manda que jure o cabeça de casal, porque, como diz Fabr., in Cod., L. 4, T. 1, Def. 31: «Jurare jussus non est audiendus si jurare velit per procuratorem, tametsi prohibeatur justo aliquo impedimento ad eum Locum accedere in quo jurandum est, quoniam multo facilius, et audacius absens, et per alium, quam praesens pejeraret... fieri plerumque solet ut ex jurantis vultu, et titubatione Judex perjurium detegat, aut pejerandi proclivem voluntatem, etc.»

§ 7

«Non immerito igitur (continua Stryk., a n. 316) a tali modo jurandi cavendum esse, ne in judicio admittatur, dixeris siquidem nemo inficias ibit, quod magis soliciti sint litigantes de salute animarum ubi ipsi juramenta præstare coguntur, nec tam facile ad jurandum prosiliant; quin et Judex facilius præcavere et dissuadere po-

Digitized by Google

terit perjurium, ubi ex ipsius principalis vultu et gestibus aliquam hæsitationem, vel titubationem animadvertit; melius quoque ipsum principalem de vitando perjurio admonere potest; quæ admonitio præsente principali facta magis ipsum movebit; quam ubi in ipsius absentia procurator ad jurandum admittitur. Siquidem Procurator quidem principalis nomine jurat, sed non ejus nomine descendit in infernum, ut loquitur Ventur., *de Valent. in Parthen. Litigios.*, Lib. 2, Cap. 7, n. 12, etc., etc.»

§ 8

Por estas rasões em algumas nações se prohibe absolutamente que alguem possa jurar por procurador, como n a Saxonia, no ducado de Magdeburgo, etc., Stryk., supra an. 323. E portanto reprovavel a opinião do senador Oliveira, emquanto admitte n'este caso o juramento por procurador, e necessariamente deve recebe-lo em pessoa o cabeça de casal. A regra: Qui per alium facit, etc. só procede «in quavis alia actione quam personali, qualis omnium fere est sacrarum rerum receptio, quorundam confectio, nec non et administratio,» Gibert., *Corpor. Jur. Canon.*, Tom. 1, pag. 382.

§ 9

Tambem o juiz dos orphãos não póde (como vulgarmente se costuma) commetter ao escrivão a faculdade de deferir este juramento ao cabeça de casal, como refere julgado Peg., Tom. 7, ad Ord. L. 1, T. 87, § 8, n. 12; segue-o Guerreiro, T. 1, L. 1, C. 8, a n. 8, aonde o comprova com regras ordinarias da observação precisa da fórma dada pela lei, que o incumbe ao juiz prestar esse juramento. Mas a melhor rasão consiste, em que pela lei é eleita a pessoa do juiz para deferir o juramento ao cabeça de casal, e por isso não póde commetter a outro a delação do tal juramento, *ex traditis* per Fragoz., P. 1, L. 4, Disp., 10, a n. 119; bem como não podem os juizes (apesar do

Digitized by Google

abuso contrario) delegar as audiencias, Ord., L. 1, T. 5, § 15, T. 7, § 24, T. 8, in princ., T. 65, § 4: e isto porque é pelas leis eleita a industria da pessoa, Pinto Ribeiro, Relac. 3, n. 68, nem as presidencias ás arrematações, Alvar. de 25 de agosto de 1774, § 32, etc., etc.

§ 10

O regimento ultramarino de 1754, debaixo do Tit. dos juizes dos orphãos, assim o suppõe, emquanto diz: Os juizes dos orphãos do auto do inventario, *e juramento ao inventariante,* e avaliadores levarão 400 réis, etc.: porque exige do juiz que elle defira o juramento ao inventariante, e por isso lhe assigna o salario pessoal, que aliás não merecia dando commissão, Guerreiro, Tr. 2, L. 8, C. 25, a n. 189.

§ 11

Vejo que Pona, Cap. 2, n. 38 e 36, limita o caso de haver costume de commetter o juiz ao escrivão a delação d'este juramento, quando está occupado com indispensaveis obrigações, e legitimamente impedido; porém tal costume seria corruptela contra as leis, á vista do que tenho ponderado.

DISSERTAÇÃO II

Do juramento nas querelas e nas denuncias

§ 1

Quanto ás querelas, no caso em que se admittem a qualquer, ou como interessado, ou como pessoa do povo, é bem clara a Orden., L. 5, T. 117, § 16, sob pena de nullidade. Quanto ás denuncias, disse Peg., Tom. 3, ad

Digitized by Google

Ord., L. 1, T. 11, § 2, «dari denuntiationem cum juramento, et sine juramento», e João Pinto Ribeiro, Relac. 3, n. 35, só exige juramento nas denuncias para ser ou não condemnado o denunciante nas custas, entendendo assim a Ord., L. 5, T. 118, § 2, pela do L. 1, T. 11, § 2, ubi: «Pendendo a condemnação das custas d'estas denunciações de serem ou não juradas, conforme ao Tit. 118, § 2, do L. 5, rasão por que no L. 1, T. 11, § 2, se manda cotar, se é jurada ou não».

§ 2

Ou Pegas errou, ou para salvar o seu erro se deve entender, que quando falla das denunciações não juradas, suppõe as que dão os quadrilheiros, pelo preceito da Ord., L. 1, T. 73, §§ 2, e 11, como nos romanos os officiaes destinados, que chamavam Curiosos, Stacionarios, Irenarchas; os quaes não eram condemnados em custas, a menos que não fossem comprehendidos em evidente e dolosa calumnia, porque a necessidade do officio os obrigava, Boehmer. ad Pandect., Exerc. 97, Cap. 2, § 11; e como na Allemanha aquelles de que trata o mesmo Boehmer., Cap. 4: só quanto a estes se devem entender as palavras de Pegas: et sine juramento; para o salvar do erro.

§ 3

Pelo que respeita á doutrina de João Pinto Ribeiro, é verdade dizer a Ord., L. 5, T. 118, § 2: E denunciando alguem com juramento de outra pessoa, sendo o denunciado achado sem culpa, será o denunciador condemnado nas custas, como se tivesse querelado»; porém d'aqui não se infere necessariamente a deducção de Pinto Ribeiro, porque, quem nos diz que a Orden. não tivesse em vista as denuncias sem juramento, que dão os quadrilheiros na fórma da Ord., L. 1, T., 73, em differença das que dão outras pessoas que devem jura-las; para, não aquelles,

Digitized by Google

mas estes deverem ser condemnados em custas, sendo absoltos os réus? Por outra parte, a lei suppõe que as denuncias (como as querelas) devem ser juradas; por isso diz: «denunciando alguem com o juramento». Se o juiz lh'o não deferiu, errou; e se o denunciante por isso não jurou, porque se lhe não mandou jurar, é a denuncia nulla como a querela; o erro foi do juiz, e inculpavel o denunciante, *ut in Simili* Franç. *ad Mend.*, Ar. 26. Se jurou então fica culpavel pelas custas.

§ 4

A Ord., L. 1, T. 11, § 2 tambem não prova a proposição de Pinto Ribeiro, emquanto adverte aos ouvidores do crime, que «se for denunciação sem juramento, e sem testemunhas ou com ellas, e sem juramento, assim o cotará, e porá na cota: fallece tal cousa». Ad quid mandará a lei fazer esta cota e advertencia? Não o declara: podemos adivinha-lo? Quem nos certifica que assim o mande cotar para na relação se annullar a denuncia?

§ 5

O certo é que a Ord., L. 5, T. 2, § 5 manda que os blasfemos, os que o souberem, postoque não querelem, possam em segredo denunciar por juramento; e que especialidade haverá para se jurar a denuncia n'este caso, e não se jurarem as denuncias em todos os mais casos? Se aqui manda que, sendo o denunciado achado sem culpa, será (como se exprime o T. 118, § 2) o denunciador condemnado nas custas, como se n'elle tivesse querelado?

§ 6

O certo é que o regimento dos portos seccos, Cap. 44, manda jurar as denuncias, sejam quaes forem os denunciantes, feitores geraes, guardas, quaesquer officiaes de

Digitized by Google

justiça e fazenda, e pessoas particulares, ut ibi: «Aos quaes mando se recebam as denunciações dando juramento aos denunciantes, se bem e verdadeiramente dão as ditas denunciações», etc. Ora, o omisso em umas leis se suppre pelo mais expresso em outras.

§ 7

O certo é que esta é a (praxe interprete das leis) como attesta Solano, *ad Regim. Fodinar.*, ad § 25, n. 2, pag. 68, ibi: «Tomará as denunciações... Attamen (reprovando Peg. no logar citado) sub juramento dari, ac recipi debere arbitror, in usuque forensi praticatum video», assim o suppõe como pratica indubitavel o auctor das *Primeiras linhas do processo criminal*, § 45, aindaque erra, em quanto na nota, com Berger., diz, que n'este caso em que se verifica denuncia propriamente tal, o denunciante não é obrigado fazer prova do crime que denuncia: só se falla das denuncias que dão e davam os quadrilheiros, os curiosos, os stacionarios por obrigação do officio (§ 2); de outro modo é opposto ás claras Ordenações, L. 5, T. 2, § 5, T. 117, § 2. Exigir juramento n'estas denuncias, e não ser obrigado a prova-las, é contradictorio com as citadas Ordenações.

§ 8

Assentemos pois que em todas as denuncias (de que o citado moderno auctor recopillou os casos na Not. 3, ao § 44, e em outros mais no meu *Tratado das denuncias)* deve dar-se juramento ao denunciante: a sua omissão é nullidade; e sendo calumniosa a denuncia deve ser condemnado como se querelasse, sem differença alguma, ex d. Ord., L. 5, T. 2, § 5, e T. 117, § 2.

§ 9

O juramento, ou seja para a querela, ou para a denun-

Digitized by Google

cia, não póde prestar-se por procurador sem regia dispensa, Vas, *ad Reformat. Justit.*, § 1, n. 3, o auctor das *Primeiras linhas criminaes,* Not. 3, ao § 40; e ainda que tambem limita o caso de se achar o querelante legitimamente impedido, não o prova com lei ou doutor, e eu não admitto tal limitação, porque a Ord., L. 5, T. 117, § 6 exige a personalidade; conduzem as rasões de Guerreiro, Tr. 1, L. 1, C. 8, a n. 8 e 15; e melhor pelas de Stryk., *de Cautell. Juram.*, p. 2, Secç. 1, C. 4, a n. 310.

§ 10

E quando obtida provisão se preste este juramento por procurador, deve na procuração ser expresso jurar na alma do constituinte, que bem e verdadeiramente dá a pretendida querela (palavras que exige a lei), por se persuadir e crer, que crime expresso (e que deve expressar) é verdadeiro, e que o póde provar, Golin., de Procurat., P. 2, C. 5, n. 27.

Seria para desejar que nem ainda se concedesse provisão para se jurar querela por procurador, com dispensa da Ord., L. 5, T. 117, § 6, attentas as rasões que vemos em Stryk., *de Cautell. Juram.*, P. 2, Secç. 1, C. 4, a n. 310.

Digitized by Google

DISSERTAÇÃO III

SORRE AS INSINUAÇÕES

Analyse completa da lei de 25 de janeiro de 1775 e do assento de 21 de julho de 1797

PRENOÇÃO I

Definição e divisão das doações

§ 1

Debalde se propozeram os DD. idear diversas definições da doação, como se vê em Altimar., Tom. 5, Q. 35, a n. 1, Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 1,, a n. 37, quando está bem propriamente definida na L. 1, D. *de Donat.*, ibi: «Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, *et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem, et munificentiam exerceat*»: hæc propriè donatio appellatur». Na L. 20, D. eod. tit., ibi: «Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur: e na L. 214, D. de Verb. Significat., ibi: «Dona autem proprie sunt, quæ *nulla necessitate juris, officii, sed sponte dantur,* si non præstentur nulla reprehensio est». Confira-se a L. 18, D. *de Adimend. Legat.*

§ 2

Portanto a definição mais adequada da doação é a que segue Portug., supra, n. 40: «Ut sit Concessio alicujus rei non prohibitæ, animo dominium irrevocabiliter transferendi *ex mera liberalitate facta*». Coincidem Vinn. ad princ. *Inst. de Donat.*, Struv., Exerc. 40, Thes. 4, ibi:

Digitized by Google

«Absoluta et propria Donatio inter vivos est gratuita rei licitæ in alterum acceptantem, animo nunquam revocandi facta, *nullo jure cogente,* seu ex Liberalitate collatio».

§ 3

Divide-se pois a doação geralmente (alem da divisão *Entre vivos e Causa mortis)* em doação *propria,* e em doação *impropria:* doação *propria* é aquella em que se verifica a sua definição (§§ 1 e 2); doação *impropria,* é toda outra doação, que é *remuneratoria,* que é *ob causam, sub modo aut conditione;* e que quanto ao donatario não contém causa meramente lucrativa, ou que é ao donatario onerosa, Portug., supra, n. 41, 42, 43, *optime* Vinn., supra, ad princ. *Instit. de Donat.*, e melhor que todos o Card. de Luc., *de Donation.* in Summ., a n. 5, aonde de outro modo diz, que a doação entre vivos se distingue em *pura* e *causativa* que *pura* é aquella que não tem outro motivo mais que a liberalidade da parte do doador e lucro da parte do donatario, e que a *causativa* é a que tem causa congruente de meritos, matrimonio carnal ou espiritual, onus ou recompensa, e que a mesma causa se subdistingue em verdadeira e propria, ou impropria e abusiva, etc.

No n. 22 outra vez diz o mesmo de Luc.: «Vera et propria donatio inter vivos ea est, quæ nullum habens admixtum onus, vel correspectivitatem, sive præcisam *aut moralem necessitatem,* aliamque causam a mera liberalitate, ac benevolentia deviantem, ex solo benevolentiæ motivo derivans gratuito fiat», etc. E no n. 50 expõe as doações *improprias e causativas,* quaes as remuneratorias, correspectivas, onerosas, condicionaes, etc. Confira-se Formey, *Extraits de Wolph.*, L. 3, C. 1, § 22, et seqq.

Digitized by Google

PRENOÇÃO II

Rasões politicas e civis que occasionaram a necessidade da insinuação entre os romanos e depois das nações

§ 4

Não me atrevo a ser censor da verdade dos factos historicos, da necessidade da insinuação, factos e vicissitudes de legislações, que expoz o proemio da lei de 25 de janeiro de 1775, e que poz em duvida Mello Freire, L. 2, T. 9, no fim da Not. ao § 20; acinjo-me tão sómente a expor as causas por que o direito romano, e *ad instar* d'elle, o das mais nações introduziram a necessidade da insinuação. Thomazio (este melhor indagador dos arcanos do direito romano) nas notas ao *Digesto*, L. 39, T. 5, pag. (mihi) 307, diz que foi introduzida esta solemnidade «ut falsa et fraudes evitarentur in donationibus, potissimum maioris momenti; imprimis cum Græci et Itali ad alios decipiendos valde proni fuerint». Os mais DD. uniformemente raciocinaram: «Rationem hujus insinuationis triplicem fuisse: (1) ut inter donationem et ejus insinuationem possit deliberare donans, an sibi expediat donationem perficere, nec ne: (2) ut iteratio actus (quæ fit per insinuationem (ostendat, atque declaret perseverantiam mentis ipsius donatoris, sicut dicitur de actu geminato: (3) ut tollatur omnis suspicio fraudis, falsisque occurratur probationum modis». Assim com outros DD. Mull. ad Struv., Exerc. 40, Thes. 10, Not. (3) Coincide Portug., *de Donat..*, L. 1, C. 3, n. 30, dizendo que pela insinuação «Consultum fuit utilitati donatis, ut ex præsentia judicis, coram quo insinuatio erat facienda, donans bene advertat ad Donationis actum perficiendum: quandoque enim evenit, ut Donationes imprudenter, et extra deliberationem voluntatis fiant, et in prodigalitatem ex importunis, et callidis suasionibus Donatariorum ruant». Concordam em

Digitized by Google

substancia os mais DD., com os quaes Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 43, n. 41, 62, 63 e 134, Cald., Cons. 19, Card. de Luc., *de Donat.*, Disc. 60, n. 6, Furgol., Tom. 5, *Commentar, á Ord. de Luiz XV*, Art. 19, Torr., *de Pact. futur. success.*, L. 2, C. 31, a n. 15, Barbos. et Tab., L. 9, C. 91, Ax. 4.

§ 5

Outros DD. acrescentam, que na necessidade da insinuação versa o favor da causa publica «ne Civibus egenis oneretur Respublica, quod fieri posset, si homines aut fraude decepi, aut temere, et sine circunspectione magnas opes profunderent», Stryk., Vol. 2, Disp. 12, C. 2, n. 22, Cald., supra, ✝ *Quae omnia*. Estas as rasões por que a nossa Ord., L. 4, T. 62 manda que a insinuação se fará tirando-se inquirição, em que primeiro será perguntado o que fez a doação, se a fez por induzimento, arte, engano, medo, prisão, ou outro algum colluio, e se é contente que a doação por elle feita seja pelo rei confirmada e approvada. E bem assim devem ser perguntados alguns seus vizinhos que tenham rasão de saber como a doação foi feita, etc.

§ 6

Por isto é que sendo introduzida a necessidade da insinuação pelas ditas rasões (§ 4), e pelo bem publico (§ 5) não póde renunciar-se pelo doador, Stryk., supra, n. 23, Gomez., 2.°, Var. C. 4, n. 7, nem ainda com juramento (por mais que se obtenha dispensa da Ord., L. 4, T. 73), Constantin., supra, a n. 13, Stryk., n. 24; porque com a mesma facilidade com que qualquer suggerido ou illudido, etc., doaria seus bens, com a mesma faria mil renuncias: confira-se a Ord., L. 4, T. 13, § 9, e T. 61, § 9, L. 67, § 3, D. *de Condit. Indeb., signanter* Card. de Luc., *de Donat.*, Disc. 60, n. 20, Torr., *de Pact.*, L. 2, C. 31, a n. 36, Furgol., Tom. 5, pag. 257.

Digitized by Google

Com rasão adverte Mello, L. 2, T. 9, na nota ao § 20, que só n'este reino dependem as insinuações de confirmação regia, na fórma da Ord., L. 4, T. 62, e já antes dos tempos da Ord. Affonsina por antiquissimo uso, como se nota na mesma, L. 4, T. 67. Porque com effeito em Roma, e nas cidades sujeitas ao imperio romano, se faziam as insinuações perante os magistrados que declara a L. 30, C. *de Donat.;* nas mais nações perante qualquer magistrado, e ainda mesmo que não seja do domicilio, por ser acto de jurisdicção voluntaria, como do Belgio, Antuerpia, Hespanha, Saxonia, etc., Mull., *ad Struv.*, Exerc. 40, Thes. 10, Brunnem, in L. 27, C. *de Donat.;* na França antiga, segundo o Art. 24 da Ord. de Luiz XV, de 1713; na Sardenha pelo Cod., L. 5, T. 22, C. 4; em Roma pelo estatuto que refere Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 43, in rubric.

PRENOÇÃO III

Quaes doações eram, especialmente pelas leis romanas, unicamente exceptuadas da necessidade da insinuação? Comprehensão das mais em que era necessaria: excepções pelos DD.

§ 7

Eram unicamente exceptuadas da insinuação pelas leis romanas: 1.°, as doações feitas pelo principe, L. 34, in princ., C. *de Donat.;* 2.°, as que algum particular fazia ao principe, Novell. 52, C. 2; 3.°, as que os generaes da milicia faziam a seus soldados, L. 36, § 1, L. 54, C. *de Donat.;* 4.°, as feitas para redempção de captivos, L. 36, C. eod; 5.°, as feitas para refeição das casas arruinadas ou incendiadas, d. L. 36, § 2; e aindaque alguns DD. exceptuavam as doações pias, encontravam diametralmente a L. 19, C. *de Sacrosanct. Eccles.*, e a L. 35, § ult., C. *de Donat.*, Stryk., *Us. mod.*, L. 39, T. 5, § 8, Struv., Exerc. 40, Thes. 11; 6.°, nas doações *propter nuptias*, Authent. Eo decursum, C. *de Donat. ante nupt.;* doações que hoje são as das Arthas, Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, § 6, e que não necessitam da in-

Digitized by Google

sinuação. Vejam-se Arouc., na L. 3, *de Stat. hom.*, a n. 3, Barboz. et Tab., L. 9, C. 91, a n. 8, Voet., *ad Pandect.*, L. 39, T. 5, n. 15, e o meu *Tratado das successões reciprocas*, na parte 2, C. 4.

§ 8

Exceptuadas unicamente estas seis doações proprias, puras e meramente liberaes, eram sujeitas á insinuação todas as mais em que se exercitava liberalidade pura e simples, e em que se verifica a doação propria (§§ 1, 2 e 3). Como, 1.°, na renunciação de um direito e acção certo, confirmado e perfeitamente adquirido; 2.°, na retrodoação de uma doação valida e insinuada, feita outra vez a favor do doador; 3.°, em toda a renunciação feita com o pacto *de non petendo;* 4.°, aindaque a doação seja feita por escripto particular entre as pessoas de que trata a Ord., L. 3, T. 59, § 11; 5.°, no perdão e remissão de uma divida certa e liquida; 6.°, em toda a doação tacita e conjecturada, deduzida de factos que se não possam attribuir a outra causa mais do que a liberalidade pura; 7.°, aindaque a doação fosse entre paes e filhos; 8.°, em toda a doação vitalicia em favor do donatario; 9.°, em todas as renunciações e remissões de direitos adquiridos e radicados no doador, etc., Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 43, a n. 19, Card. de Luc., *de Donat.*, Disc. 60, Antonell., *de Temp. Leg.*, L. 1, C. 34, Repertor. debaixo da conclusão: «Doação que passar de trezentos cruzados».

Nota: E tambem doação em fraude d'esta lei a confissão que um rico faz de divida a um mais pobre sem causa (ou causa falsa), veja-se a Rot., *in Mantiss.*, ad Luc., *de credit.*, L. 8, Decis. 32.

§ 9

O commum dos DD. fazendo distincção das doações *proprias e improprias* (§§ 1, 2 e 3), e julgando necessaria

Digitized by Google

a insinuação só nas *proprias,* com as unicas excepções do direito romano (§ 7), passaram a exceptuar da necessidade da insinuação como doações *improprias:* 1.°, as remuneratorias; 2.°, as mutuas e reciprocas; 3.°, as onerosas *ob causam;* 4.°, as feitas a titulo de dote, para certo matrimonio, aindaque por estranhos como contendo causa onerosa e outras similhantes, *de quibus* Lim., ad Ord., L. 4, T. 62, Constantin., supra, a n. 73, Card. de Luc., supra, a n. 33, Antonell., supra, Portug., *de Donat.,* L. 1, Prael. 2, a n. 44, et C. 3, a n. 35, Repertor. supra, aonde refere outros com os mais DD. Omitto outras limitações, que o citado Constantino reduz ao numero de 19.

Quanto ás doações remuneratorias, *e ob causam,* onerosas, etc., sempre pelo commum systema dos DD. ficavam puras, simples e liberaes no excesso dos serviços remuneraveis, ou no excesso da correspectividade das causas ou encargos onerosos ao donatario, contrabalanceados estes com o verdadeiro valor dos bens. Quanto ás feitas por titulo de dote, estendiam a Auth. *Eo decursum,* C., *de Donat.,* e ampliavam ainda á doação pia, á feita por causa de estudos, á em que se constituia um fideicommisso familiar, etc. Chegou a tanto, que n'este reino se julgavam validas sem insinuação as doações, em que o doador reservava o usufructo, Gam., Dec. 166, Add. ad Reinoz, Obs. 31, ad n. 15, Peg., Tom. 8, ad Ord., L. 2, T. 18, § 1, n. 8. Declaravam outros quanto á doação reciproca e mutua, que só se dispensava a insinuação quando havia igualdade, Guerreiro, Tr. 2, L. 2, C. 14, n. 85, 86, etc. Geralmente todas as limitações tinham suas respectivas declarações nos citados DD. para serem ou não applicaveis, segundo as diversidades das hypotheses.

PRENOÇÃO IV

Legislações antigas e successivas d'este reino

§ 10

Na Ord. do Senhor D. Manuel, L. 4, T. 51, se sujeitavam á necessidade da insinuação todas e quaesquer doa-

Digitized by Google

ções, só com a unica das seis (§ 7). Excepções do direito romano, qual a doação feita pelo principe. Excepção unica que firmava regra em contrario. Na compilação Filippina, aindaque concebida na mesma generalidade, se supprimiu aquella unica limitação, ficando aberta a porta franca aos DD. para recorrerem a limitações arbitrarias, e mesmo alem das unicas que admittia o direito romano. O nosso Caldas, que escreveu no tempo da Ord. Manuelina, no Cons. 19, n. 35, declamou pela sua generalidade contra toda a excepção. Porém Mello escrevendo depois da L. de 18 de agosto de 1769, ainda no L. 2, T. 9, na Not. ao § 20, condescendeu com os antigos reinicolas como compiladores da Filippina, em que a doação a titulo de dote era isenta da insinuação, e mesmo tentou exceptuar na L. de 25 de janeiro os dotes feitos pelos paes aos filhos, como por impulsos de causa necessaria e obligatoria.

Na antiga França havia leis antiquissimas, renovadas por Luiz XV, na sua ordenação de fevereiro de 1731, Art. 19 e 20, sobre que o nacional Furgole fez um bello commentario, pela qual ordenação, só com a unica excepção das doações feitas em contrato de matrimonio em linha recta, sujeitou á necessidade das insinuações todas as outras doações proprias e improprias, as remuneratorias, as mutuas, as onerosas, etc., ordenação bem similhante ás nossas, só com a differença da unica excepção; sendo na Manuelina unica a excepção da doação feita pelo rei, e sendo na de Luiz unica a excepção do dote em favor de descendentes.

§ 11

A lei de 25 de janeiro de 1775, suscitando a legislação do Senhor D. Manuel (§ 10), sujeitou á necessidade da insinuação todas as especies de doações proprias e improprias sem differença, ut ibi: «Todas e quaesquer doações, de qualquer qualidade e natureza que sejam». E quanto ás remuneratorias especialmente prohibiu, que sendo feitas a pessoas estranhas das familias dos doadores se não insinuem, sem que primeiro legalmente se

Digitized by Google

prove a verdade dos serviços que as movem, e sem previo conhecimento da equipolencia que elles têem aos bens doados.

Antes d'esta lei, para prova dos meritos remunerados pela doação, ou fosse feita a consanguineo ou a estranho, era sem differença necessaria a prova dos mesmos meritos, aindaque não da equipolencia, em equilibrio com os bens doados, e não bastava a simples asserção ou confissão d'elles pelo doador, Reinoz., Obs. 31, n. 22, Portug., *de Donat.*, L. 1, Prael. 2, a n. 48, aonde acrescenta que tambem era necessaria a especificação d'elles. Esta lei porém parece, que só quanto aos estranhos, a favor dos quaes são mais odiosas as doações, por isso mesmo requerer uma prova legal dos serviços que occasionam a doação, e uma equilibrada equivalencia d'elles aos bens doados. E quanto ás doações mais favoraveis, feitas em favor de consanguineos, aindaque se pretextem remuneratorias, já não requer tal e tão rigorosa prova dos serviços, e sua equipolencia; e sejam ou não meramente liberaes, faz quanto aos consanguineos mais faceis as insinuações.

§ 12

Finalmente o assento de 21 de julho de 1797, occorrendo a duas duvidas que ainda restavam depois da dita lei, se vê formalisado: «Foi proposto se os dotes profecticios e doações que os paes fazem a seus filhos, tanto de bens allodiaes como de prazos, uns e outros sujeitos á collação decretada pela Ord., Liv. 4, Tit. 97, no princ., e §§ 3 e 22, para acautelar o prejuizo dos outros filhos nas suas legitimas, *e que se hão de verificar nas terças dos mesmos paes,* na maneira disposta pela mesma Ord., nos §§ 3 e 4, são comprehendidas no preceito geral da lei de 25 de janeiro de 1775 para deverem ser insinuadas? Assentou-se pelo maior numero dos ministros abaixo assignados, que havendo a sobredita lei por compilada na Ord., Liv. 4, Tit. 62, a unica excepção das doações regias, que sómente foram reservadas na sabia Ord. do Senhor Rei D. Manuel do Liv. 4, Tit. 54, e ordenando igualmente que todas e quaesquer outras doações de qualquer

Digitized by Google

qualidade e natureza que sejam, excedendo as quantias que na dita Ord. se declaram, não sendo insinuadas, sejam nullas; ficam por consequencia comprehendidos na sua disposição os dotes profecticios e doações que os paes fazem a seus filhos tanto de bens allodiaes como de prazos, no unico caso, quanto a estes, de ser logo em vida dos paes transferido por elles aos filhos o usufructo dos mesmos prazos, *que no excesso das legitimas e quantias declaradas* pela sobredita Ord., Liv. 4, Tit. 62, devem ser insinuadas as mesmas doações, aindaque feitas por causa de dote.»

Declarou-se pelo assento de 24 de maio de 1785, que a lei de 25 de janeiro de 1775 não comprehendeu as doações passadas, João Pedro Ribeiro, *Indice chronol.*, Tom. 2, pag. 150.

PRENOÇÃO V

Interpretação d'este assento: Conclusões que d'elle e a contrario sensu se deduzem: Questões que ainda restam sobre a sua intelligencia, e da nova lei que são objectos de dividas forenses.

§ 13

Deducção 1.ª—É livre e arbitrario aos paes n'este reino doarem ou deixarem as suas terças ainda a favor de estranhos, preteridos os filhos n'ellas, Ord., L. 4, T. 82, § ult., T. 82, no princ., T. 91, § 1, T. 92, no princ., Guerreiro, Tr. 2, L. 5, T. 2. Um pae ou mãe, poisque dota ou dá ao filho ou filha o todo ou parte do seu terço, exercita com elle uma pura liberalidade, a que por nenhum direito é obrigado e que podia exercitar doando o terço a qualquer estranho. E portanto doando ou dotando ao filho o todo ou parte do terço, é visto exercitar com elle uma doação meramente liberal; por isto é que o assento faz dependente de insinuação todo o dote ou doação que haja de perfazer-se entrando pelo terço, nos termos da Ord.,

Digitized by Google

L. 4, T. 97, §§ 3 e 4, se o necessario para preencher o dote se houver de deduzir do terço, e essa parte assim necessaria para preencher o dote, exceder quanto, aos homens a quantia de 120$000 réis, e quanto ás mulheres de 60$000 réis.

Para ser praticavel este assento será preciso que ao tempo do dote se faça uma geral avaliação de todo o patrimonio do dotador, em ordem a se liquidar quanto n'esse tempo lhe pertenceria de legitima, e quanto para perfazer o dote deverá saír do terço do dotador, e para que com respeito á quantidade que deverá saír do terço para preencher o dote, se expedir a insinuação e se pagarem á corôa os respectivos novos direitos de 1 por cento. Supponhamos que assim se pratica, como parece necessario praticar-se, o dotado tem a eleição que lhe concede a dita Ord., § 4. Se o pae diminue depois em patrimonio e o dotado elege o tempo de dote, está bem. Mas se o pae depois engrossa em cabedal, em termos que ao tempo da morte a legitima só preenche o dote, sem necessidade de retalhar porção alguma do terço, então ficou desnecessaria a insinuação. O dotado sómente segurou o evento.

§ 14

Deducção 2.ª—Se o assento sujeita á necessidade da insinuação o dote, na parte que for precisa saír do terço para se preencher, quando o filho se abstem da herança (que são os termos da referida Ord., §§ 3 e 4), excedendo esse supplemento a quantia da lei, ainda que o dote alem da legitima não absorva todo o terço (§ 13), por força de maior rasão comprehende a doação ou dote que o pae faz ao filho de todo o terço, ou de ametade d'elle, excedendo o valor as quantias da lei.

Se o pae dota ao filho o seu terço, respeita-se para a computação d'elle a quantidade dos bens do pae ao tempo da morte, e não ao tempo do dote; sem que n'este caso tenha o dotado a eleição da Ord., L. 4, T. 97, § 4; ainda mesmo quando o pae expressamente diga que dota a terça dos bens presentes, ou a tempo da morte ou a qual tempo o dotador

Digitized by Google

eleger, Gam., Dec. 103 e 108, Vallasc., *de Partit.*, C. 9, a n. 6 e 18, Guerreiro, Tr. 2, L. 5, C. 2, a n. 38. Ora, se o pae é opulento ao tempo do dote, e o seu terço então avulta muito, é certo que ha de pagar novos direitos com respeito aos bens d'esse tempo (§ 13, Not.); e succedendo ter o pae poucos bens ao tempo da morte pelos ter dissipado, e ser consequentemente pouco avultado o terço com respeito aos bens que n'esse tempo ficam na herança do pae, vem o filho a perder o que despendeu de novos direitos e mais despezas da insinuação, que se règularam no estado da opulencia do pae no tempo do dote. Se pelo contrario o pae ao tempo do dote tem um pequeno terço, e só com respeito ao valor d'elle n'esse tempo se pagaram os direitos; succedendo engrossar depois o pae em bens, e ser mais avultado o terço no tempo da morte, já o filho dotado não póde pedir o terço no acrescimo superveniente dos bens, porque esse acrescimo não entrou em avaliação nem com respeito a elles se pagaram direitos; e só fica com o terço dos bens do dote de cuja avaliação os pagou. Na França, aonde já vimos (Not. ao § 10), que havia uma lei tão geral como a nossa, se prohibiam pelo Art. 15 da Ord. de Luiz XV as doações comprehensivas de bens futuros; e cessavam portanto lá os referidos inconvenientes. A origem que tiveram as nossas leis, que hoje permittem a disposição sómente do terço, veja-se em João Pedro Ribeiro, *Observações da diplomatica portugueza*, P. 1, Obs. 7, pag. 108.

§ 15

Deducção 3.ª—Se o dote equivale á legitima e não a excede em termos, que para se prefazer o dote ao filho que com elle se levanta nos termos da dita Ord., L. 4, T. 97, §§ 3 e 4, não é preciso retalhar do terço porção alguma, ou só até 120$000 réis quanto á do pae, ou 60$000 réis quanto ao da mãe, então não é necessaria insinuação em tal dote, ou consista em movel ou raiz, seja ou não logo entregue ao filho; porque o assento só sujeita á insinuação *os excessos dos dotes que se hão de verificar nas terças dos paes*, e isto pelas rasões já ditas (§ 13); e não sujeita a insinuação os dotes que não excederem as legitimas dos dotados, ou para perfazer os quaes não seja preciso deduzir dos terços mais de 120, ou 60$000 réis, Altograd.,

Digitized by Google

Cons. 8, n. 67 e 68, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 43, n. 112 e 113, Peregrin., Cons. 76, n. 34. (Veja-se a Not. ao § 23.)

São os paes obrigados dotar suas filhas, Bagn., C. 12, a n. 1, e os filhos para o matrimonio, Bagn., n. 60. Este dote deve ser congruente conforme as qualidades das pessoas e respectivas opulencias (sobre o que tudo se verá largamente o meu *Tratado das obrigações reciprocas entre os conjuges*, Cap. 10, Secç. 1). Não é porém o pae obrigado doar o seu terço a qualquer filho, nem o filho o póde a tanto obrigar, privando-o da liberdade que as leis lhe permittem (§ 13). Só pois dentro dos limites de uma competente legitima póde o filho obrigar ao pae a que lhe forneça dote ou alimentos para o sustento no estado do matrimonio. (No dito Tract., Cap. 10, se acharão os casos em que cessa esta obrigação). Portanto justamente diz Mello, L. 2, T. 9, na Not. ao § 20, no fim, que como o pae dotando a filha ou filho cumpre um dever e satisfaz uma divida pela qual podia ser demandado, não exercita liberalidade e doação propria, e não ficava tal dote sujeito á necessidade da insinuação. Na França, aonde havia leis com tal generalidade como as nossas (Not. ao § 11), assentavam os nacionaes antigos que taes dotes não precisavam de insinuação, Tondut, Civil., Cap. 57, n. 34, e o Art. 19 da Ord. de Luiz XV o confirmou; concorda o Cod. de Sardenha, L. 5, T. 14, §§ 7 e 15. Como porém o dote de todo ou de parte do terço de uma doação puramente liberal da parte do pae, e só é necessaria divida um dote correspondente á legitima; por isso justamente declarou o assento (ou aliás o suppoz) não precisar de insinuação o dote, emquanto equivalente á legitima, e só sujeitou á insinuação o excesso do dote, que para se preencher ao filho que se abstem da herança, deve sair da terça, porque só n'esta parte e n'este excesso se considera liberalidade pura no pae. E se em vida do pae não houve insinuação e na morte d'elle o filho dotado se abstem da herança, na fórma da dita Ord., §§ 3 e 4, só se reinteira pelo terço até á quantia da parte d'elle, em que valia sem insinuação, em excesso se annulla.

§ 16

Deducção 4.ª — Pelo que respeita ás nomeações de prazos em favor de filhos. O assento os sujeitou á insinuação

Digitized by Google

no unico caso de ser logo em vida dos paes transferido por elles aos filhos o usufructo dos mesmos prazos. E pelo contrario exceptua da necessidade da insinuação quaesquer outras nomeações feitas aos filhos pelos paes, quando estes reservam para si o usufructo emquanto vivos.

Os filhos, a que os paes transferem com a nomeação dos prazos todo o dominio, posse e effectiva fruição d'elles, são obrigados conferir aos irmãos o valor dos mesmos prazos, Ord., L. 4, T. 97, § 22. (O como para este fim devam avaliar-se, expoz doutissimamente o sabio desembargador Ferreira Cardoso; veja-se tambem o meu *Tratado das avaliações).* Sobre a intrinseca rasão d'esta Ord., § 22, variam os DD. O mestre Carvalho, *de Testam.*, P. 4, C. 1, n. 185, com Vallasc., Molin., Cald. e Egid., diz que é a rasão, porque o pae nomeando e transferindo em vida o prazo ao filho, diminue o seu patrimonio, e dá assumpto aos mais filhos para se queixarem da injustiça e desigualdade. Amplia, no n. 186, ao caso que o pae sem nomeação irrevogavel entrega ao filho a fruição do prazo; porque, só porque se priva do interusurio vitalicio, com que podia augmentar o seu patrimonio, prejudica aos mais filhos, e por isso ha a necessidade da collação. Pelo contrario Cordeir., Dub. 32 e 33, assenta que a rasão consiste em que o pae, doando e transferindo logo o prazo irrevogavelmente, se privou da faculdade de o vender e engrossar as legitimas dos mais filhos, etc., etc. E portanto para ser obrigado o filho á collação, requer que preceda alem da tradição uma nomeação aliás irrevogavel, sem bastar a tradição simples com que se satisfaz Carvalh., o que prova Cordeir. com muitas e subtis rasões. Sejam quaes forem, o verosimil é que os auctores do nosso assento pensaram que o pae aindaque nomeie o prazo, sendo-lhe livre a tradição d'elle, sim nomeando o filho exercita com elle liberalidade (supposto que muitos DD. que refiro no *Tratado do direito emphyteutico* dizem o contrario), mas não uma liberalidade perfeita e consummada; porque como raciocinam muitos DD. os prazos mediante a nomeação, recebem-se do senhorio e não do nomeante. Mas transferindo juntamente o prazo, já exercita uma liberalidade completa e consummada, e é uma doação liberal, a que aliás o pae não era obrigado. Se succede abster-se da herança o assim nomeado e dotado deve imputar-se em sua legitima a estimação que lhe incumbe o dito § 22, e fica o excesso da estimação imputavel no terço do pae,

Digitized by Google

Pereir., Dec. 96, Vallasc., C. 13, a n. 121, Peg. 2, For., C. 9, sub n. 36. Por isto é que tendo o assento em vista: 1.°, que o assim nomeado sem reserva do usufructo deve conferir a estimação do prazo, dito § 22; 2.°, que abstendo-se da herança do nomeante, deve a estimação imputar-se na legitima do nomeado e o excesso no terço do pae, conforme os DD. citados; 3.°, que o que assim se ha de deduzir do terço do pae é como uma doação liberal (§ 13). Tendo, digo, em vista estes principios, sujeita á insinuação o valor do prazo, que o filho deve conferir *quanto ao excesso da legitima*, porque ha de saír do terço do pae, assim como a respeito de dote de bens livres, que abstendo-se o dotado se ha de perfazer pelo terço, e fica raciocionado desde o dito § 13. Se porém o filho se não abstem da herança, e traz como deve á collação o prazo assim nomeado, então como só fica com a simples legitima, sem nada se deduzir do terço, e paga aos coherdeiros toda a estimação, então nada se deduz do terço, fica com igual legitima livre de insinuação no equivalente a ella (§ 15), e o excesso vae para os coherdeiros. Pelo que se conclue que o assento falla como d'elle se collige, no presuposto de o filho nomeado se abster da herança levantando-se com o prazo. Só n'esse caso é necessaria insinuação; porque só n'esse caso sáe do terço o excesso da estimação, que não lhe cabe na legitima e não quando se não abstem.

QUESTÃO I

Se é sujeito a insinuação o dote que o pae faz e constitue a um filho ou filha, para sustentação dos encargos do matrimonio, não em bens ou prazos, mas em alguma tença ou prestação annua em dinheiro ou fructos, emquanto vive o dotador pae

§ 18

O pae por via de regra tem obrigação natural e civil de alimentar seus filhos, tanto no estado do celibato, emquanto existem debaixo do seu patrio poder como depois de casados e emancipados, assento de 9 de abril de 1772. Esta é a intrinseca rasão por que a Ord., L. 4, T. 97, no princ., manda que trazendo os filhos por morte dos paes á collação os bens doados ou dotados, só devam conferir os fructos percebidos depois da morte dos paes até o

Digitized by Google

tempo das partilhas; e isto porque desde a morte dos paes já as suas legitimas, que se lhe adjudicarem em bens possuidos por outros coherdeiros, vencem fructos, Ord., L. 4, T. 96, §§ 8 e 10. Mas não os obriga que confiram os fructos percebidos em vida dos paes dos bens doados ou dotados que trazem á collação, ainda mesmo que os tenham vendido, Ord., L. 4, T. 97, § 14. Quando os filhos se abstem da herança e se levantam com suas doações ou dotes, nos termos dos §§ 3 e 4 do dito T. 97, tambem lhe não manda esta lei computar na legitima e terça os fructos dos bens doados ou dotados, que o tal filho tiver percebido em vida do pae. A rasão pois não póde ser outra senão cederem esses redditos dos bens doados, emquanto vivo o pae, em logar de alimentos que era obrigado prestar-lhe.

§ 19

Esta é a rasão por que se vê julgado em Gam., Dec. 140 e 164, que seguem Molin., *de Just.*, Disp. 238, n. 15, Thom. Vallasc., All. 59, n. 10, Carvalh., P. 4, C. 1, sub n. 92 e 282, Solan., Cog. 9, n. 151, que o filho não é obrigado conferir o que o pae lhe doou ou dotou para se alimentar, ou (que é o mesmo) para sustentação dos encargos do matrimonio. Confira-se Surd., *de Alim.*, T. 8, Priv. 57, Merlin., *de Legit.*, L. 2, T. 2, Q. 20, n. 16; poisque esta assignação e contribuição de alimentos ao filho solteiro ou casado é mais propriamente uma satisfação de divida necessaria que uma doação liberal e voluntaria.

§ 20

Se pois o nosso assento exceptua da necessidade da insinuação o dote, que ha de succeder em logar da legitima que ha de vir á collação, e que não ha de deduzir-se do terço, por ser antes o desempenho de uma obrigação necessaria do pae, do que uma doação meramente liberal (§ 15); se o pae dotando ao filho um predio physicamente

Digitized by Google

rendoso, ou dinheiro civilmente productivo de interesses, se priva emquanto vivo do seu interusurio ou lucro, e sem embargo d'isto este interusurio ou lucro consequente do dote rendoso, segue a natureza d'elle, e vindo o dote á collação não vem os redditos, porque subrogados em logar dos alimentos (§§ 18 e 19); segue-se que assim como não precisa de insinuação o dote que ha de vir á collação por mais rendoso que seja, porque o rendimento annuo é subrogado em logar de alimentos e satisfação de um dever paterno, com causa necessaria e não voluntaria; similhantemente a tença annua que o pae dota ao filho para sustentação dos encargos do matrimonio, pela rasão do mesmo assento e força de comprehensão d'elle, não é sujeito á necessidade de insinuação, assim como o não são os redditos dos bens dotados que o filho percebeu em vida do pae, Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 43, n. 114.

§ 21

Na verdade: Qual é a rasão por que as ordenações citadas (§ 18), não mandam conferir os fructos do dote ou doação, senão porque cederam em logar de alimentos e foram satisfação da divida necessaria? Que diversa rasão entre o caso em que um pae dota e admitte ao filho um predio para o usufructar por si, ou ficar o pae na posse do predio (que aliás podia dotar e demittir), e obrigar-se a pagar annualmente um tanto ao filho para sustentar os encargos do matrimonio? O fim é o mesmo, a causa a mesma, o effeito o mesmo, a rasão a mesma. Logo se o dote productivo de rendimentos não precisa de insinuação quanto a elles, tambem não o dote de redditos que o pae assigna ao filho, ficando o pae possuindo o predio mesmo, que aliás podia dotar ao filho.

§ 22

O mesmo sem differença procede: Quando pater donat

Digitized by Google

filio fructus alicujus rei, vel per titulum dotis, vel alium similem, utrum tales fructus debeant venire ad collationem? In quo dubio videtur dicendum, filium, vel filiam non teneri ad imputationem, quia cum sint fructus *videntur dati pro alimentis, ut honestius supportentur onera matrimonii;* et cum Regula sit, quod data in causam alimentorum non imputentur; quia alimenta consummuntur in vita, nec ad heredes transmittuntur... quæ opinio de Jure Regio nullum patitur dubium per Ord., d. T. 97, post. princ., etc. Carvalh., *de Testam.*, P. 4, C. 1, n. 172; e aindaque oppõe opinião contraria, vem no fim do dito n. 172 a seguir esta por força da citada Ord., que não obriga a conferir rendimentos dotados como subrogados em logar de alimentos.

Vale o argumento do dote para a legitima e da legitima para o dote, Barbos. e Tabor., L. 1, C. 137, Axiom. 47; vale o argumento dos alimentos para a legitima e d'esta para aquelles; vale o argumento dos alimentos para o dote e do dote para os alimentos; equiparando-se o dote e os alimentos, e succedendo o dote em logar dos alimentos, Barbos. e Tabor., supra, Axiom. 6 e 7. Por isto é que o assento não fez necessaria a insinuação do dote dentro dos limites da legitima, com divida necessaria ou subrogação da legitima. Por isto é que na questão de que tratâmos, a assignação de uns redditos para sustentação dos encargos do matrimonio (que nem ainda são imputaveis na legitima), não é sujeita á necessidade de insinuação, por não haver diversa rasão em o proceder o argumento do dote para os alimentos, ou pelo contrario. Por outra parte, em um dote tal que o pae faz ao filho não podem verificar-se as rasões que foram a causa de se introduzir nas doações a necessidade da insinuação (§ 4).

§ 23

Porém Stryk., *de Successionib. ab intestato,* Diss. 1, C. 4, § 12, justamente declara, que se os redditos dotados excedem notavelmente a quantidade dos alimentos, o excesso se transtorna em doação liberal que deve conferir-se ou imputar-se em legitima, ut ibi: «Pertinent quoque huc

Digitized by Google

subsidia paterna, quæ liberis elocatis a parentibus ad sublevandum æconomiam dari solent; *quæ si plane modica non sint*, collationi obnoxia esse statuit Carpzov., P. 3, C. 11, Def. 25, negari enim nequit his subsidiis Locupletiores fieri liberos, qui dotem et propria bona conservare possunt, dum subsidia a parentibus accipiunt», etc. Concorda o addicionador de Gama, Dec. 140, n. 3, ibi: «Iloc intellige, quando redditus annui quos pater filio tradit, essent necessarii ad alimenta filii, quæ pater illi dare tenetur; alias male diceret Decisio (Gamæ) quia imputandi essent ob causam matrimonii... Baez., *de Dotib.*, Q. 26, n. 9, ubi etiam in fructibus, et redditibus pater non potest filiis præjudicare», etc.

§ 24

Em consequencia (e applicando-se á questão de que tratâmos), se a obrigação annua de tença em dinheiro ou fructos, ou consignação dos de algum predio para sustentação dos encargos do matrimonio, excede os justos e racionaveis limites de uns alimentos do filho, segue-se que o acrescimo e sobejo já não são alimentos necessarios, mas uma doação imputavel na legitima; e se esses acrescimos sommados e cumulados excederem tambem a legitima, e abstendo-se o filho da herança, seja preciso para salvar as legitimas dos mais filhos, entrar pelo terço livre do pae, então se o que se deduzir assim do terço exceder 120$000 ou 60$000 réis, como não vale sem insinuação (§ 13), deve o filho que percebeu os excessivos alimentos, repor aos coherdeiros o excesso da legitima, e de réis 120$000 ou 60$000 deduzidos do terço, arg. da Ord., L. 4, T. 97, § 5, juntas as doutrinas de Antonell., *de Tempor. Legal.*, L. 1, C. 34, n. 8.

Para ser praticavel o exposto n'este § são necessarios muitos calculos e arbitramentos: 1.º, sobre a congruidade dos alimentos ou excesso d'elles (regulados segundo o arbitrio que exponho no *Tratado dos direitos reciprocos entre paes*

Digitized by Google

e filhos, C. 2); 2.°, apurados os excessos, como era eventual a vida do pae que dotou esses terços ou consignou esses alimentos parece que com respeito a esse evento se deve fazer a computação pela norma da L. 68, ff. *ad Falcid.*, Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 43, n. 67, para que cumulados esses excessos pelos annos d'aquella computação, se venha no conhecimento total dos mesmos excessos. E se bem que Gratian., For., C. 355, a n. 3, Hermosilh., in L. 9, Gloss. 16, T. 4, Part. 5, sub n. 27, Voet., *ad Pandect.*, L. 39, T. 5, sub n. 16, fundados na L. 34, § ult., ★. *Nos autem,* C., *de Donatione,* Mull., *ad Struv.*, Exerc. 40, Thes. 11, Brunneman., in L. 34, § 4, Cod., *de Donat.*, Guerreir., For., Q. 10, a n. 1, assentam que quando a doação annua é restricta á vida do doador ou donatario, não precisa de insinuação pela possibilidade de morrer um d'elles no primeiro anno, se a prestação annua não excede 120$000 ou 60$000 réis; comtudo eu não me aparto do espirito da nossa lei e assento, e da sua generalidade, e sigo que os excessos dos alimentos assim calculados, devem depois entrar na legitima, e dentro d'ella sem insinuação (§ 15), e sujeito a ella o que dever saír do terço alem de 120$000 ou 60$000 réis (§§ 13 e 24). Porém aindaque a norma da dita lei 68, ff. *ad Falcid.* é geral para todas as similhantes computações, Portug., *de Donation.*, L. 1, Præl. 2, § 6, n. 32, Roc., Sellect., C. 151, a n. 17, de Luc., *de Donat.*, Disc. 34, 51 e 54, contradizendo-o Ramos, *de Manzan.*, sobre as LL. Pap., L. 1, C. 11, a n. 4, e defendendo que a computação da dita lei é só especial para esses casos e inampliavel a outros; comtudo, e quanto a mim seguindo a Rot. post Constantin., Decis. 167, n. 8: «Cum ex postfacto habeatur certitudo ob superventiam per quinquennium dumtaxat, sola hæc veritas ex eventu declarata spectanda est, non autem, quid ab initio poterat præsumptive sperari», etc. Concluo fazendo esta differença: ou o doador mesmo quando vivo é o que argue este excesso de obrigação dos proporcionados alimentos; ou só por sua morte o arguem os coherdeiros. *Si prius,* feito o primeiro calculo e arbitramento que acima digo, não vejo outra norma mais seguida para computar esses excessos annuos, dependentes da duração da vida do doador, mais que a que com respeito ao evento estabeleceu a dita L. 68, ff. *ad Falcid.*, *Si secundum,* então seguida a certeza conforme a dita decisão de Constantino, é facil de calcular esses excessos (depois do primeiro e preambulo arbitramento), pelos annos intermedios entre o dote e a morte para se imputarem: 1.°, na legi-

Digitized by Google

tima sem necessidade de insinuação; 2.°, no terço até 120$000 ou 60$000 réis; 3.°, dever o dotado restituir esse excesso que tiver recebido «*quia in eo quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjecturæ locus*», L. 137, § 2, D., *de Verbor. obligat.*

§ 25

Ha muitos casos em que o pae não é obrigado alimentar os filhos (casos que compilo no *Tratado dos direitos reciprocos entre paes e filhos,* C. 1). Similhantemente ha muitos casos em que cessa nos paes a obrigação de dotar os filhos (casos que refiro no *Tratado das successões reciprocas entre os conjuges,* P. 2, C. 10, Sect. 1). Em todos esses casos, cessando a necessidade e obrigação de alimentar ou dotar, já toda a doação e dote que o pae faça ao filho, aindaque se pretexte ser para alimentos, ou sustentação dos encargos do matrimonio, deixando de ser doação impropria (§ 3), fica na essencia uma doação propria e puramente liberal sem causa obligatoria ou correspectiva, (§ 1): n'ella cessam todas as rasões expostas desde o § 18. Pelo contrario n'ella se verificam as de Stryk. e do Add. de Gam. (§ 23). E fica uma doação tal comprehendida no nosso assento para ser imputavel na legitima, e depender de insinuação no excesso da legitima, abstendo-se o filho de herdeiro, e sendo necessario para não offender as legitimas dos mais filhos entrar pelo terço, e retalhar-se d'elle mais de 120$000 ou 60$000 réis, na fórma que fica exposta (§§ 13 e 14), fazendo-se o calculo com a distincção que fiz no fim da nota ao dito § 24.

Digitized by Google

QUESTÃO II

Se é sujeito á insinuação um dote de certa tença vitalicia que um irmão faz a sua irmã; ou qualquer estranho ao esposo ou esposa?

§ 26

Quanto ao dote feito pelo dotador irmão á irmã, devemos distinguir e separar os casos em que elle é, ou em que não é obrigado a alimentar e dotar a irmã (casos que exponho no *Tratado dos direitos reciprocos entre paes, filhos e irmãos*, P. 3, C. 1 e 2). Quando em falta de pae ou mãe recáe subsidiariamante no irmão essa obrigação, procede e milita sem differença o mesmo que a respeito do pae primeiramente obrigado fica exposto desde o § 18, porque um tal dote é necessario desempenho de obrigação juridica, e não é uma doação liberal; nem a respeito de tal dote se verificam as rasões pelas quaes se fez precisa a insinuação, comtantoque este dote não exceda os justos limites de alimentos; porque então o excesso passa a ser liberalidade que póde ser prodigalidade, como fica limitado desde o § 23. Quando porém o irmão não é obrigado alimentar ou dotar à irmã, então procede o mesmo que a respeito dos paes se discorreu no § 25. E quando se trate de caso mixto, por ter a irmã sim alguns bens mas não os necessarios para se dotar conforme a qualidade de sua pessoa, então só fica propriamente o que é um preciso supplemento a que unicamente o irmão é obrigado, e o excesso d'esse supplemento preciso é doação liberal. (No dito Tratado se verá uma maior exposição do que fica dito.)

§ 27

E quanto ao dote feito por estranho, supposto que Graciano, Hermosilha, Voet. e outros (veja-se a nota ao §

Digitized by Google

24), fazem distincção entre a doação de uma prestação annua, e restricta ao tempo da vida do doador ou donatario, e entre a doação illimitada; resolvendo que só no segundo caso e não no primeiro é necessaria a insinuação, pela contingente possibilidade de morrer um d'elles logo; comtudo eu sigo a generalidade da nossa lei e assento, e n'estas doações feitas por estranho julgo precisa a insinuação, de fórma que supposto cada uma das prestações annuas não exceda 120$000 ou 60$000 réis, uma vez que algumas multiplicadas excedam estas sommas, depois de preenchidas cessa a prestação e não fica o doador obrigado a continuar o seu pagamento; e se o donatario tem recebido excessos deve restitui-los, Guerreiro, For., Q. 10, a n. 4 e 14, de Luc., *de Donat.*, Disc. 66, n. 5.

QUESTÃO III

Se é necessaria insinuação na doação de arrhas que o esposo constitue á esposa?

§ 28

A doação de arrhas, aindaque liberalidade do esposo á esposa, Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, § 6, n. 4, 18, 41, 46 e 50, e consequentemente parece que precisa de insinuação; comtudo uma vez que a Ord., L. 4, T. 47, permitte «que *poderá* cada um em o contrato dotal, prometter e dar a sua mulher a quantia ou quantidade certa que quizer, ou certos bens, *contantoque não passe o tal promettimento ou doação de arrhas* da terça parte do que a mulher trouxer em seu dote», etc., fica o esposo auctorisado por esta ordenação para poder prometter á esposa as arrhas que ella lhe permite (mas lhe limita), independente de outra solemnidade; já n'esta lei tem o esposo liberdade, e aindaque restricta aos limites prescriptos na lei e só nulla a doação no excesso. Não distingue este Tit. 47,

Digitized by Google

se tal doação excede ou não os 300 cruzados, e só se excede ou não a terça parte do dote. Tanto permitte o Tit. 62, sem insinuação as mais doações, que não excedem 300 cruzados, como permitte o Tit. 47, sem necessidade de dispensa, as doações de arrhas, que não excedem a terça parte do dote da esposa.

Este Tit. 47 é uma lei especial, que tratando da doação de arrhas não a faz dependente de insinuação, satisfazendo-se com lhe prescrever limites, e permittindo dentro d'elles a tal doação. Póde dizer-se que como lei especial é uma limitação das leis geraes, Moraes, L. 1, C. 4, n. 3, Boehmer., *Jus Digest.*, L. 1, T. 1, § 6, n. 4. Por outra parte, as rasões pelas quaes as leis introduziram a necessidade da insinuação (§ 4), todas cessam em um esposo, que conformando-se com a lei e com o costume do reino, constitua á sua esposa umas arrhas que a lei lhe permitte e que não excede; umas arrhas que a lei auctorisa, uma vez que não excedam a terça parte do dote, e que só annulla no excesso subsistindo nos limites da mesma terça parte.

QUESTÃO IV

Se os pactos antenupciaes reciprocos entre os conjuges sobre as suas futuras successões, e em que o supervivente fica com alguma vantagem, dependem ou não de insinuação?

§ 29

A Ord., L. 4, T. 46, auctorisa os esposos para livremente pactearem entre si o que bem lhes parecer, a respeito da communicação dos bens no futuro matrimonio, independente de outra solemnidade, determinando que «se guardará o que entre elles for contratado»; concorda o § 3 do T. 95, L. 4, e T. 96, § 24, no fim, ibi: «E quanto aos que casarem por dote e arrhas, guardar-se-ha o que entre elles for acordado». A lei de 17 de agosto de 1761, no § 8 permitte ás esposas herdeiras: «Que como senhoras das suas casas possam estipular com seus respectivos

Digitized by Google

esposos, assim para a vida *como para a morte as reservas e condições que bem lhes parecer*, como até agora se praticou sem a menor differença». E eis-aqui applicaveis com identificação as rasões expostas no § 28 e nota.

§ 30

Se recorremos aos DD. estrangeiros, elles não fazem n'este caso precisa a insinuação, a menos que não haja lei que expressamente a determine, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 8, C. 5, § 10; porque com effeito são uns contratos reciprocos, eventuaes, dependentes da contingencia de morrer primeiro um ou outro conjuge. Assim com muitos DD. o prova tambem Harprectr., Disp. 52, *de Fideicommissa conventionali*, Thes. 19, a n. 115. Confira-se Roc., *Sellectar.*, C. 10, n. 43.

Na antiga França, aonde havia uma ordenação tão geral como a nossa (§ 10, na nota), já Lebrun., *Traité des successions*, L. 3, C. 2, n. 16, e Furgol. no commentario á Ord. de Luiz XV, Art. 20, pag. (mihi) 187, assentavam que n'essa lei se não comprehendiam as instituições contratuaes que os conjuges convencionem entre si; porque (diziam elles) a instituição contratual é uma disposição differente da doação entre vivos. O novo codigo civil da França, permittindo (como as nossas leis, § 29) taes convenções nos Art. 1497 e 1515, diz no Art. 1516, que o precipuo convencional não é respeitado como uma vantagem sujeita ás formalidades das doações, mas como uma convenção de matrimonio.

Na relação do Porto, por sentença de 17 de março de 1806, Juizes: Maniti, Tavares Sequeira, Teixeira Homem, entre partes, Maria Ferreira de Villagozendo, Termo de Mortagua, com Damaso Ferreira do mesmo logar, se julgou a validade d'estes pactos, ainda sem expressa renuncia das futuras successões dos filhos, que sobrevivendo morressem em vida do outro conjuge, que n'esse caso ficava usufructuario, e sem vir em consideração o defeito de insinuação d'estes pactos, attenta a generalidade e permissão da ordenação.

Digitized by Google

QUESTÃO V

Se dependem de insinuação as renunciações, ou de heranças futuras ainda não deferidas ou deferidas, mas ainda não addidas em favor de terceiro

Secção 1.ª e quanto á primeira parte

§ 31

Quanto ao que respeita ás renunciações de heranças futuras, ainda não deferidas. A nossa Ord., L. 4, T. 62, suppõe uma doação de bens moveis ou raiz já estimaveis de presente, tanto para regular a quantidade ou valor dos 300 cruzados, quanto para regular o 1 por cento de novos direitos na fórma do regimento d'elles. Ora as heranças futuras, que se renunciam a favor de terceiro (bem entendido com consentimento da pessoa de cuja herança se trata, Stryk., Vol. 12, Disp. 17, *de Emptione spei*, § 18, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 3, n. 8), são eventuaes; são como uma doação de esperança futura, assimilhada á compra da esperança, sobre que dissertou Stryk., supra. Por uma parte diz o proemio da dita dissertação: «Spes est somnium vigilantis, juxta Platon; illusarum mentium Lethargus, Boet.; fallacissimum bonum, ex Senec... utique venditorem spei nugivendum, Emptorem umbræ Sectatorem verissime dixeris: Jurisconsulti quoque appellatione *rei* spem comprehendi vix concedunt, Tiraquell... Nec pati damnum dicitur, qui spem lucri futuri perdidit, T. 26, ff. *de damn. infect.*». Confira-se Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 10, a n. 12, dizendo: «Jus futurum sine spes fallacissima res dicitur, et somnium vigilantis... fere nihil dicitur... Et quæ de futuro sunt esse non dicuntur... Unde jus de futuro in bonis non est... Inde jus, quod in spe competit, amitti non dicitur... Quapropter spes prout accipitur pro simplici expectatione, in consideratione non est, neque ex ea jus aliquod considerari potest.... Quod

Digitized by Google

in spe tantum est, transmitti non potest.» Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 1, a n. 180, optimè Torr., *de Pact. futur. success.*, L. 1, C. 15, n. 67, ibi: «Spes de hæreditate viventis non est in rerum natura... est quædam potentia, quæ non est ens... Non est habenda ratio æstimationis spei Successionis in bonis viventis», etc., Olea, supra, n. 5.

§ 32

Por estes principios muitos DD., com os quaes Constantin., *ad Statut Urb.*, Ann. 43, a n. 87, dizem que «Insinuatio non requiritur in renuntiatione juris quærendi de futuro, conditionalis, incerti et eventualis». Conf. Antonell., *de Tempor. Legal.*, L. 1, C. 34, n. 75. Com outros muitos *ex professo* Torr., *de Pact. futur. Success.*, L. 2, C. 31, n. 22, ibi: «In renuntiatione juris futuri non requiritur Insinuatio», etc., e dá a rasão n. 35. «Quia ibi agitur de jure quærendo nondum delato, et incerto, quod potest obvenire, et non obvenire renuntianti. Pendent enim a 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 quid incertum Insinuationem non requirit». Conf. Gratian., For., C. 232, n. 20, Gallerat., *de Renunt.*, L. 2, C. 4, n. 19. Acrescenta o mesmo Torr., n. 44, outra rasão, qual é: «Cum reddatur illiquidum et incertum id, quod renuntiatur, ratione etiam illiquiditatis excluditur Insinuatio», etc. Conf. idem Torr., L. 1, C. 15, n. 78, junto n. 68.

Parece se approximam, *imo* se conformam com esta opinião as nossas leis (§ 31), que suppondo uma doação de bens presentes e em si mesmo estimaveis, os fazem avaliar ou para no valor dos 300 cruzados se não precisar de insinuação, ou para no excesso se regularem os novos direitos de 1 por cento; e que não comprehenderam uma renuncia de um direito eventual de futuro incerto, etc., que se não reputa como *bem* e que parece inestimavel de presente para os ditos fins (§ 31);

Digitized by Google

ou que pelo menos foi um caso omisso nas nossas leis, ou ainda pelo menos impraticavel em taes renuncias a commum pratica d'ellas.

§ 33

Porém e por outra parte (continúa o proemio do citado Stryk.): «Utut de spe improbabili hæc (§ 31) elargiamur, videas e contra spei probabilis rationem in jure insignem haberi. Sic nostrum dicitur, cujus consequendi *spes* saltem adest, L. 38, § ult., ff. *ad Leg. Falcid.* Propter nudam spem mitti quis potest in possessionem, L. 11, ff. *Quib. ex Caus. in poss.* Datur pro spe restitutio in integrum, L. 3, § *Siquid minori*, ff. *de Minorib.*, Venit damnum spei in actionem Legis Aquiliæ, L. 23, ff. *ad Leg. Aquil.*, Cavetur propter solam spem, uti propter rem, L. 9, ff. Usufr. quemadmod. Cav. Admittitur spei Oppignoratio, L. 15 e 16, § 7, ff. *de Pignor.* Quin sicut in genere spes pro veritate habetur, L. 71, ff. *de Evict.*, ita in primis observandum, quod et donari, L. 3, C. *de Donat. et vendi queat.*» Conf. Peg., *de Maior.*, Tom. 3, C. 73, a n. 20, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 10, a n. 13, Id. Peg. 1, For., C. 7, pag. 541, Col. 2, v. *Ex quibus*.

§ 34

Conciliam-se estes principios, que nos §§ 30 e 33, vemos diversos por este modo, por Peg., *de Maior.*, Tom. 3, C. 73, a n. 44, ibi: «In qua controversia distinguendum est inter eum casum, in quo jus et spes est firmiter quæsita de præsenti certa, ac invariabilis, et est jus firmum; et inter eum casum, in quo spes est remota, aut possibilis... Spes dupliciter consideratur, primo quatenus vinculis juris non est munita, et hæc sine jure immediato vocatur vana: alia est spes a jure approbata, veluti quæ ex fideicommisso, aut maioratu etiam conditionali resultat in favorem filii, vel ex contractu, feudo, emphyteusi, lege, consuetudine, etc.» Acrescenta o mesmo Peg. 1.º, For.,

Digitized by Google

pag. 541: «Quod a fortiori procidit in spe, quæ habet vires de præsenti et competit ex contractu conditionali... Unde spem ex contractu conditionali æstimationem recipere probant jura, etc.» *Adde* Oleam, *de Cession. Jur.*, T. 3, Q. 10, a n. 4.

§ 35

E supposta está conciliação d'aquelles oppostos principios, judiciosamente o Card. de Luc., *de Donat.*, Disc. 60, n. 31 e 32, reprovando erronea na sua generalidade a opinião, que indistinctamente dispensa de insinuação as doações de direito eventual (§ 32), vem para a necessidade da insinuação a coincidir com a sobredita distincção, ut ibi: «Tertio non requiritur insinuatio in donatione, vel remissione juris quærendi, cum ita donator patrimonium diminuere non dicatur. Quod tamen intelligendum est in eo jure, quod nec re, nec spe competat, adeo ut utraque pendeat a causa de futuro, quo casu scribentes concordant: Secus autem ubi agitur de jure de futuro radicato in re de præterito, adeo ut de tempore, quo fit donatio, æstimationem recipiat, atque emptorem inveniret pro pretio excedente; tunc etenim quoties agatur de actu concepto per viam donationis, vel translativæ renuntiationis, quæ idem importat, probabilius videtur solemnitatem Insinuationis requiri; secus autem si agatur de renuntiatione extinctiva, sive abdicativa, per quam, tollendo se de medio renuntiatario locum aperiat; in quibus terminis loquuntur plerique agentes de donatione juris de futuro trahentis causam de præterito, atque hujus solemnitatis necessitatem negantes, ex quorum mala intelligentia, sive ad hujusmodi distinctionem non reflectendo, resultant modernorum collectorum equivoca, negativam simpliciter ac indefinitam formando in bonis, vel juribus quærendis».

Para bem se entender esta distincção do Card. de Luc., e d'ella, na questão de que tratâmos, se fazer uma justa applicação, devemos expor com o mesmo de Luc., *de Renuntiat.*, Disc. 1, n. 5, 6 e 7, e com Peg., que o copiou no Tom. 6,

Digitized by Google

For., C. 130, n. 21, 22 e 23, que: «Renuntiatio extinctiva, seu abstensiva, vel abdicativa dicitur, per quam ille qui renuntiat nihil dat, vel in renuntiatarium transferat, sed solum de medio se tollat, atque negative se habeat, ita se faciendo, vel habendo mortuum, atque in rerum natura non extans, ut aliis æqualibus vel remotioribus locum aperiat; sive ut iis, qui aliàs cum eo aliquam obligationem habeant, disponendi libertatem tribuat perinde, ac si non existeret. Alia vero translativa dicitur, quæ in ipso renuntiante jurium vel bonorum prævium saltem instantaneam ac intellectualem præsupponit acquisitionem, eademque jura vel bona renuntiata, tanquam propria per implicitæ donationis speciem, in renuntiatarium transfert, qui non jure suo per obstaculi remotionem, ut in præcedenti specie, illa obtinere dicitur, sed ex jure vel persona ipsius renuntiantis, in quo ipsum jus renuntiatum substantiari, seu radicari dicitur, ejus tamen utilitas, vel effectus renuntiatarii commodo cedit». Confira-se Olea, *de Cess. Jur.*, T. 1, Q. 2, a n. 17, aonde em menos palavras e ainda mais perceptiveis expõe esta distincção.

Como porém ou por idiotismo do tabellião, ou rusticidade do renunciante póde perverter-se ou confundir-se uma e outra fórma de renuncia, e o que é cessão translativa parecer extinctiva, *e contra;* fica conjectural a materia, exposta mais á indagação da vontade que á superficial fórma das palavras, Card. de Luc., supra, n. 7, Peg., sub n. 23, Olea, n. 26. E portanto a norma mais certa de interpretar-se, se renuncia é *extinctiva* ou *translativa,* é esta: Se o renunciante não tem vistas ou contemplação em pessoa alguma, e só por uma absoluta vontade e mera negação não quer ter successão ainda que venha a deferir-se-lhe, n'este caso é a renuncia *extinctiva, abstensiva* e *abdicativa.* Se porém o renunciante quando faz a renuncia tem as vistas e contemplação em o favor de alguma pessoa, então é a renuncia *translativa,* que se transtorna em especie de doação. Renuncia *extinctiva* será muito rara, e sempre mais frequente a *translativa.* Póde ser que para fraudar a nossa lei das insinuações, se figure *extinctiva* a que a fundo é *translativa,* em ordem a evitar a insinuação. Mas esta fraude, que se póde facilmente commetter com duas palavras, facilmente se descobre, olhando-se a conjunctura, em que tal renuncia *extinctiva* se fez, como se em occasião de matrimonio ou á pessoa, que em consequencia ha de succeder, etc.

Digitized by Google

Já acima attingi (§ 31) e é certo, Ord., L. 4, T. 70, § 4, que não póde haver contrato sobre herança de pessoa viva, sem consentimento da mesma pessoa. Se ella não consente é o contrato reprovado pelas leis civis, Torr., *de Pact. futur. success.*, L. 1, C. 1, 2 e 15, a n. 17, e verificada a successão se deferem os bens ao fisco, Torr., C. 16, e os pactos de que trata a nossa Ord., § 3, nem com juramento se confirmam, dit. Ord., Torr., C. 17. Porém os de que trata o dito § 4, se podem firmar com juramento, quaes os renunciativos. Cap. *Quamvis pactum*, de Pact. in 6.°, Stryk., *de successionib. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, a § 18. Se porém consente aquelle, de cuja successão se trata entre o renunciante e renunciatario, valem ainda sem juramento, Torr., L. 1, C. 29, a n. 1 e 19, Gam., Dec. 375, consentimento que na melhor opinião basta tacito, Torr., a n. 70. Porém este consentimento póde ser revogado pela pessoa que consentiu no pacto, que terceiros fizeram sobre a sua herança; e entretanto esse contrato está *in pendenti* e suspenso, exposto áquella revogação, Torr., dito C. 29, a n. 6, 20 e a 50. Quando se renuncia em favor de terceiro qualquer herança, que de incertas pessoas se venha a deferir ao renunciante, cessa toda a duvida da validade, Stryk., Vol. 12, Disp. 17, § 19, Torr., L. 1, C. 16, a n. 1, aonde limita, n. 19, se houve fraude, tendo-se em vista a herança de uma pessoa certa, etc. *Ad omnia* Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 2.

§ 36

Segue-se pois do exposto (desde o § 33): 1.°, que as renunciações *extinctivas e abstensivas*, quando realmente possam verificar-se, não dependem de insinuação, porque não são doações de bens nem deferidos, nem ainda só intellectualmente adquiridos, e são uns factos negativos e abstensivos de heranças futuras, Cod. de Sardenha, L. 5, T. 14, § 10 e T. 15, § 1; bem como uma formal abstensão da herança deferida não depende d'essa solemnidade; ainda que em consequencia os bens, que aliás podiam pertencer ao abstinente, passem a terceiro. (Confiram-se os §§ 31, 32 e 35.)

Digitized by Google

§ 37

Segue-se, 2.°, que sendo a renuncia de qualquer herança, que provenha ao renunciante de pessoa incerta, aindaque seja *translativa* (renuncia valida, Not. ao § 35, no fim) segue a mesma regra dos totalmente eventuaes, incertas, em que não póde haver estimação alguma, nem se dá propriamente doação (§§ 31, 32 e 34).

§ 38

Segue-se, 3.°, que sendo a renuncia *translativa*, ainda com consentimento da pessoa, cuja successão se renunciou de futuro a favor de terceiro, como esta renuncia fica suspensa, exposta á perseverança ou revogação do consentimento d'essa pessoa viva (Not. ao § 35, no fim), entretanto fica um direito eventual que não admitte estimação alguma (§§ 31, 32 e 34).

§ 39

Segue-se, 4.°, que sendo translativa a renuncia jurada pelo renunciante, e jurando a pessoa viva que n'ella consente não revogar mais o seu consentimento; ainda mesmo este consentimento jurado é revogavel *usque ad mortem*, como acto que tem mistura de ultima vontade, Torr., *de Pact.*, L. 1, C. 29, n. 54, Gomez, in L. 22, Taur., n. 31, Barbos., na L. fin, C., *de Pact.*, a n. 9, Molin., *de Primog.*, L. 2, C. 3, n. 4: procede n'este caso o mesmo que nos precedentes e pelas mesmas rasões. Porém que se a pessoa viva, sobre cuja successão houve o contrato e jurou tambem, e não revogar o seu consentimento, que o não póde mais revogar, segue Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 8, C. 2, § 26; e seguida esta opinião é contrario este consectario.

Quid vero, se a pessoa de cuja herança se fez a renuncia persistiu até á morte, e o renunciante que jurou se arrepende? Veja-se Brunem. na L. fin., C., *de Pact.*, n. 13.

Digitized by Google

§ 40

Segue-se pelo contrario, 5.°, que como «spes quæ habet vires de præsenti, et competit ex contractu conditionali, is, cui ex contractu conditionali aliquid debetur, statim creditor dicitur; eo ideo jus stipulationis ex contractu conditionali ad hæredes transmittitur... unde spem ex contractu conditionali *æstimationem recipere*, probant jura», etc. Peg. 1, For., C. 7, pag. 541, Col. 1, in fin. e pag. 542, in pr., Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 10, n. 8, Hontalb., *de Jur. Superv.*, Tom.° 1, Q. 1, a n. 40. N'este caso a doação de tal direito em si estimavel é sujeita a insinuação.

Quid vero in spe orta ex ultima voluntate conditionali? Veja-se Portug., L. 1, Præl. 2, § 1, a n. 160, Olea et Hontalb., supra.

§ 41

Segue-se, 6.°, que como aquelle que tem um direito certo na futura successão do morgado, o póde ceder (comtantoque o ceda ao immediato successor) em vida do pae, ou de outro qualquer antecedente administrador, ainda mesmo sem necessidade de intervir o consentimento d'elle administrador vivo, pelas rasões e doutrinas que largamente expõe Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 3, a n. 9, é esta renuncia uma doação de um direito certo e radicado de presente com causa de preterito (§§ 33 e 34), e fica dependente da necessidade da insinuação (§ 35).

Como n'esta renunciação se não dá ao renunciatario a propriedade do morgado, como bens allodiaes de que possa livremente dispor, mas só o interusurio do tempo da vida do renunciante, eu não vejo outra norma mais legal para a avaliação d'este interusurio, em ordem á insinuação de tal doação, senão a da regra 7.ª da chancellaria, aonde para o fim similhante do pagamento da dizima se manda haver respeito ao quanto os bens da administração, tirados todos os encar-

Digitized by Google

gos da capella ou morgado, e isto até dez annos que se conta por vida, e do que na dita renda montar até os ditos dez annos, se pagará a dizima (*et in simili* o 1 por cento). Veja-se o § 44 na nota, Carvalh., *de Testam.*, P. 4, C. 1, n. 170, Guerreiro, For., Q. 10, n. 5.

§ 42

Segue-se, 7.°, que se a renuncia que faz o immediato successor do morgado em vida do antecessor ao seu tambem immediato successor, for *abdicativa, abstensiva, extinctiva* na formula exposta na nota ao § 35, não precisa de insinuação (§ 35): mas não será facil verificar-se uma tal renuncia (nota ao § 35, ℣. *E portanto).*

§ 43

Segue-se, 8.°, que se o fideicommissario, vivendo ainda o herdeiro gravado, ceder translativamente a esperança certa da successão do fideicommisso a favor de terceiro, o que póde fazer sem intervir o consentimento do vivo herdeiro gravado pelas rasões de Gama, Dec. 92, Fuzar., *de Substit.*, Q. 309, aonde, n. 5, amplia: «Sive fiat pactum inter ipsos confidei-commissarios, sive cum tertio, etc., procede o mesmo que fica dito no § 41, com relação aos §§ 33, 34 e 35. *Aliter* se tal renuncia for *extinctiva* (§ 42). O mesmo sem differença procede no successor necessario do prazo familiar, que vivendo o antecessor emphyteuta renuncia translativa ou extinctivamente o direito certo da futura successão, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 8.

Quid no fideicommisso condicional? Veja-se Stryk., *de Cess. action.*, C. 5, § 18.

§ 44

Segue geralmente, 9.°, com o Card. de Luc. acima citado no § 65, que é necessaria insinuação: «Ubi agitur

Digitized by Google

de jure de futuro radicato in re de preterito; adeo ut de tempore quo fit donatio æstimationem recipiat, atque emptorem inveniret pro pretio excedente; tunc enim quoties agatur de actu concepto per viam donationis, vel translativæ renuntiationis, quæ idem importat, probabilius videtur solemnitatem Insinuationis requiri». Em todos os casos comprehendidos n'esta generalidade se verifica doação propria (§§ 1 e 2); e podem adoptar-se as rasões que introduziram a necessidade da insinuação (§ 4).

Toda a difficuldade está em estimar estes direitos eventuaes. O transcripto Card. de Luc. já dá uma norma da avaliação nas palavras: «æstimationem recipiat, atque emptorem inveniret pro pretio excedente, etc.». Esta mesma norma da avaliação dos direitos eventuaes attingiu o senador apud Peg. 1.°, For., C. 7, Pag. 542, Col. 1, ibi: «debet haberi ratio pretii, quod communiter datum fuisset pro ea spe, etc.» Confiram-se Hermosilh., na L. 56, T. 5, Part. 5, Gloss. 6, n. 125 e 134, Pinell., in L. 2, C., *de rescind. Vendit.*, P. 1, C. 4, n. 16, e P. 2, C. fin., n. 31, in fin. Valer., *de Transact.*, T. 6, Q. 2, a n. 34 e 70, Peg., Tom. 4, For., C. 41, sub n. 20, 21 e 22. E supposto acima, na nota ao § 41, lembrei a norma da regra 7.ª da chancellaria, para se avaliar o interusurio do morgado renunciado, sempre deve ter desconto com respeito á contingencia de sobreviver ou não o renunciante ao antecessor; ser este mais ou menos velho, e o successor mais ou menos novo, etc.

Secção 2.ª e quanto á segunda parte

§ 45

Antes que me proponha o discurso d'esta segunda parte da questão V, devo advertir (para evitar confusão) com Stryk., *de Succession. ab intest.*, Diss. 8, C. 10, § 8, que «Renuntiatio e Repudiatio toto cœlo inter se distant, et perperam confunduntur; nec ab hac ad illam valet argumentum. Repudiatio post mortem patris; Renuntiatio eo vivente locum invenit. Repudiatio non nisi præsentis, ac delatæ hæreditatis est; Renuntiatio futuræ ac obventuræ.

Digitized by Google

Repudiatio est ipse hæreditatis recusatio; Renuntiatio est promissio, et pactum de obventura olim hereditate recusanda. Præterea, Repudiatio non fit duorum consensu, non pacto, *non alicui specialiter*, sed est solius recusantis contestatio, nolle ad se hæreditatem pertinere, *et pure fit*. At Renuntiatio est negotium, quod inter duos in idem consentientes geritur, quædamque adeo pactio et obligatio, cujus obligatio quidem præsens est; effectus tamen ejus, et executio in tempus habile, delatæ scilicet hæreditatis confertur, ac suspenditur; ut taceam, Repudiationem nec jurato, nec aliquo dato præciso fieri», etc.

§ 46

Supposta esta differença entre a renunciação e a repudiação de herança, assentam commummente os DD. que quando a repudiação é proprimente tal, e de uma herança só deferida e não addida, sem respeito ou contemplação de pessoa alguma, não depende de insinuação, aindaque em consequencia a herança repudiada passe a interessar um terceiro; porque (dizem elles) pela tal repudiação não diminue o repudiante o seu patrimonio, nem dá bens alguns seus, etc., Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 43, n. 89, Tondut. Civil., C. 57, a n, 13 e C. 153, a n. 1 ad 7, Gratian., For., C. 132, n. 20.

Com effeito o direito de addir a herança deferida, não se connumera entre os bens d'aquelle a que está deferida, e nem se comprehende na doação nem na obrigação que elle faça de todos os seus bens, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 25, n. 10, Olea, T. 2, Q. 3, a n. 7, aonde, n. 12, acrescenta que não é direito mas uma mera faculdade. Logo repudiando-se absolutamente, aindaque em consequencia os bens passem a terceiro, não é doação de bens proprios e adquiridos que as nossas leis presuppõem para a necessidade da insinuação. Parece obstar o alvará de 9 dè novembro de 1754, que *ipso jure* transfere o dominio e posse aos herdeiros escriptos ou legitimos, ainda antes da addição da herança; e que em consequencia essa repudiação que vae interessar a terceiro, já é

Digitized by Google

doação de cousa propria. Porém, respondo que aquelle alvará e leis similhantes, que *ipso jure* transferem a posse aos herdeiros, não os privam da faculdade de repudiarem as heranças, Rub., *de Confus. Jur.*, C. 2, a n. 110. Só sim hoje os crédores sendo fraudados por taes repudiações reentram no direito do repudiante, para serem primeiro pagos em concurso dos herdeiros, a que mediante essa repudiação havia de passar a herança repudiada em fraude dos mesmos crédores. Esta é a moderna legislação das nações, de que em outras partes tenho fallado (especialmente no *Tratado dos direitos reciprocos entre paes e filhos,* Part. 1, C. 20, §§ 9 e 10). Veja-se o novo Cod. Civ. da França, Art. 787.

§ 47

«Secus si agatur de repudiatione hæreditatis delatæ ac aditæ, vel de renuntiatione juris delati, ac perfecte acquisiti; cum tunc intrent termini veræ et propriæ donationis», Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 43, a n. 90, de Luc., *de Donat.*, Disc. 60, n. 31, Tondut. Civil., C. 57, n. 14; e não de repudiação nos termos da sua propriedade (§ 46).

§ 48

Mas quando o herdeiro a que está deferida a herança se explica precisamente pelas palavras: *repudiar e abster*, e só diz que *cede a herança,* n'este caso fazem os DD. commummente esta distincção. Ou o herdeiro cede a herança em favor de um estranho, que independente d'essa cessão não tenha direito algum para succeder na mesma herança, e n'este caso como o herdeiro não póde cedela a estranho, tem primeiro a addir e radicar pela addição o dominio na sua pessoa, se presuppõe para essa cessão addida primeiro e adquirida a herança, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 2, Q. 3, a n. 37, Altim., *de Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 11, Q. 39, n. 47; e por consequencia cedendo a herança a estranho, gratuita e liberalmente, exercita doação propria de bens já seus: e esta cessão como transla-

Digitized by Google

tiva de um dominio já adquirido fica sujeita á necessidade da insinuação (§§ 33 e 47).

§ 49

Ou o herdeiro cedeu a herança deferida em favor, ou de outro seu coherdeiro, ou de seu substituido, ou do herdeiro legitimo ab intestato, os quaes aliás se aquelle puramente repudiasse e se abstivesse, podiam entrar á successão; n'este caso o acto que se exprime cessão, importa uma nua abstenção e simples privação para dar intrancia ao coherdeiro substituido, ou herdeiro ab intestato, Olea, supra, Q. 45, Altim., n. 49. E consequentemente transformada a cessão em abstensão, não precisa de insinuação (§ 46); limitando-se porém esta segunda parte da distincção, ou, 1.°, quando sendo muitos os coherdeiros um d'elles cede só a favor de outro a sua porção, sem que esta acresça para todos; porque então esta cessão fica propriamente uma doação, presuppondo-se que esse coherdeiro cedente addiu e adquiriu primeiro a sua parte em commum, e assim a cedeu a outro coherdeiro excluidos os mais, Olea, supra, n. 47, Altim., n. 51. Limita-se, 2.°, e mais claramente, quando no mesmo instrumento da cessão precede a ella uma expressa aceitação da herança, e se cede depois de assim aceite, Fontanell., *de Pact.*, Claus. 4, Gloss. 9, P. 5, n. 128, Altim., supra, n. 50, Olea, n. 96.

Assim é que eu entendo o mysterioso do novo codigo civil dos francezes, Art. 780, quando diz: «A doação, venda ou translação que faz dos seus direitos successivos um dos coherdeiros, ou a um estranho ou a todos os seus coherdeiros, ou a algum d'elles, importa da sua parte aceitação da successão». «Da mesma fórma se deve dizer, 1.°, da renunciação mesmo gratuita, que faz um dos herdeiros em proveito de um ou de muitos dos seus coherdeiros; 2.°, da renunciação que elle faz mesmo em proveito de todos os seus coherdeiros indistinctamente, quando elle recebe o preço da sua renuncia-

Digitized by Google

ção». Até aqui o dito codigo: de fórma que (e abraçando elle as referidas distincções) em todo o caso em que o coherdeiro transfere por qualquer titulo a herança a estranho, a um, ou dois ou tres dos coherdeiros, e não a todos se suppõe addida, primeiro e adquirida, e translativamente cedida sem ficar nos puros termos de repudiação (§§ 45 e 46), e se converte sendo por titulo gratuito em doação pura. Se cede a herança em favor de todos e sem preço, é repudiação que se não transforma em doação; se por preço, presuppõe addição da herança e passa a ser compra e venda. *Quid vero* se a parte cedida excede mais do dobro do preço recebido? Respondo que no excesso do preço fica doação *tanquam pars prævalentior*, da qual, ou se deve siza, Guerreiro, For., Q. 69, n. 18, Lim., *de Gabell.*, pag. 46, n. 85, e pag. 49, n. 128, ou necessariamente se ha de insinuar como doação no excesso do preço, ou como venda ha de ficar sujeita á lesão, Ord., L. 4, T. 13, §§ 6 e 9.

É tambem facil para fraudar as nossas leis simular repudiação para excluir a insinuação, o que na realidade é doação ou renunciação translativa, que precisa de insinuação só com transmutação de uma palavra, como é facil no similhante caso já figurado na nota ao § 35, ⁂. *Póde ser*. E como toda a fraude da lei é provavel por conjecturas, Ord., L. 3, T. 59, § 25, ubi Silv., devem em tal caso, assim como no já referido n'aquella nota, respeitar-se as circumstancias occorrentes para se vir no conhecimento, se em todos os ditos casos (desde o § 46) a renunciação da herança em favor de terceiro, ou foi abstenção propriamente tal, ou foi renunciação *translativa* da herança ou parte d'ella presuppositivamente addida; e que na essencia seja uma doação liberal em favor do coherdeiro, do substituido, ou do herdeiro ab intestato. Confira-se Cancer. 3.º, Var., C. 15, n. 166, *apposite* Tondut., Civil., C. 153, a n. 2.

Digitized by Google

QUESTÃO VI

Se a demissão que o pae faz do morgado ao filho successor, antecipando o tempo da sua morte, é doação que dependa de insinuação? E similhantemente a demissão do fidei-commisso ao fidei-commissario, ou do usufructuario ao proprietario.

Secção 1.ª, quanto á primeira parte

§ 50

Ou um successor de morgado logoque a successão d'elle se lhe defere, e antes que d'ella faça aceitação e addição o cede e repudia, abstrahindo-se do meio, e abrindo a porta da successão antecipada, como que se elle morresse ao seu immediato successor, ou este seja filho ou qualquer outro consanguineo; e n'este caso uma tal abstenção e repudiação, aindaque se denomine cessão, se equipara ao caso da morte como renuncia *extinctiva,* passando o morgado ao proximo successor, como que se morresse o repudiante; e uma renuncia tal é *extinctiva,* que livremente póde fazer, deixando de adquirir o morgado: sempre se subentende que não fez doação ao successor ou que não fraudou alguem, etc., Card. de Luc., *de Fideicommiss.,* Disc. 195, Mier., *de Maior.,* P. 4, Q. 25, n. 124, Salgad., *in Labyr.,* P. 2, C. 15, n. 43. Procede a este respeito o que fica exposto nos §§ 45 e 46, junto o § 48.

Com effeito o caso de uma tal renunciação *extinctiva* e *abdicativa* da successão do morgado, antes de addida se equipara ao caso da morte do repudiante para muitos effeitos juridicos, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 4, n. 6 e 10, junto o n. 40; e consequentemente não póde uma tal cessão equiparar-se a doação.

§ 51

Ou o successor do morgado depois de aceitar e addir a

Digitized by Google

successão d'elle, o renuncia ao filho primogenito, e, faltando este a qualquer outro filho ou consanguineo que seja o seu immediato successor, privando-se do usufructo vitalicio e demittindo-o com a propriedade ao mesmo successor; e n'este caso muitos DD. consideram que quanto ao usufructo de que o cedente e renunciante se priva, exercita para com o successor renunciatario uma liberalidade propriamente doação, Cancer. 3.°, Var., C. 15, n. 172 e 173, Fontanell., Dec. 39, a n. 16, Addicion., ad Gam., Dec. 92, Salgad., supra, a n. 38, Nigr., *de Nominat.*, L. 2, Q. 18, n. 8. E é notavel o texto na L. 3, § *Si rem D. de Legat.* 3, Cald. ad Tit., *Instit. de Inofficios. testam.*, ad § *Sed hæc*, C. 2, n. 112.

Esta a rasão por que os DD. commummente assentam que um nomeante póde gravar contra a regra em contrario ao successor que elege em vida, demittindo-lhe logo o usufructo comensurando o gravame á commodidade do mesmo usufructo demittido ao successor; porque essa demissão, a que o nomeante não era obrigado durante a sua vida, se transtorna em doação liberal que lhe era livre gravar, Salgad., supra, a n. 34, Cancer., supra, n. 173, Nigr., supra, a n. 8, Molin., *de Primogen.*, L. 1, C. 4, a n. 32. E consequentemente parece que essa antecipada demissão do morgado ao immediato successor, quanto ao interusurio vitalicio, depende de insinuação, Tondut., Civil., C. 27, n. 15.

§ 52

Em contrario, quando o morgado depois de possuido pelo pae, é transferido ao filho immediato successor, assentam alguns reinicolas que a demissão que o pae faz ao filho da successão do morgado, aindaque juntamente lhe demitta o interusurio, e rendimento que o pae aliás podia perceber emquanto vivo, não é o filho obrigado depois conferir o valor d'esses rendimentos, por não serem doação *propria*, e pelas outras rasões que expõe Thom. Vallasc., All. 59, Molin., *de Inst.*, Disp. 238, Cald., supra, sub n. 11, aonde o refere o julgado, Pereira, Dec. 55, n. 6,

Digitized by Google

Carvalh., P. 4, C. 1, n. 165. E ainda que o mesmo Carvalho, no n. 166, segue o contrario, elle declara que é conforme o direito commum e não conforme o patrio na Ord., L. 4, T. 97, pr., aonde assim como o filho não é obrigado a conferir os fructos dos bens que o pae lhe dotou ou doou, não se considerando doação dos fructos consequentes do dote; similhantemente, quanto aos de morgado, cuja administração o pae em vida cedeu ao filho. Outros DD. fazem differença entre o caso de ser transferida logo a futura successão com os fructos como accessorios, e entre o caso de se cederem só os fructos sem a successão e administração do morgado; *ita ut* no 1.º caso procede o exposto no § precedente; e no 2.º, a demissão simples dos fructos, sem a demissão da propriedade é propriamente uma doação que dizem ser como tal sujeita á collação, Cald., supra, n. 114, in fin., Thom. Vallasc., All. 59, n. 9, a menos que os taes fructos não fossem doados para alimentos ou sustentação dos encargos do matrimonio, Thom. Vallasc., n. 10. (Confira-se desde os §§ 18 até 25.)

§ 53

Por outra parte, se equipararmos o caso em que o pae nomeia a um filho o prazo, e lhe demitte logo o usufructo, com o caso em que o pae cede ao filho effectivamente a successão do morgado com a fruição dos redditos, parece comprehender-se este por identidade de rasão no nosso assento, e proceder aqui o mesmo que fica raciocinado no § 16, para dever o tal filho e successor do morgado, abstendo-se da herança do pae, imputar na legitima e terço d'elle os redditos que percebeu em vida do pae, e dever repor o excesso dos 120$000 réis imputados na terça, se não precedeu insinuação.

Hoje o tresdobro de 120$000 réis pelo alvará de 16 de setembro de 1814.

Digitized by Google

§ 54

Quid ergo juris in hac casuum et Doctorum varietate? Parece-me que tudo se póde bem concordar com a distincção das seguintes especies. Primeira: Se um administrador do morgado, depois de possuidor, o ceder e renunciar com plena translação da administração e fruição, e esta cessão *translativa* for em favor de successor que não seja filho, esse interusurio de que se priva emquanto vivo é uma liberal e *propria* doação; e se feita a computação da sua vida e reduzidos a totalidade os rendimentos excederem 120$000 réis, uma vez preenchida esta quantia, o resto é nullo sem insinuação; e ou o administrador, que cedeu o morgado, póde oppor-se á continuação da fruição pelo successor e repetir d'elle os excessos, ou seus herdeiros, se elle emquanto vivo os não repetiu.

Que esta antecipada cessão do morgado é, emquanto ao interusurio, uma doação *propria* e liberal, se comprova com as doutrinas dos §§ 1 e 2, junto o § 51, em que se podem adoptar e verificar as rasões pelas quaes se introduziu a necessidade da insinuação (§ 4). Qual deva ser a norma da computação da vida do renunciante e cedente do morgado para cumular os redditos dos annos que corresponderem á mesma computação, se deve ser a exposta na nota ao § 24, sc. a de dez annos, pelos quaes se regula uma vida na administração dos morgados pela regra 7.ª da chancellaria (veja-se Guerreiro, For., Q. 10, n. 5), e o valor das tenças pela outra que refere Carvalho, P. 4, C. 1, n. 170, deixo ao juizo dos mais sabios; eu seguiria n'este caso a computação exposta na nota ao § 24, debaixo da mesma distincção de se tratar a controversa em vida ou depois da morte do renunciante. Bem que se esta computação excedesse dez annos, então os reduziria á norma das ditas computações da regra 7.ª e da das tenças, quando em vida do renunciante se tratasse a questão. E quando depois da sua morte avaliaria todos os rendimentos pelos annos que depois da cessão viveu o renunciante.

Digitized by Google

§ 55

Segunda: Se um pae cede a seu filho immediato successor, casado ou emancipado, o morgado com a fruição d'elle para alimentos ou sustentação dos encargos do matrimonio, procede o mesmo que expuz desde os §§ 18 até 22; e n'isto parece-me que não póde haver duvida.

§ 56

Terceira: Se o pae cede ao immediato successor o morgado, sem applicação dos fructos para alimentos ou para sustentação dos encargos do matrimonio, não por dote mas por doação, deve notar-se que a Ord., L. 4, T. 97, no princ., desobriga ao filho de conferir os rendimentos percebidos em vida do pae de quaesquer bens que o pae por qualquer titulo lhe entregasse, e só o obriga a cousa doada (suppondo-a conferivel). Ora, se os rendimentos que o filho assim percebe em vida do pae se attribuissem a doação *propria,* ou accessorio á cousa principal doada ou entregue pelo pae, é bem evidente que havia de mandar conferi-los com a cousa doada. Logo, se o interusurio que o filho em vida do pae percebe dos bens que elle entrega, não são doação nem augmento d'ella no sentir da lei, ainda quando a cousa deva ir á collação, o mesmo a fortiori procede na demissão e entrega que o pae faz ao filho dos bens do morgado não conferiveis; e quanto a esse interusurio não se reputa esta doação, sendo aqui applicavel a opinião referida no § 52, e bem applicaveis a L. 12, C. *de Fideicommiss.,* e a L. 19, D. *Quæ in fraud. creditor.*

Pela nossa Ord., dito T. 97, é favoravel o filho a quem o pae entregou alguns bens para não dever conferir os redditos, não se reputando estes doados como accessorios dos bens conferiveis. O direito romano n'aquellas leis julgou que não fraudava aos crédores o pae, que antecipando o tempo da sua morte restituia em vida ao filho o fidei-commisso, em que elle

Digitized by Google

se achava substituido, por mais que se privasse do interusurio em que os crédores podiam pagar-se de suas dividas. Tal é o favor dos filhos n'este caso. O nosso assento emquanto manda (ou aliás suppõe) dever ser insinuada a nomeação do prazo, quando o pae o entrega ao nomeado sem reserva do usufructo, como fica exposto no § 16, não tem aqui applicação por identidade de rasão: 1.°, porque a Ord., L. 4, T. 97, § 22, não manda que o successor do morgado confira a estimação d'elle ou dos fructos, quando o pae lh'o demitte em vida e se priva do interusurio, nem o assento exprime tal caso; e não podemos ampliar a esta lei e assento, maiormente quando, 2.°, entre um e outro caso ha diversidade de rasão; poisque o prazo póde vender-se pelo pae, e engrossar com o preço os mais filhos, e dando-o em vida com tradição do interusurio, não só se priva d'essa faculdade mas juntamente do interusurio (nota ao § 16). Ora, o morgado não póde jamais alienar-se pelo pae, nem com o producto augmentar as legitimas dos mais filhos. O direito (§ 26) lhe permitte antecipar ao filho a restituição sem respeito a prejuizo dos crédores ou dos mais filhos. Logo se o assento considera ser doação *propria* a nomeação irrevogavel com plena tradição do prazo, para depender de insinuação no excesso da legitima, e 120$000 réis do terço, abstendo-se de herdeiro o nomeado, pelas rasões expostas na nota ao dito § 16, estas rasões cessam na tradição que o pae antecipadamente faz ao immediato successor do morgado; que não sendo doação quanto á propriedade conferivel, ainda que pareça que o é quanto ao interusurio, o filho o passa a perceber como em consequencia do seu dominio e propriedade, que as leis sem respeito ou contemplação de alguem permittem poder o pae transferir-lhe antecipando o tempo da morte, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 23, n. 29 e 39, Cresp., Observ. 29, a n. 1.

Secção 2.ª, e quanto á segunda parte

§ 57

Se um herdeiro gravado, que não seja pae, restitue ao substituido o fideicommisso, antecipando o tempo da sua morte, procede o mesmo nos §§ 50, 51 e 54. Se é o pae que restitue em vida ao filho emancipado o fideicommisso, em que o filho é substituido por sua morte, procedem as

Digitized by Google

mesmas distincções desde os §§ 50 e 55, sem rasão de differença.

Secção 3.ª, e quanto á terceira parte

§ 58

Se um usufructuario, ou seja qualquer estranho ou seja pae, não chega a addir o usufructo e cede d'elle *abdicativa* e *abstensivamente*, antes de o addir, e o resultado é consolidar-se com a propriedade, estamos nas regras expostas §§ 45, 46 e 49, junto o § 35. Bem como se um pae, antes de addir o usufructo dos bens adventicios do filho, lh'o demittir não exercita com elle doação que o filho haja de conferir a seus irmãos, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 23, a n. 28.

§ 59

Se um deador, que não seja pae, reservar pela doação o usufructo em sua vida e depois o demittir ao donatario, se qualquer outro usufructuario, depois de addido o usufructo, o ceder ao proprietario para se consolidar com a propriedade nos termos do § *Finitur*, Inst. *de Usufr.*, esta demissão é uma pura doação (§ 47), que excedendo a taxa da lei pelo calculo figurado na nota ao § 24, é nulla no excesso, Guerreiro, For., Q. 10.

§ 60

Se o pae usufructuario dos bens adventicios do filho, emquanto elle solteiro e não emancipado, cede ao filho o usufructo d'elles expressa ou tacitamente, se n'isto se dá doação *propria* que o filho deva conferir (e por consequencia, se como doação é ou não sujeita á insinuação essa demissão do usufructo?), variam os DD., como se póde ver em Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 23, a n. 32, aonde faz distincção entre a doação que o pae faz ao filho dos fructos dos bens adventicios d'elle depois de colhidos

Digitized by Google

e percebidos pelo pae, e entre o caso em que o pae nem doou nem expressamente remittiu ao filho os taes fructos, e só *conniventibus oculis* permittiu que elle os percebesse; e entre o caso em que o pae, depois de addido e adquirido o usufructo o remitte ao filho, aindaque *sub sacris paternis*. Só no primeiro caso se julga ser doação conferivel, e consequentemente de insinuação. No segundo e terceiro casos não se julga ser doação; mas perceber o filho depois os fructos por effeito da consolidação e como de bens seus e não do patrimonio do pae.

§ 61

Se finalmente o pae emquanto vivo é usufructuario de alguns bens do filho já casado e emancipado, e lhe demitte o usufructo para no filho se consolidar com a propriedade, este caso deve decidir-se pelo exposto nos §§ 19, 20, 21, 22, 52, 56 e 60.

QUESTÃO VII

Se a doação causa mortis é valida sem insinuação?

§ 62

O nosso Caldas, que escreveu no tempo da Ord. do Senhor D. Manuel, fundado na generalidade d'ella e na sua unica excepção, elle no Cons. 19, n. 35 e 36, admiravelmente demonstrou que a dita ordenação (hoje suscitada pela de 25 de janeiro de 1775) comprehendia as doações *causa mortis*, que se comprehendem na lei que falla de todas as doações, ex L. *Alienatum*, § *Donatarius D. de Verb. sign.*, e passou a comprovar esta proposição com DD. da França, aonde já havia lei concebida com uma similhante generalidade.

Digitized by Google

§ 63

Outros DD. porém exceptuam da necessidade da insinuação esta doação, porque (dizem elles) tal doação *in facto esse* tem mais a natureza de ultima vontade, revogavel *ad libitum;* e por isso mesmo cessam a respeito d'ella as rasões pelas quaes se introduziu a solemnidade da insinuação, Card. de Luc., *de Donat.*, Disc. 60, n. 29 e 30, Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 43, n. 80, Antonell., *de Tempor. Leg.*, L. 1, C. 34, n. 30, Torr., *de Pact. futur. success.*, L. 3, C. 13, n. 28, 29 e 30, Sabell., § *Insinuatio*, n. 13, Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, § 3, n. 108 e 109. E é bem notavel o mysterio do Cod. de Sardenha, L. 5, T. 14, § 1, aonde só sujeita á necessidade da insinuação todas as doações *entre vivos;* concorda a citada Ord., de Luiz XV, Art. 1, ibi: «Todos os actos de doação *entre vivos*, etc.»

§ 64

Frequentissimas vezes entra em duvida se a doação de que se trata é *causa mortis* ou *inter vivos*, já porque o doador idiota se não soube exprimir; já porque os tabelliães, igualmente idiotas, recheiam as escripturas das doações com clausulas oppostas ás diversas naturezas de *inter vivos* e *causa mortis*. De fórma que é necessario recorrer a conjecturas, e na collisão d'elles ao peso das mais e mais fortes que prevaleçam e façam propender a doação para *inter vivos* ou *causa mortis;* sobre o que se vejam Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, § 3, Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 8, a n. 111, Peg., *de Interdict.*, a n. 206, Mantic., *de Conjectur.*, L. 1, T. 13, Menoch., *de Præf.*, L. 3, Præs. 35, *plenè* Altim., *de Nullit.*, Tom. 5, Q. 32, a n. 380 ad n. 452, e Tom. 3, Q. 1, a n. 36, Furgol., Commentar. á Ord. de Luiz XV, Art. 1, pag. 7 e 8.

Digitized by Google

§ 65

Se prevalecem pois as conjecturas de ser *inter vivos* a doação, por mais que se denominasse *causa mortis*, como se é celebrada e formada com o pacto *de non revocando*, ou for concedida para o donatario, e seus herdeiros e successores, etc., então, como sem attenção ao nome, se transforma em *inter vivos* (DD. supra), precisa de insinuação, Constantin., supra, n. 82.

§ 66

E se a doação, cujas circumstancias e clausulas a caracterisam *causa mortis*, é subscripta só por duas testemunhas, então muitos DD. a sustentam valida sem o numero de cinco testemunhas; mas transformando-a em *inter vivos* a sujeitam a insinuação, Cald., Cons. 19, n. 45, Fragoz., P. 3, L. 6, Disp. 9, a n. 17, Barbos. na L. *Quæ dotis*, n. 104 e 105, D. *Solut. matr.* Porém que a doação *causa mortis* solemnisada só com duas testemunhas nunca possa transformar-se em *inter vivos*, e que sem o numero de cinco testemunhas é absolutamente nulla, o seguem mais solida e commummente Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, § 3, n. 27, Brunneman. na L. fin., C. *de Donat. caus. mort.*, Almeid., *de Numer. quin.*, C. 25, Stryk., *Us. mod.*, L. 39, T. 6, § 1, Struv. et Mull., Exerc. 40, Thes. 25, Boehemer., *ad Jus*, ff. L. 39, T. 6, n. 6, Coccey, *Jus Contr.*, L. 36, T. 6, Q. 1.

Segue-se da rasão exposta no § 63, que toda a doação em que o doador se reserva a livre faculdade de a poder revogar, não depende de insinuação; porque em uma doação tal cessam as rasões pelas quaes é precisa esta solemnidade. Segue-se tambem que se equipara a *causa mortis*, e vale sem insinuação toda a doação, que qualquer faz quando destina professar em religião; porque só cogita da morte para o seculo, e fica livremente revogavel não chegando a ser religioso professo, Gratian., For., C. 975, a n. 33, Antonell., *de Temp.*

Digitized by Google

Leg., L. 1, C. 34, n. 37, Constantia, *ad Statut. Urb.*, Annot. 43, n. 83, Cod. de Sardenha, L. 5, T. 14, § 10, e T. 15, § 1.

QUESTÃO VIII

Se a transacção muito lucrosa a um dos transigentes ou complicada com doação precisa de insinuação?

§ 67

Conclusão 1.ª Se se celebra uma transacção sobre controversia duvidosa de facto, ou de direito intrincado, sendo opinativa a questão, ainda que pelo que mutuamente se dá ou remitte entre os contrahentes, um d'elles fique notoriamente de partido mais vantajoso, sem que comtudo o excesso e vantagem expressamente se dê e dôe ou remitta; não é n'este caso, quanto a essa vantagem e excesso, necessaria a insinuação, porque não é doação liberal mas um diverso contrato para supprimir a demanda, Urceol., *de Transact.*, Q. 67, a n. 5. E só havendo lesão fica exposta ao remedio da rescisão, pela Ord., L. 4, T. 13, § 6, ibi: «transacções», lesão que se deve regular e provar com respeito ao dubio litis evento, na fórma que expõe o mesmo Urceol., Q. 94, Valer., T. 6, Q. 2, Peg., Tom. 7, ad Ord., L. 1, T. 87, § 4, n. 104, Gam., Dec. 110, n. 15 et Dec. 10, etc.

§ 68

Conclusão 2.ª Donatio quæ fit in contractu transactionis, emptionis, vel alio contractu oneroso, si fiat principaliter, et non accessorie in clausulis accessoriis, et executivis instrumenti; tunc in donatione requiritur Insinuatio, quia sumus in separabilibus, et in duobus contractibus in uno celebratis; et propterea donatio retinet suam naturam, nec per transactionem mutatur». Urceol., *de Transact.*, Q. 67, n. 21. Isto é em substancia o que diz Tondut., Civil, C. 57, n. 22, ibi: «Insinuatio necessaria

Digitized by Google

et in donatione, quamvis fiat in contractu transactionis, emptionis, vel alio contractu oneroso, si fiat principaliter, et non in clausulis accessoriis; nam facta æque principaliter donatione, duo contractus in uno celebrantur, et unus ab alio separabilis est; ideo donatio suam naturam retinet.»

§ 69

Conclusão 3.ª Transactio super re liquida ex causa donationis facta meram donationem sapit, non considerationem nomine transactionis, quod non recte ei convenit, requirit eo casu Insinuationem; quæ aliàs in vera transactione de re dubia facta non est necessaria». Valer., *de Transact.*, T. 6, Q. 2, n. 56. Urceol., *de Transact.*, Q. 67, n. 22. O mesmo procede quando na transacção, com causa expressa de doação, se perdoa e remitte alguma divida liquida e indubitavel, Valer., supra, n. 54.

A transacção que como tal não póde valer, por assentar sobre objecto em que não havia duvida, fica com effeito valendo como pacto, Mello Freire, L. 4, T. 2, §§ 10 e 11. E este pacto, não podendo então attribuir-se a outra causa se transtorna em doação, maxime, quando ou a consanguinidade ou quaesquer outras circumstancias fazem presumir doação gratuita n'aquelle, que transigindo sobre cousa clara e indubitavel, se veiu em consequente liberalisar com o outro, Olea, *Decis. Jur.*, T. 1, Q. 4, a n. 27.

