

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 061 595 310



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY



15x
175

2-9

Tratado encyclopedico
* TRATADO ENCYCLOPÉDICO

PORTUGAL

COMPENDIÁRIO, PRÁTICO E SYSTEMÁTICO

DOS INTERDICTOS

E REMÉDIOS POSSESSÓRIOS GERAES E ESPECIAES

CONFORME

O DIREITO ROMANO, PATRIO E USO DAS NAÇÕES

POR

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LORÃO

Advogado forense e veterano

Obra de que só o intrinseco mostrará seu merito
ou demerito a quem a ler

*Partiu a Amistado
d. Tivale e de Fr.*



Lisboa

LISBOA

IMPRENSA NACIONAL

1867

PRINTED IN PORTUGAL

5
POR
915
ALMA

For Ty
A 4474 inu

Sic omnino ad legalium capitum compositionem nos accommodari oportebit, ut, quantum usus aliquis sit, qui bono quopiam rempublicam beet, hæc necessario, et ferantur, et honorentur.

NOVELL. DE LEÃO, 46.

10/26/42

Eis-aqui, senhores, um dos resultados da minha lição na mocidade, e do uso forense, que estando como em um masso se ruminou, digeriu, desenvolveu e expoz na velle. Na verdade a materia dos interdictos e remedios possessorios estava, como me pareceu, na maior confusão nos DD., e principalmente nos reinicolas que a trataram; fazendo communs a todos os interdictos as regras só peculiares e privativas de outros, não separando o direito romano do canonico, e do uso hodierno das nações, nem reflexionando em particular a nossa legislação, indagando as suas fontes e a uniformidade d'ella com as leis das nações, etc., pareceu-me necessario desenvolver o que assim estava confuso, para livrar de erros os principiantes, e de inadequadas applicações de textos e DD. Não se me notem as transcripções extensas, já porque nem todos terão os livros que transcrevo, já porque considerando-me só um simples redactor, como em encyclopedia, sem auctoridade propria, a dos DD. que cito e transcrevo, é a que eu inculco aos leitores, que deixando de me citar as suas allegações (como já tenho experimentado em outras obras minhas) podem citar e transcrever os de que, poupando-lhes trabalho, lhes faço um bom aparato, e não de quaesquer DD., mas dos mais sabios, e taes geralmente conceituados. Por todos os modos não

deixarei de ser util á mocidade, para quem só escrevo. Os mais sabios corrigirão os meus erros, como já costumam, em que recebo honra, tendo por censores não quaesquer pedantes, mas um homem, em que a condecoração corresponde á sua jurisprudencia, e em que o publico contra alguns meus erros (não em tudo o que escrevo) receberá melhores illustrações: bem que os sabios decidirão do justo ou injusto das censuras, entretanto digo aqui o que Marcial, Lib. 6, disse das suas obras.

Sunt bona, sunt quædam mediocria, sunt mala plura.

Quæ legis hic: aliter non fit, avite, liber.

Augusto E. Soares


INTERDICTOS

E

REMEDIOS POSSESSORIOS GERAES E ESPECIAES

CONFORME O

DIREITO ROMANO, PATRIO E USO HODIERNO DAS NAÇÕES

QUESTÃO PRELIMINAR

Se para se conseguir os commodos da posse se podem com sã consciencia
usar os remedios possessorios, ainda quando se conhece o defeito
de justiça na causa da propriedade

§ 1

Muitos e pios DD. declamam altamente contra as partes e contra os advogados, que vendo carecem de justiça nas causas sobre a propriedade, propõem e defendem os remedios possessorios, encarregando suas consciencias; porque (dizem elles) *dolo facit, qui petit quod redditurus est*, ex L. 8, ff., de *Except. dol. mal.*, L. 173, § *fin.*, ff., de *Reg. Jur.* Assim Brunneman., de *Process. Civil.*, C. 1, n. 11 e 14, Gonzal., ad *Reg. 8*, Cancell., Gloss. 15, n. 90 e 91, Posth., de *Manut.*, Obs. 81, n. 29 e 30, Fontanell., de *Pact. nupt.*, Claus. 4, Gloss. 13, P. 4, n. 51, Sabell., § *Advocatus*, n. 24, e § *Possessio*, n. 59, Peg., de *Interdict.*, C. 10, n. 637.

§ 2

Pelo contrario com Parlador., *Rer. quotidian.*, L. 1,

C. 2, n. 15, com o antigo canonista Innocent., no *C. Pastoralis de Caus. possess. et propriet.*, diz Stryk., Vol. 2, Disp. 13, de *Conscientia Advocatorum*, C. 4, n. 17: «Si cliens in causa possessionis jus habeat, equidem existimo, Advocatum sine conscientiae Læsione clientem defendere posse, quoniam Advocatus dumtaxat Legis, non hominis conscientiam habere debet». João Frederic. Rhet., entre as obras de Stryk., Vol. 10, Disp. 3, de *Judiciis possessoriiis*, C. 4, n. 30, se expede da questão, ut ibi:

«Religiosissimus nostri Sæculi J. Ctus Brunneman., consulere volens Litigantium conscientiae, omnia possessoria licet in jure fundata cum animæ periculo, cum dolo faciat qui petit, quod redditurus est, intentari putat, nisi et in petitorio bonum foveat jus: Verum, cum Advocati, cum secundum, L. 14, *Cod. de Advoc.*, divers. judicior., ambigua causarum facta dirimere debebant; indeque, quod tamen ab iis requirit Post., de *Manut.*, minus in intentandis conscientiae nocivis possessoriiis canti sint; voti hæc res est, non spei, ideoque de Legis permissione, quæ, dicente Grot., de *J. B. et P.*, L. 1, C. 1, n. 17, jus ad aliquid omnino licite agendum nobis dat, erimus solliciti.»

§ 3

O citado Stryk. com o mesmo Parlador. só limita «nisi tamen, quod limitationis vicem subeat, ex negotii juribus, vel ex facto, quod sibi a cliente proponitur, manifesto contrarium intelligat; ibi enim, licet alias Possidentes beati dicantur, ipse Cliens salva conscientia agere non potest; multo minus igitur ipsius Advocatus.»

§ 4

Quid ergo in hac varietate dicendum? O direito canonico, como adiante veremos, auctorisa indistinctamente os remedios possessorios; não menos as leis civis de alguns imperadores christãos, e mesmo as nossas patrias, Ord.,

L. 3, T. 48, T. 40, § 2, no fim, T. 78, § 5, L. 4, T. 54, § 3, e T. 58. Ora, uma parte, um advogado, que procedem auctorisados pelas leis, justamente procedem, e com a mesma generalidade que ellas lhe permitem, até o ponto de rechaçarem o espoliador para não ser attendido com materia que respeite ao dominio, emquanto não fizer uma plenaria restituição da posse espoliada, sem differença de ser justo ou injusto o possuidor espoliado.

Nota. Sim, vejo em Van-Esp., no Tom. 6, a interpretação da regra, *In pari causa potior est conditio possidentis*. Vejo o que Van-Esp. ali discorre *in utroque foro*; o que distingue, isto é, quando o possuidor não tem provaveis fundamentos, que balanceados na sua consciencia o façam persuadir da injustiça da posse com respeito á propriedade, tão longe de a poder recuperar, deve demitti-la; respondendo Van-Esp. que todos esses axiomas procedem no fóro externo, e não no interno. Porém eu vejo ao mesmo tempo que as leis protegem todo o possuidor. Quem de facto e por auctoridade propria commette o espolio, perturba a sociedade, offende as leis, e a protecção publica dos magistrados territoriaes, Cordeir., *de Interdict.*, Dub. 45, a n. 16, 30, 35, 38, *Retes de Interdict.*, P. 3, § 3, apud Meerman., Tom. 7, pag. 514. Que por isso as leis comminam aos espoliadores as penas, que se vêem em Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 23: *De pœna jus sibi dicentis sine Judice*, C. 1. Eu distinguiria n'esta fórma: Um espoliado com violencia formal ou terror, que não pôde ou teme usar do desforçamento pela permissão da Ord., L. 4, T. 58, § 2, ou que lhe passou o tempo de se desforçar, elle em segura consciencia, protegido e auctorisado pela lei, e como promotor da sua execução, pôde promover, aindaque em seu beneficio a execução das leis, que o espoliador despotico transgrediu. Tambem, se o espoliado está assistido de algumas rasões provaveis da justiça na causa da propriedade que lhe tranquillisem a consciencia, aindaque não sejam indubitaveis, admittiria eu a segunda opinião (§ 2). Quando porém o possuidor não é espoliado com formal violencia, ou *manifesto* entende que não tem justiça na causa da propriedade, eu o reputaria doloso em pedir a pôsse, que logo por acção ordinaria deve precisamente restituir; e nem a elle nem ao advogado julgaria em segura consciencia, propondo os remedios possessorios, e seguiria a opinião de qua (§ 1) pela

distincção do § 3. Só sim, se um propriamente espoliador fosse depois espoliado por outro, que não fosse proprietário da cousa, nem antecedente possuidor, eu lhe concederia em segura consciencia o remedio das leis contra o seu espoliador, porque a seu respeito tem o ladrão mais direito como possuidor espoliado, que a respeito do antigo e verdadeiro senhor. Assim com bellissimas razões discorre Samuel de Coccey, *Justit. Natur. et Roman. nov. system.*, § 597, Retes, supra. Com as razões de Coccey abandonaria ao segundo espoliador, que não tinha domínio, nem posse, nem direito algum a respeito do espoliado. Eu lhe reprovaria as doutrinas de Peg. 2, For., C. 11, n. 216, e de Posth., *de Manut.*, Obs. 61, a não ter esse segundo espoliador causa d'esse outro terceiro, primeiro espoliado, que era verdadeiro senhor e possuidor, ex Peg. supra, n. 217. Também o não protegeria com o assento de 16 de fevereiro de 1786, emquanto diz que seria «visível absurdo, de se julgar nos interdictos restitutorios e nos outros casos occorrentes no fóro, a posse áquelle mesmo, que pelo processo e evidencia notoria dos autos se deprehende não lhe dever ser julgada a propriedade». Porque este assento não só não comprehende um espolio violento prohibido por todas as legislações, mas deve entender-se quando entre dois contendores um d'elles mostra notoriamente a sua justiça na causa da propriedade, e não no figurado caso em que a controversia versa entre o que espoliou um que o não acciona, e esse mesmo espoliador que foi espoliado por outro, porque a respeito do segundo espoliador tem pelas razões de Coccey e Retes direito para ser restituído, seja ou não verdadeiro senhor e possuidor, porque só é injusto a respeito do primeiro possuidor, que o não demandou. N'esta fôrma comporia eu a variedade de opiniões, com que nenhum dos advogados jamais se embarçou, e repetiria contra elles as declamações de Fontanella, citado no § 1, menos no caso, *de quo*, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 1, § 2, in fin., com Brunnem., na L. 24, ff. *de Reivindic.*

Presupposta esta questão preliminar para regulamento do advogado consciencioso, passo já ao meu projecto.

PARTE I

CAPITULO I

**Commodos da posse em geral. Interessa mais o possuidor
conserva-la pelos meios licitos, do que demanda-la
e pedi-la em juizo**

§ 5

Conforme o direito civil: 1.º, quem obtem a posse é re-
levado de outra prova, L. 16, Cod. *de Probation.*, L. 24,
ff. *de Reivindicat.*; 2.º, a favor do possuidor da coisa está
toda a favoravel presumpção, e não é obrigado restitui-la
emquanto o auctor não prova o seu dominio, L. 28, Cod.
de Reivind.; 3.º, não é o possuidor obrigado por via de
regra (*) a mostrar o titulo da sua posse, L. 11, Cod. *de*
Petit. hæred.; 4.º, presume-se boa fé no possuidor em-
quanto se não prova o contrario, L. 18, ff. *de Probat.*,
L. 30, Cod. *de Evict.*; muito mais, 5.º, quando possui por
auctoridade judicial, L. 11, ff. *de Acquir. vel amitt. pos-*
sess.; e por isto, 6.º, lucra os fructos percebidos antes da
litiscontestação no juizo petitorio, L. 35, ff. *de Rer. di-*
vis. (**); 7.º, o possuidor póde defender a sua posse por
auctoridade propria, L. 1, Cod. *Und. vi*, e desforçar-se
do espolio, L. 3, § 9, ff. *de vi, et vi armat.*; 8.º, em igual
causa é melhor a condição do possuidor, L. 2, § 9, ff. *Ut*
possidet; 9.º, o possuidor presume-se senhor da coisa
possuida, L. 8, § 1, Cod. *de Præscript. triginta annor.*;
10.º, em duvida se deve julgar em favor do possuidor,
L. 125 e 128, ff. *de Reg. jur.*; 11.º, *in pari causa turpi-*

tudinis dantis, et accipientis melior est conditio possidentis, L. 148, ff. *de Reg. jur.*, L. 2, Cod. *de Condict. ob. turp. caus.*; 12.º, no concurso de dois compradores prefere o primeiro na posse, aindaque segundo na compra, L. 15, Cod. *de Reivind.*

(*) Regra que se limita, 1.º, no caso da petição de herança em que o possuidor requerido é obrigado declarar o título da sua posse. Vid. Leyser, *ad Pand.*, Specim. 94, Med. 2, L. 2, Cod. *de Pet. hæred.*, Scheneidewin., ad § 28, *Instit. de Act.*, sub Tit. *de Petit. hæred.*, a n. 31. Limita-se, 2.º, no possuidor de bens reaes, Stryk., Vol. 5, Disp. 25 (onde outras limitações); limita-se, 3.º, no possuidor de bens do concelho, lei transcripta por Peg., Tom. 5, ad Ord., pag. 370.