Digitized by Google

QUESTÃO IX

Se depende de insinuação a nomeação de prazo entre pessoas, que não sejam pae e filho, quando o nomeante reservou o usufructo? E se pela individuidade do prazo se vicia ainda mesmo nos 120$000 ou 60$000 réis, não havendo insinuação?

SECÇÃO I

§ 70

Antes que me proponha discutir e resolver esta questão, devo discutir e decidir outra prejudicial, qual é: Se a nomeação do prazo, ainda que com reserva de usufructo, é *propria* e liberal doação? Demonstrando que é uma doação liberal e doação propriamente, ficará facil a resolução da questão principal.

PRENOÇÃO

§ 71

É um erro inveterado dos nossos reinicolas, seguido cegamente sem critica, regularem a natureza das nomeações dos prazos pelas regras da L. *unum ex familia*, § 1, D. *de Legat.* 2.°, quando estas são peculiares privativamente para regular as eleições dos fideicommissos familiares, e não as dos prazos, que só devem regular-se pelas faculdades concedidas nas investiduras e pelos direitos consuetudinarios.

Assim Antonio Maria de Nigris, *de Nominat.*, L. 2, Q. 18, n. 1, ibi: «Facultas nominandi ad fideicommissa valde differt a nominatione emphyteusis, feudi et officii; illa enim regulatur a censura Text. in L. *unum ex familia*, ff. *de Legat.* 2, hæc autem tota desumit vim a lege investituræ, et ab usibus feudorum pro effectu reservationis ususfructus, et gravaminis ex juribus mox enucleandis.»

Digitized by Google

§ 72

Com effeito, que differenças essenciaes não ha entre os fideicommissos e os prazos? Os testadores fideicommittentes têem as vistas fixas ou na familia, ou nas pessoas que substituem e chamam para a sua successão, *ut patet ex Tit.* D. *de Legat.* 1.°, 2.° e 3.°; os senhorios pelo contrario, e por via de regra, só têem as vistas nos seus proprios interesses, quaes os da percepção da pensão, do laudemio, da devolução, etc. E tanto lhes importa seja seu emphyteuta Ticio ou Sempronio, uma vez que se lhe paguem os seus direitos dominicaes, differença que bem pondera e comprova o senador apud Peg. 3, For., C. 28, n. 153.

§ 73

Os bens do fideicommisso, por isso mesmo que necessariamente devem passar ao fideicommissario, não podem em prejuizo d'elle alienar-se pelo herdeiro gravado, a menos que não seja para dividas do testador e similhantes casos, L. fin., § *Sed quia,* C. *communia de Legat. Authent. Res quæ,* C. eod., Pinheir., *de Testam.*, Disp. 4, Sect. 8, § 6. *At vero* os prazos de nomeação podem alienar-se ainda em prejuizo dos filhos? Os familiares sem duvida na terceira vida, Franç., *ad Mend.*, Arest. 23; e ainda na primeira e segunda vida quando o senhorio consente, maiormente interpretando-se a *contrario sensu* a frequente clausula: «Que não poderão ser vendidos sem licença do senhorio», clausula que permitte a venda e transtorna condicional a vocação dos filhos, e familia só para o caso de se não vender o prazo, Vallasc., *de Jur. Emphyt.*, Q. 45, n. 12, Peg. 2, For., C. 10, a n. 44, e 3 For., C. 28, n. 442, 973, 569, 574 e 452, Fulgin., *de Jur. Emphyt. post. Tract.*, Dec. 18, n. 5 e 6, e Dec. 21, n. 17.

Digitized by Google

§ 74

É outro consequente erro confundirem as nomeações de toda a especie de prazos, seja qualquer que for a sua providencia e faculdade de nomear sem distincção de ser concedida para nomear uma pessoa da familia, certa de certas, ou incerta de certas, ou ser a faculdade livremente concedida para nomear arbitrariamente qualquer pessoa. Quando a cada passo os DD. estrangeiros estão fazendo esta justa distincção, e assentando (pelas regras dos fideicommissos) que no primeiro membro da distincção só é que propriamente o fideicommisso se recebe do testador e não do elegente, que só este exercita o seu ministerio e nada confere do seu; e no segundo pelo contrario se recebe o fideicommisso ou prazo, não do testador ou do senhorio, mas do commissario ou emphyteuta, que nomeando a quem podia preterir ou deixar de nomear, lhe confere beneficio e faz doação; e da sua mão é que se recebe pelo nomeado o fideicommisso ou prazo, e não do testador ou senhorio.

Assim o distingue modernamente o citado de Nigris, *de Nominat.*, L. 1, Q. 1, n. 31 e 32, ibi: «Ex his merito inferunt DD. nominationem certi de certis, seu incerti de certis esse quid facti, quia nominans nihil tribuit de suo, L. unum ex familia, ff. de Legat. 2, nominationem vero incerti de incertis esse quid juris, quia nominatus, quidquid habet, totum a nominante recognoscit; et ratio disparitatis est, quia primo casu heres commissarius tenetur nominare; e contra autem in secundo casu potest eligere, et non eligere; ergo eligendo ipsius beneficium est, non Testatoris erga personam nominatam... Capiens ex Judicio Testatoris dispositivo dicitur capere a Testatore, sed capiens ex judicio Testatoris permissivo dicitur capere ab herede, quod est notandum pro effectibus juris inde resultantibus.» Et L. 2, Q. 18, n. 3, ibi: «Non item si emphyteusis sit hereditaria, forte quia concepta sit pro se, et heredibus, aut uno ex his libere nominando ex ratione apposita, quia beneficium, quod electus capti, a nominante recognoscit.» Jul. Capon., Contr., For. 8, n. 7, Rot. post Card. de Luc., L. 10, *de Fideicommiss.*, Decis. 45 e 46.

Digitized by Google

§ 75

D'este principio nasce ser outro consequente erro, qual é dizerem os mesmos reinicolas que o nomeante não póde impor gravame ou condição na nomeação do prazo, ou fideicommisso, e isto pelos mesmos geraes principios, sem fazerem a referida distincção, quando nos termos d'ella só então se não póde gravar o nomeado, quando o nomeante é precisamente obrigado nomear uma pessoa certa de certas, ou incerta de certas da familia; porque só então nada confere do seu, não exercita liberalidade, não faz doação, e só enche o nú e simples ministerio de eleger. Quando porém a faculdade de eleger é livre e absoluta, e o eleito podia ser preterido, etc., n'este caso o nomeante exercita liberalidade propria, faz doação; da mão d'elle e não do testador ou do senhorio, é que o nomeado recebe o fideicommisso ou prazo, e portanto póde gravar-se com encargos ou condições, etc.

Assim contra a generalidade dos nossos Pereir. e Cald. o julgou a curia romana post., Torr., *de Pact. futur. success.*, Dec. 184, a n. 4 ad 9, Nigr., *de Nominat.*, L. 1, Q. 47, n. 6, ibi: «Et quamvis hæc conclusio textualis sit, nec habeat in puncto juris contradictorem, placuit nihilominus modernis Pragmaticis in hac re subtilius distinguere, ut scilicet certus, seu incertus de certis gravari non possit, secus incertus de incertis; et rationem adjiciunt, quia tunc nominatio est voluntaria, et in sequellam beneficium est heredis eligentis, non Testatoris pro effectu, ut nominatus omnia onera sibi a nominante imposita exequi, et implere omnino teneatur, etc.» Et L. 2, Q. 18, n. 3, Rot. post. Card. de Luc., L. 10, *de Fideicommiss.*, Decis. 45 e 46.

§ 76

Augmenta-se a realidade d'este erro: 1.°, com esta ponderação. Os mesmos DD. estrangeiros e reinicolas geralmente assentam, que quem póde *(immo* deve) nomear pessoa certa de certas, ou incerta de certas de uma fami-

Digitized by Google

lia até o tempo da sua morte, se nomeia uma em vida antecipando o tempo da morte, e logo lhe cede a posse e fruição do prazo ou fideicommisso, póde grava-lo correspectivamente; porque cedendo-lhe em vida este interusurio, a que só por morte seria obrigado, exercita liberal doação, que consequentemente póde onerar e gravar, porque dá ao nomeado o interusurio de que não era obrigado, e de que aliás o podia privar emquanto vivo, Nigr., *de Nominat.*, L. 2, Q. 18, n. 8, Peralt., in L. *cum pater* § *a filia*, a n. 93, ff. *de Legat.* 2, Cald., *de Nominat.*, Q. 18, n. 2, Cardos., verbo *Emphyteusis*, n. 47, Gam., Dec. 70, n. 2, Peg., *de Maior.*, Tom. 4, § 1, sub n. 24.

§.77

Ora podem vender-se livremente sem duvida os prazos de nomeação ou mixtos, os familiares na terceira vida, e ainda na segunda, consentindo o senhorio (§ 73). Logo, deixando o nomeante de os vender como podia e nomeando-os irrevogavelmente, ainda com reserva do usufructo, privando-se d'aquella liberdade de vender e lograr o preço, executou pura liberalidade; porque com effeito tambem se fazem vendas com tal reserva, supposto que com alguma diminuição do justo valor, e muito mais cedendo-se logo o usufructo.

§ 78

Augmenta-se o erro, 2.°, com esta ponderação: Basta (nos termos mesmo d'esse direito romano) que quem tem faculdade de nomear, não seja precisamente obrigado nomear, e que lhe seja arbitrario nomear ou deixar de nomear, expondo a sua cessão á ordem da *ab intestato*. Isto, digo, basta para poder gravar aquelle que nomeia sem precisa obrigação de nomear alguem; porque nomeando em tal caso, a que aliás não era obrigado, exercita liberalidade, etc. Peralt., in L. *unum ex familia*, § *sed et si fundum*, n. 9, D. *de Legat.* 2.

Digitized by Google

Com Tondut., Manz., Peregrin., Fuzar., Torr., Altograd. e muitas decisões modernas o citado Nigr., L. 1, Q. 47, a n. 7 ad 10, ibi: «Placet tamen in hac re alia distinctio, quæ communiter etiam recepta est; aut enim heres tenetur unum intra certum genus eligere, tunc verum et onera nominato imposita non substineri; secus ubi heres potest eligere, et non eligere; tametsi facultas nominandi intra certum personarum genus restricta sit, tunc onera substineri indubitati juris est, quod ratio suadet; quia sicuti heres commissarius absolute potest non eligere, cum nominatio et non nominatio in libero ejus arbitrio reposita sit; ita potest eligere cum onere dandi, vel faciendi, Peralt. in L... ibi: Jura illa loquuntur in his, qui non tenentur neque restituere, et sic necessario, sed dumtaxat, si volunt, possunt id facere, tales enim non adimendo videntur dare de novo, sicque possunt gravare eum, a quo non adimerunt... Quæ distinctio juri quoque innititur, aliud enim est facultas nominandi, ut heres uni ex familia det, licet repositum sit in ejus arbitrio, cui dare debeat; aliud, ut det, vel non det., inquit text. in L. *utrum* § *cum quidam*, ff. *de reb. dub.*, ibi: Cum quidam pluribus heredibus institutis unius fideicommisisset, ut cum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse velet, restitueret eam partem hereditatis, quæ ad eum pervenisset, verissimum est utile esse fideicommissum; ne enim in arbitrio ejus, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere; sed cui potius restituat, plurimum enim interest, utrum in potestate ejus, quem Testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedit; et ratio disparitatis est; quia primo casu electio, quæ inde fit, transit in actum necessarium, et dicitur liberalitas Testatoris, qui imposita necessitate solam electionem heredi concessit... e consequenter talis electio excludit gravamen, et onus fideicommissi penitus rejicit, mandavit nime Testator, ut heres eligeret, non ut personam nominantem gravaret... Secundo autem casu libera est lectio, quia potest fieri, et non fieri ab herede, ideoque onus dandi, vel faciendi, aut restituendi hereditatem ei, qui est extra genus a Testatore prædilectum, de jure subsistit; nominatus enim non a Testatore, sed ab herede eligente capit hereditatem.» Concluindo no n. 11, ibi: «Præterea omnes de hac re scribentes, qui simpliciter adseverant nominatum non posse gravari, nec ad solvenda legata, nec ad extraneum nominandum, nec ad restituendam eidem hereditatem per fideicommissum, inter quos Gabriel, etc., intelligendi sunt de nominatione certi, seu in-

Digitized by Google

certi de certo tamen genere personarum; non autem ubi agitur de nominandis incertis omnino incertis, vel ubi facultas nominandi etiam intra certum genus coarctata, omnino libera est, ita ut heres gravatus possit dare, et non dare, eligere et non eligere juxta præmissam distinctionem, quæ nullum in puncto juris dubitationem admittit ex prædictis.» Logo se o emphyteuta não tem na investidura precisa obrigação de nomear, ou é dependente do seu arbitrio deixar de nomear. segue-se que nomeando faz doação, nomeando o que podia deixar de nomear; e nomeando a Pedro o que podia livremente nomear a Paulo. *Ita etiam* Jul. Capon., Controv., For. 8, n. 38, Tondut. Civil., C. 50, a n. 41, com Surd., Peregrin., Fuzar. e outros, Rot. post. Card. de Luc., L. 10, *de Fideicommissis.*, Dec. 45 e 46.

§ 79

É emfim erro dos nossos reinicolas diversificarem a nomeação da doação absolutamente, e sem distincção, dizendo que a nomeação não é doação. Pois o contrario fica demonstrado debaixo das referidas distincções (§). E geralmente, que se equiparam a doação e nomeação, o demonstra Nigr., *de Nominat.*, L. 1, Q. 10, n. 24, ibi: «Nam donare, adsignare, et eligere de jure non differunt.» E L. 2, Q. 9, n. 13, ibi: «Donare, et eligere inter se non differunt.» E L. 3, Q. 1, n. 37. E geralmente «Qui non admit quod adimere potest, donare dicitur», Altim., Tom. 5, Q. 32, n. 119: «Donatio dicitur omnis gratuita pactio, promissio, concessio, remissio ex causa liberali», Altim., supra, n. 173. (Confira-se o § 1.)

§ 80

Só o nosso Guerreir., For., Q. 69, a n. 21, foi o primeiro que com claras luzes combateu estes erros, quando, e mesmo com as nossas leis patrias, declamou contra elles e é digno de ser visto. Em consequencia pois do exposto desde o § 71, é certa e demonstrada esta proposição. As nomeações dos prazos de livre nomeação ou

Digitized by Google

mixtos, e que podem nomear-se livremente ou vender-se (*quidquid sit* dos familiares, em que se devem eleger pessoas certas de certas) são doações propriamente taes em que o nomeante exercita liberalidade, e da mão do qual, e não do senhorio, recebe o nomeado o prazo, sem differença das doações dos bens allodiaes.

Resolução da questão principal

§ 81

Bem sei o que disse o original Caldas, Cons. 19, n. 12, que cegamente sem critica seguiram Barbos., ad Ord., L. 4, T. 62, n. 16, Lim. ad eand., n. 33, e o que mais admira Mello Freire, L. 4, T. 3, § 3. Porém deixando de advertir, que o que Caldas disse n'aquelle n. 12, foi em rasão de duvidar, e que elle mesmo depois defendeu o contrario, n. 35 e seg., vejamos só que rasão dá Caldas no dito n. 12. Eis-aqui: «Cum domini directi illud beneficium sit qui conferre potest, L. *unum ex familia*, ff. *de Leg.* 2», inferindo que: «In donatione juris alieni Insinuatio necessaria non est». Tal é a rasão de Paschoal: «Quia vera donatio non est, vel quia magis ab institutore, quam ab emphyteuta nominante proficiscitur».

§ 82

E que rasão mais futil, mais irrisoria, depois de se ter ponderado o que demonstrei ha pouco na proposição geral? A nossa Ord., L. 4, T. 62, faz dependentes da solemnidade da insinuação todas as doações, assim de bens moveis como de raiz que passarem de trezentos cruzados em sua valia. A lei de 25 de janeiro de 1775, no seu proemio, declara comprehendidas na generalidade da Ord. todas as doações de qualquer qualidade e natureza que fossem. E na sua sancção de novo mandou que «todas e quaesquer outras doações, de qualquer qualidade e natu-

Digitized by Google

reza que sejam, sejam sob pena de nullidade insinuadas.»

§ 83

E quem duvidará que as nomeações dos prazos são doações de bens de raiz, que comprehendeu a citada ordenação? Será preciso ignorar a Ord., L. 3, T. 47, e L. 4, T. 48 e T. 95, para não connumerar os prazos entre os bens de raiz. Quem duvidará que os prazos têem valor a dinheiro, ou se nomeiem e doem com reserva do usufructo, ou sem elle; e que por consequencia se comprehendem nas palavras da ordenação *ou sua valia*? Que mais importa dar com reserva de usufructo um prazo, que vendido assim vale quatro mil cruzados, ou dar bens livres que valem o mesmo? Que mais liberalidade exercita quem dá bens allodiaes com tal reserva, ou o prazo com tal reserva irrevogavelmente? Em um e outro caso não é o mesmo? Não se priva tanto o nomeante do prazo como o doador de bens livres da equivalente valia por que aliás podiam vender com essa reserva? Quantas vendas assim se estão praticando e que a cada passo se encontram nos DD.? Não comprehende a nova lei todas as doações, de qualquer qualidade e natureza que sejam? Não reprova ella as limitações todas com que os DD. haviam limitado a dita ordenação? E não é a nomeação de prazo uma especie de doação liberal? Quem o poderá negar (maiormente quando o prazo é de nomeação livre) depois de ver o que fica demonstrado na proposição geral? Se as doações de bens livres irrevogaveis *inter vivos* com reserva de usufructo devem sem duvida insinuar-se, como não as nomeações de taes prazos? Que rasão de differença? *Capiuntur a Domino, ou a nominante?*

§ 84

Só uma nomeação feita em vida antes da morte, mas ordenada ao tempo d'ella, isto é, *causa mortis*, não pre-

Digitized by Google

cisará de insinuação, bem como d'ella não precisam as doações *causa mortis*, ordenadas para o tempo da morte. Uma nomeação porém *inter vivos*, irrevogavel com translação de todo o dominio e posse, é uma doação *inter vivos* como a dos mais bens que necessita de insinuação. Assim por especial mandato de El-Rei o Senhor D. José I o determinou o tribunal palatino contra o dr. Paschoal José de Mello Freire e seu irmão o conego Luiz de Mello, de que se passou provisão em 10 de novembro de 1775, ibi: «Hei por bem declarar-vos, que aindaque os prazos de nomeação livre se possam nomear na conformidade dos contratos emphyteuticos, e a nomeação feita em vida antes da morte, mas ordenada ao tempo d'ella não necessita de insinuação; comtudo porém, como a tia dos supplicantes desse logo em vida aos nomeados os bens aforados, transpassando-lhes todo o direito que n'elles tinha, foram as nomeações dos prazos umas nomeações entre vivos como as dos mais bens, que excedendo a quantia da lei, necessitam, na fórma d'ella e da lei novissima, de insinuação.»

§ 85

A reserva do usufructo em vida é um accidente da nomeação *inter vivos*, e irrevogavel; e tão longe está este accidente de constituir *causa mortis* a nomeação ou doação feita com tal reserva, que antes a reserva mesmo produzindo os effeitos da clausula *constituti*, ex Peg. 1.°, For., C. 6, n. 38, opera que a nomeação e doação sejam *inter vivos*, ex Portug., L. 1, Præl. 2, § 3, n. 9, e que fique por tal reserva transferido todo o dominio e posse. E se uma doação de bens livres *inter vivos* com a mesma reserva, deve necessariamente insinuar-se, como não uma doação tal? Que differença? Temos visto que nenhuma. Emfim se olhâmos para as rasões, pelas quaes a necessidade da insinuação foi introduzida, ellas comprehendem todo o caso; porque tanto se priva da sua subsistencia e liberdade o que dá o prazo, como os bens livres; tanto se

Digitized by Google

priva um como outro da possibilidade de os vender e lucrar o preço, doando com tal reserva como fica demonstrado. Justamente pois diz Nigr., L. 1, Q. 68, n. 20, que a nomeação: «Quando est facta per viam contractus, perinde habere debet, ac alia quævis donatio inter vivos».

§ 86

Se se argumentar com o assento de 21 de julho de 1797, em que depois de se delibêrar que na Ord., L. 4, T. 62, e lei de 25 de janeiro de 1775, se comprehendem: «Os dotes profecticios e doações que os paes fazem a seus filhos, tanto de bens allodiaes como dos prazos», se acrescentam estas palavras: «No unico caso, quanto a estes, de ser logo em vida dos paes transferido por elles aos filhos o usufructo dos mesmos prazos». E se se argumentar a *contrario sensu;* logo, nomeando-se e doando-se os prazos com reserva do usufructo, não é necessaria insinuação; porque *contrarius sensus legis pro lege habetur*. Respondo, que este argumento, *a contrario sensu legis*, não tem aqui logar, nem o da identidade de rasão; o que demonstro com muitas respostas.

§ 87

Porque o objecto especial do dito assento eram as doações de bens livres ou prazos que os paes fazem aos filhos, para serem ou não sujeitos á collação, dependerem ou não de insinuação. E aqui trata-se da nomeação e doação de um, que não é pae, a um que não é filho, em que se não dá em concurso de outros o direito da collação, Guerreir., Tr. 2, L. 2., C. 10., a n. 12. De um que não é pae a um que não é filho, entre os quaes já não ha aquella reciproca obrigação de se prestarem doações e alimentos, como entre paes e filhos, e em cujas doações não se podem, como não necessarias, considerar os favores das que fazem necessarias os paes aos filhos, etc. E para não valer o argumento de paridade, basta

Digitized by Google

qualquer minima dissimilhança ou diversidade, **Barboz.** et Tabor., L. 1, C. 137, a n. 127.

§ 88

2.ª O mesmo assento forma como regra geral das leis, serem doações as nomeações dos prazos, e comprehendidas na sua sancção: só por benigna interpretação exceptua as nomeações feitas aos filhos com a dita reserva. Temos visto que geralmente as nomeações dos prazos de livre nomeação, ainda feitas com essa reserva, a pessoa que não são filhos, em nada differem das doações de bens livres, que se fazem com tal reserva, e que por isso são comprehendidas na generalidade das leis. Ora, o assento que exceptua só as assim feitas aos filhos, fica sendo uma limitação especial no caso que decidiu, e nos mais fica vigorando a generalidade das leis, porque regra certa é, que a lei especial subsequente fica só sendo limitação da geral precedente, Moraes, L. 1, C. 4, n. 3, Boehmer., ad Jus Dig., L. 1, T. 1, § 6, n. 4.

§ 89

3.ª O argumento deduzido do contrario sentido do assento, equiparado á lei, cessa e não procede, quando o contrario é expresso em direito; quando alguma lei se viria a corrigir; quando seguido esse argumento, ou resultaria algum absurdo, ou no caso contrario militaria a mesma ou maior rasão, etc., Barboz, et Tabor., L. 1, C. 137, a n. 32, Cordeir., Dub. 41, n. 43, Dub. 51, n. 28, Dub. 2, n. 43 et 45, Dub. 15, n. 46, Dub. 19, n. 7, Dub. 23, n. 49.

§ 90

E se por força d'esse argumento se exceptuassem da insinuação todas as doações de prazos de nomeação livre,

Digitized by Google

que com a dita reserva se fazem por outros que não sejam paes, que absurdos não resultariam? Que absonas intelligencias? Que repugnancia das nossas leis? Por ventura, quem nomeia um prazo de nomeação livre nada dá do seu? Não faz beneficio? Não exercita liberalidade? Não faz doação da propriedade, em si estimavel, ainda que reserve o usufructo? Nós o temos visto. E não é isto doação comprehendida nas leis e nas rasões d'ellas? Se não fosse doação que precisasse de insinuação, tambem d'ella não precisaria a de bens livres, feita com tal reserva; porque *deductis deducendis,* tanto vale a propriedade do prazo assim doada, como a de bens livres assim doada. E se estes doando-se assim ficam innegavelmente sujeitos á insinuação, que rasão diversa doando-se da mesma fórma inter vivos um prazo de nomeação livre?

§ 91

4.ª Ou o assento assim se ha de conciliar com a já transcripta provisão (§ 84), de fórma que o assento só proceda no seu especial caso, e a provisão geralmente em tódos os mais, em que os prazos se nomeiam inter vivos irrevogavelmente, aindaque com a dita reserva, ou o argumento *a contrario sensu* do assento não ha de valer, resultando d'essa interpretação taes absurdos e contradicções com as leis geraes, e com a provisão mesma (que mandou por especial mandato do mesmo legislador da lei de 1775) como fica demonstrado.

§ 92

Figuremos um pae dotando com reserva do usufructo, ou um terço, que vale tres mil cruzados, ou bens que valem quatro; mas imputados mil na legitima, hão de saír do terço os tres: pergunto, não ha de ser insinuado este dote de bens livres feito com reserva do usufructo? O assento o decide. Figuremos um pae, senhor de um prazo,

Digitized by Google

que podia vender a um terceiro, mas com a tal reserva; pergunto: doando-o com ella ao filho, não é o mesmo dar-lhe com essa reserva o que com ella mesma podia vender por tres mil cruzados? Não é isto dar-lhe outro tanto na propriedade, e valor d'ella já irrevogavelmente transferida? Não ha de ser aqui necessaria a insinuação? Exceptuou jamais o direito romano (tão restricto na nossa legislação) as doações feitas aos filhos? (§ 8). Não o concebo. Será crivel que os senadores, que votaram n'este assento, estivessem imbuidos das erradas maximas, deduzidas da celebre L. *unum ex familia,* que tenho debatido? Não o creio, e menos reflectindo, que denominaram doação as nomeações dos prazos. Logo, a fundo, só o especial favor dos filhos podia ser a intrinseca rasão do assento inampliavel a quaesquer outros nomeados, que não sejam filhos; e reflectindo, que só teve em vista o § 22 da Ord., L. 4, T. 97, aonde se trata dos prazos, que chamam pessoas certas de certas, em que se dão diversas rasões advertidas acima § até §. Outra não póde ser a sua intelligencia, sem se recaír em uma interpretação absurda, opposta á rasão, contraria aos fins, porque a necessidade da insinuação foi introduzida, e restrictiva da generalidade das nossas leis.

SECÇÃO II

Se a nomeação de prazo, que é nulla pelo defeito de insinuação, o é em tudo, supposta a individuidade; ou ao menos subsiste em 120$000 ou 60$000 da sua estimação.

§ 93

A rasão por que a doação excessiva da taxa legal subsiste valida dentro dos limites permittidos, e só se vicia no excesso, não é outra senão porque o util e valido não se vicia pelo inutil e nullo, como é regra geral, *de qua* Barbos. e Tabor., L. 19, C. 51, a n. 11. Regra que applicam Castilh., L. 5, C. 100, n. 9, Fontanell., *de Pact.*, Claus.

Digitized by Google

4, Gloss. 21, p. 1, a n. 31, Voet. ad Pandect., L. 39, T. 5, n. 15.

§ 94

Porém como aquella regra, na qual consiste a rasão fundamental d'estas nossas leis, cessa e se limita nas cousas individuaes, connexas e inseparaveis, nas quaes o util e valido se vicia pelo inutil e nullo, Jull. Capon., *de Pact.*, Q. 27, a n. 13, Fontanell., supra, a n. 71 et 72, Castilh., a n. 14 et 24, e os prazos do nosso reino são individuos por natureza, Ord., L. 4, T. 36, § 1, T. 96, § 23, Guerreiro, Tr. 2, L. 2, C. 8, a n. 13, parece que não valendo a nomeação do prazo no todo individuo, não subsiste em parte, que não póde dividir-se do todo; e parece que n'este caso cessam as nossas leis, que presuppõem uma doação de cousa individua, e annullando-a no excesso, querem subsista dentro dos permittidos: *Quid ergo juris?*

§ 95

Que haja doutor a decidir esta questão precisamente, eu o ignoro; e portanto me vejo obrigado recorrer a principios e a limites. Ora, supposto é assás controverso se se deve a estimação do legado, de cujo commercio ou posse é privado e destituido o legatario? Eu deixando de expor as leis e argumentos por uma e outra parte, que largamente expoz Puttman., *adversar. jur.*, L. 1, C. 7, concluo com o mesmo no fim do dito Cap. «Legatarium rei legatæ commercio destitutum, et si non rem ipsam, æstimationem tamen optimo jure ab herede postulare». Concorda Fragoz., P. 3, L. 6, Disp. 9, § 17, n. 4.

§ 96

Similhantemente quando um prazo familiar se deixa e lega a um estranho incapaz de succeder n'elle, sempre pelo menos se deve pelo herdeiro ao legatario a sua esti-

Digitized by Google

mação; ou quando se deixa a igreja, incapaz de o possuir, Fragoz., supra, n. 5 et 6. *Videndus* Cal. *de Potest. Elig.* C. 12, a n. 11. Ora o prazo admitte estimação e esta divisão, Ord., L. 4, T. 97, § 22; logo se a nomeação do prazo pelo defeito da insinuação não vale no todo da propriedade, que é individua, nem póde dividir-se parte d'esse todo para subsistir no equivalente a 120$000 réis, nada ha que obste a que subsista na sua estimação, que é dividua, e d'ella nos 120$000 réis o donatario não é incapaz.

§ 97

Ou aliás, se o prazo era de nomeação livre, e o nomeante não fez outra nomeação em diversa pessoa, revogando a primeira; então sendo certa a conclusão que o nomeado em parte do prazo, em falta de outra nomeação, fica nomeado no todo, pela rasão da individuidade d'elle, Cald., *de Nominat.*, Q. 3, Peg. 2.° For., C. 9, n. 531, Cardos., Verb. *Emphyteusis*, n. 49, segue-se que o nomeado sem insinuação fica nomeado no todo, mas obrigado a restituir aos herdeiros do nomeante o excesso do valor de réis 120$000.

§ 98

Se porém o nomeante revogar por essa causa a primeira nomeação, e fizer outra; sim pelas doutrinas citadas (§§ 95 e 96) estará obrigado para com o donatario pela estimação do prazo até a quantia de 120$000 réis, mas esta obrigação é só pessoal do nomeante emphyteuta, e não onus real annexo ao prazo, e transcendente aos successores, que não forem herdeiros, *ut in simile* Fragoz., P. 3, L. 6, Disp. 9, § 25, n. 4, Peg., *de Maior.*, Tom. 4, § 1, n. 28. E portanto só quando muito o herdeiro do nomeante ficará responsavel pela obrigação pessoal do defunto a 120$000 réis; mas não o successor do prazo, se não for herdeiro do nomeante. *Alii meliora dabunt.*

Digitized by Google

QUESTÃO X

Se depende de insinuação a demissão que o emphyteuta faz do prazo na mão do senhorio, como condição aceite de o renovar, e que renova, em terceiro? Quid, se a demissão é simples, e sem condição, só em favor do senhorio?

§ 99

Quanto á primeira parte: O caso de se nomear, transferir e entregar o prazo immediatamente ao nomeado, ou demittir-se ao senhorio com a condição aceite de o renovar em um terceiro, em nada differem, e seria uma manifesta fraude das nossas leis para evitar a insinuação; bem como assentam os DD. ser fraude da Ord., L. 4, T. 96, § 22, renunciar o pae um prazo nas mãos do senhorio para que o renove no filho, e o filho passe a possui-lo pela renovação, Carvalh., *de Testam.*, P. 4, C. 1, n. 182, Cald., *de Nominat.*, Q. 18, n. 7, Valasc., *de Partit.*, C. 13, n. 105; e se um filho, a que o pae por tal enterpreza nomeou o prazo, é obrigado a conferir a sua estimação, por se não fraudar a dita Ord.; (DD. supra), se conforme o nosso assento uma nomeação do prazo, que ha de estimar-se, depende de insinuação no excesso de 120$000 réis (§ 16), segue-se, e sem rasão de differença, que o mesmo procede na hypothese d'esta questão; porque aliás seria facil para fraudar as nossas leis, e effectivamente se fraudariam, se aquelle que quizesse nomear um terceiro, deixando de o nomear, renunciasse o prazo na mão do senhorio, com a condição aceite e executada de lh'o renovar. O terceiro por este meio indirecto, sendo em effeito o mesmo, viria a conseguir o fim, que pelo directo não poderia obter sem insinuação.

§ 100

Quanto á segunda parte: Devemos distinguir o caso de

Digitized by Google

o emphyteuta demittir ao senhorio o dominio util, aliás muito estimavel, por causa meramente gratuita e liberal; e o caso de o demittir e renunciar por causa precisa e necessaria, que podia ser coactiva; como por causa de commisso, ou opção, etc. No 1.° caso é propriamente uma doação liberal do dominio util feita pelo emphyteuta ao senhorio, que não differe das mais doações do dominio util. No 2.° caso é a demissão do dominio util por causa necessaria e coactiva, que não contém em si implicita doação, vejam-se Peg. 2, For., C. 9, pag. 624, Col. 2, pag. 625, 626 e 627, Fulgin. *de Jur. Emphyt.*, in T. *de Renunt.* q. 3, n. 4, et q. 11. Confiram-se Silv., ad Ord., L. 4, T. 3, pr., n. 25, Salgad. *in Labyr*, P. 3, C. 3, n. 68 et 69, Cald. *de Renovat.*, Q. 16, n. 22.

§ 101

Em consequencia: no 1.° caso da distincção é necessaria insinuação, porque é em effeito uma doação liberal do dominio util em si estimavel, doação propria, *nullo jure cogente facta* (§ 1) e doação, em que privando-se o emphyteuta por uma liberalidade tal de um dominio estimavel e vendivel, militam aqui as rasões inductivas da necessidade da insinuação. No 2.° caso pelo contrario não é necessaria insinuação, porque não ha aqui doação liberal, mas reconhecimento e satisfação de uma obrigação do emphyteuta, e do mesmo a que o senhorio o podia obrigar; comtanto porém que se verifique realidade da causa, porque em taes materias suspeitas, e aonde póde haver fraude da lei, não basta a simples assersão dos contrahentes, sem realidade do facto, como em similhante caso raciocinam Reinos, Obs. 31, n. 19, *optime et omnino videndus* Paul. Rub., *de Testam.*, C. 93, a n. 135, ad n. 148, Urceol., *de Transact.*, Q. 39, n. 32.

Digitized by Google

QUESTÃO XI

Se a doação comprehensiva de bens presentes e futuros, e que se insinuou, avaliando-se só os primeiros, para regular os pagamentos dos novos direitos, é nulla quanto aos futuros depois supervenientes ao doador, que não entraram n'aquella avaliação? Quid quanto á reserva para testar, havendo na doação a clausula que, não testando d'ella o doador, ficaria tambem ao doado?

§ 102

Quanto á primeira parte: O regimento dos novos direitos, datado de 11 de abril de 1661, no fim, declara que a sua intenção é que se não defraudem nem diminuam estes direitos por via alguma. O mesmo regimento tratando de um por cento, que se paga em outras graças, privilegios e faculdades (como do valor dos bens doados nas insinuações das doações), determina, ut ibi: «E porque até agora se regulava a paga dos direitos novos pelas justificações, que as partes faziam do valor d'estas fazendas, em que se usava de grande dolo vendendo-as, depois aforando-as e alheando-as por muitos maiores preços dos que declaravam em suas justificações: ordeno e mando que as partes declarem logo o valor dos bens que se venderem, trocarem e aforarem, ou do que importar o censo ou juro, e conforme sua declaração pagarão o novo direito; e o alvará da concessão se juntará á escriptura do contrato que se celebrar, e o tabellião n'ella não poderá pôr maiores preços que os declarados no alvará, e se praticará n'este caso o mesmo que está disposto nas certidões das sizas, com as penas da Ord., L. 1, T. 78, § 14».

§ 103

Na pratica, quando se requer insinuação de alguma doação, apenas costuma dizer-se no requerimento, que os bens doados excedem a quantia da lei, não se expres-

Digitized by Google

sando o verdadeiro valor d'elles, como parece faz preciso o dito regimento: outras vezes se relata logo o verdadeiro valor. Mas em todo o caso se mandam avaliar os bens pelo corregedor da comarca, a que se commette a informação previa da insinuação; e isto em ordem ao regulamento da quantidade dos novos direitos que lá se hão de pagar; bem como nos artigos das sizas, C. 1, § 1, mandam avaliar para o pagamento da competente siza os bens de raiz permutados. Esta avaliação se faz por louvados juramentados pelo corregedor, que vende os bens doados, que se lhe mostram, fazem relação escripta dos seus valores, a qual se remette com a informação ao tribunal.

§ 104

Como pois só os bens presentes do doador são objecto d'esta avaliação, e só com respeito a esta se regulam e pagam os novos direitos, parece que só fica insinuada a doação quanto aos bens presentes, de cujo valor se pagarão os respectivos direitos; e não quanto aos bens futuros, supervenientes ao doador, que não foram contemplados para a solução dos novos direitos; poisque equiparando-se este no dito regimento ao direito da siza, assim como é nullo o contrato, de que esta se não paga em parte, ou em todo, *ita similiter* fica ineffectiva a doação dos bens futuros, que não entrarão em avaliação, nem d'elles se pagarão os respectivos direitos.

§ 105

Quanto á segunda parte: É frequente nas doações dizerem os doadores que reservam um tanto para testar, declarando que, não testando, a tal reserva ficará ao donatario; e é valida por direito esta clausula, Salgad., *in Labyr.*, P. 2, C. 18, n. 58, Castilh., Tom. 6, C. 113, sub n. 34, Altim., *de Nullit.*, Tom. 5, n. 864. Esta reserva, entretanto que o doador não exercita a disposição d'ella,

Digitized by Google

não se comprehende na doação, Altim., supra, n. 863. Se bem que o Cod. Civ. dos francezes, Art. 946, annulla tal clausula.

§ 106

Se pois o doador não dispõe da reserva, não póde esta, ainda havendo a dita clausula, passar ao donatario, porque foi exceptuada ao principio da doação e da avaliação dos bens, e não se pagarão com respeito a ella os devidos novos direitos, como a respeito da primeira parte da questão fica demonstrado, e necessariamente passa aos herdeiros *ab intestato*, como se tal clausula não interviera, *ex regula, de qua* Portug., L. 1, Præl. 2, §. 7, n. 74.

Eu já obtive convalidar-se a doação da reserva por força de uma tal clausula, ainda mesmo depois da morte do doador, que d'ella não testou; para o que fiz requerimento ao tribunal, juntando a doação e a primeira insinuação, e offerecendo-me a pagar os novos direitos respectivos á reserva, de que se não pagaram, e que só pelo evento de não testar o doador se veiu a comprehender na doação por força da mesma clausula. E se passou na mesma doação uma apostilla, de que se pagaram estes direitos para valer a doação quanto á reserva. O mesmo poderá praticar-se no caso de ser a doação comprehensiva dos bens futuros, e sobrevirem depois d'ella alguns ao doador, pois similhantemente se poderá supplicar ao tribunal, mande de novo avalia-los para se pagarem os respectivos direitos, visto se comprehenderem os taes bens na doação já insinuada, e não se pagarem no tempo d'ella direitos de bens ainda inexistentes; sem necessidade de novas diligencias sobre a vontade do doador, porque já confirmada uma vez quando elle ratificou; isto póde comprovar-se com o simile da Ord. L. 2, T. 48, § 1 e 2, com o mesmo regimento dos novos direitos, no ✝ *E os mesmos direitos se pagarão do supplemento*, etc. Bem como a nullidade pelo defeito do pagamento de siza, ou ainda a pena, se evita pagando-se antes da contestação da lide, Lim., *de Gabell.*, pag. 137, a n. 1. Comtantoque estes novos direitos se paguem antes de disputada a nullidade, como se deduz da Ord., L. 2, T. 39, § 4; e é regra geral que depois de arguida qual-

Digitized by Google

quer nullidade, e adquirido direito á parte, não póde já supprir-se e remediar-se, add. ad Reinos, Obs. 28, ad n. 17.

QUESTÃO XII

Se sendo de avultados bens a doação, estimando-se em pouco para fraudar os novos direitos, é nulla no excesso do maior e justo valor, de que por fraude se não pagaram os respectivos direitos?

§ 107

Depois de prenotado o exposto nos §§ 102 e 103 parece-me que esta questão se deve decidir fazendo esta distincção: ou o doador ou donatario para fraudarem os novos direitos corremperam os louvados, persuadindo-os e movendo-os a que estimassem em pouco os bens doados; e assim se prova: ou pelo contrario a avaliação diminuta foi erro dos louvados, e que só a erro d'elles se deve attribuir.

§ 108

No primeiro caso julgo nulla a insinuação, senão no todo, ao menos no excesso do valor arbitrado pelos louvados corruptos, e de cujo excesso se não pagaram os novos direitos: move-me, 1.°, o regimento dos novos direitos (§ 102), que detesta, e se oppõe a toda a fraude, por meio da qual, e por qualquer via elles se diminuam: move-me 2.°, o mesmo regimento, que para fins similbantes ao das insinuações quer que, em ordem a se pagarem os direitos de um por cento, se estimem em justo preço os bens, objecto da graça, e em que ella assenta, equiparando esse caso com o das sizas, e applicando a elle a Ord., L. 1, T. 78, § 14. Ora, é bem certo ser nullo o contrato, de que se deve o direito da siza, e de que ella inteiramente se não paga, Lim., *de Gabell*, pag. 103, n. 4 et 5.

Digitized by Google

§ 109

Move-me, 3.°, o alvará de 30 de outubro de 1649, transcripto por Peg., Tom. 9, ad Ord., L. 2, T. 26, n. 81, e na Collec. 1.ª á Ord., L. 2, T. 63, na rubric.; os dois decretos na Collec. 2.ª á mesma Ord., e o regimento dos encabeçamentos, C. 11, aonde se occorre com penas pecuniarias, corporaes e de nullidade dos actos, a todos os conluios que se machinem em fraude da real fazenda.

Este conluio, esta fraude em prejuizo da real fazenda, e no presente caso a corrupção dos louvados, como machinação occulta, é provavel por presumpções e conjecturas, e ainda por testemunhas singulares, como é expresso n'aquellas legislações, junta a Ord., L. 3, T. 59, § 25, e L. 2, T. 33, § 32 e 33.

§ 110

No 2.° caso parece-me que o erro da avaliação só imputavel aos louvados, e não ao doador ou donatario, não prejudica nem transtorna nulla a doação no todo, e nem ainda em parte; porque são principios certos, que o erro dos officiaes de justiça não prejudica ás partes, Vallasc., Cons. 181, n. 11, Cardos., verbo *Tabellio* n. 16, Arouc., All. 110, n. 3. A culpa só póde recaír sobre os seus auctores, e a culpa de um não póde prejudicar a outro, nem qualquer póde ser pregravado ou prejudicado por facto de terceiro, Barbos. et Tab., L. 3, C. 152, a n. 5. Não ha culpa onde não ha dolo, etc.

§ 111

Por outra parte o alvará de 14 de outubro de 1773 e a lei de 20 de junho de 1774, só castigam os avaliadores, constando por provas legaes, que elles não cumpriram com verdade e inteireza as suas obrigações, e o codigo de Sardenha, L. 3, T. 32, § 55, castiga tambem a sua impe-

Digitized by Google

ricia. O direito romano tambem faz responsaveis os avaliadores pelo dolo e culpa lata, e quasi como por delicto, ou sejam nomeados pelas partes ou pelo juiz, Struv., Exerc. 15, Thes. 59 et seg., Stryk. *Us. mod.*, L. 11, T. 6, §§ 2 et 3, et Actionib., Sect. 1, Membr. 10, § 33, Oter, *de Official. Reipubl.*, C. 21, a n. 28. Em todas estas legislações ficam os arbitradores responsaveis, não só ás penas comminadas nas leis, mas ao interesse das partes lesas. E como do erro dos seus arbitramentos, que não é imputavel ao doador ou donatario que não os corromperam, só resulta prejuizo á real fazenda, parece que, salva a validade da doação, só ficam sujeitos a denuncia, tanto para serem punidos os seus erros quando dolosos ou crassos, (mas não quando innocentes) quanto para ser indemnisada a real fazenda.

QUESTÃO XIII

Se dependem de insinuação as doações que um doador faz a muitos em um só instrumento, e cada uma das quaes não excede por si a quantia da lei? Ou se muitas doações feitas pelo doador a um só donatario em diversos tempos se cumulam, e são nullas sem insinuação no excesso?

§ 112

Pelo que respeita á primeira parte: Quando um doador ao mesmo tempo em um só acto faz distinctas doações a diversas pessoas, se todas cumuladas não excedem os 120$000 ou 60$000 réis, subsistem sem insinuação; se porém todas cumuladas excedem aquellas taxas legaes, ou cada uma d'ellas por si, reputam-se todas uma só doação, e todas só subsistem dentro dos limites permittidos, Voet. ad Pandect., L. 39, T. 5, n. 16, Barbos. e Tabor., L. 9, C. 91, a n. 11, Mull. ad Struv., Exerc. 40, Thes. 10, in fin., Stryk., *de Cautell. Contractuum*, Sect. 3, C. 9, sub § 5, Lim. ad Ord., L. 4, T. 62, in princ., n. 13, Cardos., in Prasc., verbo

Digitized by Google

Donatio, n. 10, Gam., Dec. 387, n. 5, Molin., *de Just.*, Disp. 178, n. 18, Brunnem., na L. 34, C. *de Donat.* n. 29.

N'este caso deve praticar-se rateio entre os condonatarios, Cardos. supra sub n. 10, bem como se pratica entre os legatarios, quando o testador excedeu os limites das faculdades de testar, Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 6, a n. 316, Bagn., C. 6, a n. 61, De Luc, de Legat. in summa a n. 52, *Aliter* quando muitas e diversas pessoas no mesmo acto fazem doação a uma só, porque se reputam tantas as doações diversas, quantos os doadores; e doando cada um d'elles bens seus até 120$000 ou 60$000 réis, não se precisa de insinuação, e só se cada um dos doadores faz doação de bens seus excessivos das ditas taxas, Voet., supra n. 16, Barbos., et Tabor. a n. 10.

§ 113

Pelo que respeita á segunda parte: Se um doador faz ao mesmo donatario diversas doações em diversos tempos, cada uma das quaes por si só não excede a taxa legal, ellas não se cumulam para perfazer um todo, que no excesso precise de insinuação, mas olha-se cada uma de per si como doação distincta e diversa; comtantoque não concorram presumpções demonstrativas, de que para fraudar a lei se dividiram e multiplicaram estas pequenas doações, por diversos actos e em diversos tempos, Barbos., et Tabord., supra, a n. 10, Cardos., supra, sub n. 10, Furgol., Tom. 5, Commentar. á Ord. de Luiz XV, Art. 22, pag. 218 v. *Enfin.* Muller ad Struv., Exercit. 40, Thes. 10, Brunnem, na L. 34, C. *de Donat.*, a n. 24, Molin., *de Justit.*, Disp. 187, n. 21, Lim., ad Ord. L. 4, T. 62, n. 14, Voet., ad Pandect., L. 39, T. 5, n. 16, Zoez., ibidem, n. 52.

Adverte o citado Stryk., que para evitar a fraude «tempus quoque, non unius alteriusve diei intercedat necessum est, sed tantum ex quo satis ipsum deliberasse de facta donatione colligi possit, etc.» Por exemplo, se passados tempos acrescerem meritos do donatario, ou sobrevierem necessidades d'elle, que possam commover ao doador fazer-lhe ou-

Digitized by Google

tra pequena doação, e assim por causa superveniente á primeira, e por causa inopinada no tempo da primeira, etc.; em tal caso, tendo o doador largos espaços de premeditar o exercicio das suas liberalidades, e sobrevindo causas de as multiplicar em favor do mesmo donatario, sem prodigalidade maior, nem em cada vez com excesso da quantia da lei, cessam n'estas circumstancias todas as rasões naturaes, civis e positivas que introduziram a necessidade da insinuação (§§ 4 e 5). De outro modo, vendo-se feita pelo mesmo doador ao identico donatario hoje uma doação de 120$000 réis, d'aqui a um, dois ou tres mezes outra similhante, e assim successivamente, sem alguma d'aquellas novas e supervenientes causas, eu arbitraria fraudulentas a 2.ª, 3.ª ou 4.ª doações, e só julgaria valida a primeira; o mesmo julgaria, se encontrasse um doador fazendo hoje uma doação a um homem, a poucos dias a sua mulher, a outros poucos a um filho, etc., porque assim como é nulla no excesso a doação feita ao mesmo tempo e acto a diversas pessoas (§ 112), similhantemente julgaria fraudulentas as diversas doações feitas com pequenos intervallos, sem novas ou diversas causas, a pessoas assim tão conjunctas. Bem como no simile, de quo Silv., ad Ord., L. 3, T. 59, § 24, n. 4.

§ 114

Em muitos casos se presume por direito doação, independente de outra expressão, como nos casos da L. 27, e da L. 34, D. e da L. 11, e 15, C. de Neg. gest. e nos mais, que cumularam Mantic., de Tacit., L. 13, desde o T. 9 até 22, Menoch., *de Arbitr.*, Cas. 88, et *de Praesumpt.*, Furgol., supra, Art. 1: e n'estes casos, quanto á necessidade da insinuação, faço esta distincção: ou se trata de muitas modicas e successivas doações tacitas, diaria, mensal ou annualmente em favor do mesmo donatario, cada uma das quaes não excede a quantia da lei, e procede o exposto no § 113, ou se cada uma d'essas doações tacitas excede a taxa da lei, sendo feita por uma só vez, ou é excessiva em todas as suas repetições; e então nos excessos é, e são sujeitas á precisão d'esta solemnidade, sem differença das doações expressas; porque as tacitas não po-

Digitized by Google

dem ser mais favorecidas que as expressas, verificando-se em todas a mesma rasão.

QUESTÃO XIV

Se é nulla a carta de insinuação passada depois do tempo prefixo na nossa lei, quando esta se não vê especialmente dispensada?

§ 115

Devemos considerar esta questão debaixo de dois pontos de vista: ou o donatario requereu a insinuação dentro do tempo prefixo na lei, e dentro do mesmo se fizeram as diligencias pelo ministro informante, na fórma da Ord., L. 4, T. 62, aindaque depois d'aquelle tempo se passasse a carta pelo desembargo do paço; ou o donatario requereu a insinuação passado já aquelle tempo, e não requerendo expressamente dispensa da nossa lei, se lhe passou a carta em fórma commum, sem outra especial dispensa d'esta mesma lei.

§ 116

No primeiro caso, eu votaria pela validade, porque a essencia da insinuação, vistos os DD. citados na nota ao § 6, consiste n'aquella declaração, que o doador faz perante o magistrado, asseverando-lhe que fizera a doação espontanea e liberalmente, sem coacção, dolo, fraude ou sujeitos, etc., e n'aquella informação, por testemunhas, a que procede o mesmo ministro informante, na fórma da dita ordenação. E portanto, se isto se executa dentro de quatro mezes no continente do reino, está essencialmente insinuada a doação, e satisfeito á lei, que só quer que n'aquelle tempo sejam insinuadas as doações, e não faz preciso que dentro do mesmo tempo se passe a carta pelo tribunal, estando só na Ord., L. 2, T. 39, taxado o tempo ao transito da carta pela chancellaria.

Digitized by Google

Se a provisão para a informação for apresentada ao ministro informante dentro dos quatro mezes, e com tempo ainda sufficiente para a sua execução, mas esta se não expedir n'aquelle tempo por impedimento do ministro informante, e passados os quatro mezes elle fizer a insinuação, tambem n'este caso póde sustentar-se valida a insinuação; porque, emquanto o magistrado está impedido, não corre o espaço legal, como é bem notavel a Ord., L. 3, T. 84, § 5, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 2, sub n. 9, ⋆. *Secundus* et ⋆. *Tertius*. Sendo principio geral, que ao justamente impedido não corre o tempo legal, maxime quando não póde remover o impedimento, como com muitas ordenações prova o repertorio debaixo da conclusão: Impedimento justo escusa, etc.

§ 117

No segundo caso: Se a insinuação se supplicou passados quatro mezes contados da data da escriptura, ella já está *ipso jure* cassada, quando a insinuação se pede, pelo decreto irritante da nossa lei, ibid: « Não forem insinuadas dentro de quatro mezes... contados do dia da data d'ellas, sejam nullas e de nenhum effeito, quanto ao excesso; bastando o lapso do tempo, sem outra interpellação, para taes se julgarem », etc. E então, ou juntamente se pediu dispensa contra este lapso de tempo, e expressamente se concedeu, e não ha objecto de maior duvida, a não querer disputar-se a sua validade.

§ 118

Ou tal dispensa se não supplicou, nem concedeu especial e juntamente com a insinuação; e n'este supposto parece-me nulla a doação, que antes estava cassada pela lei: poisque a insinuação regia é propriamente uma confirmação regia: assim se denomina na Ord. Affonsina, L. 4, T. 67, na Manuelina, L. 4, T. 54, na Filippina, L. 4, T. 62, § 1, no fim, e L. 3, T. 85, § 2.

Digitized by Google

§ 119

Ora, ha essencial differença entre a regia confirmação passada em fórma commum, e a passada em fórma especifica: pela primeira se não confirma a doação, ou qualquer acto que aliás eram nullos « quia defectus datus in actu confirmato durat etiam post confirmationem, et princeps nunquam censetur confirmare actum nullum », Peg. 3, For., C. 3, n. 64, Portug. *de Donat.*, L. 2, C. 7, a n. 17, 18, 19 et 29, Stryk., Vol. 11, Disp. 2, C. 1, § 3, et § 15, Carvalh., *de Testam.*, P. 2, sub n. 371, Cabed., P. 2, Dec. 2, n. 2: e como a doação cuja insinuação se requereu passados os quatro mezes, já estava *ipso jure* cassada e annullada pela lei, segue-se que a carta de confirmação d'ella passada em fórma commum das mais, sem uma especial dispensa da mesma lei, não convalida a doação, já antes nulla pela determinação da mesma lei. Pela confirmação em fórma especifiça se convalida o acto nullo, DD. supra.

A confirmação que se faz pelo principe, sem plenario conhecimento de causa, e da invalidade ou validade do acto confirmado, se diz em fórma commum. Pelo contrario se diz em fórma especifica, quando o acto se confirma, ou com perfeita noticia e conhecimento de causa sobre o vicio ou nullidade do acto; ou quando o teor da doação ou privilegio se transcreve na graça confirmante, ou quando a graça confirmante foi formalisada com as clausulas: ***Ex certa scientia, ex plenitudine potestatis, non obstante quacumque lege et consuetudine, quæ sit in contrarium,*** Rieg., P. 2, a § 1241, Stryk., supra, C. 1, a § 5, Portug., supra, a n. 30; se bem que Rieger, supra, declara que « tenor instrumenti confirmationis tabulis insertus, probat ille quidem ei, qui confirmat actum incognitum haud fuisse; verem quod certam ac solidam notitiam habuerit inde probari minime potest ». Bem como no § 1244, declara que as referidas clausulas são commummente formularios da curia, que não podem induzir confirmação especifica; concluindo no § 1245, que esta não se induz facilmente sem se mostrar; que no consistorio do principe foram com deliberação ponderadas todas as circumstancias do negocio confirmado. E eu acrescento com Portug., supra,

Digitized by Google

n. 29, Stryk., supra, § 4, que na duvida se presume a confirmação antes em fórma commum, que não convalida o acto nullo, do que em fórma especifica. E portanto que, supposto que nas cartas de insinuação se enunciam as datas das doações confirmadas, e as notas dos tabelliães em que foram feitas, nada d'isto basta no sentimento de Rieger para induzir uma confirmação em fórma especifica que convalide a doação, antes nulla pelo direito irritante da lei, sem outra especial dispensa d'essa nullidade; maiormente quando essa costumada relação da data e nota, em que se fez a doação confirmada, tem a meu ver outro diverso fim, qual o de occorrer a uma supposição de outra doação diversa em bens e clausulas que não seja a confirmada.

§ 120

Por outra parte: o donatario que passados os quatro mezes, e depois de declarada *ipso jure* a nullidade da doação por força da lei, recorre a pedir insinuação, encontra dois obstaculos, de que vae buscar dispensa e remoção; um é o da Ord., L. 4, T. 62, outro o da nossa lei; se antes de passarem os quatro mezes lhe obstava á doação a primeira, depois lhe obsta tambem a segunda; é logo necessario uma dispensa de ambos, e a da Ord., L. 4, T. 62 (que é a dispensa commum das cartas de insinuação) como stricta e expressa só para aquelle fim, é inampliavel, e não póde suppor-se sem uma clara expressão, dispensada tambem a segunda lei, como largamente comprova Peg. 10, ad Ord., C. 61, a n. 18 et a n. 26.

E se a dispensa d'esta lei se não pede, se não póde subentender concedida, porque «Princeps non præsumitur plus voluisse concedere quam fuerit supplicatus... Rescriptum declaratur ex precibus, et licet concedat id, quod est plus, non videtur concedere id, quod minus est; quia in mandato, et gratia principis non procedit argumentum de maiori ad minus, præcipue si militet alia ratio». Sabell., § «*Princeps*» n. 23.

Digitized by Google

§ 121

É pois um consequente necessario do exposto, que quando se impetra confirmação da doação, como excessiva da taxa da Ord., L. 4, T. 62, se têem passado os quatro mezes contados da sua data, se deve juntamente pedir dispensa na nossa lei de 1775; e de outro modo, se n'esse caso esta lei se não dispensa especificamente, fica a confirmação em fórma commum, sem convalidar a incursa nullidade da doação; nem a dispensa da Ord., L. 4, T. 62, póde estender-se por interpretação a subentender-se tambem dispensada, sem assim se requerer, a lei de 1775.

Eu vejo os nossos reinicolas, Peg., tom. 7, ad Ord., in Regim. Senat., C. 3, e Pereir., *de Revis.*, C. 27, n. 5, provando com varias ordenações, que o tribunal palatino só póde dispensar as leis, de que a dispensa se lhe concede no seu regimento, e nenhumas outras; eu vejo esta lei de 1775 posterior a todas as ampliações do seu regimento; e não sei que haja alguma regia resolução que lhe faculte dispensar tambem a dita lei, para convalidar as doações, sem embargo de se impetrarem as doações passados os quatro mezes. Mas não me atrevendo disputar a jurisdicção d'aquelle tribunal, só digo, como por via de interpretação, que passando-se alguma insinuação na fórma commum das mais que se impetram no termo legal, não póde subentender-se dispensada a dita lei, quando nem tal dispensa se pede, nem a carta da insinuação a exprime.

§ 122

Resta ainda a questão: «An judex inferior de confirmatione principis judicare possit incidenter?» Esta questão a decide Rieger., P. 2, § 1251, ibi: «Non negant tamen, quin judex inferior de confirmatione pontificis judicare possit incidenter, ut aiunt, scillicet judicando; litteras laborare vitio; illum cui gratia data, ea indignum; actum in forma communi confirmatum, jam ante fuisse invalidum; quæ sunt hujus generis plura». Com effeito,

Digitized by Google

assim se vê julgado em Peg., Tom. 10, ad Ord. pag. 60, coll. 1, et pag. 61, coll. 1.

Parece que faz duvida o alvará de 30 de outubro de 1751. Porém este alvará bem reflectido só faz privativo o tribunal palatino para o conhecimento e decisão dos embargos de ob e subrepção; mas não para o conhecimento ou interpretação das graças, que em si mesmas são nullas por algum defeito legal, como se nota na Ord., L. 2, T. 39, pr., § e T. 42, no fim; de fórma que só o T. 43 foi declarado no dito alvará, pelas especiaes rasões na lei expressas. E aindaque parece comprehender toda a especie de embargos oppostos á execução das provisões e cartas, etc., comtudo entende-se quando a parte prejudicada oppõe embargos; e não quando por via ordinaria argue a nullidade das provisões ou cartas, como se nota nos dois arestos referidos pelo citado Pegas. E se a Ord., L. 2, T. 39, manda geralmente que se não faça obra, nem execução alguma pelas provisões não passadas pela chancellaria, e o § 4 manda a todo o juiz que as declare de nenhum effeito; se o T. 42 manda o mesmo a respeito das provisões de mercês, que se não registarem em quatro mezes; parece que qualquer magistrado inferior póde decidir das nullidades que encontrar nas graças defectuosas dos requisitos necessarios na sua expedição, que refere o citado Peg., c. 12. Se bem que no presente um juiz inferior só interpreta que a carta de confirmação passada em fórma commum não é visto dispensar sem especial menção a nossa lei de 1775, quando a insinuação se requereu passados os quatro mezes. Mas quando se oppõe ob e subrepção está declarado por uma provisão do desembargo do paço de 29 de abril de 1780, que o conhecimento da ob e subrepção das provisões de quaesquer tribunaes pertence aos mesmos, *ou esta se intente por embargos, ou por libello.*

Digitized by Google

QUESTÃO XV

Se depois de insinuada a doação resta ao doador ou seus herdeiros o direito de arguir a sua nullidade, ou de a revogar por qualquer causa juridica

§ 123

A insinuação, como vimos na precedente questão, só dispensa a Ord., L. 4, T. 62, e passada em fórma commum não sana as nullidades, não as convalida; tambem o que summariamente se processa na informação preambula, não obsta a que pelos meios ordinarios se dispute plenariamente que o doador para a doação mesma foi dolosamente seduzido ou enganado, como em casos similhantes se póde ver em Peg., Tom. 7, ad Ord., pag. 641, 643, et Tom. 10, pag. 60, Altim., Tom. 3 Rubr. 3, Q. 7, a n. 52. Tão pouco obsta a insinuação, a que a doação insinuada fique depois revogavel por alguma das causas expressas na Ord., L. 4, T. 63, ou pelo nascimento dos filhos, nos termos da lei *Si unquam*, C. *de Revocand. Donat.*, e da Ord., L. 4, T. 65.

§ 124

Consequentemente, 1.°, se a doação foi nulla pelo defeito de alguma das solemnidades, que são communs a todos os instrumentos publicos, conforme a nossa legislação, solemnidades que largamente expõe Moraes, *de Execut.*, L. 4, C. 1, Bagn., C. 3; ainda depois de passada a carta de insinuação em fórma commum, se póde arguir a nullidade por algum d'aquelles defeitos de solemnidade (§ 119).

§ 125

Consequentemente, 2.°, como o procedimento summa-

Digitized by Google

rio, preambulo da insinuação, não obsta á disputa plenaria (§ 123), ainda depois de passada a carta de insinuação, podem o doador ou seus herdeiros arguir, que não só a doação, mas o acto mesmo da declaração do doador perante o ministro informante, tudo fôra effeito de seducção e machinação dolosa com arte, medo ou engano, e que as testemunhas da mesma informação, ou ignoravam ésses occultos influxos ou foram corruptas para jurar que elles não intervieram.

§ 126

Consequentemente, 3.°, se o donatario é depois ingrato ao doador, commettendo alguma das ingratidões que relata a Ord., L. 4, T. 63, póde o doador mesmo emquanto vivo revogar a doação ou declarar a ingratidão; sobre o que se vejam Lima nos commentarios á dita Ord., e alem dos DD. que refere, e melhor que todos os mais Furgol. no *Tratado dos testamentos*, Tom. 4, C. 11, Secç. 1, e Altim., *de Nullit.*, Tom. 3, Q. 32, a n. 538.

Querem alguns DD. que a revogação da doação, pela falta de implemento dos modos ou condições que respeitavam o favor do doador, nos termos do § 5 da mesma Ord., póde exercitar-se pelos herdeiros do doador, aindaque este em sua vida não revogasse a doação por esta causa, nem se queixasse ou protestasse, Hermosilh., Gloss. 1, L. 6, T. 4, partit. 5, n. 33, aonde refere Surdo, Pereira, Mieres, e outras, Regnudello, verbo *Transmissio*, n. 49, Fabr., in C., L. 8, T. 38, Def. 14. Em contrario Furgol., Tom. 4, D. 11, Sect. 1, n. 149, distingue, que se o onus imposto ao donatario respeitava só o favor do doador pessoalmente, como prestação de alimentos, contribuição, serviços, etc., e o doador em vida se não queixou nem protestou, fica esta causa de revogação seguindo a natureza das mais da Ord., que não sendo accusadas ou protestadas pelo doador emquanto vivo, não póde ser accusada por seus herdeiros; ou o onus imposto ao donatario respeitava os interesses dos herdeiros d'elle, e então podem estes, depois da morte do doador, por esta causa fazer revogar a doação. O mesmo procede quando a inexecução das convenções se accusa contra os herdeiros do donata-

Digitized by Google

rio, se estes não prestam ao doador os alimentos ou pensões com que a doação se gravou, e com cujo gravame os bens passaram aos herdeiros do donatario.

§ 127

Consequentemente, 4.°, se depois de insinuada a doação sobrevem filhos ao doador, fica *ipso jure* revogada a mesma doação, com as distincções que expõem os DD. que referem Altim., Tom. 4, Q. 32, a n. 596, Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, a n. 23 e 99, Cod. Civ. dos francezes, Art. 960 e seguintes, Furgol., Tom. 5, Art. 39. Entre as limitações d'esta regra ha duas notaveis; uma que pela legitimação do filho natural, aliás insuccessivel, quando a legitimação é *per Rescriptum Principis*, não se revoga a precedente doação, Peg., Tom. 2, ad Ord., L. 1, T. 3, C. 23, Portug., supra, n. 25. Outra é que o dote feito pelo pae a uma filha, sobrevindo-lhe outros filhos, só se revoga emquanto offensivo das legitimas d'elles, e sempre subsiste no terço do pae (bem entendido sendo insinuado), Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, a n. 105.

QUESTÃO XVI

Se é imputavel á mulher casada, a quem se fez alguma doação, e não pedir insinuação nos quatro mezes; e se ao menos tem regresso contra o marido para ser indemnisada? Quid quanto aos menores, cujos tutores foram omissos em fazer insinuar as doações a elles feitas?

§ 128

O Art. 28 da Ordenação de Luiz XV, de fevereiro de 1731, commentado por Furgole, se concebeu n'estes termos: «A falta de insinuação poderá igualmente ser opposta á mulher commum em bens, ou separada de bens com seu marido, e a seus herdeiros por todas as doações feitas em

Digitized by Google

seu proveito, mesmo a titulo de dote; e isto em todos os casos em que a insinuação é necessaria, sob pena de nullidade; salvos a ella ou a seus herdeiros os seus recursos contra o marido ou seus herdeiros, sem que debaixo do pretexto da sua insolvabilidade a doação possa ser confirmada em algum caso, não obstante a falta de insinuação». Assim mesmo se deve subentender determinado na generalidade indistincta da nossa lei, que não admitte distincção de ser ou não imputavel ao donatario fazer insinuar a doação nos quatro mezes, nem faz distincção de pessoas.

§ 129

A rasão a expõe (quanto aos casados por communião de bens) com outro celebre francez Ricard., o moderno commentador Furgol. ao dito Art., pag. 263, assim: «Pela jurisprudencia consuetudinaria a mulher está absolutamente *in sacris mariti*, o marido é o senhor da communião e da administração de tudo o que pertence a sua mulher, a qual não tem mesmo bens parafernaes, como em os romanos, de sorte que ella não póde aceitar as doações que lhe são feitas, senão debaixo da auctoridade de seu marido; por esta rasão é que estando obrigada de se repousar sobre a sua conducta, e não tendo pela sua parte mais que o cuidado da familia e do governo, ao marido é que pertence vigiar sobre os negocios, poisque elle tem a intendencia d'elles por partilha. Se bem que, quando elle se não desencarrega d'esta obrigação, é justo que elle fique responsavel, não sendo racionavel que a mulher soffra a culpa ou negligencia de seu marido. Conclue-se pois que o marido é responsavel, se elle tem faltado de insinuar a doação feita a sua mulher durante o matrimonio».

Se o marido não póde renunciar uma herança differida em prejuizo da communicação legal, e da meação da mulher; (como defendo no *Tratado das successões reciprocas entre os conjuges*, C. 6). Se geralmente todo o socio está obrigado ao consocio pelo dolo, culpa lata ou leve, Peg. 1.º, For., C. 3,

Digitized by Google

a n. 460, Maced., Dec. 31, Felic., *de Societ.*, C. 20, Mantic., *de Tacit.*, L. 6, T. 21; consequentemente fica responsavel á mulher pela culpa, em não requerer insinuação em tempo competente. E só justamente limita o mesmo Furgole esta resolução: ou 1.°, quando o marido não quiz auctorisar a mulher para aceitar a doação, e ella recorreu ao supplemento judicial na fórma da nossa Ord., L. 3, T. 47, § 5, e L. 4, T. 48, § 2; ou, 2.°, quando os conjuges já estavam separados *Judicio ecclesiæ*, com divisão de bens, porque em nenhum d'estes casos póde ser imputavel ao marido a culpa de não requerer insinuação.

§ 130

E pelo que respeita aos conjuges casados conforme o direito commum, e por dote e arrhas, o mesmo Furgole, pag. 264, diz: «Que os herdeiros do marido deverão ser responsaveis pela culpa do marido, em não ter feito insinuar a doação feita a sua mulher por causa do dote; porque as acções por esta natureza de bens pertencem ao marido e não á mulher, L. *Dice ancillam* 9, C. *de Rei-vind.* Eis-aqui porque o marido que deixa prescrever o fundo dotal, é responsavel do seu valor a respeito da sua mulher, L. 16, ff. *de fund. dotal.*, o que comtudo deve entender-se quando ha culpa ou negligencia da sua parte, que não póde haver quando o marido tem ignorado a doação ou tem tido algum legitimo impedimento, etc.» O mesmo procede quanto á doação feita á mulher de bens como parafernaes, de que o marido por consentimento expresso ou tacito da mulher tinha a fruição, como continua o mesmo Furgole, no Art. 29. (Sobre o que se verá o meu *Tratado das successões reciprocas entre os conjuges*, P. 2, C. 8, a §). Confira-se com o simile do marido, que foi indolente em exigir e receber em tempo o dote da mulher; porque em pena da sua omissão fica responsavel á mulher, Gob., Cons. 27, n. 13, Cyriac., Contr. 11, n. 5, Rot., ad Card. de Luc., L. 6, *de Dote*, Dec. 30.

Digitized by Google

§ 131

E quanto aos menores e pessoas que estão debaixo da administração de outros; eis-aqui o Art. 31 da dita ordenação de Luiz XV: «Os tutores, curadores, administradores de outros, que por sua qualidade são obrigados de fazer insinuar as doações feitas por elles, ou por outras pessoas aos menores ou outros, estando debaixo de sua auctoridade, não poderão igualmente, nem seus herdeiros ou successores, oppor o defeito de insinuação aos ditos menores ou outros donatarios, dos quaes elles têem tido a administração, nem a seus herdeiros ou successores». Segue-se o Art. 32, ibi: «Os menores, a igreja, os hospitaes, communidades ou outros que gosam do privilegio dos menores, não poderão ser restituidos contra a falta de insinuação, salvo o recurso tal que de direito compete contra seus tutores ou administradores, e sem que a restituição possa ter logar, ainda quando os ditos tutores ou curadores se acharem insolvaveis».

Tambem a nossa lei, na sua indistincta generalidade, comprehende as doações feitas aos menores, sem differença das feitas a quaesquer outras pessoas; e parece teve em vista a generalidade d'estas leis da França e outras mais antigas, que refere Furgol. nos commentarios áquelles artigos. Veja-se Dunod. no *Tratado das prescripções*, P. 3, C. 1, pag. 344. Quanto ao regresso contra os tutores e curadores, é justamente fundado na L. 1, D. *de Tutel. et ration. distrah.*, que faz responsavel o tutor de tudo o que elle tem omittido fazer e podia fazer em utilidade do menor; e na L. 7, C. *Arbitr. Tutel.*, que encarrega os tutores e curadores de tudo que elles têem desprezado de adquirir para os pupillos ou menores; e na L. 4, C. *de hered tutor.*, que faz responsaveis os herdeiros por toda a má administração do tutor defunto. «Mas para isto (diz o mesmo Furgole ao Art. 14), é necessario que haja nos tutores culpa ou negligencia nos termos prescriptos na lei; o que não póde succeder quando elles têem ignorado a doação. É preciso pois que elles estejam d'isto instruidos, segundo a L. 5, C. *de pericul. tutor.*, e que não haja algum impedimento de facto; porque n'este caso elles

Digitized by Google

seriam excusaveis, e seria injusto que se intentasse recurso contra elles; porque elles não podem ser responsaveis senão quando ha culpa ou negligencia da sua parte, e não se lhe póde nada imputar quando elles têem ignorado a doação, ou quando elles têem sido fortemente impedidos, como no caso da absencia legitima ou similhante, etc.» E acrescenta o mesmo Furgole que aos menores compete a tacita hypotheca nos bens dos tutores para esta administração. (Sobre o que tambem a minha dissertação sobre as preferencias dos crédores, a § .)

QUESTÃO XVII

Quem póde arguir o defeito de insinuação?

§ 132

Este defeito, segundo o direito romano, póde ser arguido não só pelo doador mas por seu herdeiro, ou por qualquer terceiro que interessa na nullidade da doação, como crédores do doador, compradores dos bens d'elle, segundos donatarios ou legatarios, e geralmente por todas as pessoas que interessam em ser nulla a doação não insinuada, Cyriac., Contr. 10, n. 77, de Luc., *de Donat.*, Disc. 60, n. 26, Post. Civil., Resol. 113, n. 3, ordenação de Luiz XV, Art. 27. E ainda que no mesmo artigo se exceptue o doador, ainda que elle expressamente se encarregasse de diligenciar a insinuação, e isto pelas rasões que expõe Furgole, ibidem, pag. 255; comtudo esta restricção não póde admittir-se, attenta a generalidade da nossa lei, nem advertidas as rasões pelas quaes foi introduzida a necessidade da insinuação. E ainda mesmo porque o doador no fôro da consciencia póde revogar a doação não insinuada, quanto ao excesso da taxa legal, *ut optime* Stryk., Vol. 2, Disp. 12, C. 5, a n. 22, fundando-se nas mesmas rasões; optime Patuz,, *Theolog. mor.*, Tract. 7, *de Contractib.*, Cap. 10, § 11, Tom. 5, aonde exhibe rasões as mais genuinas, pag. 108.

Digitized by Google

QUESTÃO XVIII

Se a nullidade pelo defeito de insinuação se prescreve, ou se esta solemnidade como extrinseca se presume por trinta annos?

§ 133

Toda a nullidade, ou seja de contrato ou seja de testamento, se prescreve por trinta annos quando se propõe por acção; mas póde perpetuamente oppor-se por via de excepção, Peg., Tom. 4, ad Ord., pag. 287, Antonell., *de Tempor. Legal.*, L. 2, C. 95, Barbos. na L. 3, C. *de præscript.*, n. 170, Altim., Tom. 7, Q. 43, a n. 408. Ainda mesmo o donatario, cuja doação é revogavel pela superveniencia de filhos, póde prescrever contra a doação assim revogavel com uma posse de trinta annos depois do nascimento dos filhos, não sendo esta posse interrupta natural ou civilmente, citada Ord. de Luiz XV, Art. 45, com o bello commentario de Furgole, e modernamente o Cod. Civ. dos francezes, Art. 966, sobre o que se confiram Vallasc., Cons. 31, Altim., supra, n. 652.

§ 134

Se pois o donatario, ou, e melhor, o terceiro, a quem elle transferiu os bens doados, passou a possui-los plenamente em vida do doador e sem interrupção alguma, por espaço de trinta annos, prescreve contra o doador ou seus herdeiros esta nullidade. Digo, sem interrupção natural ou civil, mas qual ella seja e em que casos se verifique, ou a suspensão d'ella, vejam ao proposito Furgole, supra, e geralmente Dunod. no *Tratado das prescripções*, P. 1, C. 9 e seguintes, Altim., Tom. 7, Q. 43, Sect. 1, a n. 522, Silv., ad Ord., L. 3, T. 51, a n. 14, Stryk., Vol. 9, Disp.

Digitized by Google

13, Castilh., Tom. 7, C. 35, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 43, Art. 8.

§ 135

Se porém o doador ou seus herdeiros ficaram possuindo a cousa doada sem insinuação, podem em todo o tempo oppor por via de excepção esta nullidade (DD., § 133), e ainda pela regra *Temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum.* Conf. *in simili,* Silv., ad Ord., L. 3, T. 75, in pr., n. 9.

§ 136

A maior duvida consiste: Se o doador reservou o usufructo e o donatario nunca entrou na posse natural, se é bastante a civil que se lhe transferiu pela clausula *constituti,* ou reserva do usufructo, ex Peg. 1, For., C. 6, n. 1 e 38, Portug., L. 1, Præl. 1, a n. 11, para só com esta civil poder prescrever esta nullidade? Eu faço esta differença, ou o donatario logo apprehendeu a posse natural no tempo da doação, á face e por consentimento do doador, e depois o deixou n'ella, conservando a civil, póde com esta prescrever a nullidade; porque para proceder a prescripção basta que a posse principie por actos naturaes, e que se conserve no animo a civil; aindaque a natural fique occupada pelo usufructuario, e qualquer outro detentor natural. Ou o donatario nunca occupou a natural e só adquiriu a civil pela clausula *constituti* ou reserva do usufructo; e então esta posse civil por si só, sem principio da posse natural, não póde fundamentar a prescripção. Vejam-se Dunod. no *Tratado das prescripções,* P. 1, C. 4, Altim., Tom. 7, Q. 43, a n. 24.

§ 137

E pelo que respeita á presumpção d'esta solemnidade, eu vejo (deixando as regras geraes) uma torrente de DD. firmando que a solemnidade da insinuação como extrin-

Digitized by Google

seca, que póde intervir *a parte postea* da doação, se presume pelo lapso de trinta annos, intervindo posse do donatario em observancia da doação, como com muitos DD. o Repertor., debaixo da conclusão: «Doação que passar de trezentos cruzados,» etc., e com outros mais Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 43, a n. 159.

§ 138

Porém n'este reino, aonde a doação depende de confirmação pelo desembargo do paço, aonde essa confirmação depende de registo na chancellaria mór do reino, Ord., L. 2, T. 39, se a doação, que é objecto da disputa, se não acha registada nos livros respectivos, nunca se presume que interveiu tal solemnidade, e a inspecção dos mesmos livros faz prova negativa de que tal insinuação não houve, ou se a houve foi nulla por falta de registo, dita Ord. Vejam-se Valer., *de Transact.*, T. 4, Q. 2, a n. 76, Nogueirol., All. 38, n. 49, Lim., *de Gabell.*, pag. 20, a n. 144, *apposite* Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 43, n. 164.

Geralmente a inexistencia de qualquer decreto, provisão ou bulla apostolica do soberano espiritual ou temporal, e a negativa de que nunca houve tal provisão, decreto ou bulla, se prova pela inspecção dos livros dos registos das chancellarias, aonde se não encontre o da graça de que se trata, Card. de Luc., *de Alienat.*, Disc. 1, n. 91 e 92, e *de Benefic.*, Disc. 91, n. 17, Parex., *de Instrum. Edit.*, Tit. 7, Res. 10, n. 12, Nogueirol., All. 38, n. 49, Castilh., Tom. 7, C. 20, n. 22.

Digitized by Google

DISSERTAÇÃO IV

Sobre a boa e má fé nas prescripções

PRELUDIO

§ 1

Segundo o direito romano, quando se tratava da prescripção ordinaria de dez annos entre presentes e vinte entre absentes com titulo, bastava que no seu principio interviesse boa fé, e por mais que depois de principiada com ella a prescripção sobreviesse má fé, esta não obstava ao seu progresso e complemento, L. 10, ff. *de Usurp.*, L. 2, Cod., *Pro empt.*, L. un., § *cum autem*, Cod., *de usucap. transform.* E quando se tratava da prescripção de trinta ou quarenta annos, ella procedia, aindaque no seu principio interviesse má fé no possuidor e continuasse até o fim, L. 3, 4 e 8, § 1, Cod., *de Prescript.* 30 *vel* 40 *annos.* Dunod., *Tratado das prescripções,* L. 1, Cap. 8, aonde diz que esta distincção ainda se praticava em algumas provincias da França.

§ 2

Este systema do direito romano abraçou a nossa primitiva legislação no Cod. Affonsino, L. 4, T. 48, e na Ord. Manuelina, L. 4, T. 33 e T. 80. Mas uma carta de El-Rei o Senhor D. João III, datada em 4 de fevereiro de 1534, apud. Leão, *Coll. das leis extravagantes,* P. 6.ª, Tit. 1, L. 1, revogou esta legislação quanto ao tempo e quanto á boa fé, ut ibi: «Revogou El-Rei D. João III a Ord., L. 4, T. 80, e ordenou que d'ahi em diante, se alguma pessoa fosse obrigada a outra em alguma certa cousa ou quantidade, por rasão de algum contrato ou quasi contrato, podesse ser demandado por essa cousa ou quantidade até trinta

Digitized by Google

annos, contados do dia que essa cousa ou quantidade houvesse de ser paga em diante. E passados os ditos trinta annos, não podesse mais ser demandado por essa cousa ou quantidade, porquanto pela tal negligencia de em tanto tempo não demandar sua divida, havia por bem que fosse prescripta a acção que tinha para demandar. E porque se a dita lei houvesse logar nos devedores, que têem má fé, seria causa de terem o alheio indevidamente e lhes daria occasião de peccarem; havia Sua Alteza por bem que esta lei não houvesse logar n'aquelles que tivessem má fé, porque estes taes não poderiam prescrever por tempo algum.»

§ 3

Esta a rasão por que na Ord. Filippina, L. 4, T. 3, § 1, se addimentaram estas palavras (que não continha a Manuelina, L. 4, T. 33): «*Salvo se constar da má fé dos sobreditos, porque então em nenhum tempo poderão prescrever*». E na mesma compilação Filippina, L. 4, T. 79, no principio, se addimentaram estas outras palavras (omissas na Manuelina, L. 4, T. 80), ibi: «*Porém esta lei não haveria logar nos devedores que tiverem má fé, porque estes taes não poderão prescrever por tempo algum; por se não dar occasião de peccar, tendo o alheio indevidamente.*» Assim o adverte Barbos. na L. 3, Cod., *de Præscr.*, n. 90.

Nota: Parece que a Ord. Manuelina, L. 2, T. 45, § 4, já reprovava toda a prescripção com má fé, emquanto armando-se contra os donatarios, que exigiam fóros ou direitos com excesso dos foraes, lhe occorreu a toda a prescripção «*porque não se póde dizer que prescreveram, pois sempre contra os similhantes está a má fé provada pelo foral que ahi havia, no qual nunca similhante cousa se declarou que pagassem*». Porém esta ordenação suppoz nos donatarios má fé no principio e sempre continuada, só porque os donatarios tinham em seu poder os foraes, presumindo-se que os leram ex L. 12, ff. *de Transact.*, e consequentemente em má fé original, ex DD. cum quib., Barbos. in Rubr., *de Præscript.*, a n. 94. E que muito se o direito romano seguido na mesma

Digitized by Google

Ord., L. 4, Tit. 33 e Tit. 80, resistia á prescripção principiada com má fé (§ 1)? Não se segue pois que tivesse em vista o direito canonico. Tambem a Ord. Manuelina, L. 2, T. 5, parece já adoptava o direito canonico emquanto mandava que: «*Sendo materia que traga peccado seja julgado pelos sagrados canones*». Porém o certo é que quando no L. 4, T. 33 e 80, tratou especialmente das prescripções, seguiu o direito civil; e só a lei do Senhor D. João III occasionou os additamentos na Filippina, L. 4, Tit. 3, § 1, e Tit. 79. Tambem parece que a L. de 18 de agosto de 1769, no § 12, emquanto declarando a Ord., L. 3, T. 64, nas palavras: *Sejà julgado na materia que traga peccado, por os sagrados canones*, reduziu a materia de que trato á primitiva legislação; e emquanto determinou, ut ibi: «Declaro que aos meus sobreditos tribunaes e ministros seculares não toca o conhecimento dos peccados; mas sim e tão sómente dos delictos... deixando-se os referidos textos de direito canonico para os ministros e consistorios ecclesiasticos os observarem (nos seus devidos e competentes termos), nas decisões da sua inspecção.» Porém, 1.°, continuar a mesma lei dizendo: «Seguindo sómente os meus tribunaes e magistrados seculares nas materias temporaes da sua competencia, as leis patrias e subsidiarias», etc. Ver eu, 2.°, que as leis patrias a respeito da prescripção se não revogam aqui, quaes a Ord., L. 4, T. 3, § 1, T. 79, in princ.; ver, 3.°, o direito canonico n'esta parte adoptado nas mais nações, ou em muitas, Muller., *ad Struv.*, Exerc. 43, Thes. 13, Thomaz,, *ad Pand.*, L. 41, Tit. 3, pag. 313. Por estas rasões sou obrigado tratar da má fé como impeditiva da prescripção, segundo as genuinas interpretações do direito canonico, fonte da lei do Senhor D. João III e fonte das citadas ordenações.

§ 4

É pois o direito canonico a fonte da dita lei extravagante, e das ordenações que com elle e com ella se conformaram. Eis-aqui os textos capitaes do mesmo direito: Taes são o Cap. *Quoniam* 20, *de Præscript.*, ibi: «Quoniam quod non est ex fide peccatum est, Synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam Canonica, quam Civilis... unde oportet ut qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam

Digitized by Google

alienæ», o Cap. *Vigilanti* 5, eod. tit., ibi: «Vigilanti studio cavendum est, ne malæ fidei *possessores simus in prædiis alienis;* quoniam nulla antiqua *dierum possessio* juvat aliquem malæ *fidei possessorem,* nisi resipuerit postquam *se noverit aliena possidere,* cum *bonæ fidei possessor* dici non possit, etc. E a regra 2, *de Reg.*, in 6, ibi: *Possessor* malæ fidei ullo tempore non præscribit.»

Nota: Sobre as palavras iniciaes do dito Cap. 20, ibi: *quod non est ex fide peccatum est* (que são do apostolo ad Roman., Cap. 14, ℣. *ult.)*, que não dissertaram os protestantes? Uns dizem que o apostolo só entendeu da fé salvifica; e não da fé quatenus consciencia ou da má fé na prescripção, Heyn., ad Grot., *de J. B. et P.*, L. 2, Cap. 23, sub § 2, Muller., ad Struv., Exerc. 43, Thes. 13, Latissimè Coccey, Vol. 1, Disp. 92, a § 25, e mais largamente o filho Sam. de Coccey, *Jus Controv.*, L. 41, Tit. 3, Q. 30; outros pelo contrario, que aquellas palavras de Paulo se entendem não da *Fé salvifica,* mas da boa fé, contendendo, que «*omne id quod fit contra animi nostri Conscientiam esse peccatum*», como com outros theologos o mesmo Coccey pae na addição á Disp. 92, § 15. A glossa ao mesmo Cap. 20, expõe, ut ibi: *Ex fide;* id est *ex Conscientia. Sic exponitur de Pœnit.*, Dist. 3, ad fin., § *Illud,* etc. N'este sentido Gmeiner., *Inst. Jur. Eccles.*, P. 2, Sect. 3, na nota ao § 595, ibi: *Quod enim non est ex fide (id est contra Conscienciam) peccatum est Scribente Apostolo,* etc. Ita cum D. Ambros., Barbos., in L. 3, Cod., *de Præscr.*, n. 38, videndus optimè Pech., *de Aquæd.*, L. 4, Cap. 13, Q. 7, a n. 15, Agost., Barbos., in Rubr., *de Summ. Trinitat.*, n. 13: «Quia tamen (diz Mull., supra) nunquam satis conscientiæ potest consuli; et quoniam agitur hic de peccato, non dimittitur nisi restituto ablato, Cap. 4, *de Reg. Jur.*, in 6.° hinc non immerito standum esse in hac re decretô Canonum statuimus; præsertim, cum Jus Canonicum in hac materia tam in Terris Imperii, quam in Provinciis Saxoniæ jamdudum receptum sit, etc.

Digitized by Google

ARTIGO I

Em que consiste a boa fé? Quando ella se presume?

§ 5

«Bonæ fidei emptor (diz a L. 109, ff. de verbo *Signific.)* esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse: aut putavit, eum, qui vendidit jus vendendi habere. Bona fides nihil aliud est, quam illæsæ rei aliena conscientia», Barbos. et Tabor., L. 2, Cap. 3, Ax. 2. «Bona fides est illa Conscientia putantis rem suam esse, dum credit eum, a quo nactus est possessionem, fuisse dominum illius Rei, et alienandi jure haud distitutum.» Voet., *ad Pand.*, L. 41, Tit. 3, n. 6. Conforme Struv., Exerc. 43, Theś. 12. «Bona fides consistit in opinione, qua quis eum, a quo rem accepit dominum fuisse, atque inde rem suam esse credit, alienam vero esse ignorat, etc. E conforme Dunod., *Tratado das prescripções*, P. 1, Cap. 8. «A boa fé em materia de prescripção, consiste na ignorancia do direito de outro no que se possue». Todas estas definições coincidem no mesmo. Sobre todos veja-se Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 10, Cap. 4, n. 71.

§ 6

Portanto: «Possessor bonæ fidei dicitur ille, et est qui dolo et fraude caret, et qui possidet cum titulo bona fide habito; et qui justo errore credit se dominum esse, et possidet cogitatione domini.» Gall., *de Fruct.*, Disp. 11, Art. 1, n. 26. Conf. Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 1, § 9, ibi: «Aquelle que prescreve, seja de boa fé na posse da cousa ou do direito, isto é, que elle tenha sempre estado na credulidade de que a cousa lhe pertence, etc., Stryk., Vol. 9, Disp. 22, *de Usucap.*, Cap. 1, sub § 16, ibi: «Et sic bona fides erit bona illæsa conscientia excusans possessorem de ignorantia rei alienæ traditæ, vel acceptæ.

Digitized by Google

Quare bonæ fidei possessor dicitur is, qui omni fraudi, et noticiæ suspicione caret. Dicitur bona fides sincera et illæsa conscientia excusans possessorem de ignorantia rei alienæ... Bonam fidem habere dicitur, si nesciat rem esse alienam, etc. (a).

Scheneidewin., ad pr., *Inst. de Usucap.*, P. 1, n. 14.

§ 7

«Tambem é possuidor de boa fé aquelle que crê que tem fundamento para possuir alguma successão e que ella lhe pertence de direito. Tal é aquelle que tem adquirido a successão de boa fé, e com justo titulo, de um homem que a possuia em qualidade de herdeiro ou de possuidor: Item, aquelle que se persuadia de boa fé que elle era herdeiro mais proximo; ou quando elle crê ter sido instituido herdeiro por um testamento valido, que comtudo é nullo», Cod. Freder., P. 2, lb. 7, Tit. 18, § 16. Concorda Voet., *ad Pand.*, L. 41, Tit. 5, n. 1, ibi: «Si quis cum vere hæres non esset; res hæreditarias tanquam ad se hæreditario jure pertinentes possidet, *non vana quadam simplicitate, vel juris ignorantia, sed justissimo errore facti credens* se proximum esse, cum tamen alius proximior, et in Successione potior esset, vel se solum, et ex asse hæredem esse, cum et alios cohæredes haberet; vel defunctum intestatum esse mortuum, cum testatus decessisset, aliumque sibi sua voluntate designasset Successorem; vel se testamento institutum, cum fortè alius ejusdem nominis vocatus esset; vel post testamentum, quo ipse vocatus est, nullum posterius elogium esse conditum, quo hæreditas alteri delata fuit, cujus tamen per posterius jure conditum, prius ruptum esset, etc.

Nota: Deve porém advertir-se: 1.°, que para se dar n'este caso boa fé, é preciso que concorra no possuidor uma justa causa de erro, Voet., supra; 2.°, para se prescrever a nullidade do testamento, com essa justa causa de erro, é necessa-

Digitized by Google

rio o tempo de trinta annos; porque tanta duração tem a acção de arguir qualquer nullidade dos testamentos, Güerreir., For., Q. 53, n. 26, Peg., Tom. 4, ad Ord., pag. 287, n. 428, Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2, Cap. 95 e 61. E é com effeito necessaria uma justa causa de erro, porque se o testamento for destituido das solemnidades que requerem as leis do reino, e o herdeiro tiver essa certeza e da sua nullidade legal; supposto muitos theologos lhe permittam reter a herança emquanto se lhe não pede, estando assim abonado com a vontade do testador, aindaque destituida de solemnidade; outros pelo contrario, que o testamento defectuoso de solemnidades legaes, é um testamento nullo e vicioso; que não obriga em consciencia aos herdeiros legitimos, etc. Vejase Ferraris e seu additor, verbo *Testamentum*, Art. 1, a n. 44 (V. infra, §). É tambem preciso, que com a boa fé do herdeiro concorra capacidade n'elle, segundo as leis, para poder herdar bens; porque se é espurio, sabendo que o é e insuccessivel, nunca póde prescrever. E sendo espurio, mas ignorando-o e estando na boa fé de ser successivel, então póde prescrever, não por dez ou vinte, mas por trinta annos, Peg., *de Spur.*, Cap. 8, Vallasc., Cons. 19. O mesmo digo das mais pessoas que têem incapacidade legal para possuirem heranças, de quibus Portug., Lib. 3, Cap. 30; os quaes não ignorando a propria incapacidade, não podem jamais prescrever as heranças que possuem.

§ 8

Esta boa fé sempre se presume no que prescreve, emquanto se não prova n'elle a má fé, Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 1, § 9, in fin., Gall., *de Fructib.*, Disp. 12, Art. 1, a n. 2, Stryk., Vol. 9, Disp. 22, Cap. 1, § 17, Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 21, n. 65, Begnudell., § *Malas fides*, n. 1.

§ 9

Muito mais, quando com a posse concorre o tempo de trinta annos; pois este tempo expurga toda e qualquer presumpção da má fé, Dunod., *de Prescript.*, P. 1, Cap. 8, pag. 43, Barbos. e Tabor., L. 11, Cap. 6, Axiom. 9, Begnudell., supra, n. 2 e 13. Altim., *de Nullit.*, Tom. 7,

Digitized by Google

Q. 43, Sect. 1, n. 123, Thomaz., Not. *de Us. hodiern. ad Pand.*, L. 2, Tit. 6, pag. 161, Schilter., Exerc. 45, §§ 57 e 58. * E muito mais quando o possuidor está munido com algum titulo verdadeiro ou putativo, Barbos. e Tabor., Lib. 2, C. 3, Axiom. 3. Latissimè Menoch., *de Præsumpt.*, Lib. 3, Præsump. 130, aonde figura estes casos: «Primus est quando possessor habet titulum verum: Hoc sane casu bona fides in eo præsumitur... Secundus casus quando possessor habet titulum putativum: Hoc êtiam casu præsumitur bona fides... Extenditur hic casus etiam in titulo putativo causato errore injusto, etc.» Se bem que no n. 5 e seguintes, passa a distinguir que um titulo putativo com erro injusto, só quando muito póde fundamentar uma prescripção de trinta annos: Quid vero, se o titulo for vicioso reprovado pelas leis, etc.? Veja supra, a §.

Harprectr., Disp. 81, a n 4.

Nota: Todas as causas, os titulos proprios para transferir a propriedade devem ser respeitados, como justos titulos para operar a prescripção. Porém como ha alguns d'estes titulos, que são acompanhados de circumstancias particulares, convem explica-los em particular. Cod. Freder., P. 2, L. 3, T. 5, Art. 1, § 1. Taes são os titulos: *Pro Soluto, Pro Emptore, Pro hærede, Pro donato, Pro derelicto, Pro legato, Pro Dote, Pro suo, Pro transacto, Pro jurato, Pro judicato, Pro adjudicato, Pro noxæ dedito, Pro Cesso, Pro fideicommisso,* etc., titulos que largamente expõem e illustram o citado Cod. Freder., os DD. nos commentarios ás Pand., L. 41, Tit. 4 e seguintes, Gall., *de Fructib.*, Disp. 11, Art. 1, a n. 29, Dunod., *de Præscript.*, P. 1, Cap. 2, nos quaes todos se podem ver as circumstancias que devem concorrer para se attender qualquer dos referidos titulos, é fundamentarem a boa fé.

§ 10

É porém necessario, que o que em juizo se defende com a prescripção allegue a sua boa fé, aindaque não a prove, Barbos. e Tabor., L. 2, Cap. 3, Axiom. 3, Castilh., L. 7, Controv., Cap. 26, sub n. 13, Altimar., Tom. 7,

Digitized by Google

Q. 43, Sect. 1, n. 136. Mas póde allega-la em todo o tempo ainda depois da conclusão na causa: Begnudell., verbo *Mala fides*, n. 2. Conf. Scheneidewin., *ad Princ. Inst. de Usucap.*, P. 1, n. 26, pag. (mihi) 191, Barb. e Tabor, L. 2, Cap. 30, Axiom. 3, v. *Limita* 1.°

Nota: «Modus probandi bonam fidem is non est, qui fit per testes, et testimonia, quoniam testari nemo potest, nisi de his, quæ sub sensus cadunt, et ab illis et per illos percipi possunt, v. g., auditu, visu, etc. Itaque, quoniam bona fides est, et consistit in conscientia, nemo de eadem, quoniam scrutator animi et conscientiæ esse nequit testimonium *directo* deponere poterit», Stryk., Vol. 9, Disp. 22, *de Usucapion.*, Cap. 1, § 18. Conf. Scheneidewin., ad princ., Inst., *de Usucap.*, P. 1, n. 28 e 29, pag. (mihi) 191.

ARTIGO II

Má fé em geral; qual é o possuidor de má fé, geralmente fallando

§ 11

A má fé, segundo Dunod., P. 1, Cap. 8, é o effeito do conhecimento do direito que outro tem na cousa possuida pelo prescribente; isto é, quando a consciencia reprova a injusta detenção dos bens alheios, *Læsa conscientia Rei alienæ*. Conf. Barbos. e Altimar., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 43, Sect. 1, n. 113.

§ 12

Portanto, segue-se que: «Possessor malæ fidei est ille, qui dolose et cum fraude possidet, et scit, vel scire debet rem ad se non pertinere; et demum malæ fidei est, prout opponitur habenti bonam fidem», Gal., *de Fruct.*, Disp. 11, Art. 1, n. 27. «Chama-se possuidor de má fé (diz o Cod. Freder., P. 2, L. 7, Tit. 18, sub § 16 (aquelle, que sabendo bem que elle não tem algum direito á successão,

Digitized by Google

não deixa de se apropriar d'ella; ou aquelle que se mette em posse, não ignorando que aquelle que o tem instituido herdeiro não tinha direito de o instituir.» (Conf. Not., a § 7).

§ 13

«Aquelle que prescreve é pois em má fé, se, sabendo bem que elle não tem algum direito, elle se apropria da cousa ou de algum direito sobre os bens de outro. E similhantemente de má fé se elle adquire bens de uma pessoa, que elle sabe não ter algum direito.» Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 1, sub § 9.

ARTIGO III

Meio entre a boa e má fé. Se póde admittir-se, e quando obste, ou não a prescripção no seu principio ou no seu progresso

§ 14

Que possa admittir-se tal meio entre a boa e má fé, na materia sujeita o nega Barbos. et Tabor., L. 11, Cap. 6, Axiom, ibi: «Mala, et bona fides sunt contraria; nec medium inter utrumque datur; bonum enim malum esse nequit, nec malum bonum; uti nec nigrum album. Equidem bono melius esse potest, et malo pejus; at nunquam quod malum est propterea bonum erit; nec poterit eadem conscientia de eadem re simul esse læsa, vel illæsa, certa, et dubia, sincera et callida». Voet., *ad Pand.*, Lib. 41, Tit. 3, sub n. 2, por outras rasões, ut ibi: «In qua tamen bona fide esse non intelligitur, qui dubitat, utrum is, a quo rem habet dominus fuerit, et alienandi facultatem habuerit necne; cum aliud sit credere, aliud dubitare; imo dubitatio sit quid medium inter bonam et malam fidem, inter scientiam, et ignorantiam... Et sane, dubitantem ab usucapione submoveri, manifestissimum ex eo est, quod si

Digitized by Google

ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos, usucapere quidem possim reliquos, ubi scio, qui alieni sunt; sed si ignorem, qui inter istos decem alieni sint, neminem ex iis usucapere queam», L. 6, § 1. ff. *Pro emptor.*, etc. Tambem Castilh., L. 7, Contr., Cap. 26, sub n. 13, com muitos DD., não admitte na prestação tal duvida e tal meio entre a boa e má fé, fazendo necessaria uma boa fé positiva e sem duvida.

§ 15

Concorrem os principios moraes: «*Contra conscientiam dubiam nihil est agendum*», Hein., ad Grot., *de J. B. et P.*, L. 2, Cap. 23, §§ 2 e 6: «*Qui rem nostram in sua potestate habet, efficere tenetur quantum in se est ut in nostram potestatem veniat.*» Id. Hein. 16 e 2, Cap. 10, § 1. Por outra parte o grande canonista Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, Tom. 6, expondo a regra (em que muitos DD. se fundam para admittir a prescripção com tal duvida) *In pari causa melior est conditio possidentis;* mostra no § 3, da sua dissertação, que esta regra *nullum novum jus tribuit possessori rem retinendi;* prova no § 4 que esta regra: *potissimum sibi locum vindicat in foro externo;* prova no § 5 que: *malè assumitur etiam in materia justitiæ, tanquam titulus sufficiens qui possessorem ex speculativo dubio faciat practice certum.* E no § 6, propondo a questão: «*Quomodo possessores in dubio, num res sit aliena, in foro interno procedere debeant?*»

> «Ut ergo dubitans de proprietate rei possessa secure, et juste procedat, expendere tenetur argumenta, ac motiva tam pro se, quam contra se militantia; quibus et argumentum, quod ex sua diuturna possessione, ac adversarii silentio desumi potest, merito adjungitur. Quibus omnibus rite, et juste expensis, secum statuat, judicetque, utrum res ad se, an adversarium æque verisimiliter, aut verisimilius spectet; sive quis ipsorum plus minusve juris ad rem possessam habere videatur. Hoc cognito, facile etiam intelliget, utrum in totum vel pro parte, et pro qua parte res possessa restituenda ve-

Digitized by Google

niat. Si enim ex argumentis clare appareat, rem adversarii esse, indubie tota restituenda erit. Si vero jus dubium maneat; pro ratione dubii dividi debebit, vel in se, vel in æquivalenti; quia in tantum res nostra est, in quantum juris in illam habemus, et in tantum aliena in quantum alteri jus in illam competit. Hinc collige, fieri posse, ut etiam in dubio maior pars non possidenti restitui debeat. Quid enim si aliquid quidem juris pro possessore appareat, sed tamen omnibus natura consideratis, etiam præsumptione; quæ ex sua possessione, et adversarii silentio haberi potuit, plus juris pro non possessore habeatur? Indubie res tali casu pro parte majori non possessori restituenda erit, utpote cui plus juris ad illam rem competere creditur quam possessori, etc.»

Nota: Melhor seria conselhar uma transacção. Um tal arbitramento é impraticavel; seria preciso resuscitar Van-Esp. para o vir fazer praticamente, e dar as normas conforme as diversidades dos casos.

O mesmo Heinec., com Grocio, L. 2, Cap. 23, § 3, constitue o possuidor duvidoso na obrigação de remover a duvida, «vel argumentorum ponderc, vel auctoritate; si enim hujus vel illius viri sapientis, in quo magnam collocamus fiduciam, auctoritas accedat, facile evellitur dubitatio, quæ antea animum in diversa trahebat». Isto mesmo com S. Bernardo conselha o citado Van-Esp., dito § 6, in fine, ibi: «Denique hic merito notandum quod si teste Doctore Mellifluo, Epist. 82, plerisque, imo cunctis pene sapientibus contingere soleat in rebus videlicet dubiis plus alieno, quam proprio credere judicio, indubie si possessores, qui de re possessa dubitant, sint justitiæ amantes in discussione super re a se possessa, alieno potius, quam proprio credent judicio; semper nimirum timidi, ne per proprium interesse judicium eorum corruptum esse contingat». Concorda com Grocio, Heinec. S.ª, § 4, emquanto á obrigação de consultar sabios. Porém acaba dizendo que: «Nemo rationes in conscientia reddit ex aliorum judicio, sed ex suo; adeoque illum non excusabit. Tenemur quidem aliorum sapientiorum consilia au-

Digitized by Google

dire, sed non statim sequi; adeoque excusatur quidem qui audit, sed non semper qui sequitur.»

§ 16

Outros DD. recorrem a esta distincção: Ou a duvida precede á adquisição e á posse, ou se subsegue, e sobrevem depois da adquisição e da posse: *Si prius*, obsta a prescripção; *si secundum*, não. Ita cum Less., Covarruv., Fachin., et Zoez., Dunod., *de Præscript.*, P. 1, Cap. 8, pag. (mihi) 39, *v L'on demande*, ibi: «Disputa-se no fôro interior, se aquelle que duvida está em boa ou má fé? A opinião commum é, que se ella duvida não sómente que a cousa lhe pertence, mas ainda que elle a possa reter em segurança de consciencia e sem peccado, elle não poderá nem começar, nem acabar a prescripção com uma tal duvida. Mas se elle está sómente na incerteza se a cousa lhe pertence, aindaque elle não possa começar a prescripção com esta incerteza; elle poderá comtudo continua-la, se a duvida não sobrevem, senão depois que a prescripção tem sido começada». Stryk., Vol. 9, Disp. 13, *de Interruptione præscriptionum*, Cap 2, § 14, ibi:

«De Dubitatione, seu Titubatione quæritur inter DD.; an ea, si superveniant, malam inducant fidem, et ita interrumpant præscriptionem? Verissima sine dubio eorum est opinio, quia hoc negant: 1.°, quia conscientia dubia non generat malam fidem; conjunguntur enim in jure dubitans, et ignorans, L. 22, § 2, Cod., *de Furt.*; 2.°, per expressum tx., in Canon. Si virgo 5, Caus. 32, Q. 2. Quibus accedit illud quod dicitur, in L. 40, ff. *Petit. hæred.*, neminem debere in dubio jus suum indiscussum relinquere... Alii distinguunt inter dubium *practicum* et *speculativum*; hoc vocant, quoties quis mente, et animo dubitat de aliqua re quoad ejus qualitatem, et conditionem; item quando quis dubitat de facto, ejusque veritate, sola quidem speculatione; an v. gr., auctor dominus suus, a

Digitized by Google

quo prædium accepit, fuit: vel an ea res, quam possidet, jure dominii sua sit, et ad eum pertineat. Illud (dubium practicum) dicunt accedere ubi quis non tantum dubitat in genere, et sic de conditione rei, vel facti veritate; sed etiam dubitat; an ei licitum sit agere illum actum, de quo ratione dubitationis circa ejus qualitatem, conditionem, et facti contingentis veritatem, speculatione quadam dubitavit; ut, v. gr.: Si quis dubius sit, an rem quam possidet, posset absque mortali peccato detinere, quia dubitat, an non aliena sit... Alii distinguunt, an dubitatio sit momentanea, non firma, neque fixa, sed vacillans; an vero fixa et perpetua, concurratque aliqua legitima causa amplius, quo plus credat rem esse alienam, quam propriam... Nisi dubitans ob gravem causam in contrarium sit pronior... Loquimur autem, ut hoc moneam, hic de dubitatione superveniente, non vero de ea quæ in præscriptione inchoanda existit: illa enim omnino impedit præscriptionem, quia expressa bona fides ab initio requiritur, in qua dubitans non est; sed est tanquam tertium quodam medium inter bonam et malam fidem, etc.

Esta mesma distincção seguem os muitos DD., com os quaes Altimar., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 43, Sect. 1, n. 105, 108 e 111, Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 131, n. 24.

§ 17

Não faltou um Fernando Vasq., *Illustr. Controv.*, Lib. 2, Cap. 77, a oppor-se ao primeiro membro da referida distincção, persuadindo que a prescripção póde ter principio ainda com duvida, que não seja uma má fé positiva; e isto pelas rasões que substanciou (e parece seguiu) o citado Dunod., ibi: «Ha comtudo auctores que têem sustentado que a duvida, a menos que não seja inexcusavel, não impede a boa fé, nem por consequencia o principio da prescripção. Elles dizem, para fundar o seu sentimento, que a boa fé positiva não é necessaria para prescrever, e

Digitized by Google

que basta que se não esteja em má fé. Que o jurisconsulto põe a substancia da prescripção na posse adquirida e continuada, e que esta posse póde ser adquirida ao furioso, ao infante, ao ignorante, que não estão nem em boa nem em má fé; que o herdeiro se póde constituir na duvida da morte do proprietario, aindaque lhe seja prohibido apropriar-se herança de pessoa viva; que aquelle a quem o seu procurador faz crer ter comprado uma cousa, segundo o seu mandato, póde prescreve-la, aindaque tenha logar de duvidar, se elle em effeito a tem adquirido; que basta mesmo para o principio da prescripção ignorar que o que se possue pertence a outro, e que o que duvida ignora, pois que elle não sabe o contrario. Que o canon que diz, que não se deve ter conhecimento do direito de um terceiro em algum tempo da prescripção, exige alguma cousa de mais que uma simples duvida. Que o dominio das cousas é tão incerto, que todo o homem prudente, que quizer fazer reflexão n'esta incerteza, estará sempre na duvida se o que elle tem adquirido (aindaque por titulo legitimo) lhe pertence ou a outro. Emfim, que se se julgasse que a duvida simples é um obstaculo á prescripção, seria privar d'este meio de adquirir as pessoas avisadas e prudentes, e deixa-las em menos vantagem que aquelles, que sempre cheios de confiança de nada duvidam».

§ 18

Estes raciocinios de Vasques e outros, aindaque judiciosos, são postergados pelo commum dos DD., que seguindo aliás indistinctivamente o primeiro membro da referida distincção (§ 16), ainda de mais a mais (nos termos do segundo membro e quando a duvida sobrevem), constituem ao possuidor na precisa obrigação de pôr todos os meios, quanto lhe é possivel, para remover a duvida e serenar a consciencia duvidosa (conformando-se essencialmente com as doutrinas citadas, § 15). Assim

Digitized by Google

com muitos DD., Stryk., *Us. mod. Pandect.*, L. 41, T. 3, § 3, ibi:

«Famosa est controversia; an dubitans pro bonæ, an vero pro malæ fidei possessore sit habendus? Communis est distinctio inter dubium, quod acquisitionem possessionis præcedit, et quod illam subsequitur. Priori casu etiam dubium plane non obstare, sustinet quidem Ferdinand., Vasq., *Illustr.*, Lib. 2, Cap. 77, n. 6. Verum plerique ex Moralistis hanc fovent sententiam, quod dubium præcedens malam fidem omnino inducat. Et hanc quoque sententiam sequendam esse censeo. Ratio est, quia possessionem apprehendens determinate cogitare debet, illam vel esse suam, vel nullius, et sic occupatione suam fieri: De hoc vero dubitans inique agit, quod eandem sibi arroget, quam suam esse non certo cogitat; periculo enim tollendi rem alienam se se exponit... Nam et alias, et moralibus notum est, quod dubitante conscientia nihil suscipiendum, perinde enim est, atque siquis diceret; mihi quidem non liquet, an hæc actio legi repugnet, nihilominus sive repugnet sive non, eam suscipiam. V. Puffend., de J. N. et G., Lib. 1, Cap. 3, § 8. Posteriori casu, quando dubium possessionem jam dum acquisitam subsequitur, variæ sunt DD. opiniones... Placet vero sententiam, dubium ejusmodi superveniens regulariter non inducere malam fidem, nisi forte in æquilibrio non subsistat dubitatio, sed possessor in eam sententiam, rem scilicet a se possessam esse alienam magis inclinet. Interim tamen, et hoc casu, si in veritatem rei diligenter inquisiverit, sed neque hac inquisitione illam detegere potuerit, continuare possessionem licebit, quamvis dubium aliquod adhuc hæreat, etc.»

Optime Idem Stryk., *de Jur. sensuum*, Dissert. 10, Cap. 4, a n. 73, e ultimamente Luc. Ferraris, verbo *Præscriptio*, § 2, a n. 15, ibi:

«Dubitans utrum res sit sua, nec ne? Si cum tali dubio incipit rem possidere, non censetur habere bonam fidem,

Digitized by Google

adeoque stante illa nequit præscriptionem inchoare... Si autem tale dubium superveniat post præscriptionem bona fide jam inceptam, tunc sic dubitans potest continuare rem possidere et perficere præscriptionem; dummodo interim debitam diligentiam adhibeat ad investigandum, an res sit vere sua, vel aliena... qui postquam cœpit bona fide possidere, dubitat, an sua sit potest continuare possessionem sicque tempore ordinario præscribere: Dummodo adhibeat moralem diligentiam ad investigandam veritatem an res sit sua vel alterius; in tali enim casu præsumptio stat pro possessione.»

Nota: Ainda não satisfazem ao que requer Van-Esp., S.ª, sub § 15.

§ 19

Outros DD. distinguem entre a prescripção de dez ou vinte annos e a de trinta. Na primeira não admittem prescripção com tal duvida; na segunda sim, Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 21, n. 67, (a) Merlin., *de Pignor.*, L. 5, Q. 21, a n. 39, talvez pela rasão de que o tempo de trinta annos expurga toda a presumpção contraria da má fé (§ 9). Todas estas opiniões tinha antes ponderado e combinado o nosso insigne Barbos. na Rubr., Cod., *de Præscript.*, a n. 278, ibi:

«Utrum possessor qui est dubius, an res sit sua vel aliena, possit præscribere? In qua quæstione communiter approbatur distinctio, quod, aut hæc dubitatio suberat eo tempore, quo incipit titulus sive præscriptio, aut post eam jam cœptam supervenit: In primo casu dicendum est, impedire præscriptionem. In secundo autem minime impedire, sive interrumpi; quam distinctionem communiter esse receptam asserit Claud., etc.»

E n. 280, ibi:

«Ratio hujus communis distinctionis est, quia omnis

Digitized by Google

præscriptio in suo initio requirit bonam fidem formalem et positivam: Et ideo cum dubitatio impediat bonam fidem formalem, et positivam, cum ea a principio non incipiet præscriptio. Quod si post inceptam præscriptionem superveniat dubitatio, per eam non interrumpetur præscriptio, neque impeditur cursus præscriptionis; quia jure civili non solum si superveniat dubitatio non interrumpetur præscriptio, sed etiam si superveniat vera, et positiva mala fides; quod licet hodie jure Canonico sit correctum... tamen hæc correctio intelligenda est, quando supervenit vera mala fides, et positiva, ut textus ille in Cap. *fin. de Præscr. aperit.* Si autem ea non superveniat, sed tantum dubitatio, etiam jure Canonico procedet præscriptio; quia cum dubitatio non sit vera mala fides, sed potius sit quoddam medium, quod neque sit bona fides, neque mala fides, prædicto medio procedet dicta præscriptio... neque in his terminis invenitur correctum jus Civile per jus Canonicum, etc.»

E a n. 287, aonde firma a outra distincção acima exposta no § 19, ut ibi:

«In præscriptione Longissimi temporis primum membrum prædictæ distinctionis non est verum.. In hac igitur præscriptione longissimi temporis non fit prædicta distinctio, sed indistincte constituendum est, dubitantem præscribere Longissimo tempore... Et in hoc casu accipi potest opinio illorum qui dicunt, dubietatem indistincte non impedire præscriptionem, etiamsi a principio intervenerit; nam procedit hæc opinio in præscriptione longissimi temporis, etc., etc.»

Desde o n. 293 passa Barbosa a responder aos principios moraes, dizendo a n. 294, ut ibi:

«Neque enim dubius utrum res sit sua vel aliena peccat retinendo eam, ut colligitur ex Cap. *Si virgo,* Caus. 34, Q. 2, et expresse probat Panomit. Navarr... etc.

Digitized by Google

Unde, qui aliquid facit contra dubiam conscientiam non dicitur facere contra conscientiam; et ideo non obligatur ad mortale. Neque obstat illud Ecclesiast,, «qui amat periculum peribit in illo», quod male applicatur nostris terminis... neque retinendo exponit se periculo peccandi mortaliter, quia jus permittit illud licite retinere, donec sibi fiat fides de veritate... Jus non præcipit quem jus suum indiscussum relinquere, et ab eo recedere visi victus per sententiam... Licet igitur sit dubius, tamen si non recedat a jure, quod sibi poterat competere, non peccat, nec exponit se periculo peccandi, cum et permissione Legis id faciat, etc.

Passa desde o n. 304 a expor com os theologos, em que consiste a duvida especulativa e a pratica. (Conf. Stryk. S.ª, citat., § 16.) E com toda a duvida defende que procede a prescripção, e avança a n. 315, ut ibi:

«Ex quibus etiam infertur, non esse tutum dictum Fulgos... quod possessor, qui non adhibuit diligentem inquisitionem ad tollendum dubium, utrum res esset aliena, quam illicite possideret, non potest eam præscribere... Nam confunditur ex eo, quod hujusmodi dubium non inducit malam fidem, et consequenter non impedit præscriptionem. Et si non adhibuit diligentiam necessariam ad tollendum dubium, peccabit quidem peccato negligentiæ: non tamen id jure non probatur, imo repugnat, Cap. *Si virgo,* Caus. 34, Q. 2. Quinimo etsi nullam diligentiam adhibuerit ad tollendum prædictum dubium, adhuc præscribet; quia licet propter hanc negligentiam graviter peccet, et incurrat peccatum affectatæ ignorantiæ... non tamen ob id impediretur præscribere; neque enim quodcumque peccatum impedit præscriptionem; sed tantum illud, quod incurritur ex eo quod quis habeat conscientiam rei alienæ. Cum igitur hujusmodi dubitans non habeat conscientiam rei alienæ præscribere poterit, Panormit... Navarr., etc.

Digitized by Google

«Illud certum est (continua, n. 319), quod si adhibuit necessariam diligentiam, et nihilominus remansit in eadem dubietate, utique præscribet. (Conf. DD., § 18.)

E conclue a n. 319 e 320, ut ibi:

«Si fuerit Levis dubitatio certum est non obstare præscriptione; nam tunc magis est certitudo cum aliquo scrupulo, quod nihil nocet præscriptione. Si autem dubium fuerit urgens, adhuc non impeditur præscriptio; quia dubitans magis videtur habere bonam fidem quam malam, ut advertit Sarminet... Navarr... etc.»

Nota: Quid ergo in tanta opinionum, et distinctionum varietate dicendum? Eu digo com o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 21, n. 67, ao proposito de que tratâmos, que: «In praxi idealis esse videtur quæstio, quæ est potius Professoribus fori interni congrua, cum non de facili pro foro externo istius medii status probatio detur. Adhuc tamen, ubi daretur, ea videtur distinctio probabilis; an scilicet agatur de simplici et ordinaria solum longi temporis præscriptione, pro qua etiam alleganti incumbere videtur quoddam majus onus; vel de illa longissimi, etc.» E in conflict. Leg., Obs. 159, aonde diz que: «Asperitates, ac irrationabilitates et ineptiæ non desunt super istius malæ fidei regulatione, cum solum illa debeat attendi quæ vera et certa sit, ut propterea dicta gravis peccati ratio verificetur, non autem ubi præsumpta, et incerta, dubiave sit.» Conf. infra, §). No fôro da consciencia, em que *tutior pars eligenda,* eu seguiria os principios moraes dos DD. referidos nos §§ 15 e 18. No fôro externo me conformaria com as expostas distincções e com a opinião do mestre Pedro Barbosa, maxime attento o que diz o grande Card. de Luca proximamente citado, e o que logo com Dunod. prenotarei no seguinte.

Digitized by Google

ARTIGO IV

Modos de provar em geral a má fé

§ 20

Antes que me proponha as regras geraes da prova da má fé, devo prenotar com Dunod., *de Præscript.*, P. 1, Cap. 8, pag., mihi, 43: «Que aindaque a presumpção da boa fé não exclue a prova contraria, é preciso comtudo que a má fé seja litteral, clara e certa. Não se deve aqui dar logar a conjectura pelo temor de recaír em os inconvenientes, e de tornar a abrir a porta aos processos que as leis romanas têem querido evitar, nem induzir a má fé da simples negligencia, ou da ignorancia do direito, para não dar logar ás distincções e ás discussões dos auctores sobre as especies differentes da ignorancia do direito, e sobre a qualidade das pessoas que ignoram. Um sabio casuista (M. Saintebeuve, Tom. 2, Cas. 118) tem dito que os parlamentos do reino têem tomado este temperamento no fôro exterior entre os direitos civil e canonico, e que mesmo se póde seguir em o fôro interno, Coquil., *sur l'art.* 1, *de la Cout. de Niv.*, Tit. 36, Q. 259, é tambem de voto depois de Dumoulin, que a má fé não impede a prescripção de trinta e mais annos, se ella não é formal e inexcusavel; se ella não mostra uma consciencia má; e, o que mais é, se ella não é acompanhada de dolo. Fabro (in Cod., L. 7, Tit. 13, Def. 17) diz da mesma fórma, que só uma má fé formal e evidente póde fazer obstaculo á prescripção; e que aquella que é simplesmente presumida, não a impede.» Coincidem as doutrinas de Vasques, Barbos., e do Card. de Luca referidas nos §§ 17 e 19, e na nota do § 19.

Digitized by Google

§ 21

Ora, sim dizem commummente os DD. que a má fé póde provar-se por conjecturas sufficientes segundo o prudente arbitrio do julgador, Altimar., Tom. 7, Q. 43, Sect. 1, n. 120 e 138, Stryk., Vol. 9, Disp. 22, Cap. 1, § 17, Gama, Decis. 290, n. 2, Castilh., Tom. 7, Controv., Cap. 26, n. 29 e 30, Sabell., § *Mala fides*, n. 4, Barbos., in Rubr., *de Præscript.*, a n. 337. Mas será necessario que a união das presumpções e conjecturas produza uma certeza tão moral da má fé, qual a que requerem os DD. citados (§ 20), maximè tratando-se de prescripção de mais de trinta annos (§§ 9, 19 e 20).

§ 22

Verifica-se tambem a má fé quando se prova que o comprador antes da compra foi advertido que não comprasse por ser alheia ou inalienavel a cousa, e elle, desprezada a advertencia, passou a fazer a compra, Menoch., *de Præsumpt.*, L. 3, Præs. 130, n. 47 e 48, Altim. S.ª, n. 120, Stryk. S.ª, Scheneidewin., *ad Tit. Inst. de Usucap.*, P. 1, n. 24, Sabell. S.ª, n. 4. Porém quanto a mim só póde constituir em má fé ao comprador um tal aviso, sendo serio, de pessoa sem suspeita, e de algum modo verosimil e acreditavel, segundo as rasões dos DD. citados no § 17.

§ 23

Tambem concordam os DD. que a má fé se prova pela confissão do prescribente, se elle expressamente confessava serem alheios os bens que possuia, Gam., Dec. 290, n. 1, Menoch., supra, n. 49 e 50, Stryk., Scheneidewin., e Sabell., supra. Porém o julgador deve haver-se com muita circumspecção na prova de tal confissão, já porque inverosimil, já porque: «Experientia rerum magistra sæpe docet, quod plerumque Confessiones præsertim extraju-

Digitized by Google

diciales emittuntur sine aliqua animi deliberatione, scilicet joci aut jactantiæ causa, sive studio bene, vel maledicendi, sive ipsius solæ loquacitatis calore, ita ut in hujusmodi confessionibus sit cum multa circumspectione procedendum, Judicisque arbitrio valde sit deferendum in ponderando facti circumstantias». Ita Angelis, *de Confess.*, L. 1, Q. 4, n. 23, Conf. Fontanell., Decis. 258, n. 31.

§ 24

A fama publica de ser alheia a cousa possuida pelo prescribente é outra especie de prova da má fé, que admittem Menoch., supra, n. 51, Gam., n. 2, Stryk., Scheneidewin., Altim. e Sabell. S.ª E tão favoravel julgam esta prova, que o mesmo Gam., n. 2, se satisfez com uma só testemunha, e Sabell. admitte testemunhas singulares. Porém em contrario diz Barbos. in Rubr., Cod. *de Præscript.*, n. 229, que: «Quis potest praescribere, non obstante fama, quod res illa sit aliena, vel unus testis id affirmet, quia potest possessor formare suam conscientiam secundum Leges, quæ disponunt uni testi, vel soli famæ non esse credendum». Se bem que declara Menoch. S.ª, n. 52, que: «Hoc exemplum de fama locum non habet, quando hic possessor emit ab habente titulum, et possedit longissimo tempore», etc. O Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 1, § 9, v. *Mais*, aonde diz que um susurro publico não basta para induzir má fé no possuidor.

§ 25

Se um compra alguns bens, e o vendedor lhe declara serem foreiros a alguma outra pessoa, e como taes lh'os vende; esta asserção do vendedor basta para constituir o comprador em má fé, e não poder prescrever a liberdade da pensão, como refere julgado Gam., Dec. 290, sub n. 2. Em contrario, que a tal expressão por si só não prova o dominio directo d'esse terceiro se vê em Peg. 3, For., Cap.

Digitized by Google

28, n. 1004, e alem dos DD. que ahi cita referem outros muitos Nogueirol., Alleg. 27, a n. 6, Altimar., *ad Rbvit.*, L. 3, Obs. 30, a n. 38. Limitando esta conclusão, quando com essa expressão do vendedor concorre a antecedente posse do senhorio ou outros adminiculos. Devemos pois conciliar o que apparece opposto. Ita ut se o senhorio demanda pela pensão ao comprador, e não prova o direito de a exigir, senão por aquella expressão; ella não basta para prova d'esse direito sem outros adminiculos, e desnecessaria em tal caso ao comprador a prescripção, uma vez que o senhorio não prova o seu dominio. Se porém aliunde a prova, ou com a tal asserção do vendedor concorrem adminiculos, e o comprador recorre á prescripção, então procede a decisão de Gama, juntas as doutrinas referidas nos §§ 18 e 22.

§ 26

Geralmente envolvem os DD. que a má fé se prova, quando alguem comprou e adquiriu bens contra a prohibição das leis, ou sem as legaes solemnidades, fundados na L. *Quemadmodum*, Cod. *de Agric. et Censit.*, Lib. 11, ibi: «Malæ fidei namque possessorem esse nullus ambigit, qui aliquid contra Legum interdicta mercatur». E no Cap. *Qui contra de Reg. Jur.* in 6.°, ibi: «Qui contra jura mercatur bonam fidem præsumitur non habere». Stryk. S.ª, sub § 17, Scheneidewin., S.ª, Menoch., *de Præsumpt.* 130, a n. 23, Sabell., § *Mala fides*, n. 4, Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 4, Cap. 14, n. 10.

§ 27

Tambem geralmente dizem os DD. que em todos os casos, em que o direito presume dolo, se presume e prova a má fé, Castilh., L. 7, Controv., Cap. 26, n. 29, Barbos., in Rubr., Cod. *de Præscript.*, n. 338, 339 e 340.

Em que circumstancias se presume ou exclue o dolo? Póde consultar-se Altimar. *de Nullit.*, Tom. 3, Q. 11, aonde reassumiu quanto haviam escripto os DD. na materia do dolo.

Digitized by Google

§ 28

A generalidade d'estas regras (§§ 26 e 27) não póde applicar-se a todos os casos indistinctamente. Dependem do exame e discussão particular de muitas questões especiaes, que se vão discutir no seguinte

ARTIGO V

Questões especiaes sobre casos em que se deva julgar que interveiu ou não a má fé

QUESTÃO I

Quando a existencia de um titulo aliás valido em poder do prescribente produza n'elle má fé e obste a pretendida prescripção do excesso ou diminuição do que contém o teor do mesmo titulo?

§ 29

É regra geral adoptada na nossa Ord., L. 2, T. 27, §§, que ninguem póde prescrever contra o titulo que conservava em seu poder, porque por elle mesmo se prova a má fé, presumindo-se que o lêra, e de que se não póde dizer ignorante. Esta regra firmam com muitos DD. Peg., Tom. 9, nos commentarios á mesma Ord., n. 3. O Repertorio debaixo das palavras *Má fé se prova,* etc., e applicando a diversas especies, Barbos., in Rubr., Cod. *de Præscript.,* a n. 341 ad 347, e com outros muitos DD., Bagn., Cap. 31, a n. 101 ad 109, ibi:

«Quando penes aliquem reperitur Instrumentum, per quod apparet rem ab eo possessam non ad ipsum, sed ad alium pertinere; hoc casu possessor habens penes se Instrumentum illud non potest juvari præscriptione... Ratio est, quia præscriptio non currit cum mala fide. Mala autem probata dicitur eo quod penes aliquem adsit Instru-

Digitized by Google

mentum, per quod apparet rem, quam ipse possidet, ad alium pertinere... Neque possessor habens penes se Instrumentum potest ejusdem ignorantiam allegare... Sicuti etiam hæres retinens penes se copiam testamenti censetur notitiam ejus habere... Neque habens penes se Instrumentum potest præscribere, etiam immemoriali præscriptione, ultra contenta in eodem Instrumento; quia possessor dicitur habere veram malam fidem, cum id per manifestum indicium ostendatur. Ideoque nec immemoriali præscriptione se juvari potest ultra contenta in titulo, quasi additum eidem titulo. Quoniam Instrumentum præstat impedimentum præscriptioni, et titulus non potest præscriptione augeri; et quia quando ex titulo constat, quale et quantum jus competat apparet de mala fide præscriptionis in eo quod est ultra contenta in Instrumento... Unde etiam quando ex Instrumento, quod possessor penes se habet, constat bona esse communia cum aliis, non potest præscriptio contra condominos locum habere favore ejus qui illud Instrumentum penes se habet.» Conf. Parex., *de Instr. edit.*, Tit. 10, Resol. 2, a n. 23, Peg., *de Major.*, Cap. 5, n. 669, Cabed., P. 2. Dec. 109, Portug., L. 3, Cap. 45, n. 20, Reinos., Obs. 65, n. 27, Pereira, Dec. 24, n. 10, Castilho, L. 7, Contr., Cap. 26, a n. 30, modernamente o Cod. Civ. de França, Art. 2240.

§ 30

Esta regra mesma comprova Dunod, P. 1, Cap. 8, pag. 49, e a applica a comprehender ainda outras muitas especies, com varias restricções e declarações, ut ibi:

«Quando apparece um titulo, que tem provavelmente dado logar á posse, a elle se deve esta referir. Como cada um se presume possuir em virtude de um titulo deve-se na duvida reduzir a posse, e explica-la pelo titulo que existe. E se ella é contraria a este titulo deve ser julgada viciosa e de má fé.

«Sobre este fundamento, aquelle que tem começado a

Digitized by Google

usar como arrendatario, não prescreverá jamais a propriedade, a menos que não tivesse adquirido um novo direito, que tenha mudado a causa da sua posse. Procede o mesmo no usufructuario, no usurario, no depositario, no credor a respeito do penhor, e todos os que possuem em nome de outro. Presume-se que elles têem usado até o fim com o mesmo espirito que no principio, e em consequencia que elles não têem variado de intenção para passar a possuir como proprietarios, ou que se elles têem querido possuir como taes sem titulo novo e sem intervenção, elles não têem podido faze-lo, e têem estado em má fé. (Conf. Barbos., in L. 2, Cod. *de Praescript.)*

« Tal é a jurisprudencia do parlamento de Besançon, porque por aresto os padres jesuitas de Dole foram excluidos da propriedade de um bosque situado no territorio de Moissé, aindaque elles por mais de cem annos tivessem feito actos que convinham a propriedade, porque o titulo primitivo da sua posse, que foi produzido, não lhe conferia mais que um direito do uso.

« Por dois arestos... Reconhecimentos seguidos de uma posse de sessenta annos, foram reduzidos aos termos dos titulos antigos e primitivos, que foram produzidos. Julgou-se que os reconhecimentos não formam uma nova obrigação, e que elles não fazem mais que renovar a memoria do antigo titulo, e de a conservar, e que tudo o que ahi se acha de contrario ao titulo primitivo deve ser rejeitado, como usurpado, ou extorquido por força ou por surpreza. »

Nota: Quanto aos reconhecimentos: Que elles não prejudicam em taes circumstancias, adde Peg. 3, For., Cap. 28, a n. 997 e n. 1008. E quanto á presumida extorsão quando os reconhecimentos se fazem por foreiros em favor dos senhorios donatarios das terras nos tombos a que se procede por juizes, que elles pedem e sempre lhe são affeiçoados. V. Lagunez, *de Fruct.*, ib., P. 1, Cap. 15, § 4, n. 30, Fragoz., *de Regimen. Reipubl.*, P. 1, L. 3, Disp. 7, ex. 6. Maxime quando taes reconhecimentos obrigam a fóros exces-

Digitized by Google

sivos dos foraes das terras, Ord., L. 2, T. 27, § 3, junta a Ord., L. 2, T. 45, §§ 34, 35 e 36, e L. 1, T. 66, § 14, e L. 1, T. 58, § 15. Veja-se o meu *Tratado do direito emphyteutico*, a §

§ 31

Continua o mesmo Dunod, dizendo: «Pretende-se sobre as mesmas rasões, que não se póde pela posse mudar em uma outra especie a prestação que tem sido constituida originalmente, como pagar dinheiro por pensão de trigo, ou pelo contrario trigo por pensão de dinheiro, a menos que não conste de algum tratado ou abono que auctorise a posse. Eu creio que este abono ou novação é presumido depois de cem annos de posse».

Nota a este §: O mesmo Dunod, P. 3, Cap. 10, pag. 364, in fin., e 365, diz que: «Se não se trata da parte quotitativa, mas da qualidade ou da especie da pensão; como, se de um censo senhorial ou domìnical se quer fazer um outro censo pela prescripção, ou de um censo constituido em trigo, commutar-se em dinheiro, quasi todos os auctores julgam que não tem logar a prescripção, porque, dizem elles, ella destruiria o censo em destruindo a sua especie e a sua qualidade, a menos que isto não fosse em favor de um terceiro adquirente, ao qual se tivesse denunciado uma qualidade ou uma especie differente da do titulo primitivo, que assim possuisse em virtude de um titulo novo e que estivesse em boa fé. Eu não vejo porém alguma rasão sufficiente para impedir a prescriptibilidade da especie ao menos por cem annos, os quaes fazem presumir que tem intervindo um titulo novo e alguma convenção legitima que opera esta mudança. A mudança da especie não destroe a obrigação, nem a essencia em geral do contrato do censo, que consiste em receber alguma cousa e não tal cousa. E se se póde prescrever a parte quotitativa, porque se não prescreverá o direito de pagar em uma especie differente, que muitas vezes redunda em mais commodidades ás partes? A posse, durante o tempo determinado pela lei é um titulo que destroe os que o precedem; e não se exige outra cousa para a sustentar senão que ella seja verdadeira». Até aqui Dunod. A nossa Ord., L. 2, T. 27, admitte prescripção de similhante a similhante; sobre a qual

Digitized by Google

Ord., L. 2, T. 27, a este proposito se veja Peg., Tom. 9, ad. Ord., L. 2, T. 33, in Rubr., a n. 417. Com effeito, pagar-se por tempo antiquissimo uma pensão diversa da do original titulo, faz conjecturar que foi alterado e novado por outro posterior, Cancer. 1.°, Var., Cap. 14, sub n. 96, Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2, Cap. 35, sub n. 29, Peg. 2, For., Cap. 9, ex n. 187, França, *ad Mend.*, Arest. 3, n. 43 e 72, Silv., ad Ord., L. 4, T. 23, § 1, n. 49.

§ 32

Ainda fallo com o mesmo Dunod, P. 1, Cap. 8, pag. 50. Continua elle: «A principal regra para conhecer quando a posse não opera prescripção, porque ella é contraria ao titulo, é ver se ella é opposta á substancia do mesmo titulo, como no caso da concessão precaria, depois da qual se quer ter usado como proprietario. Isto são dois actos incompativeis, de que um não póde ser consequente do outro, aindaque elle deva suppo-lo pela causa e seu principio. Assim o usuario (por exemplo) dos bosques não póde prescrever o direito do bosque sem o fazer assignalar e marcar; porque elle mudaria n'isto a natureza do seu contrato e usaria de uma liberdade privativa do proprietario.

«Porém se a posse não muda a qualidade e substancia do titulo, mas sómente o que é accidental, ella poderá adquirir a prescripção. Assim a liberdade de remir sendo da essencia do reddito constituido, não se póde prescrever contra esta liberdade; mas póde-se prescrever contra a convenão de remir por parcellas, de pagar a certo dia, em certo logar, em certo tempo do anno, porque n'isto não ha nada de essencia na renda, bem como se prescreve contra o pacto de remir *toties quoties*, e contra as servidões reservadas pelo vendedor no contrato da venda; porque estes pactos não são os que constituem a essencia do titulo.»

Digitized by Google

§ 33

Conclue o mesmo Dunod, P. 1, Cap. 8, pag. 51, ibi: «Não é prescrever contra o seu titulo possuir alem do que elle concede, ou adquirir a isenção das obrigações que elle impõe. Assim o comprador de uma geira de terra taxativamente póde prescrever duas geiras (L. 2, § 6, ff. *Pro empt.*). Elle póde tambem adquirir a isenção do pagamento do preço pela prescripção; bem como o herdeiro adquire a do legado, quando elle lhe não é demandado, aindaque o testamento seja o seu titulo, e um titulo commum entre elle e o legatario. Emfim o Art. 448 do costume da Bretanha tem, que se podem adquirir as cousas sem titulo, contra o seu titulo, e alem do seu titulo; o que é fundado sobre que em materia de prescripção não se deve informar se a posse é justa, mas sómente se ella é verdadeira».

Nota: Similhantemente diz o mesmo Dunod, P. 3, Cap. 10, pag. 364, que: «Commummente se julga sobre estas rasões que o censo emphyteutico póde ser diminuido pela prescripção de trinta e quarenta annos, quando elle tem sido pago em quantidade menor que a da sua constituição, aindaque appareça o titulo primordial, ou o senhorio seja sciente ou seja ignorante; comtantoque a prestação tenha sido uniforme e feita como de toda a pensão, e não como de uma parte d'ella». Cita Dunod a Salicet., Dumoulin, Lociet, Henrys, Cancer., Fontanell, Lapeirere, aos quaes acrescento outros, apud Altimar., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 43, n. 426, Barbos., in L. 7, § *Imo*, a n. 43, *de Præscrip.* Prosegue Dunod: «É mais duvidoso, se o senhorio póde prescrever uma maior quantidade de fôro que a que é expressa no titulo primitivo? A negativa é fundada sobre que se não presume uma causa legitima do augmento da pensão, como se presume da sua moderação, e que esse augmento é ordinariamente extorquido pelo senhorio. Portanto a opinião commum é que elle não prescreve (aqui cita Boer... Charand., Guid Pap., V. *Fulgin., de Solut. Canon.*, Q. 1, n. 254); Dumolin crê comtudo que esse augmento póde ser prescripto por cem annos, porque elles fazem presumir um novo titulo. Sua opinião po-

Digitized by Google

deria ser sustentada em caso em que as circumstancias determinassem a crer que houve alguma justa causa do augmento da pensão.» Conf. Not. ao § 31, e o meu *Tratado de direito emphyteutico*, a §.

§ 34

Finalmente, e concluindo este artigo: Essa regra geral fundada n'essa presumpção (§ 29), não é de eterna verdade. Ella padece a justa censura do Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 21, n. 66, ibi: «Aliquando admitti solet quædam (malæ fidei) præsumpta, seu legalis probatio, quæ potest esse fallax; puta quia in proprio Archivo retineantur illæ Scripturæ, ex quibus jus alterius resultet. Adhuc tamen discrete, pro facti qualitate, non autem judaice id intelligendum est, ubi scilicet aliæ facti circumstantiæ verisimilem talium Scripturarum ac omnium in eis contentorum Scientiam redoleant». Conf. Thesaur., Decis. 133 e 134.

Na verdade: Quantas escripturas são ignoradas por muitos tempos; quantos indolentes em ler as que retêem? Quantos analphabetos e menos curiosos? E que direi das conservadas nos archivos dos mosteiros commettidos de annos em annos a cartorarios? Por outra parte, que alterações e novações não podem ter quaesquer contratos, que firmados de palavra e depois uniformemente observados nunca se reduziram a escripto, ou se se escripturaram, desappareceram as escripturas? E o tempo, a prescripção, não hão de entrar aqui com seus effeitos? Prescindamos do caso em que se póde presumir influxo de alguma prepotencia; quem attribuirá a erro no seu principio alguma alteração ou novação do original titulo, que por trinta ou quarenta annos se viu perennemente observada? As distincções de Dunod, apesar da regra geral, são as que devem seguir-se na pratica; e só o titulo resiste á prescripção quando ella lhe inverte a substancia, e não póde presumir-se pelas circumstancias occorrentes outro novo titulo ou outro novo contrato; aqui deve exuberar um prudente arbitrio do julgador, propendendo contra a má fé em favor da prescripção, maxime de trinta ou quarenta annos.

Digitized by Google

QUESTÃO II

Se o erro de direito (ou quando) produz má fé e obsta á prescripção?

§ 35

A regra geral é negativa: L. *Nunquam,* ff. *de Usucap.,* ibi: «Nunquam in Usucapionibus juris error possessoribus prodest», L. 2, § *Si a pupillo,* ff. *Pro emptor.,* ibi: «Si a pupillo emeris, et scias pupillum esse, putans tamen pupillo licere res suas sine Tutoris auctoritate administrare, non capies usu quia juris error nulli prodest.» L. 4, ff. *de Jur. et Juris ignor.,* ibi: «Juris ignorantia Usucapione negatur prodesse, etc., L. *Quemadmodum,* Cod. *de Agric. Censit,* e o Cap. 82, *de Reg. Jur.,* in 6.°, já acima transcriptos no § 26, Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 1, sub § 9, ibi: «É possuidor de má fé se por erro de direito tem crido, por exemplo, que o seu ante-possuidor, que não era mais que usufructuario da cousa, tinha poder de alienar a propriedade».

§ 36

São concordes os DD. juristas e canonistas, que se a materia é espinhosa e difficil com variedade de opiniões, aquelle que erra é excusavel, mesmo no caso das prescripções que não correm senão com titulo, Lessio, Covarruv. e Vasques, com os quaes Dunod, *Traité des præscriptions,* Cap. 8, P. 1, pag. 40, v *L'on demande,* com outros Luc. Ferrar., verbo *Præscriptio,* Art. 2, n. 20, Gall., *de Fruct.,* Art. 1, n. 31.

§ 37

Tambem é sentimento commum dos DD. que a cit. L. *Nunquam* 31, ff. *de Usucap.,* com as mais concordantes (§ 35), só procedem na prescripção de dez ou vinte annos entre presentes e ausentes, na qual é indispensavel

Digitized by Google

com a boa fé o titulo. Tambem é necessario titulo para a prescripção nos casos do Cap. 1, *de Præscript.*, in 6.; e não procedem na prescripção de trinta e mais annos, em que não é necessario titulo e basta a boa fé; e em que esta prescripção procede com erro de direito. Assim com muitos DD. Barbos. na Rubr., Cod., *de Præscript.*, a n. 66 e 75, Vella, Dissert. 38, sub n. 97, ibi: «Quapropter secus est in præscriptione longissimi temporis, quæ Jure Civili neque titulum, neque bonam fidem requirit, L. 3, 4 e 7, Cod., *de Præscript.* 30 vel 40 annor. Jure autem Canonico etsi bonam fidem requirat... non tamen requirit titulum: Et ideo si juris error alioqui probetur, vel ex circumstantiis præsumatur; is quidem error utroque jure ad hujusmodi longissimam præscriptionem sufficiens est; in eoque hæc præscriptio ab ordinaria differt... Indistincte Juris error sufficiens sit ad longissimam præscriptionem, etc. N'esta distincção concordam Dunod, supra, Merlin., *de Pignorib.*, L. 5, Q. 21, a n. 44.

§ 38

Outros DD. distinguem: «Si juris error versetur circa Legem, quæ neque resistit, neque assistit actui; tunc non obstante errore juris hujus procedet præscriptio longissimi temporis: Sed si juris error versetur circa Legem actui resistentem, non procedet præscriptio longissimi temporis». Barbos. S.ª, a n. 76 e 78. Porém o mesmo Barbosa, comprovando o primeiro membro da distincção, se oppõe contra todos os DD. que seguem o segundo, defendendo que geralmente a prescripção de trinta annos sem tal distincção procede com erro de direito, respondendo a todas as objecções contrarias. Concorda Vell., Dissert. 38, sub n. 97.

§ 39

Só sim procede o segundo membro da dita distincção, ou *quando houvesse um erro de direito inexcusavel que*

Digitized by Google

causasse uma má fé positiva e um peccado, como com Lessio e Vasques Dunod S.ª, pag. 41, in princip.; ou quando «*non præsumptive, sed clare constiterit de vera mala fide*», como se limita Barbos. S.ª, n. 103; ou «*quando datur incapacitas in præscribente, sive ratione personæ sive ratione rei quæ præscribi non potest*», idem Barbos., n. 104 e 105.

Nota: Quaes são as pessoas incapazes para possuir, e consequentemente prescrever, veja-se Portug., *de Donat.*, L. 3, Cap. 29. Quaes são as cousas imprescriptiveis, veja-se Dunod, P. 1, Cap. 12, Altim., Tom. 7, Q. 43, Sect. 1.ª, a n. 639 e 701.

§ 40

Resta ainda a analyse do Cap. 1, *de Præscript.*, in 6.°, ibi: «Episcopum, qui Ecclesias, et decimas, quas ab eo repetis, proponit (Licet in tua sint constitutæ Diœcesi) se legitime præscripsisse, allegare oportet (cum jus commune contra ipsum faciat) hujusmodi præscriptiones titulum, et probare. Nam licet ei qui rem præscribit Ecclesiasticam, si sibi non est contrarium Jus commune, vel contra eum præsumptio non habetur, sufficiat bona fides; ubi tamen est ei jus commune contrarium, vel habetur præsumptio contra ipsum, bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, possessori causam tribuat præscribendi. Nisi tanti temporis allegetur præscriptio, cujus contrarii memoria non existat.»

O mesmo Pedro Barbosa, na Rubr., Cod., *de Præscript.*, a n. 114, fez uma completa analyse d'este capitulo. E como elle só comprehende (e unicamente póde comprehender) a prescripção dos bens ecclesiasticos de que ahi se trata, e não milita nas prescripções dos bens profanos, Barbos. S.ª, a n. 130, por isso omitto substanciar a tal analyse. Veja-se tambem sobre a exposição do mesmo capitulo Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 83, § 15, Not. (*f*).

Digitized by Google

QUESTÃO III

Se o titulo vicioso produz má fé, e quando resiste ou não a prescripção?

§ 41

É notavel o quanto os DD. têem confundido e enredado esta questão; nenhum melhor que Dunod a expõe, e se desembaraça por meio de uma só e bem fundamental distincção. Diz pois o mesmo Dunod, P. 1, Cap. 8, pag. 47, ibi:

N. 1. «O Titulo vicioso, quando elle apparece, prova a má fé e impede a prescripção; o que se entende de um titulo capaz por si mesmo de transferir a posse, mas que é *nullo* na hypothese (*a*).»

N. 2. «Ora a *nullidade* do titulo vem da prohibição da lei, que defende fazer certas cousas, e que declara nullo o que se fizer em contrario (*b*). Para julgar do effeito d'esta nullidade, particularmente em materia de prescripção, é preciso examinar a causa da prohibição; e se ella é fundada sobre o interesse do publico ou sobre o dos particulares; porque ella não prohibe e não annulla o titulo senão por um d'estes dois motivos (*c*).»

N. 3. «A prohibição se diz feita com relação ao interesse publico, quando o seu primeiro e principal objecto é o bem da sociedade, a conservação das cousas e dos direitos que pertencem ao publico; e a lei que estatue sobre o que respeita aos bons costumes ou sobre o que está fóra do commercio pelos direitos natural das gentes ou civil. Taes são as disposições das leis ao sujeito dos actos que importam algum delicto ou alguma torpeza (*d*), dos que não produzem ainda mesmo uma obrigação natural ou que contêem a alienação de cousas, de que o commercio é prohibido por uma causa publica e perpetua, como são as cousas sagradas (*e*) e domaniaes da corôa (*f*).»

Digitized by Google

N. 4. «A nullidade que resulta da prohibição n'este caso é absoluta, porque a lei resiste continuamente e por ella mesma ao acto que ella prohibe; ella o reduz a um puro facto, que não póde ser nem confirmado, nem auctorisado e que não produz algum direito, alguma acção, nem excepção. Esta nullidade póde ser objectada não sómente pela parte publica, mas ainda por todas as sortes de pessoas, sem que se possa oppor-lhe que elles se prevalecem de direito de terceiro; e o juiz *ex officio* póde respeita-la, aindaque ninguem a opponha (*g*).»

N. 5. «Ha auctores que julgam que as nullidades absolutas podem ser prescriptas pelo espaço de cem annos. Fachineo os refuta, e sustenta que ellas são imprescriptiveis; esta opinião é commum, e este é o caso em que se diz: *Melius est non habere titulum, quam vitiosum.* O titulo nullo de uma nullidade absoluta não tem jamais transferido o dominio, nem podido metter o possuidor ou seus herdeiros em boa fé. Assim quando elle apparece não se tem algum respeito á posse que o tem seguido (*h*).»

N. 6. «Aindaque o fim da lei seja sempre o interesse do publico e da sociedade, a vista d'este interesse é muitas vezes remota, e a lei considera então em primeiro logar na sua prohibição e nas nullidades que ella pronuncia o interesse dos particulares, *Primario spectat utilitatem privatam, et secundario publicam.* Os particulares são os que aproveitam da sua disposição, e a sua prohibição n'este caso produz uma nullidade que se chama *respectiva,* porque esta nullidade não vae interessar mais que aquelle em favor de quem ella é pronunciada. Esta é a rasão por que elle só a póde allegar e propor, e se outros o fazem, se lhe póde com rasão oppor que elles se fundam em um direito de terceiro (*i*).»

N. 7. «Taes são as prohibições da alienação dos fundos dotaes ou dos bens dos menores, de contratar sem auctoridade do pae, do curador, do marido e outros similhantes. Ellas respeitam principalmente o interesse dos particulares; ellas não annullam plena e absolutamente os

Digitized by Google

actos que são feitos em contrario. Estes actos subsistem a respeito dos terceiros, e não são declarados nullos mais que quando o requerem as pessoas que a lei tem querido favorecer; estes actos podem ser confirmados e ratificados; os terceiros validamente se obrigam para a sua execução, porque aquelle, por exemplo, que tem caucionado a venda dos bens de um menor, e o marido que tem vendido o fundo dotal de sua mulher são obrigados á fiança e indemnisação. A lei não resiste expressamente e sempre a esta sorte de actos, como nos casos nos quaes ella produz uma nullidade absoluta ella se contenta de não os approvar e auctorisar a respeito de certas pessoas. *Non assistit, nec corroborat quod est actum, respectu ejus in cujus favorem prohibitio facta est, sed non resistit absolute, et semper.*»

N. 8. «Os actos de que a nullidade não é mais que *respectiva,* produzem uma obrigação natural, e não são mesmo sempre nullos de pleno direito a respeito da parte interessada; porque muitas vezes é preciso que ella os faça rescindir, como succede nos contratos feitos por medo. Estes actos são translativos do dominio quando elles têem sido acompanhados da tradição, e elles formam pelo menos um titulo putativo e colorado, á sombra do qual o adquirente póde-se crer senhor e possuidor de boa fé.»

N. 9. «A prescripção de trinta annos não recebe obstaculo, nem da prohibição de alienar as cousas que estão no commercio, nem da nullidade que resulta de uma falta de formalidade, ou do favor de um particular, que não póde ser nem attendido pelo juiz nem opposto por um terceiro, porque esta nullidade é simplesmente respectiva, e não produz mais que uma acção, que se extingue pelo lapso do tempo (*l*).»

N. 10. «Não se duvida jamais entre nós que as nullidades respectivas se prescrevem por trinta annos, e que depois d'este tempo se não podem mais oppor, senão é por via da excepção (*m*). Ha auctores a defender que as nullidades absolutas se extinguem por cem annos. Fachineo

Digitized by Google

os refuta como se tem dito, e a sua opinião é a mais commum. Eu creio porém que se deve deixar a questão ao arbitrio do juiz, para a decidir segundo as circumstancias, qualidade e importancia da nullidade.» Até aqui Dunod.

(*a*) Esta é a regra geral que confirma Barbosa, in Rubr., Cod., *de Præscript.*, n. 348.

(*b*) Se é nullo o acto feito contra a prohibição da lei, quando ella expressamente não commina a pena de nullidade? Veja-se pro utraque parte Gibert., *Corp. Jur. Canon.*, Tom. 1, Prologom., P. 1, T. 2, a pag. 32. Por quaes palavras da lei se deva julgar comminada a pena de nullidade? Veja-se Altimar., Tom. 6, Q. 36, a n. 311. Se a lei que impõe pena simplesmente annulla o acto? Veja-se Portug., *de Donat.*, L. 3, Cap. 16, n. 71, Silv., ad Ord., L. 3, T. 86, § 8, a n. 22. Se não observada a fórma precisa que a lei determina, é consequente a nullidade? Veja-se Peg., Tom. 11, ad Ord., Cap. 2, Portug., L. 3, Cap. 16, a n.

(*c*) A differença da nullidade introduzida em favor publico, ou de pessoa particular attingiram para diversos fins Vallasc., Cons. 69, n. 14, Buxet., *de Confus. Jur.*, Cap. 19, § 2, a n. 67, Silv., ad Ord., L. 4, T. 12, a n. 54, Rox., *de Incompatib.*, P. 5, Cap. 6, n. 10, apposite Boehmer., infra a § 12.

(*d*) A posse e o costume não póde fazer licito o que em si é mau e peccaminoso, segundo as leis, Olea, T. 3, Q. 12, a n. 33, Boehmer., Tom. 5, Exerc. 83, § 12, e Not., ad eund., § *Let.* (*r*).

(*e*) Quaes sejam as cousas que estão fóra do commercio, que não podem ser materia de contrato, nem admittem prescripção. Veja-se Struv. e Muller, Exerc. 41, Thes. 9, Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 2, sub § 36, juntos §§ 28 e 29. Quando possam prescrever-se as cousas destinadas para os usos publicos, ou os proprios dos conselhos? Veja-se Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 4, a n. 7, e L. 3, Disc. 1, a n. 40.

(*f*) Quanto aos bens da corôa? Veja-se Peg., Tom. 9, ad Ord., Portug., L. 3, T. 45, optime Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 83, § 13, Mello, L. 3, Tit. 4, § 13.

(*g*) Todo o cidadão é pessoa habil para defender os direitos publicos, e o juiz *ex officio* póde promove-los, Ferr., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 1, a n. 31, Portug., L. 3, Cap. 3, n. 49 e 50.

Digitized by Google

(*h*) Quem produz em defeza da sua posse um titulo vicioso, presume-se que produziu o melhor que tinha; a elle se attribue toda a sua precedente posse; elle a inficiona e transtorna possuidor de má fé destruindo toda a prescripção nos seus fundamentos. E portanto é mais proveniente cautela não produzir titulo que produzi-lo mais vicioso; esta é a torrente dos DD. que coacervou Bagn., Cap. 31, a n. 117. Se porém o titulo vicioso não é produzido pelo possuidor mas pelo adversario, não obsta á prescripção, nem a destroe; e fundando-se o possuidor na sua antiquissima posse póde attribui-la a outro e diverso titulo mais valido, presumido pela sua mesma posse. Assim com innumeraveis DD. o mesmo Bagn., a n. 254 e 276.

(*i*) Esta regra, que ninguem póde allegar o direito de terceiro sem cessão d'elle, veja-se com suas limitações em Altimar., *ad Rovit.*, L. 1, Obs. 2, a n. 33.

(*l*) Toda a nullidade e a acção de a propor se prescreve por trinta annos; a nullidade de qualquer sentença, de quo veja-se Silv., ad Ord., L. 3, T. 75, in pr., a n. 2. Ainda mesmo a nullidade do contrato por falta do pagamento de siza, conforme a mais bem fundada opinião, de quo veja-se Lim. de Gabell., *ad Regim. Incapit.*, Cap. 20, a n. 63. A nullidade dos testamentos, veja-se supra, Not. ao § 7. Geralmente toda a acção de nullidade, Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2, Cap. 94.

(*m*) Limita-se esta regra: «*Temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum*». Limita-se nos casos, de quib., Silv., ad Ord., L. 4, T. 1, in Rubr., Art. 4, n. 76, Barbos. e Tabor., L. 5, Cap. 31, Axiom. 10, Brunneman., in L. 5, Cod., *de Except. seu Præscript.*

§ 42

O nosso Pedro Barbos., na Rubr., Cod., *de Præscript.*, a n. 348, tratando esta questão, segue rumos diversos dos de Dunod. Mais se emprega no exame de quando o titulo vicioso obsta, immo sendo produzido pelo mesmo prescribente (Conf. S.ª, Not. L, ao § 41). No n. 368 e 369, que só o titulo vicioso obsta á prescripção: «Si titulus sit nullus nullitate manifeste apparenti, et notoria, ita quod nulla causa, vel tergiversatione excusari possit... Item et prædicta nullitas videtur procedere quasi a Jure naturali;

Digitized by Google

nam cum in his error non sit probabilis, quasi sit in manifesta mala fide non præscribet.

§ 43

«Ex quibus infertur (continua Barbos., a n. 370) quod si tituli nullitas, vel injustitia non sit notoria, sed necesse sit eam aliter demonstrare, non habebit locum conclusio communis... Infertur etiam, quod si nullitas non fuerit talis quæ procedat quasi ex errore Juris Naturalis, habebit locum præscriptio saltem immemoralis. Et consequenter si fuerit nullitas inducta per solum jus civile, non obstante hac nullitate tituli procedet præscriptio, non solum immemorialis, sed etiam 30 annorum. Nam stante tanto tempore credendum est per errorem juris creditum fuisse titulum valere; qui juris error liberat a mala fide, et consequenter procedet præscriptio 30 annorum (Conf. §§ 37 e 38, e a Not. L. ao § 41).

QUESTÃO II

Se a interpellação extrajudicial induz má fé e interrompe a prescripção?

§ 44

«As interpellações extrajudiciaes (diz Dunod, P. 1, Cap. 9, pag. 57) não interrompem a prescripção, senão nos casos expressamente determinados pelas leis; mas fóra d'estes casos ellas são inuteis, porque ellas não bastam para causar a má fé; a lei não as auctorisa para isto, etc.» Conf. Cod. Freder., Tom. 2, pag. 202, Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 3, a § 15, Coccey, *Jus Controv.*, L. 41, T. 3, Q. 25, Silv., ad Ord., L. 4, Tit. 32, in princ. n. 23, Iranz., *de Protest.*, Consider. 38, n. 7, Sabell. § *Præscriptio*, sub n. 28.

Digitized by Google

§ 45

Esta regra porém se limita, e a interpellação extrajudicial induz má fé e obsta á prescripção: 1.°, no caso da Ord., L. 4, T. 51, Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 3, § 24; 2.°, na prescripção triennal, de que trata a Ord., L. 4, T. 32, Silv., ibidem a n. 21, Coccey, supra, * *Præscriptio illa extraordinaria*, 3.°, no caso da L. 17, Cod. *de reivindicat.*, isto é, quando alguem se propõe comprar a outro um predio, v. g.; e o verdadeiro dono d'elle *re integra* * o adverte, que não o compre por ser seu. Então esta interpellação antecedente ao contrato induz no comprador má fé, d. L. 17, Coccey S.ª, Iranz., *de Protest.*, Consid. 38, n. 1, 2, 3, 4, Gilken., *de Præscript.*, P. 2, Membr. 2, Cap. 2, a n. 31, Garcia, *de Expens.*, Cap. 6, a n. 10, Balb., *de Præscript.*, P. 3, n. 13, Brunneman., in d. L. 17, videndus Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 3, sub § 16.

* Nota. «Sed necessario quærendum est (adverte Iranz, S.ª, n. 5 e 6) quando res dicatur integra, quod satis expresse (ut mihi videtur) docuit Justinianus in d. L. *Si fundum* 17, Cod. *de Reivind.*, ubi docet denuntiationem factam fuisse volentibus illis ad contrahendum accedere. Unde colligitur nihil conclusum fuisse, aut quid certum conventum. Ex quo infertur, quod quamvis neque res a venditore tradita, neque pretium solutum, si tamen convenerint jam Partes emptione juxta præscriptum in L. 9, et in L. 35, ff. *de contrah. empt.*, quia utique ad hoc ut protestatio denuntiatoria vim habeat, post Partium conventionem res integra esse desinit. Et ratio est, quia hoc modo posset esse in arbitrio Emptoris aliquem subornare, qui id protestaretur nomine proprio; et ita contractum jam a se initum subvertere arg. L. 14, ff. *de In diem adict.*, cum juxta DD. in d. L. si fundum, non sit opus, ut protestans fidem faciat Protestato de juribus suis, quando reintegra nomine proprio exequitur protestationem, etc.» Concorda Brunneman, na dita L. 17, Cod. *de Reivind.*, ibi: «Fiet autem Legitime protestatio, I, Si Protestans habeat jus in re. II, Si fiat ante, contractum, etc., etc. (*) adde Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 3, sub § 16, Silv. ad Ord., L. 3, T. 51, n. 30, Dunod., pag. 57, in fin. Acrescentando Iranz., n. 6, *

Digitized by Google

Quamvis, e Brunneman., n. 8, que quando qualquer terceiro faz esse protesto é necessario que mostre especial mandato, e que o exiba. (Conf. supra a § 16.)

§ 46

Limita-se, 4.°, a dita regra geral, quando o credor interpella seu devedor para que lhe satisfaça a sua divida; porque n'este caso a interpellação o constitue em mora e em má fé, e interrompe a prescripção da acção pessoal, Henriq. Coccey, Vol. 1, Disp. 91, § 11, Samuel Stryk., *de Actionib.*, Sect. 3, Membr. 1, Axiom. 7, n. 2, Struv., Exerc. 44, Thes. 28, in fin.; bem como: «Si Creditor intra 30 annos novam Cautionem à debitore exigat», Stryk. S.ª, n. 4. E tambem: «Si Usuræ intra 30 annos exactæ, etiamsi de sorte interim nulla facta fuerit interpellatio», Stryk., supra, n. 7, Conf. Coccey, *Jus Contr.*, L. 41, Tit. 3, Q. 25, in fin. Heving., *de Fidejussor.*, Cap. 20, § 18, n. 14.

§ 47

Limita-se, 5.°, no caso da L. 2, Cod. *de Annal. Exception.*, observada a fórma da mesma lei, como a expõe Brunneman. Coccey, *Jus Controv.*, L. 41, T. 3, Q. 25, Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 3, § 14, ibi: «Interrumpitur præscriptio interdum etiam per extrajudicialem denuntiationem in casibus scilicet jure expressis... Et si servatur forma præscripta in L. 2, Cod. *de Annal. de Except.*, quando nullus Magistratus adest, possum Libellum mittere ad ædes Adversarii, subscriptum manu Notarii vel trium testium», etc.

§ 48

Limita-se, 6.°, no caso da L. 20, § 11, e da L. 25, § 7, ff. *de Petition. hæreditat.*, Coccey, supra. Adverte porém Stryk. S.ª, § 16: «Eam legem loqui de casu, quo possessor hæreditatis non habet titulum, hoc est de facto oc-

Digitized by Google

cupavit hæreditatem, et jam cognoscit ad alium pertinere: tunc enim utique, quia nec præscriptio sine titulo consistere potest, æquum est ut constituatur in mala fide, hoc est, ut reddere debeat eam cum fructibus. Nos autem præscriptionem fuisse legitime inchoatam, ad quod utique requiritur titulus. Superveniens extrajudicialis denuntiatio non interrompit, nec arguit defectum bonæ fidei in possessore».

§ 49

Limita-se, 7.°, quando se faz o protesto ou interpellação extrajudicial, e ao possuidor logo lhe mostra titulos e escripturas que claramente mostram o seu direito e são forçosos para persuadir da verdade ao possuidor; n'este caso fica elle constituido em má fé, Garcia, *de Expens.*, Cap., 6, n. 5, Cancer. 3, Var., Cap. 6, n. 12, Iranz., *de Protest.*, Consider. 38, a n. 12, Silv., ad Ord., L. 4, T. 32, in princip., n. 25, Stryk., Vol. 9, Disp., 13, Cap. 3, sub § 14, ℣. *Vel si in tali denuntiatione*, etc. N'este sentido entendo Coccey, supra, ℣. *Hodie*, maiormente sendo este protesto intimado por um notario com duas testemunhas, Cod. Freder., P. 2, L. 3, T. 5, Art. 3, sub § 22, ℣. *Mais l'interpellation;* e por mandato judicial. Iranz., n. 15, bem que o mesmo Iranz., n.° 17, adverte: «Hujusce protestationis denuntiatoriæ copiam simul cum Instrumentis tradendam esse Protestato expensis protestantis», ex Cancer. 2.°, Var., Cap. 14, n. 134, Fontanell., Claus. 6, Gloss. 3, P. 5, n. 73.

Limita-se, 8.°, favore dotis, Silv., ad Ord., L. 3, T. 51, n. 32.

Nota: Quando a citação judicial por si só baste para induzir má fé, e interromper a prescripção, veja-se Coccey S.ª, Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 3, a § 1, Silv., ad Ord., L. 3, T. 51, in pr., a n. 14, Dunod., Cap. 9, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 48, Art. 3, tot.

Digitized by Google

QUESTÃO V

Similhantemente: se a controversia extrajudicial nas servidões e posses de direitos incorporaes induz má fé e obsta á prescripção?

§ 50

Julgaram alguns DD. que como nas servidões e mais direitos incorporaes, em falta de titulo, não póde haver e continuar posse, nem prescripção sem sciencia, paciencia e tolerancia do adversario, logoque o adversario, ainda só verbal e extrajudicialmente, se oppõe á continuação d'essa quasi posse; ella e a prescripção se interrompem, Pecch., *de Aquæd.*, L. 1, Cap. 1. Q. 1, a n. 44, Barbos. in L. 2, Cod., *de Servit. et aq.*, n. 12, Vallasc., Cons. 173, n. 19, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 14, n. 50; e conduz Peg., 2, For., Cap. 11, pag. 864, Struv., Exercit. 43, Thes. 28. Conf. Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 85, § 27.

§ 51

«Mas (diz ao proposito Dunod, P. 1. Cap. 8, pag. 53, in fin.) quando o impedimento e contradicção não tem consistido senão em vias de facto, não obstante as quaes se tem continuado a usar do direito e exercitar a servidão, acaba-se de prescrever, como que se não tivesse havido contradicção alguma... O parlamento de Besançon o tem decidido muitas vezes d'esta fórma... Os habitantes de La Mar foram julgados ter prescripto o direito de pastagens sobre um cantão do territorio de Baume, ainda-que os habitantes d'este logar provaram que elles tinham muitas vezes expellido o gado dos de La Mar, e mesmo que o tinham penhorado; mas elles depois o haviam entregue; não haviam proposto acção alguma em juizo; e

Digitized by Google

os habitantes de La Mar tinham continuado o uso como d'antes.»

Domat, *Loix. civiles*, L. 3, T. 7, Sect. 5, n. 18, Le Graud., Art. 16, Glossa 1, n. 18, Fabr., in Cod., L. 3, Tit. 24, Def. 10, ibi:

«Dici solet interrumpi præscriptionem servitutis naturaliter per contradictionem et prohibitionem ejus, adversus quem præscribebatur. Sed id tamen intelligi debet, si prohibitio effectum habuerit; alioquin, si prohibitus et in servitute perseveraverit, tanto fortius erit jus præscribentis. Ita Senatus, etc.»

O mesmo Fabr., Defin. 1, ibi:

«Non ex eo solo interruptus dici potest usus servitutis quando is qui per fundum tuum ire agere solebat, verbo prohibitus aliquando sit ne iret ageret, si modo ire agere non destiterit. Requiritur enim contradictio judicialis, aut quæ factis non verbis, testata sit. Alioqui præbet ea res potius materiam inchoandæ præscriptionis, cum ab eo saltem tempore non possit videri clam, aut precario servitute usus; qui te invito usus est: at ne vi quidem cum in sui juris quasi possessione perstiterit. Ita Senatus, etc.»

Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 2, § 6, ibi:

«Interrumpitur per prohibitionem, vel impacientiam verbalem, seu extrajudicialem Adversarii, si scilicet conjuncta cum impedimento quodam, per quod quis non modo turbatur in possessione juris, sed etiam de quasi possessione servitutis dejicitur; vel si prohibitio habuit effectum... tunc prohibitio habet effectum, si prohibitus servitute uti non revertatur ad usum, v. gr. juris pascendi in fundo vicini, acquiescendo prohibitioni, timens forte majorem vim; quia et hoc casu amisit servitutem... Alias si pro-

Digitized by Google

hibitio, vel impatientia verbalis, vel pignoratio privata nullum habuit effectum, sed prohibitus, vel pignoratus, nihilominus pergat uti illo jure, et currant ita, perlabanturque, 30 anni, tunc præscriptio omnino perfecta videtur, et e contra nulla censetur accessise interruptio, etc.»

Fernand. de Otter., *de Pasc. public.*, Cap. 21, desde o n. 6 até 11, firma estas proposições, ibi:

«Secure tenendum est, quod præscriptio juris pascendi interrumpitur, quoties pascuo utens possidere prohibetur, vel quia animalia, et armenta ejus a loco pascui ejiciuntur, vel ingressus ejus et aditus arcetur per vim expulsivam... Per simplicem enim turbationem non dari hujus interruptionis effectum affirmat Gratian., For., Cap. 80, n. 35, ea ductus ratione, quod turbato in sua possessione liceat turbantem pro tollendo impedimento molestia afficere... Unde, ait, non esse æquum quod interrumpatur præscriptio per contradictionem extrajudicialem unius, vel alterius pignorationis, si turbatus redit ad eandem causam possessionis, non patiendo se ab ea repelli.»

Et n. 9, 10, 11, ibi:

«Hæc autem interruptio non semper ex ea prohibitione pascui, et animalium expulsione causatur; sed tunc demum, quando tali casu impeditus possidere acquievit, et non reclamavit... Nec enim dicetur interrupta præscriptio per actum omnino violentum, et de facto... Quod utique persuasum habeo, quando prohibiti, durante violentia, vel metu, vel propter nimiam prohibentis potestatem querelare perhorrescunt; alias enim regulariter, quando ille, contra quem præscribitur, impedit præscribentem, quodlibet modo uti, interrumpit præscriptionem... Et ex oblatione pignoris, vel solutione pœnæ voluntaria, quod fiat interruptio, nullus ambigit. Et an quando quis vi expulsus fuit a pascuo, et in continenti possessionem recuperavit, ex

Digitized by Google

hoc interrumpatur præscriptio? Notum fecit Ulpian. in L. 17, ff. *de Vi et Vi armat.*, ibi: Qui possessionem sibi ereptum in ipso congressu recuperat, in pristinam Causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est, etc.»

Desde o n. 14 propõe Ottero esta questão: «An per acclamationem, denuntiationem, vel querelam extrajudicialem jus pascui interrumpatur? Funda a negativa até o n. 16. No n. 17 até 20 expõe rasões da affirmativa que coincidem com as dos DD. citados acima no § 49. Porém no n. 21 e seguintes segue a primeira, como mais verdadeira e recebida: «Ea tamen grano Salis temperanda, et limitanda; quod si obtentu, et intuitu extrajudicialis acclamationis probetur præscribentem, pro tunc ab usu, et possessione cessasse, interrupta profecto videbitur. Nec obstat, quod etiamsi continuet possessionem præscribens, adhuc resultat impatientia, et contrarius animus illius, qui contradixit, vel extrajudicialiter verbis inquietat. Quia respondetur quod satis videatur consentire et pati, qui nec facto se opponit possessioni expellendo armenta præscribentis à pascuo, vel pignorando, et cum possit suam querelam in judicium non deduxit,» etc.

E só o mesmo Otter., no n. 25, limita esta sua doutrina: «Quando illi, qui extrajudicialiter conqueruntur, et acclamant, sunt pauperes, et miseri homines, vel potentiam præscribentis perborrescunt, et in judicium jus suum deducere formidant; tunc enim existimo extrajudiciales acclamationes eorum ad interrumpendam servitutem, vel pascui præscriptionem sufficere, etc.

Uma similhante hypothese com Carpzov. propõe e decide Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 3, § 15, ibi:

«Casum proponit Carpzov., P. 2, Cap. 3, D. 1, in creditore, qui dum accepit annuum Censum in alio genere frugum, quam sibi debebat, et ab initio conventum fuerat, protestatur aliquando se per hanc receptionem nolle

Digitized by Google

à prima conventione frugum discedere, sed sibi, et Successoribus suis jus salvum reservare. Hæc enim protestatio extrajudicialis et denuntiatio non interrumpit præscriptionem; neque etiam inducit malam fidem, nisi simul ipsis ostenderit jura sua (Conf. § 48). Quamvis enim Contradictio moveat nobis dubitationem; per eam tamen si simplex tantum sit, non interrumpitur præscriptio», etc.

QUESTÃO VI

Se a interpellação (nos casos em que produz má fé e interrupção, ut a § 43), feita a um réu, prejudica ao co-réu, ao fiador, ao possuidor da hypotheca, ao coherdeiro, etc.

§ 52

Esta questão propõe Coccey, *Jus Controv.*; L. 41, T. 3, Q. 26 e a decide, ut ibi:

«Resp. Interpellationem Reo factam nocere *Correo* debendi, omnes consentiunt; quia omnes debent ex eadem causa, et omnium idem debitum est... Ergo *et Fidejussori:* nam fidejussor est accessio alterius, et sic indubie debitum ejus est interpellatum; quin magis idem debet, quam *Correus,* cujus prorsus distincta est obligato... Dissentiunt DD. communiter Carpzov., Dec. 34, n. 9, tum quia fidejussores non sunt correi; tum quia diversa est obligationis species, et saltem accessoria. Resp. Imo de fidejussore dubitatum non fuit ex rationibus adductis, sed de correo dubium fuit, quia hujus obligatio æque principalis, indeque plane distincta est, quæ ab altera non dependet; adeoque separata quoque ibi interpellatione opus videbatur: Justinianus autem his respondebat esse tamen unam obligationum causam, imo unum debitum.»

Nota: Quanto aos coreos debendi é clara e expressa a L. fin., Cod., *de Duob. Reis,* com a bella exposição de Brunne-

Digitized by Google

mano. E no nosso reino elles são *in solidum* obrigados ao crédor, e mutuos fiadores entre si, Lim., ad Ord., L. 4, T. 59, § 4, n. 8. Cald., *de Empt.*, Cap. 33, n. 52, Arouc. na L. 15, ff. *de Legib.*, n. 10, Peg., Tom. 4, For., Cap. 48, a n. 29, procedendo sem duvida a respeito d'elles a dita lei e a opinião de Coccey.

Quanto porém aos fiadores melhor distingue e decide a questão Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 4, a §§ 5 e 6, ibi:

«An interruptio præscriptionis contra principalem facta noceat fidejussori? Resp. Distinguendo: An ille fidejussor expresse et specifice renuntiavit beneficio excussionis, an vero simpliciter fidejussit? Vide Ord., Lib. 4, T. 59, §§ 2, 3 e 4). Priori casu negatur Quæstio: 1.°, quia civilis interruptio non operatur quoad Tertium; 2.°, ex diversitate obligationum, diversæ enim sunt hic obligationes, una inter creditorem, et debitorem; altera inter creditorem, et fidejussorem, quemadmodum autem una principalia bene subsistere potest sublata quantumvis per præscriptionem alia æque principali: ita quoque hæc principalis bene subsistere potest sublata quantumvis per præscriptionem fidejussoria; 3.°, quia mala fides, in qua constituitur debitor principalis nocere non debet fidejussori, qui bona in fide permanens præscriptionem continuavit, vitium enim, negligentia et culpa unicuique sua non alteri nocet... Et imputet sibi Creditor, cur tam negligens fuerit, debitumque non exegerit a Fidejussore, quod tamen bene potuisset facere; neque ipsi obstitisset, aliqua exceptio beneficii excussionis, cui jam antea renuntiaverat, et ita judicatum... Non obstat L. fin Cod., *de Duob. Reis;* ex qua Lege probare volunt contrariam opinionem; quia ibi extat, quod interruptio facta contra unum facta etiam censeatur contra alium: hinc concludunt, ex una interruptione omnes ad exsolutionem compelli posse. Sed respondetur concedendo quod in Correis locum habeat; ab iis tamen ad fidejussorem, et principa-

Digitized by Google

lem argumentari posse negamus: 1.°, ob diversitatem obligationum, quia specie hæ diversæ sunt, Correorum vero æquales...; 2.°, quia cessat ratio in nostro casu, qua motus Imperator in Correis hoc constituit. Ita enim inquit Imperator in d. L. fin. propterea interruptionem contra unum Correum factam nocere alteri, quod ex una stirpe, unaque fonte unus effluxit Contractus, vel debiti causa ex eadem apparuit actione. Quod de nostro Casu neutiquam asseri potest, cum altera profluat ex Contractu, altera ex fidejussione. Cessante autem ratione Legis cessat ipsa dispositio. Aliud esse si loqueremur de Confidejussoribus, et quæreremus, an interruptio facta contra unum noceat alteri? Ibi enim allegari possit d. L. fin., Cod., *de Duob. Reis;* quia hos cum Correis etiam comparat, Imperator in L. fin., Cod., *de Fidejussor.*, et deducit Hering., *de Fidejussor.*, Cap. 20, § 18, n. 15 e seqq. (adde Cancer 1, Var., Cap. 15, n. 47, in fin.), § 6. Posteriori Casu, et quando Fidejussor non renuntiavit beneficio excussionis. Affirmanda potius venit Quæstio; non quidem arg. d. L. fin. Cod., *de Duob. Reis.* Sed quod fidejussio sit accessoria obligationi principali: Ideoque, ut alias omne accessorium suum principale sequitur; ita quoque hæc eam. Et quando præscriptio eidem non tam prodest ex sua persona; quam ex persona principalis debitoris, cui alias ea nihil proficeret (si enim contra principalem esset præscripta, contra fidejussorem vero interrupta, et hic solvere teneatur, haberet fidejussor regressum ad principalem), sed in eventum adhuc solvere teneatur. Ita quoque parili ratione forte an idem dicendum esset de interruptione. Deinde, quia non potuit agere Creditor contra fidejussorem ob exceptionem excussionis ipsi obstantem; non valenti autem agere, non currit præscriptio. Denique per L. 91, §§ 3 e 4, ff. *de Verb. obl.*, quæ quidem de perpetuatione loquitur, sed quam optime ad nostrum quoque casum accommodari potest cum omnibus ejusdem rationibus. Hac nunc distinctione adhibita bene conciliari possunt quam plurimorum magnorum virorum opiniones, quæ alias sibi

Digitized by Google

contrariari videntur, etc. (sed veja-se infra, Not. ad § 55).

Nota: O contrario d'esta distincção e vice-versa, se póde ver em Cancer. 1, Var., Cap. 15, a n. 44.

§ 53

Prosegue o citado Coccey: «Idem ergo statuendum de *Possessore hypothecæ*, qui cum ipse non potuit interpellari, necessario ei nocere debet denuntiatio debitori facta, nisi possideat hypothecam, nec denuntiatio ad eum perveniat tunc enim ut bonæ fidei possessor usucapit licet debitor interpellatus sit. Conf. Mev., P. 4, Dec. 189, Gomez 2, Var., Cap. 13, n. 20, Struv., Exerc. 47, Thes. 4, Hering., *de Fidejuss.*, Cap. 20, § 18, a n. 15. Veja-se porém Cancer. 1, Var., Cap. 13, n. 48, ibi: «Interruptionem autem factam contra unum ex tertiis possessoribus, alii non nocere, est indubitatum».

§ 54

Conclue o mesmo Coccey: «Idem quoque obtinet, uno hæredum interpellato; quia et hic unum debitum et una est Causa etsi actiones divisæ sunt. Atque ita anno 1713. Facultas Viadrina respondit». Porém em contrario está Dunod, *de Præscript.*, P. 1, Cap. 9, pag. 59, ibi: «Disputa-se: se a interrupção feita com um dos coherdeiros prejudica aos outros? A negativa é fundada quando se trata de uma obrigação pessoal, porque elles não são coobrigados *Correi debendi!* Como elles não são obrigados cada um mais que pela sua parte pessoalmente, as dividas da herança se dividem *ipso jure;* e não se póde demandar a um d'elles mais que pela sua viril porção. O parlamento de Besançon o julgou assim por dois arestos... Deve-se dizer o mesmo na acção hypothecaria, aindaque o coherdeiro tenha reconhecido a divida e passado titulo novo; porque a hypotheca é divisivel; e cada um dos herdei-

Digitized by Google

ros não é obrigado mais que da sua propria detenção; e aquelle d'elles, que passa um titulo novo, não o faz senão para conservar a sua porção que é hypothecada a toda a divida.»

§ 55

Eis-aqui o que discorre e prova o mesmo Dunod a pag. 58 (na questão de que trata Coccey e de que tratámos), ibi: «Ainda que muitas pessoas gosem de uma mesma cousa *pro indiviso*, ou ellas devam uma mesma somma, a interrupção feita por ou com uma d'estas pessoas, não tem effeito a respeito das outras; a menos que se não trate de um direito individuo, como de uma servidão de um direito honorifico ou que ahi não haja uma obrigação *in solidum*. Porque um direito individuo não póde ser conservado, nem perdido em parte; e elle é solido por sua natureza. Quanto aos co-obrigados *in solidum*, elles são cauções uns dos outros, elles são associados e ligados por uma só obrigação que os faz respeitar como uma só pessoa. Ora, implica que a caução fique obrigada e que o devedor principal tenha prescripto. E como se póde exigir a divida inteira de um só, a interrupção póde fazer-se com elle por uma justa consequencia, como estando carregado do mandato dos outros. Pela rasão dos correlativos, a interrupção feita por um dos proprietarios do direito individuo, ou por um dos crédores *in solidum*, aproveita aos outros proprietarios e crédores».

§ 56

«É sem duvida (continua Dunod), que o petitorio dos interesses a um dos coherdeiros interrompe a prescripção mesma a respeito de todos os outros; porque os interesses são um accessorio que é da mesma natureza do principal.» Até aqui Dunod.

Nota: Similhantemente: «An si principalis debitor Usuras solverit, et fidejussor, vel fidejussoris hæres intra triginta an-

Digitized by Google

nos non fuerit interpellatus, hic se præscriptione tueri possit? Quod nonnulli negant ex subtili ratione, quia diversis actionibus obligantur, scilicet debitori *Conditioni certi*, fidejussor *actione ex Stipulatu;* vel ille ex mutuo, hic ex stipulatione; quia tamen ambæ actiones re ipsa ex eodem principio et fonte fluunt, et in effectu ad idem obligantur, nec ulla mora culposa penes Creditorem. Et cum ita pronuntiatum sciam in Camera Electorali, continuo hanc opinionem sequor.» Ita Brunnem. ad L. fin., Cod., *de Duob. Rig.*, n. 8. Concorda Hering., *de Fidejussor.*, Cap. 20, § 18, aonde, depois de ter provado no n. 10, que: «Si intra longissimum tempus nec debitum exactum nec usuræ quotanis solutæ fuerint, vix est, ut non sit liberatus fidejussor, vel etiam ipsius hæres, etc., prosegue no n. 12, ut ibi: «Bene autem monui huic conjecturæ tum demum locum esse si intra triginta annos (hi enim omnino requiruntur) nihil usurarum nomine à debitore, vel fidejussore sit solutum».

§ 57

«É preciso observar (adverte o mesmo Dunod, pag. 59) sobre o que vem de dizer-se que a interpellação não interrompe a prescripção a respeito dos co-obrigados, senão quando se lhe pede o todo, ou uma porção, como parte do todo; porque se se tiver pedido, por exemplo, só a quota parte d'aquelle que se tiver interpellado, se teria dividido a divida, e não haveria interrupção a respeito dos outros. *Non inspicitur enim a quo, sed quid sit petitum.*»

Nota: Quando, e em que circumstancias, pedindo o crédor a um dos co-réos in solidum obrigados parte da divida total, seja visto scindir e dividir a obrigação? Veja Iranz., *de Protest.*, Consid. 33, Coccey, *Jus. controv.*, L. 45, T. 7, Q. 14, Guerreir., For. 2, L. 8, Cap. 6, a n. 33, Altimar., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 20 e 58, Cald., *de Empt.*, C. 33, a n. 56, Gratian., *For.*, Cap. 395, e ibi de Luca Amat., *Variar.*, Resol. 70, tot., Cod. Civ. dos francezes, Art...

Digitized by Google

ARTIGO VI

Outros mais casos em que se verifica má fé e interrompe a prescripção

§ 58

«Se o devedor reconhece a divida por qualquer acto que seja; se elle paga uma parte do capital ou dos interesses atrazados sem protestação; (*a*) se elle presta caução; (*b*) se elle pede espaço para pagar; (*c*) se elle entrega ao crédor a fruição da cousa hypothecada; se elle consente que a cousa pretendida seja mettida em sequestro; em uma palavra, todas as vezes que se obra alguma cousa entre o crédor e devedor, o possuidor e o proprietario, que importe uma confissão expressa ou tacita da divida, do direito ou da propriedade; isto será uma interrupção civil convencional, que impede o curso da prescripção. (*d*) Quoties actus tacitam aut expressam, vel præsumptam juris alieni, vel debiti confessionem implicat, toties fit interruptio civilis.» Dunod, P. 1, Cap. 9, pag. 58.

(*a*) Concorda Stryk., *de Act. For.*, Sect. 3, Memb. 1, Axiom. 5 e Axiom. 7, n. 7, Constant., *ad Stat. Urb.*, Annot. 48, Art. 3, n. 193, Zacch., *de Salar.*, Q. 105, n. 54 e 55.

(*b*) Concorda Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Q. 3, § 22, e de Action., Sect. 3, Membr. 1, Ax. 7, n. 4.

(*c*) Concorda Urceol., *de Transact.*, Q. 79, a n. 31.

(*d*) Begnudell., Verb. *Mala fides*, n. 4, Vella post Tract., Decis. 3. Aindaque este reconhecimento se faça por cartas, Constantin., supra, n.º 192.

§ 58

O exposto no § precedente procede se a divida se reconhece por qualquer d'esses modos antes da prescripção estar completa; mas não se já o estava quando assim se re-

Digitized by Google

conheceu a divida. Veja-se optimamente Cancer, 1.° Var., Cap. 15, a n. 29.

ARTIGO VII

Quando provada por qualquer d'estes modos a má fé em um individuo é ou não passivamente transcendente a seus successores; e quando estes podem prescrever pelas proprias pessoas?

SECÇÃO I

Quanto aos herdeiros e successores universaes

§ 59

«Cum hæres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit. Veluti cum sciens alienum illum, illo, vel precario possedit: quanvis enim precarium hæredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur; tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem juris est, cum de longa possessione quæritur: neque enim recte defendetur, cum exordium ei bonæ fidei ratione non tueatur.» L. 11, ff. *de Divers. tempor. præscript.*

§ 60

Esta é a lei fundamental da opinião, que defende que o herdeiro d'aquelle que aliás foi possuidor de má fé não póde prescrever, aindaque a tenha boa, e aindaque ex propria persona principie a se ipso o tempo da prescripção. As rasões d'esta opinião são: 1.°, a lei mesma; 2.°, que o herdeiro representa o defeito, e por ficção é uma e a mesma pessoa, e assim como o defuncto pela sua má fé não podia prescrever, tambem não o herdeiro que, aindaque por ficção, representa a mesma pessoa; 3.°, porque o herdeiro succede nos bens com os vicios da injustiça da posse, a que elles são, e lhe passam affectos; 4.°, que o herdeiro deve exonerar a consciencia do defuncto que falleceu com retenção do alheio sem o restituir. Assim

Digitized by Google

com outros muitos DD. seguem esta opinião, e a fundamentam Vallasc., Cons. 95, n. 8, Peg., Alleg. 2, a n. 241, e Tom. 1, For., Cap. 5, pag. 418, Dunod, P., pag. 46, Struv. e Muller, Exercit. 43, Thes. 18, Coccey, *Jus Controv.*, L. 41, T. 3, Q. 20 e 21, Cyriac., Contr. 321, n. 52, Begnudell., Verb. *Mala fides*, n. 6, Altimar., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 43, Sect. 1, n. 125, Luc. Ferraris, Verb. *Præscriptio*, § 2, n. 11 e 12, Merlin., *de Pignorib.*, L. 5, Q. 21, n. 18, Luc., *ad Gratian.*, Cap. 52, sub n. 9, Antonell., *de Tempor. Legal.*, L. 2, Cap. 93, a n. 15, Lim. *ad Ord.*, L. 4, T. 79, in princ., a n. 69, e outros, com que podia encher muitas paginas.

§ 61

Só sim limitam os DD. esta opinião: 1.°, na prescripção das acções pelas particulares rasões, que exhibe Stryk., *Us. mod.*, L. 4, T. 3, § 3 e *de Actionib. forens.*, Sect. 3, Membr. 1, Axiom. 6, n, 13 e 14: «Dicendum ergo, si hæres ignoret debitum, et post mortem debitoris intra 30 annos nulla fiat interpellatio, tunc ipsum propter bonam fidem præscriptione munitum esse. Nec obest scientia defuncti; hic enim diversa ratio, quam in usucapione, seu præscriptione rerum; in hac enim res ipsa, vel ejus possessio ad hæredem pervenit, mediante qua etiam vitia possessionis translata, L. 11, Cod. *de Aquir. poss.* In actionibus vero nulla possessio rei alienæ ad hæredem devolvitur; ut hinc illa ficta malæ fidei devolutio hoc casu hic locum habere non possit». Optime Brunneman., in L. 11, ff. *de Divers. tempor. præser.*, a n. 3, Gilken., *de Præscript.*, P. 2, Membr. 1, Cap. 16, n. 31. E o Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 131, a n. 20 ad 25, ainda avança mais e defende, que por mais que o herdeiro tivesse noticia da divida; se ella se lhe não pediu por trinta annos depois da morte do defuncto, e o herdeiro podia persuadir-se por alguma racionavel crença que a tal divida estava paga; ainda com aquella sciencia, com esta crença, e com

Digitized by Google

a tão diuturna taciturnidade do crédor, póde prescrever in utroque foro. Concorda Barbos. na L. 3, Cod. *de Præscript.*

§ 62

Limitam, 2.°, a mesma opinião: «Quando sumus in præsumpta mala fide defuncti causata ab errore juris; hæc enim non nocet hæredi in præscribendo». Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2, Cap. 93, sub 16 (conf. supra, a § 36). Limitam, 3.°, «quando hæres vellet præscribere ex titulo, quem habuit a tertio, sive illum habuerit ante, mortem testatoris, sive post», Antonell., supra. Limitam 4.°, «quando hæres fecit Inventarium solemne». Se bem que contra esta 4.ª limitação se levantam o mesmo Antonell., Dunod, P. 1, Cap. 8, pag. 46, ✝ *Baldus*. Limitam, 5.°, no herdeiro do herdeiro, Ferraris, Verb. *Præscriptio*, § 2, n. 12, Barbos. e Tab., L. 11, Cap. 6, Ax. 6, ✝. *Declaratur*: Altim., Tom. 7, Q. 43, Sect. 1, n. 126, Brunneman. in Auth. *Mala fidei*, Dunod, *de Præscript., Long. temp.*, n. 6, Vazq., L. 2, *Illustr.*, Cap., 93, n. 19, Gilken., *de Praescript.*, P. 2, Membr. 1, Cap. 16, n. 48, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 43, Thes. 18, in fin.

§ 63

Em contrario: Que o herdeiro sendo de boa fé, ainda que o defunto estivesse constituido em má fé, póde ex propria persona, e pelo espaço de trinta annos prescrever não só as acções passivas e dividas que devia o defunto, mas tudo quanto elle possuia de bens alheios, e que ficaram em sua herança, o defendem com bellissimas razões Vasquez, L. 2, *Contr. Illustr.*, Cap. 73, Rub. Buxet., *de Confus. Jur.*, Cap. 23, n. 2 e 11, Sabell., § *Mala fides*, sub n. 6, Begnudell. eod. Verb., n. 6, ✝. Limita in hærede, e n. 10, Barbos. e Tabor., L. 11, Cap. 6, Ax. 6, Card. de Luc., *de Credit.*, 131, n. 20, e *de Judic.*, Disc. 21, a n. 20. Et in Conflict. Leg. et ration. Disc., 160, ibi;

Digitized by Google

«Ipsi principal debitori proprii debiti recte conscio, vel ipsi alienæ rei scienter occupatori; et usurpatori præscriptionis præsidium ratione peccati denegari per Legem Canonicam, rationabile potius, et commendatione dignum. Idem vero procedere in hærede, juxta aliquorum sensum, a quibusdam etiam magnis Tribunalibus Laudatum, irrationabilitatem redolet, quoties vera, et expressa scientia in eo quoque non verificetur; cum tunc illa cesset unica peccati ratio, cui Lex Canonica innixa est. Si etenim in ipsomet primo, qui prescriptionem cum ejus possessione inchoat, eatenus istud urget impedimentum, quatenus expressa certaque sit alieni juris scientia, et propterea præsumpta vel dubia non sufficiat. Hinc non videtur cuinam probabili fundamento istud innitatur assumptum in hærede, quem Lex ignarum præsumit, quando ex ejus possessione initium desumit præscriptionis, adeo ut illa proprii malæ fidei auctoris juvari nolit, illamque cum propria non conjungere. Unde propterea inter Legales irrationabilitates ista quoque recenseri meretur, etiamsi de primo ac immediato hærede agatur, magis vero si de ulteriori ac mediato.»

§ 64

Os DD. da primeira opinião aferrados á dita Lei 11, ff. *de Divers. tempor. præscript.*, não advertem, que no tempo dos jurisconsultos só era conhecida a prescripção de dez annos, e com titulo, e que a prescripção de trinta e quarenta annos foi posteriormente inventada pelos imperadores, e um direito novo, Gilken. *de Præscrip.*, P. 2, Membr. 1, Cap. 16, n. 34, Brunneman., in d. L. 11, n. 3, Barbos., in Rubr., Cod. *de Præscript.*, n. 23. E por isso que applicação tem a dita lei a uma prescripção de trinta annos, que o herdeiro principia a se ipso? O nosso Barbos., supra, a n. 210, se propoz discutir magistralmente esta questão. Elle distingue entre a prescripção de dez ou de vinte annos, e a de trinta ou quarenta. Na primeira admitte a primeira opinião, tanto de direito civil.

Digitized by Google

como canonico. Mas quanto á prescripção de trinta ou quarenta annos, segue e comprova a segunda opinião, ut ibi (a n. 238):

«Ulterius quæritur: utrum decisio d. C. *Cum hæres* procedat etiam in præscriptione triginta annorum, quæ eo tempore non erat cognita? Quia repræsentatio defuncti, in qua fundatur d. L. *Cum hæres* etiam in præscriptione longissimi temporis locum habet; et quia cum ibi propter malam fidem impediatur præscriptio succedit regula generalis d. Cap. fin. de Præscr... Sed verius est non procedere Jure Civili in prædicta præscriptione; quia præscriptio Jure Civili procedit cum vera mala fide L. sicut Cod. *de Præscr.* Ergo a fortiori cum ficta; neque etiam Jure Canonico, ut impedietur; quia illud jus prohibet præscriptionem interveniente vera mala fide, non vero interveniente ficta mala fide inducta per Legem... Unde Gloss. in Cap. 14, de R. J. in 6, dum dicit, quod hæres, qui est in bona fide potest præscribere, non obstante mala fide defuncti, debet intelligi de hac præscriptione Longissimi temporis, etc.»

Passa no n. 142 e seguintes a satisfazer ás objecções contrarias, ut ibi:

«Neque obstant rationes contrariæ opinionis; qui non procedunt in ficta mala fide, de qua loquitur d. L. *Cum hæres*. Plana alia est mala fides defuncti, et alia hæredis; et ut lex liget animam alicujus debet esse fundata in veritate, et non in fictione... Maxime in materia præscriptionum, in qua ideo non potest præscribi cum mala fide, quia mala fides inducit peccatum in possessore retinente rem alienam... Plane hæres, qui bona fide possidet, non potest dici retinere rem alienam cum peccato, cum putet rem esse suam; neque peccatum defuncti in hæredem transferri potest... Ac ita, cum cesset peccatum, cessat dispositio d. Cap. fin.»

Digitized by Google

E a n. 245:

«Ex quibus non constat non bene hanc materiam intellexisse Valasc., Cons. 95, n. 8, dum dicit contra conclusionem, quam defendimus esse textum d. L. *Cum hæres*, cui congrua responsio assignari non potest, cum nitetur in ea ratione generali, quod hæres succedit in omne jus defuncti, item in repræsentatione ipsius defuncti; quæ rationes in quacumque præscriptione militant. Nam imo tantum militant in præscriptione longi temporis, requirentis positive bonam fidem; et ideo illi locus non est, etiamsi adsit mala fides ficta et sine peccato. Nos agimus de præscriptione longissimi temporis, in qua non requiritur bona fides positiva, sed ea tantum, quæ excludit malam fidem inducentem peccatum. Et ideo in ea sufficit abesse veram malam fidem, ut probatum est: Igitur hoc casu tantum cum insit mala fides ficta sine peccato possessoris, illa locus erit in his terminis in utroque Jure. Item licet fingatur eadem persona cum defuncto; tamen animæ sunt diversæ. Neque peccatum unius potest ligare animam alterius... Cum enim peccatum sit voluntarium, non potest dici hæredem peccare, qui rem, quam possidet, suam esse existimat, etc.»

Depois de outras muitas mais convicções dos DD. contrarios, conclue, n. 257, que: «In præscriptione longi temporis, prout nocet ficta mala fides hæredi, a fortiori nocebit ei præsumpta mala fides defuncti: Sed in præscriptione longissimi temporis, prout non nocet ficta mala fides, neque etiam nocebit præsumpta, etc. No n. 258 incumbe ao herdeiro a prova do tempo desde a morte do defunto para prescrever ex propria persona. E finalmente desde o n. 262 passa a responder ao Cap. *fin. de Sepultur.*, e ao argumento de que o herdeiro deve exonerar a alma do defunto. N'esta mesma opinião, e que o herdeiro *ex propria persona* com boa fé prescreve por trinta annos, seguem outros mais DD. que refere Altimar., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 43, Sect. 1, n. 126. A mesma opinião se vê

Digitized by Google

seguida no Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 1, § 7, sub n. 1, e § 14.

§ 65

Figure-se que um defunto possuia alguma cousa, como a elle emprestada dada em penhor, recebida em deposito ou de arrendamento; e assim sem vicio na sua acquisição. Acha o herdeiro estes bens na sua herança; suppõe que eram do defunto, continua a possui-los como herdeiro com boa fé, e sem jamais se lhe interromper a prescripção por modo algum. A um tal herdeiro a permitte n'estes casos a L. 3, ff. *Pro hæred.*, ibi: «*Plerique putaverunt, si hæres sim, et putem rem aliquam ex hæreditate esse, quæ non sit, posse me usucapere*». Assim entendem esta L. Dunod, P. 1, Cap. 2.°, Voet., *ad Pand.*, L. 41, T. 5, n. 1, e o Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 1, § 14. Em contrario parecem a L. 2, § 1, ff. *Pro hæred.*; a L. fin. eod. tit., a L. 4, Cod., *de Præscript. long. temp.*, a L. 21, Cod., *de Adquir. possess.* E as doutrinas de Brunneman., in d. L. 3, ff. *Pro hæred.* (aonde se viu bem embaraçado na conciliação d'estas leis), Vin., ad § 7, Instit., *de Usucap.*, sub n. 5, Muller., ad Struv., Exercit. 43, Thes. 32, Stryk., *Us. mod. Pand.*, L. 41, Tit. 6, § 20, que seguiu Brunneman. e Schilter., Exerc. 45, § 64. Assentando que o herdeiro não póde n'estes casos mudar a causa de possuir pela qual possuia o defunto; que a mesma causa se lhe continua com a herança; que os bens passam ao herdeiro com o mesmo vicio. E por fim vem a dizer que a dita lei 3.ª: «*Suppleri debere ex aliis textibus: Si modo defunctus titulum specialem, et bonam fidem habuerit*». Finalmente Thomaz. in Schol., *ad Huber. in Tit.*, ff. *Pro hæred.*, et in Not. *de Us. hodiern. ad Pand.*, 16 e 41, pag. 314, diz: «*Hunc titulum (pro hærede) nunquam esse novum, sed saltem prioris continuationem*».

Digitized by Google

§ 66

Porém toda a antinomia d'estas leis salva o citado Voet., ut ibi: «Non enim adversatur, quod defunctus in vitio, et mala fide fuerit, conscientiam alienæ rei habens circa rem apud se ex causa depositi, commodati, locati, etc., existentem, adeoque non habuerit usucapiendi facultatem; hæres autem usucapere non possit quod defunctus non potuit, dum hæredi adeo obest vitium defuncti, in cujus jus omne succedit, ut ne ex proprio quidem capite usucapionem inchoare possit, aut ignoratione sua defuncti vitia excludere, § 12, Inst., *de Usucap.*, L. *Cum hæres* 11, ff. *de Divers. temp. præscr.* Non enim verum est, omnem illum, quia alienæ rei scientiam habet, etiam malæ fidei possessorem esse. Cum contra certi juris sit, illum, qui rem sibi commodatam, aut locatam, aut pignori datam, aut apud se depositam, non alio quam commodati, locati, pignoris, aut deposlti juri tenere, ac habere cupit, adeoque non tanquam suam, sed tanquam alienam, non esse malæ fidei possessorem; potiusque dici juste, quin et bona fide possidere, L. 12, § 1, ff. *de Nox. Act.*, L. 13, § 1, ff. *de Public. in rem act.*, L. 22, §§ 1 e 2, ff. *de Pignorat. act.*; ac tum demum malæ fidei possessoribus accensendum esse, cum res tales vult possidere tanquam suas et constituit non reddere, Arg., L. 3, § 18, L. 47, ff. *de Acquir. vel. amitt. possess.*, L. 12, L. 18, ff. *de vi et vi arm.* Cum ergo priore casu, quando nempe defunctus rem non aliter tenere voluit, quam ut commodatam, aut pignori datam, nullum subfuerit defuncti vitium, videri etiam nequit ullum ab eo vitium in hæredem translatum, per quod impediretur usucapio per hæredem non primitus inchoanda.

«Sed nec superioribus repugnat, quod rescriptum est, diutinam possessionem, tantum jure successionis sine justo titulo obtentam, prodesse ad præscriptionem hac sola ratione non posse, L. 4, Cod., *de Præscript. long. temp.* Id enim verissimum, cum præter diutinam posses-

Digitized by Google

sionem, solo jure successionis, sine alio titulo obtentam, insuper bona fides, et res non vitiosa aliaque vulgata requisita concurrere debeant, ut usucapio, vel præscriptio legitime impleatur; adeoque si defunctus rem mala fide possederit, sciens alienam esse, et tamen ut suam tenens, locans, pignori dans, etc., ad hæredes autem ejus deinde translata hujus rei possessio, diuturno tempore penes eum jure successionis fuerit, non potest hic diutina possessione, jure successionis obtenta, eam usucapere obstante ei nunc vitio, seu mala fide defuncti. Idemque fere applicandum L. ult., Cod., *de Usucap. pro hæred.*, in qua rescriptum, usucapio non præcedente vero titulo procedere non potest; nec prodesse, neque tenenti, neque hæredi ejus potest; nec obtentu, velut ex hæreditate esset, quod alienum fuit, domini intentio nullo temporis longi spatio absumitur. Agitur enim ibi de casu, quo defunctus in mala fide constitutus, rem alienam possidere voluit tanquam suam, et ita usucapere, ac asseritur, talem usucapionem non præcedente vero titulo procedere non posse, nec prodesse, neque tenenti, quia is justum non habebat titulum, et in mala fide erat, sciens rem ad se non pertinere, et tamen usucapere desiderans, neque hæredi ejus, utpote cui mala fides defuncti impedimento est, quo minus usucapionem ipse ordiatur; adeoque nec domini intentionem ullo temporis longi spatio absumi sub obtentu quod veluti ex hæreditate esset, id est, quasi jam a defuncto usucaptam, et per ejus obitum hæredi cum reliquis defuncti rebus quæsitum tanquam hæreditarium, quod alienum fuit, id est, nunquam defuncto per usucapionem fuit quesitum, sed propter malam defuncti fidem, titulique justi defectum alienum mansit. Non obstat denique, L. 2, § 1, ff. *Pro hæred.*, cum ibi non de successori coloni, vel commodatarii, vel depositarii, similiumque agatur; sed de ipso colono, depositario, etc.; ac asseratur, illum, ea quæ jure juste conductionis, aut depositi accepit, non posse pro hærede usucapere; idque ex eo fundamento, quia causam possessionis nemo sibi mutare potest; ut est in ipsa lege.»

Digitized by Google

§ 67

Esta opinião e conciliação de Voet. parece abraçou o Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 1, § 14, emquanto disse: «Um titulo acompanhado de circumstancias particulares é o titulo *Pro hærede*, que tem logar quando o verdadeiro herdeiro (e mesmo aquelle que se chama em direito *suus et necessarius)* acha entre os effeitos da successão uma cousa que d'ella faz uma parte, e elle comtudo a possue de boa fé como pertencente a elle; porque não se exige do herdeiro que elle saiba, em virtude de que direito o defunto tem adquirido todas as cousas que compõem a sua successão. Mas se o proprietario prova que a cousa tem sido recebida de emprestimo pelo defunto, ou que elle não a tem recebido senão como um deposito, ou emfim que elle a possuiu não em seu proprio nome, mas em nome do proprietario que a repete, o herdeiro não poderá prescrever desde o chefe e em virtude do direito do defunto (ex jure defuncti). Elle não poderá pois principiar a usucapião senão depois do tempo da addição da herança, isto é, depois que tem começado elle mesmo a possuir a cousa de boa fé».

Nota: Quidquid sit da variedade d'estas opiniões (§§ 64, 65 e 66), aindaque concedamos que o titulo *Pro hærede* não é novo, mas só continuativo do titulo do defunto. O certo é: 1.°, que as leis referidas no § 64, e oppostas á L. 3, *Pro hæred.*, só tratam da prescripção de dez annos, e como esta prescripção não procede sem titulo, o defunto não o tinha com boa fé, e o titulo *Pro hærede* não é titulo novo e diverso; por isso que muito que o herdeiro sem outro titulo não possa prescrever só por dez annos? Mas, 2.°, nada obsta a que um herdeiro de boa fé principiando a se ipso a prescripção, e possuindo por vinte annos possa prescrever as cousas que o defunto possuia emprestadas, arrendadas, penhoradas, depositadas, etc., porque esta prescripção não depende de titulo algum. Maiormente, 3.°, attendidas as rasões do Card. de Luca e de Barbosa (§§ 62 e 63), juntas ás de Voecio. Emfim, 4.°, as mesmas de Voecio corroboram a opinião de qua (§ 62), e esta é que eu sigo como mais bem fundamentada.

Digitized by Google

SECÇÃO II

Quanto aos successores particulares

§ 13

«Para completar a prescripção póde qualquer possuidor valer-se do tempo e posse do antecessor; mas se este era de má fé é preciso distinguir entre o successor por titulo universal e o successor particular. Este, quando elle tivesse succedido por titulo lucrativo como legado ou doação, não padece a má fé de seu auctor, e póde começar a prescrever por si mesmo se elle está em boa fé. A rasão é porque elle usa do seu proprio direito, *sua fide nititur;* elle não representa a pessoa de quem lhe proveiu a cousa; e má fé é um vicio pessoal que não passa de uma pessoa a outra.

«Segundo o antigo direito, o que adquire com boa fé prescreve por dez annos entre presentes e vinte entre absentes em todas as materias indistinctamente; ou a questão seja de alienação de bens de raiz ou de hypothecas, e aindaque seu auctor fosse de má fé. Mas este direito tem sido mudado em parte pela novella 116, Cap. 7, d'onde foi tirada a Auth. *Malæ fidei,* Cod., *de Præscript. long. temp.,* que decide que se se trata de um bem immovel alienado por um possuidor de má fé, o adquirente immediato não póde prescrever senão por trinta annos, a menos que o proprietario não tenha sabido da alienação. No resto subsiste o antigo direito, e o direito canonico nada tem de contrario ao civil, no que respeita á prescripção do successor por titulo particular que começa a prescrever por si mesmo», Dunod, *Trait. des prescript.,* P. 1, Cap. 8, pag. 45, Gabr. Pereira, Decis. 15, a n. 8, Brunneman. in d. Auth., *Malæ fidei,* a n. 1, Vin., ad § 8, Instit., *de Usucap.*, Struv. e Mull., Exerc. 43, Thes. 18.

Digitized by Google

§ 69

Não procede porém a dita authentica mais que na prescripção do dominio, e não tem logar na prescripção da acção hypothecaria, a qual prescreve com titulo por dez annos entre presentes e vinte entre absentes; ainda que o terceiro comprasse a cousa hypothecada ao possuidor de má fé, Gilken., *de Præscript.*, P. 2, Membr. 1, Cap. 16, n. 18, Brunneman., supra. Concorda a indistincta generalidade da nossa Ord., L. 4, T. 3, § 1. Tambem não procede no segundo ou terceiro comprador, que adquiriu a cousa do primeiro, que aliás era possuidor de boa fé, porque este segundo ou terceiro, tendo-a boa podem prescrever pelo tempo ordinario; e ainda o primeiro comprador de boa fé que comprou ao possuidor de má fé, quando o verdadeiro senhor a quem pertencia a cousa não ignorava aquellas adquisições, DD. citados, no § 67.

Nota: Em Pereira, Decis. 15, sub n. 10. ℣. *Quibus tamen*, ℣. se vê julgado ao segundo comprador que comprou ao primeiro, que havia comprado a cousa com lesão enormissima, e assim com má fé valeu a prescripção de dez annos com boa fé da sua parte.

§ 70

Se porém a primeira compra foi nulla pelo defeito de pagamento de siza, não póde o segundo comprador valer-se de outra prescripção que não seja a de trinta annos, Peg. 3, For., Cap. 23, a n. 132.

§ 71

Se uma communidade tem sido possuidora de má fé, a opinião commum é que a prescripção póde começar depois que todos os membros d'esta communidade, que tinham parte na má fé, são mortos ou reputados taes. Fachineo é de voto contrario; porque é sempre o mesmo

Digitized by Google

corpo o que possue sem alguma mudança por titulo, nem posse que elle é composto de successores, como o era dos que têem possuido e que não têem podido prescrever. Deve-se julgar segundo Fachineo como do herdeiro, que não prescreve em similhante circumstancia, aindaque não tenha uma fé real, e a do seu auctor não o affecta mais que por ficção. Mas a comparação do herdeiro não parece justa, e faz-se uma mudança pela ignorancia dos successores, que não representam pelas suas pessoas aquelles que os têem precedido, e são capazes de prescrever». Assim Dunod, P. 1, Cap. 8, pag. 49. E alem dos DD. que refere pela mesma opinião commum, que segue contra Fachineo, está Pedro Barbosa no L. 76, ff. *de Judic.*, n. 35 e 36, ibi: «Qua ratione, si Populus aliquid occupavit mala fide, quamdiu aliquis superest ex eis qui malam fidem habuit, non procedet præscriptio: Sed illis omnibus extinctis, incipiet currere præscriptio, quia mala fides propria respicit animam, et ideo Populus, qui successit, non censetur esse in mala fide; quia licet idem Populus sit, tamen non habet eandem animam, et consequenter neque eandem malam fidem, etc.

§ 72

Quanto ao successor no officio, prelatura ou dignidade, aindaque o antecessor fosse possuidor de má fé, elle com a boa póde prescrever, principiando e completando a prescripção a se ipso, sem accessão do tempo do antecessor, Sabell., § *Mala fides,* sub n. 3, Luc. Ferraris, verbo *Præscriptio,* § 2, n. 14, Anaclet., *ad Decret.,* L. 2, Tit. 26, n. 140, Pirhing., ibidem, n. 72, Antonell., *de Temp. Legal.,* L. 2, Cap. 93, n. 27.

Digitized by Google

ARTIGO VIII

Se a boa fé positiva é necessaria na prescripção das acções pessoaes, e se póde proceder á de trinta annos com sciencia da divida?

§ 73

«O que se tem dito até o presente (discorre Dunod, P. 1, Cap. 8, pag. 44) convem particularmente á prescripção que é fundada sobre o facto de um possuidor. Não ha porém regra e rasão differente para aquella que se adquire sem posse, e pela negligencia da parte interessada? N'este caso das acções pessoaes não se tem jamais respeito na pratica ao conhecimento do devedor que sabe que elle é sempre obrigado. D'onde é preciso concluir, ou que se não julga em má fé, ou que a má fé não impede o curso da prescripção n'este caso.

Parece que os canones não são aqui applicaveis, e que elles não fallam mais que da prescripção que se adquire pela posse. Ora aquelle que se desencarrega pela prescripção de uma acção pessoal nada possue; elle não retem os bens de outro; elle portando-se na inacção, nada obra que lhe possa ser imputado a peccado, porque nem sempre é peccado não pagar algum as suas dividas; muitas vezes se está em estado de não as poder pagar. A lei desobriga ella mesma ao devedor, em limitando a duração da acção, que ella aniquila depois do tempo que ella tem determinado. Aquelle que n'este tempo não a exercita, a perde por culpa, ou é julgado remitti-la.

«Oppõe-se que os canones se explicam em termos geraes, que comprehendem todas as especies de prescripção. Nulla valeat absque bona fide præscriptio. Mas alem de que é uma questão de saber se aquelle que não paga o que deve, está em má fé, os termos geraes do canon são restrictos por outros subsequentes. Unde oportet, ut in nulla temporis parte, rei habeat scientiam alienæ, que

Digitized by Google

não podem ser entendidos mais que da detenção dos bens alheios, e por outros capitulos que não fallam mais que do possuidor e da posse de má fé (Conf. § 4).

«Dumoulin reprehende Alexandre de ter dito que o devedor está em má fé. Male consuluit Alexander; est enim veritas, quod sola scientia debiti non inducit malam fidem, nec impedit præscribi. Sed sola positiva mala fides debitoris, utpote quia celat debitum, vel continuata gratia creditoris, expressam vel tacitam recognitionem implicans (Conf. § 57). É preciso pois algum facto da parte do devedor que o faça culpavel de dolo, ou de tergiversação para o impedir de prescrever (Conf. § 45). Fóra d'este caso é uma opinião commum, que elle não está em má fé. Covarruvias cita auctores, que a têem, e diz que elles asseguram que ella é seguida na pratica.» Até aqui Dunod.

A mesma opinião defendeu larga e magistralmente Henrique Coccey, Vol. 1, Disp. 91 e 92, respondendo a todas as objecções; e é seguido por Thomaz, *ad Pand.*, L. 41, T. 3, pag. 313, pelo nosso Mello Freire, L. 3, Tit. § , pelo additor de Ferraris, Verb. *Præscriptio*, Art. 2, n. 3, e por Boehmer., ás Decretal., L. 2, Tit. 26, a § 66, ibi:

«Neque malæ fidei definitio eis applicari potest, qui aliquid de suo debent, non vero rem alienam possident; alioquin dicendum foret, omnes omnino homines esse in mala fide, quia vix ullus reperitur qui non de suo aliquid debeat. Audio quidem objectionem: Aliud esse debere, et aliud æs alienum solvere nolle: illi notam malæ fidei adspergi non posse, bene tamen huic, quum sciat se debere, et tamen solvere differat. Verum, qui non solvit, aut interpellatus est ad solvendum, aut non. Priori casu præscriptionem interruptam esse concedo, quia negligens dici nequit, qui interpellavit debitorem. Sistitur hoc casu cursus præscriptionis, non quod per interpellationem mala fides proprie inducta sit, sed quod præscriptio fuerit interrupta. Cæterum, si non insistitur interpellationi post interpellationem de novo currere incipit, et perficitur præ-

Digitized by Google

scriptio, uti optime observavit Cocceyus... Quod si dicamus per interpellationem malam fidem inductam esse, nullo tempore deinceps posset perfici præscriptio, quod tamen ex definitione malæ fidei elici nequit. Posteriori casu nullum plane indicium malæ fidei apparet, quum nequidem debitor solvere cogatur qui haud interpellatur; imo qui tanto tempore haud exigit debitum, juste existimari potest debitum remisisse».

Seguem a mesma opinião, Papon..., Paul. de Castr., Lamb. Goris, Guid Pap., Marta, Chassanaeo, Cancerio, Wezembech., Coler., Hartman., Pist., Dan., Moller., Thesaur., e outros que refére o mesmo Coccey, Disp. 91, Sect. 3, § 6. Com outros mais Barbos., Tabor., L. 11, Cap. 6, Axiom. 5, v. *Declara*, Schilter., Exerc. 45, § 48, Carleval., *de Judic.*, Tit. 3, Disp. 4, n. 2, Zanger., *de Except.*, L. 3, Cap. 10, a n. 106; e finalmente o grande canonista Rieger, P. 2, § 1160 et 1161, ibi:

«Hæc de præscriptione adquisitiva. Extinctivæ enim fundamentum est negligentia ejus, qui cum potuisset intra tempus Lege definitum jus suum persequi, eo usus non est. Quare exceptione repellitur si experiri contendat tempore legitimo jam elapso. Inde est, quod debitum indefinite contractum longissimi temporis præscriptione extinctum esse censeri debeat. Si enim, ut supponitur, nullus solutioni debiti terminus fuerit præfinitus, debitor nunquam interpellatus eam differendo culpa vacat, ut adeo creditor sibi imputare debeat quod tempore Legali debitorem suum interpellare, vel actionem contra illum instituere neglexerit. Licet enim debitor sciat, se ad solutionem esse obstrictum; hæc tamen scientia juris alieni non involvit peccatum injustitiæ, quod ab omni præscriptione abesse vult. Cap. ult. de Præscript.: Confundi autem minime debet scientia juris alieni cum scientia rei alienæ, quæ sine ulla mora vero domino restituenda est. Vid. P. Placid., Boeckn., in P. 1, Diss. 3, Art. 2, etc.»

A mesma opinião se vê abraçada pelo Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 2, Art. 2, §§ 32 e 34, junto o § 9, in fin.

Digitized by Google

Conf. Scop., ad Gratian., Dec. 4, n. 13, Harprectr., Disp. 71, a n. 408, aonde expõe bellissimas rasões, dignas de serem ponderadas: e agora pelo Cod. Civ. da França, Art. 2241.

§ 74

Em contrario pelejam Barbos. na L. 3, Cod. *de Præscript.*, a n. 37, Struv. et Muller., Exerc. 43, *Thes.* 21, Lynker, Dissert. de *Bona fide in Præscript.*, Thes. 24 et seqq., Brunneman., na L. 1, n. 12, Cod. *de Præscript.* triginta *vel* quadraginta *Annor.*, Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 131, n. 13 e 14. Com outros Stryk., *Us. mod.*, L. 44, T. 3, §§ 2 e 3, et *de Action. Forens.*, Sec. 3, Membr., 1, Axiom. 6, aonde attesta que esta opinião é a mais segura e seguida, ut ibi.

«Quamvis Jus Romanum in actionibus præscribendis solum temporis lapsum, et interea admissam negligentiam attendat, bonam fide vero nullibi exigat, quod etiam non pauci DD. adhuc hodie in præscriptionibus actionum obtinere volunt... Verum postquam semel in praxi recepta est generalis decisio juris canonici in omni præscriptione bonam fidem exigentis, non video rationem, quare illi, qui scit, se mihi debere, sed me tacente, imo forte ignorante, per triginta annos studio differt solutionem, adeo favendum, ut scienter pecuniam meam lucrari possit, quod sane non minus peccatum involvit, quam si ædes meas scienter per decem annos usucapere vellet. Et quamvis hic urgeat Carleval, Tit. 3, Disp. 4, n. 2; ea propter malam fidem huic præscriptioni non obstare, quia nihil alienum acquiritur, sed negligenti tantum pœna dictatur. Respondeo, quanvis res mea in specie hic non adsit, adest tamen in genere; æs enim non alienum, sed meum est, quod alius mihi debet, L. 213, § 1, ff. de V. S. Et ita in præscriptione actionum bonam fidem necessariam esse dicunt Balb.... Carpzov.... Balthasar.... Brunneman., Coler.... Quam sententiam quoque facultas Juridica Franco furtana in pronuntiando sequitur... Pari modo in collegio ju-

Digitized by Google

risconsultorum Witteb. pronuntiatur, uti aliquoties factum memini. Et hanc sententiam pietati, et bonis moribus convenientiorem dicit Mev., P. 4, Dec. 233, n. 4.

«Exempla: Ex hoc sequitur, debitorem ipsum etiam per quadraginta vel quinquaginta annos non interpellatum, non posse opponere mihi præscriptionem, cum sciat se esse meum debitorem, et ita sit in mala fide. Quamvis autem Carpzov., Lib. 1, Resp. 33, n. 12, velit bonam fidem hic non nimis vigorose exigendam esse, sed ex Lapsu triginta annorum eam esse præsumendam; attamen hoc non ulterius admittere possum, quam si de alieno facto quæstio sit, proprii enim facti ignorantia probabilis non est, cum nemo ignorare possit se esse debitorem, præsertim si notabilis aliqua quantitas sit. Aliud exemplum est in conductore, qui propter malam fidem actioni locati nec quadraginta annis præscribere potest, L. 2, Cod. *de Præscr. triginta annor.*: Simile exemplum in Emphyteuta, etc.»