(**) Se o vencedor no possessorio vencido depois na propriedade deva, ou em quaes casos, restituir os fructos *ab initio* da sua posse? Vejam-se Castilh., L. 6, C. 135, a n. 66, Brunnem. na L. 2, ff. *de Usur.*, n. 3, Posth., *de Manut.*, Obs. 104, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 17, § 7, Voet., *ad Pand.*, L. 41, T. 1, sub n. 31, Barbos., *Thes. loc. comm.*, L. 14, C. 71, Axiom. 50.

§ 6

Todos os referidos favores do possuidor, segundo o direito civil, relatam Heinec., *Elem. Jur. Civ. Secund. Ord. Inst.*, § 1287, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 1, Post., *de Munut.*, Obs. 1, Stryk., Vol. 5, Disp. 24, C. 1, a § 8, melhor que todos os mais; e conforme o direito canonico (de que foi fonte o civil, e em que alguns papas firmavam suas decisões), o grande Gibert., *Corp. Jur. Canon.*, Tom. 3, *Trat. de Contract.*, T. 1, Sect. 7, propondo esta questão: *Quæ sint commodæ possessionis?* Os deduziu d'esse direito e dispoz por esta ordem:

1.º In pari causa potior est conditio possidentis. In 5.º, *de Reg. jur.*, Reg. 65, L. 5, T. ult.

2.º Possessio causa custodiæ ratione absentia Partis adversæ, L. 5, *Decret.*, T. 40, C. 28, fit vera possessio post certum tempus elapsum. Ibidem.

«3.º Divino et Humano jure melior est conditio possidentis. *De Præscript.*, C. *Ad aures*, § 1, L. 2, *Decret.*, T. 26, C. 6.

«4.º Cum ambarum Partium testes sunt æquè idonei, possessoris testes præferuntur. *De Probat.*, C. *Ex litteris*, § 2, L. 2, *Decret.*, T. 19, C. 3.

«5.º Ex sola possessione cum bona fide acquiritur jus. Gl. ad Cap. *de Consultationibus de Jur. Patron.*, L. 3, *Decret.*, T. 38, C. 19.

«6.º Licet quis possideat prima facie contra jus veri Domini; tamen non potest ab ipso possessorio evelli, illo non vocato. Gl. ad Cap. *Licet. de Præbend.*, in 6.º, L. 3, T. 4, C. 28.

«7.º Cum constat, quod aliquis in quasi possessione existit, silentium alteri Parti imponitur, salva quæstione super jure. *De Elect.*, Cap. *Quærelam*, § 2, L. 1, *Decret.*, T. 6, C. 24.

«8.º Dominium rei apud possessorem, sicut hactenus possessum est, permaneant, dum quæstio discutitur Caus. 16, Q. 4, Can. 2.

«9.º Judicandum est, aliquem esse in plena possessione tuendum, donec probatum legitimè fuerit ex adverso, eum nullum jus habere. *De Institution.*, Cap. *Cum venissent*, § 2, *Init.*, L. 3, *Decret.*, T. 7, C. 6.

«10.º Juris probatione pendente, qui sunt in possessione non violenta, non clandestina, nec concessa precario, non turbentur. In 6.º, *de Privileg.*, C. *Cum personæ*, § 2, L. 5, T. 7, C. 7, Gregor. I, L. 1, Epist. 9, a n. 590.

COROLLARIO E TRANSIÇÃO

§ 7

É portanto mais interessante possuir e conservar a posse que demandar em juízo a propriedade, *Instit. de Interdict.*, § 4, ibi: *Commodius est potius possidere quam petere*, L. 24, ff. *de Revind.*, ibi: *Quia longe commodius*

est possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam, alio possidente, petere. Conf. Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 1, § 1, Heinec., *ad Instit.*, § 1288, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 1, § 2.

Nota: Ha porém muitos casos em que não é melhor a condição do possuidor, que se devem ver em Stryk., Vol. 5, Disput. 24, *de possidente non meliore*, C. 2 e seguintes; e ao nosso proposito, C. 7.

CAPITULO II

Conservação da posse por meios extrajudiciaes, ou defendendo-a ou recuperando por desforçamento a espoliada; em quaes casos são permittidos ou reprovados estes meios.

SECÇÃO I

Insistencia e defeza na posse, e defeza d'ella antes de espoliada

§ 8

• Recte possidenti (diz a L. 1, Cod. *Und. vi*) ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderanimae illatam vim propulsare licet. Conf. L. 1, § 27. D'aqui inferem communmente os DD. que: «Possessor turbatus potest se jure in possessione de facto confovere, et ad opus de facto etiam se opponere, ac se propria auctoritate defendere; et alias quomodocumque se in ea tueri, et manuteneri, atque resistere turbatoribus, illosque rejicere, etiam armata manu, et median-tibus vicinis, amicis, extraneis... Licet possessori tollere omnia impedimenta ad suam possessionem tuendam et continuandam... Nec per hujusmodi continuationem dicitur possessor damnificare, nec spoliare, neque attentare, etc., Posth., *de Manut.*, Obs. 1, a n. 55, Conf. Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 9, n. 58; se porém é licito, ainda com mão armada dentro da igreja, defender

a posse de algum assento, preeminencia ou sepultura? Veja-se o mesmo Ferreira, L. 6, Disc. 10, a n. 33.

O illustrissimo Samuel de Coccey, *Jurisprud. Natur. et Roman: nov. system.*, § 718, n. 3, permite a defeza ainda com homicidio pelos bens e ainda por cousa minima; porém Heinec., ad Grot., *de J. B. et P.*, L. 2, C. 1, § 12, o permite sim por direito natural e civil (e ainda pelo divino), mas de-baixo d'estas condições: 1.ª, que a cousa defendida não seja de pouco momento; 2.ª, que não possa haver esperança de a recuperar por meio algum. Os barbaros criminalistas com os quaes Conciol., verbo *Defensio*, Resol. 5, permittem a defeza com homicidio, não pela pessoa mas pelos bens, dizendo no n. 5 que: «Pro defensione rerum suarum licita sit defensio contra violentam turbationem et oblationem; et sic pro manutatione, et recuperatione propriæ possessionis... etiam pro defensione rerum incorporalium». Bem que prudentemente conselha que «*in dictis Casibus ad evitando vulnera, et Cædes magis expedit in possessione defendi Judicis auctoritate, quam propria*». Mas o mais prudente e solido é o que com muitos DD. diz Brunneman, na L. 1, Cod. *Und. vi*, ibi: «Sed hactenus defensio rerum licita est, si modo ad cædem hominis non perveniat turbatus; nam inter hominis vitam et res nulla est proportio, nam hæ res semper illa nunquam in hac vita recuperari possunt; nisi periculum vitæ simul immineat; quo casu pro defensione suarum rerum homicidium impunè committetur». Idem Brunneman., in L. 1, ff. *de Vi et vi armat.*, n. 20.

§ 9

Porém, e para competir ao possuidor essa faculdade e com esse moderame (§ 8), é necessario que se verifiquem os requisitos, de quibus Brunneman., in d. L. 1, Cod. *Und. vi*, ibi: «Sed duo hic habentur requisita: 1.º, ut rectè possideat, et sine vitio: Ideo qui vi possidet, vel clam, vel ei, a quo precario rem habet, eam non restituit, ille vim vi repellere nequit; 2.º, ut hoc faciat cum modamine inculpatæ tutelæ; id est, si aliter se et sua bona tueri non possit, id quod ex loco, tempore, personis, etc., est judicandum». Conf. Post., *de Manut.*, Obs. 1, a n. 75,

ibi: «Prædicta de defensione, et continuatione possessionis propria auctoritate primam recipiunt declarationem, ut procedant, dummodo possessio fuerit antea quæsita; secus si non quæsita; 2.º, declaratur, ut prædicta Locum habeant, si possessio fuerit pacifica, et clara, secus, si controversa et turbida».

SECÇÃO II

Recuperação da posse espoliada, e por meio de desforçamento

§ 10

Para o desforçamento ha dois meios (sem necessidade de recorrer aos interdictos); um d'elles, o mais seguro e prudente, é requerer ao magistrado assistencia de officiaes de justiça para o desforçamento na fórmula da boa praxe que lembrou e provou Pereira, *de Man. Reg.*, P. 1, C. 24, n. 26 e 27, ibi:

«Quando spoliatus petit à Judice se restitui incontinenti sibi a jure indulto, ut restitui possit propria auctoritate, de quo in Ord., L. 4, T. 58, § 2, non est dubium Judicem manum, seu familiam suam accomodare debere, sumpta informatione possessionis spoliati; quam an accipere possit, parte non citata, dubium est non leve, cum partis citatio semper necessaria sit, ut testium dicta nocere possint. Sed videtur in hoc casu partis citationem omitti posse; quia procedit Judex ex Officio, ut aliàs in simile est Ord., L. 1, T. 66, § 11, e L. 2, T. 5 § 7, et quando exercet jurisdictionem voluntariam, et L. 3, T. 85, § 2. Sicut alias citatio omittitur, si res moram non patiat ex Ord., L. 3, T. 55, § 9, et L. 1, T. 65, § 73, et L. 3, T. 78, § 5... Covarruv... Vallasc., etc., hoc enim judicium est summarissimum, in quo citatio partis omitti potest, Rolând... Marcard... Vallasc., etc.»

Nota. O mesmo Pereira prosegue a demonstrar a justiça d'este procedimento sem citação de parte, ainda quando o desforçamento se requer com assistencia dos officiaes de jus-

tiça para evitar rixas contra um clérigo espoliador; confira-se *Cancer*. 1, Var., C. 7, a n. 70, et Tom. 3, variar., C. 17, a n. 334, e C. 19, n. 18, aonde largamente prova que aquelle que tem faculdade de recuperar a posse por auctoridade propria, pôde recorrer ao magistrado que lhe conceda assistencia de officiaes para occorrer a rixas, e que o juiz lh'a pôde conceder sem citação de parte.

Quando porém se requer immissão na posse, não por desforçamento da espoliada, mas pelos remedios da Ord., L. 4, T. 57 e T. 58, §§ 3 e 4, e n'estes a assistencia de officiaes de justiça; n'estes casos só se pôde conceder a associação com citação da parte. Vide Luc., *de Credit.*, in Summ., a n. 156, et *de Judic.*, Risc. 44, a n. 65, et *de Feud.*, Risc. 66, n. 12, Rovit., *ad Pragmat. Regn. Neapol.*, Rubr., *de Conservator.*, Pragmat. 1, a n. 4 (*quidquid dicant Farinac.*, Q. 175, a n. 224, Menoch., *Adpiscend. Remed.* 6, n. 10, et *Remed.* 5, a n. 148).

§ 11

Se porém o espoliado não quer recorrer a este meio, o mais seguro e providente, elle pela permissão da Ord., L. 4, T. 58, § 2, pôde recuperar a posse desforçando-se, aindaque com ajuntamento de gente, quanta lhe for necessaria conforme a prepotencia do adversario. Comtantoque assim o execute in continenti (o que a ordenação deixa ao arbitrio do julgador). E isto aindaque esse ajuntamento para esse fim forme numero que constitua assuada; e comtantoque assim seja preciso, e se trate de recuperar uma posse justa e legitima, que foi espoliada. Veja-se largamente Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 10, a n. 9, et Disc. 9, a n. 8.

§ 12

Esta faculdade e n'estas circumstancias, compete ao verdadeiro possuidor contra o simples detentor da posse; ao possuidor civil, ao emphyteuta, ao socio, quando o que o não é, edifica na coisa commum, ou a occupa; ao possuidor de parte quando o possuidor de outra o espolia,

etc. Veja-se Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 9, a n. 27.