Outras rasões d'esta segunda opinião, e resposta ás da contraria se podem ver no nosso Pedro Barbos., na L. 3, Cod. *de Præscript.*, desde o n. 38 até o n. 61; que, quanto a mim, não satisfazem as da primeira opinião. Desde o n. 61 se propõem varias conciliações; mas sempre vem a ficar no mesmo, até que no n. 88, 89 e 90 e lembrado da L. do Senhor D. João III, já acima referida no § 2, vem a concluir, ut ibi:

«In regno autem Portugaliæ omnia supra tradita inveniuntur expresse approbata in L. 1, Tit. 1, Lib. 6, extravag., emendans Ord., Lib. 4, Tit. 80; et hodie, Lib. 4, Tit. 79, in princ. novæ recopilat., disponit hodie non præscribi actiones personales nisi spatio triginta annorum, ut jure communi erat constitutum per hanc L. 3, Cod. *de Præscript.*, et L. 2, *de Constit. pecun.* Item addit, quod præscriptio procedat, data bona fide debitoris præscribentis, alias nullo tempore præscribet, etc.» A mesma opinião defende largamente Pecch., *de Aquæd.*, L. 3, Cap. 13, Q. 7, a n. 29.

Digitized by Google

§ 75

Se n'esta variedade me é licito interpor o meu sentimento e interpretar as nossas leis patrias já referidas nos §§ 2 e 30, e conciliadas com os textos do direito canonico transcriptos, § 3, que quanto a necessidade da boa fé foram a fonte da L. do Senhor D. João III, ingerida na compillação Filippina, discorro assim:

1.° É certo que os textos do direito canonico manifestamente suppozeram uma retenção de cousa *alheia* com má fé do possuidor (§ 4). Assim mesmo se vêem concebidas as palavras da dita lei, ibi: «Seria causa de reterem *o alheio indevidamente,* e lhes daria occasião de peccarem». Ord., L. 4, T. 79, in princip. ibi: «por se não dar occasião de peccar *tendo o alheio indevidamente*». A questão pois se reduz a apurar, se o devedor, que sabe dever uma divida e não a paga emquanto não é interpellado, *retem o alheio indevidamente e com peccado?* Esta é a questão incidente, de que depende a resolução da principal: Aqui é que os DD. de uma e outra opinião exhibem diversos raciocinios. A lei 213, § 1, nas palavras: «*Æs alienum est, quod nos aliis debemus: æs suum est quod alii nobis debent*», parece fundamenta a segunda opinião, julgando-se ser alheia e propria do credor a divida que o devedor lhe deve. Acresce, que os direitos e acções são como uma terceira especie de que qualquer tem o dominio, e em que se lhe póde como seus fazer penhora, para com elles se fazer pagamento a seus crédores, L. de 20 de junho de 1774, § 27. Logo o devedor emquanto não paga a divida retem o alheio e o possue. Logo n'elle se verificam as palavras dos canones e as das nossas leis já referidas. Mas esta retenção, esta inacção de pagar a divida não é em si peccaminosa, se se não prefiniu tempo para a satistação; se a cousa não era furtiva; se no crédor não havia temor reverencial que o cohibisse pedir a divida, Ferrar., verbo *Solutio,* a n. 25 et 29. Logo faltando no devedor o peccado emquanto não é interpellado, nada ha que obste ao

Digitized by Google

curso da prescripção com o tempo. Pede-se-lhe a divida passados os trinta annos: parece que, negando-a, então é que principia a peccar (não tendo peccado antes). Mas quando assim depois de trinta annos a nega, já tem obrigado a lei por si mesma, castigando a omissão do crédor; e o devedor, que nos trinta annos nunca esteve em peccado, fica protegido então com a lei, que tem poder de adjudicar dominios e castigar negligencias. Podem acrescentar-se outras e genuinas rasões de Coccey, d. Disp. 91 e 92, que não tem facil resposta, nem as de Pedro Barbosa lhe satisfazem: e portanto o meu arbitrio não deixa de propender pela primeira opinião, ainda assim abstractamente considerada nos simples termos de uma inacção do crédor, sciente do seu credito, sem interpellar o devedor por mais de trinta annos.

§ 76

Discorro e concilio, 2.°, se o devedor teve alguma justa rasão de se persuadir que o crédor lhe remittia a divida; ou porque o crédor era muito opulento e o devedor pobre, seu compadre e favorecido, ou porque o devedor fez ao crédor alguns obsequios e serviços remuneraveis, ainda que não equivalentes á divida, sem que jamais o crédor lh'os pagasse nem interpellasse; ou porque entre o crédor e devedor houve alguma alliança proxima de casamentos; ou porque o crédor perdoava os seus creditos a outros menos benemeritos, etc. N'estes e similhantes casos, *arbitrio Judicis*, já não póde considerar-se o devedor em uma positiva má fé, mas em uma crença racionavel de remissão de boa fé, tanto mais augmentada com o tempo quanto continuava a successiva taciturnidade do crédor. E como não é necessaria uma positiva boa fé, e basta qualquer duvida quando assim passam os trinta annos, já não póde deixar de se proteger o devedor com a prescripção. Videndus Scop., ad Gratian., Dec. 4, a n. 13 e 16, com os mais DD. da primeira opinião.

Digitized by Google

§ 77

Discorro, 3.º, que se um herdeiro, que herdou a herança do defunto; v. g., ha dez ou vinte annos, sem terem passado os trinta pelos quaes *ex propria persona*, com boa fé e sem accessão do tempo do defunto póde prescrever (§ 60), tem justas rasões para se persuadir que o defunto havia satisfeito a divida, por se terem verificado em vida d'elle algumas presumpções da solução, obram então estas presumpções, ou de per si ou juntas com a prescripção, Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 131, a n. 21.

Nota: As presumpções da solução se acham recapituladas *ex professo* por Harprectr., Disp. 64, *De solutione conjecturata*. As differenças entre a solução conjecturada e a prescripção, expoz o mesmo Harprect., Disp. 65.

ARTIGO IX

Se o pacto de retrovendendo ou a faculdade de remir prescreve com má fé do comprador?

§ 78

Ou seja o pacto de retrovendendo simplesmente estipulado sem limitação de tempo, ou seja revestido e roborado com as clausulas denotantes de perpetuidade; v. g., *sempre*, todas as vezes que quizer remir *em qualquer tempo*, em todo o tempo, etc.; é esta questão das mais controversas em direito, já pela variedade de opiniões, já pela contradicção de arestos por uma e outra parte; muitos e graves DD. perplexos e embaraçados romperam em dizer que precisa de uma real decisão, como com elles diz Cortead., Decis. 149, n. 46, Altimar., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 14, n. 3.

Digitized by Google

Quanto ao caso em que o pacto é revestido com clausulas de perpetuidade

§ 79

Que contra a faculdade de remir competente ao vendedor e seus herdeiros, nunca póde prescrever o comprador nem os seus herdeiros, o seguem por melhor opinião com outros muitos DD. Cortead., Dec. 149, n. 49, Altimar., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 14, a n. 5, com Vallasc., Fachin., Cassan., Cancer., Gomes e outros até o n. de 30, o nosso Guerra, ad Ord., pag. 355, com outros innumeraveis, Berlich., P. 2, Concl. 2, a n. 80, Balmased., *de Collect.*, Q. 84, a n. 5, Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, Cap. 8, § 57, *et de Succession. ab intestat.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 51, Struv. e Muller, Exerc. 23, Thes. 42, Fontanell., Dec. 76 e seguintes; largamente sobre todos Caldas na L. *Si curatorem,* verbo *Sua facilitate,* a n. 71, aonde firma admiravelmente esta opinião e responde a tudo em contrario. Adde Joan. Frider., Rhet., inter opera Stryk., Vol. 10, Disp. 17, Cap. 11, n. 4, Cost., *de Privil. Creditor.*, Reg. 1, Ampl. 2, a n. 91, aonde expõe algumas rasões abaixo substanciadas.

§ 80

Fundam-se estes DD.: 1.°, que o comprador, tendo em seu poder o titulo da compra com o referido pacto, está constituido em má fé impeditiva de toda a prescripção; 2.°, na generalidade da nossa Ord., L. 4, T. 4, in princ., maxime in verbis ibi: «Até tempo certo ou quando quizesse... tal avença... vale, etc.; 3.°, na L. 2, Cod., *de Pact. inter empt. et vendit.*, que parece admitte n'este caso o distrate em todo o tempo, *ut contractus fides servetur,* etc., e na L. 31, § 20, in med., ibi: «Si vero convenerit ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere, etc.»; 4.°, por força do pacto convencionado, de

Digitized by Google

fórma que, oppondo o crédor a prescripção de trinta annos, podem o vendedor ou os seus herdeiros oppor replica do pacto convencionado e do dolo; 5.°, porque taes palavras denotantes de perpetuidade, nunca se devem suppor frustratorias sem força e ministerio de obrar mais alguma cousa; 6.°, porque é visto o comprador renunciar a prescripção que muitos DD. suppõem ser renunciavel; 7.°, (acrescenta Fontanell., Dec. 77, n. 6, e Cald. S.ª, sub n. 81, v. *Animadverto),* que em rasão do dito pacto sempre se vende a cousa por menos a terça ou quarta parte da seu justo valor; e verosimilmente não venderia com este rebate o vendedor, se não tivesse as vistas na perpetua liberdade de remir; 8.°, que o direito de remir competente ao vendedor é de mera faculdade; dependente do seu arbitrio, que não admitte prescripção.

§ 81

Esta opinião tem sido seguida em muitos tribunaes da Europa; em Catalunha por muitas decisões que referem Cancer. 1, Var., Cap. 13, a n. 51, Fontanell., Decis. 75 e 77, Cortead., Decis. 149, n. 50. Na camara imperial, no senado aquense, em Napoles; em Sicilia, em Aragão, em Castella; no parlamento de Borgonha, como referem os DD. citados pelo mesmo Cortead., sub n. 50; na Saxonia em Piemonte, em Antuerpia, como refere o citado Muller, ad Struv., Tom. 3, pag. 1549, Col. 2.

§ 82

Tambem esta opinião não é destituida de auctoridade de leis das nações, porque o tal pacto, quando assim é revestido de palavras significantes de perpetuidade, é imprescriptivel na Sicilia por uma lei que refere Amat. Variar., Resol. 19, n. 6, e no eleitorado da Saxonia por outra que refere Berlich., P. 2, Concl. 2, n. 82.

Digitized by Google

§ 83

Limitam porém alguns dos citados DD. esta opinião: 1.°, quando o pacto de retrovendendo não foi contemporaneo e complicado com a venda, mas estipulado depois e ex intervallo; 2.°, se interpellando o vendedor ao comprador que aceitasse a remissão e distrate, e recusando o comprador aceita-lo acquiescesse o vendedor e passassem depois trinta annos, sem mais o vendedor tornar a offerecer a remissão; 3.°, em favor do terceiro possuidor que adquirin com boa fé a cousa affecta ao mesmo pacto, Altimar., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 14, a n. 7, e com muitos DD. Cortead., Decis. 149, a n. 52, id. Altim., Tom. 7, *de Nullit.*, Q. 43, a n. 378, Antonell., *de Temp. Leg.*, L. 2, Cap. 89, n. 3.

§ 84

Pelo contrario que o pacto de remir, aindaque formalisado com taes palavras que denotem perpetuidade, prescreve por trinta annos, defendem e seguem Gracian., For., Cap. 2, Barbos., na L. 2, Cod., *de Pact. int. empt.*, n. 19, Barbos. á Ord., L. 4, T. 4, in princ., n. 4, Fabr., in Cod., L. 7, Tit. 13, Defin. 3, Portug., *de Donat.*, L. 3, Cap. 43, n. 61; largamente Hontalb., *de Jur. Superv.*, Tom. 2, Q. 17, aonde satisfaz ás objecções contrarias, Dunod., *Traité des prœscriptions*, Part. 1, Cap. 12, pag. 91 e 92, Ansald., *de Commerc.*, Disc. 57, a n. 30, Leyzer, *Jus Georg.*, L. 1, Cap. 41, n. 14 e 29, Perez, in Cod., L. 4, T. 54, n. 22, Scop., ad Gratian., Decis. 4, a n. 18, latissime Hodiern., ad Surd., Decis. 2, Menoch., Cons. 201, e outros innumeraveis que referem Cortead., supra, n. 47, Berlich. S.ª, n. 80, Altimar., n. 4, e Guerra á Ord., pag. 356, Col. 2, e pag. 357 e 358. Segue a mesma opinião Conciol., *ad Statut. Eug.*, L. 2, Rubr. 52, n. 10, Vienn., *Sellectar.*, L. 2, Cap. 6, Card. de Luc., *de Empt.*, Disc. 7, n. 5, Antonell., *de Temp. Leg.*, L. 2, Cap. 89, Hermosilh., Gloss. 1, L. 42, Tit. 5, P. 5, a n. 8, pag. 647.

Digitized by Google

Por esta opinião refere outros muitos Altim., Tom. 7, Q. 43, n. 367.

§ 85

Funda-se esta opinião: 1.°, que o pacto de remir só produz uma acção pessoal, que prescreve por trinta annos, L. 3, Cod., *de Præscript. triginta annos;* 2.°, que o comprador só é obrigado retrovender quando se lhe offereça e deposite o preço; entretanto que pelo vendedor não é interpellado esta com o dominio da cousa; e na crença de que o vendedor não quer remir e que lhe vae remittindo a faculdade, augmentando com o tempo mesmo a boa fé; e só se constitue na má depois da interpellação para aceitar o distrate; 3.°, que a faculdade de remir não é uma faculdade natural, imprescriptivel, mas uma faculdade civil sujeita a prescripção, bem como é prescriptivel a addição da herança; 4.°, o comprador não trata de prescrever cousa que possua do vendedor, porque pela compra adquiriu o dominio, só trata de excluir ao vendedor que não exercitou sua acção durante trinta annos; 5.°, que aquellas palavras *Em todo o tempo* e similhantes se restringem a trinta annos, maxime para que o dominio das cousas não esteja sempre incerto e contingente, etc. Estas e outras rasões se podem ver em Barbosa, na L. 7, Cod., *de Præscript.*, a n. 83, Scopp., ad Gratian., Obs. 4, a n. 18, Card. de Luc., *de Servit.*, Disc. 87, Dunod, supra, e mais largamente em Hontalb., *de Jur. Superven.*, Tom. 2, Q. 17, a n. 19, e Fabr., *de Error. Pragmatic.*, Decad. 25, Error. 1, Tot. Vin. S.ª, Leyser, Jus Georg., L. 1, Cap. 41, n. 29. Acrescento, 6.°, que, conforme a melhor opinião, não póde renunciar-se a prescripção, Dunod, P. 1, Cap. 14, pag. 3 e 112 (quidquid dicant alii). Consequentemente essas palavras *Em todo o tempo* não podem sortir effeito de renuncia de prescripção, Hermosilh. S.ª, n. 24.

Digitized by Google

§ 86

Esta segunda opinião é seguida na curia romana; em toda a França, em Saboia, em Mantua, como attestam os DD. referidos por Cortead., Dec. 149, n. 48, especialmente da curia romana o attesta tambem o Card. de Luc., *de Servit.*, Disc. 87. N'este reino tenho visto julgar com variedade, já por uma já por outra opinião. Em Castella é constantemente recebida, Hontalb., n. 17, Faria, *ad Covarruv.*, L. 1, Var., Cap. 9, n. 9 e 36.

§ 87

A mesma segunda opinião é seguida em Castella, como comprehendida na generalidade da L. 63, Taur., Hontalb., supra, n. 13. Ella foi adoptada modernamente no Cod. de Sardenha, L. 5, T. 18, § 4, e no Cod. Freder., P. 2, L. 3, T. 5, Art. 2, sub § 37, in fin.

Nota: Em tanta variedade de opiniões, rasões de uma e outra, arestos e legislações parece póde seguir-se ainda in judicando qualquer das duas. Se se faz parallelo dos fundamentos da primeira que larga e magistralmente estofou o citado Caldas, com os que pela segunda ponderaram Hontalb. e Fabro; parece prevalecem os da segunda, maxime abonados com a moderna legislação de Sardenha e Prussia. Muito mais seguida a opinião, de qua a § 16, que admitte prescripção com duvida. Muito mais seguida a outra, de qua a § 72, que admitte prescripção das acções por trinta annos, independente de boa fé, com as reflexões que expuz desde o § 74; muito mais attendidos uns raciocinios de Fabro, que parecem não ter resposta: *Tu cogita.*

Digitized by Google

Quanto ao caso em que a faculdade de remir é simples sem palavras que denotem perpetuidade

§ 88

N'este caso assentam constantemente Hontalb. S.ª, n. 12, com Pedro Barbosa, Hermosilha, Agostinho Barbosa, Faria e Antonio Fabro, que procede a prescripção de trinta annos; a mesma opinião seguem Zoez., *de Retract.*, n. 32, Struv., Exerc. 43, Thes. 3, idem Stryk. *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 8, § 57, Altimar, ad Rovit., L. 2, Obs. 14, n. 9, referindo outros: Como sequazes d'esta opinião refere Cortead., Dec. 149, n. 43 et 44, a Tiraquello, Cagnolo, Trentacinquio, Hermozilha, Barbosa, Covarruvias, Faria, Azevedo, Rodrigo, Castro Paláo, Thoro, Menochio, Mantica. Esta mesma opinião n'este caso defende com bellas rasões, e muitos DD. A Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 1, Ampl. 2, a n. 88.

§ 89

Em contrario n'este mesmo caso refere o mesmo Corteada, n. 45, e segue a Gomez 2, Var., Cap. 2, n. 28, Molin., *de Inst. Trulenk.* Luc. *ad Gratian.*, Fontanell. e outros; attestando que esta opinião se segue em Catalunha, cujos arestos refere no n. 50, e em Aragão. A mesma opinião segue Muller, *ad Struv.*, Exercit. 23, Thes. 42, pag. 1549, Col. 1, in fin. e Col. 2, referindo DD. que a attestam seguida nos tribunaes da camara imperial, do eleitorado da Saxonia e de Piemonte. A mesma opinião segue Cresp., Obs. 116, a n. 23, attestando ser recebida nos senados de Dolano, de Valença, e em outros, e referindo uma constituição de Aragão.

N'esta collisão de opiniões parece-me que a primeira é a que se deve seguir, porque n'ella com mais propriedade (e quando o pacto se não reveste com clausulas que denotam

Digitized by Google

perpetuidade) se verificam as rasões expostas no § 84 e na nota ao § 86, e a moderna legislação referida no dito § 86, que propriamente adoptou a primeira d'estas opiniões, e cessam n'este caso as rasões expostas no § 79, relativas ao caso em que o pacto é revestido de palavras que induzem perpetuidade.

Casos em que mais indubitavelmente não prescreve a faculdade de remir

§ 90

Primeiro caso: Não ha prescripção que obste á remissão dos censos, quando elles pelo primordial contrato se constituiram remiveis, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 142, pag. 1549, Col. 2, Covarruv., L. 1, Var., Cap. 9, n. 8, et ibi Faria, n. 52, et 53, Rodericus, *de Ann. reddit.*, L. 1, Q. 17, n. 76, Cens., *de Cens.*, P. 2, Q. 1 et Q. 3, art. 7, Fontanell., Decis. 77, a n. 17, Cortead., Decis. 1:495, n. 5, optime Dunod, P. 1, C. 12, pag. 93, ☞. *Aussi*, Altimar., Tom. 7, Q. 43, n. 376, ☞ *vel in Contractu Census*, Balmased., *de Collect.*, Q. 84, n. 7.

Nota: Se não apparecendo o original contrato se presumem remiveis ou perpetuos? Vej. Pinheiro, *de Cens.*, Disp. 1, n. 5, in fin., Guerreiro, Q. 80, n. 36, Roderic. *de Reddit.*, L. 1, Q. 15, n. 48, de Luc., in Mantiss., L. 4, Dec. 9, n. 11, Constantin., Decis. 67, n. 12, Dunod, *de Prœscript.* P. 3, Cap. 7, pag. 304, ☞. *On demande.*

§ 91

Segundo caso: Quando a venda, com o pacto de retrovendendo se convence usuraria e pignoraticia ou lesiva, porque não póde haver prescripção, que sustente a usura, e em todo o tempo póde remir-se, Jul. Capon., Controv. 59, n. 9, Cortead., Decis. 149, n. 32, Tiraq., *de Retract., Conv.*, § 1, Gloss. 2, n. 55, Cancer. 1, Var., Cap. 13, n. 53, ☞. *Quod intellige*, Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 41, n. 40,

Digitized by Google

Card., Luc., *de Servitut.*, Disc. 87, n. 4, Berlich., P. 2, Concl. 2, n. 95, Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2, Cap. 89, n. 7, et seqq., Altimar., supra, n. 374, 375, 376, Hermosilh., Gloss. 1, L. 42, tit. 5, p. 5, n. 24 e 25, pag. 648. E quando o contrato se presuma pignoraticio e usurario, vej. Hermosilh. S.ª, Coccey, *Jus Contr.*, L. 18, Tit. 1, Q. 52, Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, Cap. 4, § 27 e seguintes.

§ 92

Terceiro caso: O direito de remir o penhor convencional nunca prescreve, porque se suppõe sempre em má fé o crédor que o retem, e sempre o possue em nome alheio, Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 50. Em contrario está Vinn., *Select.*, L. 2, Cap. 6, Vej. pro utraque parte DD. apud. Schettin., *de Jur. Offerend.*, P. 1, Cap. 1, Sect. 1, a n. 7. Vej. Dunod, P. 1, Cap. 12, a pag. 92, aonde distingue as opiniões: Vej. Antonell., *de Temp. Legal*, L. 2, a n. 4, aonde faz outras distincções: Voet. *ad Pand.*, L. 13, T. 7, n. 7, aonde reprova Vinnio no logar acima, etc. Em que casos porém o crédor possa prescrever o penhor? Vej. Fontanell., Dec. 444 e 446.

Nota: As mais questões sobre a prescripção do contrato convencional se prescreve contra o ignorante, contra o absente, contra o menor; de que tempo principia, ainda no contrato condicional; se corre o tempo emquanto durou a demanda sobre o contrato; se corre de momento a momento; se completa a prescripção, ainda se póde purgar a mora, etc. Vejam-se em Stryk., supra, a §§ 52 ad 63. Quando passado o tempo se suppunha renunciada pelo comprador a prescripção convencional ou legal? Vej. Cortead., Dec. 149, a n. 33. São questões alheias da má fé de que trato, e por isso as omitto.

Quarto caso: Quando o vendedor ficou na posse; porque sendo demandado pelo comprador póde em todo o tempo oppor por excepção (sem lhe obstar prescripção) o dito pacto, e depositar e remir, Hermosilh., in L. 42, Tit. 5,

Digitized by Google

Part. 5, Gloss. 1, n. 22, pag. 648, Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 26, Altim., Tom. 7, Q. 43, n. 367, † *Sic non præscribitur*, Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 1, Ampliat. 2, n. 90.

ARTIGO X

Se a via summaria e executiva que compete por qualquer sentença ou instrumento prescreve com má fé?

§ 93

Ha uma essencial differença entre a prescripção da divida, e a prescripção do direito executivo, por sentença ou instrumento. A divida não póde prescrever-se com má fé; a via summaria e executiva, aindaque seja por sentença passada em julgado, prescreve com má fé, Guerreiro, Tr. 1, L. 2, Cap. 9, n. 4, et Tract. 2, L. 8, Cap. 13 a n. 18, Barbos., in L. 3, Cod. de Præscript., n. 165, Hontalb., *de Jur. Superven.*, Tom. 2, Q. 17, a n. 48, e Tom 1, Q. 17, n. 116. Vej. Moraes, *de Execut.*, L. 1, Cap. 7, a n. 3, Altimar, *de Nullit.*, Tom. 1, Q. 43, n. 289 e 294.

ARTIGO XI

Se o herdeiro póde prescrever o legado com má fé?

§ 94

Se o legatario é sciente do legado, e o não pede ao herdeiro por espaço de trinta annos, se prescreve pelo herdeiro, por mais que tenha sciencia da disposição do testamento, e isto ou o legado seja em logar de legitima, ou seja de alimentos, como largamente, e convencendo toda a objecção contraria defendem Scop. *ad Gratian.*, Obs. 4, Barbos., in L. 3, Cod. de Præscript., a n. 141; segue-o Guerreiro, Tr. 2, L. 8, Cap. 13, n. 31, Antonell., *de Tempor. legal.*, L. 2, Cap. 93, a n. 4: a mesma opinião, refutada

Digitized by Google

a contraria, segue de Luc. *ad Gratian.*, Cap. 2, n. 7, ℣. *Nihilominus*, Card. de Luc., *de Empt.*, Disc. 7, n. 5, Altimar., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 43, Sect. 1, n. 153.

§ 95

Se porém o herdeiro não noticiou o legado ao legatario, e este estava ignorante, ou supprimiu e occultou o testamento, n'este caso passa a ser possuidor de má fé e não obsta a prescripção ao legatario, Antonell., supra, a n. 8, Scop., supra, a n. 33, Peregrin., *de Fidei commiss.*, Art. 41, a n. 10, de Luc., supra, n. 7, ℣. *Tenendum autem est*, Altimar., supra, n. 155.

Nota: Aindaque Scop. S.ª, a n. 35, faz preciso para interromper esta prescripção, que o legatario cite judicialmente o herdeiro para lhe satisfazer o legado; comtudo persuado-me que n'este caso bastará a petição e interpellação extrajudicial, vistoque o expuz a § 44. Adde Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 85, § 27.

§ 96

Se no legado annuo são precisas tantas prescripções quantos os annos? Não é questão pertencente a esta dissertação. Veja-se, quando occorrer, Antonell., supra, n. 10, Boehmer, *ad Pand.*, Exerc. 85, § 16, Altimar., supra, a n. 156.

ARTIGO XII

Se um irmão que ficou na posse das heranças paternas, sabendo que tem outros irmãos póde prescrever contra elles suas legitimas se não lh'as pedem dentro de trinta annos?

Esta questão póde ver-se largamente disputada no tratado dos direitos reciprocos e obrigações correlativas entre os paes, filhos e irmãos, Part. 3, Cap. 4, Sect. 3, a § 30.

Digitized by Google

ARTIGO XIII

Se a prescripção da liberdade das servidões prescreve com má fé?

§ 97

Muitos DD. distinguem, ou se trata da liberdade da servidão rustica ou da urbana; no primeiro caso assentam, que para se prescrever a liberdade basta sómente a negligencia do uso da servidão, por dez ou vinte annos (segundo a distincção das continuas ou descontinuas); e que a liberdade se adquire por mais que o senhor do predio serviente tenha sciencia da servidão: no segundo caso, não se perdem pelo seu uso, emquanto o serviente com boa fé não tapa; v. g., o buraco, em que o dominante mettia a trave nos casos da L. 18, § *Si cum jus*, ff. *Quemadmod. Servit. amit.*, e da L. 6, ff. *de Servit. urb.* De fórma que n'este segundo caso só principia a prescripção do dia em que o serviente com boa fé faz alguma operação opposta a que o dominante não use jamais de tal servidão. Esta é a commum distincção dos DD., com os quaes Barbosa, na L. 3, Cod. de Præscript., a n. 51, Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2, Cap. 93, n. 21 et 22, Dunod., P. 2, Cap. 6, pag. 294, Lim., ad Ord., L. 4, T. 79, in princ., a n. 97, Brunneman., na L. 6, ff. *de Servit. urban. præd.*, e na L. 13, n. 6 e 7, Cod. *de Servitut.* Pecch., *de Servit.*, Cap. 4, Q. 17, n. 18, Cod. Freder., P. 2, L. 4, T. 12, Voet. ad Pand., L. 8, Tit. 6, sub n. 11, *Jus Controv.*, L. 8, Tit. 1, Q. 1, v. *Maxime.*

§ 98

Contra a primeira parte da distincção se levanta Pecch., *pe Aquaeduct.*, Lib. 3, Cap. 13, Q. 7, mostrando fundamentalmente e com muitos DD., que nem ainda a liber-

Digitized by Google

dade da servidão rustica se prescreve com má fé. Conf. Castilh., *de Usufruct.*, Cap. 67 a n. 20. Esta opinião é a que se deve seguir attenta a generalidade da Ord., L. 4, T. 79; porém pela primeira estão não só as suas rasões, mas outra, qual é: que o senhor do predio serviente, vendo que o dominante não usa da servidão, e usa de outra, se póde persuadir que elle renuncia a que se lhe deve; e esta crença se vae augmentando com o tempo, o que só basta para o constituir em boa fé.

§ 99

E contra a commum distincção que nas servidões urbanas requer facto do senhor do predio serviente para principiar a prescripção da liberdade, se levantam Thomaz. na Dissert. *De Servitut. Stillicid.*, a § 23, e nas notas de uso pratico á Instituta, L. 3, T. 3, pag. 151, e Dunod, P. 3, Cap. 6, pag. 295, in fin., fundado na generalidade da L. 13, Cod. de Servit. et aq., ibi., omnes servitutes non utendo amittuntur, e na L. *Hæc autem* 6, ff. *de Servit. præd urban.*: E vem a concluir assim Dunod: «Eu creio pois que se póde sustentar com fundamento, que as servidões urbanas não estão seguras da prescripção, senão no caso em que d'ellas restam vestigios; ou que ellas consistem em um direito negativo, ou prohibitivo de fazer alguma cousa (concorda Thomaz., 1), como de impedir, que o vizinho não eleve o seu edificio; que elle não offenda as luzes, etc., porque, quanto ao primeiro caso, os vestigios conservam o direito; e no outro o vizinho não póde metter-se em posse da liberdade, senão fazendo alguma contraria servidão. A L. 34 e 35, ff. *de Servit. rust. praed.* diz que se a fonte, em que se tinha direito, secca, o direito se perde; mas elle se restabelece, mesmo depois do tempo da prescripção, se a fonte renasce. A rasão da lei é que não tem havido culpa da parte d'aquelle a que era devida a servidão; mas nos outros casos aonde ha uma acção contra o senhor do fundo serviente, e aonde o

Digitized by Google

dominante póde restabelecer o seu para gosar da servidão que lhe é unida, se elle não o faz, elle tem uma culpa, e uma negligencia imputavel que deve fazer-lhe perder o seu direito. Ferrier attesta que assim se usa no costume de París, etc.

Por quaes modos se conserva a servidão e se não perde? Vej. Dunod S.ª, pag. 297, Cod. Freder. S., Pecch., *de Aquæd.*, L. 3, Cap. 13, Struv., Exerc. 13, Thes. 59, Voet., L. 8, Tit. 6, a n. 9.

ARTIGO XIV

Se as penas se prescrevem com má fé

§ 100

Affirmativamente e sem duvida o dizem Barbos., na L. 3, Cod. *de Præscript.*, n. 69, Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2, Cap. 93, n. 19 e 20. Isto quanto ás penas em que o réu já está condemnado, nas quaes contra o fisco se prescreve com má fé por vinte annos, ex DD. S.ª Adde Peg., Tom. ad Ord., L. 2, T. 26, § 19, n. 2, aonde geralmente prova que todas as penas prescrevem com má fé.

§ 101

Da mesma fórma: «Idem dicendum est in bonis Fisco delatis propter vectigal non solutum: nam præscribitur contra eum pœna commissi spatio quinque annorum, et cum mala fide.» Almeid., *de Num. quin.*, Cap. 8, n. 18, et Cap. 11, n. 34. E similhantemente a pena de commisso, em que incorrem os emphyteutas pelas causas expressas em direito, Almeid., proxime, n. 35, Peg. 3, For., Cap. 28, n. 785, et ad omnia idem Peg., Tom. 6, For., Cap. 129, a n. 12.

Aliter quanto á condemnação que se applica para satisfação dos damnos da pessoa offendida, Antonell., *de Temp. Leg.*, L. 2, Cap. 93, n. 20.

Digitized by Google

ARTIGO XV

Se a liberdade de pagar tributo de algum predio se prescreve com sciencia de onus?

Affirmam Rocc., Selectar., Cap. 85, n. 10, Boehmer., ad Pand., Exerc. 85, § 27, Antonell., *de Temp. Leg.*, L. 2, Cap. 93, n. 23; sed Vide, ex professo distinguentem, Harprectr., Disp. 71, *De Præscriptione immunitatis a collectis*, a n. 385.

DISSERTAÇÃO V

Sobre o pacto de retrovendendo

ARTIGO I

Origem do pacto de retrovendendo e causa d'ella; etymologia d'esta palavra; diversos termos com que este pacto se explica; sua definição, similhança com outros pactos, com que se convencionam as vendas; e differenças entre elles, fontes da nossa ordenação, letra d'ellas e d'ella, etc.

§ 1

O celebre Thomazio na Disputa *De usu practico accuratæ distinctionis inter Emptionem cum pacto de retrovendendo, et contractum pignoratitium*, Cap. 3 e 4, e nas notas do uso hodierno ás Pandectas, L. 18, Tit. 1, pag. 199, assenta, que as compras com este pacto de retrovendendo foram um invento dos romanos em fraude da disposição das leis sobre os penhores, e que fôra publicamente approvado; e que na Allemanha antes de recebido ahi o direito de Justiniano não apparece vestigio de compras e vendas com tal pacto. Id. Thomaz., *ad Pand.*, Lib. 13, Tit. 7. Mas dos vestigios d'ella nos romanos at-

Digitized by Google

testa com Liv. e Jul., Capit., Heinec., *Elem. Jur. Nat.*, L. 1, § 357 e entre os hebreos, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 36.

Nota: Na verdade, pelo direito romano, o crédor que possuia o penhor fructifero ou a hypotheca, não fazia seus os fructos, e ficava responsavel a excomputa-los na divida; porque como pelo penhor se lhe não transferia o dominio e sempre o dominio ficava radicado na posse do devedor, era um consequente necessario seguirem os fructos o dominio, serem do proprietario, não pertencerem ao crédor, e deve-los imputar na divida, vejam-se Gall., *de Fruct.*, Disp. 30 e 31, Guerr., Tr. 4, L. 6, Cap. 5 e 6, Ord., L. 4, T. 67, §§ 1 e 4. E isto a menos que não houvesse um pacto antichretico expresso, que, apesar do direito canonico, sempre se reputou licito, não sendo os fructos percebidos excessivos das legitimas e permittidas usuras, Hein., *Elem. Jur. Nat.*, L. 1, § 372, Formey., *Extraits de Wolph.*, L. 5, Cap. 5, § 32, Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, Cap. 4, § 21, *e in Us. mod.*, L. 13, Tit. 7, §§ 3 et 4. Concorda o Cod. Civ. dos francezes., Art. 2085 e seguintes, Mello Freire, L. 3, Tit. 14, § 19, pag. 225, com Riegger. Se bem que tambem se subentende tacimente este pacto, quando o devedor entrega a seu crédor para segurança da divida uma cousa fructifera, sem o crédor estipular usuras, nem o devedor rendimentos, Formey, supra, § 33, Thomaz. supra, *ad Pand.*, L. 13, Tit. 7, pag. 172, Stryk., *Us. mod.*, L. 13, Tit. 7, § 4. Como porém no caso do antichrese expresso ou tacito sempre o crédor possuidor da cousa fructifera do devedor é responsavel a contas dos redditos, para que compensados (deductis expensis) em igual quantidade com os juros licitos, se imputarem no capital os excessos annuos, ex DD. supra, signanter Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 4, a § 22. Portanto os DD. excogitaram varias formulas e cautelas, para ficar o crédor livre de prestar taes contas; umas frivolas e mais presumptivas da usura, como as duas que refere Stryk, supra, §§ 23 e 24 (quaes renunciar o devedor as contas dos fructos e remitti-las ao crédor, ou renunciar a L. 3, Cod., *de Pignor.*), outras mais seguras, como dar o devedor ao crédor os fructos da cousa apenhada por arrendamento, e por um certo preço, ou vendidos annualmente por tanto em cada anno; caso em que o contrato varia de especie. Toda a perda ou lucro contingente recáe no crédor, já se não pensa se houve usura por excederem os fructos regulares a usura licita, e só se olha se houve ou não lesão, como em arrendamento e compra, Stryk., *Us.*

Digitized by Google

mod., L. 13, Tit. 7, § 5. Veja-se Guerreir., Tr. 4, L. 6, Cap. 7. Id, Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 4, § 37. Mas sobre todas estas cautelas, para evitar a natureza do penhor e fructos d'elle, ou o duvidoso do antichrese, o remedio mais proficuo foi a invenção da venda com o pacto de retrovendendo, em que o dominio se transfere ao comprador, faz os fructos seus, sem obrigação de contas, nem questões de pactos pignoraticios, etc., Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 4, § 25. Esta a primeira causa do invento da compra com o pacto de retrovendendo, comtantoque as circumstancias não a transformem em contrato pignoraticio em fraude das usuras, como adiante veremos. (Veja a § .)

§ 2

Esta palavra *Retrovenditio* por si mesma mostra ser composta do adverbio *retrò*, e da palavra *venditio*. Aquelle adverbio nas leis romanas se applica em diversos sentidos, como se vê em Vicat. hoc verbo; e mais ao proposito na L. 1, Cod., *Quand. liceat ab empt. recedere*, ibi: «*Retrò agens Venditionem, etc.,*» na L. 11, § 2, ff. *de Donat. int. vir. et uxor.*, ibi: «*Non retroagatur donatio*», etc. É o mesmo que vender para trás, ou vice-versa tornar o comprador a vender ao vendedor, ou tornar para trás ao vendedor a cousa vendida, ou reverter ao vendedor, etc. Conf., Mull., ad Struv., Exerc.: 23, Thes. 41, ibi: «Vocatur pactum *retroventionitionis*, vel pactum *revendendi;* item pactum *redimendi*, vel *reemendi, charta de Gratia, et pactum redemptivum; redhibitio pactitia; venditio, aut mancipatio fiduciaria*, etc.» adde Stryk., *Us. mod.*, L. 18, Tit. 1, § 37.

§ 3

Explica-se umas vezes pacto *de revenda* com analogia na L. 37, ff. *de Bon. Libertor.*, e na L. 5, ff. *de Leg. Commissor.* Outras vezes *pacto de retrovendo*, Stryk., Vol. 1, Disp. 1, Cap. 3, n. 23, Tiraquell., *de Retract. Conventional. in Præfat.*, n. 1. Outras vezes *retracto convencional*, Stryk., et Tiraquell., supra. Conf. Mull., ad Struv. S.ª: «Dicitur

Digitized by Google

autem retractus, si vocabuli ethymon spectes, retrahendo, sicuti a contrahendo contractus, ut ita ipsum fere vocabulum indigitet, quid involvat nomen retractus. Retrahere autem in jure usurpatur pro recuperare prædia alienata, teste Papyrio justo in L. 9, 2, ff. *de Administr. rer. ad Civit. pert....* Est vero hic retractus conventionalis pactum contractui emptionis et venditionis adjectum, quo venditori conceditur licentia juxta tempora a contrahentibus determinata rem venditam oblato pretio retrahere, et recuperare, etc.» Stryk., supra, Vol. 1, Disp. 1, Cap. 3, n. 23 e 24. Conf. Idem Stryk., *de Success., ab intest.*, Diss. 6, Cap. 1, § 2.

Nota: Ha diversas especies *de retractos* alem do convencional, como legal, consuetudinario, gentilicio e outros de que tratam Corradin., *de Jur. Prelation.*, Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 6, Tiraquell., *de Retract. Linag.*, e melhor o Card. de Luc., *de Servitut.*, in Summ., § 5, a n. 136, nos quaes se podem ver as differenças entre uns e outros retractos.

§ 4

«A faculdade de resgatar é um pacto, pelo qual é convencionado que o vendedor terá a liberdade de tornar a haver a cousa vendida, restituindo o preço ao comprador». Assim Domat, *Loix Civ.*, L. 1, Tit. 2, Sect. 12, Art. 6: «Est autem retrovenditio nihil aliud quam pactum emptionis, et venditionis contractui in continenti adjectum, * ut pretio quandocumque et indefinite; vel intra certum tempus oblato, emptor rem emptam venditori, ejusque hæredibus restituere teneatur». Leyser, *Jus Georg.*, L. 1, Cap. 41, n. 3, Conf. Struv., Exerc. 23, Thes. 41. Coincide a Ord., L. 4, Tit. 4, in pr., Cod. Civ. dos francezes, Art. 1656, ibi: «A faculdade de remir é um pacto, pelo qual o vendedor se reserva de tornar a haver a cousa vendida, mediante a restituição do preço principal, e o embolso do mais que falla no Art. 1673, etc.»

Digitized by Google

* «*Cum pactum hoc in continenti adjiciatur, ista tunc cohærentia, quæ subest, id efficit, ut pactum pro parte contractus accessoria habeantur, et tantundem fere, quantum ipse contractus possit*». Leyser., supra, n. 7. De outro modo, sendo o pacto convencionado ex intervallo já não prejudica aos crédores a que no meio tempo o comprador tiver hypothecado a cousa comprada, aindaque depois o vendedor ex vi d'esse pacto ex intervallo distrate a venda, Domat, supra, § 8 (quem vide). Tambem sendo o pacto de retrovendendo estipulado ex intervallo, sem tratado precedente de assim se celebrar a venda, aindaque se pague primeira siza do contrato, se deve segunda do distrate; aliter quando o pacto é ajustado in continenti. Vej. Balmased., *de Collect.*, Q. 84, a n. 17, Lim., *de Gabell.*, pag. 75, n. 37. E só a estipulação ex intervallo póde ser proficua no caso que refere Bagn., Cap. 21, n. 75. Quoad vim agendi ex hoc pacto (quidquid dicant alii) tanto importa ser estipulado in continenti ou ex intervallo, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, Tit. 1, §§ 39, 40 e 41, *quem vide.*

§ 5

É similhante ao nosso pacto de retrovendendo, o pacto *Adjectionis in diem*, pelo qual ajustando-se preço se convenciona, que se dentro de tanto tempo ninguem offerecer mais, ficará a venda perfeita; e se rescindirá se houver quem dentro de tal tempo offereça maior preço, Heinecr., *Elem. Jur. Nat.*, L. 1, § 357., Stryk., vol. 1, Disp. 1, Cap. 3, n. 11, et *Us. mod.*, L. 18, Tit. 2. Struv., Exerc. 23, a § 29, latissime Cost., *de Privil. Creditor.*, Reg. 1, Ampliat. 2.

§ 6

É tambem similhante ao nosso pacto o da lei commissoria, quando vendendo-se alguma cousa movel ou de raiz se condiciona, que se o comprador não pagar o preço d'ella ao dia por elle assignado, a venda seja nenhuma, Ord., L. 4, Tit. 5, § 3, ubi Silva, Heinec., supra, Stryk., Vol. 1, Disp. 1, Cap. 3, a n. 2, e *Us. mod.*, L. 18, Tit. 3, Struv., supra, a § 35, latissimè Costa, supra.

Digitized by Google

§ 7

É tambem similhante o pacto, *ou jus Protomiseos*, qual o figurado na Ord., L. 4, T. 11, § 2: «Se alguem deu ou vendeu alguma cousa sua a outrem com condição que não a possa vender nem alhear senão a seu irmão ou a outra certa pessoa, e fazendo-se a alheação em outra maneira será nulla e de nenhum effeito». Heinec., supra, d. § 357, Struv., Exerc. 29, § 47, Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 6, Cap. 1, § 6, pacto que tem fundamento na L. 75, ff. *de Contrah. empt.*, e na L. 21, § 5, ff. *de Action. empt.*, e na L. 112, § 3, ff. *de Verbor. Obligat.*, e bem exonera Mull., ad Struv., supra. Vej. Stryk., *Us. mod.*, L. 18, Tit. 1, § 23, aonde acrescenta que o vendedor póde facilmente renunciar este favor, que se reservou de preferir a outro comprador.

§ 8

Em que differe o pacto de retrovendendo do da lei commissoria, se póde ver em Silv., ad Ord., L. 4, T. 4, in pr., a n. 8, e em Costa, supra. Differe do pacto ou *Jus Protomiseos*, em que a venda feita com o pacto de retrovendendo é exposta a julgar-se usuraria, sendo feita por preço modico, mas não a venda feita com o pacto *Protomiseos*, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 6, Cap. 1, § 6. Differem tambem em que se o que compra com o pacto de retrovendendo é muito duvidoso, se vendendo a terceiro, é nulla a venda se o primeiro vendedor tem acção real contra o segundo comprador (*de quo latius*, infra a §). E sendo a venda feita com o pacto de *Protomiseos*, é nulla qualquer alienação que o comprador faça, comtantoque esse pacto seja formalisado na fórma da nossa Ord., L. 4, T. 11, § 2, com a exposição de Silv., ibidem, e alem dos DD. que ali refere, veja-se Bagn., Cap. 21 e 73.

Digitized by Google

Nota: Quando falta n'este pacto *Protomiseos* a formalidade da nossa ordenação, e especialmente as palavras não possa vender nem alhear senão a certa pessoa; assentam os nossos reinicolas citados, § 8, e os mais por elles referidos que fica o tal pacto exposto á disposição do direito romano, segundo o qual a prohibição de não alienar estipulada em contrato, não impede a translação do dominio, e só o fraudado pela contravenção do pacto é assistido de uma acção pessoal contra o transgressor para ser indemnisado dos interesses; como largamente mostra Silva e melhor Bagn., Cap. 21. No mesmo Bagn. se verão vinte e um casos em que cessa essa regra do direito romano, e em que o pacto de non alienando impede e obsta á translação do dominio. Com especialidade (o que é mais frequente) quando a pessoa, em cujo favor se poz o dito pacto, se acha na posse; ou quando vendendo um individuo alguns bens com o mesmo pacto, convenciona que não venderá o direito de remir senão ao comprador, e estando este na posse vende o vendedor a terceiro o direito de remir, ou quando aquelle em cujo favor se fez a promessa de não alienar a outro se premuniu com a clausula constituti e similhantes, etc. Confira-se Fabr., in Cod., L. 4, T. 36, Def. 1 e 2, Olea, *de Cess. Jur.*, Tit. 1, Q. 6, n. 72, Cancer. 3, Var., Cap. 1, n. 115, optime Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 52, n. 41, Altimar., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 18, a n. 10, Bagn., supra, a n. 73.

§ 9

Prenotados estes principios, passemos á fonte da nossa Ord. Tal é o L. 2, Cod., *de Pact. inter emptor.*, ibi: «Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, *ut sive ipsi, sive hæredes eorum emptori pretium quandocumque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur;* teque parato satisfacere, conditioni dictæ hæres emptoris non paret; ut contractus fides servetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, etc.» Concorda a L. 7, Cod., eod. Tit., ibi: «Si a te comparavit is, cujus meministi, et convenit, *ut si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta,* remitti hanc conventionem rescripto nostro non jure petis». Estas são as leis mais proprias; outras, quaes as referidas no § 7, são fontes do *Jus Protomiseos.*

Digitized by Google

Eis-aqui a nossa Ord., L. 4, T. 4, no princip.: «Se o comprador e vendedor na compra e venda se acordassem, que tornando o vendedor ao comprador o preço que houvesse pela cousa vendida até tempo certo, quando quizesse a venda fosse desfeita, e a cousa vendida tornada ao vendedor, tal avença e condição assim acordada pelas partes vale.»

Nota 1.ª É este pacto, quando expresso, intenção do agente. Deve portanto provar-se expresso na escriptura do contrato, quando complicado com a venda, ou quando se diz estipulado ex intervallo. Mas basta que no exordio da escriptura se diga *venda com o pacto de retrovendendo,* aindaque no contexto da escriptura se não formalise o pacto, Arouc., Alleg. 110, tot. Tempo houve em que, quando omisso na escriptura, era provavel por testemunhas como prova mixta, Almeid., Alleg. 8, n. 7 e 8, e então ainda só por uma testemunha com fama, ou com uma testemunha e juramento supplementario, e ainda por conjecturas vehementes, ut bene Cortead., Dec. 149, n. 127. Porém, attenta a generalidade do assento de 5 de dezembro de 1770, justamente temo que se abandonem aquellas doutrinas de Almeida, e o mais seguro é obter provisão para provar o dito pacto quando foi convencionado, mas omisso na escriptura pela prova do direito commum.

Nota 2.ª: Se porém se paga um censo antigo e não apparece o titulo da sua constituição, então, segundo a melhor opinião, independente da outra prova, se presume constituido remivel, Pinheiro, *de Cens.,* Disp. 1, n. 5, in fin., Dunod, *de Præscript.,* pag. 304, *t. On demande,* Guerr., For., Q. 80, n. 36, Card. de Luc., *in Mantiss.,* Lib. 4, Dec. 9, n. 11, Constantin., Dec. 67, n. 12, Roderic., *de Ann. reddit.,* L. 1, Q. 15, a n. 38 e 48. Aliter que se presuma perpetuo, Castr., Palão, *de Censib.,* e outros que refiro no meu *Tratado da via summaria e executiva,* a § ... e no dos censos a § ...

Digitized by Google

ARTIGO II

É licita a compra e venda com este pacto pelo direito divino, canonico, civil, patrio e das mais nações, e pelo commum sentimento dos theologos e juristas. É a compra com este pacto mais segura e interessante do que o contrato anticretico, etc.

§ 10

Pelo direito divino no Levit., Cap. 25, ibi: *Cuncta regio possessionis vestræ sub conditione redemptionis venda-tur.* Pelo direito canonico no Cap. 1 e 2, das extravagantes communs do T. *de Empt. et Vendition.*, e o suppõe o Cap. *Ad nostram de Empt. et Vendit.;* o Cap. *Conquæstus, de Usur.*, o Cap. *Illo vos de Pignorib.* (quando não intervem usura). Pelo direito civil, nas leis já transcriptas no § 9 (confira-se o § 1). Pelo direito patrio na Ord., L. 4, T. 4, in principio; pelo das mais nações, como em Eugubio no Estatut., L. 2, Rubr. 52; em Sardenha o suppõe o Cod., L. 5, T. 18, § 4; na Prussia o Cod. Freder., P. 2, L. 3, Tit. 5, Art. 2, § 37. Em Castella, a L. 4, Tit. 6, L. 8, Recopil. Na França o Cod. Civ. dos francezes, Art. 1659. Pelo sentimento commum dos theologos, e juristas antigos e modernos (uma vez que não haja injustiça do preço ou labéu de usura) como póde ver-se em Tiraquell., *de Retract. convent. in Præfat.*, n. 2, e com os mais DD. Castilh., L. 2, Contr., Cap. 25, a n. 5 e 29, Cortead., Dec. 189, a n. 2, Hermosilh., L. 42, Tit. 5, P. 5, Gloss. 1, a n. 4, Agostinh. Leyzer., *ad Pand.* Specim. 191, Medit. 2, mostra que este pacto é approvado pelos direito natural, hebraico e de muitas nações. Na Medit. 3, que é fundado no direito romano, na Medit. 4, que tambem no canonico.

Nota: Este é um dos pactos, com que sem repugnancia da rasão e direito natural, se podem celebrar as compras e vendas, Heinec., *Elem. Jur. Nat.*, L. 1, § 357, Formey, *Extrait de Wolph.*, L. 4, Cap. 4, § 108: «Retrovenditionem

Digitized by Google

autem Juri, et æquitati naturali non repugnare patet; non enim præjudicat venditori, quoniam ejusmodi pactum in ejus favorem adjectum est, eoque gravatur émens, ut vilius distrahere rem non possit interim, dum is, qui vendidit, jus habet redimendi, teneaturque eidem vendere quandocumque, juxta scilicet pacti adjecti tenorem, voluerit eam redimere. Neque Emptori, quia is non solum sciens et volens, nullaque necessitate, adductus in id consensit; sed etiam quoniam, cum gravamen illud sit pretio æstimabile, pretium in ejusmodi venditione tantum statuitur, quantum prudentis arbitrio gravamen istud æstimatur, ut proinde in ementem cum eo gravamine pro illo pretio nullum incommodum redundare possit... Cum igitur pacti hujus justitia, æquitas adeo evidens sit, canonibus etiam admissa fuit, excepto tamen si vel pretii vilitas, vel fœnerandi consuetudo, vel alia varietas usurariam labem inferat». Ita Leizer., *Jus Georg.*, L. 1, Cap. 41, n. 4.

§ 11

Sustentam as melhores opiniões a justiça d'este pacto, ou elle seja perpetuo ou limitado a certo tempo, ou elle seja affirmativo em favor do vendedor para que possa remir livremente dentro de certo tempo, ou em todo o tempo; ou elle seja negativo para que não possa remir senão passados tantos annos, de Luc., ad Gratian., Cap. 298, n. 3, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 42, Cortead., Dec. 149, n. 3 e 4, Van-Esp., Tom. 6, Dissert., *de Usura*, § 3, pag. 95. Vejam-se adiante os §§ 25 e 26. Ou se convencione (para evitar duvidas sobre o rateio dos fructos no tempo da remissão, duvidas que se exporão a §), que só o vendedor poderá remir depois que os fructos estiverem no anno da remissão colhidos pelo comprador, Cortead., n. 5, ou se convencione que o vendedor será obrigado dois mezes antes da remissão a annuncia-la ao comprador, Cens., *de Censib.*, Q. 103, a n. 19, Olea, *de Cess. Jur.*, Tit. 1, Q. 6, n. 59, Cortead. S.ª, n. 6: «Bene tamen verum est (continua Cortead.), quod venditor ante duos menses, vel ante tempus pacto conventum, nulla facta requisitione redimere potest, si offerat redditus illius me-

Digitized by Google

dii temporis illorum duorum mensium». Conf. Gratian., For., Cap. 8, n. 3, Olea, *de Cess. Jur.*, Tit. 1, Q. 6, n. 59 e 60, Merlin., *de Pignor.*, L. 4, Q. 124, n. 4.

Nota: Tudo o exposto nos §§ 10 e 11 procede: «Nisi concurrant conjecturæ, ex quibus contractus simulatus, et in fraudem usurarum factus præsumi possit, quo casu pactum de retrovendendo, sive perpetuum, sive ad tempus, affirmative, vel negative conceptum, licitum non censetur, quia tunc mutat ejus naturam et præsumptionem usuræ inducit». Cortead., Dec. 149, n. 7. (O que mais se demonstrará àdiante a § e a § .) Entretanto toda a presumpção está da parte do contrato para se presumir justo, Peg. 1.°, For., Cap. 7, pag. 532, Gam., Dec. 82, Urceol., For., Cap. 3, n. 9, Cyriac., Contr. 259, a n. 1, Castilh., L. 2, Cap. 25, a n. 1, ubi signanter, Menoch., L. 3, Præs. 122, a n. 2.°, Rot., in collectis ad Luc., L. 5, Usur., Decis. 50, n. 40.

§ 12

Presupposto pois o licito da' compra e venda com este pacto, e tendo-se em vista os inconvenientes a que é exposto, respectivamente ao crédor, o penhor ou o contrato antichretico (§ 1), assentam os DD. em que é mais interessante ao abastado de dinheiros emprega-los em compras por este modo, do que dando-os a juro ou contrahindo o antichrese expresso ou tacito. Ita Leyzer., *Jus Georg.*, L. 1, Cap. 41, n. 1, ibi:

«Cum possessores prædiorum pignoratitiorum perspicerent, quod eorum conditio admodum dura esset, ratione fructuum ex bonis oppignoratis redundantium, non tantum rationes reddere de fructibus perceptis, sed et percipiendis, quos scilicet ipse creditor percipere potuisset, teneantur, L. 3, Cod., *de Pignor.*, Bachov., *de Pignor.*, L. 5, Cap. 22. Ob quam causam sæpius contingit, ut creditores amplissima possidentes Prædia, et credito suo, et hypotheca simul excidant, et ipsi creditores debitores fiant. Hoc vero sequenti modo evenire potest, si fructus, qui singulis annis percipi potuerunt, primum in usuras

Digitized by Google

imputentur, et quod superest sorti detrahatur, quo casu sors non tantum, sed et usuræ singulis annis minores fiunt, et tandem penitus absorbentur, Berlich., P. 2, Concl. 1. Hinc ut se ab hoc onere liberare possint creditores in locum contractus pignoratitii substituerunt contractum retrovenditionis, in quo longe pinguior est conditio creditoris, quam in contractu pignoratitio. Creditor enim hic fit emptor, et per consequens Dominus Prædii, nam Dominii translationem pactum de retrovendendo non impedit. Quapropter omnes fructus lucratur, nec illos in sortem imputare tenetur, etiamsi legitimum usurarum modum longissimi excesserint, imo etiam si pretium longe minus sit æstimatione prædii ita venditi, nam usque ad dimidium læsio in emptione toleratur, L. 2, Cod., *de rescindend. vend.* Multo minus ad rationes creditor, aut ad computationem fructuum percipiendorum, cum jure Dominii utatur fruatur prædio intra tempus præfinitum, ut hinc commodum et incommodum ipsius sit. Vid. Carpzov., P. 2, C. 1, D. 1.»

§ 13

« Optima vero (inquit Stryk, *de Cautell. contractuum*, Sect. 2, Cap. 4, §§ 25 et 26), cautela est ut loco contractus pignoratitii substituatur contractus retrovenditionis, in quo longe pinguior est conditio creditoris, quam in contractu pignoratitio. Creditor enim hic fit emptor; et per consequens dominus rei, nam dominii translationem pactum de retrovendendo non impedit. Quapropter omnes fructus lucratur, nec illos in sortem imputare tenetur, etiamsi legitimum usurarum modum longissime excedant, imo etiam si pretium longe minus sit æstimatione prædii ita venditi, nam usque ad dimidium Læsio in emptione toleratur, uti notum ex Leg. 2.ª Cod. de Rescind. vendit. Multo minus ad rationes obligatur creditor, aut ad computationem fructuum percipiendorum, cum jure dominii utatur, fruatur praedio intra tempus præfinitum, ut hinc commodum et incommodum ipsius sit ».

Digitized by Google

§ 14

«Atque hinc (infert Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, T. 1, Q. 53, siquis mutuam a me roget pecuniam, ego autem qui suspectam forte habeo fidem debitoris, denegem pecuniam, nisi vendat mihi domum (quam pignori obtulit) sub pacto de retrovendendo, ille consentiat, definiaturque pretium, et tempus reluitionis, non video, cur hoc negotium non valeret tanquam emptio, cum negotia valeant ex Partium consensu. Neque imputari debet ei, qui pecuniam erogat, quod plenissime securitati suae prospiciat, neque absque evidentissimis circumstantiis aliquis pro usurario declarari, famaque ejus sugillari debet, etc.» Boemero, *Element. Jur. Crim.*, Sect. 2, Cap. 39, § 366, ibi. «Idem quoque judicium esto de venditione sub pacto de retrovendendo. Sicuti enim hoc negotium per se improbari nequit; ita non apparet quo ex fundamento pro mutuo et negotio usurario haberi semper debeat. Imprimis ad cautelas pertinet, ne creditor durum onus rationum de fructibus redden darum subire teneatur, quoties debitor prædium in antichresim offert».

Nota: Com effeito, celebrada a compra com este pacto, diz a Ord., L. 4, T. 4, in princ., que «o comprador havendo a cousa comprada a seu poder, ganhará e fará compridamente seus todos os fructos novos e rendas que houver da cousa comprada, até que lhe o preço seja restituido». Similhante á Ord., L. 4, T. 67, § 2, Confer. L. 2, *Cod. de pact. inter emptor.* ubi Barbos., n. 60, Cortead. Decis. 149, n. 103. Ora a jurisprudencia euromatica é mandada ensinar pelos estatutos da universidade, L. 2, T. 6, Cap. 3, § 51. E nada ha que obste, in utroque foro, a que qualquer para melhor assegurar os seus interesses deixe de querer aceitar um contrato que se lhe propõe, e só condescenda em outro, aliás licito, e permittido com pactos justos, e sem injustiça, cautelas capciosas e dolosas, Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 1.ª, Cap. 1, §§ 11 e 12.

Digitized by Google

ARTIGO III

Quaes pessoas possam celebrar a compra e venda com este pacto? Quaes bens podem ser o sujeito e materia d'elle? Em quaes contratos, alem do da compra e venda possa estipular-se.

§ 15

Todas as pessoas, que têem faculdade para vender e comprar, podem celebrar as vendas com este pacto. Quaes são as pessoas prohibidas para fazer compras, relata Silv. á Ord., L. 4, T. 1, in Rubr., Art. 5, e alem dos DD. ahi citados, Struv. et Mull., Exercit. 23, Thes. 3 e 4. Quaes pessoas não possam absolutamente vender, ou só com certas solemnidades, veja-se em Moraes, *de Execut.*, L. 2, Cap. 20. Só aqui advirto um especial, qual é que os menores, que não podem alienar sem as legaes solemnidades, sendo compradores, podem sem intervenção d'ellas convir n'este pacto, sendo condicionado pelo vendedor, Richer., Tom. 2, § 680, ex professo Bersano, *de Pupil.*, Cap. 2, Q. 18, comtantoque este pacto seja condicional pelo vendedor *in continenti;* se porém a venda ao principio for pura, e se aperfeiçoar sem condição alguma, já ex *intervallo* não póde o menor convir em tal pacto, sem as necessarias solemnidades, Romaguer., ad Statut. Eugubii L. 2, Rubr. 52, n. 25, ubi judicatum.

§ 16

Que bens podem ser ou não ser objecto, ou materia da compra e venda, expõe largamente Silv. ad Ord., L. 4, T. 1, in Rubr., Art. 7, tot., Struv. e Mull., Exerc. 23, Thes. 26 e 27. E suppondo-se poder entrar em commercio a cousa, que forma o objecto do contrato, póde convencionar-se este pacto, não só na venda propriamente tal, mas na dação em pagamento, que se equipara á venda, Silv. ad Ord., L. 4, T. 12, in princ., a n. 19. Póde convencionar-se

Digitized by Google

no contrato de censo, como permitte o Cap. 2, Extravag. Commun. tit. de Emptione, e o suppõe a lei de 23 de maio de 1698. Póde convencionar-se no arrendamento, facultando-se que o arrendatario poderá remir a cousa arrendada fazendo a remissão por um certo preço, se bem que n'estas circumstancias o arrendamento declina, por certo modo, em compra e venda, Pacion., *de Locat.*, Cap. 45, n. 84 et 85.

Nota: O pacto *Protomiseos* póde estipular-se tambem no arrendamento, obrigando-se o senhorio findo o tempo da locação preferir tanto pelo tanto ao primeiro conductor; mas em que circumstancias seja no arrendamento forçoso este pacto? Vejam-se Stryk., *de Success. ab intestat.*, Dissert. 6, Cap. 1, §§ 6 e 7, e *in Cautellis Contractuum*, Sect. 2, Cap. 9, a § 15, Corradin., *de Jur. prælat.*, Q. 41, Ord., L. 4, T. 9, et ibi Silv.

§ 17

Emfim: Um senhorio pleno de alguns bens, que os dá de emprazamento a qualquer emphyteuta, póde convencionar com elle que lhe será facultativo remir quando *quizer*, e por certo e ajustado preço as pensões e direitos dominicaes, que fica contribuindo ao mesmo senhorio. Bem como quando qualquer (como é frequente) vende seus bens proprios, com a condição de lhe ficarem emprazados pelo comprador, e por certa pensão, póde convencionar a faculdade de remir a venda, e a pensão mesma, Card. de Luc., *de Emphyt.*, Disc. 39, n. 8, e Disc. 54, n. 8, Fulgino, *de Jur. Emphyt.*, in Tit. de *Variis caducitatib.*, Q. 1, n. 30 e 31, e in Tit., *de Solution. can.*, Q. 5. Tambem nas arrematações, como suppõe Porth., *de Subhast.*, Insp. 33, in Addit. n. 4, *dummodo* consinta o arrematante, porque o juiz não lhe póde impor tal condição, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, Tit, 1, § 36; se bem que o devedor por estylo do reino e equidade praticada póde remir, emquanto o comprador arrematante não toma posse, Silv. ad Ord., L. 4, T. 13, § 7, n. 35, Franç., Arest. 68, a n. 4,

Digitized by Google

Guerreiro, Tr. 4, L. 6, Cap. 5 a n. 45. Sobre o que tenho uma dissertação especial.

ARTIGO IV

Quando em duvida se deva interpretar e julgar, que o contrato é compra e venda com o nosso pacto, ou antes pignoraticio e anticretico, para se regular pela diversa natureza, e como feito em fraude das usuras.

§ 18

Muitas vezes, pela variedade das clausulas ou circumstancias, o contrato pignoraticio e o de retrovenda se confundem de fórma que são objecto de disputa sobre qual d'elles foi realmente o contrato, e o que muitas vezes parece pignoraticio é compra e venda com o pacto de retrovendendo, e outras vezes vice-versa; o que na apparencia é compra e venda é na substancia contrato pignoraticio, Leyser., *Jus Georg.*, L. 1, Cap. 41, n. 30, Stryk., *de Cautel.*, *Contract.*, Sect. 2; Cap. 4, § 25; vindo assim a ser o contrato susceptivel de interpretação, e esta regulada por conjecturas, ex DD. supra. Veja-se sobretudo a Rot. in Collect. ad Luc. L. 5, *De Usur.*, Decis. 5.

SECÇÃO I

Circumstancias demonstrativas de ser compra e venda

§ 19

Finalmente se conjectura ser compra e venda com o pacto de retrovendendo, se as partes assim o denominam, a menos que as clausulas, de que se reveste, o transformem em diverso e pignoraticio o contrato, como mais proprias d'este, e oppostas á natureza e substancia da compra e venda, Leyser., supra, n. 30 e 32, Stryk., § 27, Barbos., in Cap. 4, *De Pignorib.*, n. 2, Mull., ad Struv.,

Digitized by Google

Exercit. 23, Thes. 42, Berlich., P. 2.ª Conclus. 1.ª, n. 6, Conf. Conciol., Alleg. 1, n. 46, e Alleg. 55, n. 56 e 57, Rot. Roman., supra, n. 61.

§ 20

Se porém com a denominação de compra e venda; ou 1.°, concorre a promessa de evicção; ou 2.°, se se pagou siza, solemnidade propria da venda e não do penhor; ou 3.°, se houve translação do dominio, e posse ao comprador; ou 4.°, se houve ajuste de preço; ou 5.°, se o predio foi estimado; ou 6.°, se sendo ao principio dado a juro o dinheiro, e cessando o devedor de pagar o juro, passaram a fazer venda com translação do dominio. Em qualquer d'estes casos, e quando concorrem algumas d'estas circumstancias se deve conjecturar e decidir que o contrato foi compra e venda com este pacto, e que não foi pignoraticio em fraude das usuras, Berlich., P. 2, Concl. 1, a n. 14 ad 20. E em duvida se presume antes compra quando assim se denomina, do que contrato pignoraticio e usurario, Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, Tit. 1, Q. 53, v. *Rectius*, Mull. ad Struv., Exercit. 23, Thes. 42, pag. 1550, Coll. 1.

SECÇÃO II

Conjecturas de ser pignoraticio o contrato, e não compra e venda

§ 21

Quando o contrato umas vezes se enuncia penhor e hypotheca, outras se enuncia venda, entram aqui as conjecturas para se arbitrar o maior peso das que preponderam para se julgar ser um ou outro o contrato, Berlich., P. 2, Concl. 1, n. 8, Rot. Roman. ad Card. de Luc., L. 5, *de Usur.*, Decis. 5. As conjecturas pois de ser pignoraticio o contrato na substancia, aindaque na superficie se enuncie venda, entre outras são estas.

Digitized by Google

§ 22

1.° Se estando convencionado expressamente o penhor, ou anticrese, depois sem outra novação se denominou compra, Coccey, supra, v. *Aliud ergo est;* 2.°, quando no exordio do contrato se diz dado o dinheiro a mutuo, ou a juro, e depois se passa a dizer que por este dinheiro assim emprestado se vende o predio com o dito pacto, Leyser., supra, n. 31, Stryk., § 27, e se não é que o pagamento de siza faça impropriar o penhor em venda; 3.°, e o vendedor recebendo depois mais dinheiro do comprador lhe hypotheca, á segurança d'elle, os bens vendidos com o pacto de retro; porque se tivesse sido propriamente venda, e adquirido o dominio ao comprador, não hypothecaria o vendedor depois os mesmos bens como seus á nova divida, Stryk., supra; e só cessará esta conjectura se o dinheiro, que de novo recebe o vendedor, se recebe como augmento do preço da primeira venda, e d'este augmento se paga nova siza; 4.°, se convencionam que não remindo o vendedor até certo tempo, passado elle supprirá o comprador o justo preço da cousa vendida com o dito pacto para lhe ficar perpetua a compra; porque n'este caso a primeira se presume um contrato pignoraticio, de cuja natureza era proprio o tal pacto, ex Ord., L. 4, T. 56, como a proposito Berlich., supra, n. 40, Stryk., § 31; 5.°, quando na escriptura mais vezes se denomina o contrato penhor ou empenho, e menos vezes compra, Berlich., n. 9 e 10, 6.° quando o contrato é recheado de cautelas, e clausulas insolitas, dizendo-se *vere et non simulate, vere et non in fraude usurarum,* Berlich., a n. 28, 55 e 56; 7.°, se o comprador dá em parte do preço estimados animaes, paus e cousas similhantes, do que o vendedor não necessita e que se vê precisado a vender, Berlich., n. 28; 8.°, quando o comprador assegura e acautela o perigo da cousa vendida durante o tempo do retracto; 9.°, quando ao principio houve empenho de um predio, e depois venda com este pacto, por maior preço, ficando em parte

Digitized by Google

d'elle a primeira divida, Berlich., n. 31; 10.°, se fazendo o comprador despezas na cousa vendida, depois renovaram o contrato, e cumularam as despezas ao principal, Berlich., n.° 32; 11.°, se o comprador imputa ao vendedor as despezas que por direito incumbiam ao comprador, Berlich., n. 33 e 34; 12.°, se o vendedor estava constituido em urgente necessidade; e maxime se antes protestou que só queria empenhar, e não vender, e depois appareceu venda com o dito pacto, Berlich., n. 35 e 39; 13.°, outras mais se podem ver no mesmo Berlich., de Conclusão 1, per tot., e todas largamente em Menoch. *de Præsumpt.*, L. 3, Præsumpt. 122, onde cumula vinte e seis presumpções, e em Carocio de Locato, P. 5, Tom. *de Usuris*, aonde cumula quinze conjecturas, referindo o mesmo Berlich. quarenta e sete. Sobre tudo veja-se a Rot. Roman in Collect. ad Luc., L. 5, *de Usur.*, Decis. 5, tot., seguint a n. 53.

Nota: O citado Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, T. 1, Q. 53, diz que muitas d'estas conjecturas são falliveis, Stryk, *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 4, § 30, et Leyser., *Jus Georg.*, L. 1, 41, n. 32, dizem que muitas d'ellas por si sós não bastam; mas que é precisa a união de algumas. E justamente conclue o citado Coccey, ut ibi: « Rectius ergo hæc arbitrio cordati judicis relinquuntur; qui tamen in dubio magis pro emptione, quam contractu usurario pronunciabit, etc. Na material conjectural são principios geraes que as presumpções mais fortes suffocam as mais debeis, as poucas cedem ás mais numerosas, etc., Barbos. et Tabor., L. 14, Cap. 103, Axiom. 27 et *sequentibus* ». E na materia sujeita, *singula quæ non prosunt simul unitæ juvant*, maxime in civili causa, Rot., in Collect., ad Luc. L. 5, *de Usur.*, Decis. 5, n. 3, 4 e 5.

Digitized by Google

QUESTÃO I

Se é conjectura urgente de ser pignoraticio o contrato ficar o vendedor possuindo por arrendamento

§ 23

Houve DD. que censuraram pignoraticio este contrato quando feita a venda com o pacto de retrovendendo, ficou o vendedor possuindo por arrendamento. Porém a mais solida resolução segue que ficar o vendedor possuindo por arrendamento, durante o tempo estipulado para a remissão, não produz conjectura de ser feneraticio o contrato, Gama, Dec. 39 e 82, n. 3, e Dec. 113, Pacion, *de Locat.*, Cap. 10, a n. 97, Stryk, *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 8, § 62; comtantoque não haja injustiça no preço da compra, Gam., Dec. 29, Altim., *de Nullit.*, Tom. 3, Q. 1, Sect. 3, n. 149, Sabell., § *Venditio*, sub. 56, *v. Alia plura;* e comtantoque não concorram outras conjecturas de simulação de contrato, Pacion., *de Locat.*, Cap. 10, n. 110, optime Rot. Roman., ad Luc. 5, *de Usur.*, Decis. 5, a n. 56.

§ 24

Quid vero se a pensão estipulada no tal arrendamento for excessiva com respeito á justa usura do preço da venda feita com o dito pacto? Vejamos o Card. de Luc., *de Usur.*, Disc. 11, a n. 2.

«Licet emptor citra usuræ vitium rem emptam, ejus possessione adhuc non capta, ipsimet Venditori in locationem concedere valeat. Attamen id intelligitur, dummodo pensio sit justa, et proportionata fructibus ex ipsa re colligendis, secus autem si sit excessiva, cum tunc videatur contractus usurarius continens potius usurarias accessiones pro pecunia, ita sub hoc pallio mutuata. Et propterea reputata fuit excessiva dicta pensio, usuram idcirco re-

Digitized by Google

dolens, stante potissimum ejus uniformi et invariabili quantitate pecuniaria, ad quam responsio vini redacta est, ut habetur in decisione desuper edita. Adversus quam concessa nova audientia, reassumpta disputatione, re melius percepta, recedendo a decisis, pro contractus validitate responsum fuit... Istarum vero posteriorum decisionum fundamentum fuit, quod scilicet prohibitum non est rem venditam illico, etiam actuali possessione non apprehensa locare eidem venditori; et quoad pensionis excessum, dictum fuit, et bene, illum non percutere usuram, sed potius in justitiam, seu læsionem juxta terminos textus in Leg. 2, Cod. *de Rescind. vend.* Atque circa pactum redimendi, ex quo magis fœnoris suspicio resultare solet, dictum fuit, ac pariter bene, solum pactum prædictum id non operari, nisi accedat etiam modicitas pretii... (Et n. 7 et 10). Fœnoris siquidem suspicio in ista contrahendi specie resultare dicitur, quando concurrat mutuum verum, vel interpretativum, sine quo recepta est propositio, non dari usuram, quæ proprie mutui ob dilatam ejus restitutionem accessio dicitur... Et quidem posita ex parte dantis pecuniam omnimoda irreparabilitate, cessat mutuum verum, vel interpretativum, seu titulus pignoris, quod supponit etiam mutuum, vel ad libitum, vel post certum tempus repetibile... Et consequenter ubi etiam in accessione sub nomine pensionis conventa aliquid adesset excessus, bene in causæ decisionibus advertitur, id percutere injustitiam, seu læsionem, non autem usuram, etc.

Nada ha que obste a que em um instrumento se celebrem dois contratos diversos, independentes ou connexos, e correspectivos um a outro, ou que possa cada um subsistir por si com a propria natureza, Pacion., *de Locat.*, Cap. 25, a n. 58, Urceol., *de Transact.*, Q. 97, a n. 27. Póde pois celebrar-se a compra e venda com o pacto de retrovendendo; e eis-aqui um contrato em si perfeito com todos os seus requisitos e natureza propria. Póde juntamente celebrar-se o arrendamento que o comprador faça ao vendedor dos bens que lhe comprou, e pela pensão que ajustam. E eis-aqui outro contrato diverso, e com a sua propria e peculiar natureza.

Digitized by Google

Em arrendamentos não póde jamais arguir-se usura, mas só lesão, Card. de Luc., *de Usuris*. Disc. 2, n. 12, et Disc. 11, n. 7, Surd., Consil. 306, n. 6 et 7, Leotard., *de Usur.*, Q. 8, n. 25. Torres, *de pactis*, Decis. n. 9 et 12, Cyriac., Controv. 259, n. 20, Julio Caponi, Instituições Canon., Tom. 2, pag. 78, y *Dico decimo*. Só sim havendo injustiça no preço da compra com o pacto retrovendendo é que se póde considerar usura n'este diverso contrato, considerado de per si, haja ou não haja complicação de arrendamento ao vendedor, e ou o comprador passe á posse da cousa comprada, ou a arrende a outro terceiro. E portanto arrendar o comprador pelo diverso contrato de locação ao proprio vendedor por pensão grande ou pequena, nada influe para a presumpção da usura, ainda-que a pensão exceda a legitima usura do preço da compra; e só se attende se esta, intervindo o dito pacto, foi ou não feita por justo preço, porque se por justo preço, e depois arrendada por pensão excessiva ao vendedor, ou qualquer terceiro, só o arrendamento fica sujeito ao remedio da lesão e não da usura.

QUESTÃO II

Se se deve reputar pignoraticio e usurario este contrato quando o comprador se reserva a liberdade de obrigar quando quizer ao vendedor para que distrate a venda e lhe restitua o preço

§ 25

O Card. de Luc., *de Usur.*, Disc. 11, n. 8, diz que: «Tunc ista suspicio intrare videtur, quando pactum redimendi est necessarium ex parte Venditoris, qui ad libitum Emptoris pecuniam sub nomine pretii acceptam restituere tenetur; cum tunc videatur adesse mutuum sub nomine istorum contractuum in fraudem usurarum ita palliatum, etc.» Ao Card. de Luca segue Carlos Antonio de Luca, ad Gratian., Cap. 258, n. 5. Confiram-se os muitos que refere Harprectr., Disp. 83, a n. 171. Em contrario Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 8, § 58, fundado na L. 6, ff. *de Rescind. vendit.*, e na L. 31, § 22, ff. *de Ædilit. Edict.*, suppõe ser valido este pacto, emquanto diz: «Necessaria ergo pro Emptore cautella, ut liceat finito tempore

Digitized by Google

rem offerre venditori, et pretium ex pacto petere; nullum enim dubium est quin valeat pactum ut ad certum tempus vel perpetuum redhibitio fiat. Ergo et valebit, ut post certum tempus res vendita restituatur, et pretium repetatur, etc.» Segue esta mesma opinião Mull., ad Struv., Exercit. 23, ad Thes. 46, optime et cum genuina ratione Stryk, *Us. mod.*, L. 22, Tit. 1, § 40. Confira-se acima o § 11.

§ 26

N'esta variedade o mesmo Struv., d. Thes. 46, só suppõe valido o dito pacto *modo non subsit illicitum fœnus*, e o mesmo Muller declara com Molina, *de Justitia*, Disp. 377, n. 17 e 15, que porquanto facilmente de tal pacto resulta suspeita sinistra contra o comprador, só então elle fica innocente e livre de suspeita; se esse onus posto em favor do comprador contra a liberdade do vendedor, é compensado a este por algum modo, como, v. gr., sendo obrigado a remir por menos do preço que recebeu. Veja-se tambem Less., *de Just. et Jur.*, L. 2, Cap. 21, Covarruv, L. 3, Var., Cap. 9, n. 3, Leyser., *Jus Georg.*, L. 1, Cap. 41, sub n. 4, e os abaixo citados.

Nota: Raro será o caso em que um comprador convencionando que lhe ficará arbitrario constranger o vendedor a que lhe restitua o preço da venda, e receba a cousa vendida, permitta que elle lhe restitua menor preço em recompensa do gravame a elle imposto e em graça do comprador. Se se convenciona que o comprador quando quizer poderá distratar o contrato, entregar a cousa comprada, e obrigar o vendedor que lhe restitua o preço recebido sem diminuição alguma, fica a este caso applicavel a opinião do Card. de Luca. Se porém convencionarem que n'este caso o vendedor restituirá um preço menor com respeito a esse onus, então serão applicaveis as opiniões dos mais DD., quibus adde Pinheir., *de Cens.*, Disp. 1, Sect. 11, n. 181, Guerr., For., Q. 45, sub n. 2, de Luc., ad Gratian., 14 n. 2, optime Cancer. 1, Var., Cap. 13, n. 56.

Digitized by Google

§ 27.

Nos censos remiveis é sem duvida reprovado e usurario o pacto de que o comprador do censo poderá arbitrariamente levantar o capital quando quizer, e obrigar ao devedor do censo que lhe restitua o preço recebido, Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 8, § 17. Mull. ad Struv., Exercit. 23, Thes. 46, Salgad., *in Labyr.*, P. 1, Cap. 19, a n. 5, Card. de Luc. *de Censib.*, Disc. 10, de Luc., *ad Grat.*, Cap. 14, a n. 1. Porém esta regra padece as muitas limitações que se podem ver em Guerr., For., Q. 45, em Salgad., *in Labyr.*, P. 1, Cap. 19, e em Censib., Q. 106, aonde refere treze casos em que cessa a dita regra, e em que o devedor do censo póde ser obrigado distrata-lo e remi-lo a arbitrio do comprador. Vej. etiam Stryk., *Us. mod.*, L. 2, T. 1, a § 41. Vej. etiam Harprectr., Disp. 83, a n. 175. Nos mesmos casos pois em que no censo póde o vendedor que o constituiu ser obrigado a distrata-lo e restituir o preço recebido, tambem similhantemente póde o vendedor com o pacto de retrovendendo ser obrigado a distratar a venda e restituir ao comprador o preço recebido; *maxime ex vi pacti.*

Nota: No ducado Wurtembergico não só é licito o pacto, mas sem elle póde o credor do censo levantar quando quizer o capital, Harprectr., supra.

QUESTÃO III

Se se presume usuraria a compra com este pacto, quando juntamente se convenciona que o vendedor não poderá remir senão depois de passados, v. g., cinco ou dez annos

§ 28

Declama altamente Vallasc., Conf. 41, que sendo a venda feita com este pacto, isto só basta para se presumir

Digitized by Google

pignoraticio e usurario, independente de outra circumstancia, e ser ou não a cousa vendida por preço justo. Da mesma opinião são os que refere de Luca, ad Grat., Cap. 258, n. 3. Porém em contrario está a melhor opinião, defendendo que tal pacto por si só não basta para se presumir pignoraticio o contrato, a menos que com o mesmo pacto não concorra injustiça no preço da compra, Leotard., *de Usur.*, Q. 15, a n. 3, Molin., *de Justit.*, Disp. 375, n. 5, Castilh., L. 2, *Controv.*, Cap. 25, n. 9 e 10, e com outros muitos Cortead., Decis. 149, n. 4 e 11, de Luc., ad Grat., supra, n. 3, ℣. *Verum verior*. E o mesmo Vallasc. no fim da Consult. 41, disse que nunca póde obter conforme a sua opinião, e com effeito Castilh., L. 2, Cap. 25, n. 13, diz que Vallasco se enganou.

§ 29

O douto canonista Van-Esp., Tom. 6, na Dissert. *de Usura,* Art. 3, pag. 95 (edição de 1781), sendo aliás rigorista contra a usura, diz ao nosso proposito: «Venditionem non reddi usurariam præcise ex pacto quod res non possit redimi nisi post certum tempus, v. g. post septennium, aut decennium, quia Emptor exempli causa vult proprio suo sumptu meliorem, feracioremque reddere possessionem; potest itaque opponere pactum, ut infra tempus, quo suæ indemnitati consulere possit, non redimatur.»

Nota: No meio d'esta variedade, eu, accingindo-me aos sentimentos do melhor canonista, diria que se o comprador que entra na posse da cousa comprada com este pacto, póde com qualquer causa expressa ou subentendida pretextar a rasão por que inhibiu o vendedor, de que não poderia remir senão passados tantos annos, como no exemplo que figura Van-Esp. ou outro similhante; n'estes casos é o pacto em si innocente, despido de todo o espirito de usura, e procede sem duvida a opinião referida e mais commum. Se porém este pacto não póde pretextar-se com rasão alguma plausivel, que tenha outras vistas justas, então necessariamente se ha de presumir

Digitized by Google

que as vistas do comprador foram disfructar o predio durante o tempo convencionado, e serão a este caso applicaveis as razões de Vallasc. Se bem que se o predio não rendeu ao comprador, *deductis expensis*, mais que o equivalente ao juro do preço da compra, então aindaque o contrato se converta em pignoraticio, como hoje se admitte o anticrese tacito, dentro dos justos limites da usura permittida (§ 1, na nota), nada deverá repor o comprador no tempo da remissão; e só se os redditos que percebesse excessivos da licita usura, deverá unicamente repor os excessos, quando como digo não possa pretextar com outra causa o tal pacto impeditivo do distrate por tantos annos. Veja-se a Rota Romana, in Collectis, ad Card. de Luc., L. 5, *de Usur.*, Decis. 2, n. 5, com os muitos que cita, e Decis. 3, n. 3 e 4. Veja-se tambem Harprectr., Disp. 83, a n. 171.

ARTIGO V

Quando a venda propriamente tal, feita com o pacto de retrovendendo, se possa convencer usuraria, porque feita por diminuto preço, concorrendo o mesmo pacto?

§ 30

«Se á cousa fosse vendida por menos a quarta parte do justo preço, e na venda fosse posto o dito pacto; n'este caso, concorrendo juntamente o grande desfallecimento do preço justo, com a dita convença e pacto fazem o contrato ser usurario. E bem assim se o contrato de compra e venda fosse feito com o dito pacto por homem que tivesse em costume onzenar, aindaque fosse a venda feita por justo preço, será o contrato julgado por usurario; porque o dito pacto assim posto no contrato da compra e venda por homem costumado onzenar faz o contrato ser usurario, quer fosse culpado em o dito costume o comprador, quer o vendedor. E n'estes dois casos haverá o comprador a pena que no titulo dos contratos usurarios poremos ao que dá dinheiro á onzena, assim do perdimento do principal em dobro, como do degredo, assim pela primeira vez, como pela segunda e terceira, e o vendedor perderá sómente a cousa que assim vendeu. E tudo para a corôa

Digitized by Google

de nossos reinos; e quanto aos fructos que o comprador tiver recebido, será obrigado de os tornar ao vendedor ou sua verdadeira estimação, segundo o que valeram commummente ao tempo que os colheu, e não se perderão para nós.» Estas as formaes palavras da Ord., L. 4, T. 4, §§ 1 e 2. Concorda a Ord., L. 4, T. 67, § 2, junto ao preambulo.

Nota: Á vista d'estas ordenações cessa a disputa entre os DD., dos quaes uns quizeram, que para se julgar usurario qualquer contrato, devia concorrer simultaneamente: 1.°, o pacto de retrovendendo; 2.°, modicidade do preço da compra com esse pacto; 3.°, que o comprador seja costumado a usurar. Outros DD. se satisfazem com os primeiros dois requisitos independente do concurso do terceiro, Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, Tit. 1, Q. 53, *v. Communiter*, Castilh., L. 2, Cap. 25, a n. 42, Gam., Dec. 138, Hermosilh., L. 42, Tit. 5, P. 5, a n. 25, Trentacinq., L. 3, Var., T. *de Emptione*, Resol. 10, Card. de Luc., *de Usur.*, Disc. 11, n. 5. Estas ordenações, para se julgar usurario o contrato, se satisfazem ou só com os primeiros dois requisitos, verificados elles, ou só com o terceiro verificado elle, independente do primeiro e segundo. Cessando assim entre nós a variedade dos DD., e restando só o apurar quando e em que circumstancias se verificam os requisitos com que a ordenação se satisfaz, para ser ou não applicavel á hypothese que se controverter.

§ 31

Esta Ord., L. 4, T. 4, §§ 1 e 2, junto o Tit. 67, emquanto criminam como cumplices e delinquentes tanto o comprador quanto o vendedor, impondo áquelle a pena do perdimento do principal em dobro alem do degredo, e ao vendedor a pena do perdimento da cousa que vendeu, salvo só os fructos que o comprador percebesse, os quaes adjudica ao vendedor sem os perder para a corôa. Estas ordenações, digo, emquanto castigam o vendedor ou o comprador que condescende na usura, são plus justo severas; porque o vendedor vende ou recebe o mutuo opprimido, coacto ou quasi involuntario, e parece que da parte

Digitized by Google

d'elle não ha culpa que mereça uma tal pena de perder para a corôa, ou a cousa que vende com o pacto de retro por menos do justo preço, ou a cousa que ainda por justo preço vende ao usurario, ou o dinheiro que recebeu com pacto expresso ou tacito de usura, e isto quando pelas leis civis, canonicas e das nações só se vê punivel o usurario, e não o miseravel, que apertado da necessidade condescende na usura, Lucio Ferrar., verbo *Usura,* a n. 88, Lock., *Instit. Jur. Crimin.,* § 623, Boehm., *Elem. Jur. Crimin.,* Sect. 2, Cap. 39, § 367, Codigo de Sardenha, L. 4, Cap. 14, §§ 1 e 7.

§ 32

Por outra parte, as citadas ordenações, comminando a um e outro aquella pena, dão logar a interpretar-se que não annullam a venda segundo as doutrinas de Portugal, L. 3, Cap. 16, n. 71, Guerr., Tr. 1, L. 4, Cap. 13, n. 13, Cordeir., Dubit. 9, n. 3, Almeid., Alleg. 9, a n. 1, Rocca, Sellectar., Cap. 83, a n. 9. E a nossa Ord., T. 4, § 1, emquanto diz que o vendedor perderá a cousa que vendeu o suppõe com dominio, e que se não transfere ao usurario, como com effeito não transfere *ut in specie* Reinos., Obs. 16, n. 14, Barbos., ad Ord., L. 4, T. 4, § 2, n. 3; e assim envolve um apparente contradictorio, como impor pena, não annullar expressamente o contrato, e suppor não transferido o dominio ao comprador. Sendo que as leis das mais nações expressamente annullam o contrato, Koch. e Boehm., supra, Codigo de Sardenha, supra, § 7.

§ 33

Por outra parte, se a nossa Ord. castiga tambem o vendedor, como criminoso e transgressor da lei, parece que vindo elle a juizo (a menos que não seja por delatação criminal na fórma da Ord., L. 4, T. 67, § 10), e vindo a pedir que o comprador lhe restitua a cousa vendida com usura, vem a allegar a propria torpeza na trangressão da

Digitized by Google

lei, Stryk., Vol. 11, Disp. 17, *De allegatione propriæ turpitudinis*, Cap. 1, a n. 35, e lhe obsta á sua acção a regra da lei 3 e 8, ff. *de Conditione ob turpem*, e da L. 154, ff. *de R. J.*, e da L. 4, ff. § 13, *de Doli mali Exceptione*, ibi: «Iniquum esse communem malitiam petitori quidem præmio esse, ei vero cum quo ageretur pœna esse. Cum longe æquum sit, ex eo quod perfide gestum est, actorem nihil consequi», Stryk., supra, Cap. 2, a n. 25. Maiormente quando a Ord. só permitte ao vendedor os fructos que percebeu o usurario comprador, e devolve para a corôa a cousa que o vendedor vendeu ao usurario, denegando-lhe, ao que parece, acção para a reivindicar do comprador.

§ 34

Quid ergo dicendum? Eu, 1.°, nunca vi praticada contra os vendedores a dureza da nossa Ord., nem contra os devedores a dureza da Ord., L. 4, T. 67; nota, 2.°, que as leis posteriores que cohibiram e puniram a usura n'este reino, quaes as leis de 23 de maio de 1698, a de 17 de janeiro de 1757, a de 16 de janeiro e a de 4 de agosto de 1773, e outras só seguiram o systema de annullar os contratos, fazer restituir as usuras e punir os usurarios, estando assim abrogada n'esta parte a nossa Ord. emquanto punia tambem ao vendedor; nota, 3.°, com Silv. á mesma Ord., § 2, a n. 20, 21 e 22, que a palavra *perderá*, depende de sentença condemnatoria por meio de denuncia, o que bem se confirma com as doutrinas de Peg., Tom. 6, For., Cap. 129, a n. 7, *omnino videndus*. E como a Ord. mesma suppõe (§ 32), o vendedor com dominio não transferido ao comprador pelo contrato usurario; é consequente, 1.°, que o não perde senão para a corôa; 2.°, que o retem emquanto por sentença não é d'elle privado e póde exercitar com este dominio as suas acções, Silv., supra, n. 22 e 23; sem que o réu demandado possa excepcionar contra o comprador com o direito competente á corôa, Portugal, L. 1, Preludio 2,

Digitized by Google

n. 86, e L. 3, Cap. 29, a n. 14, Peg., Tom. 8, ad Ord., L. 2, T. 16, in princ., a n. 8, e T. 18, § 1, n. 94, e § 5, n. 8. Nota emfim que assim se tem entendido na pratica, admittindo-se os vendedores com suas acções fundadas n'esta Ord., contra os compradores, como se nota em Vallasc., Cons. 41, e Cons. 70, e em Reinos, Obs. 16, n. 7, sem que jamais fossem repellidos de suas acções com os fundamentos acima lembrados, §§ 32 e 33.

§ 35

Passando pois a analysar o § da nossa Ord., L. 4, T. 4, devo prenotar que pelo systema mais seguido entre os DD., quando o pacto de retrovendendo imposto em favor do vendedor é perpetuo e illimitado, sem prefinição de tempo faz diminuir a terça parte do justo valor da cousa vendida, Silv., ad Ord., L. 4, T. 4, § 1, a n. 4, Cortead., Decis. 149, a n. 21, Fontanell., Decis. 84, n. 3, Altim., ad Rovit., L. 2, Obs. 14, n. 27, Cyriac., Controv., 261, a n. 46, e só ou diminue menos ou nada do justo valor nos casos que ao diante se exporão a § 47, como quando o pacto é limitado a breve tempo; quando negativo de se poder remir até tantos annos, etc.; sendo erro manifesto dizer o repertorio debaixo da palavra *pacto de retrovendendo tem logar*, etc.; que a citada Ord. faz diminuir a quarta parte do justo preço e que ella assim o prova, quando pelo contrario ella só diz que, sendo a cousa vendida com este pacto, por menos a quarta parte do justo preço, é o contrato usurario, e não diz que o pacto diminua a quarta parte do justo preço.

§ 36

Disputam pois os nossos reinicolas, se para regular o justo preço e a esse respeito a usura, nos termos da nossa Ord., se deve dar algum desconto em rasão do dito pacto; ou se sem o tal desconto se deve avaliar simplesmente a

Digitized by Google

cousa, e valendo, v. g., quarenta, e sendo vendida por trinta, julgar-se usuraria? Os nossos Pinello, na L. 2, Cod., *de Rescind. Vend.*, P. 3, Cap. *ultimo*, n. 19, Vallasc., Cons. 70, ex n. 10, o addicionador de Reinos, Obs. 16-a n. 1, assentam que para computar o justo preço e apurar a usura nos termos da dita Ord., se não deve fazer desfalque algum com respeito ao dito pacto. N'isto mesmo convem os alienigenas Bersano, Variar., Cap. 2, Q. 3, e n. 4, Grat., For., Cap. 258, a n. 32 e 38.

§ 37

Em contrario, e que o justo preço se deve regular com rebate da parte que n'elle diminue o dito pacto refere julgado Gam., Dec. 138 e 178, n. 8 e 9, que segue Silv., ad Ord., L. 4, T. 4, § 1, n. 4 e 5, e o sente Cald. na L. *si curatorem*, verbo *sua facilitate*, n. 83. Concordam os DD. das mais nações, defendendo que do justo preço se deve fazer deducção ou rebate da terça parte com respeito ao dito pacto, não só quando se trata de excluir a lesão enorme, mas tambem quando se trata da parvidade usuraria, que se argue na venda feita com o pacto de retrovendendo, Cyriaco, Controv. 261, a n. 55, transcrevendo, no n. 56, a terminante doutrina do antigo canonista o abbade Menoch., *de Præsumpt.*, L. 3, presumpção 122, n. 8 e 9, Cortead., Dec. 149, n. 15 e 18, Grat., For.; Cap. 600, n. 8, Card. de Luc., *de Usur.*, Disc. 11, n. 5, Hermosilh., in Leg. 42, T. 5, Partit. 5, n. 30, os quaes referem outros innumeraveis, e a Rota Roman., in Collect., ad Card. de Luca, L, 15, *de Usur.*, Dec. 5.

§ 38

Quid ergo in hac opinionum varietate sequendum? Para eu expor a genuina intelligencia d'esta nossa Ord. até agora occulta aos nossos reinicolas; devo prenotar, 1.°, que ella teve por fonte, emquanto determinou a usura, não o di-

Digitized by Google

reito romano, porque, que eu saiba, não ha lei romana que caracterise usuraria a venda feita com o pacto de retrovendendo, intervindo modicidade no preço; mas teve por fonte o direito canonico no Cap. *Ad nostrum de Emptione et vendition.*, que alem dos decretalistas largamente analysou Castilh., L. 2, Cap. 25, a n. 45 e 54.

§ 39

Devo prenotar, 2.°, que todo o pacto e condição imposto na venda em favor do vendedor, entra, e se computa como parte do preço, L. *Fundi partem* 79, ff. *de Contrah., Empt.*, L. 21, § 4, ff. *de Action Empt.*, L. 75, ff. *de Contrah. Empt.* Concorda o direito canonico no Cap. *Cum Joannes de Fid. Instrum.*, ibi: *Cujus conditionis intuitu pro minori pretio vendidisti,* e concordam os mais textos que cumulou Cald., na lei *Si curatorem,* verbo *Sua facilitate,* sub n. 81 e 82, deduzindo d'elles a conclusão que vale menos a cousa vendida, quando póde avocar-se da mão do comprador por força de algum pacto ou condição.

§ 40

Devo prenotar, 3.°, que por estes principios sempre os primeiros e mais antigos jurisconsultos assentaram que o pacto de retrovendendo em favor do vendedor, diminue o justo preço da cousa vendida, como foram Panormitano, Baldo e outros que refere Tiraquel., *de Retract. convencional,* no prefacio desde o n. 20, que depois seguiram o mesmo Tiraquell., Cald., supra, n. 83; e um grande esquadrão que cumulou Cortead., Decis. 149, n. 19, e tambem Cyriac., Controv. 261, a n. 46, e o repertorio debaixo da palavra *Pacto de retrovendendo tem logar,* etc.

§ 41

Ora, Innocencio III, este grande jurista peritissimo no

Digitized by Google

direito romano, quando no dito Cap. 5, *de Emption. et Vendit.* (fonte da nossa Ord.), julgou usuraria uma venda que se propoz feita com o tal pacto; entre outros fundamentos da sua decisão, que exprimiu para julgar usuraria essa venda, e recapitulados por Luca, ad Grat., C. 258, n. 8, um d'elles foi porque o preço *Vix dimidiam justi pretii contingebat.* E firmados n'este texto, assentam commummente os DD. segundo o mesmo direito canonico, que só então é usuraria a venda quando com o pacto de retrovendendo concorre notavel modicidade do preço; e que esta modicidade deve consistir em ser o preço convencionado menos de ametade do justo. Assim com Roman., Roland., Honded., Osasc., Menoch., Mantich., Mascard., Farinac., Trentacinq., Gratian., Barbos., Urceol., Leotard., *de Usur.*, Ciarlin., Hodiern., ad Surd., Caten., Cancerio e outros muitos, Cortead., Decis. 149, n. 12, optime Joan., Mar. Novar., *de Male ablat. post tract.*, in Allegat., a n. 41.

Nota: No caso proposto a Innocencio III, e decidido por elle n'aquella decretal, concorriam não só o pacto de retro com injustiça do preço em menos da ametade do justo valor, mas outras circumstancias que convenciam usurario esse comprador, circumstancias que notaram os DD., com os quaes Luca, ad Grat., Cap. 258, n. 8, Castilh., L. 2, Cap. 25, n. 45 e 54, Clericat., Tom. 9, Dec. 72, sub n. 20.

Supposto isto por certo e passando a ponderar a nossa Ord., quando ella diz: *Por justo preço, por menos a quarta parte do justo preço; o grande desfallecimento do preço justo,* será crivel que o nosso legislador se não lembrasse do direito romano e canonico (§ 39), e dos antigos jurisconsultos (§ 40), que sempre reputaram como parte do preço este pacto em favor do vendedor; e que só fica justo o que se apura depois do rebate com respeito a este pacto? Será crivel que o nosso legislador em uma materia peccaminosa e do fôro da consciencia, quizesse ser ainda mais escrupuloso e rigido do que o foi Innocencio III,

Digitized by Google

quando n'aquella decretal tomou por fundamento ser o preço d'essa compra ainda menos da ametade do justo? Se este canon foi a sua fonte, será crivel que se apartasse do juizo de um papa adstringindo mais do que elle a usura?

§ 43

N'esta que parece incerteza, eu firmo esta proposição. Tanto se calcula ser usuraria a venda com o pacto de retrovendendo intervindo lesão enorme, ou sendo feita por menos de ametade do justo preço, sem que se diminua a terça parte com respeito ao dito pacto, como se calcula ser usuraria sendo feita por menos de ametade do justo preço, mas com deducção da terça parte em respeito ao pacto. Por qualquer fórma que se faça o calculo vem a coincidir na mesma conta para se concluir a usura, ou sendo a venda por menos de ametade do justo preço conforme o canon, ou com o dito rebate por menos da quarta parte do justo preço conforme a nossa Ord. Demonstra-se isto com os seguintes exemplos.

§ 44

Supponha-se ser o justo valor da cousa vendida réis 100$000, e vender-se com o pacto de retrovendendo por 50$000 réis, eis-aqui vendida com lesão enorme e usurario o contrato, conforme o canon, sem se fazer deducção alguma do justo valor com respeito ao pacto. Por outro modo: deduzamos com respeito ao pacto a terça parte d'aquelle justo valor, a qual são 33$333 réis. Com esta deducção e rebate, o que valia por justo preço os 100$000 réis, fica no justo preço de 66$666 réis. D'estes a quarta parte são 16$666 réis. Vendendo-se pois por cincoenta o que vale cem, e deduzindo-se a terça parte em rasão do pacto, vem a ficar vendida por menos a quarta parte do justo preço; porque quatro vezes 16$666 réis perfazem os 66$666 réis, justo preço, deduzida dos cem a terça parte.

Digitized by Google

Outro exemplo: Vende-se por trinta o que valia sessenta. Eis-aqui conforme o canon usurario o contrato, porque se vendeu com o pacto de retro a cousa por menos da ametade do justo preço. Por outro: deduzamos dos sessenta a terça parte que são vinte; fica com esta deducção da terça parte respectiva ao pacto, sendo o justo preço quarenta. Vendendo-se pois por trinta o que assim vale quarenta, vem a ficar conforme a nossa ordenação vendido por menos a quarta parte do justo preço. De fórma que o mesmo é concorrer com o dito pacto lesão enorme, sem se dar desconto algum com respeito a elle, ou dar-se o desconto da terça parte e regular o justo preço com esse rebate; porque vem a coincidir na mesma conta de ficar a venda por menos a quarta parte do justo preço, conforme os expostos exemplos.

§ 45

Devemos pois assentar que o nosso legislador, peritissimo no direito civil e canonico quando decidiu ser usurario o contrato, sendo a cousa vendida por menos a quarta parte do justo preço, suppoz o pacto illimitado a todo o tempo e suppoz o rebate da terça com respeito ao pacto. Vindo assim a conciliar o direito romano com o canonico, e dando ou suppondo o desconto que a decretal não deu na hypothese de ser vendida a cousa por menos da ametade do justo preço.

Na verdade: A nossa Ord. tres vezes repete *justo preço*. Quando concorre o dito pacto em favor do vendedor, não ignorava o legislador que este pacto deduz parte do justo preço, e que só fica justo o preço depois de feita essa deducção, e porque com effeito vale mais o que se compra para sempre, e menos o que se compra ficando o vendedor com o arbitrio livre para distratar quando quizer a venda; logo o justo preço de que falla a lei deve só ser o que se calcular depois de se avaliar a cousa justamente, como o que se vendesse sem tal pacto; e depois de se deduzir d'esse valor

Digitized by Google

a terça com respeito ao mesmo pacto. Vindo assim a ser mais conforme ao espirito da Ord. a opinião referida a § 37.

§ 46

Se vier em duvida, que conforme os referidos calculos se vem a confundir o remedio da lesão enorme nos termos da Ord., L. 4, T. 13, com o da usura, nos termos da Ord., de que tratâmos, respondo que os effeitos são muito diversos. Annullado pela usura o contrato, não tem o comprador a eleição que na lesão enorme lhe faculta a Ord., L. 4, T. 13, e deve os rendimentos desde o principio compensados com a sorte principal; o que não é assim no caso da lesão, em que o comprador tem a eleição de supprir o justo preço e não restitue os fructos, Cancer 1.°, Variar., Cap. 13, n. 41, Menoch., L. 3, Præsumpt. 122, n. 15, Confer. Reinos., Obs. 16. E se bem que Gratian., For., Cap. 258, a n. 32 e 38, sente em contrario que só para o caso de lesão, e não para o da usura, se tem respeito ao pacto, seguindo a opinião de qua § , eu não me aparto da contraria a § , de novo defendida a § .

SECÇÃO I

Limitações do precedente e demonstrado systema ou casos em que elle cessa

§ 47

Tudo o exposto desde o § 37 só tem applicação propria, quando o pacto de remir é estipulado em favor do vendedor, e quando elle fica com o livre arbitrio de distratar a venda em todo e qualquer tempo. Só então é que o pacto de retrovendendo n'esta fórma concebido, produz o effeito de diminuir a terça parte do justo valor da cousa vendida, e só então é que ha logar esse rebate, Cortead., Decis. 149, n. 22, citando Tiraquello, Fabro,

Digitized by Google

Barbosa, Cyriaco, Hodierna a Surdo, Fontanello, Carena e outros mais.

§ 48

«At quando (continua Cortead., a n. 23), pactum de retrovendendo est temporale, nempe limitatum usque ad certum tempus, puta tres, quatuor, quinque, vel decem annos, licet certissimum sit, quod etiam diminuit de valore rei... etiamsi pactum retrovendendi temporale fuerit elapsum, adhuc valorem rei diminuit... Tamen pactum de retrovendendo temporale limitatum usque ad certum tempus diminuit valorem rei in sexta tantum parte... Alii arbitrio Judicis relinquunt, habita ratione majoris, vel minoris temporis ad redimendum concessi.» Amato Variar., Resol. 61, n. 27, ibi: «Doctores qui in pacto de retrovendendo loquendo dicunt tertium minuere, supponunt pactum de retrovendendo simpliciter et perpetuum, vel saltem non restrictum ad breve tempus, nam quo brevius est, eo certe, minoris est, et consequenter tanto minus pretium diminuit», Fabro, in Cod., L. 4, T. 30, Defin. 27, Vallasc., Cons. 70, sub n. 5, v. *Sed et ulterius*, Altim., ad Rovit., L. 2, Obs. 14, n. 30, ibi: «Si vero pactum non est perpetuum, sed ad tempus, tunc æstimatur ad minorem quantitatem, et sic ad sextam partem. Vel aliter arbitrio Judicis, habita ratione maioris, vel minoris temporis concessi ad redimendum, etc.», Rota Romana post Cyriacum 261, a n. 2, ibi: «Cum pactum perpetuum est liberum de retrovendendo quandocumque ad libitum venditoris, arbitrarii solet minuere pretium in tertia, vel paulo minus quam in quarta parte; merito in pacto temporali et ad sex annos restricto diminutio regulatur juxta temporis qualitatem expressam; et ita alias Rota in una Placentina usurarum pacti de retrovendendo ad septennium, contractui emptionis appositi æstimationem restrinxit ad sextam partem pretii... æquitas suadet, ut quanto minoris temporis est pactum, vel onus, tantum etiam minorem faciat diminutionem pretii, ne alioquin dicamus, quod

Digitized by Google

tantum minuit pactum temporale, quantum perpetuum, etc.», Fontanell., Decis. 83, tot., Barbos., in Cap. *Conquestus de Usur.*, sub n. 13, Rota post Salgad., *in Labyrint. Creditor.*, Decis. 24, n. 34, ibi: «Pactum illud ubi non est absolutum, ac indefinite conventum, sed ad certum tempus restrictum, non solet ipsius rei æstimationem minuere ultra sextam partem, etc.» E é bem notavel o logar do Levitico, Cap. 25. «Quanto plures anni remanserit post Jubileum, tantum crescet et pretium; et quanto minus temporis numeraveris, tanto minoris et emptio constabit, Card. de Luc., *de Usur.*, Disc. 11, sub n. 5, et *de Judiciis*, Disc. 33, n. 55, Bersan., Variar., Cap. 2, Q. 3, n. 4.

§ 49

«Ubi vero pactum de retrovendendo esset negative conceptum, et limitatum in damnum venditoris, nempe ut non possit redimere, nisi elapso tanto tempore, puta tribus, quatuor, quinque, vel decem annis, aut expletis, tunc enim pactum illud nihil minuit de vero valore rei.» Ita Cortead., Decis. 149, n. 28, Conf. Gratian., For., Cap. 258, n. 38, Tiraquell., *de Retract. Conventional. in præfation*, n. 26, ibi: «Ea, quæ diximus, procedunt in pacto revendendi libero ipsi venditori, id est, quod in facultate est ipsius ut possit etiam statim redimere cum voluerit. Secus si non possit, nisi post aliquod tempus; tunc enim ob id pactum non censetur res minoris valere, etc.» Barbos., in Capit. *Conquestus de Usur.*, n. 3. E o mais é que este pacto restrictivo da liberdade do vendedor, tão longe está de diminuir o justo valor, que antes o augmenta; e a tantos mais annos se amplia esta restricção em favor do comprador, e em odio do vendedor, a tantos mais sobe o valor da cousa vendida, Cancer. 1.°, Variar., Cap. 13, n. 56, Cyriac., Controv. 261, n. 63 e 64 (confira-se o § 26). E em consequencia intervindo esse pacto negativo e restrictivo da liberdade do vendedor, e não se fazendo deducção alguma com respeito ao tal pacto, é mais facil-

Digitized by Google

mente presumivel a usura, sendo a cousa vendida com qualquer diminuição do preço ou por menos a quarta parte do justo valor, Gratian., For., Cap. 258, a n. 4, Cortead., Decis. 149, n. 11 e 14, Castilh., L. 2, Cap. 25, a n. 9, Cyriac., Controv. 261, n. 66, Barbos., in Cap. *Ad nostram de Empt. e Vendit.*, de Luca, ad Grat., Cap. 258, sub n. 3, Leotard., *de Usur.*, Q. 9, n. 18 e 19.

Tambem o pacto de retrovendendo não diminue o justo valor, quando por outras conjecturas se mostra a simulação; porque, intervindo estas, nem o pacto opera esse effeito, nem é necessario que haja lesão alguma para se julgar usurario simuladamente o contrato, veja-se Rot. Roman., ad Card. de Luca, L. 5, *de Usur.*, Decis. 5, a n. 44.

§ 50

Similhantemente nada rebate do justo preço o pacto de retrovendendo, quando o comprador se reserva a liberdade de demandar ao vendedor que lhe restitua o preço e receba a cousa vendida. Confira-se o exposto desde o § 25 até o § 27; porque n'este caso não só respira a usura, mas esse pacto ainda na laxa opinião só póde subsistir, *si Venditor in pretio non defraudetur.*, Mull., *ad Struv.*, Exercit. 23, Thes. 42, *prope finem*, v. 7.

§ 51

Tambem o pacto de retrovendendo nada diminue do justo preço, quando não é estipulado no mesmo contrato, mas só ex intervallo por novo e diverso contrato, porque então já não foi pacto inherente á venda em beneficio do vendedor, e condicionado por elle como parte de preço, vendendo por menos com respeito ao mesmo pacto, mas só se attribue a mera liberdade do comprador, que tendo a sua compra estipulada para sempre, cede em parte do direito assim adquirido, para ser jamais irremivel, agraciando por favor ao vendedor a faculdade de remir. Fa-

Digitized by Google

bro, in Cod., L. 4, T. 30, Defin. 28, aonde acrescenta que se o comprador para evitar a presumpção da usura, que resulta da complicação do dito pacto, o convenciona, ex intervallo com o vendedor por diversa escriptura, não evita a presumpção da usura intervindo a modicidade do preço, confira-se a nota ao § 24.

Nota: A nossa Ord., L. 4, T. 4, § 1, tres vezes *justo preço*, e só decide usuraria a venda feita por menos a quarta parte do justo preço. É pois necessario que este se apure para se julgar ou excluir a usura: 1.°, com respeito ao tempo do contrato; 2.°, com attenção a todas as circumstancias que fazem valer mais ou menos a cousa vendida, a todos os onus, tributos, encargos, pensões, etc. (alem do desfalque com respeito ao pacto de retrovendendo, segundo as distincções expostas a § 47), Cortead., Decis. 149, a n. 15 ad 18, ibi: «In constituendo autem justo pretii ad affectum cognoscendi modicitatem pretii, inspici debet tempus contractus, cum illud loco et tempore mutetur... Præterea ad cognoscendum justum pretium deducenda ea quæ faciunt rem minus valere, de quib.» Mant., *de Tacit.*, L. 4, Tit. 20, a n. 38, Pinel., in L. 2, P. 3, Cap. 4, a n. 15, Cod., *de Rescind. Mascard.*, Concl. 1198, Vallasc., Cons. 43 e 70, Cyriac., Controv. 87, etc. «Et sic ad cognoscendum justum pretium habenda est ratio, si res vendita cum pacto de retrovendendo, si est subjecta aliis oneribus, ut puta solutioni alicujus Canonis vel census... etc.», optime et ad rem Joan. Novar., *de Male Oblat. post Tract. in Alleg.*, a n. 43. Confira-se o meu *Tratado das avaliações* de tudo o que é estimavel, e tambem ao proposito o Repertorio debaixo da palavra: *Pacto de retrovendendo tem logar*, etc.

SECÇÃO II

Quanto ao segundo caso, qual o da Ord., L. 4, T. 4, § 2

§ 52

Esta Ord. acha-se tão bem explicada por Silva, que parece não depender de outra alguma exposição. Não me conformo porém com a indistincta doutrina do n. 12, ou porque a usura só é caso *mixti fori* quando se accusa

Digitized by Google

criminalmente, e não quando civilmente, caso em que sendo os contendores leigos se deve tratar no secular, Repertorio sub verbo: *Usurarios sendo alguns contratos*, Peg., Tom. 3, ad Ord., L. 1, T. 9, § 12, n. 412, 414 e 417, signanter, n. 423, como porque hoje nem ainda no ecclesiastico se conhece da usura, nem póde conhecer criminalmente mais do que para o fim de impor aos usurarios penas espirituaes e canonicas, Mello, L. 1, T. 8, § 21.

§ 53

Tambem não sigo a Silva, emquanto no n. 14 diz que para ter logar esta Ord., não é necessario que o comprador tenha sido criminado e comprehendido no crime de usura; mas basta que se prove que elle tivesse em costume onzenar, e que a palavra culpado, de que usa o dito § 2, se entende da convicção na mesma accusação, ou excepção em que se arguir a usura presumida pelo precedente costume de ser usurario, sem que seja preciso ter precedido outra sentença em que fosse julgado tal.

§ 54

Contra esta interpretação de Silva está: 1.°, que ninguem se presume delinquente em qualquer especie de delicto, nem incorre em infamia, emquanto não é por sentença julgado criminoso, introducção ao codigo da Russia, § 184, Mello, L. 5, T. 17, § 4, n. 7; e as testemunhas que praticamente jurarem, que qualquer é costumado a onzenar, não são nem podem ser juizes que julguem e que decidam da usura; está, 2.°, a mais terminante doutrina de Stryk., Vol. 3, Disp. 4, *de vita anteacta*, Cap. 5, n. 18, aonde diz que os usurarios só incorrem em infamia de o serem, depois da sentença declaratoria de que elles incorreram no crime de usura; está, 3.°, a doutrina de Ferraris, verbo *Usura*, n. 99, aonde diz que só se devem reputar usurarios os confessos ou convencidos, e condemnados por sen-

Digitized by Google

tença, ou aquelles: «*Qui ita palam et evidenter exercent usuras, ut nulla tergiversatione id negare et celare valeant*».

§ 55

Ora, e praticamente fallando, como poderá verificar-se para ser applicavel a nossa Ord., que algum é costumado a onzenar, sem primeiro em juizo contencioso ter sido julgado usurario por sentença declaratoria? Supponhamos que um homem costuma fazer muitas compras com o pacto de retrovendendo; porventura segue-se d'ahi que seja usurario quando estas compras são licitas por todos os direitos, ut a § 10? Seria preciso provar-se que as antecedentes compras, que elle fazia com este pacto eram em si mesmas usurarias. Mas como o podem julgar quaesquer testemunhas, que simplesmente jurem ser qualquer costumado a onzenar, sem especificarem os contratos, que elle fez com quem, por que fórma, etc.; e ainda especificando tudo isto, como se póde decidir da usura d'esses precedentes contratos, para capitular qualquer que os fez costumado a onzenar, sem haver um plenario exame sobre cada um d'esses precedentes contratos, e sobre esse exame uma decisão; ou sem pelo menos se mostrarem praticadas por elle umas usuras tão notorias e evidentes, que *nulla tergiversatione negari et celari valeant?* Eu não o posso comprehender, nem que um homem seja infamado criminoso de usura sem uma sentença declaratoria, nem que se possa fazer argumento de um facto duvidoso, para reputar usuraria, nos termos do nosso § 2, uma compra aliás feita por justo preço; quando tal compra em si é licita por todos os direitos, e só a conducta do comprador e como em pena do costume de usurar a póde fazer illicita. Mas como se lhe póde impor esta pena sem prova de culpa, e como se póde dar aqui culpa sem sentença declaratoria que antes o houvesse julgado usurario?

Digitized by Google

§ 56

Confirma-se com o simile da Ord., L. 3, T. 58, § 5. Esta Ord. só reputa falsario, e com alguma quebra no credito, aquelle que for comprehendido em falsidade e condemnado por sentença por falso; e emquanto qualquer comprehendido em falsidade não é condemnado por sentença, não lhe dá quebra alguma no credito. E isto talvez pelas rasões acima expostas no § 54. Logo (e fazendo argumento com o simile d'esta Ord.), no sentimento do nosso legislador a palavra *culpado em o dito costume*, suppõe uma culpa julgada e declarada antecedentemente por sentença; de outro modo, e seguida a interpretação de Silva, resultariam os absurdos que ficam expostos (§§ 54 e 55), seria essa interpretação opposta ao espirito do legislador bem exhibido na dita Ord., L. 3, T. 58, § 5. Bem mostra Silva (e tem desculpa) ser destituido da sciencia hermeneutica.

ARTIGO VI

Se o tempo para o distrate se limita no contrato, deve a venda remir-se no tempo prefixo. E quando em quaes casos possa remir-se passado o tempo convencionado?

§ 57

Principia o tempo espaçado para o distrate, não do dia em que se ajusta a venda, mas do dia em que o vendedor faz tradição da cousa vendida, Tiraquell., *de Retract. Convent.*, § 2, Gloss. un., n. 57, Hermosilh., L. 42, T. 5, P. 5, n. 46, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Diss. 6, Cap. 4, § 57, Mant., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 43; e computado do dia da tradição corre de momento a momento, «ita ut dies cæptus non habeatur pro completo, sed dies termini etiam computatur in termino; imo etiam in ultima hora illius diei adhuc audiendus sit retrahens». Stryk., *de Suc-*

Digitized by Google

cess. ab intest., Diss. 6, Cap. 4, § 62, *et Usu modern. ad Pand.*, L. 18, T. 1, § 48, Gratian., For., Cap. 86, n. 24, Rot. in Collect., ad Luca, L. 4, *de Servit.*, Decis. 3, n. 3.

§ 58

Supposto isto: «Absolutum est in jure, quod pactum de retrovendendo ad certum tempus collatum, eo elapso, amplius exerceri non potest, L. 2 e 4, Cod., *de Pact. inter Emptor.*, L. *Æmilius Largianus*, ff. *de Minorib.*, tum quia vana alias esset et elusoria redderetur adjectio temporis, si post illud esset licita redemptio; tum quia venditor patiendo labi tempus ad redimendum censetur juri redimendi renunciasse; tum quia concessum ad tempus, post illud censetur prohibitum, etc.» Ita cum Tiraquello, Mantica, Gratian., Hermosilh., Barbos., Gomes et pluribus aliis Cortead., Decis. 149, n. 30, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Dissert. 6, Cap. 4, §§ 49 e 62, Struv., Exercit. 23, Thes. 42, in fin., Portugal., *de Donationib.*, L. 3, Cap. 43, n. 62, Cod. Civ. dos francezes, Art. 1662, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 48, Rot. Roman., ad Luca, supra. Mas diz Leyser., *ad Pand.*, Spec. 161, Medit. 21: «In retrovenditione dies solutionis præfixus civiliter, et cum aliquo temperamento temporis intelligendum est et Med. 23, sufficit solutionem a retroemptore in die præfixo verbis offerri.»

§ 59

Amplia-se, 1.°, que passado o tempo prefixo para o distrate, não póde jamais purgar-se a mora nem admittir-se o vendedor a fazer a remissão e distrate ou retrovenda, Portugal, *de Donationib.*, L. 1, preludio 2, § 1, n. 109, Noguerol., Alleg. 11, n. 115, Tiraquel., *de Retractu conventionali*, § 1, Gloss. 2, n. 43, Stryk., supra, §§ 62 e 63, com Mantica, Surdo, Hermosilha, Merlino, *de Pignorib.*, Aylon., *ad Gomes*, e outros, Cortead., Decis. 149, Mant., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, a n. 48.

Digitized by Google

Nota: Supposto que alguns DD. referidos pelo mesmo Cortead. admittem a purgação da mora, comtudo o citado Stryk., § 63, expõe para este fim uma genuina distincção entre o beneficio da restituição, competente ao ignorante para purgar a mora, e a indolencia e negligencia de remir no tempo prefixo. No primeiro caso é que admitte a purgação da mora mas não no segundo. Em Gam., Decis. 211, n. 2, que segue Cancer. 2.°, Var., Cap. 6, n. 61, se vê julgado que póde purgar-se a mora remindo-se no dia seguinte; outros admittem pela equidade canonica a purgação da mora dentro em breve tempo, Stryk., Vol. 1, Disp. 8, *de Mora*, Cap. 4, a n. 3; aindaque o mesmo Stryk., *de Success. ab intestat.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 62, diz que: *Post terminum hunc elapsum omne jus præclusum licet secundo aut tertio die post veniat.* O certo é que remir qualquer por força d'este pacto os seus bens é muito favoravel ao vendedor; e eu duas vezes tenho visto julgar por esta equidade contra o stricto rigor de direito, maxime quando o vendedor teve algum legitimo impedimento; de quibus Stryk., Disp. 8, *de Mora*, Cap. 3, a n. 32. Veja-se o favoravel Facchin., *Controv.*, L. 2, Cap. 4; isto a menos que o comprador não tenha crédores com direito adquirido a seus bens, em prejuizo dos quaes se não póde admittir tal purgação da mora, Cost., *de Priv. Cred.*, Reg. 1, Ampl. 2, n. 84.

Nota: Leys., *ad Pand.*, Spec. 191, Medit. 24 e 25, firma estas proposições: «Mora in solvendo retrovenditionis pretio commissa confestim, antequam nempe retrovenditionis interesse incipit, purgari potest, et Medit. 25, Minores et Collegia contra moram in solvendo retrovenditionis pretio commissam in integrum restituuntur.»

§ 60

Amplia-se, 2.°, a geral regra (§ 58), e procede esta prescripção convencional: «Et si intra terminum præfixum venditor partem pretii emptori solverit», Hermosilh., in L. 52, T. Part. 5, Gloss. 1, n. 35, Surd., Cons. 52, tot., de Luca, ad Gratian., Cap. 207, n. 1, Cortead., Dec. 149, n. 35, prop. fin., Barbos., in L. 2, n. 34, Cod., *de Pact. inter Emptor.*

Digitized by Google

§ 61

Amplia-se, 3.°, e procede a prescripção convencional d'este pacto: «Ut nec minor ex capite minoris ætatis, si sit hæres venditoris, possit contra lapsum temporis conventionalis restitui, ut possit oblato pretio rem venditam redimere, L. *Æmilius Largianus*, ff. *de Minor.*», Hermosilh., supra, n. 36, Richer., L. 1, T. 28, Cap. 3, § 1521, Fabr., in Cod., L. 2, T. 23, Def. 3, n. 6, Conciol., *ad Statut. Eug.*, L. 2, Rubr. 52, n. 21, Cortead., Decis. 149, n. 37, ibi: «Si venditor decedat, relicto hærede minore, prædictum tempus currit contra eum; et non potest minor ex capite minoris ætatis contra lapsum temporis conventionalis restitui, quia nihil eum eo gestum est; quod procedit tam in adulto quam in pupillo, et etiam nondum nato, etc.», Sam. Stryk., Vol. 1, Disp. 1, *de præscriptione conventionali*, Cap. 5, a n. 5, ibi: Præscriptio conventionalis cum defuncto majori cæpta, indistincte currit contra minorem et pupillum, excluso restitutionis beneficio, etc.» Ahi expõe Stryk. magistralmente a rasão da L. *Æmilius* 33, ff. *de Minorib.*, e é digno de ser visto, e n. 19, reprovando Zoez., *de Retract.*, in L. 8, n. 31.

Nota: Supposto que n'este caso não compete ao menor o beneficio da restituição pelo privilegio de menor, sempre lhe compete pela clausula geral do pretor *Si quid mihi justa causa*. Como pela ignorancia do contrato celebrado com o pae e do tempo em que finalisava a faculdade de remir, como defende a mais solida opinião apud Stryk., supra, n. 15; Vej. eund. *in Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 48, e a nota ao § 59, Richer., § 1527, Cortead., supra, n. 38; supposto outros quizeram o contrario. É porém necessario para se conceder ao menor esta restituição que se prove leso, e que o tutor não tivesse sido interpellado pelo comprador para remir dentro do tempo, Stryk., supra, n. 16, 17 e 18, Luca, ad Gratian., Cap. 207, n. 3, optime Cancer. 1.°, Var., Cap. 13, n. 59, Mant., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 60, optime Larrea, Decis. 70, aonde responde a todas as objecções contrarias e assim refere julgado.

Digitized by Google

§ 62

Amplia-se, 4.°, e procede a prescripção convencional d'este pacto: «Et si emptor durante termino, intra quod venditor poterat rem retrahere, ei (qui dixit se velle retrahere) respondeat, venias toties quoties volueris, ego et libenter admittam; nam transacto termino non debet admitti, Tiraquell., *de Retract. Linag.*, § 1, Gloss. 10, n. 33 e 34... Et si non transacto tempore retractus, dixerit venditori illum admissurum ad retractum quandocumque voluerit; nam intelligitur modo is veniat intra tempus assignatum, Tiraquell., *de Retract. Convent.*, § 1, Gloss. 2, n. 14: «Ita Hermosilh., in L. 42, T. 5, P. 5, Gloss. 1, n. 39 e 40.

Amplia-se, 5.°, aindaque antes de findo o tempo, o vendedor offereça a remissão, e recusando-a o comprador suscite demanda que dure tempos; se condemnado depois o comprador aceitar a remissão, o vendedor a não faz no tempo, que excomputado o da duração da demanda faltava para completar paccionado para a remissão o tempo antes, e o de depois da demanda se tornam a unir, Rot., ad Luc., L. 4, *de Servit.*, Dec. 3 e 4.

§ 63

Limita-se porém, 2.°, a regra geral exposta no § 57: «Si venditio esset facta cum modicitate pretii, nam tunc potest venditor eam redimere, etiam lapso præstituto termino ad redimendum», Cortead., Decis. 149, n. 32, Tiraquell., *de Retract. conventional.*, § 1, Gloss. 2 e 55, Cancer. 1.°, Variar., Cap. 23, n. 53, Vallasc., Cons. 70, n. 16, Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 40.

§ 64

«Limita secundo, si emptor lapso termino ad retrovendendum dixerit se adhuc esse paratum retrovendere, nam tunc non obstante lapsu temporis venditor audietur, et

Digitized by Google

admitti debet ad redimendum. Sed hoc casu emptor non erit in perpetuum obligatus; sed intra modicum tempus venditor rem redimere debet; et potest emptor compellere venditorem ut intra duos menses redimat, et si non fecerit postea venditor non audietur.» Ita Cortead., Decis. 149, n. 33, Barbos., in Leg. 2, Cod., *de Pact. inter Emptor.*, n. 41, Tiraquell., *de Retract. conventional.*, § 1, Gloss. 2, n. 65, Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 45, Hermosilh., L. 42, T, 5, Partit. 5, n. 41.

Nota: Não póde porém um tutor do pupillo ou menor espaçar nos termos d'esta limitação, findo o tempo convencionado para a remissão ao vendedor, ou outro algum tempo depois de assim pelo lapso do convencionado, estar adquirido direito ao pupillo ou menor, Bersan., *de Pupil.*, Cap. 2, Q. 18, n. 13, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 52, n. 19, Grat., For., Cap. 26, a n. 9, Andreol., Controv. 374, a n. 6. Só se duvida se o tutor antes de findo o tempo e antes de adquirido o direito ao menor, póde prorogar ao vendedor mais algum tempo para remir alem do tempo convencionado? Negam alguns dos DD. citados, e Tiraquell., *de Retract.*, in fin, n. 17; pelo contrario permittem ao tutor prorogar ao vendedor o tempo convencionado, comtantoque o prorogue antes de findo este, Conciol., supra, Altograd., Consil. 67, n. 17, de Luca, ad Grat., Cap. 26, a n. 4.°, Guttierres, *de Tutell.*, P. 2, § 6, n. 14. Nem tambem o comprador que tem crédores, póde em prejuizo d'elles, findo o tempo, aceitar a remissão, Cost., *de Privil. Cred.*, Reg. 1, Ampl. 2, n. 84; não se extinguem as hypothecas contrahidas pelo comprador sobre a cousa comprada, Altim., ad Rovit., L. 2, Obs. 53, n. 24. (Vej. § 103).

§ 65

Limita, 3.°: «Si emptor post tempus præstitutum petierit sibi pretium solvi, et sciens hoc fecerit; nam tunc potest cogi ad retrovendendum, ac si pretium accepisset. Idemque est, si emptor post tempus facultati redimendi concessum acceperit pretium sibi a venditore oblatum; nam poterit compelli ad retrovendendum; etiam si partem

Digitized by Google

pretii tantum post tempus acceperit.» Ita Cortead., Dec. 149, n. 34 e 35, Conf. Stryk., Disp. 1, Cap. 4, a n. 11, Tiraquell., *de Retract. conventional.*, § 1, Gloss. 2, n. 62 e 64, Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 46 e 47, Barbos. na L. 2, Cod., *de Pact. inter Emptor.*, n. 42 e 43, Hermosilh., L. 42, T. 5, Partit. 5, n. 43 e 44, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 48. Confirma-se com o simile de quo Moraes, L. 6, Cap. 14, n. 18, e com os mais similes, de quibus Gallerat., *de Renuntiat.*, L. 5, Cap. 6, n 8.

§ 66

Limita, 4.°: «Si redimendi facultas ab initio concessa sit Minori intra certum tempus, nam eo elapso, debet in integrum restitui, quia cum eo negotium gestum est, et Minor adversus non implementum conditionis, restituitur». Ita cum pluribus Cortead., Dec. 149, n. 36, et clarius Stryk., Vol. 1, Disp. 1, Cap. 5, n. 12: «Limitatur, ac sistitur præscriptionis conventionalis cursus, si aliquid cum Minore, vel Pupillo gestum; hoc enim hoc casu quidem currit præscriptio conventionalis, sed non ad hunc effectum, ut Minor non possit contra eandem restitui. Procedit hæc ipsa limitatio in dubio, si ipsemet Minor prædium vendidisset cum pacto redimendi intra tantum tempus. Hoc enim casu cum Minore negotium geri, negari non potest; ideoque licet intra tempus præfixum rem sub pacto venditam non redemerit, jus suum restitutione, in integrum posset recuperare».

Nota: Se porém findo o tempo convencionado pelo defunto, de que o menor foi herdeiro, o comprador lhe espaçar outro algum tempo, e dentro d'este o menor não remir, já não tem restituição contra o lapso do tempo prorogado, Richer., Tom. 2, §§ 1524 e 1525, Stryk., supra, Cap. 5, n. 14, in fin., Sentit., Luca, ad Gratian., Cap. 26, n. 13, o que se comprova, porque o favor concedido pelo comprador ao menor foi como uma concessão de restituição, que o menor podia implorar. Ora, segunda, por via de regra, não se concede, Ord., L. 3, T. 41, § 7, Cabed. 200, n. 4.

Digitized by Google

§ 67

Finalmente conclue Stryk., d. Disp. 1, Cap. 4, n. 20: «Omnia illa impedimenta legalia, quæ alias excusationem præstant vel moram non incurri faciunt, étiam lapsum præscriptionis conventionalis impedire. Quid enim si ob incursiones hostiles sedibus suis ejecti sint contrahentes? Quid si morbo sontico impediti, quo minus ad locum solutioni destinatum non valuerint? Æquitas ipsa tali casu temperamentum præscriptioni conventionali adjicit. Ob hanc causam absentia Reipublicæ causa prodest contra lapsum præscriptionis conventionalis, L. 43, ff. *ex quib. Caus. maior*, etc.» Similhantemente diz Tiraquell., *de Retract. Conventional.*, § 1, Gloss. 2, n. 60: «Quod si venditor justum habuerit impedimentum, ne posset redimere intra tempus, quia forte misit pecunias per Nuntium vel Procuratorem, ut redimeret, qui ab hostibus vel latronibus captus est, aut aliud Simile quippiam contigerit, esse tunc excusandus venditor et post tempus admittendus, saltem per restitutionem in integrum, ut est etiam text. Loquens in luitione pignoris, etc.», Conf. Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 57; mas cessando o impedimento torna a correr o tempo. Vej., supra, sub § 62.

Nota: Se o tempo convencionado corre, e se contra o herdeiro maior, que aliás ignorava a venda ou a duração do pacto estipulado pelo defunto, é bastantemente duvidoso como se nota em Mantica, *de Tacitis*, L. 4, T. 31, a n. 58, parece que Stryk., Vol. 1, Disp. 1, Cap. 5, n. 17, lhe concede o beneficio da restituição pela clausula geral e *ex capite justæ ignorantiæ*. Mas como este beneficio se não concede se não intervindo lesão (como fica advertido na nota a § 61); e esta lesão não basta seja a que se considera, ou na affeição de terem os bens sido dos ascendentes do vendedor ou na diminuição que houve no preço com respeito ao pacto de retrovendendo, como largamente se vê disputado e julgado em Larrea, Decis. 70; portanto é necessario que se prove outra lesão para se conceder a tal restituição. Ora, se outra prova reincide o contrato na usura, e então ficando competente o remedio ordinario da Ord., L. 4, T. 2, §§ 1 e 2, cessa o ex-

Digitized by Google

traordinario da restituição, Ord., L. 3, T. 41, § 2, ⋆. *Porque regra geral é*, Pereira, *de Revis.*, Cap. 13, n. 11, Peg., Tom. 7, ad Ord., *in Regimen. Senat.*, Cap. 100, n. 36.

ARTIGO VII

Se o tempo para remir se não limita no contrato; mas o pacto de remir ou se formalisa simplesmente, ou com a clausula, de que o vendedor e seus herdeiros poderão remir em todo o tempo? Se este pacto é ou não prescriptivel por trinta annos, ainda quando concebido pelo segundo modo?

Esta questão está largamente tratada na dissertação... Sobre a boa e má fé nas prescripções, aonde póde ver-se e *non plus ultra;* por isso a omitto n'este logar, satisfazendo-me com esta remissão. Sed vej. Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, §§ 44 ad 47.

ARTIGO VIII

Faculdade de remir transcendente (dentro do tempo habil) ao cessionario ou herdeiro de vendedor. Quando ella é restricta só ao vendedor, ou quando condicionada, que elle só possa remir com dinheiro seu, etc.? Quid do pacto: Non vendam alii nisi tibi?

§ 68

A faculdade de remir que se reserva o vendedor, é cessivel a estranhos e transmissivel aos herdeiros do vendedor, aindaque estes não fossem expressamente contemplados no pacto, Sande, *de Cess. Action.*, Cap. 5, n. 29, Lenz., *de Nomin. et Act. Cess.*, Cap. 15, a n. 29, Stryk., *de Jurib. et Action. non Cessibil.*, Cap. 5, § 9, *et de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 2, §§ 3 e 6, Cortead., Dec. 149, n. 58 e 60, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 52, n. 31 e 33, Hermosilh., L. 42, T. 5, P. 5, Gloss. 2, a n. 5, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, Tit. 1, §§ 24 e 50. Póde este direito de remir transferir-se por titulo de doação, ou

Digitized by Google

pelo de instituição de herdeiro ou por legado, Cortead., Dec. 149, a n. 58. Porém deixando-se em legado, só se subentende deixado ao legatario o direito e acção de remir, e não o preço, de fórma que o herdeiro instituido não é obrigado dar ao legatario o preço para a remissão, e satisfaz cedendo ao legatario a acção, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 2, n. 38, Cancer. 3, Var., Cap. 20, n. 298, contra Fabro, in Cod., L. 6, T. 17, Def. 12.

Nota: O herdeiro do vendedor que quer usar do pacto, deve habilitar-se tal, e o defeito de habilitação de herdeiro do vendedor se póde arguir em todo o tempo, Leyser., *ad Pand.*, Specim. 191, Medit. 6.

Nota: «Eodem modo creditores possunt agere virtute pacti de retrovendendo appositi in favorem debitoris... quia hæc actio personalis competens debitori est pretio æstimabilis et ad hæredem transit; idem eodem modo transire debet cum hypotheca ad creditores... Et istam actionem ad retractum ex pacto de retrovendendo creditoribus competere in subsidium dicit Merlin., etc.» Ita Salgad., *In Labyr.*, P. 4, Cap. 1, n. 34. Se o devedor, a quem competia o direito de remir, faz cessão de bens, entra o valor estimado d'este direito em concurso dos crédores, ex Salgad., supra, Cap. 1, tot., porque é cessivel, e não é um dos direitos affixos aos ossos do devedor, que não podem excutir os crédores do fallido, de Quib. Puttman., *Adversar. Jur.*, L. 1, Cap. 13, Signer., pag. 223. Se porém não ha concurso de crédores, fica sendo um direito e acção competente ao devedor, uma terceira especie de bens que póde penhorar-se e adjudicar-se, ou estimado ou real por real, na fórma da praxe do Mant. Prat., P. 1, Cap. 40, adoptada e permittida na L. de 20 de junho de 1774, §§ 17 e 29; e então o crédor adjudicatario (pagando siza, se se adjudica em preço certo, ex Lim., *de Gabell.*, pag. 75, n. 38, ou não a pagando se se adjudica real por real, porque não ha preço), usa do mesmo direito contra o comprador, fazendo deposito do preço da venda e de tudo o mais que deve depositar (Vej. a §), e demandando ao comprador para que lhe restitua a cousa vendida pelo vendedor, etc.

Digitized by Google

§ 69

Esta faculdade porém (de qua § 68) limita-se, 1.°: «Si conventum fuerit, ut ipse venditor tantum possit redimere, et non alius; nam tunc facultas redimendi ad hæredes venditoris non transit, quia personæ cohæret. Neque potest legari, nec cedi, nec donari, nec quocumque titulo in alium transferri. Unde fit quod istud pactum de retrovendendo, ut solus venditor, et non alius redimere possit, de jure validum est.» Ita Cortead., Dec. 149, n. 61 e 62, Conf. Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 2, n. 41, Conciol., *ad Statut. Eugub.*, L. 2, Rubr. 52, n. 32, Hermosilh., L. 42, T. 5, Partit. 5, n. 2.

§ 70

Declara esta conclusão Stryk., *de Success. ab intestat.*, Dissert. 6, Cap. 2, § 4, ut ibi: «Pactum hoc coarctandum putarem, si excipiens probaverit, pacto particulam taxativam tantum, similemve insertam fuisse, tunc enim personale foret, per L. 8, § 3, ff. *de Liber. Leg.*, limitat enim hoc vocula, et aliorum casuum non expressorum est exclusiva... Non obstat., L. 8, § 4, ff. *de Pign. Act.*, ibi: Et si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa, etiam hæres ejus vendet. Quæ verba Tiraquellum, Richterum, aliosque se duxerunt ad castra dissentientium; sed minus recte; particula enim duntaxat in dict. L. *non refertur ad verba contrahentium*, ac si illi ita convenissent. Creditor duntaxat vendat; sed in forma tantum casum hoc modo; quid si conventum esset, ut creditor venderet, nulla hæredum mentione facta? Et sic perspicuum est d. L. *convenire*, cum L. 9, ff. *de Probat.* Quid vero dicendum (prosegue Stryk. no § 5): Si conventum sit cum hac clausula, si paciscens voluerit, petierit? Puto, quod sic hæres non sit admittendus. Quoniam partic. Si conditionem infert ad certam personam restrictam, in qua si conditio extiterit, evanescit. L. 109, *de Condit. et demonstr.* Quia in forma specifica est ad implenda, L. *Mevius* 55, ff. d. t.

Digitized by Google

Et licet conditio alias etiam ab hærede in contractibus verificari possit, § 4, Inst., *de Verbo Oblat.*, hæc nostra tamen non est nuda, sed restrictionem simul ad certum subjectum involvit. Secus est, si dictum fuerit, cum voluerit, hic enim potius spatium retrahendi laxatur, ut quocumque tempore velit, alter reemat», L. 48, ff. *de Verbo Oblat.*, Zoes., etc.

Nota: Attenta a generalidade da Ord., L. 4, T. 4, in princ., nada ha que obste a este pacto restrictivo da liberdade de ceder ou transferir a outro o direito de remir. Se porém o vendedor antecedentemente tinha crédores a que houvesse hypothecado os seus bens, elles não só passam affectos a essa hypotheca, mas ainda o mesmo direito de remir se comprehende n'ella, Merlino, *de Pignor.*, L. 2, Q. 31; e portanto um tal pacto só não póde prejudicar aos crédores anteriores, ex Leg. *debitorem*, Cod., *de Pignorib.*

§ 71

Limita-se, 2.°: «Si actum fuerit, ne res redimatur nisi de propriis pecuniis, eo casu pactum de retrovendendo cedi non potest. Ex quo fit, quod pactum de retrovendendo, ut res non redimatur, nisi propriis pecuniis valet. Propria pecunia dicitur quando quis eam mutuo accepit. In dubio autem res redempta præsumitur ex propriis pecuniis; sed hæc generalis præsumptio ex aliis fortioribus submoveri potest; veluti si sit inops, nec aliquam artem exerceat». Ita Cortead., Dec. 149, n. 63, 64 e 65. Conf. Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 17 e 70, e T. 32, n. 15, Grat., For.; Cap. 258, n. 28, e ibi, de Luca, n. 10, Hermosilh. L. 42, Gloss. 2, n. 3.

Nota: Supposta a validade d'este pacto e passando da theoria á pratica: Figure-se um vendedor pobre que vendeu com o mesmo pacto, fazendo deposito do preço e pedindo ao comprador a entrega da cousa vendida. Não consta que o vendedor tomasse de emprestimo a juro o dinheiro que deposita, nem d'onde lhe proviesse. Justamente suspeita o comprador

Digitized by Google

que elle, para o fraudar e vender a terceiro, obteve d'este occultamente o dinheiro depositado; quaes remedios pois competirão ao comprador para occorrer a esta fraude occulta? Digo: 1.°, que póde requerer que o vendedor jure se rime para si, e com dinheiro proprio a cousa vendida, ou se com dinheiro alheio e com intenção de a traspassar depois a terceiro. Esta providencia de lhe deferir o tal juramento, póde fundar-se nas doutrinas de Tiraquell., *de Retract. Lignag.*, § 5, Gloss. unica, Parlador., Differ. 109, § 5, a n. 18, Olea, T. 3, Q. 2, sub n. 10, Caldas, *de Extinct.*, Cap. 13, sub n. 34, *v. Ex quorum sane*, Adde Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 4, § 43. E se bem que Corradin., *de Jur. Prælat.*, Q. 9, n. 31, não obriga a tal juramento, comtudo no n. 32 deixa ao arbitrio do julgador deferi-lo, quando occorrem conjecturas de que o vendedor rime com dinheiro alheio. Digo: 2.°, com o mesmo Corradin., Q. 9, n. 16, 17 e 18, que o comprador póde obter em taes circumstancias um despacho condicional, de lhe ficar salvo o seu direito para reivindicar a cousa por força do pacto, se depois se vier a descobrir que o vendedor remiu com dinheiro alheio, e transpassou a cousa assim remida em favor da pessoa de quem houve o dinheiro. Fraude que se não presume, quando o vendedor, passado tempo consideravel (a arbitrio do julgador), passa a vender a cousa assim remida, Corradin., supra, n. 20, Cyriaco, Controv. 254, a n. 24, Cyarlin., Cap. 121, n. 56. Presume-se porém a fraude se o devedor era pobre, se obteve de emprestimo o dinheiro depositado na mão do seu advogado ou procurador, e depois lhe traspassou a cousa remida, etc., Corradin., supra, a n. 21, Loca, ad Grat., Cap. 258, n. 10, aonde com outros conclue: «Retractui locum non esse si fraudis conjecturæ adsint, quod ad alterius commodum quis retrahere intendat; et in specie decisum fuit, pauperem si rem magni valoris retrahere velit, aliis adminiculis concurrentibus præsumi in beneficium mutuantis litem agere; et emptorem esse absolvendum; insuper fraus detegitur, si quis postea quam in retractu obtinuerit, rem cesserit». Confira-se Stryk., supra, aonde ainda depois do juramento, salva a acção contra terceiro áquelle que tinha o direito de prelação, e quando o que retrahiu não podia ceder a cousa a esse terceiro.

§ 72

Quanto ao caso em que o vendedor não se priva por

Digitized by Google

algum dos referidos modos da faculdade de ceder o direito de remir, ou de não remir senão com dinheiro proprio; mas só promette ao comprador que havendo de remir, e depois querendo vender que dará preferencia ao comprador tanto pelo tanto; n'este caso póde alienar a terceiro transferindo-lhe o dominio, abandonado o primeiro comprador e ficando-lhe só responsavel pelos interesses; a menos que esse pacto de preferencia ao primeiro comprador não seja revestido das clausulas que expõem os DD. citados na nota ao § 8, ou o primeiro comprador não esteja na posse. Sobre o que, por não ser do instituto d'esta dissertação, não faço maior digressão.

ARTIGO IX

Que deva preceder ao distrate? E em que juizo se deva fazer o deposito?

§ 73

Se no contrato se estipulou que o vendedor, antes de distratar a venda, será obrigado a avisar ao comprador com intervallo de dois mezes antes do distrate, este pacto é valido; deve cumprir-se pelo vendedor. E aindaque possa antecipar o deposito, sempre os rendimentos correm até depois de dois mezes; o interino perigo do deposito está á carga do vendedor, e só vem a surtir effeito passados os dois mezes, que se fez com citação do comprador, Salgad., *in Labyrint.*, P. 2, Cap. 29, n. 48, Conf. Stryk., *Us. mod.*, L. 46, T. 3, § 14, aonde expõe a justiça e convenientes d'esta convenção, Dunod, *Traité des prescriptions*, P. 1, Cap. 12, pag. 94, *v. On peut.*

§ 74

Em falta de similhante pacto, quizeram alguns DD. que o vendedor, querendo remir, deve ir a casa do compra-

Digitized by Google

dor offerecer-lhe, perante testemunhas, o preço da compra, com os mais accessorios que deve repor-lhe, e que se o comprador recusa aceitar a remissão, então deve o vendedor recorrer a juizo e fazer deposito judicial, citado o comprador, Scacc., *de Commercio*, § *Gloss.* 5, n. 167, Tiraquell., *de Retract. Linag.*, § 9, Gloss. 3, n. 6, Sabell., § *Depositum*. n. 13. Porém isto não é de necessidade por mais que estes DD. o digam, não havendo pacto expresso, em que assim o convencionassem; eu praticamente faço esta differença: Ou o vendedor offereceu ao comprador o preço da venda, perante testemunhas com dinheiro á vista, e o comprador sem rasão alguma o não quiz aceitar; e então recorrendo o vendedor a juizo a fazer o deposito como coacto, e obrigado da necessidade de remir, devem recaír sobre o comprador as custas do deposito; ou o vendedor, sem preceder offerta e interpellação ao comprador, requereu judicialmente o deposito citado elle; e então, como a culpa é imputavel só ao vendedor e não ao comprador, que aliás extrajudicialmente estaria prompto a receber, devem recaír sobre o vendedor as custas do deposito, ex Peg. 2, For., Cap. 16, n. 113; de outro modo, e refutando Scacc., e Tiraquello, supra, distingue Trentacinq., L. 3, T. *de Solutionib.*, Q. 22, sub n. 2, que se o vendedor e comprador são da mesma terra, deve o vendedor para se exonerar ir antes do deposito fazer-lhe a casa à offerta, para não constituir ao comprador na precisão de ir a casa do depositario; aliter se um e outro são de diversas terras, caso em que (diz) que póde o vendedor fazer o deposito, e depois citar o comprador. Tudo são frioleiras, porque a duvida só se reduz a examinar essencialmente qual dos dois deve pagar as despezas do deposito judicial; e esta duvida facilmente se dissolve com a mesma distincção. Assim o suppõe o Cod. Civ. dos francezes, Art. 1260.

§ 75

Querendo pois o vendedor remir a venda e fazer depo-

Digitized by Google

sito, deve recorrer ao juizo do domicilio do comprador, e citado este fazer ahi o deposito, Larrea, Dec. 19, n. 12, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 3, Q. 12, n. 17, Salgad., *in Labyrint.*, P. 1, Cap. 2, n. 27, os quaes DD. reprovam outros que seguiram o contrario, e entre outros que seguiram o contrario (alem dos referidos por Olea), Stryk., *Us. mod.*, L. 46, T. 3, § 17; por uma e outra parte refere muitos Altim., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 47, sub n. 539.

ARTIGO X

Quando se deva activa ou passivamente admittir remissão só total ou parcial das cousas vendidas.

§ 76

Primeira hypothese: «Una re vendita pro certo pretio cum pacto de retrovendendo, non potest pars ejus redimi, sed tota res est redimenda». Cortead., Dec. 146, n. 86, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 52, n. 7, Mant., *de Tacit.*, L. 4, T. 32, a n. 28..

§ 77

Segunda hypothese: «Si plures res sint venditæ uno pretio in universum, et confuse enuntiato, non in singulas res distributo, debet venditor omnes res simul redimere, et non potest redimere unam rem sine alia. Si autem singulæ res sint venditæ divisis et separatis pretiis, non tenetur venditor omnes res simul redimere, sed potest redimere unam rem sine alia... quia quando in uno contractu, vel instrumento plures res venduntur uno pretio in universum, et confuse enuntiato in singulas res non distributo una dicitur venditio. At quando singulæ res venduntur pro diversis, et separatis pretiis plures, et diversæ intelliguntur venditiones, ut puta si in uno contractu vel instrumento venditæ sint plures res, pretiis in sin-

Digitized by Google

gulas res divisis, scilicet domus pro aureis centum, et fundus pro aureis centum, plures, et diversæ venditiones esse censentur. Et idem est, si plures res sint emptæ uno pretio, et deinde in eodem contractu, vel instrumento pretium in singulas res dividatur, ut puta, siquis vendiderit domum et fundum tercentum aureis, scil. domum ducentum, et fundum in reliquis centum plures intelliguntur venditiones. Idemque est, si pretium in singulis rebus fuerit divisum, et deinde ex omnibus rebus unum pretium coactum, videlicet siquis vendiderit fundum pro aureis sexaginta, et domum pro aureis quadraginta, quæ quidem summæ in unum redactæ faciunt aureos centum plures venditiones esse censetur. Quæ omnia primo procedunt stante præsertim diversitate pretii, plures censentur venditiones, etiamsi pretium unius rei sit certum, et pretium alterius rei sit incertum, et remissum arbitrio alterius. Secundo procedunt, etiamsi in numero singulari fuerit appellata venditio, nam illud nomen tanquam generale aptum est comprehendere plura, et ideo licet prolatum in singulari potest in contractibus resolvi in plurale. Tertio procedunt, etiamsi contrahentes usi sint ablativo absoluto, ut si dicatur restituto integro pretio scutorum mille, nam tale pretium non potest dici unum, cum ex plurium summarum distinctarum coacervatione sit conflatum. Limitatur hoc communiter a DD. quando verosimiliter constare posset, emptorem unam rem sine alia non fuisse empturum, nam tunc etiam data diversitate pretii in singulis rebus, censeretur unica venditio, nec licet venditori cum pacto de retrovendendo unam rem sine alia redimere sed omnes simul redimere tenetur. Sed est advertendum circa hanc limitationem, quod licet verosimiliter emptor alias non esset empturus, nisi simul, et unico pretio sibi omnes res venditæ fuissent, et sic omnes sunt redimendæ aut dimittendæ. Tamen stante varietate pretii rerum emptarum præsumitur emptorem unam rem sine alia empturum, et emptori contrarium dicenti incumbit onus probandi, unam rem sine alia non empturum. Nisi casibus

Digitized by Google

in quibus a lege præsumitur emptorem alias non empturum, veluti in hominibus, et animalibus ejusdem generis, et officii». Ita cum magna DD. caterva, Cortead., Decis. 149, a n. 75 ad 85.

§ 78

Terceira hypothese: «Si venditor decessit pluribus hæredibus æqualibus in testamento institutis. Vel plures fuerint venditores cum pacto de retrovendendo; an unus ex pluribus hæredibus,, vel unus ex pluribus venditoribus pro sua parte possuit uti pacto de retrovendendo, et illius vigore partem rei venditæ recuperare? Respondetur quod non; quia facultas redimendi est individua. Bene tamen unus ex pluribus venditoribus, vel unus ex pluribus hæredibus venditoris potest uti pacto de retrovendendo, et illius vigore oblato integro pretio, totam rem redimere; etiam aliis hæredibus venditoris, vel ipsis venditoribus recusantibus, seu nolentibus, vel negligentibus, aut impotentibus rem redimere. Sed agens unus ex pluribus hæredibus venditoris, vel unus ex pluribus venditoribus præstat cautionem de restituendo et satisfaciendo aliis hæredibus; vel venditoribus partes, seu portiones eisdem contingentes, et de servando indemnem ipsum emptorem. Unde est necesse, quod unus ex pluribus hæredibus venditoris, vel unus ex pluribus venditoribus volens vigore pacti de retrovendendo redimere totam rem, ut offerat cavere de restituenda parte aliis venditoribus, vel hæredibus. Et sufficit, quod hujusmodi cautio in executione sententiæ præstetur.» Assim o prova com um grande apparato de DD. e de arestos de varios tribunaes, os cit. Cortead., Decis. 149, n. 66 até 69. Conf. Silv., ad Ord., L. 4, T. 4, in princ., a n. 20, Struv. e Muller, Exerc. 23, Thes. 44, Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 3, § 33, Julg. Capon., *de Stipulat.*, Q. 7, a n. 4, Zoez., *de Retract. Convent.*, n. 16, Leyser., *Jus Georg.*, L. 1, Cap. 41, n 18, Guerr., Tr. 1, L. 1, Cap. 12, a n. 88. Vej. Harprectr., Disp. 84, a n. 246, maxime sendo a cousa em si indi-

Digitized by Google

vidua Stryk., supra, § 31. Ad omnia Id. Stryk., Vol. 1, Disp. 1, *de Præscript. Convent.*, Cap. 3, n. 31, et melius Harprectr., Disp. 84, a n. 246, et ad omnia, Id. Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 51.

§ 79

Quarta hypothese: «Unus vendidit duobus cum hoc pacto revendendi; an is poterit compellere alterum ex emptoribus revendere suam partem soluto pro eadem parte pretio? In hac specie consuluit Bertrand... quod licet hic contractus unus sit ratione substantiæ ipsius; tamen hujusmodi pactum vel non est unicus contractus, vel certe in eo sunt duæ obligationes, quibus scilicet quilibet emptorum tenetur revendere. Ideoque poterit venditor quemlibet eorum compellere ad revendendam partem suam, etc.» Ita Tiraquello, *de Retract. Convent.*, § 1, Gloss, 6, n. 45.

§ 80

Quinta hypothese: «Se a venda de uma herdade pertencente a muitos não tem sido feita conjunctamente, e de toda a herdade unida, e cada um não vendeu mais que a parte que n'ella tinha; elles podem exercitar separadamente a acção de retrovenda sobre a porção que lhe pertencia». Cod. Civ. dos francezes, Art. 1671, aonde acrescenta que: «O comprador não póde forçar ao que assim usar de sua acção, a que haja de remir o todo».

§ 81

Sexta hypothese: «Se o comprador com o pacto de remir, de uma parte indivisa de uma herdade, se tem feito adjudicativo da totalidade sobre uma lotação provocada contra elle, elle póde obrigar o vendedor a remir o todo quando este quer usar do pacto», Cod. Civ. dos francezes, Art. 1667.

Digitized by Google

§ 82

Setima hypothese: «Se o comprador tem deixado a muitos herdeiros a acção de retrovenda, não póde ser exercitada contra cada um d'elles mais que pela sua parte, no caso em que a cousa vendida está ainda indivisa, ou no caso em que a cousa vendida está partida entre elles. Mas se tem havido partilha da herança, e a cousa vendida foi adjudicada ao lote de um dos coherdeiros, a acção da retrovenda póde ser intentada contra elle pelo todo», Cod. Civ. dos francezes, Art. 1672.

Nota: No caso em que a cousa vendida está partida entre os herdeiros do comprador, nunca se duvidou nem póde duvidar que compete ao vendedor a acção contra cada um pela sua parte. Tambem não, que sendo um dos coherdeiros depois das partilhas possuidor de todo, póde ser demandado para restituir o todo que possue, Jul. Capon., *de Stipulat.*, Q. 7, *de Individuis*, a n. 47, Cortead., Dec. 149, n. 70, Silv., ad Ord., L. 4, T. 4, in princ., n. 27. Porém no caso em que a herança e a cousa vendida ainda está indivisa, assentavam os DD. que cada um dos herdeiros podia ser demandado in solidum pela tradição, Jul Capon., supra, n. 48, Tiraquell., *de Retract. Convent.*, § 1, Gloss. 6, n. 44, e isto porque «obligatio rem tradendi est individua obligatione, et solutione; ergo transit in quemlibet hæredem in solidum, sicut aliæ obligationes, quæ consistunt in factis», Jul Capon. S.ª Adde Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 52. A resolução do codigo da França n'esta parte é mais simples sem essa subtileza romana. E pela pratica d'este reino, só um dos coherdeiros poderá ser demandado in solidum se elle está só em cabeça de casal, sem ainda dar partilha aos mais coherdeiros.

§ 83

Oitava hypothese: O herdeiro do comprador é obrigado a receber o distrate, e não satisfaz aindaque queira pagar o interesse, e quando o tal herdeiro é menor, não são para esse distrate necessarias as regulares solemnidades das alienações dos bens dos menores, Tiraquell., *de Re-*

Digitized by Google

tract. Conventional, § 1, Gloss. 6, n. 27 e 28, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 44, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 52, Brunneman. na L. 2, Cod., *de Pact. int. empt.*, n. 7.

§ 84

Nona hypothese: Se o comprador deixou o usufructo da cousa assim comprada a uma pessoa e a outra a propriedade, devem demandar-se para o distrate tanto o proprietario como o usufructuario, e este deve ficar usufructuando o dinheiro, subsistindo n'elle o usufructo, Tiraquell., *de Retract.*, § 1, Gloss. 6, n. 29. Confira-se Bagn., Cap. 64, a n. 1, quanto á necessidade da citação de ambos; e confira-se Castilh., *de Usufr.*, Cap. 72, n. 8, e Surd., Cons. 26, quanto a dever ficar o usufructurario gosando do dinheiro producto da propriedade remida, de que o comprador lhe havia deixado o usufructo, et ad omnia Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 32, n. 36.

ARTIGO XI

Por que preço ou valor se deva distratar a cousa vendida com este pacto? Quid se tiver variado a moeda?

§ 85

É bem certo que vale o pacto de que a remissão se faça pelo mesmo preço da venda, Cortead., Dec. 149, n. 71, ou augmente ou diminua, Leys., *ad Pand.*, Spec. 191, Medit. 10, aindaque com o mesmo pacto se venda por menos a terceiro, porque o primeiro vendedor remindo deve satisfazer ao terceiro o preço maior que recebeu, Leyser., Medit. 11. Não vale porém o pacto de que o distrate se faça por maior ou menor preço que o da venda, Tiraquell., *de Retract. Conv. in præfat.*, a n. 31, Menoch., L. 3, Præs. 122, n. 52, Leotard., *de Usur.*, Q. 15, n. 9 e 10; mas vale o pacto de que a cousa será revendida pelo

Digitized by Google

preço, em que ao tempo da revenda for justamente estimada, Gall., *de Fruct.*, Disp. 23, Art. 4, n. 51, Bagn., Cap. 25, n. 144.

§ 86

Se ao tempo da venda não houve pacto sobre qual deveria ser o preço da remisssão, supposto alguns DD. dizerem que o preço deverá ser o justo valor da cousa no tempo da retrovenda, Altimar., ad Rovit., L. 2, Obs. 14, n. 32, Tiraq., *de Retr. Conv.*, § 1, Glos. 3, n. 2, Berlich., P. 2, Concl. 2, n. 39, optime Leyser., *ad Pan.*, Spec. 191, Medit. 9, outros com mais rasão assentam, que não se declarando na compra e venda o preço da remissão, se deve entender do estipulado no primeiro contrato, Fontanell., Decis. 78, a n. 3, Cortead., Dec. 149, n. 72, aonde o referiu julgado muitas vezes; de Luca, ad Gratian., Cap. 207, n. 5, Mant., *de Tacit.*, L. 4, T. 31, n. 21, Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, T. 1, Q. 38 et 40, Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 4, § 19, Struv., Exerc. 23, Thes. 45, Silv., ad Ord., L. 4, T. 4, in princ., n. 17, Id. Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 53.

§ 87

Quid vero, se ao tempo do distrate a cousa vendida valer menos por culpa do comprador, e por damnificações culpaveis que elle causasse? Recáe sobre o comprador a obrigação da indemnisação, Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 4, sub § 13, bem como é responsavel pelos valores das arvores que cortasse durante o tempo da sua posse, Cortead., Decis. 149, n. 122, aonde distingue que: «Emptor cum pacto de retrovendendo non potest arbores scindere, nec rem aliter deteriorare; alias emptor tenetur venditori ad damna, et interesse... Quod si arbores fundi durante tempore revenditionis, vento sunt evulsæ, æstimatione facta lignorum, tradi debent venditori cum cautione de restituendo pretio emptori, casu quo venditor non rede-

Digitized by Google

merit.» Conf. Barbos., in L. 2, n. 64, Cod., *de Pact. int. Emptor.*, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 2, Rubr. 52, n. 15. Sendo porém Silva cedua, que é como fructo, aliter se res habet, de quo Vej. Lagunez., *de Fructib.*, P. 1, Cap. 6.

§ 88

Se o comprador augmentou o primeiro preço depois da compra deve tambem remir o vendedor este augmento, Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 4, § 21. Se a venda foi por preço excessivo, com respeito a alguma particular affeição do comprador, deve o vendedor remir todo o recebido, Stryk., sûpra, § 20. E se vice-versa a cousa foi vendida por preço infimo, só o vendedor é obrigado a remir esse preço, Stryk., § 22.

§ 89

Se ao tempo do distrate está augmentado o predio notavelmente por causa de alguma alluvião, nem por isso o vendedor deve augmentar o preço da venda com respeito a esse augmento do valor do predio, Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, T. 1, Q. 42. Pecch., *de Aquæduct.*, L. 2, Cap. 9, Q. 15, *Quæsit.* 3, n. 36, latissime Bagn., Cap. 14, a n. 313 até o n. 325, aonde largamente disputa a questão, e responde ás objecções contrarias. De opinião diversa são Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 4, § 15, com Carpzov., Thesaur., e Struvio; e o mesmo Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 59. Outros mais da mesma opinião refere Gob., *de Aquis*, Q. 27, n. 9; porém o mesmo Gob., n. 10, conclue, ut ibi: «In omni casu, sive incrementum sit latens, sive patens, sive venditio facta sit ad corpus, sive ad mensuram, pretiumque distributum per singula jugera, illud totum luitionis pacto pro eodem pretio subjacere per jura et fundamenta quæ congerit Aym., *de Alluv.*, Cap. 10, ex n. 12, Amad., *de Pont.*... etc.»

Digitized by Google

Nota: Mas se o comprador achou thesouro na cousa comprada, é seu, e não deve restitui-lo ao vendedor, Stryk. S.ª, *Us. mod.*, § 60. Vej. Portug., L. 3, Cap. 13, a n. 76.

§ 90

Quid vero se ao tempo do distrate tiver variado o valor intrinseco da moeda, em que especie de moeda se possa fazer e deva aceitar a remissão e distrate? Eis-aqui o que ex-professo com muitos DD. firma Gob., *de Monetis*, Q. 4, n. 60, 71, 91 e 92, ibi: «Doctores unanimi voto concludunt, quod aucta, vel diminuta moneta in bonitate intrinseca, hoc est in pondere, vel pretiositate materiæ; illius solutio, seu restitutio fieri debeat de moneta antiqua, quæ currebat de tempore contractus, si extat, et de facili haberi potest; sin minus, de moneta nova ad æstimationem antiquæ (n. 71).. Moneta aucta, vel diminuta in bonitate intrinseca debitor tenetur de moneta antiqua si extat sin minus de moneta nova ad æstimationem antiquæ satisfacere creditori (n. 91 et 92). In redemptione census, quod ea fieri debeat ad æstimationem illam intrinsecam... In retractu hoc idem firmant. Socin... Cagnol... Tiraquell., etc. Etiam quod emptor prorogasset tempus luitionis; eo quod ista commoditas redimendi concessa in concedentis damnum retorqueri non debet, etc.» Et Q. 6, n. 59 et 60, ibi: «Quod præsertim procedit in materia census ejusque redemptione, quæ fieri debet de eadem moneta, et secundum bonitatem temporis constitutionis, etc.» Assim o refere muitas vezes julgado ao nosso proposito Cortead., Decis. 149, n. 73, e optimamente Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 45.

Nota: É um principio geral que o nosso Silv., ad Ord., L. 4, T. 21, in princ., n. 22, comprova com muitos DD.: «Mutata bonitate intrinseca monetæ de tempore intermedio die contractus ad diem solutionis, communiter constituitur regula, quod in contractibus attendi debet valor, et æstimatio monetæ, quæ erat tempore obligationis contractæ nisi aliud

Digitized by Google

inter contrahentes conventum fuerit». Principio que tambem se prova com a Ord., L. 1, T. 62, § 47, T. 78, § 16, e L. 4, T. 22, in fine.

§ 91

E quando variada a moeda, e o intrinseco valor da materia não seja facil ao vendedor ter para o distrate a moeda antiga com o valor do tempo do contrato, sempre pagando na moeda corrente ao tempo da solução, mas menos estimavel que a antiga; deve pagar com a nova o equivalente á antiga com augmento de quantidade porporcionada. Gobio, *de Monet.*, Q. 4, a n. 13, Silv., ad Ord., L. 4, T. 21, in pr., n. 28, 46 et 50, o que bem se comprova com as já referidas Ord. De fórma que aindaque a nova moeda equivalha no valor extrinseco e no seu numero á moeda antiga, sendo o valor intrinseco da materia da nova moeda de menor estimação, se deve no pagamento com moeda dar um rebate consuetudinario conforme a sua menor estimação, como ao proposito se póde ver em Fabro, in Cod., L. 8, T. 30, de fin. 11, 15, 21, 27, 37.

Nota: Aindaque a nossa lei de 25 de fevereiro de 1801 determinou que tivesse uso a moeda papel, e que todos fossem obrigados a aceitar os pagamentos em a metade d'esta moeda, comtudo o aviso de 23 de março de 1801 e o decreto de 12 de julho de 1802 ou carta regia declarou que, quanto ás obrigações que tinham uma origem anterior á lei, não fossem os crédores obrigados a aceitar pagamentos, nem ainda por a metade n'esta moeda, a menos que o que faz o pagamento lhe não dê o rebate consuetudinario na praça ao tempo do pagamento, decreto que essencialmente se conformou com as referidas Ordenações e opiniões de DD. E se ainda hoje se póde convencionar que o pagamento se faça em certa especie de moeda, Vide Fabro, in Cod., L. 8, T. 30, de fin 37, Gobio, *de Monet.*, Q. 7, n. 23 et 33, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 1, § 12, *et Caut. Contrat.*, Sect. 2, Cap. 1, § 21, Larrea, Decis. 22, per tot., et judicatum n. 6, nos termos de similhante lei da Hespanha, e tambem o refére julgado Castilh., L. 4, Controv., Cap. 10, a n. 44, apesar de outra lei similhante á nossa. Veja-se a minha especial dissertação no fim do *Appendice* ao *direito emphyteutico*.

Digitized by Google

ARTIGO XII

Que mais, alem do preço, deve offerecer e depositar o vendedor, o herdeiro e o cessionario?

§ 92

Deve, alem do preço depurado na fórma que fica exposta no artigo precedente, pagar ou depositar: 1.°, a siza e laudemios que o comprador houvesse desembolsado, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 26, Cortead., Decis. 149, n. 118; 2.°, as despezas que fez o comprador no instrumento da compra e da certidão de siza, Stryk., sub § 26, Cortead., n. 119; 3.°, se a remissão é de algum censo, ou os bens comprados com este pacto ficaram arrendados ou emprazados ao vendedor, deve tambem este pagar ou depositar os redditos decursos, Barbos., voto 80, n. 27, Tiraquell., *de Retract.. Conv.*, § 4, Gloss. 4, et § 5, Gloss. 3 e 4.

§ 93

Sobre isto, 4.°, deve o comprador ser pelo vendedor satisfeito das bemfeitorias, não só necessarias, mas das uteis; comtanto que estas uteis não sejam graves, grandes e excessivas que constituam ao vendedor em possibilidade de não as poder satisfazer e deixar de remir a venda. E quaes sejam estas bemfeitorias uteis e excessivas, fica ao arbitrio do julgador. Vejam-se Tiraquell., *de Retract. Conventional.*, § 7, Gloss. 1, sub n. 5, Barbos., na L. 2, Cod. *de Pact. inter Emptor.*, n. 69, Cortead., Decis. 149, n. 120, Stryk., supra, §§ 27, 28 e 29, Cancer 1.°, Var., Cap. 13, a n. 105, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 64. E arbitrando-se excessivas, póde o comprador avulsa-las sem incommodo do predio; mas o vendedor ainda póde offerecer o valor d'ellas estimadas, não como unidas, mas como avulsas, isto é,

Digitized by Google

o valor dos materiaes considerados como separados, Cancer., supra, n. 107, Cortead., n. 121.

Nota: «Optimum itaque (adverte Stryk., § 30) Consilium pro retrahente est, qui nullas expensas utiles restituere libet, ut in tempore emptori denuntiet, aut pacto retrovenditionis inseri curet, ne quos in rem sumptus faciat. Quæ denunciatio sive in judicio, sive extra illud fiat, parum interest etc.» Confiram-se as geraes doutrinas dos DD., com os quaes Ferr., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 14, a n. 41. Quanto ás despezas voluptuarias é sem duvida que não póde repeti-las o comprador, e só póde usar da eleição que lhe concede a L. ff. *de Reivindicat.*, Stryk., § 30, in fin., Leys., *ad Pand.*, Spec. 191, Med. 13, prova esta proposição: «Reluens impensas necessarias, tributa nempe, onera bellica, sumptus processus non restituit, sed has fert retrovenditor.» Na Medit. 14: «Reluens utiles impensas retrovendenti restituit». Medit. 15: «Reluens redit sumptus in reædificationem domus combustæ». Medit. 16: «Impensas voluntarias retrovenditor tollit tantum». Vej. L. 38, ff. *Reivind.*, Medit. 17: «Pacta de restitutione sumptuum inita, etsi communibus retrovenditionis regulis contraria, servanda sunt». Med. 18. «Retrovenditor usque dum ipsi etiam quoad sumptus plene satisfiat, jus retentionis exercit».

§ 94

Tudo o exposto comprehendeu em poucas palavras o Cod. Civ. dos francezes, Art. 1673, ibi: O vendedor que usa do pacto de retrovenda, deve reembolsar ao comprador não sómente o preço principal, mas ainda as despezas e os legaes custos da venda, as reparações necessarias e as que tem augmentado o valor do predio, até á concorrencia d'este augmento. Elle não póde entrar na posse senão depois de ter satisfeito a todas estas obrigações».

Nota: Por mais que o vendedor remindo se offereça caucionar a satisfação das bemfeitorias illiquidas ao comprador, não é attendido pelas genuinas rasões de Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 64, Leis. S.ª, Medit. 18, em differença dos mais bemfeitorisantes da cousa alheia: Id. Stryk., Vol. 8,

Digitized by Google

Disp. 22, Cap. 2, a § 10, contra Tiraquell. Cessando n'este caso as providencias da pratica apud Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 60, a n. 108, e Moraes, L. 6, Cap. 9, n. 113.

ARTIGO XIII

Requisitos com que, recusando o comprador aceitar a remissão, se deve fazer o deposito para produzir os seus juridicos effeitos, etc. Formalidades das acções a este respeito.

§ 95

«Quid vero faciendum retrahenti, si pretium oblatum noluerit venditor acceptare? Illi consulitur oblatione legali, quam vel realem, vel verbalem esse constat. Illa nisi cum obsignatione et depositione pecuniæ debitæ solemni fiat, dicitur solummodo realis nuda. Hoc loco, ut plene securus sit retrahens, et cum effectu actionem instituere possit, non sufficit realis nuda ut placet Zoezio, multo minus verbalis, contra Menoch... Sed requiritur simul oblatæ et numeratæ pecuniæ consignatio, et depositio, Tiraquell., *de Retract. Convent.*, § 4, Gloss. 6 et 7, hæc enim oblatio habetur pro perfectissima, et omne periculum transfert in morosum acceptare nolentem; facitque ut retrahens post factam consignationem, fructus perceptos lucrari possit, Tiraquell., d. L., n. 5, etc.» Ita Stryk., *de Success. ab intest.*, Disc. 6, Cap. 4, § 32.

§ 96

Requerem alguns DD. que ao deposito deva necessariamente preceder a offerta da divida ao crédor (aqui do vendedor ao comprador), Barbos., Vot. 80, a n. 10, offerta não verbal, mas com dinheiro á vista mostrado, contado e offerecido ao crédor extrahido da bolsa; não bastando offerecer uma bolsa com dinheiro incluso n'ella, e não visto, Stryk., *Us. mod.*, L. 46, T. 3, § 15, a menos que o

Digitized by Google

crédor absolutamente diga que não quer aceitar o pagamento ou remissão, porque então basta a verbal offerta, Stryk., supra, § 16, Conf. Bagn., Cap. 58, a n. 96. E confundindo alguns DD. a offerta com o deposito, requerem em uma e outra os identicos requisitos, para produzirem o effeito no devedor de extinguir a obrigação principal, cessarem as usuras, etc., como se póde ver em Barbos., Vot. 80, Struv., Exercit. 47, Thes. 79, et ibi latissimè Muller, Stryk., *Us. mod.*, L. 46, T. 3, a § 15, e Vol. 1, Disp. 8, Cap. 3 e 5, Altim., Tom. 7, Q. 47, a n. 527 e 551, e finalmente no Cod. Civ. dos francezes, Art. 1257 e seguintes.

§ 97

Na materia sujeita variam as opiniões, como se vê em Cortead., Decis. 149, a n. 87, aonde recolligindo os DD. de umas e outras debaixo d'esta questão: «An venditor vigore pacti de retrovendendo possit agere ad revenditionem cum sola oblatione pretii; an vero necessaria sit obsignatio et depositio pretii? Diz, ut ibi: «Tres sunt opiniones. Prima quod non sufficiat sola oblatio pretii ad agendum, sed necessaria sit obsignatio; et depositio pretii. Secunda est opinio, quod ad agendum vigore pacti de retrovendendo non sit necessaria obsignatio, et depositio pretii, sed sufficiat sola pretii oblatio. Tertia est opinio superiorum consiliatrix, ut sola oblatio pretii sufficiat ad aperiendam viam ad agendum, et ita procedit secunda opinio relata, quo vero ad lucrandos fructus necessaria est obsignatio, et depositio pretii, et ita procedit prima opinio.» Esta terceira opinião, como distinctiva, é a que deve seguir-se, Nogueir., Coelho, Letra O, n. 60, e como a que mais se approxima á verdade, Maced., Decis. 9, n. 26, Hontalb., *de Jur. Superv. in præfation.* E accingindo a ella faço praticamente os seguintes discursos, distinguindo variedades de casos.

Digitized by Google

§ 98

Primeiro: Se o vendedor antes de findo o tempo convencionado ou legal, previne o comprador offerecendo-lhe com dinheiro á vista o preço da venda, e tudo o mais que deve satisfazer-lhe (§§ 85 até 94); e o comprador sem rasão, recusa ou receber o distrate ou passar quitação do mesmo por escriptura publica, dependendo d'ella na fórma da Ord., L. 3, T. 59, esta offerta assim feita em tempo competente, e de tudo quanto o vendedor deve satisfazer, o enche de rasão para recorrer a juizo, requerendo se cite o comprador para ver fazer o deposito, e lhe fazer escriptura de distrate, com a comminação de se haver o termo judicial de deposito, e a sentença que o confirmar por titulo do distrate e cessar o vencimento dos rendimentos para o comprador, e cederem em beneficio do vendedor desde o dia do deposito em diante.

Nota: Se a venda foi contrahida com o dito pacto por escriptura publica, deve o requerimento summario para este deposito justificar-se logo com uma copia da mesma escriptura. Deve o deposito fazer-se integral de tudo o referido a § 86, e requerer-se por evitar variedade de opiniões perante o juiz do domicilio do comprador (§ 75). A comminação de ficar o deposito e sentença servindo de titulo, quando o comprador seja costumaz em o fazer, é fundada nas doutrinas de Peg. 6, For., Cap. 161, Urceol., *de Transact.*, Q. 58, n. 20, Silv., ad Ord., L. 4, T. 19, § 2, repertorio sub verbo *Contrato depois de celebrado.* A comminação de ficar o vendedor vencendo os fructos depois do deposito é fundada nas doutrinas dos DD., com os quaes Cortead., Decis. 149, a n. 90 ad 103; comtantoque n'este deposito intervenham os requisitos communs a todos os depositos, como ser puro e simples sem condição alguma, requerido perante o juiz competente, qual na melhor opinião o do comprador; ser este citado, ser o deposito inteiro, etc., como requerem os DD. citados, § 96, e ao proposito Cortead., Decis. 149, a n. 95. Porém se o comprador, praticado tudo isto, ainda não dimitte voluntario os bens vendidos, é preciso recorrer a libello ordinario para lh'os reivindicar, com os fructos vencidos desde o dia do deposito solemne.

Digitized by Google

§ 99

Segundo: Se o comprador assim requerido na fórma exposta no § precedente, comparece e embarga o deposito, ou por ter passado o tempo convencional ou legal, e estar prescripto o pacto, ou por não ser integral ou por qualquer outro principio, propondo-se mostrar que não é obrigado aceitar o deposito, nem fazer escriptura de distrate, os taes embargos se disputam até final, e então se fica convencido, os resultados são os mesmos que ficam expostos na nota precedente; se vence por ser diminuto ou nullo o deposito, reitera-se de novo, mas não obra o effeito de vencer o vendedor os rendimentos, emquanto não faz um novo deposito inteiro e valido, Fabro, in Cod., L. 4, T. 36, Defin. 17, Rodericus, *de Redditib.*, L. 2, Q. 15, n. 68, Cortead., Decis. 149, n. 102 e 103. E se vence, ou por estar passado o tempo ou por qualquer outro principio, pelo qual seja desobrigado do distrate, fica terminada a controversia.

§ 100

Terceiro: Se o vendedor usa logo directamente de acção ordinaria por libello, allegando a venda com o dito pacto, e offerecendo logo o preço e mais despezas, concluindo que o réu seja condemnado por sentença a fazer-lhe escriptura de distrate, com a comminação de ficar a sentença servindo de titulo, e a que tambem seja condemnado demittir-lhe os bens vendidos; n'este caso ou o agente vendedor faz logo o deposito depois de offerecido o libello, e um deposito integral e valido; e então vencendo a final as duas pretendidas condemnações, vence juntamente os rendimentos desde o dia do deposito, ou se não faz logo com o libello o deposito, basta faze-lo depois da sentença antes que entre na posse; pratica que com varias decisões prova Cortead., Dec. 149, a n. 90 ad 93, referindo muitos DD. Se bem que com outros, debaixo do n. 93, diz que, aindaque logo no ingresso da lide se não

Digitized by Google

faça o deposito, sempre o comprador que insistiu na demanda e recusou a simples offerta, está responsavel aos rendimentos, vencendo os interesses legaes do preço da compra, compensados em concorrente quantidade estes com aquelles.

Nota: Este terceiro modo pratico é o mais providente, porque ao mesmo tempo se consegue não só que a sentença seja havida por titulo de distrate, não só uma sentença que tem execução prompta para a immissão na posse, assignando-se os dez dias da Ord., L. 3, T. 86, § 15, e em audiencia como por pratica diz Vanguerv., P. 3, Cap. 6, n. 62, mas uma sentença que tem execução pelos rendimentos vencidos do dia do deposito; convenientes que se não conseguem pelo primeiro e segundo modo de procedimento, porque ainda depois de praticados e concluidos, é necessaria nova acção para reivindicar a cousa vendida com os rendimentos do dia do deposito. Por outra parte, se o réu offerecendo-se-lhe com o libello logo o preço, siza, etc., recusa a offerta e não confessa a acção, essa offerta judicial recusada tem força de deposito, como que se fosse real, convencendo-se a final que o réu não teve justa causa para a recusar, Conciol., Alleg. 55, n. 32, Bagn., Cap. 58, n. 97. E vem o agente a interessar a final os rendimentos da lide contestada, excomputado só n'elles o juro legal do preço da venda, que então ha de depositar para entrar na posse, ficando n'este caso mais propriamente applicavel á doutrina de Fabro, in Cod., L. 4, T. 36, de fin. 17, Barbos., *in Lege Si mora* 10, ff. *de Solut. matrimon.*, a n. 67 e 72, Cancer. 1.°, Var., Cap. 13, n. 49, Fontanel., Decis. 74, Romaguer., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 52, n. 28 e 29, Gall., *de Tract.*, Disp. 23, Art. 4, n. 9, optime Scopp., ad Gratian., Decis. 176, a n. 13. Por outra parte, se o agente duvida do vencimento da demanda, interessa em só offerecer no libello o deposito integral, porque se o réu o aceita está finda a demanda; se o recusa, e a final é vencedor o réu, interessa o auctor em ter conservado na sua bolsa o dinheiro, e não o expor aos riscos de um deposito, riscos que recáem sobre elle, uma vez que o réu vença o pleito.

Nota: Que se o vendedor, pendente a lide, se introduzir na posse com attentado e for condemnado na restituição da posse com os fructos, aindaque vença a final não os recupera, Fabro, in Cod., L. 4, T. 26, Def. 17, in fin., n. 9, in Alleg.

Digitized by Google

§ 101

Não devo aqui preterir que o vendedor, tratando d'esta sua acção, póde oppor compensação de outra divida certa e liquida que o comprador lhe deva para amortisar em todo ou parte o preço da venda, Tiraquell., *de Retract. Linag.*, § 3, Gloss. 3, sub n. 3, Bersan., *de Compens.*, Cap. 2, Q. 36, n. 10, Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 31; e se a sua divida não é logo liquida, póde requerer nos termos da Ord., L. 4, T. 78, § 4, tempo competente para a liquidar citado o comprador, Bersan., supra, n. 11, Medic., *de Compens.*, P. 2, Q. 7, n. 24.

Se o vendedor que quer remir ignora o preço, ou é illiquido, alguns DD. admittem a offerta com caução de restituir o que se certificar e liquidar, Tiraquell., *de Retract. Conv.*, § 1, Gloss. 20, n. 2, com outros Stryk., Vol. 8, Disp. 22, Cap. 2, n. 11; mas o mesmo Strykio justamente defende o contrario.

ARTIGO XIV

Effeitos de um deposito valido em juizo, ou de um distrate voluntariamente recebido pelo comprador fóra do juizo, e outros geraes effeitos de um pacto

§ 102

Primeiro effeito: Muitos DD. distinguem o caso de ser o pacto de retrovendendo concebido com palavras *diretas*, ou com palavras *obliquas;* de fórma que sendo concebido com palavras *directas,* logo o dominio reverte *ipso jure* ao vendedor com todos os seus effeitos; aliter sendo concedido com palavras obliquas, caso em que só concedem ao vendedor uma acção pessoal. Outros só admittem essa differença no pacto da lei commissoria (de quo § 6), negando a equiparação d'este pacto com o nosso n'esta parte; sobre o que largamente dissertaram Cost., *de Privil. Creditor.*, Reg. 1, Ampl. 2, a n. 10, Cald., *de Empt.*,

Digitized by Google

Cap. 23, n. 13, 37, 44 e 49, Silv., ad Ord., L. 4, T. 4, in princ., n. 11 e 12, Cald., in L. *Si curatorem*, verbo *Sua facilitate*, a n. 62, explicando os mesmos, Costa e Silva, e tambem Strykio, Vol. 1, Disp. 1, Cap. 2, n. 17, qual é a formula das palavras directas, qual a das obliquas, qual a das communs a este proposito. Adde eund. Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, §§ 32 e 33; porém Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 4, a § 30, largamente disserta sobre taes differenças, effeito d'ellas, collisão de leis oppostas, e por fim conclue no § 32, ut ibi:

«Dicendum ergo potius est, hoc ideo fieri, quia tali interveniente pacto, debitori ad certum tempus dominium adhuc reservatum est, quod indicant verba, licere ei recipere rem suam, posse enim rem vendi cum reservatione dominii ad certum tempus conclamatum est. Ita in consonantiam, reduci possunt textus non adeo cohærentes, ut distinctione inter verba directa et obliqua non sit opus; quanvis negari nequeat, sententiam contrariam, quæ hoc discrimen inculcat sub auctoritate Glossæ a plerisque agnitam, approbatam, et communem factam fuisse. Verum malui veritati locum dare, quam sub communis sententiæ auctoritate pugnare, Probabiliores hanc sententiam tuentur, Covarruv., loc. cit. et Donell., L. 16, Cap. 18 et 19.»

Nota: *Quidquid sit ad alios juris effectus*. O certo é, ao nosso proposito, que logoque se faz um solemne e integral deposito do preço da venda, com mais appendices de despezas, citado o comprador, principia o vendedor a vencer d'ahi em diante fructos, Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 4, § 32, Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 32, n. 100, Faria, *ad Covarruv.*, L. 1, Var., Cap. 15, n. 45, e com outros muitos, Cortead., Decis. 149, n. 94, L. 2, in fin., Cod., *de Pact. inter Empt.*, Gall., *de Tract.*, Disp. 23, Art. 4, a n. 7. E que mais importa ao nosso proposito vencer o vendedor os fructos do dia do deposito, como em effeito da reversão do dominio, fossem quaes fossem as palavras directas ou obliquas com que se formalisou o pacto, ou vencer os fructos pela mora do comprador em lhe restituir a cousa vendida? O ef-

Digitized by Google

feito é o mesmo; a disputa é mais propria para que decisão da questão, de qua a §...

§ 103

Segundo effeito: Extingue-se a hypotheca, que o comprador no meio tempo constituisse sobre a cousa comprada em favor de algum seu crédor, Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 1, Ampl. 2, n. 1 a 34, ou o pacto fosse concebido com palavras directas ou obliquas, Berlich., P. 2, Concl. 2, n. 9. Latissimè Amat., Var., Resol. 4, n. 15. Extingue-se qualquer servidão real, que o comprador tivesse imposto na cousa assim comprada, Pecch., *de Aquæd.*, L. 3, Cap. 13, Q. 36, Muller, ad Struv., Exercit. 23, Thes. 54, in fin.; e se alguma servidão activa do predio vendida estava confundida na pessoa e predios do comprador, resoluta assim a venda, torna a reviviscer, Pecch., *de Aquæd.*, L. 3, Cap. 13, Q. 2, Romaguer., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 52, n. 37. Veja Stryk., *Us. mod.*, L. 8, T. 1, § 58, et ad omnia Cod. Civ. dos francezes, Art. 1673, ibi: «Quando o vendedor reentra na sua herdade por effeito do pacto de retrovenda, elle o torna a receber isento de todos os encargos e hypotheca, de que o comprador o tivesse gravado». Conf. Domat, *Loix civil.*, L. 1, T. 2, Sect. 12, § 5. *Aliter* se a faculdade de remir foi convencionada ex intervallo, porque subsistem os encargos e hypothecas que o comprador constituiu no meio tempo antes de estipular o pacto, Domat, supra, § 7, Costa S.ª, ou se o distrate foi admittido pelo comprador depois de findo o tempo assignado para a remissão, Altim., ad Rovit., L. 1, Obs. 59, n. 24.

§ 104

Terceiro effeito: O comprador sendo possuidor é precisamente obrigado restituir a cousa comprada, e não satisfaz, ainda que se offereça prestar ao vendedor o interesse

Digitized by Google

conforme a melhor opinião, que com Pinell., Barbos., Gomes e Hermosilh., segue Silva, ad Ord., L. 4, T. 4, in princ., n. 16, Stryk., *de Success. ab intest.*, Diss. 6, Cap. 4, § 7, Zoez., *de Retract. convent.*, n. 12, Richter., ad L. 2, Cod., *de Pact. int. empt.*, a n. 29, Id. Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 55.

§ 105

Quarto effeito: Sim restitue o vendedor ao comprador a primeira siza e o primeiro laudemio, que pagou o mesmo comprador (§ 92); mas do distrate não se deve nova siza, nem novo laudemio; quanto á siza é regra geral que se limita: 1.°, quando convencionaram que a revenda se faria pelo preço, em que então a cousa se estimasse de novo; 2.°, quando sendo o pacto limitado, v. g., a cinco annos, antes de findos elles se prorogaram outros cinco; 3.°, quando o pacto não foi o de retrovendendo, mas o de preferencia (qual o exposto no § 7); 4.°, quando o pacto de retrovendendo foi estipulado ex intervallo, Lim., ad Art. *Gabell.*, Cap. 1, in princ., Gloss. 6, a n. 30 ad 37. E quanto ao laudemio, tambem é regra geral que se não deve do distrate outro novo laudemio; mas se o pacto de retrovendendo é estipulado ex intervallo se deve outro laudemio da retrovenda, Romaguer., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 52, n. 39 e 40, e geralmente valet argumentum de gabella, ad Laudemium, Lim., *de Gabell.*, pag. 18, n. 119, Signer., Cortead., Dec. 149, n. 114.

§ 106

Quinto effeito: Supposto por via de regra o vendedor que rime a cousa vendida com o pacto de retrovendendo é obrigado conservar o colono, a quem o comprador deu de arrendamento os bens comprados, ut cum reliquis Silva, ad Ord., L. 4, T. 4, in princ., n. 29, Cortead., Dec. 149, n. 115; e isto pela unica rasão; «quia emptor vide-

Digitized by Google

tur locationem feciese de voluntate venditoris», Cortead., supra, Pacion., *de Locat.*, Cap. 61, n. 65. Comtudo esta regra se limita, quando consta que o comprador, prevendo a futura ou proxima remissão, arrendou o predio comprado por alguns annos em fraude do vendedor, Cortead., supra, v. *Intellige*, Barbos., in L. *Emptorem*, n. 24, Cod. Locat., Gall., *de Tract.*, Disp. 28, Art. 3, n. 28, Cald., *de Empt.*, Cap. 26, n. 53, Cod. Civ. dos francezes, Art. 1673, no fim. É porém o que compra com o dito pacto obrigado a conservar o arrendatario, pelo direito francez, Art. 1751.

§ 107

Quanto á divisão dos fructos no tempo da retrovenda

Sexto effeito: É assás controverso como deva fazer-se a partilha dos fructos pendentes entre o vendedor e o comprador, quando se distrata a venda? Uma opinião adjudica ao vendedor os fructos pendentes ao tempo da retrovenda, pagando ao comprador só as despezas da agricultura, e d'esta opinião são os muitos que referem Portugal, *de Donat.*, L. 3, Cap. 43, n. 65, Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 12, Coccey, *Jus Contron.*, L. 18, T. 1, Q. 43, Galo, *de Fructib.*, Disp. 23, Art. 4, n. 15, aonde expõe as rasões d'esta opinião; ella se segue em Catalunha, como attesta Cortead., Decis. 149, n. 104, referindo outros.

§ 108

Porém a opinião mais universalmente seguida e mais racionavel, defende que a partilha dos fructos pendentes se deve fazer entre o vendedor e o comprador, *pro rata temporis*. Esta opinião seguem e defende o mesmo Galo, a n. 13, Stryk., § 13, Portugal, n. 66, 67 e 68, como seguida na praxe, Coccey, supra, d. Q. 43. in fin., e sobre todos Bagn., Cap. 25, a n. 139, aonde não só expõe os fundamentos da racionabilidade d'esta opinião, mas

Digitized by Google

confuta as objecções contrarias; optime etiam Costa, *de Privil. Credit.*, Reg. 1, Ampl. 2, a n. 66, aonde tambem responde a todas as objecções contrarias, Scopp., ad Gratian., Dec. 176, n. 4. Esta opinião se comprova com o direito divino no Levit., Cap. 25, v. 27, aonde tratando da venda remivel diz: «Computabuntur fructus ex eo tempore quo vendit. Et quod reliquum est reddet emptori, sicque recipi et possessionem suam».

§ 109

O mesmo Bagn., para melhor exposição da fórma d'este rateio dos fructos, figura esta hypothese: Se se vende uma vinha com este pacto no primeiro de abril, e passados alguns annos o vendedor offerece o preço no primeiro de agosto; n'este caso (e assim em similhantes) o comprador deduz primeiro todas as despezas que tem feito na cultura da vinha, para se lhe pagarem ou em dinheiro ou vinho d'ella; e do resto, *deductis expensis*, se devem fazer doze partes, das quaes quatro pertencem ao comprador que revende, porque possuiu a vinha n'esse anno os quatro mezes desde abril até agosto, e as outras oito partes pertencem ao vendedor que rime; fórma de partilha, que com muitos DD. comprova o mesmo Bagn.

§ 110

Como porém os fructos não são uniformes na qualidade ao tempo da sua producção, passa o mesmo Bagn., no n. 145, a fazer outra computação, ut ibi: «Rata temporis, ut fructuum divisio fiat inter emptorem et venditorem tempore retrovenditionis, consideranda est juxta naturam fructuum, quos fundus retrovenditus produxit; si namque fructus essent poma, cum pomaria singulis annis soleant fructum producere, annus erit duodecim mensium, si autem sint fructus, quos fundus singulis biennis producit, biennium loco unius anni erit, si vero fundus

Digitized by Google

singulis annis cum dimidio fructus producat, octodecim menses pro uno anno connumerabuntur; si autem sit Silva cædua, et quolibet triennio, vel quinquennio fructus producat, id est ramos cæduos ad usum sufficientes, triennium, vel quinquennium pro uno anno computabitur et sic de similibus, faciendæque sunt duodecim partes fructuum, habitaque ratione initii anni, atque temporis retrovenditionis, tot partes fructuum habebit emptor retrovendens, quot correspondent ratæ temporis, quo possedit eo ultimo anno; venditor autem redimens lucrabitur tot partes fructuum, quot correspondeant ratæ temporis, quo possessurus est eodem ultimo anno, v. g., emptor revendens possedit per duodecim menses fundum, qui singulo anno cum dimidio fructus producit, et fundus retrovenditur tempore, quo deficiunt sex menses ad integrum annum cum dimidio; faciendæ sunt tres partes fructuum, duasque habebit emptor revendens, tertia autem spectabit ad venditorem redimentem, habito sic respectu ad ratam temporis, quo quilibet ex contrahentibus possedit, et possessurus est eo ultimo anno, in quo retrovenditio fit, eo quod annus computatus per octodecim menses, in tres partes dividitur pro ista fructuum divisione facienda, etc.» Escobar, *de Ratiociniis Comput. final.*, n. 9, Cavalcan., *de Usufruct.*, n. 245, Scopp., ad Gratian., Dec. 176, n. 5.

§ 111

Quid vero, se ao tempo da venda estavam pendentes e proximos a colher-se os fructos, que o comprador logo colheu sem mais despeza; e ao tempo da retrovenda estão tambem pendentes e proximos a colher-se, se estes pertencem ao vendedor livremente, assim como ao comprador pertencerão os pendentes ao tempo da compra? Covarruv., L. 1, Var., Cap. 15, n. 17, favoreceu o vendedor para vencer os fructos pendentes ao tempo da retrovenda. Porém Covarruv. é commummente reprovado, e com va-

Digitized by Google

rias rasões por Bagn., Cap. 25, a n. 147, e Gallo, *de Fruct.*, Disp. 23, Art. 4, n. 16.

§ 112

Toda a disputa sobre a variedade das ditas opiniões cessa: 1.°, quando no contrato da compra e venda preventivamente convencionam, qual d'elles vencerá os fructos pendentes no tempo da retrovenda, Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 13. E ainda quando não ha uma expressa convenção a este respeito, basta que seja tacita como no caso que figura Bagn., Cap. 25, n. 153, ibi: «Si autem tempus certum a contrahentibus assignatum fuit ad retrovendendum, et tempore retrovenditioni statuto, soleant fructus pendere, venditor fundum redimens, eo tempore assignato, omnes fructus pendentes lucrabitur, quia de eis præsumuntur contrahentes cogitasse, verissimilique est ut si contrahentes tempore venditionis interrogarentur, an tempore retrovenditionis restituendus esset venditori redimenti fundus, una cum fructibus tunc pendentibus, quod responderent, ipsos ita sentire, ut æqualitas servetur; eo namque modo, quo venditor in prima venditione, pro uno pretio factas fuit dominus prædii fructusque pendentes acquisivit, ita etiam venditor redimens reacquirat dominium ejusdem fundi, omnesque fructus pendentes tempore retrovenditionis suos faciat; pactum enim de retrovendendo habiturum est effectum suum tempore quo fructus pendentes erunt prout ipsi contrahentes, tempore primæ venditionis bene prævidente, eo tempore fructus pendentes esse futuros, juxta solitum in ea regione, et juxta qualitatem fructuum, quos fundus venditus producere solet.»

§ 113

Tambem cessa, 2.°, toda a disputa a este respeito: «Casu quo venditio facta fuisset cum pacto de retroven-

Digitized by Google

dendo pro pretio, de quo contrahentes retroventionis tempore convenerint, vel pro pretio justo arbitrio boni viri declarando. In isto namque casu fructus pendentes tempore retroventionis non dividuntur inter emptorem et venditorem pro rata temporis, sed omnes spectabunt ad venditorem cui fundus retrovenditur; eo quod in retroventione statuitur pretium habito respectu ad eosdem fructus tempore retroventionis pendentes.» Ita cum Tiraquello, Escobar, Covarruv., Faria, Gratiano e outros, Bagn., Cap. 25, n. 144, e com outros Scoppa, ad Grat., Decis. 176, n. 3, Gallo, *de Fruct.*, Disp. 23, Art. 4, n. 15.

§ 115

Igualmente, 3.º, cessa a variedade de opiniões quando se trata de fructos civis, como alugueres de casas ou moinhos, porque quotidianamente se vencem e se rateiam, conforme os mezes e dias, e o vendedor só vence os redditos civis do dia em que faz o deposito, Zoezio, *de Retract. convent.*, n. 27, Gallo, *de Fruct.*, Disp. 23, Art. 4, n. 17, Stryk., *de Success. ab intestat.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 14. Se porém os vendidos com este pacto eram predios rusticos que andavam arrendados a colono; se este, logoque percebeu os fructos, pagou a pensão ao comprador, mesmo antes de chegar o dia da solução, como entre nós antes do dia de S. Miguel, assenta o mesmo Stryk., que toda esta pensão é do comprador aindaque depois de recebida, e no intervallo até, v. g., o S. Miguel, o vendedor distrate a venda sem aqui haver rateio; segue a mesma opinião contra Boerio Gallo, *de Fruct.*, supra, sub n. 17, e foi opinião original de Tiraquell., *de Retract. convent.*, § 5, Gloss. 4, n. 11, limitando o mesmo Gallo esta resolução, se o comprador no principio do anno recebeu a pensão antecipada; porque então deve ratea-la com o vendedor.

Nota: Todos estes DD. se fundam no simile da L. *defuncta* 58 ff., *de Usufructu*, que largamente expõe Castilho, *de*

Digitized by Google

Usufructu, Cap. 77, a n. 20, conforme a qual tendo o colono percebido os fructos antes do tempo e dia assignado para a solução da pensão, é o mesmo que, se o senhorio cultivando por si, os tivesse recolhido; e quanto aos fructos civis das hortas, casas, moinhos, pastos, etc., se dividem pro rata temporis, Castilho, n. 25 e 26; se porém o comprador prevendo que o vendedor se apromptava a remir, em fraude d'elle, colheu os fructos ainda não sazonados, diz Tiraquell., *de Retract. Convent.*, § 5, Gloss. 4, n. 18, que: «Inspiciendum est tempus, quo fructus erant maturi, ut restitutio eorum fiat pro rata temporis; non tempus quo sunt collecti, ut ad emptorem pertineant, etc.» Sequitur Gallo, *de Fructib.*, Disp. 23, Art. 4, sub n. 17, et Disp. 2, Art. 3, a n. 25.

§ 115

Quanto ao rateio nos censos constituidos com este pacto?

O mesmo Gallo, *de Fructib.*, Disp. 23, Art. 4, propondo esta questão no n. 18: «Quid sit dicendum de censibus, et annuis redditibus, quando redimuntur ante finem anni et terminum solutioni additum, ad quem spectet pensio?» Refere tres opiniões; uma de Guido Papa, Decis. 271, que o que rime o censo deve pagar a pensão inteira d'esse anno; outra contraria de Barbos. na L. *Divortio*, in principio, P. 2, n. 64, *ff. de Solut. Matrim.*, que o redemptor do censo nada deve pagar por aquelle anno em que faz a remissão: E finalmente firma e segue a terceira opinião. «Quod redimens teneatur pro rata temporis decursi solvere pensionem, licet dies solutionis nondum advenerit». Comprovando esta opinião com muitos e graves DD., e declarando no n. 19 no fim que o anno na prestação dos censos se considera como anno emergente contado desde o dia, em que se celebrou o contrato até outros dias similhantes dos annos seguintes, para a este respeito se fazer o rateio quando em qualquer parte d'esse anno se distrata o censo remivel.

Digitized by Google

ARTIGO XV (OU ALIÁS)

QUESTÃO

Se o vendedor tem acção contra o terceiro, a quem o comprador com este pacto alienou (sem elle) os bens comprados?

§ 116

Que o pacto de retrovendendo só produz uma acção pessoal ex vendito contra o comprador pelo interesse, e não a acção real de reivindicação contra o terceiro possuidor, a quem o comprador alienou, é opinião largamente defendida pelos DD., com os quaes Silva, ad Ord., L. 4, T. 4, in princ., n. 23, e alem d'elles Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, T. 1, Q. 36, Stryk., *de Success. ab intest.*, Dissert. 6, Cap. 4, § 2, Struv., Exercit. 23, Thes. 43, Berlich., P. 2, Conclus. 2, n. 13, aonde tambem largamente a defende; e por esta opinião se vê julgado no reportorio debaixo da palavra *Contrato da compra e venda feito com condição, etc.*, Harprectr., Dissertat. 84, a n. 231, ad 243, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 4, in *Miscellan.*, a n. 40, Stryk., *Us. modern.*, L. 18, T. 1, § 24, Leyser., *ad Pand.*, Specim. 192, Medit. 6, ubi judicatum anno 1709.

§ 117

Limitam commummente esta opinião alguns sequazes d'ella: 1.°, quando o comprador transfere ao segundo a cousa com o mesmo pacto em favor do vendedor; 2.°, quando o pacto é concebido com palavras directas (de quibus § 102), (adde Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 1, § 34); 3.°, se o primeiro comprador é notoriamente insolvavel; 4.°, se o dito pacto foi revestido com prohibição de alienação, e roborado com hypotheca, Berlich., supra, a n. 17, Silva, supra, a n. 25, Stryk., supra, § 24, Stryk., supra, §§ 2 et

Digitized by Google

3, aonde acrescenta: 5.°, limitação, se o segundo comprador teve sciencia de que a primeira venda fôra feita com o pacto; limitação que bem se comprova com o simile de quo Silva, ad Ord., L. 4, T. 7, n. 50, Conciol., *ad Statut. Eugub.*, L. 2, Rubr. 50, n. 6, Harprectr. S.ª, a 241, Olea, supra, n. 42 et 43.

§ 118

Em contrario, que o pacto, de que tratâmos, produz absolutamente (prescindindo das referidas limitações) acção real contra o terceiro possuidor, o defende com admiraveis rasões Altim., ad Rovit., L. 2, Observ. 14, a n. 13, concorda Boehm., *ad Pandect.*, Exerc. 4, § 32, in fin. Pela mesma opinião refere Silva, supra, n. 24, muitos e graves DD. (que deixo de referir); outros mais Berlich., n. 12. E por esta opinião refere Cortead., Decis. 149, n. 56. Arestos nos tribunaes de varias nações, como de Catalunha, París, Luca, Aragão, Sicilia, Roma, Urcella, Saboia e outras, cumulando um grande apparato de DD. em grande numero: adde Cyriac., Contr. 683, n. 5.

§ 119

Esta opinião foi adoptada por uma constituição do reino de Sicilia, que refere Amato Var., Resol. 19, n. 2; por outra lei de Saboia, que refere Fabro, in Cod., L. 4, T. 36, Defin. 3 e 8; por outra da cidade de Urcella, que referem Cagnol. na L. 2, Cod., *de Pact. inter emptor.*, n. 135, Thesour., L. 2, Q. 81, e ultimamente no polido Cod. Civ. dos francezes, Art. 1664, e mais antigamente pelo *Direito provincial marchico Badense*, Harprectr., Disp. 84, a n. 243.

Nota: Esta segunda opinião é a que, no meu arbitrio, se deve seguir in judicando et consulendo: 1.°, porque fundada em rasões mais fortes, como se podem ver em Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 32, a n. 44, e melhor em Altim., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 14; 2.°, porque defendida por um maior esqua-

Digitized by Google

drão de DD.; 3.°, porque seguida nos tribunaes mais polidos da Europa; 4.°, porque adoptada pelas legislações de muitas nações. E sobre tudo, 5.°: Todos os direitos conspiram pela observancia dos pactos; a verosimil intenção dos contrahentes é a primeira norma da interpretação, apesar do superficial das palavras, Cod. Civ. dos francezes, Art. 1156, Domat., *Loix civil.*, L. 1, T. 1, Sect. 2, a § 10, pag. 17, ex L. 34, L. 168 § 1, ff. *de Reg. Jur.*, L. 114, ff. eod. T., L. 219, ff. *de Verb. Sign.*, L. 7, in fin., ff. *de Supell. Leg.* E se bem que a L. 39, ff. *de Pact.*, a L. 21, ff. *de Contr. empt.*, a L. 33, ff. eod. T., parece que obstam ao vendedor que se não exprimiu mais claramente; a regra d'estas leis só procede quando: «Ille, qui in pactione ambigua et obscura clarius loqui debuisset, in illa voluit singularem et extraordinariam quærere utilitatem, quando scilicet lis est de illa utilitate, quam quærere voluit, etc.» Veja-se Boehm., *ad Pand.*, Exerc. 30, a §§ 20 e 25. E não quando o vendedor que se não explicou assás só tem por fim occorrer a prejuizos machinados pelo comprador; nem quando toda a verisimilhança assiste a abonar a intenção do vendedor, Pacion., *de Locat.*, Cap. 23, a n. 146. Ora quem dirá que da intenção do vendedor não foi que o comprador conservasse e não alienasse a cousa vendida; ou se alienasse, ter elle vendedor acção contra o terceiro, para recuperar d'elle a sua cousa satisfazendo um ao outro o preço recebido? Vej. Tiraquell., *de Retract. Convent.*, § 3, Gloss. 1, n. 1. Será crivel que o vendedor, se previsse e fosse sciente d'essa opinião contraria, que lhe denega acção contra o terceiro, não se acautelasse com todas as precauções e clausulas, ou que obstassem á segunda venda, ou lhe salvassem a acção contra o terceiro? Ha de ser imputavel ao vendedor uma falta de expressão quando a sua intenção é manifesta e o erro do direito (et maxime de opiniões de DD.) não é imputavel Schilt., *in Prax. Jur. Rom.*, Exerc. 24, § 34, Stryk., *Us. mod.*, L. 22, T. 6, § 1, Boehmer., e Thomás, ibid.; e muito menos quando se trata de damno vitando? Que perfidia mais detestavel, como a do comprador, que ou vende sem necessidade a cousa assim comprada com o dito pacto; ou, se a vende necessitado, não salva ao vendedor o seu direito de remir, condicionando ao segundo comprador, que o admittirá a remir, usando elle da faculdade reservada dentro do tempo convencionado ou do legal? E uma perfidia, um tal dolo póde elle supplantar o direito e acção do vendedor contra o primeiro ou segundo comprador? Por mais que o primeiro comprador se queira sacrificar (e seja aliás solvavel) a

Digitized by Google

indemnisar o primeiro vendedor, n'isto mesmo ha injustiça; porque ainda sendo solvavel o comprador, interessa mais o vendedor na recuperação da sua cousa, que na estimação d'ella, L. 9, in princ., *ff. de Minor.*, L. 3, § ult., *ff. de Act. Empt.*, Barbos. et Tab. L. 16, Cap. 58, Axiom. 7; e resultaria o absurdo de ficar obrigado involuntario a vender para sempre, o que só quiz voluntario vender temporalmente contra a regra da Ord., L. 4, T. 11, se pela alienação do comprador ficasse privado da faculdade do resgate dentro do tempo a que só limitou a sua vontade, ou a que as leis a limitam, e isto sem culpa propria. Por outra parte, não duvidaram jamais os DD. d'essa contraria opinião, que sendo o pacto de remir concebido com palavras directas, produz a acção contra o terceiro. E que culpa póde imputar-se a um vendedor, ignorante de taes opiniões e da força de taes palavras, que deixou de munir com ellas o pacto da revenda? Se hoje estão proscriptas do fôro éssas subtilezas do direito romano, e differenças entre os pactos núS ou vestidos, contratos nominados e innominados, bonæ fidei, ou stricti juris, Mello, L. 4, T. 2, § 4, e outros muitos que omitto; que diversa rasão para que se conserve a subtil e formularia differença entre palavras directas e indirectas, obliquas ou communs? Veja-se (e não ficará que duvidar) Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 4. *De verbis directis et obliquis*, tot., et signanter a § 30. Na compra e venda com o pacto de retrovendendo, para o fim de que disputâmos, foi um invento da glossa, como diz Boehmer., sub § 30, invento contra o qual declama altamente, conciliando as leis romanas de que a glossa deduziu essa differença. Lá disse Lauterb., ad Tit. *ff. De in diem addict.*, § 14 da L. 41, *ff. de Reivind.*, que: «Quanvis ibi verbum obliquum pónatur, præsupponitur tamen constitisse de mente contrahentium, quod directo venditionem resolvere voluerint». E que menos póde conjecturar-se de um idiota que simplesmente estipula o pacto de retrovendendo, sejam quaes forem as palavras com que se formalise? Se na phrase commum: «Parum refert quoad rei effectum, an pactum appelletur de retrovendendo, an pactum restituendi; ut aliqui præpostera subtilitate ad sonum verborum, non ad effectum attendentes distinguere solent. A prudentibus enim et peritis substantiæ, et effectus præcipue habenda est; et magis mens disponentis, quam verba attendenda»; Pinell., in L. 2, P. 2. Cod., *de Rescind.*, Cap. 3, n. 27, que differença essencial póde dar-se em ser o pacto concebido com palavras directas ou obliquas? Quantas vezes não são taes palavras distinctas dos escrivães idiotas, que recommen-

Digitized by Google

dados de formalisarem as escripturas e contratos com todas as cautelas e seguranças, ignoram quaes sejam no rigor de direito umas e outras palavras, qual a energia e força d'ellas? Veja-se o Card. de Luca, *de Judic.*, Disc. 26, n. 3, et *de Legit.*, Disc. 31, sub. n. 9, et *de Fidei comm.*, Disc. 123, n. 3, Disc. 141, n. 11, et *de Alienat.*, Disc. 45, n. 4.

ARTIGO XVI (OU ALIÁS)

QUESTÃO

Se se presume distratada e remida pelo vendedor a cousa vendida; se por algumas conjecturas se póde verificar um distrate e solução

Esta questão de facto et de jure se vê em Fabr., in Cod., L. 4, T. 36, Def. 18, a que me remetto, e ao Card. de Luca, *de Censib.*, Disc. 20, e a Rot. Roman., ad Luca., L. 5, *de Censib.*, Dec. 39 e 40, e as decisões 37 e 38. E eu discorro assim: Se o vendedor se acha na posse da cousa que vendeu por mais de dez annos, vinte ou trinta, sem jamais contribuir pensão alguma ao comprador; se o comprador era pobre, ou exacto em exigir o que se lhe devia, e não pediu jamais em largo tempo a cousa ao vendedor ou seus herdeiros, ou pensão d'ella; se o vendedor era solvavel e prompto em pagar; se o comprador o não interpellou emquanto vivo, mas só depois de morto elle a seus herdeiros; se na mão do vendedor ou herdeiros d'elle se acha o titulo da venda original; concorrendo estas ou similhantes conjecturas, será facil presumir-se o distrate, ex Cod., Fabro, juntas as doutrinas de Harprectr., Disp. *de Solutione conjecturata,* et passim DD.

Digitized by Google

DISSERTAÇÃO VI

Sobre a constituição anastasiana e justinianea na L. 22 e 23, Cod. Mandat.

E parallelo e conciliação da nossa legislação com aquella constituição

§ 1

Occasião e razão da L. 22, Cod. Mandat.

1 Eu as transcrevo (para os que carecem d'estes livros) de Manz. no commentario á dita L. a n. 3, ibi.: «Illud notetur: prioribus legibus cautum fuisse procuratorem, vel advocatum non posse pacisci de quota litis, L. 6, § fin., ff. *Mandat.* L. 5, Cod. *de postuland.*; idque sub pœna suspensionis ab officio... Unde illi, quibus sub quota et parte litis salarium constituitur redemptores litium alienarium, ab officio advocationis repelluntur... Nihilominus tamen homines quidam malitiosi, inhiantes alienis bonis et fortunis, excogitabant modum et viam, qua ejusmodi lucrum impune consequerentur. Curabant etenim in fraudem veterum legum se fieri non simplices procuratores, sed cessionarios, et procuratores in rem suam, id est cedi sibi actiones, ut hac ratione proprio nomine causam agerent, et sententia pro se data clientibus suis certam litis, seu victoriæ partem solverent, reliquam autem sibi retinerent. Quo facto plus quodammodo consequebantur, quam per pactum de quota litis participanda... Cum ergo fraus legi fieri non debeat... Ideo imperator Anastasius ejusmodi fraudes, et legum veterum elusiones per salutarem hanc constitutionem impedire satagens, certum modum statuit, quo posset fieri cessio, cum antea fieret promiscue, et pro cujusque sententia, et beneplacito... Hominum avaritia

Digitized by Google

eo usque excrevit, ut nullis corradendi pecuniam, et alios decipiendi, et defraudandi modis desistant, ad quod palliandum varias technas, versutias, calliditates quærunt, imprimis vero aliorum actiones, et jura modico alioquo dato sibi acquirunt, et sibi cedi curant; ideoque ad ejusmodi inhiationes, et callidas in L. 22 e 23, Cod. Mand., *Salubriter sanciverunt*, quod ejusmodi cessiones non valeant... Ex his apparet occasio hujus legis ab Anastasio latæ, quod videlicet ad evitandas fraudes, et tacitas litium redemptiones, in odium redemptorum fuerit introducta... Apparet etiam ratio hujus legis, quod videlicet illi, qui faciunt sibi cedi, vel qui cœmunt actiones, et nomina aliena pro redemptoribus litium sunt habendi... Istaque est prima, et principalis ratio cur Imp. Anastasius ejusmodi cessiones nominum, et actionum cohibuerit; quia redemptores litium, vel si non sunt, saltem ad redemptores litium proxime accedunt, qui lites alienas, vel litigiosa nomina sibi cedi faciunt... Litium enim redemptores curare solent, quo magis vexent eos, qui lites execrantur actiones sibi cedi... Ratio alia potest esse ista; quia tales cessiones plerumque sunt longe minori summa, et pretio, quam nomine chirographo, et instrumento obligationis continetur; ita ut emptor pretium suum consequatur, et plus ultra, quod vel avaritiam, vel omnino usurariam pravitatem sapit... Multis autem legibus Romani civium avaritiam, et fœneratorum cupiditatem refrenare studebant, etc.» Concordam em substancia Brunneman., *de Cession. action.*, Cap. 1, n. 15 e 16, Sande, *de Cession. action.*, Cap. 11, n. 7, Lenz., *de Cession. action.*, Cap. 23, a n. 12, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 80, Let. δ

Nota: «Redemptores litium (diz Vicat hoc verbo) sunt qui ex eventu litis sibi certam quantitatem caverint, L. 9, § 1, ff. *de Off. Procons.*, L. 6, § ult. ff. *Mand.*, et qui, ut Constantinus loquitur in L. 5, Cod., *de Postul.*, ex ipsis negotiis, quæ tuenda susceperint, emolumenta sibi certæ partis cum grave litigatoris damno, et deprædatione pacisountur; aut qui sus-

Digitized by Google

pensa lite societatem futuri emolumenti caveri sibi curarunt. Adde L. 1, § 12, ff. *de Extraord. Cogn.*»

2 Não bastaram as cautelas e providencias de Anastacio para occorrer a taes cessões ou compras de acções. Novos meios e modo de fraudar as leis antigas, e a constituição mesma se excogitam; e Justiniano na L. 23, Cod. eod. Tit., occorre ampliando como favoravel a mesma constituição aos casos de novo prohibidos.

§ 2

Se a lei final Cod. eod. Tit. é espuria ou authentica

N. 1. Esta lei, que manda observar a geral prohibição da dita constituição; que ainda mesmo revogou as quatro limitações expressas n'ella, ou os quatro casos em que só permittia a cessão ou venda da acção; esta lei que só admittiu a unica cessão feita por doação liberal sem intervenção alguma de fraude; esta lei, digo, não estava comprehendida nos antigos codices; e foi restituida dos livros basilicos por Cujacio, L. 16, Observ. 16, como dizem Gotofred, á mesma lei, Manz. no seu commentario, Brunneman., *de Cession. action.*, Cap. 1, sub n. 29. E por isso o mesmo Brunneman. a diz não recebida na Allemanha e Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, T. 4, Q. 26, com Lauterbach., a diz espuria, sem auctoridade alguma, ut ibi.: «Objicies L. 24, Cod. Mand., ubi omnes illæ exceptiones, quæ in L. 22, Cod, Mand., continentur, tolluntur, et abrogantur, unoque tantum casu valere cessiones actionum asseritur, si scilicet fiant donationis causa. At bene respondet Lauterb... eam esse spuriam. Neque enim extat in ullo Codice, sed Cujacius illam restituit ex Libris Basilicis, qui vero nec ipsi constitutionem, sed saltem sententiam ejus referunt.»

Nota: Todos sabem com os estatutos da Universidade, L. 2, T. 3, Cap. 6, a n. 47, com Gravin., *de Origin. Jus civil*, L. 1,

Digitized by Google

Cap. 138, com Ekard., *Hermeneut. Jur. Civ.*, Dissert. 7, a historia dos livros basilicos, e o quanto a sua combinação com as leis romanas é interessante para a intelligencia d'ellas. Todos sabem com o mesmo Ekard., sub n. 282, e com Heinec., *Histor., Jur. Civ.*, L. 1, § 396, Not., que muitas constituições de Justiniano insertas no seu codigo pereceram pelas causas que estes DD. indicam. Todos sabem com os mesmos, que Cujacio e Concio restituiram ao codigo de Justiniano muitas constituições que estavam substanciadas n'aquelles livros, das quaes é uma a d. L. 24, Cod. Mandat. A duvida só consiste, se estas constituições restituidas por Cujacio e Concio, e de novo inseridas no codigo, têem auctoridade? O mesmo Ekard. na nota ao § 282 com Richter. e Lauterbach., assenta que não; aindaque diz que os patronos de causas muitas vezes recorrem a ellas quando lhes são favoraveis, e refere um aresto. Nos citados estatutos da universidade notâmos, que supposto recommendam a lição dos livros basilicos para a interpretação das leis romanas, de que foram succados, não mandam comtudo que se attendam as leis restituidas por Concio e Cujacio.

§ 3

Prohibição da cessão das acções em outros casos pelo direito romano

N. 1. É especialmente prohibida pelo direito romano: 1.°, a cessão das acções a pessoas poderosas na L. 2, Cod. *Ne lic. potent.*, sobre a qual fez uma excellente dissertação Stryk., Vol. 11, Disp. 1; 2.°, a alienação e cessão da acção litigiosa, L. 2 e seguintes, Cod. *de Litigios.*; 3.°, a alienação da cousa *judicii mutand. caus.*, L. unic., Cod. *de Alienat. Judic. mutand. caus.*, de qua ex professo Manz. *de Restit.*, T. 7, Stryk., supra, Cap. 3, § 3; e geralmente, 4.°, a que pessoas seja prohibido ceder as acções, compendiou Stryk., Dissert. *De Jurib. et actionib. non cessibilib.* Cap. 1, § 4, post Tract. *de Action. Forens.*

Digitized by Google

§ 4

Uso da constituição anastasiana nas nações

N. 1. Se esta constituição não está em uso em Milão e Bolonha, como diz Urceol., *de Transact.*, Q. 83, n. 2 e 3; nem em outras nações, Mull., ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82; é comtudo recebida e praticada nas provincias da Allemanha, Thomaz., *Not., de Us. hodiern. ad Pand.*, L. 18, T. 4, Stryk., ibid., § 9. Brunnem., *de Cess. act.*, Cap. 1, a n. 72, Mull., supra, Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, T. 4, Q. 28. Na Sardenha no Cod., L. 3, T. 8, § 4, Fabr., in Cod., L. 4, T. 26, Def. 9, n. 2. Duvida-se se na França, vista a contradicção dos DD. que refere Muller. S.ª, mas o novo Cod. Civ. de França, Art. 841, tirou a duvida. (Vej. Nota ao § 8, e no Art. 1699, maxime quando um coherdeiro vende a estranho a sua parte.)