§ 13

Porém para se exercitar licitamente e sem espolio essa faculdade, é necessario: 1.º, que a antecedente posse fosse clara, legitima e indubitavel, e não turbida nem duvidosa, Ferreira, *de Nov. Op.*, L. 6, Risc. 10, a n. 18; 2.º, que no desforçamento se não exceda nem altere o modo e estado da posse antecedente, porque todo o excesso fica sendo illicito, Posth., *de Manut.*, Obs. 1, n. 84; 3.º, que o desforçamento se faça totalmente e *in continenti*, porque *ex intervallo* sem justa causa, já se não pôde completar, Ferreira, *supra*, Risc. 9, a n. 38; 4.º, que se faça o desforçamento antes do recurso a via judicial, porque depois fica illicito e attentado, Ferreira, *supra*, Risc. 9, n. 42, Cordeir., Rub. 45, a n. 40. Bem que se requereu a assistencia judicial, maxime com protesto, pôde ter regresso á auctoridade propria, Pereira, *de Man. Reg.*, C. 24, n. 26, vers. *Tandem*.

§ 14

Não é permittido o desforçamento ainda *in continenti* ao socio contra o socio que fabrica na cousa commun; *aliter* se fabrica na cousa commun em prejuizo do que aliás é particular do consocio, Ferreira, L. 6, Disc. 9, a n. 45, ad 49, Barbos. e Tab., *Thesaur. Loc. Comm.*, L. 4, C. 26, Axiom. 8, prop. fin., Brunneinan., na L. 29, ff. *ad Leg. Aquil.* Nem pôr desforçamento desenterrar o cadaver sepultado em sepultura alheia, Ferreira, n. 43; nem depois de nunciada, ainda só verbalmente, uma obra se pôde variar para a via de facto, demolindo-a para recuperar a posse, Ferreira, n. 51 (bem que se contradiz com o que havia escripto desde o n. 22 até 26).

Questões aqui pertencentes

1.^a Se posso por auctoridade propria demolir a obra que o vizinho faz no seu predio e que me é prejudicial a alguma minha posse ou servidão, ou se só posso desforçar-me no que é meu, quando outro o occupa, ou faz ahi alguma operação?

2.^a Se pôde haver desforçamento em logar publico, quando n'elle se faça obra prejudicial á posse, regalia ou servidão de outro?

Quanto á 1.^a questão

§ 15

O moderno Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 9, a n. 20, 40 e 54, propõe esta questão, e com bastante miscellanea os fundamentos de duas oppostas opiniões, inclinando-se á affirmativa (que permite o desforçamento no predio alheio), pela generalidade da Ord., L. 4, T. 58, § 2. Esta mesma opinião sustentou largamente Pecch.; *de Aquæduct.*, L. 1, C. 4, Q. 6, na resposta *de Morot.*, a n. 38. Pela negativa (que julga illicito o desforçamento no alheio e constitue o espoliado na precisão de recorrer a via judicial), estão Gomez na L. 46, Taur., n. 19, Fragos., *de Regim. Reip.*, P. 1, L. 7, Disp. 21, n. 11, vers. *Subrugunda*, Pereira, Dec. 33, n. 2 e 3, Stryk., Vol. 5, Disp. 5, C. 3, a n. 63 e 67, Barbos. e Tab., *Thesaus. Loc. Comm.*, L. 4, C. 26, Axiom. 5 e 8, Brunneman., na L. 29, ff., *ad Leg. Aquil.*

§ 16

Só sim Stryk. (que segue o mesmo Tab.) limita esta opinião: «Si ex ædificantis facto dolus apertus colligere-tur dum de servitute constituta satis conscius, noctu ædificat, et dominus prædii dominantis iterum clam destrueret, probata postmodum statim servitute, condonabitur; et hoc forte eidem semel in possessione per compendium de-

fendenti, L. 7, § 3, ff., Quod vi, aut clam. Nec puto admittendum esse ædificantem ut agat ex canone. Spoliatus ante omnia restituendus.

Quanto á 2.ª questão

§ 17

O mesmo Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 9, a n. 60, e Disc. 10, a n. 1, fundado na generalidade da Ord., L. 4, T. 58, § 2, e em outras razões sustenta que é lícito o desforçamento *in continenti*, demolindo-se qualquer obra feita em logar publico, da qual resulte prejuizo ao publico ou ao particular. Em contrario está Gabr. Pereira, Decis. 33, n. 5. E disputando-se esta questão largamente em Guerreir., For., Q. 78, aindaque foram varias as tenções dos senadores, se seguiu por pluralidade de votos a opinião de Pereira.

Nota quanto a ambas estas questões

§ 18

A Ord., L. 4, T. 58, suppõe uma força espoliativa e com violencia da posse de uma cousa corporal, como uma casa, um predio rustico, etc., e debaixo do mesmo thema permite o § 2 o desforçamento da posse da cousa corporal. Este é o sentido em que fallam a L. 3, § 9, e a L. 17, ff., *de vi, et vi armat.*, que foram a fonte d'esta ordenação no princ. e § 2. Ora, nas servidões e direitos incorporeaes não se póde verificar propriamente o espolio violento de que tratam estas leis, Retes, *ad Tit. de Acquir., vel amitt. possess.*, P. 2, C. 1, § 8, *apud Meerman., in Thesaur. Jur. Civ.*, Tom. 7, pag. 482, e outra vez o mesmo Retes, *de Interdict.*, P. 3, § 13, *apud Meerman.*, pag. 516. Logo, se aqui não ha propriamente espolio, que suppõe a Ord., d. § 2, ficámos na regra que no alheio nin-

guem se pôde fazer justiça por auctoridade propria, Boehmer., *ad Pandect.*, Exercit. 23, *de Pœna jus sibi dicentis; quidquid sit*, quando se desforça no que é seu, obrando no seu, caso em que se dão rasões muito diversas, e portanto reprovavel a opinião de Ferreira.

§ 19

Por outra parte, quanto ás obras feitas em logar publico, lá está a Ord., L. 1, T. 66, § 11, dando a providencia e commettendo aos vereadores o procedimento, e parece que cessa o despotismo dos particulares. Se qualquer popular é pessoa habil para promover os interesses da causa publica só por meio dos interdictos, e não pela via do despotismo, lh'o permitem as leis nos titulos do digesto: *Nequid in Loc. public. De Locis et itineribus public.* Sobre tudo isto é bem clara a L. 14, *de Nov. oper. nunt.*, a prohibir a nunciação da obra, que impede a servidão rustica (nunciação, especie de desforçamento), Boehmer., supra, C. 1, § 10. Ainda é mais positiva a L. 29, § 1, ff., *Ad Leg. Aquil.*, ibi: «Si protectum meum quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni injuria agere, Proculus scribit: debuisti enim tecum jus mihi non esse protectum habere, agere: nec esse æquum damnum me pati, rescisis à te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto Imperatoris Severi, qui ei, per cujus domum trajectus erat aquæductus, citra servitutem, rescripsit, jure suo posse eum intercidere et merito: interest enim quod hic in suo protexit; ille in alieno fecit»; lei a mais clara a fundamentar as referidas opiniões contra Ferreira. De fôrma que os desforçamentos só são permittidos, quando qualquer me faz espolio na minha propriedade; mas quando qualquer faz alguma obra no seu predio ou no publico, que me seja prejudicial, devo recorrer aos remedios do direito.

§ 20

Assim é que pela faculdade jurídica, e por auctoridade propria, qualquer possuidor para bem lograr os commodos da posse (§§ 5, 6 e 7) póde defendê-la ou recuperá-la por auctoridade propria em termos habeis, e nos casos que ficam referidos n'este C. 2: «*Verum* (diz Posth., *de Manut.*, Obs. 2, a n. 1), quia in hujusmodi extrajudicialibus controversiis sapè contingit ad manus venire, vulnera infligi, et dicit Petr. Gregor... Contard. de momentanea posses... Scacc., etc. et facillimè modus legitimæ defensionis exceditur; adeo ut ex illis Curia Criminalis occasionem sumat criminaliter procedendi, ex quo multa incommoda, et expensæ resultare possunt; expedit potius in possessione defendi Judicis auctoritate, quam propria, quod fieri debet, per viam Civilem». Concorda Rub. Buxelt., *de Confusion Jur.*, C. 2, n. 128, emquanto diz: «Ego autem nulli unquam consulerem jus sibi dicere de facto; nisi quando vel Judex se interponere nequeat; vel Judicis copia non habetur, quia tunc quis puniri non potest.... Quod enim quis contra resistantem potest propria auctoritate acquirere, retinere, recuperare, vel defendere, securius poterit auctoritate Prætoris, pro quo stat præsumptio justitiæ, sine rixis, periculis, scandalis, quibus se vitam, et fortunam ferè exponunt auctoritate propria sibi jus facientis in similibus, etc.» Eu assim o costume e todos os que versâmos o fóro devemos aconselhar.

CAPITULO III

Interdictos conforme a jurisprudencia
romana e canonica

§ 21

Prescindâmos das antigas formulas dos interdictos dos romanos, que Justiniano enunciou no princ. das Instit., *de Interdict.*, e que abrogou no § 8, Inst. eod. T., formulas que curiosamente se podem ver em Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 1, § 2, Vicat., *Vocabular. Jur. utriusq.*, verbo *Interdictum.*, Vin. *ad Princ.*, *Inst. de Interd.*, plenissime Struv., Exerc. 45, Thes. 1, até 7. Prescindâmos das varias accepções da palavra *Interdicere*, que refere o mesmo Vicat. Justiniano no fim do § 2, Instit. eod., depois de dizer: «Sunt tamen qui putent Interdicta ea proprie vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare, et prohibere; restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari». Elle vem a decidir: *Sed tamen obtinuit omnia interdicta, quia inter duos dicuntur.*

Nota. Alciat., na L. 178, de verbo *Sign.*, disse inepta esta exposição de Justiniano, e tambem Menag., *Amænit. Jur.*, C. 38. Porém Isidor., L. 5 Orig. «interdictum definit, quod a Judice non perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur, salva propositione actionis». E um antigo glossario grego, diz: «Interdictum; interloquutio inter duos de possessione disceptantes.» Vicat., verbo *Interdictum.*, e Vin., ao d. § 2, sobre as palavras *quia inter duos dicuntur*, diz: «Quæ allusio naturæ rei non malè convenit; nam Interdicta totam litem non perimunt; sed tantum possessionem interim dicunt, quoad quæstio principalis de proprietate, de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, etc.»

§ 22

Prescindâmos das especulativas e theoreticas divisões dos interdictos: 1.º, *ab objecto*; 2.º, *a forma interdicendi*;

3.º, *ratione finis et effectus*; 4.º, *ratione personarum Litigantium*; 5.º, *ratione temporis, de quib.*, Struv., Exerc. 45, Thes. 8. Justiniano, no § 1, *Inst. de Interd.*, os dividiu geralmente em *prohibitorios, restitutorios, exhibitorios*, os quaes exemplifica. No § 3 trata dos remedios *Adpiscendæ possessionis*, no 4.º e 5.º dos interdictos *Retinendæ*, no § 6 do *Recuperandæ possessionis*, no § 8 dos *Duplices*.

Nota: Cada um d'estes interdictos tem sua natureza propria. O *Adpiscendæ* não pôde cumular-se com o *Recuperandæ*, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 1, § 3, nem o *Retinendæ* com o *Recuperandæ*, Peg., *de Interdict.*, C. 4, n. 274, Post., *de Manut.*, Obs. 57, n. 79, menos que se não cumulem *circa diversas possessiones*, Menoch., *de Retin. possess.*, Remed. 3, n. 507.

§ 23

Aquelles interdictos prohibitorios (§ 22) se praticavam quando o pretor prohibia fazer alguma cousa, como pelos interdictos *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, de quo Digest., Liv. 43, T. 4; Posth., *de Manut.*, Obs. 12, *Nequid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque priore æstate fluxit*, Digest., Liv. 43, T. 13, *Nequid in loco publico, vel itinere fiat*, Digest., Liv. 43, T. 8, *Nequid in loco sacro fiat*, Digest., Liv. 43, T. 6, etc.