N. 2. Como porém esta constituição tem fundamento na piedade e na justiça, prohibe umas cessões em si contrarias aos bons costumes, e é opposta á fraude, á avareza, á usura, Brunneman., d. Cap. 1, n. 17 e 75, Sande, *de Cession. act.*, Cap. 11, sub n. 10, Mull., ad Struv., supra, pag. 1608, Col. 1, e é rasão bem expressa na mesma L. 23; por isso justamente declama o citado Brunneman., n. 84, que ella deve ter uma universal observancia.

§ 5

Se esta constituição obrigou o Tit. ff. de Hæreditat. vel action. vendit.?

Assentam commummente os DD. que não; mas que a liberdade de vender e ceder acções, facultada em muitas leis d'aquelle T., só se restringiu e modificou aos limites prescriptos na mesma constituição, Brunneman., *de Cess. action.*, Cap. 1, sub n. 17, Muller, ad Struv., Exerc. 23,

Digitized by Google

Thes. 80, Lenz., *de Cess. act.*, Cap. 22, a n. 21, e Cap. 25, a n. 1.

§ 6

Parallelo das nossas leis patrias com estas romanas

N. 1. A Ord., L. 1, Tit. 48, § 11, prohibia os pactos de quota Litis. Entrou muitas vezes em duvida se esta ordenação comprehendia só os advogados; se tambem os procuradores que o não são, e havia a variedade de julgar que se vê em Peg., Tom. 6, For., Cap. 163, a n. 8. Porém a lei ou alvará de 1 de agosto de 1774 removeu toda a duvida, determinando, ut ibi: «Porque tem mostrado a experiencia não ser bastante, nem a providencia da Ord., L. 1, T. 48, § 11, nem a pena n'ella imposta para fazerem cessar as convenções e pactos chamados *de quota Litis*, em que se estipulam quaesquer porções ou quantias para o caso do vencimento das causas. Prohibo todos os sobreditos pactos e convenções, ou elles se celebrem com advogados, procuradores, ou com outras quaesquer pessoas debaixo da pena de nullidade dos ditos pactos e convenções; de tres annos de degredo para Angola; de perpetua suspensão e inhabilidade contra os advogados, e de cinco annos de degredo para Angola contra os mais procuradores e outras quaesquer pessoas que forem estipulantes nas ditas convenções, por qualquer fórma que sejam celebradas».

Nota. Este alvará, cujo fim principal foi prohibir de futuro e acautelar de preterito todas as convenções celebradas sobre heranças que, por effeito das leis de 25 de junho de 1766 e 9 de setembro de 1769, se deferiam aos herdeiros legitimos, etc., sim se revogou ou suspendeu pelo decreto de 17 de julho de 1778, em consequencia da revogação das LL. de 25 de junho e de 9 de setembro (na maior parte) que faziam o objecto; porém aquella declaração da Ord., L. 1, T. 48, § 11, que foi incidente na lei, cujo fim principal se revogou; aquella declaração que removeu a variedade de julgar, que se nota em Peg., supra, parece subsistir, aindaque a lei no seu fim principal se revogasse, Peg., Tom. 1, ad Ord., L. 1, *in Præm.*,

Digitized by Google

Gloss. 107, sub n. 3, e Gloss. 109, n. 4. Videndus Card. de Luca, *de Feud.*, Disc. 26, n. 16, *et de Judic.*, Disc. 35, sub n. 87, *et de Regal.*, Disc. 160, n. 32, *de Regular.*, Disc. 42, n. 18, Salgad., *in Labyr.*, P. 2, Cap. 29, n. 26.

N. 2. A lei de 27 de julho de 1765, bem substanciada e suscitada no proemio do dito alvará de 1 de agosto de 1774, armou o seu poder contra as extorsões que se fazem aos herdeiros legitimos, por homens de profissões differentes que vivem de negociações reprovadas, sem outro fundo que não seja o de uma desordenada e viciosa cubiça. Uns indo ou mandando interpellar nos logares das suas habitações aquelles herdeiros, a quem, por effeito é providencia das leis, se deferem as heranças legitimas, para lh'as expillarem pelo meio de convenções dolosas e lesivas com qualquer conveniencia que lhes proponham, as quaes os mesmos herdeiros facilmente aceitam, ou por uma total ignorancia dos negocios forenses, ou intimidados com as difficuldades e despezas que se lhes affectam muito superiores ás suas forças, etc.

Nota: Estas parecem as identicas rasões da constituição anastasiana exhibidas pelos DD. (§ 1), e expressas na constituição mesma, ibi: «Comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessionis aliis competentium actionum in semet exponi properare... Nec enim dubium est Redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt, etc.» De fórma que a rasão por que se prohibem os pactos de quota litis, tambem comprehendem toda a compra e cessão de acções por preços modicos, ou menos da sua justa quantia, sendo tudo em effeito redempção de demandas odiosas e prohibidas. E parece que estas leis patrias adoptaram a constituição anastasiana ou se conformaram com ella.

N. 3. Temos mais a lei de 29 de outubro de 1754, ibi: «Sendo-me presentes as repetidas queixas de meus vassallos, sobre os desordenados procedimentos dos mamposteiros e officiaes dos captivos, que fraudando com violentas interpretações a geral providencia da lei de côrtes de 1641,

Digitized by Google

tomam cessões de acções ou execuções de dividas de terceiros, tirando-os do seu proprio fôro e trazendo-os ao juizo dos captivos, com pretexto de privilegio, que se não acha concedido nem devia conceder-se para um tão pernicioso effeito, que mais conduz para arruinar os povos com custas excessivas, extorsões e negociações injustas do que para utilidade da fazenda dos captivos... Hei por bem declarar, que a dita lei de côrtes comprehende sem restricção ou limitação quaesquer cessões, aindaque sejam meramente gratuitas, de dividas e acções de terceiras pessoas... Exceptuando sómente o caso de serem as dividas ou acções rematadas pelos mesmos juizos, para pagamento do que os crédores, a quem pertencem, devem á fazenda dos captivos».

Nota: A lei de côrtes a que se refere, se vê copiada por Peg., Tom. 12, ad Ord., L. 2, T. 52, § 6, n. 1, aonde depois do proemio se determinou: «Hei por bem e mando que nenhum official da minha real fazenda, contos, almoxarifes, e executores, tribunaes, captivos e cruzada, nem outro algum tomem dividas de outras pessoas para as executarem, não estando arrematadas por dividas que á dita fazenda real devam. E os que o contrario fizerem incorrerão na pena do perdimento de seus officios e pena de furto, e pagarão o tresdobro ás partes que por esta maneira vexarem, etc.» Ambas estas leis mostram que não só occorreram á vexação dos devedores, obrigando-os por força do privilegio irem ser executados por esses juizos, mas e juntamente occorreram ás negociações injustas sobre taes acções, reputando-as furto, etc.

N. 4. Aindaque estas leis (n. 3) exceptuam as arrematações dos direitos e acções, e as permittem, comtudo a lei de 20 de junho de 1774, § 17, declara que: «Pondo-se em praça bens da terceira especie, quaes são as acções *exigiveis*, nunca possam ser arrematadas senão pela sua liquida e verdadeira importancia. Poderão porém os crédores continuar a boa pratica das arrematações de real por real, que lhes deixo salvas n'esta terceira especie de bens». Acrescenta o § 29: «Se o crédor tiver arrematado

Digitized by Google

as acções real por real... impute o juiz da execução no pagamento não só o que legalmente constar, que elle cobrou, mas tambem tudo quanto deixou de cobrar por sua omissão ou negligencia».

Nota: 1.º Parece que esta lei, quanto ás acções exigiveis, teve em vista a constituição anastasiana, que não permitte a compra das acções por menos preço da sua importancia, punindo o cessionario da acção para não poder exigir mais do devedor do que o preço verdadeiramente numerado ao cedente. Nota: 2.º Essa pratica das arrematações real por real se poderá ver no *Manual pratico*, P. 1, Cap. 40. Nota: 3.º Por isso mesmo que não se adjudicando a divida ao exequente na sua liquida e verdadeira importancia, se lhe permitte aquella fórma de arrematação, e o § 29 obriga na fórma que já vimos; é bem evidente que esta lei na sua rasão não quiz que alguem obtivesse cessões de acções, nem ainda por arrematação, de que lhe ficassem lucros ou avances, com rebates da liquida e verdadeira importancia da divida, cevando-se a avareza dos cessionarios exequentes com o prejuizo dos cedentes ou executados; e parece concebida com o identico (senão mais forte) espirito da dita constituição.

Temos finalmente o regimento da fazenda, Cap. 219, que prohibe vender por menos da sua importancia os juros que deve o rei, de quo Vej. Maced., Decis. 94, e Silva, ad Ord., L. 4, T. 14.

N. 5. A cessão das acções a pessoas poderosas se vê prohibida na Ord., L. 3, T. 39. A cessão das acções litigiosas na Ord., L. 4, T. 10.

§ 7

Se é n'este reino praticavel a constituição anastasiana com suas justas ampliações e limitações?

N. 1. Parece que a generalidade das leis patrias, citadas no § 6, com a sua unica limitação e restricção d'esta, ou faz desnecessaria n'este reino a dita constituição, ou a abrogou com as suas expressas limitações; imitando só a

Digitized by Google

sua rasão e a sua regra geral (§ 1), seguindo como authentica a L. 24, Cod. Mandat., que aliás abrogou as limitações expressas na dita constituição, não admittindo as nossas leis mais que o caso da adjudicação judicial, e ainda então adjudicando-se as dividas na sua verdadeira e liquida importancia, ou arrematando-se real por real.

N. 2. Porém não sendo menos prohibidas por um e outro direito as vendas e cessões das acções litigiosas, como são as vendas e cessões das não litigiosas por meio de negociações avaras, da mesma fórma que a Ord., L. 4, T. 10, depois de as ter prohibido geralmente, as permitte nos casos que especifica no § 11, e nos em que se identifica a mesma rasão; similhantemente podemos admittir as ampliações e limitações da constituição anastasiana e justinianea, que se comprehenderem no espirito da dita Ord., e da outra legislação já referida no § 6. Por outra parte sendo a dita constituição recebida na maior parte das nações civilisadas, e já tambem praticada n'este reino, como se vê em Peg., Tom. 4, For., Cap. 71 (e eu a vi rigorosamente praticar por um accordão da relação do Porto); e sendo fundada em rasões tão genuinas e providentes ao bem commum, quaes as expostas pelos DD. citados (§ 1), é justo se pratique universalmente, como dizem os DD. citados (§ 4, n. 2); e n'este reino pela determinação dos estatutos da universidade, L. 2, T. 5, Cap. 3, § 7, e Cap. 2, a §§ 13 e 19; emquanto mandam observar as leis romanas que têem recebido as nações civilisadas, e as que se qualificam fundadas na sã rasão.

§ 8

Casos que a constituição anastasiana e a nossa legislação comprehendem na sua generalidade

N. 1. Supposto parece que a dita constituição só comprehende os redemptores de demandas alheias, que o são por costume; bem como o nosso alvará do 1.º de agosto de

Digitized by Google

1774, no proemio, ibi: «Por homens de profissões differentes que vivem de negociações reprovadas, etc.» Comtudo Manz. sobre a dita Cons., Q. 5, diz n. 2: «Ego autem teneo contrarium, quod videlicet non tantum de Redemptoribus litium alienarum, id est de causidicis, advocatis, procuratoribus, et aliis similibus, qui consueverunt Lites alienas redimere, alios in judicio vexare, et actiones movere, sed generaliter sit intelligenda de iis, qui comparant aliena nomina, debita, sive chirographa, ita videlicet ut non possint a debitore cesso plus exigere, quam ipsi pro chirographo exposuerunt, etc.», provando Manz. esta proposição com muitos DD. e genuinas rasões. Se com a mesma lei os equiparâmos aos redemptores de demandas, ut ibi: «Nec enim dubium est Redemptores litium alienarum videri eos esse qui tales cessiones in se confici cupiunt, etc.», os vemos comprehendidos aindaque não sejam causidicos, e procuradores de officio na generalidade da L. de 1 de agosto de 1774, ibi: «Procuradores ou com outras quaesquer pessoas, etc., e as convenções por qualquer fórma que sejam celebradas, etc.» Concludo ergo (diz Manz., d. Q. 5, n. 11), et dico; licet venditio nominis et debiti permissa sit; si tamen emptor congruum pretium non solverit, actio et exactio in plus exerceri et fieri non potest, quam solutum sit. Idque ampliandum censeo, sive consueverit redimere lites, et debitores vexare, *sive præcise lucrum quæsiverit, et bona fide id fecerit*, etc.» Id. Manz., Q. 6, n. 3.

N. 2. Comprehende não só a venda e cessão de dividas e nomes de devedores, mas a venda e cessão das acções *ad immobilia* que se faça por modico preço para cevar a avareza do cessionario, vexar o possuidor da cousa e prejudicar com lesão áquelle de que o redemptor vae extorquir a cessão por preço diminuto. E isto, 1.°, porque em um tal redemptor da acção *ad immobilia* se verificam todas as rasões da dita constituição já expostas (§ 1.°); 2.°, todas as rasões, e a decisão mesma da L. de 27 de julho de 1765, e de 1 de agosto de 1774, acima transcri-

Digitized by Google

pta, § 6, n. 1 e 2; 3.°, porque também a Ord., L. 3, T. 39, e L. 4, T. 10, comprehende na sua prohibição as acções *ad immobilia;* 4.°, porque assim o vi julgado na relação do Porto, declarando-se que satisfazendo o possuidor da cousa reivindicada ao comprador da acção o preço da compra, não seria obrigado até restituir a cousa; 5.°, porque estas compras de acções de reivindicação hoje são as mais frequentes; e os taes compradores não podem escapar de serem *redemptores de demandas alheias,* que é o que basta para serem comprehendidos na constituição que admitte interpretação extensiva, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 80, pag. 1605, Col. 2. Se bem que se collige da mesma L. *v. Quamvis qui res aliquas possidet.*

N. 3. E como contra esta constituição se inventam modos e meios de a fraudar e tergiversar, por isso, 1.°, Justiniano na L. 23, Cod. Mandat., comprehendeu o caso de se fazer a céssão, vendendo-se em parte o direito e a acção, e julgando simulado um contrato em parte venda e em parte doação, ad instar do caso da Ord., L. 4, T. 13, § 9; por isso, 2.°, como a dita L. 33 occorre a toda a simulação, comprehende o caso, em que o cedente fingiu doar acção, sem venda no todo ou na parte; mas consta que o doador recebeu clandestinamente do cessionario dinheiro recompensativo da cessão, tantoque o réu demandado carecendo, para assim o mostrar, de outra prova, póde obriga-los que jurem a realidade do contrato, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82, pag. 1610, Col. 1, no fim, Stryk., *de Cautell. Contract.,* Sect. 4, Cap. 2, § 10, Brunneman., *de Cess. act.,* Cap. 1, n. 22, Lenz., *Action. et non. Cess.,* Cap. 45, n. 12. Aliter se a doação for verdadeira: (Vej. infra § 9, n. 12.)

Nota: A nossa lei já transcripta, § 6, n. 3, suppõe simuladas as doações meramente gratuitas, que qualquer crédor faz do seu direito e acção a outra pessoa, em que não concorram rasões para exercitar liberalidades com ella. Em outros muitos casos se praticam taes fraudes para supplantar os direitos de terceiro, fingindo-se doações o que na reali-

Digitized by Google

dade são vendas, comò para privar os senhorios direitos de laudemios ou dos direitos da opção e prelação, ou qualquer outro a quem compita esse direito. Vej. Fulgin., *de Jur. Emphyt.*, in Tit. *de Alienat.*, Q. 1, a n. 225, Corradin., *de Jur. Prælat.*, Q. 16, a n. 216. Vej. infra § 9, n. 12.

N. 4. Por isso, 3.°, não basta dizer-se no instrumento da cessão que o direito e acção se vende por um tanto de preço, e que o cedente vendedor o recebeu; é sim preciso constar por outras provas a effectiva numeração e recebimento da certa e especifica quantia dada e recebida pela cessão; para evitar a fraude de ser modico o preço, e dizer-se recebido o equivalente á divida ou acção cedida, Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 12 e 25, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 80, pag. 1604, aonde responde ás objecções contrarias, Lenz., *de Cess. act.*, Cap. 25, n. 4, Manz., supra, Q. 7, tot., Sande, Cap. 11, n. 12. E como, aindaque se numere perante testemunhas o preço equivalente, póde ser que o cessionario comprador depois occultamente o restitua em todo ou em parte ao vendedor, póde o devedor, quando accionado pelo cessionario, fazer que elle jure, se depois tornou a entregar ao cedente o todo ou parte do preço, Muller S.ª, Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 4, Cap. 2, n. 12.

N. 4. Por isso mesmo (e para evitar as fraudes contra a dita constituição), 4.°, supposto alguns DD. se satisfazem com que, vendida a acção pela sua mesma justa estimação, e quantia da divida, *habita sit fides de prætio*, Brunneman. S.ª, n. 18, Sand., Cap. 11, n. 13. Comtudo, eis-aqui como entende Fabro, in Cod., L. 4, Tit. 26, Defin. 21: «Quod tamen proxime diximus non valere cessionem nisi probetur vera pretii numeratio, locum non habet si fides habita sit de pretio. Sed habere fidem de pretio non illud est, cedentem, qui non sit debitor, mentiri se debitorem, at sequi fidem cessionarii promittentis se soluturum ad certam diem. Quo casu etsi valeat cessio, non prius tamen agi ex ea potest, quam pretium solutum sit. Plane, si prius actum sit, et pendente jam lite solu-

Digitized by Google

tum fuerit, placet ex solutione quandocumque secuta præcedens judicium confirmari ». Conf. Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 4, Cap. 2, n. 11, ibi: « Alii hoc remedio utuntur, ut in cessione exprimant, eamdem pro integro pretio factum esse, ita tamen, ut ejus pars pretii post victoriam causæ demum numeranda; quam cessionem fide habitam validam esse dicit Sande... Verum hæc cautella non sufficit, cum d. L. 33, non concedat cessionario ulterius actionem nisi pro qua parte revera pecunia soluto. Ut hinc venditio nominis fide habita valida quidem sit, quoad substantiam actionis, non vero quoad ejus exercitium ». Conf. Brunneman., in d. L. 23; e muito melhor o mesmo Stryk., Vol. 2, Disp. 19. *De fide habita*, Cap. 3, a n. 26, Lenz., *de Nomin, et act. Cess.*, Cap. 25, Membr. 5, tot., Manz. S.ª, Q. 6, n. 13, Sand, Cap. 11, n. 13.

N. 5. Por isso mesmo, 5.°, avança Fabr. in Cod., L. 4, T. 26, Defin. 23: « Cessionem actionis ad litigandum factam ea lege adjecta, ut post victoriam cessionarius conventum pretium cedenti solveret, placuit nullius esse momenti; neque permittendum cessionario, ut ex ea ageret nequidem ad illam usque quantitatem, de qua fides habita fuisset, quod ex dilatione solvendi pretii in tempus usque victoriæ appareret, non nisi vexandi adversarii gratia factam cessionem, et in odium litis, quam idem cessionarius paulo ante ab eodem debitore passus fuerat, etc ».

N. 6. Por isso mesmo, 6.°, que póde fraudar, se a dita constituição intermediando na cessão outra pessoa diversa, á qual se faça doação do resto da acção, alem do preço que deu o comprador; occorreu Justiniano na L. 23, a esta fraude prohibindo-a, e annullando a tal doação nas palavras do § ibi: *Vel forsitan alii per interpositam personam*, etc., para em consequencia o cessionario só poder exigir do devedor cedido o preço que provar numerou, e o interposto donatario nada, Menoch., *de Præsumpt.*, L. 3, Præsumpt. 120, n. 27, Brunneman., *de Cess. act.*, 1, n. 21, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82, pag.

Digitized by Google

1610, Col. 2. Conduz o simile, de Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 23, Menoch., *de Arbitr.*, Cas. 456, Signer, Manz., Q. 6, n. 5.

N. 7. Por isso mesmo, 7.°, por mais que o cedente se confesse devedor do cessionario, e diga na cessão, que lhe cede o direito e acção em pagamento da divida que lhe deve, ou em parte d'ella, não póde accionar o devedor cedido sem que prove a verdade e realidade da divida que o cedente lhe devia, e em cujo pagamento lhe fez a cessão; e entretanto a tal confissão da divida se presume simulada, e assim extorquida pelo cessionario em fraude da dita constituição, Anton. Fabr. in Cod., L. 4, T. 26, Defin. 20 e 22, Manz. S.ª, Q. 6, n. 15, et ad Leg. 22, n. 19, Thusc., Let. C., Conclus. 209, n. 35, id. Manz., ad L. 22, n. 19, in fin.

N. 8. Por isso mesmo, 8.°, é praticavel a dita constituição: «Siquis permutet nomen seu actionem cum alia re data, cujus pretium non sit nomini æquivalens». Manz., *de Cess. act.*, Cap. 1, sub n. 23, Conf. Sande, *de Action. Cession.*, Cap. 11, n. 28. E isto não para poder o cessionario exigir mais que um equivalente aos bens que permutou pela cessão da acção, Manz., *ad Leg. Anastas.*, Q. 6, n. 8, Menoch., *de Præsumpt.*, L. 3, Præs. 129, n. 5.

Similhantemente, 9.°, a promessa de vender e ceder a acção não produz obrigação, porque lhe resiste a lei, Manz., S.ª 6, n. 10.

N. 10. Emfim, 10.°: «Hanc Anastasianam constitutionem multi DD. extendunt, ut etiam locum habeat in hæreditate vendita cessaque, ita ut emptor actiones hæreditarias ultra id, quod revera dedit exercere non possit», Sand., *de Act. Cess.*, Cap. 11, n. 16. Outros disseram e seguiram o contrario, Sand. S.ª, n. 17, A. Costa, *de Privil. Cred.*, Reg. 3, Ampl. 2, a n. 10. Bartholo distinguiu entre o caso de o possuidor da herança a vender, e então cessa a anastasiana, porque as acções vem em consequencia, e entre o caso de se vender a herança para se reivindicar com todas as suas acções, e então obsta a constituição. Esta dis-

Digitized by Google

tincção segue Sande, supra, n. 18: A. Costa o reprova. Mas a segunda parte da distincção é a mais conforme com a nossa legislação, que fica transcripta no § 6, a qual se oppõe a taes compras de heranças deferidas aos herdeiros, que impossibilitados para as reivindicarem, as vendem e cedem, etc.; aindaque Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 47 e 48, indistinctamente segue, que em todo o caso cessa a anastasiana. De outro modo Manz., *ad Leg. Anastas.*, Q. 6, n. 26, distingue, e melhor, *Nisi evidenter constaret hæreditatem esse opulentam et longe majoris pretii.*

Nota: O novo Cod. Civ. da França, Art. 841, abraça esta constituição no caso o mais especial, ut ibi: «Toda a pessoa, mesmo parente do defunto, que não é successivel, e á qual um coherdeiro tiver cedido o seu direito da successão, póde ser repellido da partilha, ou por todos os herdeiros, ou por um só em o embolsando do preço da cessão».

§ 9

Expõem-se e depuram-se as limitações d'esta constituição, que são genuinas, e se reprovam as menos bem fundadas, e essencialmente fraudulentas e oppostas ao seu espirito e das nossas leis.

PRIMEIRA LIMITAÇAO

N. 1. A torrente commum dos DD. segue que esta constituição só prohibe e comprehende a venda e cessão das acções duvidosas, mas não a venda e cessão das dividas liquidas certas e exigiveis, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82, pag. 1609, Col. 2, in fin., Lenz. S.ª, Cap. 25, Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 4, Cap. 2, § 19, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 6, Q. 10, a n., Salgad., *in Labyr.*, P. 1, Cap. 13, § 2, a n. 25, Urceol., For., Cons. 51, a n. 4, Carol. Anton., de Luc., *in Specileg.*, Q. 90, n. 5, Sande, Cap. 11, n. 25, Lenz., Cap. 25, n. 3, Card. de Luca, *de Credit.*, Disc. 60, n. 11, Senator apud Peg. 4, For., Cap. 71, a n. 12.

Digitized by Google

N. 2. Porém contra esta limitação com Lauterbach., *in Compend.*, pag. 334, se levantam Coccey, *Jus Controv.*, L. 18; T. 4, Q. 24, aonde responde ás objecções contrarias, concluindo: «Atque hinc praxis non observat differentiam inter obligationes certas, et dubias, uti ex præjudiciis a Lauterbach., pag. 334, allatis apparet, etc.» E muito mais fundamentalmente Brunneman., *de Cession. act.*, Cap. 1, a n. 49, aonde nervosamente confuta todos os fundamentos da primeira opinião sem deixar logar á menor duvida.

N. 3. Quanto a mim esta segunda opinião é a que se deve seguir, e que a constituição comprehende a cessão das acções liquidas e exigiveis: 1.°, porque seguida a praxe ex Coccey, supra; 2.°, porque fundada por Coccey e Brunneman., em rasões que não podem ter replica; 3.°, porque comprehendidas e com mais força de rasão na generalidade das nossas leis transcriptas debaixo do § 6; emfim, 4.°, porque se a lei citada, § 6, n. 4, obsta a que se arrematem dividas exigiveis por menos da sua justa, liquida e verdadeira importancia, e isto ainda em uma venda necessaria, em que muitos quizeram cessasse inteiramente a dita constituição, a fortiori obsta a que por meio das reprovadas negociações se obtenha cessão voluntaria e extrajudicial de uma divida certa e liquida. Aqui predomina a cohibida cobiça do cessionario, aqui o espirito de ir vexar o devedor cedido; aqui o prejuizo do cedente, que cedendo uma tal acção certa e liquida não podia deixar de ter causa que o desanimasse e o fizesse condescender na cessão. Todas as rasões da constituição, § 1, e das nossas leis, § 6, aqui se verificam. E em consequencia se uma divida liquida se cede por menos da sua importancia, ou qualquer outra acção indubitavel, póde o cedente ser rechassado e repellido pelo réu demandado, uma vez que lhe offereça o preço da cessão.

Digitized by Google

SEGUNDA LIMITAÇÃO

N. 4. Esta é uma das expressas na dita L. 22, Cod. Mandat., nas palavras: «Exceptis scilicet cessionibus, quas inter cohæredes pro actionibus hæreditariis fieri contigerit». A rasão a expõe Manz., na interpretação da mesma Lei, n. 14, ibi: «Nam inter cohæredes, aut collegatarios divisionis causa interdum necessaria est hæc cessio: Et in familia erciscunda cohæredes sæpe invicem cedunt actiones. Non procedit ergo dispositio legis Anastasianæ. Si cohæredes sibi invicem actiones hæreditarias cesserint: Cum enim non vindictæ, aut vexandi causa, *sed ex necessitate divisionis fiant,* ideo valent in solidum: Ratio alia; quia redemptor Litis alienæ dici potest cohæres, *qualis et actio aliena non est, sed communis, et communis, et hæreditaria; propriæ autem causæ videntur, quæ nobis et aliis communes sunt. Rationem tertiam supderadit Gotofredus;* quia etiam res litigiosa inter hæredes potest dividi». (Conf. Ord., L. 4, T. 10, § fin.) Ita etiam Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 28, Perez., in Cod., L. 4, T. 4, n. 18. Outra rasão expõe Lenz., *de Nomin. et act. Cess.*, Cap. 23, n. 16, dizendo: «Hujusmodi cessiones (inter cohæredes) interdum necessariæ sunt, ut uni cohæredum aliquod nomen in solidum adjudicetur, L. 3, Plane ad officium ff. *fam. ercisc.*, cum partium exactio, et solutio non minima habeat incommoda: Quoniam itaque talis cohæredum cessio non vexationis *sed divisionis, imo necessitatis causa fit,* ac divisio *sæpe aliter expediri commode non possit,* quam ut uni eorum nomen, et actio in solidum adjudicetur, et a cohæredibus cedatur, liquet, hunc casum merito exceptum esse». Mull., ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82, pag. 1609, Col. 1.

Nota: Esta limitação só póde ser praticavel, ou emquanto os coherdeiros estão em communhão ou no acto das partilhas; mas depois que estas se fazem e a qualquer dos coherdeiros, se adjudica em particular uma acção e pela adjudicação adquire o dominio d'ella em particular; toda a cessão que

Digitized by Google

fizer da sua acção a qualquer outro coherdeiro reincide na constituição, e se comprehende na regra e rasões d'ella; e n'este caso vem já a cessar as rasões d'esta limitação, que exhibem os citados DD. Já se cede uma divida propria, dividida e não commum; já cessou o favor das partilhas, etc.

N. 5. Ampliam os DD. esta limitação por identidade de rasão: «Inter socios, et eos, qui confines agros, aut quamcumque rem communem habent, cessio actionum in solidum admittenda videtur, licet id Anastasiana constitutione non sit comprehensum». Sande, *de Action. Cession.*, Cap. 11, n. 19, Menoch., L. 3, Præs. 129, n. 14 e 15, Trentacinq., Var., T. *de Action.*, Resol. 2, n. 7, Brunneman., *de Cess. act.*; Cap. 1, n. 28; porém esta ampliação deve entender-se emquanto dura a communhão, e não depois da partilha e divisão, veja-se o Cod. Civ. da França, Art. 1701.

TERCEIRA LIMITAÇÃO

N. 6. Esta é a outra expressa na dita lei 22, ibi: «Et his quascumque vel creditor, vel is qui res aliquas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine, ac tuitione accepit». Isto é: «Si debitor solutionis loco det creditori suo nomen seu actionem in solutum Cujac... Menoch... Vel quando creditor a suo debitore recipit cessionem Gabr... Vigel... in assecurationem Berlich... Ergo lex Anastasiana non pertinet ad ipsam cessionem, quæ ex necessitate aliqua solutionis causa fit, in qua si creditor quid ultra quantitatem debiti accipit, nec contra legem agit, nec prohibetur id petere. Et hac cessione nominis alieni hoc ævo liberationis suæ causa debitores frequentissime utuntur... Ratio hujus exceptionis est, quia hic iterum non vexandi gratia, sed ex necessaria causa solutionis cessio fit. Et creditor, qui accipit in solutum nomen debitoris non videtur accipere cessionem, ut redimat Lites, sed ut sibi satisfaciat; etiamsi datio in solutum nominum debitorum fiat pro majori summa, quam

Digitized by Google

sit debitum, pro quo fit datio. Rationem aliam reddit Gothofredus, quia etiam res litigiosa in solutum dari potest, etc.» Ita Manz., ad eand. L. 22, a n. 15, Peg., Tom. 4, For., Cap. 71, a n. 10 e 11, Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 29, Cod. Civ. de França, Art. 1701.

Nota: É porém indispensavelmente preciso para evitar a fraude, que se prove a realidade da divida, em cujo pagamento se fez a cessão (Vej. § 8, n. 7). Se bem que attenta a geral rasão das nossas leis transcriptas no § 6, parece não deve tolerar-se a extorsão que um avido crédor fizer a um seu devedor da cessão de divida liquida e certa em pagamento da sua, a menos que unicamente se não rebatam os trabalhos que o cessionario vae experimentar na cobrança da divida cedida (Veja-se adiante o §). Se não é que os mesmos teriam em exigir ao do cedente; eu não admittiria aqui um grande excesso da divida cedida, relativa a que devia o cedente ao cessionario, aindaque este excesso não attinja a meta da lesão enorme.

QUARTA LIMITAÇÃO

N. 4. Esta é a comprehendida nas palavras da mesma lei já transcriptas (n. 5). É notavel a variedade com que os DD. entendem aquelles mysteriosas palavras. Eis-aqui o que d'elles colligiu Manz., e o que diz na interpretação da mesma lei, n. 20: «Tertius casus et exceptio est in ea cessione, quam quis qui res aliquas possidet, pro rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit? Ratio: quia impetrata ob tuitionem bonorum censetur necessaria, et non presumitur simulata Card. Thusc... Sed hoc DD. diversi modo explicant, Cujac., d. Obs. 16, et post eum Gotofredus hoc modo. Si possessori rei alienæ inferenti æstimationem Litis dominus cedat actionibus suis per text., in L. 63, ff. *de Reivind*... Aliter Menoch., d. Præs. 162, n. 12, et Berlich., Dec. 33, n. 4; quando is, qui rem alienam possidens sibi aliqua ex causa obligatam, recipit cessionem pro majori sui munimine, et cautione. Aliter Vigel., dup. 4, quando ei, qui res alienas

Digitized by Google

possidet, jus aliquod, pignoris puta, vel retentionis in iis rebus ab alio ceditur, quo adversus vindicantem se exceptione tueri possit. Aliter Gabr., n. 8, quando res alienas possidens pro tuitione rerum apud se constitutarum recipit cessionem a domino vel ab habente jus super illis rebus per ipsum possessis, veluti si rem alienam possidenti quis cedat jus aliquod, puta, emphyteuticum quod in ea habet tuendæ ejus possessionis causa». Outro caso figura Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 4, Cap. 3, §§ 14 e 19, que entre nós não póde ter pratica. Outro figura Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82, pag. 1609, Col. 1, in fin.: «Emit aliquis bona fide rem tertio hypothecæ nexui obligatam, cum quo transigit, ut cedat sibi jus competens pro minori summa; eo casu integro jure sibi cesso uti potest adversus alium, cui illa res itidem hypothecæ nexu obligata est, quia cessio ad solam possessionis defensionem fuit peracta. Nihil interest, bonæ an malæ fidei possessor redimat, cum quilibet possessione defendendus, donec super ejus injustitia pronuntiatum... cum licita sit exceptio de non jure agentis etiam si non constet de jure Rei». Conf. Urceol., *de Transact.*, Q. 82, n. 14, Stayban., Resol. 82, n. 19.

Nota: «Potest quis plures titulos habere, ut ex illis melius se juvare possit, et uno deficiente, alio se juvare queat... Interest namque plures titulos habere, quibus possit quis jura sua tueri, Bagn., Cap. 14, n. 590 e 591. Et per secundum titulum non censetur a priori titulo, imo per posteriorem titulum, licet acceptatum, non censetur recessum a priori, qui magis favorabilis est, etc.», Bagn., n. 596, Conf. Valer., *de Transact.*, T. 5, Q. 4, a n. 13, Cancer. 3, Var., Cap. 3, a n. 287, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 6, Q. 7, a n. 6. Um réu, que aliás gosa do favor de oppor ao agente a excepção *Tua non interest*, e o direito de terceiro, Peg., *de Maior.*, Cap. 6, a n. 427, Altimar., ad Rovit., L. 1, Observ. 2, n. 34 e 44. Muito melhor se fortifica obtendo cessão d'esse terceiro, cujo direito allega evitando a opinião contraria que expõe o mesmo Pegas, a n. 435.

N. 8. Expõe porém o Card. de Luca, *de Credit.*, Disc.

Digitized by Google

60, n. 12 e 13, uns casos celebres em que cessa esta limitação, ut ibi: «Verum quatenus ad hanc secundam limitationem pertinet, ea procedit ubi agitur de possessore cum legitimo titulo, vel saltem bonæ fidei putativo, qui in ejus alias justa, et pacifica possessione, a superveniențibus et non speratis molestiis curet se tueri, adeo ut assistat æquitas, et non intret dictæ regulæ ratio, seu principalis conclusionis. Secus autem ubi agitur de possessore vitioso, qui ad se confovendum in vitiosa, et intrusiva possessione affectet jura contra ejus auctorem, qui nisi eidem bona concessit, esset eorum dominus, ac legitimus possessor... Incongruum siquidem esset, atque inconveniens, ut intrusus vel spoliator, sive attentator; possessor dicendus esset dicta æquitate dignus, vel qui proprium auctorem ita supplantare studet cum datæ fidei violatione.»

Nota: Como por exemplo nos casos da nossa Ord., L. 3, T. 40, §§ 1 e 20, T. 78, § 3, e L. 4; T. 54, in princ., e § 3.

N. 9. Continua o mesmo Card. de Luca, n. 13, ut ibi: «Et hic erat casus, quoniam cessionarius bona obtinuerat a venditore sub pretii fide, qua violata, seu non adimpleta, jure intrusi, vel spoliatoris habendus videbatur, ita fraudulenter aliena bona captando atque proprió auctori quæstionem refricando, quod in jure damnatum est... Ita etiam latissima via fraudibus, ac alienorum bonorum usurpationi aperiretur; quoniam curaret quilibet sub titulo emptionis bona obtinere, habita fide de pretio, deindeque contra venditorem antiquatas prætensiones inquirere, earumque cessionem reportare contra omnem rationem, etc.» Segue-o Carlos Antonio de Luca, *in Specileg. de Cess. Jur.*, Q. 90, n. 5, ibi: «Possessor, qui emit habita fide de pretio, si deinde pro modico cessiones obtineat, nequit eis uti pro integra summa; namque violata fide, jure intrusi, vel spoliatoris habendus est, ita fraudulenter aliena captando, et proprio auctori quæstionem refricando, etc.»

Digitized by Google

N. 10. Esta é a outra expressa na dita L. 22, nas palavras: «Necnon his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita, vel actiones seu res aliæ relictæ sunt, pro his fieri necesse sit»; limitação que Manz. no seu commentario expõe assim: «Id est (1), si hæres legatariis, aut fideicommissariis, quibus actiones, et debita, seu nomina, aut res legatæ sunt, cedat actionibus suis... Perez... Gabr... Berlich... Menoch... Vel (2) si cum pluribus actio, vel res alia legata esset, invicem cessionem actionis ejus, quod relictum est, faciunt, vel ab hærede impetrant, Vigel... Ratio; quia actione legata, ea non ipso jure transit in legatarium, sed hæres apud quem omnia actionum jura resident, ei legatario præstare et cedere debet... pecunias autem solvere non cogitur, L. 105, ff. *Legat.* 1, Cum ergo id ei necessitate fiat, calumniæ suspicionem evitat. Ratio alia: quia legatarius non redimit actionem alienam, sed consequitur propriam sibi legatam. Ergo non potest pro redemptore Litis alienæ haberi». De outro modo figura Sande, *de Cess. act.*, Cap. 11, n. 22, a especie d'esta limitação, ut ibi: «Quarta species est, cum fit cessio inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita, vel actiones seu res aliæ simul relictæ sunt. Ut si defunctus nomen centum aureorum tribus legaverit, et duo portiones suas in tertium transtulerint, valebit in totum hæc cessio; etiamsi tertio illi, exiguo forte pretio, nomen fuerit venditum. Fit enim hæc cessio quodammodo ex necessitate rei familiaris, ne singuli particulatim portiones suas persequi cogantur, quod sæpe non minima habet incommoda, L. 3, ff. *fam. ercisc.*, L. 8, § 9, *de Transact.*, L. 27, ff. *Legat.* 1». Assim mesmo entende esta limitação da lei Lenz., *de Nomin. et act. Cess.*, Cap. 25, n. 17.

Nota: Esta limitação expressa na lei só póde seguir-se na especie d'ella, que figuram Sande e Lenzio, e ainda assim com a declaração de ser feita a cessão por menos da sua im-

Digitized by Google

portancia, ou quando a acção cedida ainda está em commum; ou em acto de partilhas como a outro similhante respeito fica declarado na nota ao n. 3. A lei mesma suppõe um caso de precisa necessidade para reciproca commodidade dos collegatarios ou confideicommissarios, ut ibi: *Pro his fieri necesse sit;* ora depois de feita entre elles a divisão, já cada um fica em particular crédor da sua parte. Sem communhão, cessa a limitação e ficâmos na regra da lei, porque o collegatario, que obtem cessão da parte dividida do outro, obtem cessão da divida alheia, é avaro obtendo-a por menos da sua importancia, é redemptor de demandas, etc. As especies que figura Manz. são erroneas e impraticaveis, porque: 1.°, procedem no presupposto de se adquirir ao legatario do nome e da acção só a util, ficando a acção directa radicada no herdeiro, e dependente o legatario da cessão d'elle para exigir em juizo a divida ou acção legada, Barry, *de Success.*, L. 9, T. 22, n. 5. Ora essa differença das acções directas e uteis está hoje abolida e abrogada, Stryk., *de Action. non Cessibilib.*, Cap. 6, § 2, Mello, L. 4, T. 2, § 4; logo não ha precisão de cessão do herdeiro para que o legatario exercite a acção legada em seu proprio nome; em consequencia, 2.°, seria uma extorsão do herdeiro, se pela cessão da acção legada que fizesse aos legatarios para a exigirem, ficasse com parte da divida legada e lh'a cedesse por menos da sua importancia com diminuição do legado; e o legatario indo a juizo padeceria a excepção opposta pelo devedor cedido; e, 3.°, se vice-versa o legatario recebesse do herdeiro essa cessão da acção directa por menos da sua importancia, supprindo-lhe o herdeiro o equivalente do legado por outros bens, seria uma ainda mais irracionavel extorsão do legatario, *ut patet*, etc. E se o legatario recebe a cessão da acção directa na sua verdadeira importancia, então cessa a regra e cessa o favor da limitação d'ella.

SEXTA LIMITAÇÃO

N. 11. Por identidade de rasão das precedentes limitações, tambem commummente limitam os DD. esta constituição, quando a divida ou acção se arremata por menos da sua importancia em hasta publica, Lenz., *de Cess. act.*, Cap. 25, Membr. 3, n. 2, Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 48, Sand., eod. Tract., Cap. 11, n. 24, Lauterbach., *in Synopt. Tract.*, ad Tit. *Hæredit. vel act. vend.*,

Digitized by Google

Thes. 30, Muller, *ad Struv.*, Exerc. 23, Thes. 83, pag. 1608, Col. 2.

Nota: Porém hoje esta limitação sendo dividas exigiveis, cessa á vista da nossa lei transcripta no § 6, n. 4. (Quid vero sendo duvidosas? Vej. infra, §), e cessa o aresto apud Peg. 4, For., Cap. 71, e as decisões n. 92, 93 e 94, e doutrina de Silva, in 4, T. 14, n. 5.

SETIMA LIMITAÇAO

N. 12. Pela mesma identidade de rasão exceptuam os DD. a cessão de acções feita em transacção, porque entre os transigentes cessam as rasões da dita constituição; sendo o commum voto d'elles promoverem a paz, obviarem demandas, providenciarem-se reciprocamente, dando-se e recebendo-se bens e acções em mutua correspectividade de transacção, e pelas mais rasões que expõe Paul. Stayban. Jun., Resol. 82, a n. 13, e Resol. 83, a n. 28, Urceol., *de Transact.*, Q. 82, a n. 7, Manz., Q. 6, n. 24. Declara porém o mesmo Urceol. esta limitação no n. 16: «Ubi nulla cessio in transactione facta fuisset; quia licet emptor per transactionem a pretensione creditoris liberaretur; non tamen dicitur jus, seu beneficium creditoris in eum transferri, nisi expresse dicatur; cum non sit de mente transigentium, ut unus ex transigentibus in alium transferat. Unde eo casu pro eo tantum quod creditori demisso fuerit solutum jus retinendi habebit, etc.» Tambem sublimita: «Quando transactionis nomen in cessione simulate appositum fuisset; eo quia revera nec transactio, nec lis aderat, nec ad futura sperabatur, quo casu pro eo pluris, quod solutum non fuit non competere actionem defendit Joseph. Roman., Cons. 14, sub n. 5 e seqq.»

OITAVA LIMITAÇÃO

N. 13. Cessat Lex Anastasiana, nec habet locum in donatione, L. 22, Cod. Mandat., ibi: «Si autem per do-

Digitized by Google

nationem cessio facta est. Sciant omnes hujusmodi legi locum non esse, sed antiqua jura esse servanda, L. 23, ibi: Sed, si volueris debitum totum pure donare... hujusmodi cessionibus non adversamur ne commodum quod habere debebat donatarius debitor accipiat, ille vero nulla fruatur utilitate Manz., ad L. *Anast.*, n. 23. Accedit, quod cessio in hoc casu ex mera liberalitate proficiscitur; ideoque omnem excludit vexandi animum. Huic sententiæ subscribunt Anton. Gabr., Thusc. Berlich., Sand. Lenz., Carpzov. Stryk. Si benemerita eo fine fiant, aut conferantur quo alter actionem suam dubiam mihi cedat, non est donatio sed potius contractus innominatus, *facio ut des*, ut proinde detur locus legi Anastasianæ... Licet expresse addatur reliquum simpliciter fuisse donatum nam in cessione actionum pro parte residua donatio fieri non potest, L. 23, Cod. Mand... Cessio enim quantum ad partem donatum corruit, ut hoc lucrum cedat debitori... Locum habet lex Anastasiana, siquis donare se dicat in totum sed clam aliquid recipiat, Berlich., Brunneman., Lenz., Menoch., Carpzov. Ob rationis identitatem eadem decisio obtinebit, si verum pretium numeratum, postea vero pars restituta et donata... Licet tamen pro parte vendere, pro parte donare nomen propter benemerita, Trentacinq. quæ tamen talia sint necesse est, ut aliquam actionem eo nomine habeat benemerita conferens... Alias non et hic facile fraudes intervenire possent, si cessionarius in minimo inserviret cedenti, proinde Judicis arbitrio relinquendum, qui ex personarum qualitate, aliisque circumstantiis æstimabit, an benemerita sint tanti effectus, ut donatio propterea facta dici possit remuneratoria, Ruther., P. 4, Cons. 42, n. 299, Schopffer., *de Cess. act. leg. Anast.*, Cap. 4, n. 14, ubi distinguit, an cessio ob benemerita facta sit per puram et simplicem donationem, an vero pro parte pretium intervenerit. Priori casu debitori injungendam probationem censet, illam aliquid pretii nomine datum esse pro cessa actione, Bast. Lenz., Tranzk. In posteriori vero casu, cum cessio pro parte donari, pro parte

Digitized by Google

vero vendi regulariter non possit; beneficia in cedentem collata probare debet cessionarius; quo casu non sufficit assertio et confessio cedentis, sive viva voce, sive in instrumento facta, Afflict. Trentacinq., Leotard., *de Usur...* Sed opus erit testibus extraneis, qui jurato deponant hoc vel illud benemeritum in cedentem a cessionario fuisse collatum, etc.» Ita pro cunctis Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82, pag. 1610. Conf. Samuel Stryk., Vol. 4, Disp. 8, Cap. 2, a n. 44. Vej. supra, § 7, n. 3.

NONA LIMITAÇAO

N. 14. «Fidejussor, qui necessum habet creditori satisfacere, integram summam potest repetere a debitore, licet creditor principalis per transactionem quid de jure suo remiserit, modo cessa sibi actione utatur, quam omne jus persequi potest, quod habebat creditor principalis, utpote in cujus locum successit, licet integrum pretium solutum non sit; neque lex Anastasiana huic adversari potest, quia facta est ex quadam necessitate et vi contractus præcedentis.» Mull., ad Struv., Exerc. 23, Thes 82, pag. 1608, Col. 2, post med. Concorda com outros muitos DD. Olea, *de Cess. Jur.*, T. 6, Q. 10, n. 63, dizendo: «Idem etiam ex eodem principio observatur in fidejussore, qui si solvens creditori cessionem obtineat contra principalem debitorem, et Confidejussores, Siagat, non ei obstabit, quod non constet de vera numeratione; quia cum hæc cessio suspecta non sit Anastasianæ constitutioni non subjacet; quare sufficit confessio de recepto, etc.»

DECIMA LIMITAÇÃO

N. 15. «In totum cessio valet, si fiat ob inopiam debitoris, qui expensas processus suppeditare, vel ob potentiam adversarii jus suum persequi non potest, vel etiam ob molestias Litis actionem in judicio instituere hactenus recusavit.» Assim o diz Mull., ad Struv., Exerc. 23, Thes.

Digitized by Google

82, pag. 1608, Col. 2, com Trentacinq., Berlich., Carpzov., e Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 4, Cap. 2, § 13, in fin. Conf. Manz., ad L. Anastas., Q. 6, n. 22, aonde amplia aos que são impossibilitados proseguir suas acções por causa de idade, doenças ou occupações, etc.

N. 16. «Sed si hanc sententiam (declama Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, a n. 30): Vellemus adamussim juris nostri examinare, vix hæc licet receptissima sit, et quadam specie æquitatis se primo intuitu venditare videatur, subsistet. Nam quod dicunt pauperem cedentem non habere animum vexandi, id facile potest dilui (1), non præcise animum vexandi attendi, sed alias esse rationes, et quidem et hanc, quod cessionarius sit redemptor Litis (2) Lex allegat animum vexandi non ex parte cedentis qui nunquam præsumitur habere animum vexandi, nisi in potentiorem transferat (quod alias prohibitum) sed in cessionario; jam vero cessionarius etiam hoc casu habere potest animum vexandi. Deinde, a paupere cessum debitum aut est certum, ac liquidum in jure, aut facto; aut incertum et dubium. Si illud; pauper ipse poterat sine magnis sumptibus exigere debitum. Sin hoc, nogari nequit, quod talis cessionarius sit redemptor Litis, et quod hic cessionarius non ex misericordia (nam sic minoris non emeret), sed ideo cessionem competentis pauperi actionis in semet expromi properaverit quia alienis rebus, fortunisque inhiat, quæ sunt verba *Anastasii,* in d. L. *Per diversas,* in princ. Et odio magis dignus est qui a vidua, a pauperibus longe minoris emit, quam qui a locuplete; et ni fallor absurdum videtur licere emere minoris a paupere, non vero a divite, et locuplete. Nec hic illa necessitas est; potest enim pauper vendere nomen paulo minori pretio, sed quod tamen computatis expensis a cessionario faciendis debito æquivaleat. Et sic omnino in effectu non minoris emit, v. g., pauper habet nomen 100$000, cedit pro 80$000 cessionarius in exigendo debito expendit 8$000; sed 12$000 qui restant exigere non poterit per regulam d. L. Neque audiendus esset cessionarius, si

Digitized by Google

quæreret; quis cessionem sit accepturus nisi aliquod sperare posset lucrum? Nam talis objectio ab eo etiam, qui a divite cessionem accepit, poterit opponi, et hic magis allegaret turpitudinem suam, dum omnia vult lucro æstimare, et nequidem pauperi se velle gratificari, et succurrere satis manifeste procedit, nisi lucrum aliquod speret!!! Certum interim est peccare contra charitatem emptorem, etiamsi dolose non egerit, si creditori ex inopia et necessitate actionem suam vendenti, æquum pretium non solvit, sed magnum lucrum, quod facili consequitur, sibi soli servat, Manz., *ad Leg. Anast.*, Q. 2, n. 14, in fin.»

Nota: Este discurso de Brunnemano é o mesmo que fundamentou as nossas leis já transcriptas (§ 6); é conforme ao espirito d'ellas e o d'ellas conforme com Brunneman., e por isso esta 10.ª limitação é reprovavel n'este reino; só com a differença de que executada a Anastasiana, todo o lucro cede em favor do accionado pelo cessionario; e praticadas nos seus casos nas ditas leis, todo o lucro que o cessionario obteve cede em beneficio do cedente, permittindo as ditas leis ao cessionario só a indemnisação das suas despezas, e obrigando-o restituir ao cedente tudo quanto exigiu e recebeu, excomputadas unicamente aquellas. Conf. Maced., Dec. 94.

UNDECIMA LIMITAÇÃO

N. 17. «Si cessio ob distantiam loci cedenti sit inutilis, utilis vero cessionario, v. g. Si Parisiis haberem debitorem; quem sine gravissimis incommodis, et valde multis sumptibus convenire non possum, eum cedam alii civi forte Parisiis habitanti, qui longe faciliori modo agere et excutere posset hunc debitorem, valere volunt usque ad integrum debitum, licet longe minoris comparatum a cedente, Berlich., Dec. 33, n. 19, Franzk., L. 1, Resol. 8, n. 44, Stryk., *de Cautell. contract.*, Sect. 4, Cap. 2, § 13, Manz., ad L. *Anastas.*, Q. 6, n. 35.» Ita Muller, *ad Struv.*, Exerc. 13, Thes. 82, pag. 1609, Col. 1.

N. 18. Porém tambem contra esta limitação se levanta Brunneman., *de Cession. action.*, Cap. 1, a n. 35 ad 39,

Digitized by Google

ibi: «Sed eadem hic ratio obstat, nam cedens habet quidem probabilem causa cedendi; sed cessionarius ob hoc non propterea desinit esse redemptor Litis... Nec video consequentiam in hoc argumento. Cedens non habet animum vexandi; ergo cessionarius juste 100 pro 60 exigit. Sic etiam in usuraria pravitate, cui hæc materia valde similis est, quod debitor pecunia præsente opus habuerit, non excusat hoc creditorem, qui majoribus sub usuris credidit. Et sane, si exceptiones ab ipso Imperatore Anastasio, in d. L. propositas excutiamus, nulla harum est, quæ pro fundamento ponat necessitatem ex parte cedentis, si pauper, si peregrinus, etc.» (Aqui passa a ponderar as mesmas excepções, de quib., supra, n. 3, 5, 6 e 9, e prosegue: «Hæc exempla ideo excepta, quia non turpis amor lucri, non voluntas redimendi lites alienas, sed necessitas cessionarios compulit, ut acceptarent cessionem. Sed in eo casu, ubi pauper vel absens cedit, nulla necessitas in cessionario, sed in cedente tantum. Et sane, si in omnibus casibus, in quibus cedens habens causam necessariam, vel probabilem cur minoris cedat, vellemus exceptionem regulæ constituere, paucissimi casus occorrerunt, qui in legem Anastasianam incurrerent; quotusquisque enim esset, qui nomen minoris vendat, sine causa necessaria vel probabili.»

Nota: Propriamente a esta 11.ª limitação, e a pratica d'ella (em casos bem similhantes) é que occorreu a nossa providente lei de 27 de julho de 1765, contra os expilladores das heranças dos que fallecem nos dominios ultramarinos, por meio de similhantes cessões e convenções cubiçosas, abusando da pobreza ou da impossibilidade dos herdeiros a que ellas pertencem, etc. As rasões d'esta lei são as mesmas que exhibe Brunnemano; da mesma fórma para cohibir as negociações dos residentes na côrte de Lisboa ou quaesquer outros, é que o regimento da fazenda, Cap. 219 e 231, prohibiu as venda das tenças e juros que se pagam no erario regio. Concorda a Ord., L. 4, T. 14, com a intelligencia de Silva, ibidem, e de Sousa de Macedo, Dec. 94. Só pois podem os taes negociantes estipular um competente salario, como tal, com

Digitized by Google

respeito ás despezas e agencias pessoaes, o que as leis não prohibem.

DUODECIMA LIMITAÇÃO

N. 19. Tentaram tambem alguns DD., como Berlich., Dec. 33, n. 26, Franzk., L. 1, Resol. 8, n. 31 e 43, e Resol. 9, n. 14, Manz., ad L. *Anastas.*, Q. 6, n. 42: «Quando cessio ad instantiam ipsius creditoris cedentis forte indigi, facta fuit; ita ut cessionarius non amore lucri, sed cedentis favore, et ex benevolentia tantum cessionem admiserit, etc.» Porém o mesmo Manz., depois de expor as rasões suasorias d'esta limitação, vem a concluir (depois de advertir outras em contrario): «Hæc limitatio sollicitam dubitationem, et disquisitionem recipit». Com effeito, o que omittiu disputar Manzio, se propoz confutar e confutou Brunneman., *de Cession. act.*, Cap. 1, a n. 42, com estas rasões: «Sed neque hæc Limitatio de jure fundata reperitur; nam, 1.°, nulla consequentia est; cedens obtulit cessionem; ergo cessionarius non habet animum vexandi debitorem. Potest enim redemptor Litis oblatam occasionem avide arripere. Sicut nulla est consequentia; oblatæ mihi sunt usuræ maximæ; ergo licite potui acceptare; utor enim comparatione usurariæ pravitatis cum redemptione Litis, cum DD. hac inter se conferant. Deinde, 2.°, non reperitur hæc exceptio in lege fundata, nec habet aliquam cum exceptionibus Anastasianis comparationem. Nam in exemplis, quæ excipiuntur, repetitur necessitas urgens ex parte cessionarii, quæ hic nulla. Nam nemo mihi offerendo nomen necessitatem imponit; 3.°, hic ipse cessionarius sponte alienum nomen arripiendo lucrum captat oblatum, et litem redimit; ideoque dispositio, legis et hic locum habet; 4.°, hæc ipsa limitatio tantum in fraudem legis Anastasianæ inventa. Quam facile enim ei, qui redimere solet Lites, et versutiis uti, per tertiam personam procurare, sibi a creditore aliquo, gratiam cessionarii ambiente, vel præsentem pecuniam desiderante, ut habeat, quod dilapidet, offeratur nomen, etc.»

Digitized by Google

DECIMA TERCEIRA LIMITAÇÃO

N. 20. «Cesset Lex Anastasiana, siquis debitum immaturum, hoc est in futurum, et certos terminos solvendum præsenti emat pecunia, quamvis pretio summa debita minori. Neque pretium statim erit injustum, siquis, v. gr., 100$000 rs., tribus proximis annis solvendos emat rs. 70$000. Licet summa, in qua debitum superat prætium, excedat usuras, quas emptor interim ex pecunia soluta licite accipere posset». Ita Muller, *ad Struv.*, Exerc. 23, Thes. 82, pag. 1609, Col. 2, Conf. Lauterbach., *in Synopt. tract.*, ad T. *de Hæred. vel act. vend.*, Thes. 30, Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 48. Contra esta limitação declama altamente Carpzov., *in Asyl. debitor.*, Cap. 1, a n. 118, arguindo-a usuraria, e vindo a concluir com Pistor., P. 2, Q. 97, e com um aresto, que o comprador n'este caso nada mais póde exigir senão o preço com a usura legitima e permittida, e que deve imputar ou restituir o que de mais receber. Porém Carpzov. é nervosamente confutado por Manz., supra, Q. 2, n. 19 e 20, entre outras rasões com estas: «Minus et actionem habere quam rem propter dispendia et Lites... Omne futurum incertum, suadentque magis præsentia fructum... Charius est modicum præsens, quam multa futura... Quamvis enim hodie debitor sit dives, et solvendo; tamen quia divitiæ, et paupertas non sunt habitus permanentes, facile fieri potest ut intra annum quodam infortunio tactus facultatibus labatur... Is, qui de præsenti ditior est, in futurum pauperior esse potest, etc.» E portanto com Brunneman. S.ª, só devemos abandonar esta limitação: «Si appareat cessionarii persuasio fraudulenta, aut animus in usurariam pravitatem pronus, quo casu in L. *Anastasianæ pœnam incideret*». Assim ficam conciliadas as opiniões oppostas.

Nota: Eu de outro modo distinguia, que se o crédor cedente (n'este caso da presente limitação) se obrigou ao cessionario a fazer-lhe certa e exigivel a acção cedida em todo o tempo, e se obrigou á fallencia; então julgaria usuraria a ces-

Digitized by Google

são, e exposta á nossa constituição, admittindo n'este caso a opinião de Carpzovio e Pistor. Se porém a cessão foi simples sem essa especifica obrigação, e exposta ás contingencias que pondera Manzio; então admittiria a limitação com a declaração de Brunnemano: Conf. Olea, *de Cess. Jur.*, T. 6, Q. 10, a n. 8.

DECIMA QUARTA LIMITAÇAO

N. 21. «Sunt et licitæ tales cessiones inæquali pretio, vel pretio non probato, factæ, quando eæ fiunt consentiente debitore, sive consentiat expresse sive tacite, v. gr. Si debitore præsente et tacente pro 10, tibi cedam 20, quibus mihi debitor obstrictus est, nam tunc præsumptio fraudis cessat, etc.» Brunneman. S.ª, n. 46, Conf. Menoch., L. 3, Præs. 129, n. 42, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 23, Thes. 82, pag. 1610, Col. 1, Manz., *ad L. Anastas.*, Q. 6, n. 31, Berlich., Decis. 33, n. 25.

Nota: Esta limitação só póde ser praticavel quando nos termos d'esta constituição, e da opinião ao diante exposta, (§) o lucro cede em beneficio do devedor; quando porém, como nos casos das leis referidas, § 6, n. 1, 2 e 3, a venda e cessão é em si nulla, e todo o commodo fica em favor do cedente, e o cessionario só com direito para repetir as suas despezas; n'esse caso é impraticavel esta limitação.

DECIMA QUINTA LIMITAÇÃO

N. 22. Limita Conciol., Alleg. 55, n. 17, a dita constituição quando a cessão sem preço é feita a consanguineo. Mas aqui nada ha de especialidade, porque quando a cessão se faz sem causa a pessoa conjuncta em sangue se presume por titulo de doação, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 1, Q. 4, a n. 28, Menoch., L. 3, Præs. 129, n. 32, e consequentemente coincide esta limitação com a já acima exposta, n. 12. O mesmo se deve entender na cessão sem titulo ou causa feita por homem rico ao pobre, Olea, supra, a n. 31. Adde Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, sub n. 95.

Digitized by Google

N. 23 «Quoniam Lex Anastasiana (diz Mullet, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82), et Justinianea eo tendunt, ut redemptoribus litium occurratur, nullaque cessio ad vexandos debitores facta valeat, nisi ad quantitatem soluti pretii, sequitur, quod cessiones non animo vexandi debitorem, sed ex alia, vel probabili causa factæ sint validæ, etiam quoad summam excedentem. Argumentum enim a contrario sensu deductum in jure dicitur firmum; cui accedit cessante causa legis cesset etiam ejus dispositio; adeoque cessante calliditate et animo vexandi prohibitio quoque legis Anastasiana cesset, etc.» Manz., ad eand. L., Q. 6, n. 21, ibi:

«Lex Anastasiana et Justinianæ eas solas cessiones damnat, quæ fiunt vel debitoris lacessendi, et vexandi causa; vel improbi lucri et fœnoris captandi gratia... quæ igitur ex certa ratione, et ad certum finem facta est prohibitio, non ultra extenditur quam ad species, in quibus reperitur. Inde plures cessionum species, utut aliquod lucrum cessionario afferant, et plus quam, proquo ceduntur, contineant, validæ, et non improbæ censetur. Adeoque regula non procedit, quando ex aliis conjecturis constat cessionem fuisse factam justa ex causa non animo vexandi eum, contra quem facta fuit cessio vel fœnerandi, etc.»

Depois de outros muitos Urceol., *de Transact.*, Q. 82, n. 6, ibi:

«Quando ex justis, et rationabilibus causis, nempe ex qualitate tum negotii, tum personarum cedentis, et cessionarii, aut ex aliis conjecturis caute et prudenter consideratis, deprehenditur, quod cessio non est facta animo vexandi illum, contra quem fit, utpote, si nulla redemptio Litis, nulla malitia, aut fraus intercessit, sed negotium ex mera veritate, sinceritate, et simplicitate fideliter processit, remoto quocumque dolo, aut calliditate; tunc enim cessionarius impediri non potest ab exercicio actionis.» Conf. Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 4, § 8, citando outros.

N. 24 Ora, ou esta generalidade se ha de restringir aos

Digitized by Google

casos das precedentes limitações, que ficam depuradas e demonstradas justas; ou ás em que por identidade de rasão se comprehenderem nas quatro especiaes excepções expressas nas ditas leis; ou aliás tem a justa censura de Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 39 e n. 45, ibi:

«Et sane, si in omnibus casibus, in quibus cedens habet causam necessariam, vel probabilem cur minoris cedat, vellemus exceptionem regulæ constituere; paucissimi casus occurrerent qui in legem Anastasianam incurrerent, quotusquisque enim esset, qui nomen minoris vendat sine causa necessaria vel probabili?... Concludam hanc materiam; et Jurisprudentiæ nostræ vicem doleo; nam plerumque Juris cultores tot Limitationibus, adeo solent constitutiones juris exinanire, et ad nihilum redigere, ut limitationes plures casus contineant, quam ipsa regula, quod logicis absurdum videtur, et per tot Limitationis Patronis causarum nonnullis præbetur occasio illudendi leges saluberrimas.

E de Thomaz. Not., *Us. hod. ad Pand.*, L. 18, T. 4, pag. 202, ibi.

«Justissime quidem constitutum est, ne actiones cedantur in potentiores; et ut coerceatur redemptio litium per legem Anastasianam. Cum tamen non omnia mala legibus tolli possint; inde, et si fatentibus omnibus hæ leges apud Germanos sint receptæ, invenerunt tamen Doctores potentum amici tot Limitationes, ut ipsa Lex et ejus efficacia pene per eas sit sublata, et vix effectum habeat, nisi in plebeis, pro quibus forte cautella erit, si emptores cessionis non faciant mentionem, sed agant tanquam procuratores cedentium. Sed hæc cautella tamen iterum alia indiget, ne reus solvat venditori actionis, aut alio modo hic cum illo colludat. Imo poterit etiam reus actori procuratorio nomine agenti deferre juramentum super cessione in fraudem legis Anastasianæ.»

N. 25 A esta justa censura acrescento: 1.°, que as unicas cinco excepções da L. 22 e 23 firmam regra em contrario, Barbos. e Tab., L. 5, Cap. 31, Axiom. 34; 2.°, que

Digitized by Google

umas leis como estas, que têem por fim cohibir a avareza, e oppor-se á fraude, á usura, etc. (§ 4, n. 2), recebem não estricta, mas larga interpretação, e tanto mais se limitam quanto mais as limitações são contrarias a ellas, abrindo francas portas as prevenidas, e aliás acauteladas fraudes, Barbos. e Tab., L. 6, Cap. 44, Axiom. 9; 3.°, as leis geraes não cessam nem deixam de obrigar, aindaque a sua rasão cesse em algum caso particular; e só cessam quando universalmente cessa a sua rasão, Carvalho, *de Testam.*, P. 2, n. 452, Menoch., *de Præs.*, L. 1, Q. 80, n. 14, Brit., in Cap. 1, *de Locat.*, P. 2, n. 38, pag. (mihi) 307; 4.°, esse argumento *a contrario sensu*, não milita quando resulta absurdo, quando a lei é negativa, etc., Cord., Dub. 41, n. 43, Dub. 19, n. 74, Dub. 33, n. 49.

N. 26 E quanto ás nossas leis: 5.°, o regimento da fazenda Cap. 219 e 231, e a Ord., L. 4, T. 14, são geraes insusceptiveis de restricção: A Ord., L. 1, T. 48, § 11, declarada pelo Alv. de 1 de agosto de 1774, comprehende não só os pactos de quota litis entre quaesquer pessoas, mas todas as convenções por qualquer fórma que sejam celebradas (§ 6, n. 1). A lei de 27 de julho de 1765, cujo espirito bem declarou o dito Alv. no proemio se oppoz contra as extorsões de cessões e convenções para expillar heranças com abuso da ignorancia, pobreza ou pusillanimidade das pessoas a que pertencem. A lei de 29 de outubro de 1754 reprovou não só as cessões de dividas feitas aos captivos por qualquer titulo, ainda gratuito, mas geralmente as negociações injustas que intervem em taes cessões. Emfim a lei de 20 de junho de 1774 não permitte que as dividas exigiveis se arrematem ou adjudiquem por menos da sua importancia, nem que o arrematante ou credor adjudicatario se locupletem com um real de mais. O espirito d'estas leis é identico. E podem ellas fraudar-se? Não seguem ellas a regra da constituição Anastasiana, e as rasões d'ella? Podem admittir-se outras limitações que não sejam as que ficam depuradas, e que aliás se comprehendem no § fin. da Ord., L. 4, T. 10?

Digitized by Google

§ 11

Justo preço da acção quando se executa a constituição Anastasiana

N. 1 Geralmente é conclusão dos juristas e theologos que: «Nomen debitoris emere licet pro minori quantitate quam debetur propter expensas periculumque exactionis; quia actio communiter minus æstimatur quam res». Silv., ad Ord., L. 4, Tit. 1, in Rubr., Art. 3, n. 49: «Item propter periculum amittendi pretium, ac difficultatem exigendi illius carius res vendi potest pecunia credita, quam statim soluta». Silv. S.ª, n. 50.

N. 2 Fundados n'este geral principio assentam commummente os DD. que para o fim de se praticar a sancção d'esta constituição, se deve arbitrar o preço da acção não só com respeito ao da venda, mas com respeito ás despezas da cobrança, duvida d'ella, qualidade do devedor, etc., Card. de Luca, *de Credit.*, Disc. 60, n. 14, ibi:

«In proposito autem hujusmodi regulæ, seu conclusionis deductæ ex dispositione dictorum Jurium in L. *Per diversas* 22, et in L. *Ab Anastasio*, advertere consuevi erroneum esse eandem conclusionem ita mordicus, ac ad literam attendere; cum intelligenda veniret discrete pro facti qualitate, habita ratione periculi, cui cessionarius se exponit in hujusmodi incertæ aleæ acquisitione amittendi summam solutam, ac expensas faciendas, nec non alicujus præmii ejus laboris et diligentiæ ad mensuram bonæ vel malæ fidei pro facti qualitate, et circumstantiis, ex quibus prudenti arbitrio ista materia regulanda est... Præsertim vero habenda est ratio qualitatis debitoris, non solum ratione majoris, vel minoris idoneitatis, sed etiam qualitatis, ob quam creditor cogatur diminutam debiti satisfactionem recipere... Ac etiam in casu, quamvis voluntariæ cessiones, ponderanda venit qualitas cedentis, ac illa ejus, contra quem fit cessio, quia nempe sit potens, etc.»

Concordam Manz., *ad Leg. Anastas.*, Q. 3, n. 13, Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 4, Cap. 2, n. 16, ibi:

Digitized by Google

«Hoc adhuc in genere circa legem Anastasianam subjicimus, quantitatem pretii, pro quo cessio facta, non ex se æstimandam, sed simul rationem expensarum, quas in exigendo debitore facere, et incommodi, quod sustinere debet cessionarius, antequam debitum cessum consequatur, habendam, pariterque interusurium medii temporis computandum esse.

Sande, *de Action. Cess.*, Cap. 11, n. 9, Struv., Exerc. 23, Thes. 81, et ibi Muller, ibi: «In nominibus incertæ æstimationis non præcise justum determinari pretium, sed arbitrio boni viri, hoc est, Judicis definiri debet. In justo vero nominis, sive actionis pretio definiendo, etiam respiciendum est ad debiti securitatem et certitudinem, probationis facilitatem, debitoris qualitatem, et alias loci atque temporis circumstantias, propter quas haud raro accidit, ut actionis ad 100 competentis justum pretium sit 80, 70, 60, 50, aut minor quoque summa... Minori et non æquivalenti pretio licet emere purum nomen, cujus dies cessit et venit, si debitor sit potens, absens, rixosus, morosus, vel minus idoneus, etc.» Conf. Brunneman., *de Cess. action.*, Cap. 1, a n. 68, ad 71, advertindo que: «Unde quoties de hac materia in judiciis agitur deberet Judex cessionario injungere liquidationem expensarum, ut videre possit, an justum, et proportionatum sit pretium.» Vej. Stryk., Vol. 12, Disp. 17, de *Emptione spei*, § 28.

N. 3 Não se deve confundir o caso em que a controversia sobre a injustiça do preço versa entre o cedente e o cessionario, e o caso em que versa entre o cessionario e o devedor cedido, para o fim de ser praticavel esta constituição. No primeiro caso é preciso que, feita a justa estimação da acção vendida com respeito ás referidas circumstancias, se convença uma lesão enorme; e que a acção fosse vendida por menos de metade do justo preço. No segundo caso não é precisa essa lesão, e basta que seja menor. De fórma que se o devedor cedido usa do beneficio da constituição Anastasiana para rechaçar e repellir o cessionario, satisfaz offerecendo o preço da compra da acção,

Digitized by Google

e o mais em que justamente se avaliar a mesma acção com aquelles respeitos. E quando o cedente se queixa leso, e trata com o cessionario é necessaria lesão enorme. Assim o distinguem Muller, ad Struv., supra, Exerc. 81, Brunneman. S.ª, n. 69, 70 e 71.

N. 4 O exposto só póde ter applicação quanto á cessão das acções duvidosas ou difficeis de se exigirem. Quanto porém ás certas, liquidas e exigiveis, que constam por escripturas, e cujo devedor é notoriamente solvavel e abonado, parece que assim como se não podem adjudicar por menos da sua importancia, ou arrematando-se real por real, não póde o adjudicatario ficar locupletado com um só real em prejuizo do devedor (§ 5, n. 4, e § 9, n. 2 e 3); da mesma fórma não podem sem vicio ceder-se por menos da sua importancia, como com muitos theologos segue Fragos., *de Regimin.*, P. 1, L. 7, Disp. 22, n. 10, ibi: «Cæterum quando Chirographa, seu credita non habent difficultatem nec sunt ambigua, nec cum molestiis sunt obtinenda, et emptores nullum lucrum cessans, aut damnum emergens patiuntur, quamvis Cajetan... et Navarr... doceant posse emi talia jura minoris, quam pecunia præsenti; nihil omnius pars negans est communiter, ac verior, ex Medin... Silvest... Scot., etc.» Conf. Olea, *de Cess. Jur.*, T. 6, Q. 10, n. 15, optime cum aliis Ferraris, Verbo *Emptio*, Art. 2, n. 27.

N. 5 O mesmo (que, quando assim não exigiveis as dividas) procede sem rasão de differença no caso em que o cedente se obriga por seus bens á segurança e exigibilidade da acção cedida, e satisfazer ao cessionario o que, excomputadas as suas despezas, não póde exigir. Porque n'este caso não póde sem usura ceder-se por menos da sua importancia, Olea, *de Cess. jur.*, T. 6, Q. 10, a n. 8. E consequentemente no caso da constituição Anastasiana satisfaz o devedor cedido offerecendo o simples preço da cessão. O mesmo julgo, se por mais que parecesse duvidosa a acção cedida, o devedor logoque oppõe a excepção da Anastasiana offerece e deposita o preço da cessão; já

Digitized by Google

o cessionario não póde cumular para augmento do preço essas difficuldades, porque o exito as mostrou chimericas, e ficâmos na regra da L. 137, § *Cum ita* 2, ff. *de Verb. obligat.*, ibi: *Quia in eo, quod tempore, atque facto finitum est, nullus est conjecturæ locus.* Veja-se Constantin., Decis. 167, n. 8, Gratian., For., Cap. 756, n. 49.

Nota: Conciliando para este fim as nossas leis patrias, referidas no § 6, com o que os DD. citados (quanto á justiça do preço) dizem a respeito da Anastasiana, parece-me se deve fazer esta distincção. Ou a compra da acção foi propria e verdadeiramente compra com tradição de preço, sem fraude ou similação; ou foi qualquer outra convenção sobre a mesma acção. E ou a controversia é entre o cedente e o cessionario, ou entre o cessionario e o réu por elle accionado. Se foi propria, real e verdadeiramente compra de mercê real é indistinctamente nulla, sujeita ás penas do regimento da fazenda, Cap. 219 e 231, e da Ord., Liv. 4, T. 14. Se foi compra de qualquer outra acção competente ao vendedor cedente, e a controversia é entre elle e o cessionario, só é praticavel o remedio da lesão nos termos da Ord., L. 4, T. 13, avaliando-se a acção com respeito ás circumstancias expostas n'este § 10. E se a controversia é entre o cessionario e devedor cedido, tem logar o que fica exposto a respeito da Anastasiana. Se porém não foi compra, mas qualquer outra convenção entre o cedente e cessionario da acção; n'este caso ou a controversia é entre o cedente, cessionario, e então sendo nullas taes convenções pelas leis citadas, § 6 (alem das penas comminadas ao cessionario) todo o lucro fica para o cedente, haja ou não lesão, vistoque os contratos são nullos na sua raiz. Se a controversia versa com os réus cedidos e accionados, então se estes podérem mostrar que essas convenções foram vendas e cessões de acções simuladas em fraude da Anastasiana, nos termos que ficam expostos no § 8, poderão recorrer ao favor da mesma constituição. Se assim o não podérem provar, então não podem allegar o direito particular dos cedentes, que as referidas leis introduziram em favor d'elles unicamente, e não em favor d'esses terceiros, cujas acções se cederam. ex Surd., Cons. 284, n. 6, Begnudell., *Verbo Nullitas*, n. 3, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 2, Rubr. 45, a n. 46, Altimar, *de Nullit.*, T. 7, Q. 48, a n. 311, Bersan., *de Pupill.*, Cap. 2, Q. 32, a n. 7. Bem como ninguem póde oppor por acção ou excepção o direito competente do real

Digitized by Google

fisco, Pego, Tom. 8, ad Ord., L. 2, T. 16, in princ., sub n. 9, e T. 18, § 1, n. 94, Portug., *de Donat.*, L. 1, Prælud. 2, n. 86, e L. 3, Cap. 29, n. 14, 15 e 16. Desejarei ver outra mais adequada conciliação das nossas leis com a Anastasiana geralmente recebida e digna de ser praticada (§ 4), e sinceramente rogo aos mais sabios que façam outra mais justa conciliação.

§ 11

Em favor de quem cede o avanço da quantidade ou valor da acção cedida, se em favor do cedente, se do devedor, se do fisco?

N. 1 Eis-aqui como magistralmente decide esta questão Coccey, *Jus Controv.*, L. 18, T. 4, Q. 27, ibi:

«Resp. Manet penes eum, qui nomen cessum debet, quia nemini alii actio competit; non cedenti, quia vendidit, et transtulit suo facto; non cessionario, quia ei obstat exceptio Legis Anastasianæ; non fisco, quia penæ non sunt fingendæ. Idque confirmatur ex L. 23, §§ 1 e 2, ibi: *Vel aliquam contra debitorem, etc., esse actionem, item, nulla contra eum oriatur molestia.* Unde concludit Brunneman., d. L. Si nulla cedenti vel cessionario actio datur contra debitorem de superfluo; item, si nulla ipsi ex hac cessione creanda est molestia, necesse est debitorem liberari; addatur, L. 2, Cod. *Ne Lic. potent.*, ibi: *Debiti jactura mulctentur,* Novell. 72, Cap. 5, ibi: Non ut remeent rursus ad eum qui cessit, etc. Atque ita pro debitore duo extant præjudicia apud Finkelth. et Richt., quæ notat Lauterbach. pag. 336, et aliud est apud Carpzov., P. 2, Cap. 30, Def. 35. Eamque sententiam confirmant Sande, *de Cess. act.*, Cap. 11, n. 10, Brunnem., ad L. fin., Cod. Mand., n. 5, etc.

«Obj. 1.° Quod amissio residui sit pœna d. L. 2, d. Nov. 72, adeoque Fisco applicanda. Resp. Est pœna privata, quæ cedit debitori, cujus forte vexandi gratia cessio facta est. Neque Fisco in casibus Jure non expressis danda est actio.

«Obj. 2.° Quod debitori tantum in tribus casibus re-

Digitized by Google

siduum tribuatur in d. L. 23, §§ 1 et 2. In cæteris ergo casibus videtur penes cedentem lucrum manere, Carpzov., P. 2, Cap. 30, Def 37. Sed bene respondet Brunnem., ad L. 23, Cod. Mand., n. 5, contineri in d. L. 23, ampliationem legis præcedentis; quod ergo de ampliatione dicitur, id etiam de regula dicendum: Nec ex textu ratio differentiæ colligi potest, et utraque favorem debitoris respicit.

«Obj. 3.° Quod si cessionarii dolo quis inductus bona fide cesserit, ideo puniri non poterit residui privatione L. 9, ff. *Quæ in fraud. credit.*, adeoque illud cedenti videtur tribuendum. Resp. cedens non propter dolum actionem non habet ad residuum petendum, sed quia semel suo facto omne jus suum transtulit. Insto: Atqui cessio hujusmodi quoad superfluum habetur pro infecta. Carpzov., P. 2, Cap. 30, Def. 37. Resp. (1). Id adhuc in quæstione est: nam (2) hoc principio posito non tantum si bona fide, sed et si mala fide cesserit, daretur repetitio venditori: In primis (3) cum error juris in amittenda re sua cedenti non debeat nocere L. 7 et 8, ff. *Jur. et fact. ignor.*, Vid. Dn. Pagnest., *in Solicism.*, P. 207.

«Obj. 4.° Quod venditor in jure erret; error vero juris non debet nocere rem suam amittenti. Resp. Aliud est si lex ejusque ratio ita disponant, etc.»

Concordam n'esta resolução Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 86, Manz., *ad Leg. Anastas.*, Q. 8, Olea, *de Cess. jur.*, T. 6, Q. 10, n. 70, Mell., ad Struv., Exerc. 23, Thes. 81, pag. 1605, Col. 1, in fin., e Col. 2, referindo outros muitos DD.

Nota: O exposto procede nos termos do direito romano e no caso da constituição Anastasiana. Mas conciliada ella com a nossa legislação, depende a resolução d'esta questão da diversidade e distincção dos casos que acima expuz na nota n. 5, do § 10, e de fórma que em uns em que a acção se vende propriamente expressa ou simuladamente entra aqui a dita constituição, e o avance da importancia da divida, ou do valor da acção cede em beneficio do réu cedido e accionado. Nos

Digitized by Google

mais casos em que, segundo as nossas leis, são nullas as convenções, todo o lucro é do cedente, porque em beneficio d'elle introduziram as leis á nullidade, indemnisando-se o cessionario só das suas despezas, agencias e emprestimos que justamente se liquidarem; direito que unicamente salvam aos cessionarios de taes acções, a L. de 27 de julho de 1765, e o Alv. de 1 de agosto de 1774.

§ 12

Natureza da excepção que em favor dos accionados concede a dita constituição

N. 1. Uns DD. collocaram esta excepção na classe das dilatorias, que se devem oppor antes da litis contestação, Fabro, in Cod., L. 4, T. 26, Def. 10. Arias de Mez., L. 1, Var., Cap. 24, n. 7, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 82; em contrario, e que é peremptoria, e que ainda no fim da demanda se póde oppor, o segue com Mev., em varias decisões, Brunneman., *de Cess. action.*, Cap. 1, sub n. 25, e ex proprio marte Olea, *de Cess. jur.*, T. 6, Q. 10, n. 73.

N. 2. N'esta variedade de opiniões o Cod. de Sardenha, L. 3, T. 8, § 4, diz ibi: «Nós declarâmos que a excepção, que compete ao devedor em virtude das leis *Per diversas*, e *Ab Anastasio Cod. Mandat.*, será considerada por peremptoria».

N. 3. Se o devedor a não oppõe é visto renuncia-la tacitamente, Brunneman., *de Cess. act.*, Cap. 1, n. 46, Fabro S.ª; o cessionario lucra o todo, e no caso da venda o cedente só tem contra elle acção, intervindo lesão; e nos mais casos expressos nas nossas leis (§ 6), tem regresso contra o cessionario pelo todo, segundo as distincções nas notas ao § 10, n. 5, e ao § 11, in fin.

Digitized by Google

§ 13

Se o fiador póde, ou não deve, sendo demandado oppor a presente excepção

O fiador sendo demandado pela divida de que o é, póde oppor todas as excepções reaes extinctivas da divida competentes ao devedor, *ut reliquis citatis* Altimar., *de Nullit.*, Tom, 5, Q. 30, n. 414. E se não as oppõe, não póde depois repetir ao devedor a divida que pagou como voluntario, deixando de oppor essas excepções, Altimar., supra, n. 683 e 715, Olea, *de Cess. jur.*, T. 5, n. 48. Quid vero se o fiador não oppoz a presente excepção? Eis-aqui o que com Mev., P. 7. Decis. 213, diz Brunneman., *de Cess. jur.*, Cap. 1, sub n. 46: «Sed quid si fidejussor omiserit exceptionem Legis Anastasianæ, et integrum solverit; cum illam opponere potuisset, num præjudicet debitori? Resp., non præjudicare, sed si is putet sibi ex Lege Anastasiana jus esse, eo uti posse; interim fidejussori integrum, quod solvit restituere cogendus est». E a quem compete a condição *Indebiti*, se ao devedor se ao fiador? Veja-se Olea, T. 5, Q. 14, n. 20.

Digitized by Google

DISSERTAÇÃO VII

Especialidades de direito nas compras e vendas de vinhos

Exposição especial da Ord., L. 4, T. 8, §§ 5 e 6 e de outras mais

PRELUDIO

§ 1

O nosso Mello Freire, no L. 4, T. 3, § 16, reconheceu que a Ord., L. 4, T. 8, de que tratámos, teve inteiramente por fonte o direito romano, e conclue que: *Propterea ex eodem jure interpretanda est.* Esta com effeito é uma regra hermeneutica que nos permittiram os estatutos da universidade, L. 2, T. 3, Cap. 6, § 21, e T. 5, Cap. 2, § 8, ibi: «Mostrando-se porém que a determinação das leis patrias é conforme a dos romanos, informará aos seus ouvintes de que o mesmo se acha determinado especificamente por ellas... E n'este caso indagará a verdadeira rasão das ditas leis dos romanos, pela illustração que d'ella resulta ás referidas ordenações, que com ellas se conformaram e as tiveram por fontes».

§ 2

Segundo o direito romano a venda do vinho se póde celebrar de tres modos; ou, 1.°, com a condição de se provar e gostar; ou, 2.°, por grosso, a olho ou montão, o que os jurisconsultos dizem ser por aversão; ou, 3.°, por quantidade de almudes, Sam. Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 6, Cap. 1, a n. 11. De todos éstes tres modos se faz menção na nossa Ord., L. 4, T. 8, §§ 5 e 6, aindaque perfunctoriamente só para o fim do perigo e perda. Tratarei pois

Digitized by Google

distinctamente: 1.°, de cada uma d'estas fórmas de venda de vinhos, e das suas diversas naturezas e effeitos; 2.°, a quem pertence a utilidade do augmento do preço depois da compra antes da extracção do vinho, ou a sua diminuição do preço; 3.°, por que medida, quando se não exprime, se devem regular o vendedor e comprador; 4.°, que direitos competem ao vendedor, se o comprador não extrahe o vinho ou ao tempo aprasado, ou, se se não prefiniu tempo, até quando o deve extrahir; 5.°, a quaes interesses fica responsavel o vendedor, que não entrega o vinho ao comprador e ou o consumiu, ou vendeu a outro. Faxit Deus!

CAPITULO I

Trata-se dos tres modos por que se vende vinho

SECÇÃO I

Compra e venda de vinho com a condição expressa ou subentendida de primeiro se gostar e approvar pelo comprador

§ 3

É um incrivel moral, que qualquer comprador de vinhos seja tão insensato, que ajuste com preço certo por grosso ou almude de vinhos, sem primeiro os provar e gostar, L. 4, § 1, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, ibi: *Difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet*, etc., Gotofred., ibidem: «Vina, ut sæpius ea conditione emebantur, ut degustarentur; raro ut ne degustarentur, etc.» Este é com effeito o costume de todos os compradores, com que em qualquer compra de vinhos se presume que as partes se quizeram conformar, L. 34, ff. *de Reg. Jur.*, L. 31, § 20, ff. *de Ædilit. edict.*, Peg. 3, For., Cap. 40, n.° 10, Guerreiro, For., Q. 97, n. 15; e por isto é que o moderno e judicioso Cod. Civ. dos francezes, Art. 1587 e 1588, dispoz, ut ibi:

Digitized by Google

«A respeito do vinho, do azeite e outras cousas, que se costumam gostar antes de se fazer a compra, não ha ahi venda emquanto o comprador não as gosta e se agrada d'ellas. A venda feita a prova, é sempre presumida feita debaixo de uma condição suspensiva.»

Esta foi a opinião de Brunneman. na L. fin., ff. *de Peric. e commod. rei vend.*, a n. 64, ibi:

«Maximam cum hac materia affinitatem habet venditio vini, aromatum, et similium, quæ nonnisi prævia gustatione emuntur. Nam in illis venditionibus plerumque, nisi contrarium, conventum, sub hac conditione res videtur vendita, si gustando probetur; et ita ad hanc venditionem gustatio requiritur præter mensuram... Et in his rebus, etiamsi nulla expresse facta mentio degustationis, hæc tamen tacite inesse videtur.» Conf. Meier., *in Colleg. Argentor.*, L. 18, T. 6, Thes. 4, n. 16, Struv., Exerc. 23, Thes. 101, ibi:

«Si res gustu probanda venierit, distinguimus. Aut venditio facta est ad gustum, aut non. Illud in dubio ex ipsa conditione rerum, quæ gustu probantur, v. g., Vini, præsumitur. (Müller, ibidem) Vino enim vendito nunquam degustandi conditio præsumitur exclusa, licet nihil de ea dictum.» Conf. Lauterb., ad T. ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, § 1, n. 10, Franzk., ibidem, n. 33 e 34.

§ 4

Em contrario Samuel Stryk., no *Tract. de Jur. Sens.*, Dissert. 6, Cap. 1, a n. 9, interpretando de outro modo a dita L. 4, § 1, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, resolve, ut ibi: «Sed an Gustus in venditione vini semper objectum suum sortiatur, an vero requiratur, ut præcise hoc expresserit emptor, se velle primum degustare vinum; ut emptio perfecta sit? Hic quæritur. Et putarem dicendum expressa conventione opus esse nec tacite id involvi, ut vinum degustaretur. Et, quamquam difficile sit, ut quisquam sic emat, ut ne degustet, L. 4, § 1, ff. *de Peric. et*

Digitized by Google

commod. rei vend... Ex his tamen verbis minime colligitur tacite conditionem gustationis inesse venditioni vini. Sed potius id innuunt. Neminem adeo imprudenter versaturum in emptione vini, qui antequam eandem perficiat, non degustet idem; vel, quod magis est, qui convenerit, ut ne degustet. Quod ipsum itidem ex verbis initialibus d. § *Si aversione,* d. L. *Siquis vina haud obscure colligitur,* «Si non ita vinum venit, ut degustaretur», quod tunc censeatur per aversionem esse venditum. Si itaque nulla hæc omissio conditionis degustandi ex emptione ad gustum facit emptionem per aversionem; id consequentiæ vinculo exinde deduco, degustationem tacite non esse; quippe enim alia hæc ut tollatur, expressa conventione opus foret. Ne degustetur; quod tamen in casu, d. § *Si aversione Ulpianus non requirit,* sed sufficere putat, modo ne degustetur, non conventum». O mesmo repete Stryk., d. Diss. 6, Cap. 2, n. 21, ibi: «Præsupponimus posse vinum simpliciter vendi, nulla degustatione facta degustationis; nec conditionem degustandi huic venditioni tacite inesse, nisi aliud actum appareat, etc.» Isto mesmo parece que segue Voet., *ad Pand.,* L. 18, T. 6, n. 3, quando diz ut ibi: «Gustum quod attinet, videndum an vinum simpliciter, ac *sine ulla gustandi conditione,* adeoque per aversionem ratione gustus emptum sit an vero ad gustum. Si sine gustandi conditione (quod raro fit) statim a consensu utrinque interposito, etiam ante ullam admensurationem periculum acoris et mucoris pertinet... Si vero ad gustum, periculum ad venditorem pertinet, etc.»

§ 5

Se a condição é expressa, ou necessariamente se deve subentender conforme a primeira opinião approvada pela moderna legislação franceza (§ 3); as consequencias são umas se tal condição expressa não ha, e conforme a segunda opinião se não deve subentender (§ 4), então são outras e diversas em parte; reflectida a nossa Ord., d.

Digitized by Google

§ 5 (emquanto nas cousas que se hão de medir e gostar, isto é, quando a venda se faz pelo terceiro dos ditos modos, at § 2), imputa ao vendedor a perda acontecida antes que o comprador medisse e gostasse, ou pesasse e gostasse, e livra ao vendedor da perda, tantoque for medida e gostada, suppõe claramente que quando a venda se faz por almudes na terceira fórma, sempre subentende, aindaque não expressa a condição: *se primeiro se gostar e approvar*, poisque requer copulativamente a prova e a medida para imputar a perda ao comprador, como adverte Silva ao mesmo §, n. 7. E reflectido o § 6 (emquanto nas cousas vendidas por grosso e pelo segundo modo (§ 2), imputa ao comprador a perda, ora gostasse ora não), é bem visto seguir a intelligencia da L. 4, § 1, ff. *dè Peric. et commod. rei vendit.;* e não subentender n'esta fórma de compra por *aversão a condição de primeiro ser gostado e approvado o vinho,* conforme a segunda opinião exposta no § 4, poisque quando assim a compra do vinho é por grosso a ha por perfeita, e imputa ao comprador a perda ora o gostasse ora não, signal evidente de que n'esta compra do vinho por aversão não subentende tal condição, quando não expressa pelo comprador, e parece seguiu a Gloss. na L. 1, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, como adverte Silva, ibidem n. 16, reprovando Arouc. na L. 1, § 2, n. 15, ff. *de Rev. dision.*

§ 6

Devemos pois seguir pelo espirito da nossa Ord., e conciliando assim as duas opiniões oppostas (§§ 3 e 4), que a condição de gostar e provar o vinho, quando não expressa pelo comprador, sempre se subentende na venda que se faz por almudes ou cantaros; poisque o § 5 da Ord. faz tão condicional esta venda, que imputa ao vendedor a perda emquanto o vinho não é *gostado e medido*, e só o livra da perda depois de *gostado e medido;* e pelo contrario não subentende a tal condição (senão expressa), quando o vinho é vendido por grosso e por *aversão*, pois-

Digitized by Google

que n'este caso pelo ajuste com consentimento e preço ha a venda por tão perfeita, que imputa ao comprador a perda do vinho ora o gostasse ora não; o que assim não seria se tal condição se subentendesse, porque então estaria condicional e imperfeita a venda, e seria do vendedor a perda antes da prova e approvação do vinho.

§ 7

Supposta esta, que me parece a mais genuina conciliação e a mais conforme á nossa ordenação: Se a condição ou é expressa de se gostar primeiro o vinho, ou subentendida na venda que se faz por almudes (e não por grosso):

Segue-se, 1.°, que como condicional não é perfeita nem ha união de consentimentos e vontades, emquanto se não verifica a condição, e emquanto o comprador não gosta e approva o vinho, por mais, que antes de o approvár tenham ajustado o preço, porque se subentende debaixo da dita condição, Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 6, Cap. 1, n. 13, 14 e 15, e Cap. 2, a n. 2 ad 4.

§ 8

Segue-se, 2.°, que se o comprador se desagrada do vinho, póde resilir da compra assim condicionada, Stryk., supra, n. 5, Lauterb., ad T. *de Peric. et commod. rei vend.*, § 1, n. 10, ex L. 34, § 5, ff. *de Contrah. empt.*, id. Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 6, § 6; mas depois de o ter ajustado debaixo d'essa condição expressa ou subentendida, não lhe é absolutamente livre e arbitrario desagradar-se do vinho, que não fique o seu desgosto sujeito a um prudente arbitrio de homens bons, praticos e intelligentes, Brunneman., na dita L. 34, § 5, n. 12, Stryk., *Us. mod.*, supra; o mesmo quando debaixo de uma expressa condição da prova e agrado é vendido o vinho

Digitized by Google

por grosso e por aversão, Stryk., dita Diss. 6, Cap. 2, n. 27, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 23, Thes. 101, pag. 1639, Col. 1.

§ 9

Segue-se, 3.º, que presupposta a mesma condição ou expressa ou subentendida nas compras por almudes, se se não assignou dia para a prova do vinho; todo o perigo de todo o tempo em quanto se não prova e approva, é do vendedor, a menos que elle não interpelle ao comprador perante testemunhas que até certo dia prove e approve, ou reprove o vinho, e lhe proteste a perda no caso da sua contumacia e inacção, Stryk., d. Cap. 2, a n. 15, Struv. e Mull., supra, Voet., *ad Pand.*, L. 18, T. 6, n. 3. Bem que como a nossa Ord., § 5, imputa a perda ao vendedor em quanto o vinho se não prova, e juntamente se não mede, com a copulativa *medisse e gostasse*... etc., ainda que o comprador o prove em quanto se não mede, é a perda do vendedor, como bem adverte Silva ao mesmo § 5, n. 7. Aliter se a venda é *por grosso* e não por medides certas de almudes, porque então (e ainda não havendo tal expressa condição de se gostar o vinho), uma vez que o comprador o provou e approvou, já sobre elle recáe a perda só porque approvou o vinho, d. Ord., § 6, que, como já vimos (§ 5), in fin., seguiu a glossa de Accursio na L. 1, ff. *de Peric. et commod. rei vend.)*. A rasão a expõe Stryk., *de Jur. Sens.*, Diss. 6, Cap. 2, a n. 21, ibi: Si degustationis nulla facta mentio, ad quem tunc periculum spectet, jam tractandum. Præsupponimus autem, posse vinum simpliciter vendi (supple per aversionem, ut § 4), nulla mentione facta degustationis, nec conditionem gustandi huic venditioni tacite inesse (§§ 4, 5 e 6), nisi aliud actum appareat. Et sic indubitanter cum Ulpiano asserimus. Si vinum venditum acuerit, quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum; quemadmodum si vinum esset effusum, vel vasis contusis, vel qua alia ex causa, sunt verba, L. 1, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*,

Digitized by Google

Ratio assertionis est in propatulo. Venditio hæc omnibus suis numeris est perfecta; pure enim inita, nec de degustatione quicquam conditionis loco adjectum, non poterit itaque non in emptore damnum perfecta venditione datum redundare, L. 8, ff. d. Tit., L. 1, Cod. eod. Et facit pro hac sententia expressus textus in L. *Siquis vina,* § *Si eversione,* ff. de Tit., ubi non tantum periculum acoris, et mucoris, sed omne periculum ad emptorem præfacto casu pertinere asserit idem Ulpianus. Pugnat pro hac sententia prolixius Accurs. in Gloss., ad L. 1, verbo *Et usque ad degustationem,* ff. de Tit., etc. (O mesmo Strykio continua a defender a opinião d'esta glossa, que abraçou a nossa Ord., d. § 6.)

§ 10

Segue-se, 4.°, que se assigna o dia para a prova do vinho todo, o interino prejuizo é do vendedor, Stryk., d. Diss. 6, Cap. 2, a n. 7, Struv., Exerc. 23; se passa esse dia e o comprador não vae provar o vinho, o mesmo Struv. e Muller lhe imputam a perda, e Stryk., a n. 12; aindaque em contrario está Voet. S.ª, sub n. 3, pela rasão de que se uma tal venda (isto é, quando ha condição expressa ou subentendida, ut §§ 3, 5 e 6), é condicional, é suspensa, e inconsummada e resoluvel a arbitrio do comprador (§ 8); a menos que elle seja interpellado (§ 9), e não seja irracionavel no dissenso (sub § 8).

§ 11

Segue-se, 5.°, que quando assim é condicional *ad gustum,* expressa ou tacitamente (§§ 3, 5 e 6), a venda do vinho, aindaque o comprador passe a marcar os vasos ou toneis, nem por isso fica perfeita e consummada a venda, em quanto se não adimple a condição da prova; e ou póde resilir com a declaração exposta no § 8, ou a interina perda recáe no vendedor, Stryk., *de Jur. Sens.,* Diss. 6, Cap. 2, n. 11, Struv., Exerc. 23, Thes. 101 e ibi, Mul-

Digitized by Google

ler, pag. 1638, Col. 1, in fin., e Col. 2, Voet., *ad Pand.*, L. 18, T. 6, sub n. 4, v. *Nec interest*, Peg., For., Cap. 3, ex n. 148, Silva, ad Ord., L. 4, T. 8, § 6, n. 7: as rasões d'estes DD. são uniformes.

§ 12

Na supposição de ser expressa ou tacitamente condicional a venda do vinho, segundo as distincções e conciliações expostas nos §§ 3, 4, 5 e 6, não hesito nem duvido que o assignalar o comprador os vasos ou toneis antes da prova e approvação do vinho, não induz perfeição do contrato, nem obra o effeito de uma symbolica tradição que produza irrevogabilidade; poisque, supposta a tal condição expressa ou tacita, essa assignação dos toneis se subentende debaixo da mesma condição; se o vinho n'elles incluido agradar depois da prova, tomando a assignação da natureza do contrato, e da condição d'elle; bem como quando se vende uma cousa e se entrega realmente ao comprador debaixo da condição do seu agrado, ou displicencia; se elle se desagrada e falta á condição, fica sem effeito a tradição admixta, Ord., L. 4, T. 1, § 2, ubi Silva.

§ 13

Porém se a venda do vinho é feita a olho e por grosso, sem a expressa condição da prova e agrado d'elle, como n'este caso se não subentende tal condição (§§ 4, 5 e 6), e a venda fica perfeita e consummada, antes da prova do vinho, recaindo sobre o comprador todo o perigo, como é expresso na nossa Ord., § 6, e fica demonstrado acima debaixo do § 9, v. *Aliter;* segue-se, que se sem esta assignação já a venda por grosso estava perfeita, consummada, irretractavel e todo o perigo do vinho ao risco do comprador; a fortiori concorrendo de mais a mais o signal ou marca do comprador, que, como logo veremos, tem força de tradição ficta. N'isto não póde haver duvida.

Digitized by Google

§ 14

A maior duvida é, se não ha condição expressa de se gostar primeiro o vinho, e a venda não é por grosso mas só por almudes certos, em que suppomos (§§ 3, 5 e 6), uma condição tacita; se n'este caso o marcar e assignar o comprador os toneis depois de ajustar (sem os gostar, ou antes da medição) o preço de cada almude (depois de gostado e approvado), obra o effeito de tradição symbolica, para que depois da marca fique adquirido o dominio do vinho incluido nos toneis ao comprador, e fique a seu risco toda a perda? Este caso é omisso na nossa Ord., e necessariamente (§ 1), para a sua decisão, devemos recorrer á genuina interpretação e conciliação da L. 1, com a L. 14, ff. *de Peric. et commod. rei vendit.*

§ 15

Alguns DD. chegaram a avançar a proposição, que para recaír sobre o comprador a perda do vinho antes da sua medição por almudes, é precisa uma entrega real do vinho, e que não basta uma tradição ficta ainda pela clausula constituti, Ansald., *de Commerc.*, Disc. 8, n. 30, Rocc., *Sellectar.*, Cap. 74, n. 12, Peg. 1, For., Cap. 3, n. 144, Silv., ad Ord., L. 4, T. 8, in princ., n. 35; porém tudo labora em equivoco e em erro por uma má intelligencia da dita L. 1, e conciliação com a dita lei 14, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*

§ 16

Se bem se pondera a dita L. 1, § 2, ella diz (ao proposito de que trata sobre a perda do vinho antes da medição): «Magis enim ne summutetur signari solere, quam ut tradere tum videatur». Isto é como ahi entende Gotofredo: *Id est supponeretur alia pro alia amphora;* quando o comprador assigna-la e põe sêlla no tonel ou para que se não

Digitized by Google

troque um vinho por outro, ou para que extrahindo-se-lhe o vinho se lhe introduza outro diverso; quando pois só com estas vistas se põe o sêllo ou assigna-la o tonel, só então é que se não subentende feita tradição do vinho no tonel, porque a assignação d'elle se attribue a outra causa e fim diversos na intenção do comprador; por ser este o costume dos romanos mais frequente, *magis enim solere,* assignarem-se para esse fim *ne summutetur.* Logo, quando assignalar ou marcar o comprador o tonel, não póde presumir-se que teve esse fim; necessariamente se deve attribuir esse acto da assignação e marca a um modo symbolico de tradição do vinho effectiva. Ita Brunneman, in L. 1, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, ibi:

«Signatum rei non est statim evidens signum factæ traditionis. Sed contraria videtur, L. 14, in fin. hoc Tit. Distingue cum Salycet... Strach., de Mercatur...; aut signum appositum est ante perfectam emptionem; et tunc palam est non transferre possessionem; aut emptione perfecta; et vel præsumi potest alia causa, quam animus tradendi; et tunc non præsumitur traditio facta; ut hic, ubi eo fine facta videtur, ne in dolium aliquid infundatur; aut non potest esse alia præsumptio, et est signum traditionis, ut in d. L. 14, in fin. Et sic communiter placuit per signaturam vini non præsumi dominium translatum, sed ne quid infundatur aquæ, ut solet fieri a nonnullis. Nam in cæteris facilius translatio dominii præsumi potest. Roman... Et sic si illa præsumptio non sit, appositio signi infert receptiones dominii penes signantem, Menoch., etc.»

O mesmo Brunneman. na L. fin., ff. eod. Tit., n. 62 e 63. Assim mesmo concilia as ditas leis Coccey, *Jus Controv.*, L. 6, T. 1, Q. 1, no fim, ibi:

«Objicies, 2.°, L. 1, in princ., e § 2, ff. *de Peric. et commod. rei vendit.*, ubi vino signato nondum traditum dicitur. Respondetur: Signatio ibi fit tantum, ne res immutetur, d. § 2. Secus vero, si fiat animo dominii transferendi, L. 14, § 1, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*»

Digitized by Google

Que bello raciocinio de Gotofred. na dita L. 1, e na dita L. 14, ibi: «Signatione doliorum facta ab emptore vinum emptori non intelligitur traditum. Quid ita? Signare vinum emptor non intelligitur, ut vinum ei traditum videatur, sed ut ne summutetur, id est supponeretur alia pro alia amphora (e na dita L. 14). An hic aliud in trabibus quam in doliis vini signatus? Si aliud, cur aliud? An quia vini dolia signari in alium finem possunt quam ut tradita habeantur. Trabes non possunt signari ob alium finem?

§ 17

Por outra parte essa palavra *Signatum*, d. L. 1, ff. *de Pericul. et commod. rei vendit.*, conciliada com outras leis parallelas que outra cousa significa senão a imposição de sêllo? «*Signare pro signis obsignare, vel subsignare*, L. 16, § 1, ff. *Ad Leg. Cornell. de fals.*, L. 15, Cod. *de Administr. tutor. Signare tabulas*, L. ult., ff. *de Donat. inter vir. et ux., testamentum*, L. 1, Cod., *de Testam., domum*, L. 20, ff. *de Injur.*, quo pertinet Nov. 60, Cap. 1, Siquis domum ejus occupet, et signa rebus propria auctoritate imponat. Hinc *signata res*, L. 1, Cod., *de Requir. Reis, tabulæ*, L. 34, § 1, ff. *de Pignor. act. Signatus sacculus*, Paul., L. 2, Sentent., T. 12, § 5, *Signata vasa vel dolia*, L. 1, in princ., e § 2, ff. *de Peric. et commod. rei vend., Signatum vinum suo, alterius sigillo*, L. 11, § 3, ff. Locat.» Ita Vicat., verbo *Signatum*.

§ 18

Só pois essa L. 1, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, seria applicavel ao caso em que um negociante comprando o vinho incluido em alguns toneis, lhe sellasse com a sua marca o orificio por onde se lhe lança o vinho (vulgo batoque), de fórma que se lhe não podesse arrancar o sêllo e introduzir-se-lhe outro diverso. Só esse caso seria o que decide a dita lei, porque era bem manifesta a intenção

Digitized by Google

do comprador, *ne vinum summutetur*. Porém os negociantes não costumam assim marcar os toneis cujos vinhos compram e ajustam; elles lhes põem as suas marcas nas tampaduras, como tenho visto: e que é isto senão um acto symbolico de tradição do vinho incluido no tonel assim marcado? Todos os DD. n'isto assentam quando a marca é posta pelo comprador, em presença do vendedor. Este é o estylo mercantil, Casarreg., *de Commerc.*, Disc. 10, n. 38, Straca, *de Mercatur.*, P. 2, 89 e 90, Gomes, in L. 45, Taur., n. 76, Hoeping., *de Jur. Insign.*, Cap. 13, n. 207. Addentes ad Bolan., *de Commerc.*, L. 1, Cap. 7, n. 16 e 17, Marcard., *de Jur. Mercator.*, L. 3, Cap. 9, n. 63, Stryk., Vol. 9, Disp. 17, P. 1, Cap. 3, § 18; estylo mercantil que prevalece ás subtilezas do direito romano, Bagn., Cap. 53, n. 19, Ansald., *de Commerc.*, Disc. getal., n. 41, Cabed., Ar. 63, Peg. 1, For., Cap. 3, sub n. 382, e Cap. 14, a n. 122.

§ 19

Assim o suppoz claramente Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, Cap. 8, § 34, quando firmou: «Solet quoque in contractu venditionis, si de re vendita certi sunt, sigillum imponi ab emptore. Sed cum per sigillum impositum res vendita videatur tradita, L. 14, § 1, ff. *de Peric. et commod. rei vendit.*; et ita periculum mox redundet in ipsum emptorem; cautus hic esse debet, ut signum imponens adjiciat, se hoc non alio fine facere, quam ne submutetur res vendita, L. 1, § *Dolium*, ff. d. Tit. Verum cum hoc pacto iterum id incommodi subeat emptor, ne interim lana vendita, et signata, detracto signo, forte alteri vendatur, et illi mox tradatur, ut ita hic potior juxta, L. 15, Cod., *de Reivind.* Ideoque præstat signum animo aprehendendi possessionem apponere, etc.» Com effeito, que o primeiro comprador que com a sua marca firmou e sellou a fazenda, prefira ao segundo a que se faz real tradição; e porque pela marca adquiriu o dominio e posse,

Digitized by Google

diz o mesmo Stryk., Vol. 9, Disp. 17, P. 1, Cap. 3, § 18.

§ 20

Se passâmos a decidir a questão tambem pelo direito natural exposto na Dissert... §..., e adoptado pela moderna legislação franceza, Art. 1583: «A venda é perfeita entre as partes, e a propriedade é adquirida por direito ao comprador a respeito do vendedor, desde que tem convencionado da cousa e do preço; aindaque a cousa não tenha sido entregue nem o preço pago». O mesmo Cod. no Art. 1606, diz: «A entrega dos effeitos moveis se opera, ou pela tradição real ou pela entrega das chaves dos edificios que os contém; ou mesmo pelo só consentimento das partes, se o transporte se não póde fazer no momento da venda». E se o vinho se ajusta e o tonel se marca pelo comprador presente o vendedor, que é isto? Que significa senão uma tradição symbolica do vinho incluido no tonel marcado?

§ 21

Segue-se pois do exposto desde o § 14, que uma vez que o negociante ou qualquer comprador põe a sua marca no tonel que ajusta, aindaque não seja por grosso, a olho e por aversão, mas só por almudes, adquiriu o dominio do vinho incluido no tonel marcado, para todos os effeitos juridicos, ainda mesmo para n'elle preferir a qualquer outro comprador a quem o vendedor fizesse tradição real; e consequentemente ficou depois da marca recaíndo toda a perda a risco do comprador, ou a perda seja da effusão ou da corrupção e alteração do vinho; tendo n'este caso applicação a regra geral da Ord., L. 4, T. 8, e cessando a limitação do § 5, que, como já vimos (§ 14), não comprehendeu o caso diverso de marcar logo o comprador o vaso ou tonel. De outro modo seria um contradictorio juridico transferir-se pelo facto de marcar o tonel o dominio e posse com seus effeitos ao comprador, e não re-

Digitized by Google

caír sobre elle o perigo ou perda do vinho, quando a respeito do perigo e perda não ha a convenção que approva os ditos §§ 6 e 7 da Ord., L. 4, T. 8. É bem notavel a L. 62, § 2, ff. *de Contrah. empt.*, para transferir ao comprador o perigo da cousa vendida, logoque elle a marcou e signalou.