§ 24

Por outra e segunda divisão dos interdictos (§ 22) uns tinham por fim adquirir posses, e se diziam *Adpiscendæ possessionis*. Entravam na classe d'estes interdictos: 1.º, o interdicto *Quorum bonorum quod datur bonorum possessori, ut et hæredi civili, non solum ab intestato, sed etiam ex testamento succedenti contra pro hærede, vel pro possessore, non vero titulo singulari possidentem, ut totius hæreditatis, vel etiam rei hæreditariæ, ejusque vel corporalis, vel incorporalis possessionem restituat*. Itã

Jean. Freder., *Rhet. inter opera*, Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 2, a n. 4. Conf. Stryk., *Us. mod.*, Liv. 43, T. 2, Struv., Exerc. 45, a § 12, plenè Ridolfin., in *Prax. Roman. Cur.*, P. 2, C. 10, Retes, *de Interdict.*, P. 1, a § 13, apud Meerman., in *Thesaur. Jur. Civ.*, Tom. 7, pag. 507.

§ 25

2.º Entrava na classe dos interdictos *Adpiscendæ* o interdicto *Quorum Legatorum* «vi cuius vult Prætor, ut Legatarius, ejusve Successor, tam universalis, quam singularis, necnon fideicommissarius, et generalis, et particularis, non verò mortis causa Donatarius, possessionem Legatorum proprio motu occupatorum restituat hæreditum Prætorio, tum Civili, ut et fideicommissario universalis». Ita Retes, supra, n. 5, Conf. Bagn., C. 6, n. 8, Struv., Exerc. 45, a § 24, Ridolfin., in *Prax.*, P. 2, C. 11, e melhor Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 3, a § 64. Compete também ao herdeiro (alem dos casos da falcidia) ou quando ha dividas na herança, ou quando o legatario por auctoridade propria se arrogou a escolha de uma cousa da herança sem audiencia do herdeiro, Retes, *de Interdict.*, P. 1, § 26, apud Meerman., supra.

Nota: A razão d'este interdicto consistia não só em cohibir a audacia do legatario, que devia receber o legado da mão do herdeiro, para que antes da entrega dos legados podesse o herdeiro deduzir e calcular a sua *Falcidia*. E por isso em todos os casos em que cessava a *Falcidia*, cessava contra o legatario este interdicto, Bagn., C. 6, a n. 10 e 21, Boehmer., supra, § 6. Como também cessava, ou no donatario *causa mortis*; ou quando o testador entregava em sua vida o legado, Retes, supra, § 23, apud Meerman., Tom. 7, pag. 502. Que n'este reino se tem praticado, e é praticavel a falcidia, o tenho demonstrado em uma dissertação manuscripta, que algum dia verá a luz publica.

§ 26

3.º Entrava na classe dos interdictos *Adpiscendæ* o interdicto *Salviano* «quod directo succurrit Locatori prædii rustici, utiliter vero urbani prædii domino contra Columnum, etiam partiarium; necnon alium debitorem hypothecarium; imo quemvis tertium rerum hypothecæ suppositarum possessorem ad possessionem rerum obligatarum adpiscendam». Retes, supra, n. 6, Conf. Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 3, § 103, optime Retes, *de Interdict.*, P. 1, a § 34, apud Meerman., Tom. 7, pag. 504.

§ 27

4.º Pelas constituições imperiaes competem tambem dois remédios *Adpiscendæ possessionis*; um o da L. 3, Cod. *de Pignorib.*, competente ao crédor hypothecario, á que é concedida pelo devedor a faculdade de occupar a posse da cousa hypothecada. Outro, o do remedio da L. 3, Cod. *de Edict.*, D. Adrian., Tollend., pelo qual o herdeiro por testamento (não o abintestato) mostrando-o solemne e sem vicio na sua primeira figura, pede ao juiz a emissão na posse.

Nota: Do primeiro d'estes remedios imperiaes trata com os mais DD. o nosso Moraes, *de Exec.*, Liv. 1, C. 4, § 3. Do segundo o mesmo Moraes, d. § 3, a n. 56, e mais profusamente Peg., Tom. 4, ad Ord., a pag. 287 até pag. 294, Stryk., *Us. mod.*, Liv. 43, T. 2, a § 2.

§ 28

Outros interdictos dos romanos tinham por fim reter e conservar no possuidor a posse já antes adquirida. Entre estes interdictos, diz com varias LL. e DD. o citado Rhet., d. C. 2, a n. 15: «Primas facile obtinet famosum illud uti possidetis Interdictum, quo tuetur verum possessorem, vel saltem secundum jus Canonicum, et hodie-

nam praxim, antiquiorem, imo aliquando juniorem actu possidentem rem immobilem, vel mobilem in domo existentem, aut ei cohærentem; necnon incorporalem, quæ pro re soli habetur, contra alium itidem se possidere contententem; 2.º, utrubi, cujus vis, et causa hodiè secundum, § 4, Inst., de *Interdict.*, L. Unic., ff. *Utrub. est eadem cum præcedenti*; ita ut unum, atque idem videri possit, si a rebus discesseris, quarum ratione adhuc differentia superest.

Nota: Se o interdicto *utrubi* competia e compete só pelos moveis no unico caso de serem espoliados juntamente com o predio em que existiam; ou se compete, quando a posse dos moveis foi sómente sem o predio espoliada ou turbada? vejã-se os DD. com os quaes Silva, á Ord., Liv. 3, T. 48, in *Rubr.*, a n. 18, Peg., Tom. 2, For., C. 11, pag. 865, no fim, 866, 867, e no Tom. 7, For., C. 225, a n. 8, C. 226, a n. 36 e 52, Heinec., ad *Institut.*, § 1302, Stryk., de *Action.*, Sect. 2, Membr. 2, § 7, e no *Us. mod.*, Liv. 43, T. 31. Em que differe do interdicto *uti possidetis*, e dos mais este *utrubi*, veja-se Retes, de *Interd.*, P. 2, § 23, apud Meerman., Tom. 7, pag. 511.

§ 29

Sobre estes interdictos geraes, que tinham por fim manter a posse em todo o possuidor, estabeleceram os romanos outros mais especiaes; como, 1.º, o interdicto de *superficiebus*, de quo Menoch., *Adpiscend.*, Remed. 4, Rhet., supra, n. 14, Boehmer., de *Action.*, Sect. 2, C. 4, § 17, Stryk., de *Action.*, Sect. 1, Membr. 2, § 13, Retes, supra, P. 2, a § 25; 2.º, o interdicto de *Itinere, actuque privato*; 3.º, o interdicto de *Reficiendo*; 4.º, o de *Aqua quotidiana*; 5.º, de *Aqua æstiva*; 6.º, de *Aqua ex Castello*; 7.º, de *Rivis*; 8.º, de *Aquæ haustu*; 9.º, de *Cloacis*; 10.º, de *Fonte*, etc.; dos quaes todos depois de Menoch., de *Retinend. poss.*, tratam Boehmer., supra, a § 18 ad 30, Stryk., de *Action.*, Sect. 2, Membr. 2, a § 14 ad 17, Ridolfin., in *Prax. Roman. Cur.*, P. 2, C. 12, a n. 79. E sobre estes, 11.º, o de *Tabulis exhibendis*, de quo Retes, supra, P. 1,

§ 29; 12.º, o de *Migrando*, de quo idem Rhetes, P. 1, § 44.

Nota: Judiciosamente diz a este propósito Thomaz., nota de *Us. hod. ad Pand.*, Liv. 43, T. 19 ad 23, que: «Poterat unicum Interdictum sufficere ad tuendam possessionem rerum quarumvis corporalium, et incorporalium, immobilium, et mobilium; ut etiam Juris studioso de praxi sollicito id nosse sufficit. Sed cum apud Romanos hæc res pedetentim diversis Interdictis, et per diversas etiam Prætores processerit, et secundum hæc Edicta formulæ denominarentur; hinc olim opus erat illa diversa nomina noscere. Tempore Justiniani amplius opus non erat, formulis diu sublatis. Sed maluit Justinianus non corrigenda, aut etiam jam correcta per Novellas suas, et alias Constitutiones corrigere, quam eas, quæ emendationem desiderabant». Conf. Schilt., Exerc. 47, § 63, Peyer, ad *Tit. Ut possid.*, § 7, et ad *Tit., de Interd.*, in fin.

§ 30

Outros interdictos dos romanos tinham por fim a recuperação das posses, Philippe Franco, referido por Menoch., de *Præhud. de Recuperand. possess.*, figurou vinte e quatro, Marant., de *Ordin. Judicior.*, P. 4, Dist. 7, a n. 28, relatou vinte e dois Ridolfin., in *Prax. Roman. Cur.*, P. 2, C. 14, a n. 60, refere vinte e seis remedios restitutorios especiaes; outros Begnudell., verbo *Spolium*, n. 1. O citado Rhet., C. 2, a n. 32, de todos elleõs só se propoz tratar os mais uteis na praxe; e porque, aindaque distinctos, coadjuvam o *Unde vi*, Menoch., supra, no fim do preludeio. Por isso este foi o primeiro objecto d'estes escriptores.

§ 31

Exordiamur (diz Rhet., a n. 34) ab interdicto de vi et vi armata, quod competit per vim atrocem de possessione, sive naturali, sive civili, sive justa, sive injusta rei immobilis, vel etiam incorporalis dejecto ejusque hæredi, contradejicientem, aut eum, cujus dolo malo factum est, ad id, ut possessio cum rebus mobilibus, quæ ibi erant,

et omni causa restituatur. Conf. Menoch., *de Recuper.*, Remed. 1, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, a § 32.

§ 32

N'esta classe dos remedios restitutorios connumeraram: 2.º, o da L. 15, § 1, ff. *de Conduct. indeb.*, Rhet., n. 35, V. Menoch., *de Recuper.*, Remed. 2; 3.º, a condição *Triticaria*, ex L. 2, ff. *de Condict. Trit.*, Rhet., a n. 36; 4.º, o da equidade da L. 32, ff. *de Reb. Cred.*, Menoch., Remed. 4, Brunem., ibidem, Rhet., n. 38; 5.º, o remedio da L. 13, ff. *Quod met. caus.*, junta a L. 7, ff. *Ad Leg. Jul. de vi privat.*, Menoch., Rem. 5, Rhet., n. 39; 6.º, o remedio da L. 1, ff. *Si per vim, vel al. mod.*, Menoch., Remed. 6, Rhet., n. 40; 7.º, o da L. 5, Cod. *Unde vi*, de quo Menoch., Rem. 7, Rhet., n. 41; 8.º, o da L. 6, Cod. *eod.*, Menoch., Rem. 8, Rhet., a n. 42; 9.º, o da L. 7, Cod. *d. Tit.*, Rhet., n. 43; 10.º, a condição da L. 10, Cod. *eod.*, e da L. 34, Cod. *Locat.*, de quo Menoch., Remed. 11, Rhet., a n. 44; 11.º, o deduzido da L. 25, Cod. *Locat.*, Rhet., n. 45; 12.º, o da L. ult., Cod. *Unde vi*, de quo Menoch., Remed. 10, Rhet., n. 46; 13.º, o da L. 14, Cod. *de Agric. et Censit.*, de quo Menoch., Remed. 10, a n. 22, Rhet., a n. 47; 14.º, a condição da L. 2, Cod. *de Prætor. Pignor.*, de quo Menoch., Remed. 12, Rhet., n. 49; 15.º, a condição da L. ult., Cod. *de Acquir. possess.*, de qua Menoch., Remed. 14, Rhet., n. 49. Et ad omnia videantur, Stryk., *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, a § 25, aonde trata muito especialmente de alguns dos ditos remedios, como do da L. 1, Cod. *Si per vim*, do da L. 5, e 10, Cod. *Unde vi*, do da L. 7, *eod. Tit.*, do da L. 13, ff. *Quod. met. caus.*, do da L. ult., Cod. *de Acquir. possess.*, do da L. 4, Cod. *de Agric. et Censit.*, do da L. 15, Cod. *de Condict. Indeb.*, do da L. 2, *de Condict. Tritic.*, do da L. 32, *de Reb. Cred.* Confira-se a tudo o citado Roldfin.

Nota: Alguns d'estes remedios não estão em uso, como o da condição *Triticaria*, e o da L. 7, *Cod. Unde vi*, Rhet., supra; da mesma fôrma o remedio da L. 13, ff. *Quod met. caus.*, Thomaz., ad Pand., Liv. 43, T. 16, * *Unde verius*. Sobre o da L. 7, *Cod. Unde vi*, veja-se Silv., á Ord., Liv. 3, T. 48, in Rubr., a n. 69.

§ 33

Estes (§§ 30, 31 e 32) os remedios recuperatorios da posse introduzidos pelo direito romano. Depois pelo canonico foram introduzidos outros: «*Primum ex Canon. Reintegradae 4, Q. 1, Caus. 3, quod, quia concurrat cum omnibus aliis remediis, magis generale, utilissimum et plenissimum. Succurritur autem hoc remedio non sponte possessionem transferenti, sed per injustas causas ab ea cadenti, sive Clerico, sive Laico, sive bonæ, sive malæ fidei possessori; non solum adversus ipsum Deicientem, sed et tertium mala fide, et adhuc ipso actu possidentem; minimè autem à titulato Auctore, spoliationisque haud conscio causam habentem, ad id, ut possessio rerum corporalium, aut incorporalium redintegretur, simulque omnis causa ad unum denarium restituatur*». Assim com muitos DD. o citado Rhet., a n. 51. Confiram-se os mais, com os quaes Silv., á Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr., a n. 61, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, §§ 39 e 40, Stryk., *de Action.*, For., Sect. 2, Membr. 2, a § 20, e ao diante a §.

§ 34

«*Alterum (continua Ret., a n. 54) est ex C. 18, x. de Restit. spoliati., quo, ut correctivo, L. 7, ff. de Vi et vi arm., tertius possessor scienter recipiens rem à spoliatore invasam, tenetur spoliato eam restituere, licet dominium non probaverit.*» Conf. Silv., ad Ord., L. 3, T. 48, Rubr., n. 60, junto o n. 54, Boehmer., supra, Stryk., § 21.

Nota: Estes remedios canonicos são mais providentes e uteis que o interdicto *Unde vi*, pelas razões que dão Boeh-

mer., supra, e Stryk., *de Act.*, Sect. 2, Membr. 2, a § 22. e por isso foram recebidos e praticados na Allemanha antes do direito romano, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 16, § 1.

Outros remedios possessorios relativos ás causas publicas

§ 35

Estes interdictos entre os romanos eram populares e competentes a qualquer do povo, e tambem recommendados aos magistrados para procederem ex officio, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 71, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 3, n. 49 e 50, Ferreira, *de Nov. oper.*, L. 2, Disc. 1, a n. 31. Quaes pessoas eram admittidas nas causas populares, vid. Arouc., in L. 9, ff. *de Stat. hom.*, a n. 136. Quanto aos caminhos publicos urbanos, era do officio dos edis, sem requerimento de parte, fazer remover d'elles todos os embaraços e prejuizos.

§ 36

«In genere (diz Boehmer., supra, a § 72) de locis publicis interdictitur, nequid in eo fiat, vel immitatur, qua ex re quid damni illi detur; quod Interdictum prohibitorium est, L. 2, pr., § 1, ff. *Nequid in Loc. pub.* Pertinet ergo hoc Interdictum ad vias publicas, et itinera rustica, utut Prætor specialius de iis interdicat. Fundamentum hujus Interdicti est, si quid damni exinde privato, vel publico factum sit, etiamsi Princeps permisit. Damnum autem etiam is pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequeretur, qualecumque sit, L. 2, § 2, eod. (veluti si alicui aditus difficilior, vel prospectus deterior fiat, vel si minus luminis habeat, etc.) quo casu ille potissimum agit, cui facto illo nocetur. Alias quilibet de populo agere potest; veluti si quis fossam in fundo suo fecerit, ubi aqua collecta in viam decurrat, L. 2, § 27, cod. Conf. Stryk., *de Us. mod.*, L. 43, T. 8.»

§ 37

• Quod si (Boehmer., § 74) jam aliquid in loco publico factum est, interdictum restitutorium petendum est, ut quod factum est restituatur. Datur hoc adversus omnem possessorem, etiamsi non fecerit, sed tantum factum habeat, L. 2, § 36, eod., ut tamen pro possessore habeatur, qui dolo malo fecit quominus possideret, L. 2, § 42, eod. Exemplum huc pertinens satis commodum est, in L. 17, § 2. *Si serv. vindic.* Petitur mandatum restitutorium, hoc tamen cum discrimine, ut, si cum ipso faciente, et adhuc possidente agatur, suo sumptu restituat; si vero cum tertio possessore, ut patientiam solam præstet, L. 2, § 43, eod. (Conf. Arouc., in L. 2, § 1, *de Rer. divis.*, a n. 26). Exceptio primaria hic locum habet, quod à Principe Reo hoc concessum sit, L. 2, pr. § 16, eod. Quamvis, si privato inde præjudicium fiat, nihilominus agi possit, quia Princeps semper tale concessisse præsumitur, salvo jure tertii, L. 2, § 10, cit. tit. Conf. cum Cabed., Vallasc. Phæb., Fabr. et aliis Arouc., supra, n. 32.

§ 38

• Similiter (prosegue Boehmer., § 75) datur interdictum prohibitorium, ne cui vis fiat, quominus illi via publica, itinereve publico ire, agere liceat, L. 2, in fin. eod. Porro, § 77, sequitur interdictum prohibitorium nequis viam publicam aperire, et reficere impediatur, dummodo vel veterem altitudinem, latitudinemque restituat, L. 1, pr., § 1, *de via publ. et itin. pub. refic.*, alioquin impune vim patietur, propter quod neque latiore, neque longiore, neque altiore, neque humiliore viam facere potest, L. 1, § 2, eod. Atque inde exceptio contra hoc interdictum nascitur. Conf. Stryk., *Us. mod.*, L. 43, § 14, apud Meerman., Tom 7, pag. 531.

§ 39

«De Fluminibus varia itidem occurrunt Interdicta. Datur enim Interdictum tum prohibitorium tum restitutorium ne quid in flumine publico fiat, immittaturve, quo navigatio deterior fieri possit; et si quid factum sit, ut a quovis possessore restituatur, L. 1, pr., §§ 18 e 22, *de Flumin.*, veluti si in utraque ripa fluminis publici quis domum habeat, et pontem privati juris facere velit, L. fin. eod.; vel si derivetur, ut exiguior facta, vel si sic coangustetur, ut rapidius flumen fiat, L. 1, § 15, eod.» Ita Boehmer., supra, § 79. Conf. Aronc., in L. 2, § 1, *de Rer. divis.*, a n. 69.

§ 40

«Affine huic est interdictum tam prohibitorium quam restitutorium, ne in flumine publico ripave ejus fiat, quo aliter aqua fluat, quam priori ætate fluxit; et si quid factum sit, ut restituatur; veluti si quid factum, ex quo depressior, vel arctior fiat aqua, L. un. *Nequid in flum. pub.*, maxime cum incommodo accolentium, quorum agris non raro injuria adfertur», Boehmer., § 80, o que deve explicar-se com Aronc., supra, n. 69.

§ 41

«Poterit quoque huc interdictum nequis prohibeatur in flumine publico navigare, vel siquis lacum, vel stagnum conduxit, ne piscari prohibeatur; vel necui vis fiat, quominus pecus ad flumen publicum appellere possit.» Boehmer., supra, § 81, Aronc., supra, n. 68, *Retes, de Interdict.*, P. 5, a § 1, apud Meerman., Tom. 7, pag. 528.

§ 42

Sendo licito a qualquer fortificar a sua ribanceira, se algum o impede, compete contra elle o interdicto prohibi-

torio, L. un. *de Rip. muniend.*, Boehmer., supra, § 82, Arouc., sub n. 69; comtantoque com a refeição da ribanceira se não prejudique a navegação, e que o que faz a obra na sua ribanceira caucione até dez annos o damno dos vizinhos, Boehmer., § 82, Conf. Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 14, n. 34 e 35. Vid. Arouc. na L. 5, *de Rer. divis.*, Arias, *de Mez.*, L. 2, Var., C. 49, Peg., Tom. 6, ad Ord., L. 1, T. 68, § 18, a n. 27, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 15, optime Retes, *de Interdict.*, P. 5, § 13, apud Meerman., Tom. 7, pag. 530.

Nota: Adverte o mesmo Retes, ut ibi: «Hæc stipulatio, cum sit de damno futuro, ante opus factum interponenda est; quod si ex post facto interponatur, nullius est momenti. Cæterum, si non fuerit interposita, et damnum ex refectione (ripæ) vicino detur, actione ex Lege Aquilia experiendum est, L. 1, § *Etenim*. 5, *de Rip. muniend.*; et hæc est differentia inter Legem Aquiliam, quæ respicit retro præteritum damnum; et edictum de damno infecto, actionemque aquæ pluviae arcendæ, quæ respiciunt damnum futurum, L. 7, § 1, ff. *de Damn. infect.*, L. 11, § *Officium*, L. 14, § *In hoc iudicium*, ff. *de Aq. et pluv. arcend.*, etc.

Outros remedios possessórios competentes pelas cousas santas e religiosas

§ 43

Concediam os romanos: 1.º, o interdicto *Nequid in Loco sacro fiat, vel immittatur*, de quo Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 4, §§ 62 e 63; 2.º, o interdicto *Nequis prohibeatur inferre mortuum in Locum suum, in quem inferendi jus habet*, de quo Boehmer., supra, a § 66; 3.º, *Nequis prohibeatur in illo Loco, quo ei jus est mortuum inferendi, sepulchrum ædificare, vel epitaphium, aliudque monumentum erigere*; 4.º, *si quid vi aut clam in sepulchro fiat, si ornamenta ei auferantur*, Boehmer., §§ 68 e 69, et ad omnia Retes, *de Interdict.*, P. 5, a § 33, apud Meerman., Tom 7, a pag. 536.

Outros interdictos respectivos a particulares

§ 44

1.º O interdicto *de Novi operis nuntiatione*, que é prohibitorio, comminatorio e restitutorio, para se demolir tudo o que se superedificar depois da nunciação; interdicto de que tratam Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 4, a § 42, DD. *ad Pand.*, L. 39, Silv., *ad Ord.*, L. 3, T. 78, § 5, e ex professo Ferreira, *de Nov. oper. nuntiat.*, Tom. 2; 2.º, o interdicto *Quod vi aut clam*, de quo Boehmer., a § 49, e latè Ferreira, *de Nov. oper.*, L. 4, Disc. 8; 3.º, se uma casa caiu antes de se prestar a caução de *damno infecto*, e se se esmagou sobre a casa ou terra do vizinho, compete a este o interdicto pelo qual o outro vizinho é compellido, ou tirar os materiaes e pagar os damnos que elles causaram, ou deixar as casas todas *pro derelicto* em favor do damnificado, sobre o que se veja o citado Boehmer., § 52; 4.º, o interdicto *de Glande legenda, ne vicino vis fiat, quominus glandem, vel quoscumque fructus, qui ex agro ejus in alium fundum cadunt, Legere, et auferre liceat, modo intra triduum peterentur*, Boehmer., supra, a § 55; 5.º, o interdicto *de Arboribus cædendis*, de quo idem Boehmer., §§ 56 e 57; 6.º, o interdicto *de Migrando* competente ao arrendatario, que estando findo o tempo e tendo pago a renda é impedido tirar do predio os seus moveis, de que Retes, *de Interd.*, P. 1, § 44, apud Meerman., Tom. 7, pag. 506, Boehmer., supra, § 58; 7.º, o de *precario* competente ao que facultou o uso da cousa, e revogado o precario se lhe não restitue, Boehmer., § 59, Retes, supra, P. 3, § 27. Latissimè Pecch., *de Aquæd.*, L. 3, C. 12, et ad omnia Stryk., Voet., Struv., *ad Pand.*, L. 43; 8.º, *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, Retes, *de Interd.*, P. 2, § 30.

COROLLARIO E TRANSIÇÃO

Taes são os interdictos inventados e estabelecidos no direito romano em tantos, tão varios e diversos casos para outros tantos e diversos fins. Não foi ociosa esta demonstração, porque serve para illustrar os mais d'estes interdictos que a nossa legislação tem adoptado e o uso hodierno das nações. Os mais frequentes interdictos possessorios são o *Adpiscendæ*, o *Retinendæ*, o *Recuperandæ*. Temos visto os que debaixo de cada um d'estes e da sua generalidade se classificam pelo mesmo direito, alem de outros mais particulares; mostrar pois o uso hodierno de todos é o objecto que me proponho, mas antes não devo porém preterir: 1.º, que o terem entre nós e no uso hodierno das nações procedimento summario os nossos interdictos, é por analogia ao direito romano, em que os processos dos seus interdictos eram summarios, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 1, § 1, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 5, e Séct. 1, C. 2, § 25; 2.º, que ainda hoje quanto ás posses, fundamento dos diversos interdictos, ha hoje no uso hodierno algumas especialidades; 3.º, que assim como nos romanos se principiava por mandato prohibitorio, comminatorio, á imitação d'elles, ainda hoje em alguns juizos e no nosso reino, se principia por taes mandatos (como se verá a § 98), Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, a § 6, Stryk., *supra*, a § 3, idem Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 5, § 10.