§ 22

Supponhamos que succede comprar-se o vinho por grosso sem o comprador o gostar, nem querer gostar, confiando-se na asserção do vendedor de que o vinho era bom; então fica o vendedor como doloso, responsavel pela ruina e pela effusão do vinho até o tempo da extracção. Se o vendedor nada affirmou da bondade do vinho ao comprador, e este o houve por comprado sem o provar, então ou o vendedor ignorava que o vinho não duraria, e o perigo é do comprador imputado á sua inercia em ajustar o vinho sem o provar; se o comprador sabia que o vinho ou não era duravel ou que os toneis ameaçavam perigo, então fica responsavel o vendedor por não advertir ao comprador e abusar da sua inercia. Tudo assim comprova Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 6, Cap. 2, n. 25 e 26, Struv. e Mull., Exerc. 101, Voet., *ad Pand.*, L. 18, T. 6, n. 3.

§ 23

Se depois de provado e gostado o vinho, deu outro ao comprador ou misturou agua no vendido, incorre no crime de stellionato (vulgo bulrão e illiçador), Stryk., *de Jur. Sens.*, Dissert. 6, Cap. 4, a n. 10, Harprectr., Disp. 68, *de Crimine Stellionatus*, a n. 147.

Digitized by Google

SECÇÃO II

Compra do vinho por grosso, a olho, ao montão, e que os juristas dizem por aversão

§ 24

Esta é a compra de que falla a Ord., L. 4, T. 8, § 6, ibi: «E sendo vendida a dita quantidade, não por medidas mas juntamente em especie». Esta é a compra de que falla a L. 4, § fin., ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, ibi: «Vino per aversionem vendito, etc., a L. 62, § 2, ff. *de Contrah. empt.*, ibi: «Res in aversione empta, etc.», e a L. 36, ff. *Locat.*, ibi: *Opus, quod aversione locatum est*, etc. E conforme a exposição de Vicat., verbo *Aversio:* «Aversione venire dicitur, quod confuse, et universaliter, sive pretio insimul dicto non in singulas res constituto venit, ut cujus loquitur in L. 35, § 5, ff. *de Contrah. empt.*, seu confuse universis venditis constituto pretio, ut in L. 36, ff. *de Ædilit. edict.* Aversione vinum vemisse accipe, quum omne, quantumcumque fuit, uno pretio venit, non in singulas amphoras, vel metretas certo pretio constituto. Sic et in L. 62, ff. *de Contrah. empt.* Aversione locatum opus; id est, uno pretio, non in singulas operas, ut Javoleus loquitur, L. 51, § ult., ff. *Locat.* Unde in L. 36, ff. eod. Aversionem locatum opus opponitur ei, quod ita conductum est, ut in pedes, mensurasque prestetur. Ita L. ult., § ult. *de Leg. Rhod.* Eodem modo accipe et in L. 1, § 15, ff. *de Exercit. act.*, etc.» Conf. Mull., ad Struv., Exerc. 23, Thes. 11, Let. (a)

§ 25.

Por dois modos se contrahem similhantes vendas e compras de cousas, que em si admittem numero, peso e medida, ou *ad corpus e por aversão,* ou por peso, numero e medida, Mull., ad Struv., Exerc. 23, Thes. 11. Quando qual-

Digitized by Google

quer venda se entenda celebrada por um ou outro modo, variam notavelmente os DD., como com Pinell. e Franzk., diz Muller, supra, acrescentando ser difficil de distinguir. Entretanto elles geralmente dizem que: «Ejusmodi res per aversionem vendita describitur, quod sit quæ confuse et acervatim, pretio insimul dicto, non in singulas res constituto vendita est».. Assim com Cujac., e Molin., Stryk., *de Jur. Sens.*, Diss. 6, Cap. 1, n. 11. Concordam em substancia Muller S.ª, ibi: «Ad Corpus dicitur venditio, quæ sine conditione mensurationis expressa vel tacita, atque sic pura facta est. Interpretes Juris hanc venditionem vocant *ad Corpus*, seu *speciem*, quod in ea principaliter habetur ratio ipsius corporis, seu speciei... *Per aversionem fit* venditio, cum res plures, sive homogeneæ, sive heterogeneæ simul, circulatim, atque acervatim, confuse, universim sine mensura, puta, omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum quantumcumque esset, item grex universaliter, uno pretio insimul, non in singulas res constituto venderentur». Voet., *ad Pand.*, L. 18, T. 6, n. ibi: «Si aversione plena vinum sit venditm, dum uno pretio omne vinum vel vas integrum, sine mensuræ respectu distractum proponitur». Brunneman. na L. fin., ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, a n. 12, ibi: «Quid igitur erit venditio ad Corpus? Est venditio rei sine conditione mensurationis expressa vel tacita, atque ita pure facta... Venditio confuse, et acervatim facta, pretio insimul dicto, non in singulas res constituto». Struv., Exerc. 23, Thes. 11, ibi: «Ad Corpus fit venditio, si mensuræ aliæve quantitatis plane non fit mentio, v. g. Vendo tibi vinum certis vasibus contentum, etc.» Com outros muitos Silva, ad Ord., L. 4, T. 8, § 6, n. 8.

§ 26

E acingido a esta regra geral diz o contrario Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 6, § 3, que ainda mesmo não é a venda *ad corpus e por aversão*: «Si universum vinum,

Digitized by Google

vel frumentum quod in horreo est venditum sit, quatenus in singulas amphoras pretium est constitutum». Concordam outros muitos DD. que refere Muller S.ª, n. 4 e 5, ibi: «Licet totum Corpus in venditione veniat, veluti dolium vini ad rationem certi pretii pro singulis amphoris... et si a corpore incipiat contractus, ad mensuram tamen censetur celebratus». Ansald., *de Commerc.*, Disc. 6, n. 1 e 2.

§ 27

Outros DD. fazem esta distincção: Se a venda principia *a corpore* e não *a mensura*, como se diz: «Vendo um tonel de vinho que terá tantos almudes, ou vendo tal predio que terá tantas geiras, é a venda por aversão, e entende-se vendido o todo, estando os almudes e geiras só demonstrativa e não taxativamente; de fórma que tenha o tonel mais ou menos almudes que os enunciados, não ha motivo de queixa ao vendedor ou comprador; e então se diz a venda *a mensura* quando principia pela medida, como dizendo-se: «Vendo tantos almudes de tal tonel, tantas geiras de tal predio, etc.» Esta distincção é commum e a seguem Struv., Exerc. 23, Thes. 11, Mant., *de Tacit.*, L. 4, T. 17, Solan. Cogit., a n. 3, Ansald., *de Commerc.*, Disc. 8, n. 13, Cald., *de Empt.*, Cap. 22, a n. 1, Altimar., Tom. 3, Q. 8, Sect. 1, a n. 45, Pacion., *de Locat.*, Cap. 24, a n. 2, Hermosilh., in L. 24, Tit. 5, part. 5, Gloss. 2, n. 18 (os quaes dois ultimos fazem varias distincções nas vendas de predios *ad corpus* ou *ad mensuram)*, adde Brunneman. na L. fin., ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, a n. 17, aonde ex professo trata a materia. Optime Fabro, in Cod., L. 4, T. 28, Def. 3.

§ 28

Outros absolutamente dizem que: «Quoties pretium distributive assignatur pro jugeribus singulis, aut amphoris, venditio sit ad mensuram... Sive a mensura, sive a

Digitized by Google

corpore contractus inchoetur; quod similiter dicitur de his, quæ numero corporum pretium fuerit statutum». Assim com Molina, Pinello, Surdo, Gomes, Gratiano, Faria, Guttierrez e Ansaldo, Silva, á Ord., L. 4, T. 8, § 6, n. 6. De fórma que em todo o caso em que se não falla em medidas tantas, ou em tanto por cada medida, é a venda a grosso por aversão; e em todo o caso em que se falla em medidas, e se distribue preço a cada medida, como, v. g., tantos almudes a 800 réis por almude, é a venda *ad mensuram*; ou se principie *a Çorpore* ou *mensura*; este é o systema dos DD. citados nos §§ 25 e 26, e no presente § 28.

§ 29

O certo é que esta materia é conjectural, e nem sempre as partes contratam por uma formula de palavras, como reconhece Ansald., *de Commerc.*, Disc. 8, n. 12, ibi: «Hujusmodi materia tota pendet a conjecturis, etc.», Struv., Exerc. 23, Thes. 11, ibi: «Quod ex verbis contractus mentem contrahentium significantibus colligendum; ad quas conjecturas pertinet, etc.», Pacion., *de Locat.*, Cap. 24, n. 1 e 5, Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 17, n. 26, Hermosilh., in L. 24, Tit. 5, Part. 5, Gloss. 2, n. 18, ibi: «Et est materia quæ dependet a conjecturis et a verisimili mente contrahentium, etc.»

§ 30

No caso de Ansald., *de Commerc.*, Disc. 7 e 8. Venderam 2:000 sacas de grão a 21 libras cada saca, e defendeu Ansald. que esta venda não era *ad corpus* mas *ad mensuram*, porque se haviam de medir as 2:000 sacas; e o preço de 21 libras era o distribuido a cada uma. Similhantemente se se venderem 100 almudes de vinho, a 800 réis cada almude, não ha duvida que esta venda não é *ad Corpus* mas só *ad mensuram*, já porque se venderam almudes e não o todo dos toneis; já porque o preço

Digitized by Google

se arbitrou a cada almude que se medisse. N'este sentido é que fallam Stryk. e Silva referidos nos §§ 26 e 28.

§ 31

Se porém pelo contrario se ajustar todo o vinho de um tonel, e quanto elle em si tiver, ou de uma adega, incumbindo-se o comprador da obrigação de o extrahir todo; e ajustarem que quantos almudes o tonel, ou a adega deitar, será a preço de tanto cada almude, de fórma que a quantidade dos almudes e do preço de cada um d'elles venha formar a demonstração do preço total que pelo todo ha de satisfazer o comprador. N'este caso é a venda *ad corpus*, e os almudes e preço de cada um não é mais que uma demonstração, e não uma taxação, Voet., *ad Pand.*, L. 18, T. 6, n. 4, ibi:

«Nec aliud dicendum, siquis omne vinum in dolio reconditum seu doleare, vendat, atque ita totum corpus vini, dolio contenti, pretio sic constituto, ut pro portione mensuræ, per admensionem manifestandæ, solvatur pecunia; sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum modum demonstrationemque quandam quantitatis vini pure pleneque distracti... Secus si pars quædam vini dolearis solummodo esset vendita; quia tunc ante admensionem sciri nequit, quæ pars vendita intelligatur... Potest enim, ut jam ante adnotatum, vendi doleare vinum, tanquam certum corpus, ut statim venditio perfecta sit; et tamen addi lex admetiendi, ut pretium totius dolii vini pro invento minore, majoreve vini venditi modo solvatur, dum incertum utrique vel alterutri, quæ vini quantitas dolio contenta sit nec alter alterum incerta mensuræ specie circumvenire vult, aut pati se circumvenire, quo casu res tales fungibiles, jam considerata uti corpora, etiam ante admentionem periculo emptoris sunt; quemadmodum ager consideratur ut corpus, ratione periculi, statim ab interposito consensu transeuntis ad emptorem, licet pretium pro numero juge-

Digitized by Google

rum constitutum sit, et pro majore, minorive agri modo per admensionem definendo, majus minusve pretium solvendum sit. Si modo admensio non per modum conditionis, ut venditionem faceret conditionalem; sed quantitatis tantum demonstrandæ, declarandæ, manifestandæ gratia adjecta sit, etc.»

Concorda em substancia João Samuel Strykio (o filho), Vol. 12, Disp. 16, Cap. 1, a n. 18, ibi:

«Sed quid in venditione ad corpus, vel per aversionem, quid in hoc passu juris sit non adeo expeditum est. Ubi primò distinguendum; an venditio facta sit ad corpus simpliciter nulla adjecta quantitate; an vero quantitas sit adjecta. Illo venditor a periculo immunis est. Hoc vero casu, ulterius distinguendum; an corpori quantitas adjecta demonstrative, an modificative? Et cum utroque hoc casu contractus purus, et perfectus sit; in priori quidem, quia principalis respectus habetur ad corpus, seu integrum acervum frumenti; quantitas vero tantum obiter, vel rei demonstrandæ causa adjicitur; in posteriori vero, quia mensura non tanquam conditio, sed tanquam modus adjecta; iterum venditor seu dominus a periculo immunis est, et id ad solum emptorem spectat. An denique restrictive? Hoc casu, quia præcise ad illam quantitatem habetur respectus, et corporis mentio tantum subjicitur demonstrative; ita ut nec plus, nec minus emere voluerim quam illam quantitatem; sive tantum sit in corpore, sive non; contrarium obtinet, et periculum ante mensurationem ad venditorem, tanquam dominum spectat cum, antequam mensuratio facta contractus hic ratione periculi perfectus non sit, hæc enim tacita sua est conditio si res admensa.» Concorda Strykio (pae), *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, Cap. 8, §§ 30, 31 e 32, e Struv., Exercit. 23, Thes. 11.

§ 32

Esta é a genuina distincção que deve seguir-se, e a mais conforme á intenção do vendedor e comprador; ou

Digitized by Google

se ajusta todo o vinho que contiver um ou dois toneis, uma adega, ou seja muito ou pouco, sendo a intenção vender e comprar o todo quanto elle seja: é a compra *ad corpus e por aversão,* ainda que o total preço do todo fique dependente da quantidade dos almudes, e se ajuste o preço de cada almude; vindo a ser os almudes e o preço d'elles demonstrativos ou modificativos. Ou se ajustam certos almudes de certos toneis a preço de tanto cada almude, e nem mais nem menos almudes, tenham ou não os toneis mais ou menos; e então a intenção das partes é vender e comprar só almudes tantos e por tal preço, nem mais nem menos: esta compra é *ad mensuram.* A esta distincção se deve reduzir o muito que n'este ponto miscellaneam os DD., e das duas opiniões que refere Hermosilh. na L. 24, T. 5, Part. 5, Gloss. 2, n. 27 e 28, a primeira é a que se deve seguir, porque mais conforme a esta distincção e a estes principios, opiniões quaes são ut n. 27, ibi:

«Sextum casum ex Bald. proponit Gregor., Lopez hic, nempe, si vendatur vinum, quod est in tali vegete ad rationem decem solidorum pro qualibet salma, vel qualibet corve, seu amphora, venditionem esse ad Corpus et non ad mensuram, Bald., in L. *Sicut,* Cod., *de Action. empt.,* et eum eo transit Paul. ibi, Afflict., Decis. 559, per tot., ubi pro hac opinione senatum Neapolitanum judicasse dicitur, et ibi Ursill., ubi constituit differentiam inter venditionem de toto vino, quod est in tali vegete ad rationem tanti pro salma; et venditionem de decem salmis, vel amphoris, ex talia dolio, Thusc. pratic. verbo *Venditio,* Concl. 15, et fundamenta hujus opinionis late expendit Lassart., *de Decim. Vendit.,* Cap. 5, n. 22 et 23, etc.»

E n. 28, ibi:

«Contrariam opinionem, nempe, in specie proposita venditionem esse ad mensuram, et non ad corpus, contra Bald., sequitur Salicet, etc.» As mesmas diversas opiniões refere (não seguindo alguma), Altimar., *de Nullit.,* Tom. 4, Q. 8, Sect. 1, n. 60, 61 e 62. Coincide a distincção de Fabro, in Cod., L. 4, T. 28, Def. 3 e 4).

Digitized by Google

§ 33

O costume da provincia de se vender o vinho ou qualquer predio *ad corpus*, ou *ad mensuram*, é uma boa regra da interpretação no caso da duvida, Altimar., Tom. 3, Q. 8, Sect. 1, n. 71, Pinell., in L. 2, P. 3, Cap. 2, n. 9, Cod., *de Rescindend. vendit.*, Pacion., *de Locat.*, Cap. 24, n. 19, Mant., *de Tacit.*, L. 4, T. 17, n. 28 e 29. Porém (que eu saiba) só ha dois costumes igualmente praticados, ou vender-se todo o vinho de um tonel e de uma adega, tanto por cada almude que a medida mostrar continham o tonel ou a adega, ou taes e taes toneis; ou venderem-se tantos almudes, tantas pipas (que pouco mais ou menos levam o mesmo) de taes toneis e de tal adega. N'esta segunda fórma é mais frequente a venda do que na primeira, e na duvida assim se deve interpretar.

§ 34

Tambem outra norma da interpretação na presente disputa, é a quantidade do preço; se elle corresponde mais ao todo, que a quantidade de almudes, é a venda *ad corpus;* se corresponde melhor aos almudes é *ad mensuram*, Solan., Cogit. 55, n. 8, Pinell. S.ª, n. 9, Hermosilh., supra, n. 30, Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 17, n. 27: «Ita ut, quod si res vendita sit magna, et pretium infimum sit; licet venditio a corpore incipiat, ad mensuram restringitur, si de ea mentio in contractu fit, et vice versa.» Sollan. S.ª, n. 8, in fin. Porém estes e outros DD. fallam em diverso caso, e não será facil applicar-se esta theoria praticamente á venda de vinhos.

§ 35

Conhecendo-se pois que a compra foi *ad corpus* e não *ad mensuram*, depois de applicados os expostos e mais solidos principios, é certo e sem duvida, que toda a ruina

Digitized by Google

que acontece no vinho comprado por grosso, ou seja a effusão d'elle, ou seja transtornar-se vinagre ou muscoso, recáe á perda do comprador, Voet., L. 18, T. 6, n. 4, Stryk., *de Jur. Sens.*, Disp. 6, Cap. 1, n. 13, Vin. ad § 3, Inst., *de Empt.*, n. 4, Struv., Exerc. 23, Thes. 100, Peg. 1, For., Cap. 3, n. 162, Solan., Cog. 11, n. 15, Silva, ad Ord., L. 4, T. 8, § 6, e é expressa a mesma Ord. e o moderno Cod. Civ. da França, Art. 1586; e isto ou o comprador tivesse provado ou não o tal vinho assim comprado por grosso, como declara o dito § 6, ubi Silva, n. 16.

§ 36

Limita-se porém esta resolução com Voet. S.ª, n. 4, prop. fin.: «Si modo dolus venditoris causam non dederit huic venditioni per aversionem factæ, seu dolo venditoris factum non sit, ut emptio intercesserit; nam si venditoris dolo emptor ad rem aversione emendam inductus, atque ita dolo in id, ut emeret, circumscriptus fuerit, emptionem ipso jure nullam esse apparet. Ex emptione vero, quæ nulla erat, neque dominium, neque periculum transire poterat, ut proinde. Modestinus jure optimo monuerit, ita demum periculum rerum aversione venditarum ad emptorem pertinere, si dolo venditoris factum non sit, ut scilicet emptio aversione iniretur.»

§ 37

Se vendido assim o vinho por grosso e aversão, está o vendedor obrigado a uma exactissima diligencia na guarda e conservação d'ella, e responsavel pela culpa levissima até o tempo aprasado para a sua extracção; ou se está obrigado só a uma ordinaria diligencia e responsavel só pela culpa lata e leve, variam os DD. Uns o fazem responsavel pela exactissima diligencia e culpa levissima, de fórma que só o excusa *vis magna et fatale damnum*, Voet., supra, n. 4, ✝. *Custodiam tamen*, Stryk., *Us. mod.*, L. 18,

Digitized by Google

T. 6, § 5; em contrario que o vendedor não é obrigado a uma exactissima diligencia mas só a media, qual a de um bom pae de familias, o seguem Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 100, no fim, Vin. ao § 3, Inst., *de Empt. et Vend.*, n. 10, e Peg. 1, For., Cap. 3, n. 147 e seguintes, que deve ver-se.

§ 38

Se porém se aprasa o dia para a extracção do vinho vendido, e o comprador o não extrahe até esse dia, todo o perigo que depois resulta é imputavel ao comprador, sem se admittir disputa sobre culpa do vendedor, como se deduz da Ord., L. 4, T. 8, § 7. Se bem que, se o vendedor antes do dia aprasado prevê que o vinho caminha a ruina, e não avisa ao comprador que o faça extrahir, está responsavel pelo damno que podia occorrer-se fazendo-lhe esse aviso, Voet. S.ª, n. 3, ex L. 4, § 2, e L. 15, ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, L. 12, Cod., *de Act. empt.*, Silva, ad Ord., L. 4, T. 8, no pr., n. 37; se o vendedor se incumbe da perda procede a Ord., L. 4, T. 8, § 8: «Sed si venditor solam custodiam promisit, casum fortuitum recepisse non videtur». Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 98, Let. ( ).

SECÇÃO III

Compra do vinho ad mensuram

§ 39

Depois do exposto na precedente secção, fica facil de ver qual é esta venda *ad mensuram*. Ella, aindaque parece condicional, só o é no sentido de ser dependente da medição e recaír o interino perigo do vinho a prejuizo do vendedor, mas em si mesma. E depois de perfeita com ajuste certo do vinho e preço de cada almude, é irrevogavel por cada uma das partes, e não tem jamais logar o arrependimento, ainda mesmo antes da medição do vinho,

Digitized by Google

Solan., Cog. 11, a n. 17, Silva, ad Ord., L. 4, T. 8, § 5, n. 6, Hermosilh., L. 24, T. 5, Part. 5, Glos. 3 e 4, n. 5, Brunneman. na L. fin., ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, n. 60, ibi:

«Cum autem hanc venditionem factam ad mensuram imperfectam dicimus, nequaquam volumus pœnitere licere alterutri parti. Nam et mensuratione nondum facta, neutri tamen parti licet pœnitere. Est enim et hæc venditio perfecta, licet non ratione periculi, bene tamen consensus et formæ, etc.» Cod. Civ. dos Francezes, Art. 1585, ibi:

«Quando as mercadorias não são vendidas em grosso ou montão, mas a peso, conta ou medida, a venda não é perfeita n'este sentido, que as cousas vendidas estão ao risco do vendedor até que ellas sejam contadas, pesadas ou medidas; mas o comprador póde demandar a entrega ou os damnos e interesses no caso da inexecução da obrigação.» Adde Silva, ad Ord., L. 4, T. 8, § 5, n. 6.

§ 40

Com effeito, é a regra geral canonisada na Ord., L. 4, T. 8, § 5, que: «Se for vendida alguma quantidade que se haja de medir e gostar, ou pesar e gostar, assim como vinho, mel, azeite... Todo o perigo, que ácerca da dita cousa assim vendida acontecesse, antes que o comprador medisse e gostasse, ou pesasse e gostasse, pertencia ao vendedor». Exornam esta regra Struv., Exerc. 23, Thes., Peg. 1, For., Cap. 3, n. 142, Ansald., *de Commerc.*, Disc. 7 e 8, Silva á mesma Ord., T. 8, no principio, n. 31.

§ 41

Limita-se esta regra, 1.°, na mesma Ord.: «Tantoque for medida e gostada, ou pesada e gostada, pertencerá o perigo ao comprador». O mesmo dizem os DD., se antes da medição do vinho fizer o vendedor tradição d'elle ao

Digitized by Google

comprador; porque como por esta tradição se transfere o dominio, já fica o vinho a risco do comprador, Lauterb. ad Tit., ff. *de Peric. et commod. rei vend.*, n. 9, Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 100, e com outros Silva, ad Ord., L. 4, T. 8, no pr., n. 34. Não se satisfazem com uma tradição ficta e symbolica, aindaque pela clausula *constituti*, e aindaque o comprador passe a marcar os toneis, Silva, ad Ord., L. 4, T. 8, in pr., n. 35, e § 6, n. 7. Porém já desde os §§ 14 até 21 demonstrei largamente que este caso de marcar e assignalar o comprador os toneis é omisso na nossa Ord., e que, segundo a mais genuina intelligencia e conciliação das leis romanas, a marca e sigillação só não induz tradição quando é feita para o fim de se não trocar o tonel, ou se introduzir n'elle outro vinho; e não quando o marcar-se e sellar-se póde ter outro fim diverso, qual o de uma tradição e adquisição do dominio. E aindaque a venda *ad mensuram* seja dependente da medição, nada ha que obste a que pela marca posta pelo comprador em presença, e a consentimento do vendedor, se adquira o dominio e posse fictamente, aindaque os toneis marcados contenham mais vinho que os almudes ajustados, porque dá-se certeza do logar em que está o vinho e da quota d'elle; caso em que póde adquirir-se o dominio e a posse em commum, Gomes, in L. 45, Taur., n. 96, Reinos., Obs. 29, a n. 6.

§ 42

Limitam, 2.°, a regra geral: «Ubi mora emptoris intercedit atque per eum stat, quo minus traditio, seu mensuratio sequatur», Card. de Luca, *de Regal.*, Disc. 118, n. 3, Medices, *de Cas. fortuit.*, Q. 10, P. 2, n. 106, Gomes 2, Var., Cap. 2, n. 23, *v. Quod tamen*, Hermosilh., in L. 24, T. 5, Part. 5, Gloss. 3, n. 2, Silv., ad Ord., L. 4, T. 8, § 5, n. 2, Brunneman., na L. 2, Cod., *de Peric. et Commod. rei vend.*, n. 5.

Digitized by Google

§ 43

E isto, ou a mora do comprador se incorra pelo lapso do dia assignado para a extracção do vinho, L. 5, ff. *de Peric. et vend.*, ibi: «Si per emptorem steterit, quominus ad diem vinum tolleret; postea nisi quod dolo malo venditoris interceptum est, non debet ab eo præstari; Si, verbi gratia amphoræ centum ex eo vino quod in cella esset, venierint, si admensum est; donec admetiatur omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat». Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 6, § 5. Conf. Voet., *ad Pand.*, L. 18, T. 6, n. 3. E é bem expressa a nossa Ord., L. 4, T. 8, § 7, com a exposição de Silva.

§ 44

Ou a mora do comprador se incorra por interpellação, ainda extrajudicial, e protesto que o vendedor faça ao comprador de que vá medir e extrahir o vinho até certo dia; maxime se previr eminente prejuizo, alteração ou effusão d'elle, e o comprador for contumaz em extrahir o vinho no dia protestado e aprazado, Hermosilh., supra n. 4, Silva, *ad ead. Ord.*, § 5, n. 4, Struv., Exerc. 23, Thes. 100, et ibi Muller, Let. (y), Perez., in Cod., L. 4, T. 48, n. 9.

CAPITULO II

A quem, se ao vendedor, se ao comprador, pertence o augmento ou diminuição do preço a que subiu ou diminuiu o vinho depois da venda até o tempo da extracção?

§ 45

Se a venda é *ad corpus* por grosso, ou se sendo *ad mensuram* houve logo tradição ao comprador, aindaque só ficta pela imposição da marca, não ha rasão alguma para duvidar que todo o augmento ou diminuição, todo o com-

Digitized by Google

modo ou incommodo cede em favor ou prejuizo do comprador pela generalidade da Ord., L. 4, T. 8, in pr., largamente commentada por Silva, sign. n. 43. As genuinas rasões naturaes e civis podem ver-se em Stryk., Vol. 12, Disp. 16, *De Immunitate Domini a periculo*, Cap. 1.

§ 46

Quando porém é *ad mensuram*, propõe Solan., Cog. 11, esta questão mesma. E aindaque desde o n. 1 até o 4 propõe algumas rasões de duvidar, comtudo desde o n. 5 prova admiravelmente a proposição: «Utilitas aucti pretii ad emptorem pertinet». E finalmente comprova a sua resolução com Larrea, Dec. 11, sub n. 11, ibi: «Ut, quod diximus censeri venditionem perfectam in illis rebus (Conf. supra, § 39), non solum procedere ne contractus resolvi possit; sed etiam perfecta judicabitur quantum ad augmentum, vel diminutionem pretii; ita si postea pretium diminuatur, nihilominus emptor tenetur solvere pretium conventum; et si augeatur, non tenetur plus solvere quam convenerit». Rosa, Cons. 68, n. 13, ibi: «Dicitur vera venditio perfecta quoad pretium, ideoque semper emptor tenebitur solvere pretium conventum, et licet postea augeatur, vel diminuatur».

Isto mesmo provam Afflict., Decis. 280, n. 5, Altimar., *de Null.*, Tom. 3, Q. 8, Sect. 1, n. 52, ibi:

«Respectu vero diminutionis vel augmenti valoris rei ante traditionem contingentis, idem est, quod in specie, vel in genere facta venditio sit rei in mensura, pondere, vel numero consistentis; quia neque plus, neque minus pretii conventi emptor solvit, quamvis adhuc traditio et mensuratio fuerint subsecutæ.»

Hermosilh., L. 24, Tit. 5, P. 5, Gloss. 3, sub n. 5, ibi.

Nota: «Augmentum, et diminutionem pretii ad emptorem spectare. Et dictum contractum etiam quoad hoc esse perfectum; secus quoad periculum. Adde Guttierrez... Molin... Garcia, etc.»

Digitized by Google

CAPITULO III

Por que medida se deva medir o vinho comprado, se pela do logar em que se celebra o contrato, se pela do logar em que o vinho está situado, quando os contrahentes o não exprimem?

§ 47

Exporei o que têem decidido os melhores DD., taes são Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 6, § 4, ibi:

«Quod si itaque ad mensuram emptio facta sit, nec præterea expressum cujus loci mensura adhiberi debeat, dubitatur, an ejus loci mensura intelligatur ubi contractus initus est, an vero ubi vinum, vel frumentum reperitur? Doctores hac in quæstione in diversas abeunt sententias. Nam Lauterbach., ad Tit., *de Contrah. empt.*, § 33, Christin... Cæheran... Struv... Locum ubi res reperitur, attendendum esse testantur per L. 22, ff. *Si cert. petat.*, L. 21, *de Obl. et act.*, L. fin., ff. *de Condict. tritic.*, L. 38, ff. *de Judic.* Alii tamen ad locum contractus esse respiciendum asserunt Carpzov... Berlich... Quæ sententia vel inde probabilis, quia in textibus adductis id potissimum urgetur dandam ibi rem esse ubi petitur; jam autem ordinarie in foro contractus petitur, quod ibi statuendum est, ubi contraxerunt. Unde ordinarie inter se jure opponuntur, locus ubi res est, et ubi res petitur, L. 38, ff. *de Judic.*, L. 22, Si cert. pet. Cæterum primario ad circumstantias respiciendum est, cum hæc questio sit magis facti quam juris».

Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 100, Let. (a), ibi:

«Quæstio est, an venditione vini ad mensuram facta, mensura, quæ in loco contractus, an quæ in loco rei sitæ (hoc casu ejus loci ubi vinum venditum reperitur) recepta, sit attendenda? Mensuram loci contractus intelligendam censent, Carpzov. Paul. Bus., Lauterb. Verum in dubio mensuram rei sitæ esse attendendam verius videtur, L. Vinum 22, ff. *Si cert. pet.*, L. 21, *de Obl. et act.*, L. fin.,

Digitized by Google

de Condict. trit., L. 38, ff. *de Judic.*, L. 16, Cod. *de Præd. et al. reb. minor.*, Jazon... Molinaeus... Charond... Struv., et ita judicatum refert Christin... Nisi tamen voluntas contrahenti unde in contractu expresse in contrarium adjecta sit, vel ex circumstantis tacite eadem eliciatur... Hinc non tam juris, quam voluntatis esse quæstionem docet Struv., Decis. 18.»

Coccey, *Jus. Controv.*, L. 18, T. 1, Q. 9, ibi:

«Equidem quæstio hæc non tam juris est, quam voluntatis et facti, et eo recidit, quam mensuram Partes intellexerint; quia ambiguitas saltem est in voce, quæ duplicem mensuram notare potest; adeoque ex circumstantiis mens contrahentium colligenda est; inprimis ex comparatione Pretii, cui nimirum mensuræ pretium illud magis conveniat, majori, an minori, per textum in L. 1, ff. *de reb. dub.* Quod si vero de mente Partium nihil apparet, admitti debet primo in dubio communior DD. Sententia, intelligi mensuram loci contractus; cum enim favore commerciorum, et contractuum cujuslibet loci statutis vel usu mensuræ definiri soleant; neque vero de rebus, quæ mensura æstimantur contrahi possit nisi modus eorum statuto determinatus sit; ideoque modus ille ad formam contractuum pertinet; sequitur in eo respici debere ad statuta loci contractus... Probaturque hoc manifeste per L. 34, ff. *de Reg. jur.*, etc.»

A mesma variedade de opiniões se nota em Mantic., *de Tacit.*, L. 3, T. 13, n. 38, e em Fragos., *de Regimin. Reipublic.*, P. 1, L. 7, Disp. 19, a n. 68, aonde distingue entre a medida dos grãos e liquidos e a medida das geiras das terras. Quanto á primeira assenta que se deve executar a tradição pela medida do logar em que se prometteu fazer a tradição da cousa, ut ibi: «Solutio facienda est per mensuram loci, ubi promissio solvendi seu tradendi facta fuit, etc.» Na segunda outra vez expõe variedade de opiniões, que como não pertencem á medida de liquidos, de que só trato, ahi podem ver-se. De outro modo se distingue Antonell., *de Loc. Legal.*, L. 2, Cap. 15, Q. 5, a

Digitized by Google

n. 65. Nada de certo e conforme entre os DD.; só sim, que esta questão é mais de facto que de direito, que só se deve decidir segundo as occorrentes circumstancias e verosimil intenção dos contrahentes. A lembrança de Coccey, emquanto pela quantidade e proporção do preço correspondente a uma ou outra medida, julga se deve decidir a controversia, é a mais attendivel; porque a proporção do preço é uma das mais seguras normas da interpretação da venda; ut in simili supra § 34, e geralmente Valeron., *de Transact.*, T. 5, Q. 5, n. 26. Acrescento que na duvida se deve attender o costume a este respeito, Cod. da França, Art. 1159. E deve fazer-se a interpretação contra aquelle que fez a estipulação, e em favor d'aquelle que tem contrahido a obrigação, Cod. da França, Art. 1162, de que Conf. L. 39, ff. *de Pact.*, Boehmer., ad Pand., Exerc. 30, Pacion., *de Locat.*, Cap. 23, a n. 130.

CAPITULO IV

Que direitos competem ao vendedor se o comprador não extrahe o vinho ao tempo aprazado, ou ao tempo em que o vendedor precisa dos seus vasos para metter outro vinho?

§ 48

Primeiro direito competente ao vendedor: «Em materia de mercadorias de cousas comestiveis e effeitos moveis, a resolução da venda terá logar de pleno direito sem citação, em proveito do vendedor, depois de passar o termo convencionado para a extracção». Cod. Civ. dos francezes, Art. 1657. E consequentemente passado o dia póde vender o vinho.

§ 49

Segundo direito do vendedor: No rigor da L. 1, § 3, ff. *de Peric. et Commod rei vend.* «Licet venditori vel ef-

Digitized by Google

fundere vinum, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum est: Effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur: Si tamen cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius: Ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere; sed ita demum si interfuit ejus inania esse vasa, in quibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia: Commodius est autem conduci vasa, nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit, ab emptore reddetur: Aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minimo detrimento sit ea res emptori. Si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: Quod si non sint evacuata, faciendum quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram fatere, et effundere: Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esse non appareat, videlicet ut appareret quantum emptori perierit.» Formaes palavras da L. 1, §§ 3 e 4, ff. *de Peric. et Commod. rei vend.*; Card. de Luc., *de Regal.*, Disc. 118, n. 5.

§ 50

Esta lei pareceu em tudo racionavel, e ainda mesmo quanto á effusão do vinho, a Shilter., Exerc. 30, § 13. Porém sendo-o em tudo o mais, quanto á effusão do vinho e á perda total d'elle, sempre pareceu irracionavel e não foi jamais praticada na França, no Belgio e na Allemanha, nem o deve ser, nem aconselhar-se a sua pratica; como dizem Groenneweg., *de Leg. abrogat.*, ad eand Leg.., n. 1, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 6, § prop. fin., Voet., ad Pand. 16, T. 6, n. 4, in fin.

Digitized by Google

§ 51

Adverte porém Groennewegen, n. 2, que chegando o tempo da vindima, e sendo tanta a abundancia geral (como no presente anno em todo o reino), que não hajam nem possam achar-se vasos arrendados em que se lance o vinho vendido; só então póde praticar-se por ultima necessidade a effusão, ut ibi: «Plane siqua unquam occasione temporis effusio ista tolerari possit, vindemiarum illud est, cum plenis scilicet spumat vindemia labris, neque ulla vasa comparari possunt ad excipiendum quod ubertate insolita vinearum exuperat ut sæpius in Gallia (et maxime Lusitania)». Se bem que ainda em tal caso parece dever praticar-se o que diz Stryk, supra. «Ut effundere liceat, non in terram, sed in vasa alia non vinaria vel aperta (como lagares) in quibus propter exhalationem spirituum vinum bonitatem quidem suam amittit, adhuc tamen usus ejus adhuc remanet, etc.»

CAPITULO V

A quaes interesses fica responsavel o vendedor, que não entregou o vinho ao comprador, porque ou o consumiu ou o vendeu a outro?

§ 52

«Se o vendedor (diz o Cod. Civ. da França, Art. 1610 e 1611), falta á entrega em o tempo convencionado entre as partes, o comprador poderá á sua eleição demandar a resolução da venda, ou a imissão na posse da cousa vendida, se o retardamento da entrega só provém da culpa do vendedor. Em todos os casos o vendedor deve ser condemnado nos damnos e interesses, se algum prejuizo resulta ao comprador da falta da entrega no termo convencionado (e Art. 1585). Quando as mercadorias não são vendidas em grosso, mas a peso ou medida, a venda não

Digitized by Google

é perfeita n'este sentido que as cousas vendidas estão a risco do vendedor até que ellas sejam pesadas, contadas ou medidas; mas o comprador póde demandar, ou a entrega ou os damnos e interesses se os ha, no caso da falta de implemento da obrigação.» Taes são os effeitos da acção *Ex vendito* competente ao comprador contra o vendedor, Struv. e Muller, Exerc. 23, Thes. 106, Voet., *ad Pand.*, L. 19, T. 1, n. 14, tot. Conf. Silva, ad Ord., L. 4, T. 2, in pr., a n. 42. Vej. Moraes, *de Execut.*, L. 2, Cap. 11, tot., e n. 20.

§ 53

Se o vinho existe e o comprador, que já vimos (§ 52), tem a eleição de dissolver a venda ou instar pelos interesses, insiste com effeito em que quer a tradição do vinho, e o vendedor se offerece a prestar-lhe o interesse; n'este caso, por mais que o vendedor se offereça ao interesse deve fazer a tradição, e mesmo com mão militar se lhe póde fazer apprehensão no vinho vencido, Struv., Exerc. 23, Thes. 106, et ibi optime Muller, citando innumeraveis, Stryk., *Us. mod.*, L. 19, T. 1, § 5. E aindaque alguns DD. tentaram que o vendedor satisfaz prestando o interesse ao comprador, aindaque tenha a faculdade e possibilidade de lhe entregar a cousa vendida, comtudo a opinião que precisamente obriga ao comprador á entrega é a mais recebida pelos DD. e no uso das nações, Vin. ad Princip., Inst., *de Empt. et Vend.*, n. 5, Add. ad Muscetul., *de Sponsal.*, pag. 87, Not. X, Groeneweg., *de Leg. abrog.*, ad L. 4, Cod., *de Action. empt.*, Lecuven. Censur., For., P. 1, L. 4, Cap. 19, n. 10, Grot., *Manuduct. jurispr. Holland.*, L. 3, Cap. 15, n. 26, 27 e 28, Voet., *ad Pand.*, L. 19, T. 1, n. 14, prop. fin., Silva, ad Ord., L. 4, T. 2, in pr., a n. 4 (aonde assim o prova com a nossa ordenação) junto n. 47.

Digitized by Google

§ 54

Para se executar porém o arresto e embargo, e se pôr a mão judicial no vinho, que o comprador diz ser-lhe vendido, e que o vendedor não quer entregar-lhe, quando o vinho existe e o comprador precisamente quer a entrega, não se satisfazendo com o offerecido interesse; em uma palavra, para se arrestar o tal vinho é preciso justificar, conforme a nossa praxe, a venda summariamente, citado o vendedor, e verificada a venda subsistindo o arresto, demandar a entrega ordinariamente. Mas como o vinho e mouro não é thesouro, ellé é corruptivel, e na duração da demanda poderá arruinar-se, e não ter o comprador depois de pedir o vinho, jamais regresso ao interesse, a menos que a demanda se não dilatasse, e a entrega por culpa do vendedor, é mais seguro pedir logo o interesse do que andar justificando o arresto, e depois de justificado tratar uma acção ordinaria sobre a entrega, e quando chegue a vencer-se estar já o vinho arruinado ou vertido, e tornar então a pedir o interesse pela culpa e mora do vendedor. Isto é o que eu aconselharia mais providente e seguramente aos compradores de vinho, quando os vendedores lhe não querem entregar, podendo, o vinho vendido.

§ 55

Qual deva pois ser esse interesse? Hoc opus hic labor est. Geralmente fallando no interesse que deve o vendedor, que não entrega a cousa vendida ao comprador, diz Muller, ad Struv., Exerc. 23, Thes. 106, no fim: «Æstimatio autem ejus, quod interest, hic comprehendit omnem utilitatem, quæ circa rem venditam consistit, L. 21, § 3, ff. *de Action. empt.*, et existentiæ suæ causam ex re vendita, et non aliunde habet. Utilitas, quæ extra rem, et ab illa remota, hic non consideratur, ut si per moram tradendi, v. g., frumenti, servi inedia perierunt, damnum illud emptori non est resarciendum, L. 21, § 3, ff. *de Act.*

Digitized by Google

empt., Tulden., in Cod. hoc Tit., n. 6, Franzk. hoc Tit. *(de Act. empt.)*, n. 76, etc.»

§ 56

Este é o geral systema do Cod. Civ. da França desde o Art. 1449, ibi: «Os damnos e interesses devidos ao crédor são, em geral, da perda que elle tem experimentado, e do ganho de que elle tem sido privado. O devedor não é obrigado mais que dos damnos e interesses que têem sido previstos, ou que se têem podido prever ao tempo do contrato, quando por dolo do vendedor não tem sido executada a sua obrigação. No caso mesmo em que a falta de implemento da convenção resulta do dolo do devedor, os damnos e interesses não devem comprehender a respeito da perda experimentada pelo crédor, e do ganho de que elle é privado, mais do que o que é uma consequencia immediata e direita da inobservancia da convenção». Conf. Silva, ad Ord., L. 4, T. 2, in pr., a n. 49 ad 59, com os mais que cita.

§ 57

E especialmente ao proposito, fallando do caso similhante, em que o vendedor do milho ou trigo o não entrega ao comprador, diz Ansald., *de Commerc.*, Disc. 7, n. 11, ut ibi:

«Cum appareat, quod nunquam secuta dici potest mensuratio, et consignatio ipsius frumenti; quodque pro ea ex parte emptorum insistitur; illaque per Antonium denegatur; quod non solum liberatio competit a petito residuo pretii; sed etiam ab emptoribus ad damna, et interesse peragi valet, habita ratione quanti plurimi frumentum vendi potuisset.» Conf. Moraes, *de Execut.*, L. 2, Cap. 11, tot.

§ 58

E quanto ao interesse do vinho que o vendedor não

Digitized by Google

entregou ao comprador, é notavel a L. 21, § 3, ff. *de Act. empt.*, ibi:

«Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa rem ipsam consistit. Neque enim si potuit ex vino negotiari et lucrum facere, id æstimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum familia ejus fame laboravit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec major fit obligatio quod tardius agitur *quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.* Merito; quia sive datum esset, haberet emptor, sive non. Quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.»

§ 59

Quanto têem variado os interpretes antigos sobre a intelligencia d'esta lei, combinada com outras parallelas, se póde ver em Gotofredo nas suas notas, até que de tudo se desembaraça dizendo, ut ibi: «Et indubie quæ hic circa rem vini dicitur utilitas, paulo post dicitur crescens obligatio, vinum, quod hodie pluris est... Emptor non consequitur a venditore id,,quod potuit negotiari ex vino; pretium consequitur, quod hodie vinum pluris est». Eis-aqui como explica a dita L. 21, § 3, ff. *de Action. empt.*, o nosso Barbosa na L. 5, ff. *de Solut. matrim.*, n. 29, ibi:

«Hac igitur de causa probat d. § non esse audiendum emptorem, qui allegat, quod si vinum fuisset traditum, potuisset illum vendere, et ex pretio lucrari. Non negat autem deberi lucrum cessans, quod immediate propter moram debitoris cessavit. Unde colligo, quod dum textus d. § 1, facit mentionem de interesse circa rem, non solum debet intelligi de interesse quanti plurimi, quod versatur circa æstimationem rei debitæ; sed etiam de interesse primi lucri, quod immediate cessat propter moram debitoris, etc.»

Segue esta doutrina de Barbosa e com Guttierrez, Silva, ad Ord., L. 4, T. 2, in pr., n. 50, interpretando tam-

Digitized by Google

bem assim a dita L. 21, § 3, ff. *de Action. empt.* Em substancia vem a conferir com o transcripto Ansaldo nas palavras: «Habita ratione quanti plurimi frumentum vendi potuisset»; e com o moderno Cod. Civ. da França acima transcripto no § 56, no fim.

§ 60

O certo é que quando se trata de interesses do lucro cessante: «Nunquam debet judex ad illud debitorem integre condemnare, sed debet aliquid minuere; quia hujusmodi lucrum magis est speratum, quam certum; multa enim possunt venire, quibus creditor a lucro averteretur. Item debet attendere laborem, et expensas, quas creditor esset facturus in negotiando; quæ omnia quantitatem probatam minuunt; item et industriam personæ debet considerare; et in effectu semper est diminutio facienda». Ita Moraes, *de Execut.*, L. 2, Cap. 12, n. 71, in fin. Conf. Gam., Dec. 110, n. 26, Gall., *de Fruct.*, Disp. 25, Art. 2, n. 47 e 49, Guerreiro, Tr. 4, L. 2, Cap. 11, n. 41. Addentes ad Bolan., *de Commerc.*, L. 2, Cap. 2, n. 27, Carleval., *de Judic.*, Disp. 8, T. 3, Sect. 1 ad 5. Quid vero quando se trata do interesse *Quanti plurimi*? Vej. Luca, ad Gratian., Cap. 242.

§ 61

Portanto, e praticamente, o mais seguro e livre de duvidas é pedir o comprador, como interesse, o que podia lucrar com o vinho se lhe fosse entregue e o vendesse; e assim o primeiro lucro immediato ou o quanto mais, para continuar o seu negocio, se viu precisado a dar para comprar, em logar do que lhe faltou por culpa do comprador outro tanto e similhante, ou se o vendedor o vendeu por maior preço do que o que com o primeiro comprador havia ajustado, exigir d'elle essa maioria de preço, como lucro infallivel (confira-se o Cap. 2).

Digitized by Google

§ 62

Como porém o vendedor não é obrigado á tradição do vinho, sem que primeiro o comprador lhe aprompte o preço, se lhe não espaçou a paga, Ord., L. 4, T. 5, Cod. Civ. da França, Art. 1612; ou aindaque lhe espaçasse o tempo da paga, se no meio tempo o comprador falliu ou ha justa desconfiança da sua falta de credito, a menos que não caucione o preço, Cod. Civ. S.ª, Art. 1613, Stryk., Vol. 13, Disp. 19, *de Fid. habit.*, Cap. 5, a n. 15. (E quando se subentenda *habita fides de pretio!* Vej. Stryk., supra, Harprectr., Disp. 24, *de Venditione ad cedentiam*). Segue-se que n'estes casos carece o comprador de acção para pedir a entrega do vinho ou interesse, emquanto não aprompta o preço.

§ 63

Tambem carece o comprador da acção ou quando não extrahiu o vinho no tempo convencionado (§ 48), ou quando o vinho sendo comprado a grosso se vasou sem culpa lata ou leve do vendedor (ut a § 36), ou quando foi marcado pelo comprador, e sem culpa do vendedor se effundiu (ut a §§ 14 ad 21.

Digitized by Google

DISSERTAÇÃO VIII

Ou tratado encyclopedico pratico sobre direitos relativos a arvores

CAPITULO I

Definição da arvore: Que se comprehende na nomenclatura de arvore; divisão das fructiferas e infructiferas, quaes umas, quaes outras, quaes ceduas, quaes não ceduas, etc. Quando se reputam immoveis, quando moveis para os fins juridicos.

§ 1

Com Ruellio, L. 1, C. 1, define o padre Pereira, no Elucidar., n. 763, a arvore, assim: «Arbor, quam aliqui dicunt a robore, ex eo, quod inter alias plantas plus roboris vendicet, optime definitur a Ruellio, L. 1, C. 1, qui illam distinguit a frutice, et herba in hunc modum: Arborem, inquit, solemus appellare quid quid a radice statim simplici caudice brachiatum ramis, surculosum, dissolutuque contumax assurgit, sicut olea, et ficus». Ruginell., *de Arborib.*, C. 1, n. 1, e Columèll. Pacichell., *de Distant.*, C. 11, n. 1, ibi: «Arboris nomine plantam intelligimus a radice stipitem, sive caudicem oblongum supra terram altius ramis ornatum emittentem, quemadmodum nititur describere Jull. Caes. Ruginell., *in Tract. de arborib...* et est res notissima, de qua Columell., L. 4, C. 10, scribit ortum esse arborum in terra, ibique super radicibus veluti fundamentis, seu pedibus truncum tanquam corporis habitum ac staturam imponi, ramisque diffusis quasi bracillis, alias fructu donari, alias vero fronde sola vestiri. Sic autem est appellata a nonnullis quasi arvos more græcanico ab arvis, in quibus crescit. Seu a robore quasi

Digitized by Google

fortitudine, quæ totius arborei generis prima est essencialitas, non enim perfecta dari arbor potest, nisi et sit robusta, quemadmodum eleganter fuit meditatus Ulis. Aldrovand. Dendrolog., L. 1, P. 12.»

Nota: «Jureconsulti in arboris præcipue radices considerarunt, ex iis alimentum capitur per medulam in parte intima, ut habet textus in L. Sed si meis 26, § Arbor, ibi: credibile enim est alio terræ alimento aliam factam esse arborem ff. *de acquir. rer domin.* Id cum effectu excellenter animadvertit Theophract. in vetusta ac erudita sua *Plant. histor.*, L. 1, Cap. 11, ubi Naturæ, inquit, viresque plantarum tot differentiis variant. Radices omnium priusquam partes supernæ augescunt, nulla tamen subire altius potest, quam solis calor attingat, calor enim est, qui vim habet gignendi. Cæterum vel natura humi ad radicis altitudinem, longeque magis ad longitudinem plurimum conferre videtur, si levis, rara transmeatuque facilis sit, nam in ejusmodi locis ulterius producitur, et maiora incrementa sequuntur. Et deinde regulam constituens universalem: ad summam, ait, quæ raro corpore sunt, rectamque agunt radicem, longius mittunt; et novæ, si ad vigorem ætatis suæ pervenerint, magis quam veteres, longitudineque altitudineque radicis fulcientur.» Pacichell., *de Distint.*, Cap. 11, n. 2.

§ 2

«Arbor nomen est generale, et ejus appellatione continentur vites, L. 1, § 3, D., *de arbor. cæd.*, L. 3, § 1, D. *de arbor. furtim cæs.*, hederæ item, arundines, et salictum d. L. 3, §§ 1 e 2, stirps quoque oleæ arbor recte dicitur, d. L. 3, § ult. At arbor nulla proprie dicitur, quæ radicem non conceperit d. L. 3, § 5. Nec arboris numero habetur, quod adeo tenerum est, ut herbæ loco sit, L. 4, D. eod. Et arbor quoque recte dicitur, quæ subversa a radicibus etiam nunc reponi potest, aut ita translata est, ut reponi possit, d. L. 3, § 6. Dejectæ autem arbores lignorum appellatione continebantur, nisi aliud testator senserit. L. 55, § 2, fin. D. *de Legat.* «Concorda o padre Pereira, sub n. 764, ibi: «Apud Juristas sumitur arbor minus rigorose; quia arboris appellatione non solum continentur

Digitized by Google

vites, ut ex L. 1 e 2, ff. *arbor. fur. cæs. tradunt.* Avendan., *de exeq. mand.*, P. 1, Cap. 4, n. 28, e Cæs. Veron. Tract., *de arbor.*, Cap. 81, Tom. 6, P. 1, fol. 209, sed etiam veniunt hedera, arundines, et salictum, L. 3, § *Hederæ,* ff. *arbor. fur. cæs.* Arboribus Legatis, ratione fructuum venit arbor solum, et via ad arbores juxta Jas. in L. si fundum, ff. *de Legat.* 1, secus., si arbores legatæ sint ad scindenda Ligna. id Jas. ibid., n. 16 et 17. Arbor vento dejecta non arboris nomen, sed Ligni magis vendicat, L. Ligni, § 2, ff. *de Leg.* 3, ut enim arboris appellationem retineat, debet radices in terram ita egisse, ut terræ alimento vegetetur. Arborum vero continere etiam radices arborum, notat Gloss., in L. Obligat. 43, § sic et in tradendo, ff. *de action. et obligât.*» Sabell., § Arbor, n. 1, ibi: «Arboris appellatione continentur vites, hædera, arundines, et salictum, ac omnis planta radices habens ita in terram imissas, ut ejus alimento vegetetur, et cujus materia dura est, et non tenera, etc.» Pacichell., supra, n. 33 et 34, Berlich., P. 5, Conclus. 52, a n. 22.

Nota: Quid lignum? Quid tigna? Veja-se Pereira, supra, n. 165, ibi: «Lignum est nomen generale comprehendens omnem arboris materiam, sive viridem, sive aridam. Dicitur tamen, authore Varrone, a legendo, quod ligna caduca in agris legi soleant ad focum. Hinc Ulpian., L. Ligni 55, ff. *de Legat.* 3. Lignum appellat quidquid comburendi causa comparatum est. Etenim latius patet, quam materia: hæc enim solum dicitur illa, quæ ad ædificandum, et fulciendum ædificium apta, et necessaria est. Ligni appellatione veniunt omnia, quæ comburendi causa parata sunt, et quæ consuetudo regionis pro ligno habet; de quo late Rebuff., ad Leg. carbonum, avers. Ex prædict., pag. 572. Lignorum appellatione in legatis comprehenditur arbor vento dejecta, nisi aliud testator senserit, L. Ligni 55, ff. *de Legat.* 3, et Bertazol., Claus. 20, Gloss. 6, n. 3. At nec in Legatis, nec venditionibus continentur pali, et perticæ; quia in numerum materiæ redigendi sunt, ut tradant idem Bertazol., Claus. 26, Gloss. 13, n. 6, et Rebuff., ad L. *Carbonum* 167, Conclus. 3, ff. *de verb. sign.*, pag. 573, ubi subdit, si pali præ vetustate servire non possent, nisi ad comburendum, ligni nomine veni-

Digitized by Google

rent. Tigna solent trabes appellari, quibus summa domus contegitur, a tegendo dicta, Tignus vel Tignum sumitur pro omni genere materiæ Lignæ et apud Azon., *in sum. et inst. de rer. divis*». Pacichell., supra, n. 34, 35 e 36.

§ 3

De umas e outras diz Virgilio, Georg., L. 2:

Principio, arboribus varia est natura creandis:
Namque aliæ, nullis hominum cogentibus, ipsæ
Sponte sua veniunt...
Pars autem posito surgunt de semine...
Pullulat ab radice aliis densissima silva;
Hos natura modos primùm dedit...
Sunt alii, quos ipsa via sibi reperit usus,
Hic plantas tenero abscidens de corpore matrum
Deposuit sulcis...
Nam quæ seminibus natis se sustulit arbos,
Tarda venit factura nepotibus umbram.

E que em mais breves palavras compendiou Plin., L. 17, C. 10, ibi: «Aut enim semine proveniunt, aut plantis radicibus, aut propagine, aut avulsione, aut surculo, aut insito, et confecto arboris trunco, etc.»

§ 4

As arvores umas são fructiferas, outras infructiferas. Quaes sejam umas e outras todos conhecem, e muito bem se distinguem por Leyzer., *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, n. 12, ibi: «Distinguuntur arbores in Jure varie. In fructiferas et frugiferas, L. 13, § 4, ff. *de Usufr.*, L. 16, § 1, ff. *quod vi aut clam.* Fructiferæ dicuntur, ex quibus fructus, nempe nuces, poma, glandes capiuntur, L. 7, § 12, ff. *solut. matrim.* Frugiferæ vero sunt, ex quibus frugem h. e. vinum, oleum, pedamenta, cremia sive ligna tenuia, quæ ignem facile concipiunt, Columell., L. 12, Cap. 9, aliaque ligna quæ cædendo colligimus, L. 77, ff. *de V. S.* Reliquæ arbores, quæ nec fructum nec frugem ferunt, infructiferæ

Digitized by Google

dicuntur. Licet autem salices et similes arbores steriles fructiferæ seu pomiferæ non sint, non tamen infrugiferæ existimandæ, nisi etiam cædi nequeant, nec soleant, aut cæsæ non repullulent, per d. L. 77, ff. *de V. S.*, L. 16, § 1, ff. *quod vi aut clam.* Gæd., d. L. 77.» Begnudell., verbo *Arbor*, geralmente diz que são fructiferas: «Quæ producunt fructus usui humano aptos». Vej. Guerreiro, T. 4, L. 2, Cap. 10, n. 61, Gall., *de Fructib.*, Disp. 3, Art. 2, e Art. 5, n. 42, Cabed., P. 1, Dec. 126.

§ 5

Entre nós póde duvidar-se se o carvalho e azinheira são arvores de fructo: Quanto aos primeiros, diz Raynald.; *Crimin.*, L. 2, Cap. 15, § 2, pag. 92, a n. 183, ibi: «An quercus, et Lezinera sint arbores fructiferæ? Et respondet, quod si servantur principaliter pro glande ex eis legenda dicuntur fructiferæ, et sub arborum fructiferarum appellatione veniunt: si vero non habita consideratione de glande servatur nemus quercuum, et Lezinerarum ad ligna scindendum non veniunt sub appellatione fructiferarum, et addit rationem quia debet considerari in quo prævalet finis dict. arborum». Aliter Gall., supra, Art. 5, sub n. 42, ibi: «Prima porro difficultas est de arboribus, quæ faciunt juglandes, hoc est fructus ligneo cortice contectus veluti nuces, amigdalæ, castanæ, quercus, et similes. Et istas esse fructiferas non videtur hæsitandum». Mas pela opinião de Raynald. está Cabed., supra, n. 2. «Arbores autem fructiferas requirit hæc ordinat. in Rubric., ibi. Arbores de fructo, qualis est glandifera quercus, cum et glandis appellatione, reliqui fructus arborum contineantur, etc.» O mesmo digo do pinheiro, se só é destinado para o uso da producção dos pinhões em terra, em que só para este fim ha pinheiros. Se porém se reputam ou não silva cedua para outros fins juridicos, vejam-se Gam., Dec. 104, Barbos., na L. *Divortio*, § *si fundum*, n. 2, 3 e 10, ff. *solut. matrim.*, Lagun., *de Fruct.*, P. 1, C. 6, a n. 21.

Digitized by Google

§ 6

Das nogueiras (contra o que diz Lagunes, supra, § 4), eis-aqui o discurso de Gall., *de Fructib.*, Disp. 3, Art. 5, n. 45, ibi: «De nuce quoque dubitari contingit an in statuto censeatur fructifera, et hoc magis est dubitabile, quia illis vescimus, licet dici consueverit, quod prima nutrit; secunda nocet; tertia necat, et propterea non censeri fructiferam statuentes existimarunt, qui præsumuntur voluisse, quod nux longius plantetur propter illius malam umbram, quæ multum nocet, ut per Plin., *Nat. histor.*, L. 17, C. 12, adde Magon. Flor., Dec. 6, n. 5». Das amoreiras diz o mesmo Gollo, n. 46, ibi: «Secunda difficultas circa arbores fructiferas est de germinalibus, quæ pro lignis detruncandis plantantur, quarum sunt ligna in fructu, prout supra n. 12, quapropter arbores ipsas esse fructiferas dici poterit per regulam propter quod unum tale, et illud magis, auth. multo magis C. *de Sacros. eccles.* Contrarium est verius quod arbores germinales non sunt fructiferæ. Quia lignorum incisio est modicæ utilitatis, et arbores destruit, nisi quatenus repullulant, et de modicis non habetur ratio... inferens propterea emphyteutam posse illas succidere impune. Colonus tamen illas non posse succidere, idem Bursat., Cons. 53, et Cons. 70, ut culpæ illi adscribatur, si incidet arbores. Sed melius cogita quia germinales arbores non habent alium usum. Tertia difficultas est de Moro ex qua colliguntur folia ad nutriendos seres, sive bombices ad conficiendum sericum, de quo præcipue Brixianos oblectari scribit Chassan., *in Catalog. glor. mund.*, Part. 12, Consid. 96, in fin., qui etiam dicit quod conficiunt optimum. Hæ arbores ultra folium producunt fructus comestibiles, qui mori nuncupantur, atque hac ratione videtur absolute dicendum quod sint arbores fructiferæ. Secundo facit magna, et considerabilis utilitas foliorum pro bombicibus, unde plaga non mediocris existimatur illorum devastatio dicente Prophetа, Psalm. 77, et occidit in grandine vineas eorum, et moros eorum in pruina. Pro reso-

Digitized by Google

lutione puto distinguendum. Nam duæ sunt hujus arboris species. Quædam enim est morus alba, et alia nigra.»

«Et bicolor morus, bombix vescetur utraque.»

«Quoad nigram, quæ plantari consuevit in viridariis, et pro oblectamento fructuum, qui initio æstimati sunt suaves: puto inter arbores fructiferas etiam in statuto recta ratione posse recenseri per rationem a contrario sensu, ex dicta L. 30, ancillarum de petit. hered. Quoad morum albam sentio non posse fructiferam dici, cum non propter folia plantetur, quorum ratione non potest fructifera censeri, omnis quippe arbor habet folia, et sic omnis arbor esset fructifera, quamvis autem morus cum aliqua maturitate folia emittat ut per Alciat. in emblemat.»

«Serior at morus nunquam nisi frigore lapso
«Germinat: et sapiens nomine falsa gerit;

«non per hoc habere debet præeminentiam. Adde tamen Gaspar Klox., *de Ærar.*, L. 2, C. 6, pro contraria opinione.»

Nota: O quanto as amoreiras, cuja folha é tambem especioso fructo para a creação dos bichos de seda, são recommendadas na nossa legislação antiga e moderna, sabem todos. O Senhor D. Manuel na sua Ord., L. 1, T. 39, § 17, as mandava plantar. A lei de 20 de fevereiro de 1752 conferiu varios privilegios aos que lavrarem quantidade de arrateis de seda. Que a folha das amoreiras é fructo o defende Cyriac., Contr. 468, a n. 15, onde tambem expõe succintamente a historia dos bichos de seda, e sua propagação d'elles na Europa. Conf. etiam Krebs., *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 4, Sect. 1, § 11.

§ 7

Os cyprestes já nos romanos eram connumerados entre as arvores infructiferas, L. 16, § 1, ff. *quod vi clam.* Os alamos, os freixos, os amieiros, os salgueiros e similhantes sem duvida são arvores infructiferas, e aindaque uteis para outros fins, Gall., supra, n. 50, não são propriamente arvores de fructo, ex Gall., supra.

Digitized by Google

Nota: Tambem lato modo as silvas ceduas para diversos fins se reputam fructos ou arvores, que em si mesmas são os fructos da terra, Lagun., *de Fruct.*, P. 1, C. 6, a n. 21, Gall., *de Fruct.*, Disp. 3, Art. 5, a n. 11, aonde mesmo os buxos, cyprestes e outras arvores, que só servem nos jardins e passeios, e não produzem fructo real e comestivel, produzem o do gosto da vista e da sombra. Porém (quidquid sit quanto ao córte de taes arvores para outros fins juridicos), para o fim de ser caso de querela e procedimento criminal, nos termos da Ord., L. 5, T. 75, e T. 117, § 1, só se devem respeitar as arvores propriamente fructiferas, e segundo as referidas distincções, Gall., *de Fruct.*, Disp. 3, Art. 5, n. 38 e 39, e nos termos da dita Ord., Cabed., P. 1, Dec. 126.

§ 8

«Arbor cædua dicitur, quæ excisa repullulat, sive ab eodem stipite, sive ex stirpibus, ut salix, fraxinus, esculus, laurus, ornus, et similes. Item arbor prægrandis, et grandis de quibus L. Sed si 11, ff. *de Usufr.*» Padre Pereira, no Elucidar., n. 764. Melhor, e magistralmente explica esta distincção Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, desde o n. 12 até o n. 21, ibi: «Primo ergo, quoad primam ejus partem, ut nimirum arbores cæduæ in fructu sint, notandum est, arbores cæduas germinales appellari in L. *divortio*, § *Si fundum*, ff. *Solut. matrim.*, juxta Lecturam Pandectarum Florentinorum, quia rustici gremio ad comburendum eas deferunt... Vel juxta Lecturam Haloandrinam, cremiales quasi ad eundem effectum, videlicet ad cremandum sint destinatæ... Vel etiam germinales, quia ferulas quasdam, et surculos germinent, quæ etiam ad cremandum principaliter destinantur... Secundo notandum est hujusmodi arbores cæduas vel silvam cæduam dici... quæ in hoc habeatur, ut cædatur, vel quæ succisa rursus ex stirpibus, aut radicibus renascitur, ut habetur in dict. L. silv. cædua, de verb. sign., ubi Paulus sic scribit: Silva cædua est, ut quidam putant, quæ in hoc habetur, ut cædatur; Servius eam esse, quæ succisa rursus ex stirpibus, aut radicibus renascitur; quem Pauli locum disjunctive

Digitized by Google

fore legendum docent Connan. et Molin., ubi proxime, quæ in hoc habetur; ut cadeatur, quam illam, quæ succisa rursus ex stirpibus, aut radicibus renascitur. Cæterum hoc doctissimorum virorum opinione, et intelligentia non obstante, contrariam sententiam veriorem, et communiorem censeo, imo ad essentiam silvæ cæduæ præfata apud Paulum copulative requiri, ut scilicet in hoc habeatur, ut cædatur, et quod scisa iterata vice germinet... Quibus adde, ni fallor, præfacta verba Servii apud Paulum in dict. L. silv. cædua, pro ipsius verissima intelligentia, potius explicativa, quam augmentativa præcedentium addesse videri, nihilque per ea addi primæ definitioni, vel descriptioni Pauli, qui dum ait: silvam esse, quæ in hoc habetur, ut cædatur, in his verbis manifeste meo videri etiam renascentiam, quam postea magis declaravit ex Servio includit, nam hæc verba, quæ in hoc habetur ut cædatur, non de prima cæsione sunt intelligenda, sed de pluribus cæsionibus, quasi eis sit destinata silva, ut frequenter cædatur, quæ certe plures cæsiones non aliter dari, vel considerari per Paulum potuerunt, quam supposita renascentia; unde per secundam difinitionem Servii nihil in substantia Paulus primæ addidit, sed eam solum magis declaravit per aliam phrasim, vel modum eam referendo. Unum tamen nota, quod ut arbor, vel silva cædua dicatur non sufficit, ut cæsa renasci possit, sed etiam, quod ad id habeatur, ut cædatur, quare silva glandes ferens, et ita principaliter pro pastura pecorum, non ut cædatur, destinata, cædua dici non potest, licet cæse renasci posse... E contra autem, si aut cædatur principaliter silva est destinata, licet glandes ferat, et pasturæ quoque deserviat, in fructu erit, et per fructuarium cædi poterit... quia semper attenditur id, ad quod principaliter destinatur, ut cædua dicatur, vel non. An autem requiratur ad renascentiam istam, quod statim brevi tempore silva renasci debeat, vel sufficiat, tarde, vel post longum tempus renasci? Et quod non aliter, nisi in brevi renascatur, tenuerunt ex aliquibus antiquoribus Pinell., etc., sed con-

Digitized by Google

trarium est verius, imo satis esse, quod post longum tempus renascatur, et resolvunt Alexander, etc., etc. Item circa hujusmodi renascentiam dubitari potest, an necessarium sit, quod ex ipsis radicibus, vel stirpibus, sive ex trunco renascantur juxta, L. 3, § 2, ff. *arbor. furt. caes. vel sufficiat*, quod aliter arbores germinent, seu virgulta efferant: et quod ex radicibus renasci debeant, ut in fructu sint tradit Anton. Gamm., Decis. 104, n. 1. Qui ex eo Pinetum excludit, et eum sequitur Barbos., in dict. § *si fundum*, n. 2, 3 et 10, contrarium tamen in Pineto pro constanti tenet Mieres, *de Maior.*, Part. 4, Quæst. 39, n. 5, maxime, si ad cædendum Pinetum sit destinatum, quo casu suam etiam limitat sententiam Gamm., ubi proxime asserens bene tunc per fructuarium cædi posse, dummodo arbitrio boni viri id faciat, cujus sententiam adversus Barbos. sequitur Joann. Gutierrez... quia Pinetum ad hoc solum destinatum regulariter est, ut ad fabricandas domos, et ad alia necessaria cædatur, in eoque semper alii pini renascuntur, et licet non ex radicibus fiat, sed ex semine, quod in terram decidit, et experientia quotidie docet, hæc renascentia sufficere in proposito debet, non obstante, quod eam ex radicibus requirere videatur Paulus in dict. L. Silva cædua de verbo sign. Quia ibi non taxative, sed exemplificative in casu frequentori fuit loquutus.» E no n. 35, ibi: «Qua verissima conclusione stante pro ipsius plena, et absoluta declaratione, primo notandum est, silvam non cæduam eam esse, quæ non habetur ad cædendum, sed ad alios usus, et quæ cæsa non renascitur ex stirpibus, vel radicibus», Gallo, *de Fructib.*, Disp. 3, Art. 5, n. 18. Acrescenta Leyser, *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, a esta outra divisão de maiores e menores, at n. 13 e 14, ibi: «In cæduas et non cæduas sive inciduas. Cæduæ dicuntur (1) quæ in hoc habentur, ut cædantur, L. 30, ff. *de Verb. sign.* (2). Quæ maturæ sunt. Ruin., Conf. 80, n. 2 (3), quæ cum succisæ sunt, rursus ex stirpibus vel radicibus renascuntur, sive ab eodem stipite, sive ex stirpibus; ut salix, arundo; cornus, frascinus,

Digitized by Google

quercus, laurus, betula, sambucus, populus, multæque id genus species. Pro cæduis arboribus (4) et germinales habentur. Non cæduæ arbores sive inciduæ, ut statio 6, Thebaid. 19, dicuntur, sunt, quarum contraria ratio est. Arbores sunt vel majores, vel minores, L. 11, ff. *de Usufr.* Ubi illæ grandiores scilicet, non cæduis annumerantur, ideo quod arbores annosæ, sublimes et crassæ, cum excisæ aut eversæ sunt, recrescere et in pristinum restitui non possunt. Guil. 2, Obs. 67, n. 8. Putat tamen Frideric. Mindan., arbores juvenculas bonam spem de se præbentes non minus sacras esse debere, quam annosas et grandiores, L. 2, *de Mandatis*, Cap. 40, n. 2, imo et grandiorum arborum usumfructum esse posse ita, ut ligna inde ad pedamenta et palos, vel ad vendendum sumere liceat. cit. L.» Conf. Barbos. na L. *Divortio* 8, § *Si fundum*, n. 2. Vej. de Luca, transcripto debaixo do § 78.

§ 9

Só emquanto estão affixas á terra com as raizes se reputam bens immoveis, aliter depois de cortadas. Mas se se vendem para se cortarem, é esta venda como de bens de raiz, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 1, sub n. 32, ibi: «Item, et arbores, quæ a solo separatæ bona sunt mobilia, aut quando venduntur, ut erradicentur, tamen pro parte soli, et immobilia bona censentur, si solo cohæreant.» Confer. Cardos., verbo *Arbor*, n. 15, Domat, pag. 13, Art. 6, Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, n. 17. Vendidas porém para esse fim, não sendo vendidas juntamente com a terra, não se adquire o dominio d'ellas sem tradição, e só o comprador tem a acção ex empto contra o vendedor para lhe prestar a paciencia para o córte! Se porém se vendem já separadas da terra se reputam como venda de cousa movel, Arouc., in L. 5, ff. *de Rer. divis.*, n. 27, ibi: «Ampliatur quinto, ut arbor non censeatur corpus a fundo separatum; indeque arbore vendita, dominium ad emptorem, qui dominus non sit fundi, antequam arbor separata

Digitized by Google

tradatur, transire non possit; sed emptor contra venditorem personali actione ex empto ad patientiam agere debeat... Nam vendito vel locato fundo, vel prato, etiam arbores venditæ, et locatæ intelliguntur, quæ non constituunt separatum corpus a fundo... Separatæ tamen arbores si venditæ tradantur, non immobilium jure censentur, etc.» Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, n. 20 et 21, ibi: «Nec venditis cum fundo arboribus intelliguntur vendita ibi ligna incisa, quia in venditione simpliciter facta ex natura venditionis non veniunt separata a solo tempore venditionis. Juncto a n. 17, ibi: silva cædua inter immobilia merito reputatur, propterea quod dolo cohæreat, et pars fundi dicatur, quidquid tamen ibi cæsum et a solo separatum est, pro re mobili habetur.» Concorda o Cod. Civ. dos francezes, L. 2, T. 1, C. 1, Art. 515.

Nota: É interessante esta distincção para muitos fins. Quaes são: 1.°, para se dever ou não siza da compra das arvores, ex Gutierrez, *de Gabell.*, Q. 111; 2.°, para poder ou não o marido aliena-las sem consentimento da mulher, ou sem elle litigar em juizo nos termos da Ord., L. 3, T. 47, e L. 4, T. 48; 3.°, para todos os mais casos em que para a alienação de bens de raiz se requerem certas solemnidades, etc. Vej. Arouc., in L. 5, ff. *de Rer. divis.*, n. Da mesma fórma os fructos pendentes se connumeram entre os immoveis, L. 44, ff. *Reivind.*, L. 13, § 10, *de Act. empt.*, L. ult., § 6, ff. *Quæ in frund.*, L. 80, § 2, *de Contr. empt.*, Krebs, *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 4, Sect. 3, § 7, Voet., *ad Pand.*, Lib. 1, Tit. 8, n. 13.

Digitized by Google

CAPITULO II

Utilidades que resultam ao publico e particular do augmento e plantação das arvores; policia a este respeito n'este reino, e que deve promover-se; policia das mais nações; moderação porêm a este respeito. De quem fica o dominio das arvores plantadas nos baldios; a que uso ficam expostas.

§ 10

Estas utilidades bem as compendiou um poeta nos seguintes versos:

Cædua sylva parit ligna apta locandis.
Arbore sulcamus mare: terram vertimus; ædes
Ædificamus, et arbore vasa pramus in usus:
Sculpimus, et statuas, abacosque, gradusque, cathedrasque,
Atque pavimentum, telonem, pegma, totasque
Obbas cum vannis, mactras, mensasque triqueta.
Queis subigit madidam pultem coquus, inde triremes;
Vel claves, teretes, vel condos inde trinotes:
Et clavum pupis regimen, basin organi, et haustum.
Arbor dat malos, antennas, transtra, trapetum,
Artificisque manus calathis sculpit, et ornat.
Arte cadum, Rombum, fusum, tritoria et urnam
Colaque cum capulo, cæditque ciconiam aduncam.
Porro cibus crudis Lixandis Lignea prodest
Materies: Bruma fornax urgente calescit;
Inde frutex animantibus inde volucribus arbos
Suppeditat victum communem vinitor ipsum...
Atque olitor testantur hoc, impigrique coloni,
Et frondatores, vel carbonarius ater.

§ 11

O nosso moderno Oliveira, no *Discurso juridico, economico politico,* no § 108, discorre que as arvores: «Todas ellas desde os mais humildes arbustos e brandos vimes, até a mais levantada e copada arvore, são da maior ne-

Digitized by Google

cessidade para conservação e augmento dos povos, que de umas tiram os fructos que fazem parte do alimento e regalo dos homens, de outras madeiras para os edificios, machinas e instrumentos rusticos, e lenhas, sem fallar nas que têem uso para as artes e medicina, etc.» No § 109 acrescenta com o auctor do *Projecto economico*, P. 1, Cap. 9, pag. 81: «Que as arvores conservam um paiz fresco, porque a agua que cáe em terra aberta passa, a que cáe nos arvoredos goteja e passa mais a terra, e depois a sombra a defende do sol, abriga as sementeiras dos ventos frios, rompem em parte as tempestades. Se tem observado que paizes sujeitos a chuvas e nevoas, cortados os montes se fizeram seccos; na mesma Inglaterra onde ha arvores a terra é fresca, pastos abundantes, e as causas da fertilidade conservam mais tempo sua virtude. Hespanha (e nós por consequencia) póde ter esta vantagem; pois ha arvores que querem clima secco.» E o nosso Peg., Tom. 4, á Ord., pag. 572, tambem havia dito, que: «Ex arboribus fructum gignentibus divitiæ crescunt, et ex iis, et aliis terræ salutiferæ redduntur, quia vis solis earum umbra, et amenitate mitescit, et ad ignem ligna procreantur, quibus temporum injuriæ arcentur ut et ex silvestribus, quæ materiam quoque suppetunt ad omnia opera necessaria». As mesmas utilidades exagerou Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 4, ibi: «Multum enim publice interest hujusmodi silvarum, et montium conservationem curare, sunt enim oppidorum securissima æraria, cujuslibet rei agrestis necessitatis succursus, animalibus grossa pabula liberaliter nulla fere hominum industria, seu cura adhibita exhibentes, nec non, et hominibus cultæ arbores dulciores, et gratissimos fructus præstantes.» Sobre todos Krebs., *de Lign. et Lapid.*, P. 1, tot.

§ 12

N'este reino a primeira lei, que se propoz promover esta utilidade publica, é a do Senhor D. Manuel, na Ord.,

Digitized by Google

L. 1, T. 39, § 17, ibi: «Outro si, nos logares em que for necessario, e pera ello forem despostos, mandará poer quaesquer arvores de fruito, que se em elles poderem dar, convem a saber, oliveiras, vinhas, e amoreiras segundo qualidade da terra, e assi para enxertar a todos os azambugeiros». E depois a do Senhor D. Sebastião, datada em 3 de outubro de 1565, substanciada por Duarte Nunes de Leão, P. 4, T. 17, L. 22, n'estes termos: «Manda El-Rei Nosso Senhor aos Officiaes das Cameras de todalas cidades, villas, e logares de seus regnos, que fação semear, e criar pinhaes nos montes baldios dos termos dos ditos logares, que para isso forem convenientes, e os fação defender e guardar, em maneira que se possão bem criar. E que nos logares que não forem para pinhaes, façam prantar castanheiros, carvalhos, e outras quaesquer arvores, que nas ditas terras se poderem criar. E que nas terras onde não houver baldios, ou que não forem taes, em que se possão criar as ditas arvores em abastança, ou que se não possão bem guardar, constranjão os donos das terras, herdades, quintãas, e propriedades, que cada hum no seu tiver, nas partes em que menos occupem as ditas terras, que fação prantar as ditas arvores, fazendo disso posturas, e vereações, em que declarem quantas arvores ha de prantar cada morador, e o tempo em que as ha de dar prantadas e criadas, com as penas que lhes bem parecer, que não serão menos de dous mil reaes, para as obras do concelho e pessoa que os accusar. E que os Officiaes que assi o não cumprirem, encorrão na dita pena. E manda aos Corregedores das Comarcas, e Ouvidores dos mestrados, e das terras onde os Corregedores não entrão por via de Correição, que tenhão cuidado, de prover sobre o que o dito he com muita diligencia e brevidade, e tomem disso conta os Officiaes das Comarcas, que o assi não comprirem, procedendo contra elles, segundo fôr a negligencia em que incorrerem.» Esta legislação se repetiu na compilação Filippina, L. 1, T. 66, § 26, e T. 58, § 26, e no L. 5, T. 75. Outra vez se suscitou pelos de-

Digitized by Google

cretos de 1713 e 1716, na Collec. 1, ao T. 60 e 66. E ultimamente por varias determinações, que não só mandaram plantar amoreiras, mas as mais arvores, creando-se para esse fim inspectores. E emfim o alvará de 27 de novembro de 1804, § 9, acaba de determinar, ut ibi: «Nas defezas, coutadas, rocios, ou baldios dos concelhos, ou que forem em commum dos moradores, se conservarão os usos, e posturas das camaras, pelo que pertence ás sementeiras, que n'elles se podem fazer, e aos seus pastos. Porém os arvoredos ficarão coutados, e serão guardados os seus fructos e arrematados em praça, como o são os mais rendimentos das camaras, para se applicar o seu producto na fórma estabelecida pela lei e posturas do concelho. E aquelles que forem arvoredos silvestres, que sómente admittam córtes para madeiras ou lenhas, serão divididos em folhas, para se lhe poderem fazer córtes regulares, e o seu rendimento ou producção será applicado na conformidade dos usos e posturas, que houver nas camaras. E não será permittido cortar arvore, tirar rama ou lenha dos mesmos arvoredos, cortar ou destruir as arvores novas, salvo nos desbastes, ou alimpas que regular a camara, debaixo das mesmas penas que estão impostas áquelles que mettem gados acintemente nas sementeiras. E nos terrenos dos particulares será punido com as mesmas penas aquelle que, ainda a titulo de pastos communs, cortar arvore ou embaraçar que seu dono resalve quaesquer arvores, que no seu terreno quizer crear».

§ 13

Eis-aqui o que, quanto ás mais nações, diz Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, n. 37, ibi: «Incrementum enim sylvarum omnibus modis promovendum, ut copia ferarum augeatur, et vaticinium Philip. Melanchtonis impediatur, qui dixisse fertur, Tria mundo defutura aliquando, ligna nempe, Bonam Monetam et Bonos Amicos... Abietes aiunt feliciter satu provenire... Sic Batavi, Angli, Galli

Digitized by Google

aliæque Nationes superiorum jussu vel permissu in Terris Americæ seu Novi Orbis novas plantationes, Neve plantagien, ut vocant, instituere. Et quilibet Princeps ac Magistratus sub pœna arbitraria subditis imperare potest, ut v. g. Ligna, vites, arbores pomiferas, etc., plantent, et loca inculta ad culturam redigant... Sic Ordinatione Provinciali Saxo-Gothana injungitur subditis ut arbores fructiferas plantent... Quod et in Ducatu Wurtenbergico, multisque aliis per Germaniam locis ita servatur». N'isto concorda o hespanhol Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 3, 5 e 6, dizendo, ut ibi: «Ex quibus merito magna semper circa silvarum, florestarum, aut montium conservationem, cura apud omnes Provincias et Regna habetur, ut apud nos plenissime in Tit. 7, Recopilat. et frequenter in nostro Supremo senatu plura Regia decreta, et jussiones hujus Regni oppidis, et civitatibus in Aula gubernationis expediuntur, ut in montium conservatione, novisque plantationibus diligenter summa cura, et opera intendant et in Gallia extant etiam circa idem Regiæ constitutiones... et in omni Provincia, valde de eo curatur ad id specialibus custodibus constitutis, de quibus, et eorum jurisdictione dicam infra, etc... Unde inter illa tria principalissima commoda, quæ aliquando mundo defutura quidam Politicus quasi vaticinans prædixit, merito Ligna primo connumerat; postque monetam probam, et bonos amicos subjungit. Utinam in nostra Hispania in magno ejus dispendio vaticinii hujus veritatem præ oculis tam patenter non haberemus. Lignorum defectum, et montium devastationem ob eorum abusum, seu inordinatam incisionem civitates sentiunt, et in hac Regia curia maxime pauperiores deplorant; Monetæ prohibitas diu defecit in exterorum nobis malam inducentium, simulque, et bonam extrahentium ingentem utilitatem, et in Hispanicæ Monarchiæ totalem subversionem. Amicorum hujus sæculi qualitatem, vel imo pravitatem quilibet pauper, aut verax experitur.» Ad omnia Krebs., *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 2, Sect. 2.

Digitized by Google

§ 14

Se olhâmos á obrigação que as leis promovem, de se plantarem arvores nos baldios publicos e de se guardarem cuidadosamente, deve haver-se respeito á qualidade dos terrenos, porque alguns ha em que as arvores com a attração do succo da terra, e com a sombra não deixam crear debaixo d'ellas, nem hervas para pastos de gados, nem estrumes alguns, ficando como estereis os terrenos em toda a circumferencia dos ramos das arvores. E em taes terrenos, se todos se enchessem de plantios, promovendo-se uma utilidade, se prejudicava o povo com as faltas de pastos para os gados e estrumes necessarios para a lavoura. Deve portanto haver n'isto moderação, conforme a qualidade e fertilidade da terra baldia. Sendo fertil podem plantar-se mais arvores, porque se bem logram todos os fins. Sendo arida e magra, menos arvores, e com interstícios largos para que fiquem espaços em que se produzam pastos e estrumes.

§ 15

Se olhâmos á obrigação de multiplicar arvores em terras proprias, sendo maninhas e magras, deve haver a mesma moderação; e sendo agricultadas só nas partes em que menos occupam as terras, como advertiu a lei do Senhor D. Sebastião; porque com effeito as arvores tolhem a producção dos grãos de milho grando, do miudo e do painço; e ainda que não tanto a da cevada, trigo e centeio, sempre o que se produz debaixo ou junto ás arvores (maxime oliveiras) não é perfeito, sobre ser menos, como a experiencia mostra; só sim prevalecendo a tudo a fertilidade e pingue substancia do terreno, e o muito esterco.

§ 16

Se os vereadores pelo preceito das ditas leis (§ 12), mandam á custa das rendas do concelho plantar nos bal-

Digitized by Google

dios as arvores determinadas, é sem duvida que ficam proprias do concelho. Se qualquer do povo as planta e guarda curiosamente até serem grandes, tambem é sem duvida que ficam privativamente suas emquanto ahi existem, e não cedem ao solo; aliter quanto ás arvores que naturalmente nascem n'esses baldios, porque são do uso commum, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 3, Disc. 1, n. 43.

§ 17

«Proprie Loquendo istæ personæ particulares (diz Losæo, *de Jur. Univers.*, P. 3, C. 1, n. 8) et singulares, nec usumfructum dicuntur in hujusmodi publicis bonis habere, sed quandam duntaxat facultatem.» E por isso com leis de Hespanha e muitos DD. diz Valer., *de Transact.*, T. 4, Q. 3, a n. 4 ad 10, ibi: «Ecce enim montes intra fines, et terminos oppidi existentes, omnibus incolis sunt communes... et tamen ad usus tantum proprios, arbores et ligna rescindere incolis permissum est, et ut absque aliqua montium deterioratione ramos scindant, frondes, pedamenta, arbores siccas, vi aut ventorum tempestate evulsas, non ut e radice evellant, aut e trunco scindant, quod prohibitum est nostris legibus propter montium utilem ac valde necessariam conservationem... et Romanorum jure eadem prohibitio stabilita fuit... Quin et si usufructuariis velis eos comparare, nec his arbores licet extirpare, sed boni viri arbitrio uti frui debent... nec immoderate incolis his bonis uti permittitur cum aliorum incolarum dispendio, sed pro modo indigentiæ, ne quod uni superest, aliis deficiat.» Confiram-se os theologos Molin., *de Justit.*, Disp. 58 e 59, Castr. Paláo, Tom. 6, Tr. 31, Disp. unic., Punct. 16, Covarruv. QQ., C. 37, Villa Lobos, P. 2, Tract. 10, Diffic. 19, n. 1 (pag. mihi, 134), ibi: «Licitamente puede la Republica prohibir, aun a los propios Ciudadanos, que no corten Leña en sus montes, en tal, o tal tiempo, en más de tanta cantidad, como tiene la comun. El comun fundamento es; porque esto puede

Digitized by Google

importar mucho al bien publico; y asi mismo lo puede hazer el Principe, en quien la Republica traspassò su autoridad. Mas no me parece que podrian mandar de todo en todo, que no cortasen la leña necesaria, sino es que pudiesen facilmente averla de otra parte, como dizen Covarruvias y Lessio; porque tienen los particulares derecho de tomar de lo comun lo necesario, el qual no se les puede justamente quitar».

Nota 1: A policia com que os magistrados civis se devem conduzir a este respeito, para bem regular os córtes nos maninhos e cohibir os excessos, ou fazer repartições entre os opidanos, se veja em Krebs., *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 4, Sect. 17, a § 4.

N. 2. O senhorio universal de uma terra, a que todos os opidanos pagam fóros, aindaque seja senhor dos montes e baldios, nem póde afora-los nem reduzi-los á cultura, nem planta-los de arvores para si privativamente; porque sempre é obrigado deixar aos moradores dos seus povos os logradouros e pastagens necessarias para seus gados, lenhas e madeiras para as abegoarias, por tudo isto se reputar preciso para a sua subsistencia, Card. de Luca, *de Servit.*, Disc. 36, n. 11; e assim o refere julgado Solan. no fim da Alleg. de Barbacen., pag. 57, Col. 1, e melhor o mesmo Card. de Luca, *de Servit.*, Disc. 42.

§ 18

Defende Otter., *de Pascuis public.*, C. 16, que competindo a servidão pascendi ou a um povo no termo de outro, ou em terra de particular, nem o povo nem o particular póde reduzir a cultura ou fazer plantio de arvores no terreno serviente aos pastos dos gados, em prejuizo d'esta servidão. Confer. Stryk., Vol. 14, Disp. *de Jure servitutum prædialium hodierno*, T. 3, § 14, Card. de Luca, *de Servit.*, Disc. 37 e seguintes. Se bem que o addicionador de Otero, supra, faz distincção entre a servidão adquirida por pacto, e n'este caso diz que procede a referida resolução, e entre a servidão adquirida por posse immemorial,

Digitized by Google

e n'esse caso não pelas rasões que expõe. Mas veja-se a melhor distincção de Lazarin., *ad Pacichell. de Dist.*, C. 11, n. 48 até 52, onde diz que ou os opidanos estão no costume universal de pastar seus gados nos fundos abertos e incultos, sem ter precedido uma formal servidão ou prescripção immemorial, ou tem precedido aquella e existe esta; que no primeiro as terras abertas se podem vedar e reduzir a nova cultura, mas não no segundo e terceiro caso; assim como tambem quando um senhorio tem o direito dos pastos, e os opidanos o de cultivar as terras.

Nota: Toda a mediania é compativel. Eu dissera que umas poucas de arvores plantadas com largos intersticios em terras publicas ou particulares sujeitas á servidão passiva dos pastos, devem tolerar-se e permittir-se; cohibindo-se os a que tal servidão é devida, para que as não arranquem ou cortem, porque em pouca quantidade, e com os intersticios regulares pouco prejudicam aos pastos, e se bem logram tantos proveitos que resultam dos plantios das arvores, quaes os referidos (§ 10). Coincide Krebs., *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 20, digno de ser visto; aonde só obsta a que se plantem vinhas, olivaes, etc., que totalmente obstem á pastagem dos gados. Conf. Carpzov., P. 2, Const. 41, Def. 5 e 6.

CAPITULO III

Intersticios que se devem observar no plantio das arvores entre as suas plantações e os predios dos visinhos. Uso da L. fin., ff. fin. regund. e de outras LL. particulares.

§ 19

Eis-aqui as palavras d'esta lei: «At vero oleam, aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato: Cæteras arbores ad pedes quinque: «O grande Stryk., *Us. mod. Pandect.*, L. 10, T. 1, sub § 14, discorre que: «Quod de arboribus in confinio non plantandis in d. L. fin. dicitur, hoc magis ex Lege Solonis relatum, quam probatum censeo; cum ex aliis textibus juris nostri satis constet de jure arborum

Digitized by Google

in confinio positarum, vid. Tit. *de Arbor. Cædend.*, et § 31. Instit. *de rer. divis.*» Que esta lei está abrogada pelo uso das nações em todas as suas partes se vê largamente demonstrado em Pacichell., *de Distant.*, Decis. 35, a n. 20; e Brunneman. á mesma lei com Grœnevegen. á L. 9, C. *de ædific. privat.*, delibera que se deve respeitar o costume da nação sobre os intersticios determinados para este e outros fins na dita lei.

§ 20

Sendo certo que tem variado a versão das Pandectas, não menos a d'este texto na parte em que tratâmos. Pacichell., *de Distant.*, C. 3, discorrendo sobre a verdadeira lição d'elle, a reduz finalmente a esta (n. 11): «At vero oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato: Cæteras autem arbores ad duos pedes». Outros que refere o seu addicionador, d. C. 3, a n. 11: «Lem. quinque pedes.» Outra vez o mesmo Pacichell., no C. 11, a n. 6, reassume a disputa sobre a verdadeira lição da dita lei, e referindo varios interpretes por uma e outra lição (e entre elles os nossos Cardoso e Almeida), por fim vem a seguir a final lição «Cæteras autem arbores ad duos pedes». Porém o addicionador Lazarin., no dito C. 11, n. 53 e 54, outra vez o refuta e mostra com decisões da rota romana, que a lição *ad pedes quinque* é a que se seguiu n'essas decisões. N'esta mesma lição convem Gravin., *de J. N. G. et XII Tabul.*, C. 37.

§ 21

O mesmo Lazarin., d. C. 11, a n. 55, refere a este respeito estatutos de algumas cidades da Italia, em que se prescreviam as distancias do plantio das arvores. Os francezes, no seu moderno Cod. Civ., L. 2, T. 4, C. 2, § 1, Art. 664 e 665, tambem as determinaram. Quid nas sebes e cibannas vivas formadas de arbustos que lançam raizes? Vej. Krebs., P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 13, n. 2, e Class. 4, Sect. 13, § 2, Rot. post Pacichell., *de Distant.*,

Digitized by Google

Dec. 34, n. 35, Id. Pacich., Cap. 4, Memb. 1, n. 6, Vicat., verbo *Maceria.*

§ 22

No nosso reino se suppõe praticada a dita L. fin., como se nota em Cardos., verbo *Arbor,* n. 2, Almeida, *de Numer. quinar.*, C. 17, e nas decisões apud Themud., P. 4, Dec. 14. O moderno Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 13, a n. 30, expoz entre nós o uso da mesma lei (conforme a lição dos cinco pés em que havia as variantes). Eu o tenho visto praticado ha quarenta annos de exercicio forense, e praticadas (ainda que em parte com erro, segundo as nossas especies de arvores e o nosso clima) as distancias prescriptas na dita lei, com respeito ás diversas especies de arvores n'ella lembradas.

§ 23

Duas são as rasões physicas: uma é, e a primeira, a nutrição que recebem as arvores com o alimento recebido pela attracção das suas raizes; como com a L. 26, § *Arbor,* ff. *de acquir. rer. domin.*, e com Theophrast. discorre Pacichell., C. 11, n. 2, ibi: «Jureconsulti in arboribus præcipue radices considerarunt, ex iis alimentum capitur per medulam in parte intima, ut habet text. in L. *Sed si meis.* 26, § *Arbor,* ibi: Credibile enim est alio terræ alimento aliam factam esse arborem, ff. *de adquir. rer. domin.* Id cum effectu excellenter animadvertit Theophrast., in vetusta ac erudita sua *Plant. histor.*, L. 1, C. 11, ibi: Naturæ, inquit, viresque plantarum tot differentiis variant. Radices omnium priusquam partes supernæ augescant, nulla tamen subire altius potest, quam solis calore attingat, calor enim est, qui vim habet gignendi. Cæterum vel natura humi ad radicis altitudinem, longeque magis ad longitudinem plurimum conferre videtur, si levis, rara transmeatuque facilis sit; nam in ejusmodi locis ulterius producitur, et maiora incrementa sequuntur. Et deinde

Digitized by Google

regulam constituens universalem: ad summam, ait, quæ raro corpore sunt, rectamque agunt radicem, longius mittunt: et novæ, si ad vigorem ætatis suæ pervenerint, magis quam veteres, longitudineque altitudineque radicis fulcientur.»

Nota: «Arbor plerumque eo usque, quo ramos, etiam radices extendit, ac vix unquam rami in alterius fundum propendunt, in quem non radices quoque porrigantur, Krebs., *de Lign. et Lap.*, Class. 3, Sect. 2, § 5, n. 2, et Class. 2, Sect. 3, 21, n. 5.»

§ 24

Outra rasão é porque a sombra das arvores é nociva ás plantas e fructos da terra do vizinho, juxta illud Virgil., Eclog. 10:

Junipris gravis umbra; nocent et frugibus umbræ.

Et Georg. 1:

Falce premes umbram, votisque vocaberis.

Columell., L. 5, C. 7, Plin., *Hist. Nat.*, L. 7. Optime Angel., *de Impens. et meliorat.*, Art. 22, a n. 42, e Art. 23, a n. 1, Pacichell., *de Dist.*, C. 11, a n. 16, Gravin., *de Orig. Jur. Civ.*, Tom. 1, *de J. N. G. e XII Tab.*, C. 35, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 6, Rubr. 27, n. 2.

Nota: Estas LL. e DD. procedem propriamente nas arvores proximas a predios fructiferos; mas sem embargo de não serem nocivas aos incultos, sempre compete a acção negatoria pelo que propendem ou lançam raizes para o predio vizinho inculto, Krebs. S.ª, P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 10, n. 4, e § 11, n. 5.

§ 25

A oliveira e a figueira foram as duas especies de arvores que na lei romana foram contempladas como mais prejudiciaes ao vizinho, já pela maior dilatação das suas rai-

Digitized by Google

zes, já pela sua transpiração e halito, infecto a todo o vegetal, e por isso lhe degradou a plantação para a distancia de nove pés de intervallo entre a terra do vizinho, como bem demonstra com os naturalistas Pacichell., *de Dist.*, C. 10, Memb. 11, a n. 11 e a n. 17, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 13, n. 30, Almeid., *de Numer. quinar.*, C. 17, n. 2; bem que Krebs., P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 10, n. 2, amplia a todas as arvores grandes e frondosas.

§ 26

Porém não são menos prejudiciaes com as raizes, sombra e vapores entre nós os cyprestes, os pinheiros, as nogueiras e similhantes, como com Urcel., *in Examin. Apum.*, Conclus. 136, n. 34, diz Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 6, Rubr. 27, n. 2, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 13, sub n. 33.

Nota: O que se observa a respeito d'estas especies de arvores, por si mesmas mais nocivas que o commum das outras, e tanto como as oliveiras e figueiras, nos obriga a dizer que ou não as havia nos athenienses, ou que esqueceram a Solon (cuja jurisprudencia passou para Roma), ou que o que essa lei determinou a respeito das oliveiras e figueiras quanto ao intersticio, deve por identidade de rasão ampliar-se aos cyprestes, pinheiros e nogueiras e similhantes, igualmente nocivas. (Sobre o que devem consultar-se os naturalistas.) E será erro proseguir geralmente com a dita L. fin., quanto aos intersticios na plantação das arvores, dando só á oliveira e figueira, e a nenhumas outras esse espaço de nove pés. O douto Krebs., P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 10, n. 2 limita que o espaço de cinco pés não procede quanto ás arvores frondosas, ut ibi: «Si arbor foret plantanda poterit præcaveri ne plantetur intermisso Legimo quinque (vel novem quando esset de genere grandium, vel valde ramosarum arborum) pedum spatio, d. L. ult. fin. Reg.»

Digitized by Google

§ 27

Se porém se plantam arvores na proximidade de algum aqueducto publico, lá está a L. 1, § *Præterea,* C. *de Aquæduct.*, L. 11, T. 42, determinando, ut ibi: «Præterea scire eos oportet, per quorum prædia aquæductus commeatu, ut dextra, lævaque ex ipsis formis quindecim pedibus intermissis arbores habeant. Observante officio Judicis, ut si quo tempore pullulaverint, excidantur: ne earum radices fabricam formæ corrumpant». E a L. 6, C. eod., determinando, ut ibi: «Super his sancimus sulcum publicum aquarum nullis intra decem pedes arboribus coarctari: sed ex utroque latere decempedale spatium integrum illibatumque servari». Pela rasão d'estas leis deduz Brunneman., da d. L. 1, n. 4: «Neminem cogi ut patiatur a Vicino prope ædes aut fontem vel rivos suos arborem plantari». Conf. Pacichell., C. 10, Memb. 1, n. 12, ibi: «Aliud vero consideratur spatium, si aquæductus per locum privatum discurrat, quia tunc ab utraque parte 15 pedum spatium reliqui debet, in quo nullæ sunt arbores, et si eo nascerentur, possent, facta denuntiatione ipsi domino, excidi... quia præsumitur per totidem pedes arborem radices mittere.» Cardos., *in Prax.*, verbo *Arbor,* n. 3, Cæpol. *Urbanor.*, C. 81, n. 1, Almeid., *de Numer. quinar.*, C. 17, n. 2 et 3, Vide Sabell., § *Arbor,* n. 9.

Nota: Não se podem plantar arvores no terreno que deve servidão, Cardos., verbo *Arbor,* n. 15. Nem junto ao aqueducto, pelo qual alguma pessoa tem servidão das aguas; porque dilatando-se as raizes impedem o expedito curso, etc. Vej. Pecch., *de Aquæd.*, L. 2, C. 11, Q. 2, a n. 5, optime Krebs., *de Lign. et Lap.*, P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 21, nem junto aos caminhos publicos, quando os coangustam, quando os ramos propendem, ou por qualquer modo embaracem o livre transito, Krebs., P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 9, n. 3.

Digitized by Google

§ 28

Supposto que as vides ou videiras se comprehendam na accepção de arvores, L. 1, ff. *de arbor. cædend.*, L. 3, ff. *arbor. furt cæs.*, Conciol., *ad Stat. Eugub.*, L. 6, in Rubr... n... Cardos., verbo *Arbor*, n. 1, e os mais DD. citados, § 2; comtudo só impropriamente são arvores, Pacichell., *de Distant.*, C. 11, n. 4. Se porém se comprehendem na disposição da L. fin., ff. *fin. regund.*, para o fim de que tratâmos n'este capitulo? Eu, com o mesmo Pacichell., n. 17, faço differença entre as pequenas cepas de vinha que andam rasteiras, formando as vinhas em algumas partes do reino, alligadas ou a si mesmas, ou a um pequeno pau ou canna, e entre as videiras, que ou formam altas parreiras e ramadas, tendo grossos troncos, ou andam enforcadas em arvores altas, como carvalhos, castanheiros, salgueiros, etc. (o que assim se vê em algumas provincias do reino). No primeiro caso eu as julgo não comprehendidas na dita lei, porque nem causam prejuizo ao vizinho com a sombra, nem com as raizes, que pouco se dilatam, Conciol., *ad Statut. Eugub.*, L. 6, Rubr. 27, n. 1, e cessam as rasões da lei (§§ 23 e 24). No segundo caso sim, porque causam ambos os prejuizos, bastando um d'elles para ser applicavel á lei Conciol., *ad Statut. Eugub.*, L. 6, Rubr. 27, n. 1.

N. 1. Presupposta a utilidade geral das arvores (§ 10 e seguintes), eu toleraria qualquer arvore dentro do intersticio legal, se balanceada a utilidade d'ella com o prejuizo do vizinho preponderasse aquella a este, e só mandaria indemnisar o vizinho; ainda pela regra, que quando entram em collisão o maior interesse de um com o leve prejuizo do outro, sendo este indemnisado, todo o seu repudio da indemnisação offerecida se transforma em uma emulação que merece ser cohibida.

N. 2. Præfata jura ampliantur in vitibus, et sepibus vivis, quæ sicut alias, ita quoque in præsenti materia arborum appellatione veniunt; plantandæ ideo non instar se pium in Con-

Digitized by Google

finio, sed instar arboris, determinato 5 pedum spatio a finibus relicto, Krebs., P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 13.

N. 3. Tambem não se podem em qualquer distancia plantar arvores, quando se mostra expressamente constituida a servidão, *Ne luminibus, Ne prospectui officiatur,* Krebs., *de Lign. et Lap.,* P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 17, quem vej., et Ferreir., *de Nov. Oper.,* Lib. 2, Disc. 7, n. 31, e Disc. 11, n. 45.

CAPITULO IV

Fórma da computação dos pés, nove ou cinco, segundo a Lei fin., ff. fin. regund.

§ 29

«Non loquitur Gayus (in d. L. fin.) de Pede, prout est postrema pars Corporis, seu membrum, et non id tantum præcipue in jure, significat, ut dicit Gloss. in Rubr. C., *de Pedan. jud.* Neque de Pede, quatenus, ex asse et pondo: quo casu in duodecim uncias partitur, teste Brehæo in L. Mille passus, ff. *de V. S.,* sed de quindecim digitorum mensura, ex Gloss. in C. *Sicuti* 17, Q. 4, quam omnes Juris Interpretes amplectuntur, et præcipue Coras., in Rubr., ff. *de Servit. Rusticor. præd.,* n. 109. Vel sexdecim digitorum per transversum, Gloss., in C. *Sicut antiquitas,* Q. 1, etc.» Ita Pacichell., *de Distant.,* C. 5, n. 32.

§ 30

Na verdade os DD. variaram a medida d'este pé geometrico; uns o formam de quinze dedos travessos, outros de dezeseis dedos travessos. Esta é a opinião mais seguida e praticada, Almeida, *de Numer. quinar.,* C. 7, n. 7, Ferreir., *de Nov. Oper.,* L. 2, Disc. 14, a n. 9, plures apud Pacichell., supra, sub n. 23.

Digitized by Google

§ 31

De fórma que cada pé geometrico tem quatro palmos; cada palmo se forma do que comprehendem quatro dedos atravessados, tendo cada dedo a grossura que occupem quatro grãos de trigo, Almeid., supra, Ferreir., supra, a n. 10, Card. de Luca, *de Regular.*, Disc. 31, a n. 6, Tondut. Civ., Cap. 140, n. 6, Lazarin., ad Pacichell., C. 5, a n. 111, Leit., *de Jur. Lusitan.*, Tr. 1, Q. 6, n. 43 e 44. O mesmo Ferreira, n. 13, figura a crassitude dos dedos, que dezeseis formam os quatro palmos e o pé geometrico, comprehendendo tudo n'estes versos:

Quatuor ex granis digitus componitur unus,
Est quatuor in palmo digitus, quater in pede palmus.

§ 32

Se porém ha em algum reino ou provincia lei ou costume que determine uma certa medida para o intersticio das arvores, esta lei ou costume deve prevalecer á medição referida, Ferreir., supra, n. 17, Lazarin., ad Pacichell., *de Distant.*, C. 5, n. 115.

§ 33

«Hic notare debeo (diz Pacichell., C. 11, n. 20), quod in mensuratione quinque pedum, si in confinio sunt arbores, includitur medietas trunci arboris ipsius. Ita Ruginell., *de Arborib.*, C. ult., n. 17.» Confer. Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 3, n. 30, no fim.

Nota: É certo que as arvores plantadas dentro do intersticio legal e da regra da L. fin. (não se verificando alguma limitação do capitulo seguinte), se devem cortar pelas raizes. Este é o sentimento de todos os DD. que ultimamente abraçou o Cod. Civ. dos francezes, Art. 665.

Digitized by Google

CAPITULO V

Casos em que as arvores plantadas dentro do interstício da L. fin. regund. devam conservar-se, ou quando os ramos cresceram sobre o predio do vizinho.

§ 34

Primeiro caso. Com Gregor. Lop., n. L. 28, P. 7, segue Molin., *de Justit. et Jur.*, Tract., *de Delict.*, Disp. 699, n. 16, que se os coherdeiros partem entre si um predio, e a sorte de um d'elles fica com arvores na contiguidade da sorte do outro coherdeiro; ou quando qualquer vende uma parte do seu predio, ficando com outra parte, e na contiguidade de uma d'essas partes ficam algumas arvores, não póde o coherdeiro, o vendedor ou o comprador prejudicado com a conservação d'ellas requerer o arranco, porque aqui ha um tacito pacto. E eu acrescento que na partilha ou na venda se suppõe haver-se respeito á conservação das mesmas arvores, e que arrancadas ficaria prejudicado o coherdeiro, porque o valor d'ellas regularia a igualdade da sua parte, etc. A Molin. segue Leit., *fin. regund.*, C. 5, n. 2, v. *Maxime*. Optime et omnino videndus Krebs., *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 12, n. 4, citando uma lei de Francfort, P. 9, T. 4, § 12, e com bellissimas rasões.

§ 35

Segundo caso. É questão controversa, se a prescripção póde ser forçosa para se conservarem as arvores plantadas ao principio sem deixar o intersticio legal? Muitos DD. se oppõem á prescripção por esta rasão: «Ubi est naturalis motus, ibi non est continua possessio, ideoque præscriptio locum non habet; quamobrem dominus arboris non est tutus ab arboris incisione; arbores namque propter naturalem motum, nunquam in eodem loco, et statu perma-

Digitized by Google

nent, sed quotidie se dilatant, et crescunt, et crescendo, et se dilatando gravant, nec proinde sinunt ullam unquam præscriptionem incipere, cum percipi nequeat principium extensionis, excessus et gravaminis.» Assim Pacichell., *de Distant.*, C. 11, n. 11, 12 e 13, Lazarin., ibidem, n. 60, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 13, n. 32, Gall., *de Fructib.*, Disp. 3, Art. 5, n. 54, Sabell., § *Arbor*, n. 10: «Non ita in suo statu et loco manet arbor, quemadmodum paries propter motum naturalem arboris, L. 7, ff. *de serv. Urb.*, Gotofr., ibidem, nihil enim tempore augetur, ut arbor».