PARTE II

Uso hodierno dos remedios possessorios n'este reino
e nas nações, e o que do direito romano
póde ser ainda n'elles applicavel

CAPITULO IV

Remedios possessorios comprehendidos na classe geral
dos *Adpiscendæ possessionis*

PRENOÇÃO GERAL

§ 45

Menochio, o tratadista Menochio, reduziu aos remedios *Adpiscendæ*, conforme o direito romano: 1.º, o remedio da L. ult., Cod. de *Edict.*, D. *Adrian. tollend.*; 2.º, o remedio do interdicto *Quorum bonorum*; 3.º, o remedio do interdicto *Quod legatorum*; 4.º, o remedio da L. 3, Cod. de *Pignorib.*; 5.º, o do interdicto *Salviano*; 6.º, o remedio do nobre officio do juiz, e Retes, de *Interdict.*, P. 1, § 29, apud Meerman., Tom. 7, pag. 503, connuméra entre os remedios *Adpiscendæ* o interdicto de *Tabulis exhibendis*. Nos §§ 24, 25, 26 e 27 deixo classificados todos estes interdictos no geral *Adpiscendæ possessionis*. Passo pois a tratar de cada um d'elles em diversas secções.

SECÇÃO I

Remedio *Adpiscendæ possessionis* pelo beneficio do alvará de 9 de novembro de 1754, e assento de 16 de fevereiro de 1786, em lugar do remed. da L. ult. Cod. de Edit., Div. Adriani toll., que ficou abrogado e cessando com esta legislação e analyse dos mesmos alvará e assento.

§ 46

Antes d'esta nova e nossa legislação era admittido no uso do nosso fóro o remedio da L. fin., Cod. de *Edict. D. Adrian. tollend.*, e mostrando-se um testamento sollemne não abolido, não cancellado, não viciado, era o herdeiro immittido na posse da herança ou confirmado n'ella, se a havia tomado sem citação do detentor. Todas as questões que se agitavam e que se decidiam quando se usava d'este remedio *Adpiscendæ*, por que especies de bens competia, sua natureza, etc., se póde ver em Peg., Tom. 4, á Ord., á pag. 287 (aonde muitos arestos), em Moraes, de *Execut.*, L. 1, C. 4, § 3, a n. 56, Guerreiro, Trat. 2, L. 2, C. 10, a n. 35, até o n. 125, e em Peg. 2, For., C. 11, pag. 890 e seguintes, Retes, de *Interdict.*, P. 1, apud Meerman., Tom. 7, pag. 497.

§ 47

Com esta nova legislação ficou frustrado ou desnecessario já aquelle remedio da dita lei final, porque esta legislação é mais providente, mais livre de tantas e tão intrincadas questões, quantas suscitaram os DD. sobre o uso, competencia e natureza d'aquelle remedio, e se podem ver nos DD. citados. Por outra parte a posse transferida pelo beneficio do nosso alvará (semelhante a muitas legislações das mais nações) póde fundamentar qualquer dos tres remedios, ou o *Adpiscendæ* (de que aqui tracto), ou o *Retinendæ*, ou o *Recuperandæ possessionis*, como já provei no meu *Tratado de morgados*, C. 13, § 4. E bem

que eu aqui podia indicar algumas congruencias e differenças entre o remedio da dita lei fin., e os do nosso alvará, as omitto por superfluas.

§ 48

Já no dito *Tratado dos morgados*, d. C. 12, § 1, indiquei as legislações semelhantes das mais nações; nos §§ 2 e 3, a efficacia da posse assim transferida pelo alvará ás pessoas n'elle mencionadas, e aquellas a que o ampliou o dito assento. Ahi até o § 9 tratei dos remedios possessorios competentes ao successor do morgado. No meu *Tratado do direito emphyteutico*, a § , tambem mostrei quando e com que circumstancias gosa do beneficio do nosso alvará o successor do praso, que o é pela disposição do homem ou da lei. Só me resta tratar aqui as occorrentes questões quanto aos bens allodiaes ou de fideicommisso, e quando n'elles se póde ou não usar pelo herdeiro *ex testamento*, ou *ab intestato* do beneficio do dito alvará; mas antes que me proponha a demonstrações solidas e regras certas, como *viam quasi ferro aperit qui per contraria vadit; et illis solutis conclusiones redduntur clariores*, Peg., All. 4, n. 172, e como as doutrinas de Mello Freire são no conceito quasi universal infalliveis, permitta-se-me aqui convencer um erro que elle escreveu no L. 4, T. 6, § 32, pag. 89, quando escreveu, ut ibi:

«Neque possessio naturalis et Civilis, quæ hodie ex Novella, 9 November 1754, ad hæredes, et maioratus cuiusvis Successorem transit, præferenda est possessioni vere naturali, et Civili, quam tertius adquisivit, eo non audito, qui interim, et quandiu in judicio convictus non fuerit, in sua possessione tuendus est, Mendz, in Prax., L. 4, C. 10, § 3, Valasc., Cons. 191, Molin., de *Primog.*, L. 3, C. 12 e 13.»

§ 49

Se Mello aqui falla (o que devia declarar) da posse que

esse terceiro já havia adquirido na vida do defunto e de bens allodiaes, póde dar-se-lhe um *transeat*, bem que não quanto aos vinculados; essa posse adquirida em vida do ultimo administrador, nada hoje presta ao possuidor; attento o que demonstrei no *Tratado dos morgados*, C. 13, §§ 5, 6 e 7. Se Mello entende verdadeiro possuidor civil e natural, qualquer que na morte do testador ou defunto, *ab intestato*, se intrusa primeiro na posse do todo ou parte da herança; é erro dizê-lo possuidor natural e civil, porque a posse, a mesma posse que o defunto conservava no momento da sua morte, passa veloz e immediatamente pela lei ao successor, sem se dar o minimo intervallo entre o momento da morte e a aquisição da posse ao successor, nem tempo algum em que esse terceiro a occupasse como vaga. Vejam-se os DD. citados no dito meu *Tratado*, C. 13, § 2. E em consequencia o terceiro, que a occupa, fica um detentor intruso e injusto, Constantin., *Stdt. Urb.*, Annot. 41, n. 32 e 33, *ibi*:

«Hinc ex verbis, et mente statuti possessio nunquam fuit vacua, neque per momentum, sed semper plena. Unde ab alio occupari non potuit, et de facto occupata est infecta, ac nulla, et non potest aliquem juris effectum producere favore occupatoris, nec impedire continuationem possessionis a statuto translatae,» etc. Conf. Post., *de Manut.*, Obs. 55, n. 84.

Se Mello diz que esse terceiro emquanto demandado em juizo deve ser conservado até a final sentença, póde dar-se-lhe um *transeat*, porque esse é o regular favor dos réus os mais injustos possuidores, quando se intenta contra elles o remedio do espolio (não assim quando a manutenção, ex Post., *de Manut.*, Observ. 57, a n. 40). Se porém entende que o herdeiro do defunto não póde logo desforçar-se e priva-lo d'essa intrusa posse, é erro, porque tendo o herdeiro a posse legal, a mesma do defunto no momento da morte d'elle, se o terceiro lh'a occupa commette espolio, e póde o herdeiro logo desforçar-se para continuar a sua posse (§§ 10 e 11), se não tem precisão

de conservar o terceiro intruso até o convencer por demanda.

Os DD. que cita Mello não provam a sua proposição. Mendes e Valasco escreveram antes do nosso alvará, e nos termos da L. 45 do *Tauro* (modelo do nosso alvará), diz Valasc., n. 22, o contrario, e diria o mesmo se escrevesse depois do alvará. Molin., de *Primogen.*, L. 3, C. 12 e 13, que escreveu conforme a dita lei de Hespanha, é inteiramente contra a proposição de Mello, e até mesmo Molin., no C. 13, n. 55, concede nos morgados ao successor o remedio da sua lei contra o possuidor, que já o era por venda, doação, etc., desde a vida do antecedente administrador.

Analysam-se os ditos alvará e assento quanto aos bens allodiaes

§ 50

Diz o mesmo alvará: «A posse civil que os defuntos em sua vida houverem tido, passe logo nos bens livres aos herdeiros escriptos ou legitimos, etc. O assento de 16 de fevereiro de 1786 declarou que na linha direita dos descendentes e ascendentes, se estende o parentesco para a transmissão da posse *in infinitum* a todos os graus, e na linha collateral, alem dos irmãos e filhos de irmãos, aos mais proximos parentes até o decimo grau, contado segundo o direito civil, que tiverem um direito certo e indubitavel á herança do defunto a que devam succeder *ab intestato*, porque todos estes na censura de direito se reputam herdeiros legitimos».

§ 51

É pois preciso que, como qualidade da lei, se verifique a posse que os defuntos em sua vida houverem tido, Post., de *Manutent.*, Obs. 55, n. 63, Constantin., infra, n. 16 e 17, uma posse legitima e não facultativa, Post., n. 68,

Constantin, *ad Stat. Urb.*, Annot. 41, n. 98; aindaque essa posse estivesse litigiosa, porque assim mesmo passa ao herdeiro, Constantin., n. 65. E quanto ao que o defunto tinha em guarda e deposito, variam os DD., porém prevalece a racionavel distincção que relativamente á pessoa que havia dado a coisa ao defunto em guarda ou deposito, não passa a detenção ao herdeiro, mas sim relativamente a qualquer outro terceiro, que não depositou nem emprestou a coisa, contra o qual póde o herdeiro usar do beneficio da lei, Constantin., *supra*, a n. 6 ad 64; também ao herdeiro para a posse dos direitos incorporaes, direitos e acções, Constantin., a n. 46.

§ 52

Não passa porém ao herdeiro a posse de direitos pessoais coherentes á pessoa do defunto, extinguiveis por sua morte e intransmissiveis a seus herdeiros, Cancr. 2, Var., C. 7, n. 80, Post., *de Manut.*, Obs. 55, n. 64, Constantin., *supra*, n. 78, como por exemplo os bens sujeitos a fideicommisso, que por morte do defunto haviam de passar a terceiro, Constantin., n. 80; como, por exemplo, os bens em que o defunto era usufructuario, e que assim consta claramente, Amat. Variar., Resol. 39, a n. 89, Castilh., *de Usufr.*, C. 61, a n. 8, Constantin., a n. 83.

§ 53

Se o defunto em sua vida havia sido espoliado da sua posse e não a havia recuperado, não passa ao herdeiro mais que o direito de a reivindicar, Constantin., n. 42, Paz, *de Tenut.*, C. 48, n. 8, Post., d. Obser. 55, sub n. 63. E se o mesmo herdeiro deixa passar um anno sem usar dos remedios possessorios que a lei lhe permite, aindaque o terceiro entrasse na posse depois da morte do defunto, deve recorrer á via ordinaria, Constantin., n. 40.

§ 54

A duvida maior consiste sobre quem deve preferir a posse, se o herdeiro, se o donatario, a quem o doador havia doado os bens com reserva de usufructo, tendo transferido ao donatario o dominio e posse civil pela clausula *constituti* (bem que a da reserva do usufructo obra o mesmo effeito, ex Peg. 1, For., C. 6, n. 38, Bagn., C. 15, a n. 206). Esta questão nas nações em que ha leis, como na nossa, é assás duvidosa. Em favor do herdeiro contra o donatario com rasões urgentissimas estão Urceol. Forens., C. 92, a n. 54, Rub. Buxet., *de Confusion. Jur.*, C. 2, a n. 138, e a n. 268, et a n. 301, Post., *de Manut.*, Obs. 55, n. 62.

§ 55

Em contrario, que morto o doador que havia doado seus bens com reserva do usufructo, póde o donatario tomar posse corporal, e que esta posse preferê á legal do herdeiro, o segue Furgole, no Commentario á Ord. de Luiz XV, Art. 15, pag. 133, verb. *De la vient*. Tom. 5, Fabr., in Cod., L. 8, T. 4, Defin. 6, Card. de Luc., *de Success.*, Disc. 24, n. 5, Amat., *Var.*, Res. 39, a n. 77, Rot. Roman., in *Collect.*, ad Card. de Luc., L. 11, *de Legat.*, Decis. 24, a n. 9, Fontanell., *de Pact. nupt.*, Claus. 4, Gloss. 27, P. 1, n. 30.

Nota. N'esta variedade, eu seguiria a segunda opinião de baixo d'estas condições: 1.^a, que a doação fosse insinuada, porque se o não fosse, esta nullidade mesma é allegável no juizo possessorio, Post., *de Manut.*, Obs. 62, n. 12; 2.^a, que a doação não laborasse (ainda que insinuada) em outra alguma nullidade, porque sendo nulla, a sua nullidade influe na clausula *constituti*, e esta disputa se admite no possessorio, em que o donatario se funda só na posse transferida pela mesma clausula, Cordeir., Dub. 46, a n. 54 e 57. E no proprio caso assim o declara o Card. de Luc., *de Succession.*, Disc. 24, n. 5.

§ 56

Sobre as palavras *aos herdeiros escriptos ou legitimos*. Não aos legatarios ou fideicommissarios particulares, Post., *de Manut.*, Obs. 55, n. 79, Paz, *de Tenut.*, C. 48, n. 25; não ao herdeiro instituido condicionalmente, Constantin., supra, n. 101, Amat., *Var.*, Resol. 39, n. 93; nem ao herdeiro por testamento ou *ab intestato*, que seja inhabil e incapaz, porque a lei suppõe os termos habeis de ser capaz da successão o herdeiro a que transfere a pösse civil, Tiraquell., no Tratado *Le mort. saisit le vif*, P. 2, Declar. 1, Molin., *de Prinog.*, L. 3, C. 13, n. 24, Amat., *Variar.*, Resol. 39, n. 86, Post., *de Manut.*, Obs. 55, n. 76. E esta excepção da inhabilidade ou capacidade do herdeiro se admite n'este possessorio, como mostro no meu *Tratadô de morgados*, C. 13, § 26, a que addiciono Post., *de Manut.*, Obs. 55, n. 88, Retes, *de Interdict.*; P. 1, § 12, apud. Meerman., Tom. 7, pag. 502.

Nota. Seria preciso aqui uma grande digressão se me propozesse a dinumeração dos insuccessiveis ou incapazes, a quem a lei não transfere a posse. Entretanto me satisfaço com remessa a Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 18, 29, 30 e 31.

§ 57

Sobre as mesmas palavras *herdeiros escriptos*. Como é regular em todas as leis suppoem os termos habeis, eu julgo que o alvará exige que o herdeiro mostre um testamento valido, solemnisado com todas as solemnidades que exige a Ord., L. 4, T. 80, sem vicio apparente, como no caso do Edicto Divi Adrian., Peg., Tom. 4, ad Ord., pag. 277, a n. 430. E só eu não admittiria no possessorio em que o herdeiro recorre ao beneficio do alvará, a questão da falsidade do testamento ou outra dependente de alta indagação, como no caso da dita L. fin., Cod. *de Edict. Div. Adrian.*, Peg., supra, pag. 291, a n. 447, aonde o

refere julgado, e concedida a immissão na posse reservaria direito para acção ordinaria.

SECÇÃO II

Se o interdicto *Quorum bonorum*, connumerado entre os *Adpiscendæ possessionis*, pôde ter algum uso no foro

§ 58

D'este interdicto, sua natureza, competencia e fim trataram, segundo o direito romano, os DD. referidos no § 24. Mas nas nações em que, como na nossa, a posse civil passa a todo o herdeiro escripto ou legitimo, *ab intestato* (§ 50), é superfluo este interdicto. Thomaz, *ad Pand.*, L. 43, T. 2. E só quando muito compete ao successor na dignidade ou officio (de que a nossa lei se não lembrou), para conseguirem as posses e direitos de seus antecessores, Menoch., *de Adpiscend. Possess.*, Remed. 1, n. 46, Mindan., *de Interdict.*, P. 2, T. 16, n. 52, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 2, § 1.

SECÇÃO III

Se pôde ter algum uso o interdicto *Quod Legatorum* connumerado entre os *Adpiscendæ possessionis* (§ 25)

§ 59

Por direito romano o dominio da cousa legada passa ipso jure ao legatario, mas não a posse, *ut reliquis citatis*, Bagn., C. 16, a n. 1 e 26. (Limitados muitos casos em que nem ainda o dominio se transfere, casos que relata Bagn., a n. 27.) Em consequencia o legatario deve receber a posse do legado da mão do herdeiro, Bagn., a n. 1. Se pois o legatario se arroga a posse do legado por auctoridade propria, o direito introduziu este remedio em favor do herdeiro, para se lhe restituir a posse do legado (DD.

citados, § 25). E se depois de adida a herança o legatário toma o legado por violência, o perde, L. 5, Cod. de Legat., Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 3, § 1, in fin. Ad omnia optime Henr. Cóccey, Vol. 2, Disp. 62, a § 5, aonde sustenta a equidade d'este interdicto.

§ 60

A rasão d'este interdicto consiste no interesse que o herdeiro pôde ter na retenção de toda a herança para deduzir a *falcidia*. E d'aqui se segue: «Hoc Interdictum tantum competere, quando futurus est Locus legis Falcidiæ, et legatarius præoccupavit legatum», L. un., Cod. Quod. Legat., Retes, de Interdict., P. 2, sub § 22, apud Meerman., Tom. 7, pag. 502, Bagn., C. 6, n. 10 e 21, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 3, Perez., in Cod., L. 8, T. 3, n. 3.

§ 61

Em consequencia: 1.º «Si hæredis nihil intersit, cessat Interdictum, et legatarius retinet possessionem, quam juste potuit occupare propter præcedentem titulum legati, sine ulla pœna, aut commissione». Retes, supra, § 26, Menoch., *Adpisc.*, Rem. 2, n. 9, Gomez, in L. 45, Taur., sub n. 131; em consequencia, 2.º, cessa este interdicto contra o legatário nos casos em que cessa o direito da deducção da *falcidia*, Bagn., C. 6, a n. 49 e 52, casos que refere o mesmo Bagn., d. C. 6. Veja-se Furgole, de Testam., C. 10, a n. 62.

Nota: Aqui entra a questão, se a *falcidia* tem, pôde ou deve ter uso n'este reino? Mello, no L. 3, T. 7, §§ 21 e 22, declama contra o seu uso, e a diz não usada n'este reino. Eu em uma especial dissertação manuscripta a mostro: 1.º, fundada em toda a boa rasão; 2.º, praticada nas nações civilisadas (o que bastaria para ser praticavel no nosso reino este direito romano); 3.º, que se não ha lei patria expressa que a adopte, ha a Ord., L. 1, T. 62, § 53, em que por certo modo

se vê adoptada a falcidia (ainda contra obras pias). Veja-se Reinos., Obs. 7, n. 34 e 37. Mostro, 4.º, um exemplo do uso da falcidia n'este reino, e não muito antigo, no adicionador de Oliveir., de *Muner. Provis.*, ao C. 1, n. 41. E só porque tal ou tal artigo de jurisprudencia se não vê praticado, ou por ignorancia ou por indolencia e renuncia tacita das partes, não se póde d'ahi inferir abrogado. Veja-se Stryk., *Us. mod.*, no prefácio ou discurso preliminar, § 34. Em outra dissertação manuscripta tenho recopilado os casos em que cessa a falcidia.

SECÇÃO IV

Quanto ao remedio *Adpiscendæ possessionis* (§§ 27 e 45), pela L. 3, Cod. de *Pignorib.*, que uso tem e póde ter n'este reino?
Analyse da Ord., L. 4, T. 57 e 58, §§ 3 e 4

§ 62

Eis-aqui a letra da dita L. 3: «Creditores, qui non red-dita sibi pecunia, conventionis Legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate Præsidis possessionem adpisci debent.» São comò parallelas a L. 1 e 2, Cod. *Si serv. exportand. ven.*, L. 1, Cod. *Si mancip. it ven.*, L. 11, Cod. de *Pignorat. act.*, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 23, C. 1, § 19. D'este remedio entre os *Adpiscendæ possessionis* tratou Menoch., de *Adpiscend. possess.*, Remed. 5.

§ 63

A nossa Ord., L. 4, T. 57 (que parece ter por fonte a dita L. 3), legislou que «sendo em algum contrato concordado pelas partes que o crédor possa por sua auctoridade penhorar o devedor, não lhe pagando a divida até certo tempo, não o poderá por tal convença penhorar por si, salvo achando o crédor o penhor de todo desembargado e sem alguma contradicção, em maneira que se não possa seguir rixa alguma sobre a penhora; e em outra

maneira não poderá o crédor fazer a penhora por si mesmo sem auctoridade de justiça, aindaque no contrato lhe seja dado poder para por si a fazer». No T. 56 antecedente havia o legislador determinado que «se algum devedor empenhar a seu crédor alguma coisa movel ou de raiz, com a condição que não lhe pagando a divida a dia certo o penhor fique por ella vendido e arrematado ao crédor, mandámos que tal convença seja nenhuma e de nenhum effeito. Porém se o devedor der alguma coisa sua em penhor a seu crédor sob condição, que não lhe pagando a tempo certo fique o penhor arrematado pelo justo preço, o tal apenhamento assim feito valerá e a convença será guardada. E em este caso o penhor será estimado depois do tempo da paga por dois homéns bons juramentados e escolhidos pelas partes, e ficará arrematado ao crédor pelo preço em que for estimado».

§ 64

Da união d'estas ordenações se deduzem estas conclusões: 1.^a, que convencionando-se um penhor para segurança da divida (mas sem pacto de ficar vendido não se pagando a divida até certo tempo); e que não a pagando o devedor até o tempo aprazado, poderá o crédor penhorar, isto é, apossar-se de penhores, o póde fazer não encontrando repugnancia alguma; 2.^a, que encontrando-a póde recorrer ao magistrado para que o immita em posse de penhores; 3.^a, que convencionando-se logo penhor certo e que não se pagando a divida a certo tempo fique vendido pelo preço da divida, é nullo o pacto; mas, 4.^a, que convencionando-se que ficará o penhor vendido por preço em que for avaliado, vale o pacto, e avaliando-se fica vendido e arrematado. E de ambas estas ordenações se deduz este remedio *Adpiscendæ possessionis* judicialmente intentado; no caso do pacto do ingresso na posse de penhores para segurança da divida; no caso do T. 56, quando o crédor por força do pacto valido recorre a juizo, reque-

rendo avaliação do penhor constituído, e feita ella e depositado qualquer excesso, requer a imissão na posse do penhor como arrematado pelo preço da ávaliação.

§ 65

Em ambos os casos é necessaria citação judicial do devedor, Luc., *de Cred. in Summ.*, a n. 156, *de Judic.*, Disc. 54, n. 55 e 56, *de Feud.*, Disc. 66, n. 12, Rovit., *ad Pragm. Regn. Neapol.*, Rubr., *de Conservator.*, Pragm. 1, a n. 4 (*quidquid dicat Menoch.*, Retin. 5, a n. 148, e Rem. 6, n. 10); porque com effeito o devedor sendo citado pôde arguir nullidade dos contratos por alguma das muitas causas geraes e pelas especiaes, *de quibus ad rem* Moraes, *de Execut.*, L. 1, C. 4, § 3, a n. 8, Antónell., *de Loco legal.*, L. 3, C. 18, a n. 15, Menoch., *Adpisc.*, Remed. 5, Farinac., Q. 175, a n. 199.

Nota: É bem duvidosa a intelligencia das palavras da Ord., L. 4, T. 57—*sem alguma contradicção*—. Se para n'esse caso dever recorrer a juizo e a citação do devedor o crêdor, basta só contradicção verbal, ou se é necessario que intervenha contradicção real com força e violencia? Uns DD. assentam que para o crêdor se dever abster da posse do penhor, basta que o devedor se lhe opponha verbalmente, Valasc., Cons. 173, a n. 18, Mor., *de Execut.*, L. 1, C. 4, § 3, n. 3, no fim, Lim., *ad Ord.*, L. 4, T. 57, a n. 4 e 8. Outros que só quando o devedor resiste armado é que o crêdor se deve abster e recorrer ao magistrado, Menoch., *de Adpiscend.*, Rem. 5, a n. 77, e o sente Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 23, C. 1, § 19, no fim. A primeira opinião é a mais conforme á nossa lei; e ainda porque pôde ser que o devedor esteja assistido de alguma razão para arguir a nullidade do contrato (§ 65). O resultado é que se o crêdor encontra resistencia, ainda verbal, e recorre ao magistrado, *vim quidem facere non videtur*, Moraes, *supra*, sub n. 6, Lim., n. 10; se porém toma posse do penhor ex vi do contrato, apesar da resistencia do devedor, commette força.

§ 66

Tambem a Ord., L. 4, T. 58, § 3, diz: «E se algum comprar alguma cousa ou a houver por via de escambo ou doação, ou por outro titulo semelhante, e na escriptura do contrato lhe foi dado poder por aquelle de quem houve a dita cousa, para tomar e haver a posse d'ella demittindo de si e desamparando a dita posse; em taes casos e cada um d'elles, o que houve a cousa poderá haver e cobrar a posse d'ella, *não achando quem lh'a contradiga*. E os tabelliães sem outro mandado de justiça lhe poderão dar instrumentos publicos de como tomaram a posse, vendo primeiro as cartas das compras, escambos ou doações feitas sobre as ditas cousas, aos que quizerem tomar a posse d'ellas».