§ 36

Pelo contrario Lazarin., ao mesmo Pacichell., C. 11, Membr. 2, n. 61, 62 e 63, discorre e distingue assim: «Contrariam opinionem sequitur Giovagnon., Respons. 30, per tot. Vol. 2, quem licet videatur non approbare Rot., in Romana sepis, et arborum allegata superius per Authorem, n. 13, et est decisio 914, coram Cerro. Attamen eadem Rot. ibi nihil firmat, sed refert tantummodo verba unius Partis, ibi: Altera pars asserebat non admitti in hac materia præscriptionem, et ulterius eadem Rota in Dec. 129, P. 17, refert quæ tempore est posterior, allegat et sequitur eundem Giovagnon. una cum aliis firmantibus per Legitimam præscriptionem 30 vel 40 annorum sublatam censeri querelam arborum cædendarum; additque ulterius eadem Rot. Contrariam opinionem Ruginell., et sequacium procedere tantummodo, quando concurrit mala fides respectu plantationis arboris, et deficit negligentia in vicino, qui de nimia arborum proximitate conquerit. Post has auctoritates prodit in scænam Solon. Campell., ad Decret. Urbin., Annot. 83, n. 53, et format quæstionem super præscriptione immemorabili, et Longissimi temporis, ac propter d. Rationem continui motus in arboribus inclinare videtur pro negativa, ut nempe, d. Longissimi temporis præscriptio non obstet arborum incisioni, quando in debita distantia non reperiuntur. Ego crede-

Digitized by Google

rem distinguendum, nam quando agitur de immemoriabili, vel centenaria non ita putarem arborum continuo cursui, et motui inhærendum, ut debeat judicari potius ex d. naturali cursu, quam ex præsumpto pacto, et concessione reperiri arbores in debita distantia, adeo ut, nisi pars postulans incisionem clare et concludenter probet arbores ab initio fuisse plantatas in debita distantia, et postea ex dilatatione radicum fuisse progressum truncum ad occupandum Legalem intercapedinem, nunquam mihi esset animum demandandi incisionem trunci, sed sinerem illum permanere in loco ubi reperitur, ut in facto pluries id ad praxim deduxi in Tribunali Magistrorum Justitiariorum cum Partium acquiescentia: Sin autem agatur de præscriptione ordinaria, cum hæc non det alium titulum præsumptum, præter se ipsum, fateor rem esse magis dubitabilem, nec adhuc occasio dedit super hoc judicandi: maximam attamen vim faceret auctoritas Sac. Rot. quem licet Solon. Campell. asserat non elidere fundamentum continui motus arborum, in d. Decis. 129, P. 17, recent. Attamen cum iste continuus motus etiamsi esset talis, qui posset arborem a Legitimo spatio ad non Legitimum sensum trahere, non possit asseri esse magis in parte respiciente fundum vicini, quam aliorsum, crederem proinde attendendas alias facti circumstantias, nimirum qualitatem, altitudinem, et situm fundi, ad dignoscendum utrum arbores facilius erga prædium vicini, quam erga partem alteram se potuerit dilatare. Quod si nullibi de d. dilatione appareat, tunc crederem ex evidentia facti cessare rationem continui motus, et cum Rot. in d. Dec. 129, P. 17, rec. sentire, quod Dominus arboris mediante præscriptione securus esset. Intelligendo tamen omnia prædicta de incidendo trunco arboris, nam de ramis stat firma conclusio desuper allata, n. 44, non obstante qualibet temporis intercapedine, quia vere in ipsis datur oculariter perpetuus motus considerátus a DD. cum quolibet anno crescant aut decrescant, vel tempore vel facto hominis per amputationem, et amittant, reassumantque folia, ex quibus maius,

Digitized by Google

vel minus damnum resultat vicino, et proinde in istis recte procedit, ut non detur univoca observantia, et per consequens nulla præscriptio; ac proinde sæpissime in dict. Tribunali ramorum vicino officientium amputationem demandavi». O mesmo Cardos., in Prax., verbo *Arbor*, n. 10, discorre assim: «Habens arborem plantatam juxta domum seu fundum alienum, utrum præscribat, ita quod si non distet novem, aut quinque pedes seu decem, vel quindecim, ut diximus, debeat evelli, vel non, et videtur quod sic, quia radices semper acrescunt, et illa quæ in arboribus eppullulant debent excindi, L. 1, ubi Doctor., C. *de Aquæduct.*, L. 11, Cap. d., § de arboribus in princ., sed tamen ubi arbor est permanens, et ubi rami non acrescunt, sufficit præscriptio decem annorum inter præsentes, et viginti inter absentes, quia habet causam continuam, et tunc fiunt jura, et qualitates prædiorum, et onera quæ prædia sustinere debent, L. 1, ff. *de Servit. Urban. præd. et instit. de Servit.*, § item urbanorum, et sufficit spatium decem inter præsentes, vel viginti annorum inter absentes ad illam servitutem acquirendam, L. 1 et 2, C., *de Servit. et aqua*, et L. *siquis diuturno*, ff. *si servitus vind.*, et datur eadem ratio, quæ datur in tigno immisso, et in servitute continua, L. 1, et L. *Servitutes*, ff. *de Servit. Urban. præd.*, non autem quando frondes seu rami acrescunt, quia tunc possunt, et debent excidi, sicut diximus per actionem negatoriam, L. *cum meus*, et L. *si quando*, ubi Bart., ff. *si servit. vindict.*, Merg., Cons. 34, n. 20, Albar., Cons. 72, n. 31, Molin., *de Just.*, Tract. 2, *de Delictis*, Disp. 699, sub n. 16 ☞. *Utrum*, discorre assim: «Utrum autem dominus arboris, cujus rami, ultra quindecim pedes a terra, pendent in agrum alterius, possit se adversus hunc alterum tueri præscriptione, quod sic pependerunt triginta aut quadraginta annis? Respondet idem Greg. Lop. cum eodem Luca de Penna. Quoad id, quod arbor crevit, aut produxit, infra triginta annos, et pendet, non esse locum præscriptioni.»

Digitized by Google

§ 37

As arvores têem diversos acrescimos, e consistencias e decadencias conforme as suas diversas especies, e diversos terrenos de que se nutrem. N'isto não póde dar-se regra certa. Uma vinha que todos os annos se poda, que sempre anda rasteira da terra, sustentada em um pequeno pau, que de annos em annos se corta a sua cepa mais abaixo para se renovar em alguma vergontea, ou que se corta pelo pé para se renovar em algum germen que brote da raiz, esta vinha, quanto a mim, no intersticio dos cinco pés (e ainda pelas rasões já ditas no n. 28) prescreve por dez annos. Se donos de predios confinantes têem cada um na contiguidade do seu arvores de mutuo, aindaque tacito, consentimento por dez, vinte e trinta annos, aqui ha um tacito e reciproco pacto; e aindaque um d'elles depois por alguma emulação (ou ainda sem ella) queira cortar da sua parte as arvores, eu conservaria as do vizinho, saltem até á consistencia em que estavam ao tempo que o vizinho rompeu o tacito pacto. Uma arvore velha que já ha mais de dez ou vinte annos está em consistencia sem crescer, antes decrescer, eu a conservaria por meio da prescripção; porque em tal caso cessaram as rasões que lhe obstavam (§ 35). Só não admittiria prescripção nas arvores que ainda crescem, etc. As que propendem sobre logares publicos nunca prescrevem, Cardos., verbo *Arbor*, n. 11, Conf. Ord., L. 1, T. 68, § 32.

§ 38

Terceiro caso. Este póde ser o que ponderei na nota ao § 28.

Digitized by Google

CAPITULO VI

Ramos e raizes das arvores, que plantadas deixada a legal distancia, crescem e se dilatam sobre ou por baixo dos predios rusticos e urbanos. Quando possam truncar-se. Como? Se por auctoridade propria, se pelo officio do juiz.

§ 39

Pelo que respeita aos ramos das arvores, ou elles propendem sobre predios urbanos, ou sobre predios rusticos. Se sobre os urbanos, sim houve opinião que as arvores se devem cortar pelo pé, e a radicibus, Gall., *de Fructib.*, Disp. 33, Art. 3, n. 17, Pecch., *de Servit.*, C. 7, Q. 2, a n. 14. Opinião bem fundada na L. 1, ff. *de Arbor. cæd.*, Molin., *de Just. et jur.*, Tom. 3, P. 2, *de Delict.*, Disp. 699, n. 14. Concorda Gravin., *de Orig. Jur. Civ.*, *de J. N. G.*, C. 35, Pacichell., *de Dist.*, C. 11, n. 45 e 46, Cardoso, verbo *Arbor*, n. 7, Krebs., P. 1, Class. 2, Sect. 3, §§ 10, 11 e 12, ampliando, aindaque as arvores fossem plantadas em legitima distancia, porque não só os ramos propendentes, mas as raizes penetrantes podem prejudicar as casas.

§ 40

Porém Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 13, n. 33 e 36, concilia, dizendo, que se a arvore ao principio foi plantada em legitima distancia, só se devem truncar os ramos propendentes sobre as casas, mas não toda a arvore; bem que o citado Molina diz que se deve cortar toda, *isto arbor a principio rite fuerit plantata.* N'esta variedade eu deixaria a decisão ao prudente arbitrio do juiz, sobre se cortar o todo da arvore, ou só os ramos propendentes; se bem que Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 27, § 2, só permitte o córte dos ramos prejudiciaes, sem distincção de estar o tronco dentro ou fóra do espaço legal.

Digitized by Google

§ 41

Parece que basta que o senhor da casa requeira extrajudicialmente ao dono da arvore, que lhe trunque os ramos, e que não o fazendo este póde aquelle então, por auctoridade propria, trunca-los, Gravin., supra, *v. Jussit enim Prætor,* o que assim tambem disse Barth. na L. 1, ff. *de arbor. cæd.,* Gallo, supra, n. 17, Muller, ad Struv., Exerc. 41, Thes. 48, Leyzer., L. 3, C. 11, n. 29. Porém a opinião mais justa defende que se deve recorrer para esse fim ao magistrado, Molina, supra, d. n. 14, Cardoso, supra, n. 8, Pacichell., *de Dist.,* C. 11, n. 12 e 18, Ferreir., *de Nov. Oper.,* L. 2, Disc. 13, n. 34. A praxe de proceder n'este caso bem a expõe o citado Cardoso, n. 9, ibi: «Praxis tamen observat quando arbor tua pendet in ædes meas, aut in meum fundum ut adeam judicem, et faciam tibi denunciare, ut adimas arborem tuam, vel detrunces, et de hoc fiat mandatum Judicis, et si tu fueris negligens postquam tibi judicis mandatum fuerit intimatum, et illam adimere, seu ramos illos quindecim pedes detruncare nolueris, aut aliquando constituitur tempus intra quod adimere debeas, et tunc si non adimas auctoritate propria id facere possum, cum neminem inveniam, qui me prohibeat.» O Cod. Civ. dos francezes, Art. 665, não distingue, mas só que póde constranger (o que parece pela via judicial) ao vizinho a cortar os ramos. Mas Krebs., P. 1, Class. 2, § 14, segue que o dono do predio urbano, depois de avisar o senhor da arvore, póde trunca-la, e ainda arranca-la, e se o dono da arvore o impede tem recurso ao interdicto.

§ 42

Se os ramos das arvores plantadas fóra do intersticio legal propendem sobre o predio rustico, devem truncar-se na altura de quinze pés de terra para cima, como determinava a lei das doze tábuas, renovada na L. 1, § 8, ff. *de arbor. cæd.,* Paul., *Sentent.,* L. 5, T. 6, § *Arbor quæ,* Gra-

Digitized by Google

vin., supra, Cardos., n. 7, Ferreira, n. 33, Conciol., *ad Statut. Eugub.*, L. 6, Rubr. 27, n. 1 e 6, Pacichell., *de Dist.*, C. 11, n. 18 e 44, Gall., *de Fruct.*, Disp. 33, Art. 3, sub n. 17, Molina, supra, n. 16, Pecch., supra, n. 19. E isto para dar logar a que entre e permeie o sol para a terra do vizinho, e não lhe prejudique a sombra dos ramos propendentes, DD. supra, Pecch., n. 22. Mas deve o vizinho prejudicado recorrer ao juiz, sem que possa arrogar-se á auctoridade propria, Molina, supra, et reliqui, § 41, ¥. Porém; ou depois de lhe fazer intimar um preceito judicial, com certidão da citação, ex Stryk., Vol. 3, Disp. 1, C. 3, n. 32.

Nota: Por direito romano os fructos, que d'estes ramos cáem sobre a terra do vizinho, pertencem ao dono da arvore, comtantoque dentro de tres dias os vá colher, ex L. 1, ff. *de Gland. legend.*, Gall., *de Fruct.*, Disp. 33, Art. 3, n. 8, Pacichell., *de Dist.*, C. 11, n. 47; porém pelo uso das nações esses fructos pertencem ao senhor do predio, sobre que propende a arvore em recompensa do prejuizo, Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, n. 13, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 28, § 1, Muller, ad Struv., Exerc. 41, Thes. 48, no fim, Thomas., *ad Pandect.*, L. 43, T. 28, adde optime Krebs., *de Lign.*, P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 15, e Class. 3, Sect. 2, §§ 5, 6 e 7. O citado Pacichell., n. 18, parece deixa ao arbitrio do dono do predio em que cáem os fructos dos ramos propendentes, ou aproveitar-se d'elles, ou requerer o córte dos ramos até á altura de quinze pés, e no n. 47 refere estatutos que dão ao vizinho os fructos que dos ramos propendentes cáem no seu predio. Já vimos (§ 30) a quantidade de cada pé geometrico.

§ 43

«Si arbor ex vicini fundo inclinata in tuum fundum sit; ex Lege XII. Tabularum de adimenda ea recte agere potes, jus ei non esse ita arborem habendi», L. 2, ff. *de arbor. cæd.* E isto pela acção negatoria, como commenta Gothofr. á mesma lei. Quid vero se a arvore propende ou cáe sobre logar publico? Está decidido na L. 2, § 40, ff. *Nequid in Loc. publ.*, ibi: «Si ex fundo tuo arbor in via

Digitized by Google

publica sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri (te) Labeo scribit; si tamen (inquit) actor sua impensa arborem tollere paratus fuerit, recte tecum acturum interdicto de via publica reficienda. Sed si pro derelicto non habeas, recte tecum agi hoc Interdicto», Krebs., *de Lign. et Lap.*, P. 1, Class. 1, Sect. 3, § 10, n. 4. Vej. *in Miscellanea.*

§ 44

Se as raizes das arvores plantadas na legitima distancia vem a transcender os fundamentos da casa do vizinho, e ameaçar-lhe ruina, supposto que Pecch., *de Servit.*, C. 7, Q. 2, n. 21, foi de voto que se deve cortar toda a arvore; comtudo que só se devam cortar as raizes é mais conforme á rasão e ao direito, Pacichell., *de Distant.*, C. 11, n. 46, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 13, n. 37, Molin., *de Just.*, d. Disp. 699, n. 15, Cardoso, verbo *Arbor*, n. 5. Porém Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, n. 29, diz que ou se deve cortar a arvore ou as raizes por auctoridade do juiz. Conf. Krebs., cit. ao § 39. N'esta variedade o arbitrio do juiz em uma inspecção ocular deve prevalecer.

§ 45

Aindaque a arvore plantada em uma terra estenda as raizes para a do vizinho, e d'esta se alimente e nutra, fica comtudo propria do vizinho em cuja terra se plantou. Sempre o prejuizo que as raizes causam ao vizinho deve occorrer-se, Struv., Exerc. 41, Thes. 48, Arouc., in L. 5, ff. *de rer. divis.*, n. 24, Cæpol., *Urban.*, C. 81, n. 9 e 10, Sabell., § *Arbor*, n. 10, v. *Quod siquis.*

§ 46

Se porém o vizinho a cujo predio transcendem as raizes póde por auctoridade propria corta-las? O sentimento

Digitized by Google

commum dos DD. é que deve recorrer ao officio do juiz, Arouc., supra, Pacichell., *de Distant.*, C. 11, n. 42, Cæpul., *Urbanor.*, C. 81, n. 10, Cardos., verbo *Arbor*, n. 6; e quando transcendem ao predio rustico, Krebs., P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 14, n. 2, Cost., *de Rat.*, Q. 46, a n. 12.

Nota: O moderno Cod. Civ. dos francezes, Art. 665, dispõe, pelo contrario, que se as raizes avançam sobre a herdade do vizinho, póde este corta-las por si mesmo. Eu julgo racionavel esta legislação; se o vizinho a que prejudicam as raizes as corta na sua propria terra, sem exceder os limites d'ella, porque usa de um consequente do seu dominio, qual o de cavar no que é seu, defende a liberdade, occorre ao prejuizo, etc., o que bem se comprova com as doutrinas de Strykio, Vol. 5, Disp. 5, *de damno rebus alienis licite illato*, C. 3, a n. 36 e 61, Barbos. et Tabor., L. 4, C. 26, Axiom, 5. Se porém o vizinho para occorrer ao damno causado das raizes das arvores do vizinho vae cavar, ou precisa cavar na terra d'elle, isto é illicito, Stryk., supra, Barbos. et Tabor., supra, Axiom. 8. Conduzem as doutrinas de Pereira, Dec. 33, a n. 2. Só n'este caso será praticavel a opinião referida ao § 46, para se dever recorrer ao magistrado.

§ 47

«Non solum autem dominio ædium, sed etiam ei, qui usumfructum habet, competit hoc Interdictum; quia et ipsius interest, arborem istam non impendere. Præterea probandum est, si arbor communibus ædibus impendeat, singulos dominos habere hoc Interdictum, et quidem in solidum; quia et servitutum vindicationem singuli habeant», L. 1, §§ 4 e 5, ff. *de arbor. cæd.* Conf. Krebs., *de Lign. et Lap.*, P. 1, Class. 2, Sect. 3, § 7, n. 8.

Nota: Sobre a prescripção dos ramos já está dito no Cap. 5.

Digitized by Google

CAPITULO VII

Dominio das arvores e provas d'elle

§ 48

Arvores que existem em um predio se presumem parte d'elle, emquanto se não prova o contrario, Cod. Civ. dos francezes, L. 2, T. 2, pag. 53, ¥ *Les arbres,* Krebs., P. 1, Class. 3, Sect. 1, § 1. Já vimos no § 16 que as arvores mandadas plantar pelos vereadores nos baldios ficam para os concelhos entre os bens proprios d'elles, e que as plantadas pelos particulares ficam do seu dominio emquanto existem, e que as nascidas naturalmente são do moderado uso commum; as nascidas naturalmente junto aos caminhos, ou ahi plantadas, pertencem aos senhores dos predios vizinhos, Portug., *de Donat.,* L. 3, C. 3, n. 53, Romaguer., *ad Statut. Eugub.,* L. 6, Rubr. 18, n. 8, Gob., *de Aquis,* Q. 21, sub n. 20, Pecch., *de Aquæduct.,* L. 1, C. 4, Q. 6, n. 85, Altim., Tom. 4, Q. 15, n. 201. Porém o contrario seguem Conciol., supra, n. 6, e Arouc. na L. 5, ff. *de rer. divis.,* n. 30. O uso e posse é que deve decidir da publicidade ou particularidade de taes arvores.

§ 49

As arvores que nascem ou se plantam nas ribanceiras dos rios publicos são proprias dos donos dos predios adjacentes, Portug., *de Donat.,* L. 3, C. 4, n. 55, Gob., *de Aquis,* Q. 21, n. 20, Pecch., *de Aquæduct.,* C. 4, Q. 6, n. 80, Arouc., in L. 5, ff. *de rer. divis.,* n. 22, regra que o mesmo Arouca no n. 23 amplia: «Si in confinio ripæ quod duo diversorum dominorum prædia respiciat, arbor nata sit, utriusque domini sit communis; non minus quam pro rata terræ, et quoad fructus et succisa, communis est arbor (et lapis) quæ in confinio nata, per utrumque fundum

Digitized by Google

æqualiter se extendit... invito consocio non posse socium in hoc casu incidere arborem, vel glandem ex arbore, nisi pro parte sua, quin alias teneatur ad omne damnum et interesse». No n. 25: «Etiamsi aliena fuerit arbor, nam si in mea ripa, vel in meo fundo radices egerit, et coaluerit, mea fiet, nec jam a domino vendicari potest; nec ego adversus dominum antiquum ad tollendum agere, quod utique possemus, si nondum coaluisset, etc.» Acrescentando no n. 26: «Quod in tantum verum est, ut nec postea succisa, vel evulsa, ad priorem dominum arbor, quæ in meo caluit, et radices egit, quasi postliminii jure revertatur, nec antiquus dominus eam valeat vindicare, quæ jam non ea, sed alia, alio terræ alimento facta est, etc.» E continua: «Ut cædendi et incidendi arborem jus habeat dominus ripæ, qui dominus est arboris; dum tamen publicæ utilitati, publico ripæ usui in eo non officiat, etc.» E no n. 28: «Ut fructus ipsius arboris, quæ in ripa nata sit, ad dominum ripæ, et arboris pertineat, etc.» Conf. Bagn., C. 14, n. 506, Card. de Luc., *de Regalib. in Summ.*, n. 132, Altim., Tom. 4, Q. 15, n. 174. Vej. ad omnia Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 15.

Nota: Que é o que propriamente se diz ribanceira (para este fim do dominio das arvores e para outros) vide cum reliquis Gob., *de Aquis*, Q. 21, a n. 7, adde Vin., ad § 4, Inst., *de Rer. divis.*, ubi optime.

§ 50

As arvores que se acham nos confins de dois predios, e no meio dos mesmos confins são communs, Cod. Civ. dos francezes, Art. 666, e se presumem communs, L. 19, ff. *Commun. divid.*, Conciol., *ad Statut. Eugub.*, L. 6, Rubr. 27, n. 5, Arouca, in L. 5, ff. *de rer. divis.*, n. 23. Porém Sabell., § *Arbor*, n. 6, regula pela posse, ut ibi: «Arbores in confinio existentes intelliguntur esse illius, in cujus fundo radices immiserunt, vel communes si ad utrumque se extendant, nisi ab uno tantum possideantur,

Digitized by Google

et intelligendo quoad radices ab initio immissas, secus si postea, etsi non etiam in alterius fundo radices immiserint, ex quibus vivere possent, vel nisi obstet alterius longæva possessio; etc.» Conf. Pacichell., *de Distant.*, C. 8, n. 12, ibi: «Sic arbor in confinio duorum communis est. Optime Ruginell., in Tract. *de Arbor.*, C. 7, n. ult. qui advertit., n. 28, habentes arbores ab utraque fovæ parte non supponi communis, cum de eis judicandum sit, prout ab uno magis, quam ab alio deglabentur, Natta in Cons. 672, n. 19, sicuti etiam arborum judicandus esset possessor, qui fossas mundaverit, vel frondes collegerit. Secus tamen est si arbor in communi sit plantata fossato, quia communes etiam fructus erunt, quemadmodum si unius, ejus tantum solius». Aliter Leyser., *Jur. Georg.*, L. 3, C. 11, n. 26, ibi: «Arbor autem prope confinium posita si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit, § 31, *J. de rer. divis.*, et L. 7, § 13, in fin., ff. *de Acquir. rer. dom.*, non quidem pro indiviso, sed pro regione cujusque prædii, L. 8, in pr., ff. eod. adeo et cum succisa sit, ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte in fundo fuerit, ut postea tantam partem uterque in arbore habeat, quantam et in terra habebat, L. 38, ff. pro Soc. Licet enim, in L. 6, § 2, ff. *arbor furt. cæs. dicatur*, quod si vicini radicibus arbor alatur, tamen ejus sit, in cujus fundo origo ejus fuerit. Hoc tamen locum tantum habet vel (1.°) in arbore recenti, non in ea, quæ est justæ magnitudinis; cum enim hæc poscat radices ampliores in alendo fundo, plus habebit ille, in cujus prædio extendit maiorem partem radicum pro arbitrio judicis, qui propterea debet accedere in rem præsentem, et visitare arborem cum scrutatione loci radicum, quam is, in cujus fundo planta erat enata, d. L. 38, ibique Gothofr., vel (2.°) procedit in dubio, quia arbor præsumitur illius, in cujus fundo habet stipitem, vel (3.°) obtinet in arbore, quæ potest vivere ex solis radicibus, quæ sunt in solo, unde ducit originem», Krebs., P. 1, Class. 3, Sect. 3, § n. 4, diz assim: «Pro regione utriusque prædii certis partibus, et linea di-

Digitized by Google

versæ quasi perpendiculo ex arbore summa in confinii lineam dimissa; utque sic non semper pro parte dimidia, sed interdum pro 3.ª aut minori intelligenda est communio, prout radices cujusque fundo depastæ sunt, et maius, vel minus nutrimentum trahunt», Cost., *de Rat.*, Q. 46, n. 8.

§ 51

Que as arvores plantadas no solo e terreno alheio, uma vez que lancem raizes e estejam pegadas á terra são do dono do predio, e cedem ao solo, é commum dos DD. Sabell., § *Arbor.*, n. 7, L. 7, § 13, ff. *de acquir. rer. domin.*, § 31, Instit., *de rer. divis.*, Struv., Exerc. 41, Thes. 48, Arouca, in L. 5, *de rer. divis.*, n. 24; bem que o dono da arvore plantada com boa fé recebe o preço do senhor do predio, Richer., *Univ. Jurisp.*, Tom. 3, §§ 625 e 626. Em contrario Mello Freire, L. 3, T. 3, § 9, seguindo a Grot., *de J. B. et P.*, L. 2, C. 8, § 22, tem que o senhor da arvore a póde reivindicar, Arouca na L. 5, ff. *de rer. divis.*, n. 25 e 26, faz differença entre a boa e má fé com que a arvore se planta na terra alheia. Porém o Cod. Civ. dos francezes faz a differença de Arouca na L. 2, T. 2, e na sua exposição pag. 41 e 42. Mas Krebs., Class. 3, Sect. 4, § 3, é digno de ser visto e no § 14, aonde confutou Grocio e Puffendorf, em que se fundou esta exposição da lei franceza.

§ 52

O mesmo procede sem rasão de differença nas arvores, que a inundação de aguas leva de um predio, e deixando-as em outro lançam ahi raizes; porque depois de pegadas á terra cedem ao dono do solo, ex § 21, Instit., *de rer. divis.*, L. 7, § 2, ff. *de acquir. rer. domin.*, Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, n. 24, Bagn., C. 14, a n. 509, aonde adverte que antes de pegada a arvore, póde o dono antigo d'ella reivindica-la e depois de pegada sómente o seu valor.

Digitized by Google

§ 53

«Vendito vel locato fundo vel prato, etiam arbores venditæ et locatæ intelliguntur, quæ non constituunt separatum corpus a fundo.» Arouca, in L. 5, ff. *de rer. divis.*, sub n. 27; porém de Luca, ad Gratian., C. 165, n. 1, distingue, ut ibi: «Quærit Gratian., n. 1 et seqq. an locato prato veniant nedum herba spectans ad pratum, verum etiam fructus arborum, qui sunt in prato? Distinguit, utrum sit locata herba prati, vel locati fructus prati? Primo casu non veniant, secus in secundo ex Rebuff., in d. L. *pratum*. Et locato simpliciter prato, quamvis ex vi verborum arbores non veniant, nec fructus arborum, nihilominus ratione accessionis tanquam pars rei veniant arborum fructus, et pœna contra dantem damnum in prato ex maioritate rationis incidens arbores venit, ita Alciat., in d. L. *pratum*, cum excellentiores sint arbores et magis honorabiles, Cassan., *in Catal. glor. mund.*, Cons. 89, Vol. 1». Sed vide Pacion., *de Locat.*, C. 23, e mesmo nas arvores cortadas, mas que como, v. g., estacas de oliveiras estavam destinadas para ahi se plantarem, aliter se para se plantarem em outra parte, Krebs., P. 1, Class. 6, Sect. 1, §§ 6 e 7.

§ 54

«Siquis autem vendiderit fundum, deductis arboribus, hujusmodi exceptio non valet, sicut siquis vendiderit domum excepta superficie, vel vitiatur in totum.» Ita Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 16, n. 38, que segue Arouca na L. 5, ff. *de rer. divis.*, debaixo do n. 27.

Nota: Porém a lei de 9 de julho de 1773, § 11, suppõe n'este reino haver arvores em terras alheias, dando as providencias para se venderem aos donos dos predios, e livralos d'estes estorvos. Esta adquisição de arvores em terras alheias só póde attribuir-se ou a reserva d'ellas na venda dos predios, ou a legados, ou a compras das arvores mesmo separadas dos predios, para ahi existirem perpetuamente em

Digitized by Google

beneficio do comprador, ou a partilhas entre os coherdeiros para regularem as suas igualdades. Optime Krebs., *de Lign. et Lapid.*, Class. 3, Sect. 1, § 2, n. 2, e Class. 4, Sect. 3, § 9, n. 2 e 4, e Sect. 13, § 1. Emquanto o dono do predio não usa da providencia da dita lei póde vir em duvida, se, extincta por velhice essa arvore, ou por força de ventos, se fica subrogada alguma, que de novo rebenta em seu pé e raiz. É questão sabbatina, de qua Gloss., in L. *obligationem fere*, § penult., ff. *de Action. et oblig.*, Cæpol., *Urban.*, C. 81, n. 16, que Cæpola não decide mas a decide Mantic., *de Tacit.*, L. 4, T. 16, n. 40, ibi: «Sed si venditor excipit arborem in fundo, et arbor exaruit, et fuit incisa; deinde pullulavit; quæritur, an illa pertineat ad emptorem? Et hanc quæstionem sabbatinam dicit glo. in L. obligationem... quæ distinguendo solvitur; nam si arbor fuit excepta ratione fructuum, tunc etiam solum intelligitur exceptum; et consequenter pullulationes, et pedamenta, quæ sunt apta ad producendos fructus, sunt venditoris; sed si arbor fuit excepta causa habendi ligna, illa pertinet ad emptorem». Segue-o Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 1, n. 23. Mas Krebs., Class. 3, § 6, n. 5, e Class. 4, Sect. 13, § 1, distingue que, v. g., se o vendedor exceptuou a arvore só com as vistas no fructo, a que renasce é sua; se a exceptuou só com as vistas na madeira d'elle, a que renasce é do comprador.

§ 55

«Qui emit arborem non intelligitur emere solum, et licet arbor non possit tradi, nec dominium transferri absque solo: tamen venditio valet, et potest agi ad patientiam, quæ habetur loco traditionis.» Mantic., *de Tacit.*, supra, n. 39, ex L. Quintus 40, ff. *de actionib. empt.* Conf. Arouc., in L. 5, ff. *de rer. divis.*, sub n. 27, Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 11, n. 20, ibi: «Sed qui emit arborem, non intelligitur emere solum, et quamvis arbor non possit tradi, nec dominium transferri absque solo, tamen venditio valet, et potest agi ad patentiam, quæ habetur loco traditionis, etc.» Mas o que compra o predio comprehende a arvore, se o vendedor a não exceptua, Krebs., P. 1, Class. 3, Sect. 1, § 2, n. 4.

Digitized by Google

Nota: Como as arvores emquanto affixas ao solo se reputam bens immoveis (§ 9) não póde o marido vende-las sem consentimento da mulher, Arouca, supra, sub n. 27.

CAPITULO VIII

Quaes arvores podem cortar ou de quaes aproveitar-se: 1.°, os usufructuarios; 2.°, os emphyteutas; 3.°, os arrendatarios; 4.°, os administradores dos morgados e fideicommissos; 5.°, os compradores com o pacto de retrovendendo; 6.°, os parochos e prelados nos bens das igrejas; 7.°, os maridos nos bens dotaes, etc.

SECÇÃO I

Quanto aos usufructuarios

§ 56

O Cod. Civ. dos francezes, L. 2, T. 2, C. 1, § 1, desde o Art. 583 até 587, compendiou tudo quanto de jurisprudencia mais solida e racionavel havia a este respeito, segundo as leis romanas e opiniões dos DD. n'estes termos, ibi: «583. Si l'usufruit comprend des bois taillés, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires; sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de tailles, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance. Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader ne font aussi partie de l'usufruit qu' à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement. 584. L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties des bois de hautes futaies qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris

Digitized by Google

indistinctement sur toute la surface du domaine. 585. Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie; il peut seulement employer, pour faire les reparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident; il peut même pour cet object en faire abattre, s'il est necessaire, mais à la charge d'en faire constater la necessité avec le propriétaire. 586. Il peut prendre dans les bois des échalas pour les vignes; il peut aussi prendre sur les arbres des produits annuels ou periodiques, le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires. 587. Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres». Todas estas determinações do Cod. Civ. dos francezes são fundadas nas leis e rasões que expozeram seus auctores, e podem todas comprovar-se, e cada uma em particular pelas doutrinas dos DD., com os quaes optimamente Lagun., *de Fructib.*, P. 1 e 6, tot. ex professo Castill., *de Usufr.*, C. 25, Bagn., Dec. 40, Gall., *de Fructib.*, Disp. 3, Art. 5, Voet., *ad Pand.*, L. 7, T. 1, n. 22, Domat, *Loix civiles*, L. 1, T. 1, Sect. 1, Art. 16 e seg., pag. 98, Lazarin. ad Pacichell., *de Distant.*, C. 11, a n. 64, Zoez., ad T. ff. *de Usufr.*, n. 6 e 17, Leyser., *Jus Georg.*, L. 1, C. 32, n. e melhor Angel., *de Impens.*, Art. 23. Sobre todos e melhor Krebs., *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 6, Sect. 1, § 2, omnino videndus.

SECÇÃO II

Quanto aos emphyteutas

§ 57

Podèm os emphyteutas cortar o que propriamente são silvas ceduas, não excedendo o uso costumado do córte d'ellas, e com a economia e prudente arbitrio, como devem usar os usufructuarios, Leyser., *Jus Georg.*, L. 1, C. 15,

Digitized by Google

n. 24, Fulgin., *de Jur. Emphyt.*, in T. *de Var. Caducit.*, Q. 2, n. 53, 54 e 55, Gall., *de Fructib.*, Disp. 26, Art. 1, sub n. 7, v. *Secundus*, Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, a n. 22.

Nota: Advirta-se porém que o direito dos emphyteutas, que têem o dominio util é maior e mais amplo que o dos usufructuarios, Gallo, supra, sub n. 6, Fulgin., sub n. 65, e consequentemente maiores as liberdades na materia sujeita, Vallasc., Cons. 50, sub n. 9, Pinheiro, Disp. 8, Sect. 4, sub n. 60, Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 5, § 9.

§ 58

Podem cortar as arvores grandes infructiferas, que não produzem utilidade alguma (não bastando a do córte dos ramos) e que só servem para madeiras, e para se venderem; et maxime plantando outras em seu logar, Gall., supra, n. 5, Fulgin., n. 57 e 58. Em contrario: «Arbores proceræ, sive grandes, quæ, ut cædantur non sunt destinatæ, in fructu non sunt, nec per emphyteutam excidi poterunt. Et idem de arboribus grandibus, quæ ob frondositatem habentur, ut deambulationes opacas, et amenas reddant, quia in fructu non sunt». Lagun., *de Fructib.*, P. 1, Cap. 6, a n. 36, Conf. Pacichell., *de Distant.*, C. 11, n. 65: «Nisi hujusmodi arbores soleant excidi ad usum lignandi, ædificandi, vel ad quempiam alium usum, quo hujusmodi arbores fuerint destinatæ», Lagun., supra, n. 41.

Nota: Se o todo ou a maior parte dos predios emphyteuticos consistir em matas silvestres de paus altos, como castanheiros bravos, carvalhos, alamos, freixos, etc., e o córte d'estas arvores de annos em annos seja o principal rendimento do prazo; eu dissera que, aindaque taes arvores infructiferas não se reputem entre as ceduas, como o seu principal rendimento consiste no córte das madeiras para edificios e para lenhas, sendo este córte regulado por um prudente e bem economico arbitrio, é permittido ao emphyteuta, não digo só para o seu uso e refeição das casas do praso (o que é sem duvida, como logo veremos), mas ainda para vender (a menos

Digitized by Google

que se não faça uma grande devastação, que destrua por muitos annos o rendimento de taes arvores, Pacion., *de Locat.*, C. 54, n. 15). O mesmo procede quanto aos arrendatarios, quando principalmente de que pagam rendas, são matas de altas arvores. Vej. Posth. Civ., Res. 136, a n. 52.

§ 59

Póde o emphyteuta cortar arvores, ou para refeição das casas tambem emphyteutas, ou as madeiras necessarias para a refeição dos predios, quando para esse fim forem precisas; mas com prudencia e discrição, cortando as annosas e velhas, Fulgin., *in T. de Var. Caducitat.*, Q. 2, n. 63; e comtantoque sejam arvores de fructo, como conciliando varias opiniões, Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 49, 50 e 51. Não póde porém cortar madeiras para fazer de novo casas, conforme a melhor opinião, que contra Mantic. defende Fulgin., n. 65.

§ 60

Quando pelo córte das arvores infructiferas o predio se transtorna mais fertil, e productivo de melhores e mais copiosos fructos, podem em uma opinião cortar-se pelo emphyteuta, Lagun., supra, n. 44, Begnudell., § *Arbor*, n. 4, Fulgin , supra, n. 62, ibi: «Declara quinto, nisi fundus ex incisione hujusmodi arborum fieret fructuosior, quam antea esset... Unde incidendo arbores opacas, sive quæ umbram summam efficiunt, ut quando nimia densitas noceret arboribus et fructibus ab eis ferendis, et impedirent augmentum fructuum, et utilitatem aliarum arborum sufficientum Prædio, non privaretur jure suo, etc.» Cyriac., Contr., Tom. 4, Contr. 632, n. 22, 23 e 24, aonde diz que o mesmo procede quando as arvores assombram muito e prejudicam a outra melhor fructificação e occupam a terra inutilmente, ut ibi: «Nam ubi incisione arborum fundus fit fructuosior sine ulla licentia, et absque metu caducitatis, et circumscripto hoc pacto potest emphyteuta

Digitized by Google

facere hujusmodi incisiones... Hinc est quod si arbores habeant umbram nocivam, eos sine licentia, et citra aliquam pœnæ incursionem potest incidere emphyteuta... Arbor enim, quæ inutiliter occupat terram, succidenda est». Esta opinião defende nervosamente Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 5, §§ 10 e 11, respondendo a todas as objecções contrarias.

§ 61

Porém o citado Lagunez, a n. 45, entende: «Si aliquas dumtaxat arbores excidantur, vel earum rami putentur, ut fæcundiores alii reddantur; secus vero si omnes devastentur, et ita forma et rei substantia mutetur; quia tunc potius destructio, et extirpatio esset, quod non licet». E isto ainda quando o emphyteuta queira extirpar totalmente uma silva cedua, ou não cedua, para a reduzir a vinha, olival ou prado; porque não lhe é licito mudar totalmente a fórma e substancia do predio, aindaque com o destino de o fazer mais fertil, Lagunez, supra, n. 30, 31 e 32. Mas em contrario, que o emphyteuta póde cortar as matas e plantar vinha, quando o olival era caduco, como refere julgado Vallasc., Cons. 50, que segue Pinheir., *de Emphyt.*, Disp. 8, Sect. 4, n. 59, maxime sendo este o costume, Gam., Dec. 147. Bem que em Vallasc. se vê que o accordão deixou ao arbitrio do senhorio constranger o emphyteuta a que tornasse a plantar de novo o olival.

Nota: «Limitat vero traditam resolutionem Molina, n. 8, ut procedat, quando a principio Emphyteuticatum fuit solum, in quo vinea, vel olivetum plantatum est: vel quando Emphyteuticatum fuit prædium magnum, cujus aliqua pars erat domus, vinea, olivetum, vel silva cædua: non autem quando a principio tantummodo fuit Emphyteuticata vinea, olivetum aut silva, non vero solum, seu terra, quæ illis consita erat; quod tunc per totalem destructionem plantarum contractus Emphyteuticus finiatur, atque in optione domini sit, vel usurpare solum, et cogere Emphyteutam ad solvendum interesse; vel eundem cogere, ut reparet. Quæ limitatio vera est, illamque attingit Barbos., d. n. 19 fin.» Pinheir., supra. Limita

Digitized by Google

tambem Krebs., Class. 4, Sect. 5, § 8, n. 7, quando das matas se pagavam ao senhorio lenhas como pensão annua.

§ 62

Podem os emphyteutas aproveitar-se das arvores seccas ou arrancadas por força de ventos, Pacichell., *de Distant.*, C. 11, n. 68, Fulgin., *de Jur. Emphyt. in Tit. de Var. Caducit.*, Q. 2, n. 45; sem necessidade de subrogar outras, Fulgin., n. 73.

§ 63

Quanto ás arvores fructiferas é certo que o emphyteuta não as póde cortar, e cortando-as incorre em commisso, Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 39 et 40, optime Pecch., *de Servit.*, C. 8, Q. 28, a n. 82, Fulgin., supra, n. 51, Pacion., *de Locat.*, C. 54, n. 24. Variam porém os DD. sobre o numero de arvores fructiferas cortadas, que possa fundamentar a pena de commisso como deterioração notavel. Porém isto é arbitrario ao julgador, Pecch., supra, a n. 90, Fulgin., supra, a n. 37, Ciarlin., Contr. 2, n. 58, Mantic., *de Tacit.*, L. 22, T. 29, a n. 20. A menos que não haja pacto expresso de não cortar arvores; porque então cessa o arbitrio do juiz sobre a quantidade que forme deterioração Pecch., n. 96 e 97, Pacion., supra, n. 40. Não bastando para evitar o commisso incurso pela grande deterioração, mostrar o emphyteuta plantadas de novo outras muitas arvores, pelas rasões que expõe o citado Pecch., a n. 101. Sed vide Gam., Dec. 17, n. 1, e Pinheir., *de Emphyt.*, Disp. 8, Sect. 4, n. 62, aonde distingue, que: «Si deterioratio, et melioratio facta sit in eadem re secundum diversas partes, ut in eadem fundo, vel in eadem domo, tunc bene compensari deteriorationem nullamque partem amitti. Secus autem si deterioratio sit facta in una re, et melioratio in alia distincta ejusdem Emphyteusis; tunc enim amitti rem deterioratam, non obstante melioratione alterius... Quæ distinctio mihi placet, et confirmat

Digitized by Google

satis limitationem num, præcedenti positam circa resolutionem principalem». Aliter Pacion., *de Locat.*, C. 54, n. 17 et 18.

§ 64

Quizeram alguns DD. que o emphyteuta póde cortar sem pena de commisso as arvores que elle plantou, Fulgin., supra, n. 67 e 68: «Sed considerandum est, quod Alex., ibid. hoc non dicit, sed inquit, si arbores, quas plantavit emphyteuta, evellantur a terra casu aliquo, puta vi ventorum; tunc sunt plantantis... Juste igitur capit emphyteuta arbores, quas plantavit, si vi ventorum evellantur; quod intellige, nise respondeat Domino partem fructuum, ut supra diximus, n. 58, quia nutrimento terræ grandes factæ sunt, sicuti juste quoque caperet cæmenta et rudera; si domus ab eo constructa casu rueret... Quia emphyteuta tenetur de natura contractus meliorare, et plantare; et licet arbores sint ab eo plantatæ; tamen nutrimento terræ factæ sunt grandes, ut supra dictum est, et meliorationes culpa Emphyteutæ ad Dominum, et potest sine licentia domini vendere, et multo minus poterit evellere... Et alia ratione comprobatur, quia, si adesset in investitura pactum, quod finita Emphyteusi, meliorationes reverterentur ad Dominum, non posset, neque ipse, neque ejus heres repetere; præterea meliorationes postquam factæ fuere, dicuntur ad solum pertinere,... et ejusdem juris æstimantur, cujus fundus; ut scilicet, si fundus est feudalis, vel Emphyteuticus, ipsa quoque melioramenta talia sunt, et pro directo spectant ad dominum, pro utili ad Emphyteutam, etc.» Fulgin., n. 69 et 70, Conf. Pacion., supra, n. 19, ibi: «Imo fortius etiam si ipse Emphyteuta, arbores, quas succidit, plantasset, vel domum, quam devastavit prius ædificasset, adhuc posset propter succisionem, vel devastationem prædictam expelli, etc.» Sobretudo o exposto a § 57. Veja-se Krebs, P. 1, Class. 4, Sect. 5, tot., ubi non plus ultra.

Digitized by Google

Nota: Nos casos em que o emphyteuta não tem direito para se aproveitar de arvores, e é exculpavel do commisso, sempre fica responsavel ao senhorio pela refeição dos damnos, Pecch., *de Servit.*, C. 8, Q. 28, a n. 106.

SECÇÃO III

Quanto aos arrendatarios

§ 65

O arrendatario deve restituir, findo o tempo do arrendamento, a cousa no estado mesmo em que a achou, e é responsavel pelas deteriorações, Cod. Civ. dos francezes, L. 3, T. 8, Art. 1787. O que na materia sujeita se não permitte ao usufructuario (ut a § 56) tambem não ao colono, imo menos a este que áquelle, Posth. Civ., Res. 136, a n. 57.

§ 66

Ora a L. 25, ff. *Locat.*, §§ 4 e 5, é bem expressa, ut ibi: «Culpæ etiam ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias ejus vicinas arbores exciderit, § 5. Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia, et ex lege duodecim tabularum arborum furtim cæsarum et interdicto quod vi aut clam: Sed utique Judicis, qui ex locato judicat, officio continetur, ut cæteras actiones locator omittat». Não menos a L. 45, ff. *de Jur. Fisc.*, § 13, ibi: «Conductor ex fundo fiscali nihil transferre potest; nec cupressi materiam vendere, vel olivæ, non substitutis aliis, cæterasque arbores pomiferas cædere: et facta ejus rei æstimatione, in quadruplum convenitur». Esta é a regra geral, de que Pacion., *de Locat.*, C. 54, a n. 10. E não só é responsavel aos senhorios pelos damnos. ex DD. LL., Pacion., a n. 11, mas o córte de arvores é uma malversação que póde fundamentar expulsão durante o tempo do arrendamento, Pacion., a n. 12, ficando de

Digitized by Google

mais a mais o arrendatario responsavel pelos damnos e interesses, Posth. Civ., Res. 136, a n. 7.

§ 67

Só sim o arrendatario póde cortar no tempo do seu arrendamento da silva cedua, como especie de fructo, e utilisar-se d'ella, Pacion., *de Locat.*, C. 54, n. 32, Lagun., *de Fructib.*, P. 1, Cap. 6, a n. 9, 22 e 30, e tambem as germinaes que nascem e rebentam nos pés das arvores grandes. Vej. Posth. Civ., Resol. 134, a n. 3, e a n. 49; não podendo porém devastar totalmente a silva cedua para reduzir o terreno a melhor cultura e producção, Lagun., n. 30 e 31. Nem tão pouco no ultimo anno póde prevenir os córtes do que são silvas ceduas, estrumes, etc., que ainda não estão na sazão do córte, conforme o regular costume; aliás está responsavel aos damnos, Gall., *de Fruct.*, Disp. 28, Art. 1, a n. 33, Pacion., *de Locat.*, C. 29, a n. 76, e Cap. 65, a n. 10, Guerreir., Tr. 3, L. 7, Cap. 11, n. 115, Voet., *ad Pandect.*, L. 19, T. 2, n. 29, Struv. e Mull., Exerc. 24, Thes. 14, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 29, Art. 2, a n. 100.

§ 68

Qual seja a damnificação consideravel pelo córte das arvores, para o fim da expulsão do colono (alem da estimação do damno, ut § 66), durante o tempo do arrendamento, é arbitrario ao julgador, Menoch., *de Arbitr. Jud.*, Cas. 78, n. 7, Cyriac., Contr. 268, n. 11, Pacion., *de Locat.*, C. 54, n. 23. Porém como este arbitrio deve ser bem regulado, e não laxo e desenfreado, Pacion., supra, n. 24, Pecch., *de Servit.*, C. 8, Q. 23, n. 91, Ciarlin. 10, n. 83; por isso o mesmo Pacion. desde o n. 29 v. *Sed circa* até o n. 32, diz ut ibi: «Sed circa alia damna, verbi gratia, si agatur ad expulsionem conductoris, ex eo, quod inci-

Digitized by Google

derit arbores frugiferas in illa quæstione, de qua supra, quot arbores sufficiat eum incidisse ad hoc, ut expelli possit, in qua Menoch., *de Arbitr. d.*, Cas. 78, sub n. 8, reprehendit Jason. et male eum sensisse opinatur in Cons. 17, n. 2, L. 1, dum scripsit duarum incisionem non esse sufficientem, videtur recorrendum ad inspectionem qualitatis fundi locati, et ex ea arbitrandum, an considerata etiam qualitate ipsarum arborum deterioratio sit considerabilis. Poterit enim prædium esse adeo magnum, et arboribus abundans, ut duarum arborum incisio non sit considerabilis, et sic vera sit traditio Jasonis, cum qua etiam consonant Roland., Cons. 49, n. 19 vers. Sed præmissis, Lib. 2, Beron., Cons. 120, n. 24, Lib. 1, Giovag., Cons. 15, n. 3, L. 2, qui loquitur de quinque arborum incisione, et eam non esse notabilem vult Rossentall., *de Feud.*, C. 10, Conclus. 33, n. 40, Castill., *de Usufr.*, C. 24, n. 19, in fin. et his aliisque adductis late eandem opinionem tuetur Ciarl., Contr. 2, n. 57, et seqq., ubi n. 59, prætendit, quod cum hæc res fuerit determinata a tot famosis Jureconsultis, debeat cessari Judicis arbitrium; sed famosi Jureconsulti præfati, ut plurimum loquuntur in casibus particularibus, a quibus in proposito non potest resultare regula generalis propter bonorum locatorum, et ipsarum arborum diversitatem a Judice considerandum. An videlicet essent virides, et frugiferæ, etc.» Acrescenta o mesmo Pacion., n. 40, 41 e 42, ut ibi: Et considerari debebit etiam qualitas locationis circa pacta in ea conventa, nam si in ea expresse dictum si quod concedebatur res ad meliorandum, non autem ad deteriorandum, tunc quia hoc pactum debet aliqui operari, et in emphyteusi, licet naturaliter insit, ut fiat ad meliorandum, tamen stante dicto pacto concurrunt duo vincula, quæ magis ligant conductorem, ut non possit deteriorare, sequitur dicendum, ut minor deterioratio sufficiat... Sic, ubi conductor promisisset uti re arbitrio boni viri, minor deterioratio sufficeret ad hoc, ut dicatur contravenisse conventis, unde in specie quæstionis, de qua supra, quot arbores sufficiant ad hoc.

Digitized by Google

ut Emphyteuta per earum incisionem expelli possit quod stanti tali promissione duæ tradunt Beron., etc.»

Nota: Outros requisitos alem d'esta damnificação, que devam concorrer para a expulsão, vejam-se em Silv., ad Ord., L. 4, T. 24, in pr., a n. 23. Nota etiam, que supposto Pacion., supra, a n. 33, equipare os colonos ad longum tempus para esse fim aos emphyteutas, pela rasão de que os colonos ad longum tempus adquirem dominio util; comtudo hoje, pela lei de 3 de novembro de 1757, por taes arrendamentos ad longum tempus se não transfere o tal dominio; e consequentemente cessando a respeito d'elles as regras a § 57, são sujeitos ás expostas n'esta secção, sem differença dos arrendatarios ad modicum tempus.

§ 69

Não evitam os colonos a expulsão por esta causa, aindaque mostrem plantadas outras novas arvores, Pecch., *de Servit.*, C. 8, Q. 28, a n. 101, ou outras bemfeitorias, Silv., ad Ord., L. 4, T. 24, in pr., n. 27. Veja-se sobretudo o exposto n'esta secção a optima resolução 136 de Posth., nas suas *Resoluções das causas civis*.

SECÇÃO IV

Quanto aos administradores dos morgados e fideicommissos

§ 70

O administrador do morgado tem dominio, aindaque resoluvel, e um direito mais poderoso que o do marido nos bens dotaes ou qualquer outro usufructuario, Molin., *de Primogen.*, L. 1, C. 22, n. 6, Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 27 e 59, Castill., L. 8, C. 45, a n. 5. E por isso o que se disse do usufructuario e do emphyteuta, a fortiori é applicavel ao administrador do morgado.

Digitized by Google

§ 71

Supposto este principio; elle: «Si inter alia bona maioratus, sit sylva cædua, hoc est, ea sylva, quæ in hoc habetur, ut cædatur, seu quæ succisa, rursus ex stirpibus, aut radicibus nascitur... Si inquam sylva cædua sit, maioratus possessor ex ea poterit arbores excindere, dummodo in cædendo, usum consuetum non excedat; id namque, quod renasci solet, in fructu est... in quo debet maioratus possessor id facere, quod diligens paterfamilias, in re propria fecisset; nec adeo, ut usufructuario, usus ejus restringendus erit, sed ut vero domino concedendus, cum ipse verus dominus sit, dummodo dolus malus, seu dissipatio absit; debet enim maioratus possessor rebus ipsius maioratus uti, non abuti... possidens bona maioratus, restitutioni subjecta, potest cædere, et vendere arbores alicujus montis, vel defessas, utputa pinos, vel alias similes arbores, ex quibus non percipitur fructus, nisi succidantur; dum tamen boni viri arbitrio, arbores succidat, ita ut totas arbores non destruat». Concorda Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 22, 23 e 28, ibi: «Tertio quoad usum sylvæ cæduæ notandum est fructuarios, ut sunt Emphyteuta, possessor maioratus, et similes non solum pro ipsorum usu posse arbores cæduas incidere, sed etiam, ut aliis vendant, et pro suo libito de eis quidquid voluerint agere possint... Quod intellige dummodo id faciat, vel ea utatur, sicut bonus pater familias uti ait D. Molin., etc.... Sed id omnes præ oculis habeant, quod arbitrio boni viri in his fructibus percipiendis se gerere debent, et ad rei naturam, et consuetudinem Regionis».

§ 72

«Ex sylva autem non cædua (continua Castill., supra, sub n. 6) grandes arbores fructiferas cædere non potest maioratus possessor; id namque, nec fructuario, nec vassallo, nec Emphyteutæ, nec ei, quid ad longum tempus

Digitized by Google

conduxit, nèc Fideicommissario, nec etiam marito in rebus dotalibus permissum est... Nisi arbores hujusmodi soleant excindi ad usum lignandi, vel ædificandi, vel quempiam alium usum; vel maioratus possessor, arbores fructiferas excidendo, alias in earum locum substituat; seu sylva ex incisione earum, fructuosior reddatur, vel ejus qualitatis sylva sit, quod nisi arbores cædentur, ususfructus inutilis redderetur; tunc namque maioratus possessor, juxta consuetudinem eas cædere poterit.»

§ 73

«De arboribus autem fructiferis (ainda falla Castill., supra) quæ vento evulsæ sunt, dubitari solet (inquit Ludov. Molin., dicto Cap. 22, n. 6), an hæ, si grandes sint, lucro maioratus possessoris cedant, an vendi debeant, earumque pretium, in utilitatem ipsius maioratus converti? Et quod prima facie dicendum videbatur, eas in fructus maioratus non esse computandas; fructuarius namque his arboribus vento evulsis frui non potest, nisi pro usu suo, aut reparatione domus sylvæ, ex qua evulsæ sunt; cæteræ autem ad verum dominum spectant, L. arboribus, ubi scribentes, ff. *de Usufruct.* Ipse tamen existimat, quod quamvis hoc in fructuario statutum sit, contrarium in possessore maioratus dicendum sit, cum ipse verus dominus sit, non autem usufructuarius. Et addit, ita ex dict. L. et L. *Divortio*, § *Si fundum*, ff. *Solut. matrim. probari*, cum ex earum dispositione, arbores hæ ad verum dominum pertineant; quod si ad dominum pertinent, ad possessorem maioratus pertinebunt; cum in re maioratus, nullus alius dominus sit, qui eo vivente possit ejusmodi emolumenta percipere. Et hactenus Ludov. Molina; qui et motivum quoque diluit, quod in contrarium excitari posset, quod scilicet dominium ad vitam tantum possessoris maioratus restrictum sit.» E aindaque Barbosa na L. *Divortio*, § *Si fundum*, n. 22 e 23, se oppõe ao citado Molina, e Castillo vacilla no meio de ambas as opi-

Digitized by Google

niões, comtudo a opinião de Molina é sustentada contra Barbosa, só com uma declaração de Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 59 e 60, ut ibi: «Unum tamen nota, quod prædicta principalis conclusio, ut arbores desiccatæ, vel vi ventorum dejectæ ad fructuarios non spectent, nisi in casibus proxime relatis; limitari debet in possessore maioratus, cui indistincte hujusmodi arbores competere resolvit D. Molin., *de Primogen.*, Lib. 1, Cap. 22, n. 6. Quia vere est dominus rerum maioratus, potentiusque jus, quam maritus, et alii fructuarii habet, et licet contrarium adversus D. Molin., tenuerit Petr. Barbos., in dict. § *Si fundum*, n. 22 et 23, a sententia tamen Molin. non est recedendum, quia clara est differentiæ ratio inter maritum, et possessorem maioratus, et ita tanquam veriorem sequuntur Horat. Barbat., *de Divis. fruct.*, Part. 1, C. 17, n. 109, Gutierrez., *de Tutel.*, dict. C. 27, n. 21. Qui id optime declarat, nisi tota substantia maioratus consisteret in arboribus dejectis, nec aliæ facile substitui possint, nec fundus ad aliud utilis sit juxta declarationem ipsius Molinæ, dict. n. 6, in fin.»

§ 74

«Nec silvam cæduam, vel non cæduam poterit fructuarius, colonus, Emphyteuta, maritus, possessor maioratus, vel similes extirpare, et in totum genus fructuum mutare, unde inde pratum, ut vinea, aut olivetum fiat... Quoniam usufructuario, Emphyteutæ, possessori maioratus, marito, et similibus, dominium temporale habentibus non licet mutare formam rei, etiam si exinde fundus pretiosior, vel fructuosior reddatur, sed ita uti frui debent, ut substantiam rei, neque immutent, neque corrumpant, sed salvam potius illæsam, atque integram conservent, juxta princip. Instit. *de Usufruct.*, illic. Salva rerum substantia, et probatur manifeste in L. *æquissimum* 17, § *Fructuarius*, cum seqq., et § *Ædium*. 7, L. hactenus, ibi: Neque autem ampliare neque inutile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit, ff. *de Usufruct.*, et text. Singularis in L. Usu-

Digitized by Google

fructus 51, ff. eod. et notant, lateque explicant ultra D. Molin. Pinel. et proxime relatos, etc... Alias enim substantiam, vel formam rei mutantes, aliter contra jus utentes proprium jus amittent, et ad interesse, et damnum deteriorationis adstricti manèbunt, ut ex pluribus plene resolvit Castillo... docte et erudite Antonius Malvasia, quem omnes commendant, Cons. 38, ex n. 31 et per tot. Vol. 2°. Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 30, 31 e 32. Concorda Castill., L. 8, C. 45, sub n. 6, pag. 470, Col. 2, ℣. *Inquit tandem,* et ℣. *Addendum est,* aonde diz que só com a regia auctoridade póde o successor do morgado fazer tal mudança da substancia e estado das matas e silvas ceduas do morgado, aindaque pareça que reduziu a melhor fructificação.

Nota: As arvores e silvas ceduas não são menos uteis ao publico (§ 10 e seguintes). Tal variação de cultura póde ser prejudicial aos successores, por mais que ao administrador que a variou parecesse util, como pensam os citados DD. Toda a malversação pois do administrador a este respeito, nos casos em que lhe não fosse permittido o córte das arvores, deve pagar-se por seus herdeiros aos successores do morgado, ut plenissime Castill., dito C. 45, tot.

SECÇÃO V

Quanto aos compradores com o pacto de retrovendendo

§ 75

É resolução certa que elles, durante o tempo espaçado para a retrovenda, não podem cortar arvores, Cancer. 1, Var., C. 13, n. 108, Cortead., Dec. 149, n. 122, e cortando-as ficam responsaveis ao vendedor, quando remir, por todo o damno e interesse, Tiraquell., *de Retract. convent.*, § 3, Gloss. 1, sub n. 23, Cortead., supra. E o mais é que se algumas arvores, durante o tempo da retrovenda, se arrancarem com o vento, devem entregar-se estimadas ao vendedor para as restituir ao comprador, no caso que

Digitized by Google

não distrate no tempo perfixo, Hermosilh., in L. 45, T. 5, P. 5, Gloss. 9, n. 11, Cortead., supra, sub n. 122.

Nota: Quanto ás silvas ceduas como estas, são propriamente fructos, quando estão á sasão de se cortarem, segundo o commum uso (§) e os compradores com o pacto de retrovendendo podem, durante o tempo da retrovenda, gosar os fructos, Bagn., C. 25, n. 147, tambem podem gosar das silvas ceduas como fructos, comtantoque as não cortem immaturas antes do tempo em que costumam cortar-se, Hermosilh., supra, n. 10 (Confer. § 67). Vej. Krebs., *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 4, Sect. 5, § 19, ubi signanter, Cost., *de Ration. rat.*, Q. 78, ubi etiam signanter.

SECÇÃO VI

Quanto aos parochos e prelados nos bens das suas igrejas

§ 76

Eis-aqui o voto de Card. de Luc., *de Alienat.*, Disc. 1, n. 26, ibi: «In arboribus quoque prædiorum Ecclesiæ, cadit quandoque prohibitio, ubi non agatur de sylvis cæduis, quæ incisioni destinatæ sint (quia in ea consistat fructus, sed conservationi earum fructu consistente in eo, quod singulis annis ab eis producitur, ut sunt herbæ, glandes, castaneæ, et similes; verum, et in hac specie eadem distinctio pro facti qualitate intrare videtur inter Prælatum, vel administratorem vendentem arbores, seu eorum incisionem demandantem, et tertium cui alienatio fiat, quoniam plures dantur casus, in quibus etiam in silvis non cæduis aliquarum arborum incisio licita sit, ut aliæ melius crescant, et proficiant, ut vulgo dicitur, ad rarefaciendum, cum densitas, quæ ab excrescentia resultat, præjudicialis esse soleat pascuis, et fructibus, sive quod ob eorundem pascuorum usum aliquam incisionem pastoribus, et custodibus animalium permittere oporteat, vel congruat, juxta ea, quæ in hoc proposito incisionis arborum in sylvis Ecclesiæ habentur apud Lotter., *de Be-*

Digitized by Google

nefic., L. 3, Q. 25, n. 26 et seqq. et in venusina, seu Melphien., sub Tit. *de Jurisdict.*, Disc. 81». Et in summa ejusdem Tractat., n. 24, ibi: «Arborum quoque incisio est prohibita, ubi de sylvis cæduis non agatur, nisi in non cæduis pro consuetudine id fiat ad rarefaciendum, vel alias meliorandum». Confira-se a doutrina de Ferrar., verbo *Alienatio,* Art. 1, n. 10, 11 e 12, ibi: «Item nomine mobilium pretiosorum inalienabilium veniunt arbores frugiferæ, seu Prædio necessariæ, ut illis sublatis Prædium reddatur graviter deterius. Unde Beneficiatus incidere faciens tales arbores in bonis Ecclesiæ, et in proprios usus convertentes dicitur alienare, et Censuras Extravagantis Pauli II. incip. Ambitiosæ, et Trident., Sess. 22, C. 11, incurrit, ut decisum fuisse a sacra congregatione referunt Gallet. Margarita casuum conscientiæ verb. Bona, pag. 27, et Bonacin., Disp. 1, Q. 18, punct. 4, n. 7, cum Barbos. in Tridentin., Sess. 22, C. 11, de reformat. Non peccant tamen, nec incurrunt tales Censuras Beneficiati incidere facientes arbores inutiles, ac nocivas, v. g., quando ob densitatem, et vicinitatem sunt impedimento aliarum augmento, vel quando loco earum reponuntur arbores fructiferæ, seu magis fructiferæ; hæc enim et similia sunt utilia fundo, et secundum regulas Agriculturæ. Attendenda sunt, quæ tradit Card. Petra, Tom. 5, comment. ad Constit. 5, Paul. II, Sect. 2, n. 15, de superiori Regulari incidere faciente a bores fructiferas in proprio viridario. Videtur simile dubium fuisse propositum in sacra Cong. Concilii sub die 27 Junii 1665, ibi: Nonnulli Regulares Religiosæ conscientiæ supplices petunt, ut per hanc sacram Congregationem declaretur, an Prælatus, sive Superior Regularis possit incidere, seu incidi facere in suo Monasterio, seu viridario arbores fructiferas, ibidem existentes, et incidendo, seu incidi mandando, incidat in pœnas cominatas in Extrav. Ambitiosæ, de reb. Eccles. non alien. et in decretis generalibus hujus Sac. Congregat., de reb. Eccles. non alienand., Sac. Congregatio censuit. Non respondendum, nisi in casibus particularibus, Tom.

Digitized by Google

24, Decret., pag. 535. Et quidem optima ratione; quia aliquando in viridariis opus est arbores renovare, et alias eradicare pro majori utilitate ipsius, et sic debet considerari fructus comparative ad viridarium, et non ad singulas arbores, etc.

Nota: Quanto ás silvas ceduas é sem duvida; ou equiparemos o parocho e prelado ao usufructuario, ou ao marido relativamente aos bens dotaes. (Conforme as diversas opiniões que expõe Vallasc., *de Partit.*, C. 36.) Pois o usufructuario póde utilisar-se da silva cedua, com as declarações referidas a § 56, e o marido nos bens dotaes, como logo veremos a § . Quanto ás arvores não ceduas não póde corta-las (exceptuados os casos que referem os DD. citados), e ainda mesmo as arrancadas por força dos ventos não póde locupletar-se com ellas; e não as applicando para a refeição da igreja ou casas da residencia, devem ceder para o successor os seus valores, Barbosa, na L. *Divortio*, § *Si fundum*, ff. *Solut. matrim.*, n. 20, que segue Castill., L. 8, C. 45, sub n. 6, ⁊. *Quod possessorem.*

SECÇÃO VII

Quanto aos maridos nos bens dotaes

§ 77

É sem duvida que os maridos podem cortar as silvas ceduas como fructos dos bens dotaes, porque não só são os usufructuarios, mas tem mais direito que os usufructuarios, Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, n. 22, junct. n. 27; comtantoque arbitrio *boni viri se gerant, et secundum rei naturam, et consuetudinem Regionis*, Lagun., n. 28; comtantoque não extirpem totalmente as silvas ceduas, ainda com o pretexto de mudar a cultura, e a mudem com as vistas na maior producção de diversa especie de fructos, Lagunez, supra, n. 30; e comtantoque no ultimo anno, vendo a mulher proxima a morrer não estrague nem dissipe, fazendo córtes immaturos, ut ad omnia Guirb. ad Consuetud. Mesann., C. 15, Gloss. 4, P. 1, tot. Castill.,

Digitized by Google

L. 8, C. 45, sub n. 5 e 6, Barbosa, in L. Divortio 8, § *Si fundum,* ff. *Solut. matrimon.* Vej. Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 5, § 18.

§ 78

Quanto ás arvores não ceduas, ou sejam infructiferas, ou fructiferas, não ha differença alguma entre o usufructuario e o marido a respeito dos bens dotaes, Barbosa, in L. Divortio 8, § *Si fundum,* sub n. 14, ff. *Solut. matrimon., v. Unde infertur.* E por isso (ad instar do usufructuario, ut a §) não póde o marido corta-las, nem tão pouco as que só se conservam para lamedas e darem sombras. A menos que, 1.°, não costumem cortar-se para lenhas e madeiras, segundo o costume da provincia; 2.°, quando seja necessario cortarem-se os ramos de algumas ou desbastarem-se para medrarem outras, e não por devastação; 3.°, quando necessarias para cultura dos predios dotaes ou refeição das casas; maxime quanto ás infructiferas, ás caducas ou arrancadas por força dos ventos, applicando-se para aquelle fim; aliter, 4.°, as arrancadas pelos ventos ficam dotaes quanto ao valor, não se applicando para aquelles fins, a menos que o marido não subrogue outras. Vejam-se os citados Barbos. e Guirb., e alem d'elles Lagun., *de Fructib.*, P. 1, C. 6, desde o n. 36, Castill., L. 8, C. 45, sub n. 5 e 6, Angel., *de Impens. et melior.*, Art. 23, n. 24, 25, 26 e 27.

Discurso do Card. de Luca sobre tudo o exposto n'esta secção

Eis-aqui o compendiario discurso do Card. de Luc., *de Dot.*, Disc. 160, n. 28, ibi: «Dubitatio prima cadit circa sylvas, ac nemora, quales scilicet dicantur cæduæ, et quando arborum incisio tanquam fructus licita sit viro, vel potius utilitas èx dicta incisione proveniens ad uxorem pertineat, ac dotem augeat, et in his conclusio est, ut attendi debeat finis, ad quem sylva principaliter destinata est, ad effectum inspiciendi an sit cædua, nec ne, nulla-

Digitized by Google

tenus curatis aliis circunstantiis, quæ ratione fructuum, quos producit, vel celerioris, seu tardioris renascentiæ, illius qualitatem alterare possent; si enim sylva glandium, et castanearum, aliorumque fructuum productiva, destinata est pascuis, quamvis et ex ea arbores, ac ligna incidi soleant, atque incisa renascantur, non tamen cædua reputanda erit, sed attenditur id ad quod est principaliter destinata; e converso autem si incisioni est principaliter destinata, ac ejus fructus in incisione consistere solent, quamvis glandes, castaneas, vel alios fructus producat, ac pro tempore quo non inciditur pascua subministret, non per hoc tamen desinit esse cædua. Ac propterea quæstio tota est potius facti, quam juris, atque ita recte conciliantur omnia jura quæ invicem pugnantia videntur, de quibus late agunt Barbos., in d. 1, *Divortio*, § *Si fundum*, ex n. 1, Castill., *de Usufr.*, C. 25, ubi allegantur Guttierr., *de Tutel.*, Baeza, et alii. Renascentia vero est qualitas necessaria ad constituendam sylvam cæduam, dum sola quæstio est super celeriori, vel tardiori regressu ad primum statum, in qua quæstione verius est attendi destinationem ut supra, quæ sola non sufficit sine renascentia, neque renascentia sine destinatione, ut reprobatis Connano, et Molina, verius probant Barbos., dict. § *Si fundum*, n. 2, Gutierr., *de Tutel.*, P. 3, C. 27, n. 3, Barbat., *de Divis. fruct.*, P. 1, C. 17, n. 100 et 107, ita ut utrumque copulative requiratur, tarditas vero, vel celeritas renascentiæ non alterat substantiam destinationis, sed bene illam regulabit in casu dubio, quando scilicet destinatio sit in ambiguo, tunc enim ad dignoscendum an sylva sit incisioni principaliter destinata nec ne, attenditur ista qualitas, ex qua aliisque facti circunstantiis prudens judex de peritorem etiam judicio suum arbitrium regulare debebit. Quamvis autem certa conclusio sit, ut quemadmodum cædua dicitur in fructu, atque ad virum utilitas incisionis pertinet, ita e converso cum cædua non sit in fructu, incisorum arborum utilitas ad uxorem pertineat, quamvis ex ventorum vi essent evulsæ, præterquam si vir

Digitized by Google

ad instar usufructuarii in loco evulsorum, seu deficientium novas subrogaverit antiquis æquivalentes, ex iis quæ ad saturitatem adnotantur a Barbos. et Castill., ubi supra, quod tamen quatenus pertinet ad incisionem arborum non cæduarum percutit materiam deteriorationis; attamen id non est perpetuo verum, quoniam dantur etiam sylvæ non cæduæ ad fructuum, ac pascuorum usum principaliter destinatæ, ex quibus absque obligatione subrogationis, utilitas incisionis lignorum tanquam fructus singulis annis percipitur, ex arboribus nempe siccis, vel etiam virentibus non fructiferis, seu etiam fructiferis in iis sylvæ locis in quibus arborum nimia frequentia sit potius nociva, et præjudicialis, ut scio in praxi multa nemora Ecclesiarum, quorum primarius fructus consistit in glandibus, ac pascuis, adhuc tamen singulis annis affidantur incisores arborum virentium pro lignis, vel trabibus faciendis, cum restrictiva, ut non incidantur nisi arbores infructiferæ; vel etiam fructiferæ, ubi sunt frequentes, ad eas rarefaciendum, atque ista fida computatur in fructu; et tamquam fructus percipitur ab Episcopis, ac Rectoribus, et Commendatariis Ecclesiarum, juxta casum de quo sub Tit. *de Jurisdict.*, Disc. 81, multo fortius a viro percipi potest quoties discrete, ac modo permisso sequitur, et prout per dotantem, vel majores percipi solebat, dum ita substantia non destruitur, nec deterioratur, sed potius conservatur; sed quia ut præmisi parum frequenter contingit de his in foro disputari, propterea sufficiat relatio ad alegatos».

Nota: Não pertence ao scopo d'este opusculo tratar a servidão lignandi, pedamenta sumendi, ramos truncandi, carbones faciendi in alieno territorio, seu Prædio; da qual se vejam Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 6, Stryk., Vol. 14, Disp. fin., *de Jur. Servit. prædial. hodiern.*, Tit. 3, § 16, Manz., *de Servit.*, a n. 323.

Digitized by Google

CAPITULO XI

Acções criminaes e civis contra os que cortam ou furtam ou damnificam arvores alheias Provas d'ellas

SECÇÃO I

Procedimento criminal

§ 79

Não temos (que eu saiba) outras leis que mandem proceder criminalmente pelo córte das arvores de fructo, senão a Ord., L. 5, T. 75, no pr., ibi: «O que cortar arvore de fructo em qualquer parte que estiver, pagará a estimação d'ella a seu dono em tresdobro. E se o damno que assim fizer nas arvores for valia de 4$000 réis, será açoutado e degredado quatro annos para Africa. E se for valia de trinta cruzados, e d'ahi para cima, será degredado para sempre para o Brazil». Junta a Ord., L. 5, T. 117, § 1, no fim, ibi: «Ou que lhe cortaram alguma arvore de fructo».

§ 80

E quanto ao córte ou damnificação de sovereiros, carvalhos, ensinhos, machieiros, a Ord., L. 5, T. 75, § 1, ibi: «E mandâmos que pessoa alguma não corte, nem mande cortar sovereiro, carvalho, ensinho, machieiro pelo pé, não mande fazer d'elle carvão nem cinza, nem escasque, nem mande escascar, nem cernar alguma das ditas arvores, desde onde entra o rio Elga no termo da villa do Romaninhal, até á villa de Abrantes, e d'ahi até á foz do rio de Lisboa, nem até dez leguas do Tejo contadas d'elle para ambas as bandas do Sertão, desde onde se mette o rio Sever no termo de Montalvão até á foz do rio de Lisboa, e d'onde se mette o rio Elga até onde entra o

Digitized by Google

rio Sever. As quaes dez leguas se contarão da banda de Portugal sómente. E fazendo o contrario, vá degredado quatro annos para Africa, e pague 100 cruzados, e perca o carvão e cinza ametade para quem o accusar, e a outra para os captivos. E se for peão seja alem d'isso açoutado. Porém os que tiverem sovereiros proprios os poderão cortar, não sendo para carvão ou cinza; e cortando-os para isso incorrerão nas ditas penas. E os juizes dos logares dos ditos limites, tirarão d'isso devassa ao tempo que tiram a devassa geral, e procederão contra os culpados como for justiça.» Ordenação no principio que se ampliou aos que cortam arvores nas vallas de Salvaterra, pela lei na Ord., L. 5, T. 75, Col. 1, n. 1, e o § 1 se ampliou pela outra lei na mesma Col., n. 2, aos que cortam arvores que produzem baunilhas no estado do Brazil.

§ 81

Nas pandectas, L. 47, T. 7, se castiga não só o córte das arvores (declarando a L. 3 o que se comprehende na nomenclatura de arvore, de quo vej. C. 1), mas cerna-las, cinta-las, escasca-las, etc., e juntamente na L. 8 se castiga o furto das arvores. Sobre as quaes leis se podem ver Voet., Struv., Stryk., Brunneman., Boehmer., etc. Sobre a multiplicidade de acções civis e criminaes, que pelo mesmo direito competiam, vejam-se os citados DD., e melhor Berlich. e Reynald., infra Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18.

§ 82

Nas nações da Europa se impõem diversos castigos aos que cortam, damnificam ou furtam arvores. Em Eugubio, pelo estatuto, L. 6, Rubr. 15, que commentaram Conciol. e Romaguer. Nos estados ecclesiasticos, pelos estatutos que refere e largamente commentou Reynald., *Crimin.*, L. 2, C. 15, § 2. Na Saxonia, pela constituição que commentou Berlich., P. 5, Conclus. 52. Na Allemanha, pela constitui-

Digitized by Google

ção Carolina, Art. 168, e em outres paizes Harprectr., Dissert., Academic. 84, a n. 3041. Na Sardenha pelo Cod., L. 4, T. 34, C. 9, § 5. E ultimamente na França, pelo projecto do Cod. Crimin., P. 1, L. 3, Art. 404, 405 e 406. Em muitas nações, pelos estatutos que refere Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18, § 16 até 20.

§ 83

O animo e o proposito distinguem os maleficios: «Attendi debet animus facientis, nam si intentio principaliter tendit ad damnificandum, intrat statutum de damno dato: si vero principaliter tendit ad amovendum ligna, et illis utendum, intrat statutum de furto, propositum enim, et voluntas distinguunt maleficia vulgatis juribus». Raynald., *Crim.*, L. 2, C. 15, § 2, n. 155, Confer. Koch., *Instit. Jur. Crim.*, § 181, et idem Raynald., n. 92 e 93, Stryk., *de action. For.*, Sect. 1, Membr. 10, § 14, ibi: «De arboribus furtim cæsis hoc attendendum, an scil. cædantur arbores lucri faciendi causa, et sic actioni furti locus erit, L. 7, § 1, et L. 8, § 2, ff. *arbor. furt. cæs.*, an vero quis radicitus arbores evulserit citra animum lucri faciendi, et datur actio L. Aquiliæ. An tandem quis arbores tantum subsecaverit, deglabraverit, quo ita perirent, hoc casu in specie L. XII Tabul., introduxit actionem arborum furtim cæsarum contra cædentem in duplum, L. 7, § f., ff. h. t.

§ 84

Se pois qualquer só cortar arvores de fructo, que cheguem a valer 4$000 réis, hoje o tresdobro, ex vi do alvará de 16 de setembro de 1814, aindaque não leve a lenha ou madeira, ou a fortiori se valerem 12$000 rs.; é caso de querela, vistoque a Ord., L. 5, T. 75, no pr., valendo 4$000 rs. impõe a pena de quatro annos de degredo para Africa; e valendo 12$000 rs, de degredo perpetuo para o Brazil; e em taes casos que se impõe taes penas, permitte

Digitized by Google

a Ord., L. 4, T. 117, no fim do pr. o meio da querela. Comprova-se com as doutrinas de Krebs., *de Lign.*, P. 1, Class. 4, Sect. 18, § 13.

§ 85

Se porém as arvores de fructo cortadas não valem réis 4$000, e sendo cortadas não foram furtadas e levadas, como então o animo não foi de furtar, mas só de damnificar (§ 83), e a Ord. só faz de querela o caso valendo as arvores os 4$000 rs. (§ 84), segue-se que só póde pedir o tresdobro civilmente. Porque como o valor (quando não ha furto) de 4$000 rs. é qualidade fundamental da lei, para poder haver pena de degredo, e consequentemente o meio da querela, não procede esta sem se verificar aquella qualidade, Conciol., *Crimin.*, verbo *Qualitas*, Res. un.. Barbos. e Tabor., verbo *Qualitas*.

§ 86

Consequentemente, como o preambulo da dita Ord., alem do valor, requer a qualidade de ser arvore de fructo, que se córte e não leve, segue-se que cortando-se e não se levando qualquer arvore que não seja de fructo, cessa a qualidade que a lei requer, cessa a pena e cessa a querela, e só fica restando a acção de damno dato.

§ 87

Explicando-se esta Ord., L. 5, T. 75, no pr., pela palavra do singular *arvore*, é preciso que uma só tenha o valor de 4$000 rs. para proceder a mesma Ord, ou se cortando-se muitas que unidas perfaçam a dita quantia, procede a mesma ordenação? Parece que sim; já porque logo abaixo diz por palavras de plural: «E se o damno que assim fizer nas arvores», dando idéa, que cortando-se muitas que perfaçam o valor dos 4$000 rs. procede a lei. Confirma-se esta intelligencia, 1.°, com a Ord., L. 1, T. 65, § 32,

Digitized by Google

que faz caso de devassa o damno feito em pomar, sem exigir valor de 4$000 réis, damno que Leitão, *de Inquisit.*, Q. 3, n. 151, explica consistir no córte das arvores do pomar, e não no furto dos pomos. Confirma-se, 2.°, porque o damno dado em arvores de fructo pequenas, cortando-se muitas é uma especie de devastação, e mais grave a pena, Raynald., *Crimin.*, L. 2, Obs. 15, § 2, n. 213, 214 e 215.

Nota: Será porém preciso, quando assim se cortam muitas arvores de fructo, cada uma das quaes não vale 4$000 réis, e que todas perfazem este valor, que todas se cortem juntamente, e não por vezes successivas, com intervallos de tempo, como se deduz da Ord., L. 1, T. 65, § 31, ibi: *Juntamente*, com a exposição de Peg., ibid., n. 47, e Farinac., *de Furt.*, Q. 167, a n. 74.

§ 88

A Ord. no preambulo se explica pela palavra *cortar;* quid vero se a arvore de fructo se não cortar; mas só se arrancar, ou se só se escascar, ou cintar e cernar em termos que seque? Nos termos de similhantes leis das nações variam os DD. Uns, com os quaes Raynald., *Crim.*, L. 2, C. 15, § 2, dizem que: «Eradicens arbores a radicibus non comprehenduntur in lege contra incidentes promulgata, sed punitur lege Aquilia». Outros, pelo contrario, assim com uma constituição de Saxonia e varios DD. Berlich., P. 5, Conclus. 52, a n. 17, ad 20, ibi: «Et hæc omnia procedunt, etiamsi quis arbores non inciderit, vel subsecuerit, sed tantum cinxerit, vel deglabaverit... Quod etiam verbis disertis est decisum in jure communi, per text., *in L. cædere* 5 ♦ Cingere, ff. *arbor. furt. cæs...* Deinde procedunt, etiamsi quis arbores non cædit, succidit, vel subsecat, sed tantum radicitus evelit vel extirpat... Propterea, quod ejusmodi extirpatio et evulsio domino æque nocumento est, ac si arbores in totum fuissent subsecatæ, et incisæ. Quod etiam approbavit Augustus Elector Saxon., *in suis Nov.*, etc.» Segue-o Quezada, Dissert.

Digitized by Google

Jur. 4, n. 10. E segue-o Krebs., *de Lign. et Lap.*, P. 1, Class. 4, Sect. 18, § 21. N'esta variedade o citado Raynald. nada decide.

Nota: Póde fazer duvida a mesma Ord., no § 1, aonde tratando das arvores infructiferas, sovereiro, carvalho, ensinho, machieiro, que se cortam n'esses indicados sitios, não só prohibe ahi o córte, mas que se escasquem, cintem ou cernem. Sendo notavel que quando no principio tratou do córte das arvores de fructo não se lembrou de prohibir com as mesmas penas o cintarem-se e escascarem-se, e só com a circumstancia de valerem 4$000 rs.; circumstancia que não exige a respeito das infructiferas, de que trata o § 1. Quid ergo dicendum? A rasão do § 1 é diversa; porque, quanto a mim, essa disposição local (ampliada ás outras das vallas de Salvaterra, ut § 80), tem por fim a conservação d'essas arvores para outros particulares ministerios e utilidade d'essa provincia, e não póde, quanto á prohibição de escascar e cernar, applicar-se ás arvores de fructo de que tratou no principio. N'estas exige o valor de 4$000 réis, e com isto se satisfaz; n'aquellas não exige valor algum. Ora leis penaes não se ampliam, e só são praticaveis nos casos expressos n'ellas, assento de 8 de agosto de 1758. Se porém attendemos outras leis, de que Nogueir., Coelh., Letr. *R* deduziu este principio: «Rasão igual comprehende a mesma disposição, ainda nas leis penaes», podemos seguir, que a Ord. no pr. comprehendeu tambem o caso de se escascarem, cintarem ou cernarem as arvores de fructo; porque o prejuizo de seu dono é sem differença o mesmo que o resultante do córte das arvores. Esta interpretação extensiva se admitte na Saxonia, Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18, § 21. Tu vero cogita, et adverte, que alem das penas que as leis comminam, se deve á parte lesa seu interesse, Krebs., Class. 4, Sect. 18, a § 23, in simili Peg., Tom. 5, ad Ord., pag.

§ 89

Quando porém se corta e juntamente se furta a arvore, seja ou não fructifera, então para o procedimento da querela basta que tenha o valor de 100 réis, pela generalidade da Ord., L. 5, T. 117, pr., ibi: «Ou que é ladrão de 100 réis, ou d'ahi para cima; poisque, como já prenotei,

Digitized by Google

(§ 83), o animo e o proposito distinguem os maleficios; e uma cousa é cortar as arvores e deixa-las, o que é só damnificar, outra corta-las e rouba-las, o que é juntamente damnificar e roubar, L. 8, ff. *de arb. furt. cæs.*, Berlich., P. 5, Conclus. 52, n. 51, Leit., *de Inquisit.*, Q. 3, n. 151, Raynald., supra, a n. 39, 77 e 92, Stryk., *Us. mod.*, L. 47, T. 7, Cabed., Dec. 126, n. 1, Harprectr., Disp. 84, a n. 3041.

SUB-SECÇÃO UNICA

Pessoas a que é permittida esta accusação criminal E pessoas contra as quaes não procede

§ 90

Esta accusação criminal só compete ao proprietario da arvore, e ao emphyteuta que tem dominio util; mas não ao usufructuario, nem ao colono, aos quaes só compete a acção civil pelo damno, Voet., *ad Pandect.*, L. 47, T. 7, n. 2, Berlich., P. 5, Conclus. 52, n. 32, 33 e 34, Struv., Exerc. 48, Thes. 43. E sendo a arvore commum compete a qualquer dos consocios, DD. supra; e nem ainda a acção civil directa, mas só a util compete ao colono e ao usufructuario, Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18, §§ 3, 4 e 10.

§ 91

Não compete, 1.°, contra o emphyteuta, porque tem dominio util da arvore, Cabed., Dec. 126, no fim, e só cortando muitas fica exposto ao commisso (ut a § 67), Krebs., Class. 4, Sect. 18, § 11. Não compete, 2.°, contra os que só cortam os ramos propendentes sobre o seu predio; porque aindaque lhe seja prohibido esse despotismo (§§ 40 e seguintes) não incorrem na pena imposta aos que cortam arvores, Raynald., *Crim.*, C. 15, § 2, n. 95 e 96. Não compete, 3.°, (a meu ver) contra o colono, que tem tal ou tal pretexto para as cortar, e só é motivo para a expulsão

Digitized by Google

do arrendamento e satisfação do damno, Castill., *de Usufr.*, C. 25, n. 3, Peg. 6, For., C. 214, n. 3, Angel., *de Impens.*, Art. 23, a n. 37. Nem, 4.°, contra o usufructuario (quidquid jure communi, ex Angel., supra, n. 31), e só póde ser motivo da privação do usufructo e satisfação do damno, Castill., supra, a n. 1, Angel., a n. 37 e n. 41, cum seqq. Nem, 5.°, contra o consocio que corta a arvore commum, porque emquanto indivisa tem dominio no todo, ex Sabell., § *Furtum*, n. 3 ♯ *Sed quod in re communi.* Aliter se com dolo mau, e por fallacia cortou a arvore commum. Vejam-se a L. 45, 47 e 51, ff. *Proc. Soc.*, a L. 45, ff. *de Furt.*, Plot., *de Juram. in Lit.*, § 13, n. 10 e 14, Cost., *de Rat.*, Q. 46, n. 12. Pelo contrario Krebs., Class. 4, Sect. 18, concede acção contra o consocio pelo interesse e acção de furto, se com animo furtivo de lucrar cortou e furtou a arvore commum.

Nota: Quando as arvores se incéndeiam temos o procedimento da Ord., L. 5, T. 86, de quo Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18, § 8.

§ 92

Depois d'estas excepções (§ 91) é facil de inferir, que a accusação criminal compete contra aquelle que cortou ou mandou cortar as arvores de fructo do valor de 4$000 réis, ou que sendo de menos valor furtou as lenhas, troncos e madeiras. E sendo muitos, compete a acção criminal contra cada um *in solidum*, Struv., Exerc. 48, Thes. 44, Berlich., P. 5, Conclus. 52, a n. 34, Voet., *ad Pandect.*, L. 47, T. § 2, Krebs., Class. 4, Sect. 18, § 5, onde declara que emquanto penal não compete contra os herdeiros.

Nota: Nós temos comminadas certas penas na Ord., L. 5, T. 75. Ellas porém poderão exasperar-se se concorrerem as circumstancias que expõe Berlich., supra, a n. 38, como quando a devastação foi excessiva, as arvores preciosas, ou que sustentavam os marachões dos rios occorrendo ás inundações; ou as arvores serviam de divisões dos predios, etc.,

Digitized by Google

Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18, §§ 26 e 27, Berlich., P. 5, Conclus. 52, a n. 38, Carpzov., *Prat. Crim.*, P. 2, Q. 83. Os romanos, que tinham poucos vinhos (e ainda hoje na Italia não ha muitos, e os poucos dependem de grandes despezas, Pacichell., *de Distant.*, C. 11, a n. 28), castigavam cruelmente o córte das vides, equiparando a ladrões os que as cortavam, L. 2, ff. *de arbor. furt. cæs.*, Harprectr., Disp. 84, n. 3043, Berlich, supra, a n. 41.

SECÇÃO II

Procedimento civil pelo damno

§ 93

Muitas são as acções que por direito competem contra os que cortam arvores ou ramos d'ellas, que as cintam, cernam, escascam ou esfolham, ex tot. tit., ff. *arbor. furt. cæs.*: 1.ª, a da lei Aquilia; 2.ª, a da lei das XII Tábuas; 3.ª, a especial *arbor. furt. cæs.*, 4.ª, o interdicto quod vi aut clam. Outros DD. connumeram outras, como se póde ver largamente em Reynald., *Crimin.*, L. 2, C. 15, § 2, a n. 1, Berlich., P. 5, Conclus. 52, a n. 1, Voet., *ad Pandect.*, L. 47, T. 7, n. 2, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 48, et 45, Angel., *de Impens. et melior.*, Art. 23, a n. 50. A acção propria *arborum furtim cæsarum* compete pelo dobro; a da lei Aquilia pelo simplo, e só sobe ao dobro pela negação do réu. E pela lei das XII. Tábuas só se impunham certas penas, Berlich. et DD. supra; sendo portanto mais util o uso da acção *arborum furtim cæsarum* pelo dobro, Stryk., *de Actionib. For.*, Sect. 1, Membr. 10, § 14. Por que especies de arvores e de damnos compete esta acção, veja-se Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18, §§ 4 e 5. Tambem se póde usar dos remedios processorios, Krebs., supra, § 15, Post., *de Man.*, Obs. 41, n. 8, Cost., *de Rat.*, Q. 46, n. 12, Mascard., Concl. 1397, n. 75.

Digitized by Google

§ 94

A nossa Ord., L. 5, T. 75, no pr., quanto ás arvores de fructo, foi mais severa; porque, alem da pena criminal (verificadas as circumstancias em que procede a mesma Ord., ut a § 84), manda que o que a cortar pagará a estimação d'ella a seu dono em tresdobro.

Nota: Esta Ord. junta á do T. 78, § 1, faz ver que as penas do dobro e tresdobro, que nos casos dos damnos dados com injuria impunham as leis romanas, e que se em outras nações estão abrogadas pelo uso, ex Thomaz., *ad Instit.*, L. 4, T. 8, et eodem L. 4, T. 3, que parece seguiu o nosso Mello Freire, estas ordenações fazem ver o contrario.

§ 95

Ora todo o damno causado em arvores se presume commettido com mau animo e injuria, Raynald., *Crimin.*, L. 2, C. 15, § 2, n. 7; é equiparado ao furto, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 48, Thes. 41. Não só damnifica quem as corta, e deixa ahi sem as furtar, ou quem as arranca (§ 88), mas quem lhes corta ramos, L. 7, § 3, ff. *arbor. furt. cæs.*, Struv., sup., Thes. 44, e os que as cernam, cintam, escascam, como suppõe a Ord., L. 5, T. 75, § 1, segundo a L. 5, ff. *arbor. furt. cæs.*, com a exposição de Gothofr. e Mull., *ad Struv.*, supra, Thes. 44. Porque com effeito taes operações (maxime na primavera) fazem seccar as arvores, Mull., *ad Struv.*, supra, v. *Cingere*, ibi: «Cingere est deglabrare, sive librum aut corticem detrahere, sive in orbem decorticare, quod arbores necat, L. 5, h. Zoes., h. n. 2, sumitur enim pro discingere, i. e. in orbem decorticare, Cujac., d. L. 9, Obs. 12, quo ipso etiam exitium et mors arboribus conciliatur, Plin., L. 37, C. 14, cum in cortice sit veluti spiritus arboris, siquidem eo sublato pleraque arbores exarescunt, Cujac., L. 4, *Quæst. Papin.*, ad L. 39, in fin., ff. *de pact.*»

Digitized by Google

§ 96

Como pois as leis romanas, que puniram com o dobro os damnos causados com injuria, são recebidas pela nossa legislação (§ 94 na Not.), e como em todos os casos referidos no § 95 se presumem os damnos causados com mau animo, segue-se que em todos elles é no nosso reino praticavel a acção *arborum furtim cæsarum,* e em todos os em que aliás não compete o procedimento criminal, por se não verificarem as qualidades da lei, ou se verificar alguma das limitações do § 91, pois se n'esses casos cessa a acção criminal, não cessa a da estimação do damno, conforme os DD. ahi citados; e verificado o mau animo (que n'esses casos difficilmente se excluirá), procederá a acção pelo dobro.

SECÇÃO III

Provas d'estas damnificações

§ 97

Estes damnos de ordinario são feitos de noite ou clandestinamente; é difficil a prova do seu auctor. Aqui parece admissivel a prova indicial, por argumento da Ord., L. 5, T. 135. O que attendendo o Cod. de Sardenha, L. 6, T. 9, § 25, determinou, ut ibi: «Les peines respectivement établies ci-dessus auront lieu sur la déposition d'un seul témoin digne de foi, lors-qu'elle sera accompagnée de quelque indice raisonnable: et quand il s'agira de bois coupées, la preuve qui résulte de se les être appropriés ou de les avoir retirés, sera aussi suffisante par elle même: lorsque les coupables de quelque contravention ne seront pas en état de payer la peine pécuniaire qu'il auront encourus, ils seront subsidiairement chatiés par une peine corporelle propotionnée aux circonstances des cás». Confira-se Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18, § 29.

Digitized by Google

§ 98

E como todo o delicto se presume commettido por quem interessava n'elle, e não por outro sem mandato d'aquelle, Molin., *de Primog.*, L. 2, C. 5, n. 45, e todo o damno se presume dado pelo vizinho, Menoch., *de Præs.*, L. 1, Q. 89, n. 94, et L. 5, Præs. 32, a n. 19 e 21, segue-se que achando-se cortadas, truncadas dos ramos, cernadas, cintadas e escascadas algumas arvores que prejudicavam ao vizinho, se presume que este fez essas manobras. E junta esta urgente presumpção com qualquer outra prova semi-plena, será sufficiente para a condemnação criminal ou civil, maxime sendo o vizinho homem inimigo ou de má condição e fama, Sabell., § *Damum*, n. 20. A inimizade capital é n'este caso indicio, Krebs., S.ª, Sect. 18, § 36; se antes tinham altercado sobre as arvores e depois apparecem cortadas ou damnificadas, ou a inveja do vizinho, ou quando n'esse logar ficou algum ferro ou traste conhecido, Krebs., supra, § 97.

Nota: E provados na substancia, quando de outro modo se não póde apurar por provas e sua quantidade, esta, prævia Judicis taxatione, se prova pelo juramento *in litem* do damnificado, Begdunell., § *Damnum*, n. 17, Plot., *de Juram. in Lit.*, § 49. Vej. Raynald., *Crimin.*, L. 2, C. 15, § 2, a n. 164, aonde diz que este juramento só se defere a pessoa fidedigna, e admitte prova em contrario.

Digitized by Google

CAPITULO X

Avaliação das arvores, tanto para a computação do dobro, como para o caso de se pagarem em qualidade de bemfeitorias e para outros fins.

SECÇÃO I

Para a computação do dobro

§ 99

Uma opinião quer que: «Damnum datum ex arboris incisione præcise regulari non debet juxta valorem de tempore incisionis, sed habito respectu ad utilitatem in futurum allaturam, æstimato dubio eventu». Bonden. ad Oter., *de Pascuis in addit.*, C. 38, n. 24, Gob., Cons. 5, n. 88, Conciol., ad Stat. Eugub., L. 6, Rub. 32, n. 6, Raynald., *Crim.*, L. 2, C. 5, § 2, n. 146, e § 3, n. 31.

§ 100

Outra opinião porém, e ao proposito, quando se trata da estimação da arvore para a satisfação do dobro, pelo damno causado com injuria, faz diversa fórma de arbitramento e calculo, qual o que expõe Berlich., P. 5, Conclus. 52, n. 4, 5 e 6, ibi: «Actio autem arborum furtim cæsarum, proprie sic dicta, datur in duplum... In æstimatione facienda, quanti domini interfuit non lædi, ipsarumque arborum pretium deduci oportet, et ejus, quod superest, fieri æstimationem... Puta, si arbor non incisa valet decem, sed ligna arboris incisæ valent duo, tunc his duobus deductis reliqua octo æstimantur et duplicantur, ita ut incisor sexdecim solvere teneatur». Esta mesma norma prescreveram n'este caso Cujac., *in Paul. Sentent.*, ad L. 8, ff. *arbor. furt. cæsar.*, Brunneman., na L. 8, eod. Tit., n. 1, ibi: «Si viva arbor æstimari possit 50 florenis

Digitized by Google

et ligna cæsa 10, deductis his 10, nisi asportaverit delinquens, manet 40, quæ duplantur, et ita hæc actio est mixta, dum simplum inest duplo, etc.» Mull., *ad Struv.*, Exerc. 48, ad Thes. 45, ibi: «Ex Edicto scilicet Prætoris, L. 7, § ult. h. et intelligenda est dupli æstimatio, non ad verum rei pretium exacta, sed ad id, quod interfuit domino arbores non cædi, L. 8, pr. h., deducto ipsarum arborum pretio, siquis eas cæciderit tantum, nec asportaverit. Sic si vivæ arbores et adhuc solo inherentes æstimatæ fuerint 50 florenis; ligna vero excisarum sint 10, deductis istis 10, æstimatio fieri debet, nempe 40 florenis. Eaque æstimatio duplatur, et sic reus in 80 tenetur, etc.»

Nota: A primeira d'estas opiniões é praticavel quando o damno nas arvores foi dado sem injuria. A segunda, quando com injuria, nos termos que fica exposto no Cap. 9. O dobro, diz Krebs., P. 1, Class. 4, Sect. 18, § 6: «Non est mera pœna sed etiam damni æstimationem continet... Deducendum tamen ex eo duplo pretium arborum cæsarum, quas dominus retinet. Hinc si arbor nondum cæsa valeret 10, ligna autem arboris incisæ, 2, deductis his duobus, reliqua 8 sunt æstimanda et duplicanda adeoque 16 solvenda». Berl., P. 5, Concl. 52, n. 6. Vej. Struv., Exerc. 48, Thes. 45.

§ 101

Se o damno foi dado cortando-se videiras já crescidas: «Tenetur damnificans ad refectionem damni, id est, ad eos fructus, quos eorum dominus verisimiliter quotannis percipere potuisset, deductis expensis, donec usque aliæ vites fuerint subrogatæ, ex quibus tantundem fructuum percipi valeat». Ita cum plurib. Comes Conden., ad Oter., *de Pasc. public.*, C. 38, n. 21.

Digitized by Google

SECÇÃO II

Para se pagarem em qualidade de benfeitorias

§ 102

É regra geral, que: «Ei qui plantavit arbores fructiferas, quantum expendit dumtaxat, non quantum hodie arbores valent, est satisfaciendum». Caldas, *de Emption*, C. 27, 10, Peg., Tom. 10, ad Ord., pag. 54, n. 49, Tondut. Civ., C. 154, n. 15, Guerreir., Tr. 2, L. 3, C. 8, n. 63.

§ 103

Sendo que: «Arborum, et vitium facta plantatio dicitur potius deterioratio, quam melioratio, quando ob dictam plantationem granum, et alii fructus in minori quantitate percipiuntur, ut in terminis Duran., Decis. 338, n. 7 et 8, et concordat cum ratione ob non augmentum fructuum de necessitate requisitum pro melioramentis repetendis. Nam validissima est in jure conclusio, quod melioramenta, ut debeantur, debent esse necessaria, vel utilia per augmentum fructuum, ac talia pariter esse debent, quæ de jure reficienda veniant... Et in terminis etiam plantationis vitium, et arborum, quæ probari debeat necessaria, et utilis, et sit locus expensarum factarum repetioni». Angel., *de Impens. et meliorat.*, Art. 22, n. 51 et 52.

§ 104

Por outra parte diz Tondut. Civil., C. 154, n. 13: «Quod attinet ad expensas factas in plantatione arborum, et vitium, eas dici temporales, et non respicere perpetuam fundi utilitatem». Concorda Angel., supra, n. 53, ibi: «Imo valde animadvertendum est, quod melioramenta quæ consistunt in plantandis vitibus, et olivis, quæ in

Digitized by Google

fundis non sunt perpetuo, sed factæ pro uberiori fructuum recollectione, tanquam in fundo perpetuo non duratura, reficienda non sunt».

§ 105

Adverte o mesmo Tondut., n. 14, que: «Posito quod tales expensæ resarciri deberent, necessario haberi deberet ratio fruitionis vinearum per annos quadraginta et amplius, quo tempore vineæ ad vetustatem rediguntur, et fere inutiles redduntur, quia haberi debet respectus ad diminutionem valoris, et utilitatis melioramentorum provenientem ex cursu temporis, quo possessor usus est melioramentis et eorum commoditate».

§ 106

As despezas no plantio de buxos e outras plantas nos jardins são voluntarias, que se não repetem, Peg., Tom. 1, ad Ord., pag. 58, a n. 91, Angel., *de Impens.*, Art. 4, a n. 56; mas ellas se repetem (e avaliam pela norma do § 102), no caso que referem o mesmo Angel., sub n. 69, e Peg., supra, pag. 86, n. 88.

SECÇÃO III

Para outros fins

§ 107

As arvores têem estado de consistencias, e como tres idades, novas, virentes e decrepitas. A sua duração tambem varia conforme as suas diversas qualidades, havendo umas que duram seculos, outras (como pecegueiros, damasqueiros, amendoeiras, ceregeiras, etc.), que tem duração de poucos annos. Os terrenos tambem conduzem muito para a maior ou menor duração de todas as especies de arvores, e igualmente os climas; isto aindaque o

Digitized by Google

não dissessem os naturalistas, todos o sabemos por experiencia. Conf. Pacion., *de Locat.*, C. 19, a n. 158.

§ 108

Sendo pois isto certo, é costume que geralmente grassa avaliar as arvores pelo seu rendimento de 5 por cento, cumulado em vinte annos, ou se trate da avaliação para as arrematações na fórma da lei de 20 de junho de 1774, §§ 11 e 12, ou se trate para as adjudicações na fórma da lei de 9 de julho de 1773, §§ 8 e 11, ou se trate para regular a lesão nas vendas, nos termos da Ord., L. 4, T. 13, ou para qualquer outro fim em que se procede a avaliação.

§ 109

Pois aindaque o alvará de 14 de outubro de 1773, § 1, manda que: «Nas quintas de vinhas e arvoredos se praticará o mesmo, andando arrendadas, e fabricando-se por conta de seus donos, pela computação dos fructos que produziram nos vinte annos proximos precedentes, deduzindo-se sempre a terça parte que no fabrico d'ellas se costuma gastar; nos olivaes e montados se praticará o mesmo em cada um dos dois casos acima referidos»; comtudo esta norma legal justamente precisou ser modificada posteriormente, porque se a lei manda computar o valor dos arvoredos e olivaes pelo rendimento dos vinte annos atrazados, n'esses mesmos vinte annos (a não serem os arvoredos e olivaes novos) elles se reduzirão a mais caducos e menos rendosos. E como n'este caso do rendimento passado se póde fazer argumento para o futuro, quando no futuro, pela decadencia das arvores já velhas, se esperam menos fructos e menos rendimentos, com o cumulo dos quaes em vinte annos se regule o verdadeiro valor, só em arvoredos, vinhas e olivaes novos que promettam duração, e cada vez maior fructificação, é que o reddito cummulado de vinte annos póde formar o verdadeiro valor.

Digitized by Google

§ 110

O decreto de 17 de julho de 1778 declara que: «Pelo que toca ás avaliações, que para estes e outros similhantes effeitos se houverem de fazer d'aqui em diante, se regulem os vinte annos preteritos pelo rendimento que tiverem ao tempo da avaliação as fazendas que se avaliam, sem attenção ao dos annos anteriores, em que podiam valer menos». Este decreto, digo, posterior ao alvará de 14 de outubro de 1773, e á lei de 20 de junho de 1774, veiu modificar aquella norma, porque olha o estado presente do rendimento das cousas, e d'este manda inferir para o futuro, sem olhar para os atrazados vinte annos. Esta norma, que mais se approxima á rasão na avaliação das arvores de que tratâmos do que o dito alvará, ainda em si não é, quanto ás arvores, exacta (ao que parece), porque vinhas, olivaes, pomares, arvoredos, etc., depois de passarem (segundo as suas diversas especies e qualidades dos terrenos) da meia idade, caminham á propria destruição pela natureza mesma. E quanto mais advertindo-se, que ainda no estado virente e bem vegetado, estão expostas ao arranco pelos ventos, furacões e outras casualidades, e não só ao arranco, mas a seccarem por causas naturaes.

§ 111

As terras nuas sempre se conservam em uma permanencia de estado, Pacion., *de Locat.*, C. 19, n. 158. Não envelhecem nem se esterelisam; sempre produzem (cultivando-se bem) os costumados fructos. Se se não cultivam alguns annos descansam, e mais fructos produzem depois, Pacion., *de Locat.*, C. 19, a n. 165; e sendo isto certo, que muito as citadas leis e os DD. assentem, que o justo valor das terras productivas de pão se regule pelo calculo dos rendimentos de vinte annos, quando o rendimento das terras nuas é perpetuo e invariavel como ellas! Se bem que essa norma da multiplicação dos rendimentos por

Digitized by Google

vinte annos foi invento da Glossa na Auth. Præterea, C. *de Sacrosant. Eccles.*, como dizem todos os DD., e não é norma de eterna verdade fixa e inalteravel na avaliação de todo o predio; antes, como diz Constantin., *ad Statut. Urb.*, Annot. 46, Art. 2, n. 83: «Si ex testibus, vel peritis, ac certis probationibus habeatur certus valor rei supra, vel infra dictam taxam legalem desumptam ex Glossa in allegata Authentica, perpetua, tunc talis taxa pro metiendo valore non attenditur; nec cum illa proceditur, sed cum vero valore probato, per testes, vel peritos, vel alias probationes, ex quo cum hujusmodi taxa legali proceditur tantum in dubio, et quando aliunde deficit vera probatio, etc.»

§ 112

E não havendo (§ 107) nas arvores aquella consistencia sempre perpetua, e aquella costumada producção que nas terras (§ 111), como póde essa norma adaptar-se á avaliação dos arvoredos, vinhas, olivaes, pomares, etc., expostos a decadencias, a seccarem, e aos impulsos dos ventos, etc.

§ 113

Se não houvera entre nós aquella norma legal, poderiam avaliar-se com respeito a todos estes eventos, conforme a sua natureza mais ou menos propria para perecerem em poucos annos, conforme o estado da sua consistencia e contingente duração, segundo a sua propria natureza, conforme a experiencia do paiz, conforme o terreno em que estão capaz de as vegetar mais ou menos, e conforme (ainda mesmo) o dubio evento de seccarem ou se arrancarem á força de ventos ou innundações.

§ 114

E se me perguntarem, como com attenção a tudo isto se podem avaliar as arvores? Direi que tambem as cousas

Digitized by Google

que dependem de evento recebem avaliação, e como esta se deva regular o expuz no meu *Tratado das avaliações,* Entretanto vejam-se Peg. 4, For., C. 41, a n. 21, Valer., *de Transact.,* T. 6, Q. 1, a n. 70, Peg. 1, For., C. 7, pag. 539, v. *Et quid,* e pag. 340. Bom seria ver-se as memorias de Condorcet sobre o calculo das probabilidades, e avaliação dos direitos eventuaes, que refere o desembargador Ferreira Cardoso, *Memoria sobre a avaliação dos bens de praso,* pag. 75.

§ 115

Regra facil: É justo o valor das cousas eventuaes, aquelle pelo qual commummente se poderiam, comprar taes cousas por um homem prudente e sensato, com respeito ás mesmas contingencias; bem como assim se deve estimar o dubio evento de uma demanda, quando se trata de decidir pelo remedio da lesão a transacção, Urceol., *de Transact.,* Q. 94, n. 32.

§ 116

A arvore, que quando no confim era commum pro indiviso, ou o era por outra causa depois de cortada, o dominio d'ella não muda de natureza, Krebs., *de Lign. et Lapid.,* Class. 6, Sect. 1, § 1.

Se uma arvore impulsada pelos ventos se curva sobre casa ou predio do vizinho, em termos que ameaça imminente perigo, tem aqui logar a caução de damno infecto contra o dono da arvore, Krebs., Class. 2, Sect. 3, § 10, n. 5 e 6, e Class. 6, Sect. 1, § 5, n. 1, caução de cuja praxe tratei na Diss. dos preceitos comminatorios.

Se repentinamente a arvore cáe na rua publica, é o dono obrigado ou a remove-la logo desoccupando a rua, ou a demitti-la pro derelicto a quem quizer desimpedir a rua, Krebs., P. 1, Class. 6, Sect. 1, n. 2 e 3.

Se a arvore por vicio interno sem força de vento caíu no predio alheio, e o dono do predio se não tinha precavido com a dita caução, a si o deve imputar. E só quando

Digitized by Google

o dono da arvore a queira tirar, póde obriga-lo que caucione a perda que possa resultar de preterito e futuro, com a extracção da arvore, Krebs., P. 1, Class. 6, Sect. 1, n. 4.

Se porém o dono do predio em que a arvore caiu, tinha omittido pedir caução ex justa causa, como por absencia em beneficio da republica, angustia do tempo, etc., n'este caso o dono do predio damnificado tem acção para demandar o da arvore, que ou a tire pagando o damno, ou a deixe pro derelicto, Krebs., supra, n. 5.

E quando repentinamnte a arvore caiu no predio alheio sem preceder caução por força de grande vento, tem o damnificado acção contra o dono da arvore, ou que a tire pagando o damno, ou que a dê por noxa e a deixe pro derelicto, Krebs., supra, n. 6.

Não se podem obstruir os caminhos publicos com lenhas, mas nos recintos em que se não prejudica o povo, se podem montuar para o uso das casas, fornos, etc., Krebs., P. 1, Class. 6, Sect. 1, § 11, a n. 2.

FIM

Digitized by Google

INDICE

DAS COUSAS QUE SE CONTÉM N'ESTE VOLUME

PAG.

DISSERTAÇÃO I.—Do juramento ao cabeça de casal no inventario..... 3
DISSERTAÇÃO II.—Do juramento nas querelas e denuncias... 7
DISSERTAÇÃO III.—Sobre as insinuações..... 12
DISSERTAÇÃO IV.—Sobre a boa e má fé nas prescripções.... 105
DISSERTAÇÃO V.—Sobre o pacto de retrovendendo 193
DISSERTAÇÃO VI.—Sobre a constituição Anastasiana e Justinianea 282
DISSERTAÇÃO VII.—Especialidades de direito na compra e venda de vinhos..... 326
DISSERTAÇÃO VIII.—Tratado encyclopedico pratico sobre os direitos relativos a arvores 366

Ex Bibl
6/19/24

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google