§ 67

Não ha na legislação romana lei que possa dizer se fonte propria d'esta ordenação, Bartholo, Baldo e Saliceto deduziram uma conclusão tal por argumento da L. 3, Cod. *de Pignor.*, e das mais leis parallelas (§ 62), ex Menoch., *de Adpiscend. possess.*, Remed. 5, n. 34, Farinac., *in Prax. Crimin.*, Q. 175, n. 187, e póde ser que esses antigos DD. fossem o modelo d'esta ordenação. Ella, ao mesmo tempo que permite um modo *adpiscendæ possessionis*, se nota collocada debaixo do T. 58, que castiga a violenta invasão da posse alheia, e este § 3 foi outra limitação da regra geral do principio da mesma Ord., Cald., *de Emption.*, C. 25, n. 32. Mas por isso mesmo que é uma ampliação da L. 3, Cod. *de Pignor.*, deve receber a mesma intelligencia como a Ord., T. 56 e 57.

§ 68

Para pela permissão d'este § 3 haver uma extrajudicial imissão na posse conferida por tabellião, e não ser espoliativa é necessario: 1.º, que se lhe apresente escri-

ptura publica como exige a mesma lei; 2.º, que n'ella fosse pelo vendedor, permutante, doador, etc., concedido expressamente o poder *para tomar e haver a posse*. Concorda o T. 57, e que *demittam* o vendedor, o permutante, o doador, etc., *de si e desamparem a posse*, requisitos essenciaes, ex Cald., *de Empt.*, C. 25, sub n. 22. Não basta que o vendedor, o permutante, o doador, etc., facultem ao seu contrahente simplesmente o poder de tomar posse; é sim, e juntamente preciso que de si a demittam e desamparem, porque ambos estes requisitos exige mysteriosamente o dito § 3, tendo talvez em vista as razões dos DD., com os quaes o addicionador de Luc. Ferrar., verbo *Emptio*, Art. 2, a n. 16, ibi:

«Nunc illud displicendum; an Emptor propria auctoritate possessionem rei emptæ apprehendere possit, et ei permissa ipsa sit in Emptionis Instrumento? Negans opinio arfidet, et jure meritoque doctissimo Leyser., in *Mediæ ad Pand.*, Spec. 207, § 3 et seqq. Permissio enim apprehensionis possessionis in Instrumento facta, secundum leges, quibus contrahentes semper se conformare censentur, de legitima apprehensionis, quæ voluntate venditoris, aut Judicis causa cognita consentientis fiat, explicanda est. Idque verum adeo est ut si alia fuerit contrahentium mens, atque sic privatim vim indulgere voluerint, sit pactum, tanquam juri publico, bonis moribus, et ordini contrarium. Confir. Stryk., *de Cautel. Contrat.*, Sect. 2, C. 1, § 36.»

§ 69

É necessario, 2.º, que não haja contradictor, como declara o mesmo § 3, ibi: *Não achando quem lh'a contradiga*. Estas palavras são geraes e condicionaes de ablativo absoluto, que não distinguem os casos de ser contradictor o mesmo vendedor, permutante ou doador, ou qualquer outro terceiro; nem distinguem os casos de ser só verbal ou violenta a contradicção, e assim se devem entender na sua generalidade, Lim., ao mesmo §, n. 5 e 6. Se o con-

tradictor é um terceiro, tenha ou não causa do vendedor, permutante, doador, etc., é necessario recurso á via judicial por este interdicto, Farin., in *Prax. Crim.*, Q. 175, n. 282, Menoch., *Adpisc.*, Remed. 5, a n. 111, Antonell., *de Loc. legal.*, L. 3, C. 18, a n. 26, Lim., ao d. § 3, n. 10 e segg. Se o contradictor é o mesmo vendedor, doador, etc., ou a contradicção seja só verbal ou seja violenta, tambem o comprador, o donatario, etc., se devem abster do ingresso na posse e recorrer á via judicial, como, nos termos do mesmo § 3, discorre Cald., *de Empt.*, C. 25, a n. 33 e 37 (que Lim. ao mesmo § citou e não entendeu bem). Confira-se o § 65 na nota: «Potest namque venditor aliqua juxta ex causa moveri, per quam non modo impedire licebit ingressum, sed etiam traditam possessionem vindicare... Cujus quidem causæ justa sit, an injusta, emptor Judex esse non potest». Caldas, supra.

§ 70

Havendo pois contradicção ainda só verbal, ou do vendedor, doador, etc., ou de terceiro, cessa a immissão extrajudicial na posse, e necessariamente se deve recorrer á vida judicial e remedio *Adpiscendæ possessionis*, ou implorando a immissão na posse com associação judicial, que em tal caso é competente por praxe, mas juntando escriptura, e citando a parte, Card. de Luca, *de Judic.*, Disc. 24. n. 28 (confirmam-se os DD. citados, § 65); ou com a mesma escriptura e citação, pedindo mandado de immissão na posse, ex Brunneman., in L. 3, Cod. *de Pignor.*, n. 8 e 9. Remedios summarios e possessorios, Card. de Luca, *de Regal.*, Disc. 66, n. 12, et *de Donat.*, Disc. 14, n. 6, e em que se não admittem questões de alta indagação, Luc., *de Feud.*, Disc. 66, n. 12, Sentit Boehmer., ad Pand., Exerc. 23, C. 1, § 19, no fim. E a final a appellação *ad instar* dos mais remedios possessorios só produz o effeito devolutivo, Luc., *de Credit.*, Disc. 165, n. 14.

§ 71

Tambem a Ord., L. 4, T. 58, § 4, diz: «E sendo mostrado ao tabellião titulo justo, assim como testamento, codicillo ou carta de aforamento feita pelo senhorio da cousa, por que se mostre pertencer a cousa á pessoa que d'ella quer tomar posse, postoque na escriptura não lhe seja dado poder para a tomar, não deixarão porém de dar instrumento da tal posse, aindaque se tome sem auctoridade de justiça».

§ 72

Esta ordenação concede nos seus casos a aquisição da posse, e immissão n'ella extrajudicialmente. Ella ao mesmo tempo se vê collocada debaixo do T. 58, e indica que n'estes casos cessa a regra geral estabelecida no principio da mesma ordenação. Mas ella no § 4 deve entender-se *invento eodem themate*, como no § 3, e no T. 57, não havendo quem contradiga essa posse. D'outra interpretação resultariam absurdos. Está entendido com outros DD. pelo senador apud Peg., Tom. 2, For., C. 9, n. 394, que este § 4 só se entende quando a posse está vaga sem contradictor, e não quando occupada por terceiro.

§ 73

Nas cartas de aforamento ha especialidade para se immittir o emphyteuta na posse, postoque na escriptura lhe não seja dado poder para a tomar; porque pela concessão emphyteutica demitte o senhorio o dominio útil, reservando o direito; demitte a posse natural, ficando com a civil; e tudo por natureza propria do contrato, ex Bagn., C. 4, a n. 67, Peg. 3, For. C. 28, a n. 775, Lim., ad Ord., L. 4, T. 36, § 1, a n. 18; e pouco importa que falte aquella expressão. Como porém o empraçamento não pôde prejudicar a terceiro possuidor, Silv., ad Ord., L. 3, T. 59, in pr., a n. 98, se o terceiro está na posse, é legitimo.

contradictor, cessa aqui a Ord. (§ 72), e necessariamente se deve recorrer aos remedios judiciaes.

§ 74

Na parte em que permite dar posse ao herdeiro que requer mostrando o testamento do defunto, ou é hoje desnecessaria depois do alvará de 9 de novembro de 1754, analysado a § 50; ou só póde ser praticavel quando o herdeiro se queira ratificar na posse transferida pelo dito alvará. E então esta ratificação póde servir de desforçamento, estando a posse occupada por terceiro, se o herdeiro logo *in continenti* (não ex intervallo) se for desforçar por este modo, *signanter* Cancer. 2, *Var.*, C. 7, n. 62, bem que Buxet., *de Confus. Jur.*, C. 2, a n. 95 e 126, aconselha ser mais prudente recorrer a via judicial (que póde ser pela assistencia, de qua a § 10), do que pela via de facto, evitando-se rixas.

SECÇÃO V

Quanto ao interdicto salviano (de quo §§ 26 et 45) connumerado
entre os *Adpiscendæ possessionis*
Analyse da Ord., L. 4, T. 23, § 3, etc.

§ 75

Que o remedio do interdicto salviano se connumera entre os *Adpiscendæ possessionis* é certo ex Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 3, §. 103, Stryk., *de Act.*, Sect. 4, Membr. 6, § 46, e Sect. 2, Membr. 5, § 10. A acção serviana é um remedio ordinario que exige outras provas; o salviano menos. Na serviana admittem-se excepções de alta indagação; no salviano não ex DD. supra. As differenças se podem ver em Mull., *ad Struv.*, Tom. 6, pag. 403.

§ 76

Este interdicto, conforme o direito romano, diz Reles, *de Interdict.*, P. 1, § 35, apud Meerman., Tom. 7, pag. 504: «Hoc Interdictum primo, et principaliter inductum fuit favore locatoris fundi contra conductorem pro rebus, quas in fundum intulit, et fructibus ibi natis obligatis locatori pro mercede». Conf., Stryk., *Us. Mod.*, L. 43, T. 33, § 2, et Struv., Exerc. 45, Thes. 170. N'este reino em lugar do salviano temos na Ord., L. 4, T. 24, T. 23, § 3, sobre o que se póde ver Silv., no seu commentario, e ao § 1. Quanto aos predios rusticos, não se duvida que os fructos estão tacitamente hypothecados pela satisfação da pensão, e ainda com preferencia a quaesquer outros credores, L. de 20 de junho de 1774, § 38, L. 7, ff. *in quib. caus. pign. vel hypot.*, Pacion., *de Locat.*, C. 33, a n. 15. E em lugar do uso do salviano admite n'elles a mesma praxe o remedio do sequestro nos fructos para pagamento das pensões, Moraes, *de Execut.*, L. 1, C. 4, § 1, n. 66, Repertor., sub verbo *Penhorar póde mandar o senhor, etc.*; porque emquanto pendentes os fructos penhora e sequestra o senhorio o que é seu, como parte do seu predio, Pacion., *de Locat.*, C. 33, a n. 1. Este o uso que póde ter o salviano, ex Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 33, apesar do que diz Thomaz. ao mesmo Liv. e T.

§ 77

Se porém nos predios rusticos (alem da hypotheca nos fructos) não havendo expressa convenção ficam os moveis, os gados, os utensilios do colono introduzidos nas casas da quinta, e predio rustico tacitamente hypothecados ao senhorio, é questão muito controversa, como se vê nos modernos Puttman., *Adversar. Jur.*, L. 2, C. 6, Harprectr., Disp. 82, a n. 48, e em Pacion., *de Locat.*, C. 40, a n. 11. Pela opinião que aqui confere o direito da hypotheca está o costume da Hollanda, teste Voet., *ad Pand.*, L. 20,

T. 2, § 3, e as leis wurtembergicas, Harprectr., supra, n. 52, e Pacion. assenta ser esta opinião a mais racional.

§ 78

Subrogado pois o nosso sequestro (§ 76) em lugar do salviano ou sendo analogo a elle; é necessario para se obter o sequestro (bem como o remedio do salviano) provar o arrendamento, e quaes os bens do devedor tacitamente hypothecados (segundo a opinião, § 77), nos predios rusticos, Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 3, § 104, e a posse dos bens pelo conductor, Pacion., *de Locat.*, C. 4, a n. 90, bem que Moraes, *de Exec.*, L. 1, C. 4, § 1, n. 46, só exige a prova do arrendamento, quando este se nega.

§ 79

Póde succeder que o inquilino ou colono depois de introduzir na casa e quinta os bens tacitamente hypothecados, ou os aliene ou os occulte em poder de terceiro para fraudar o senhorio. É bem certo que esta hypotheca os affecta, Silv., *ad Ord.*, L. 4, T. 23, § 1, n. 13 e 14, Repertor., sub verbo *Penhorar póde mandar o senhor, etc.* Entra pois aqui a duvida, se o salviano summario (a que é analogamente subrogado o nosso arresto) póde summariamente intentar-se contra o terceiro possuidor? A opinião negativa, e que se deve recorrer á serviana hypothecaria é a mais segura; e ainda porque se duvida se a questão da excussão, que póde oppor o terceiro, é ou não de alta indagação, Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 3, § 103, Stryk., *de Act.*, Sect. 1, Membr. 6, § 46, e Sect. 2, Membr. 5, § 10.

§ 80

O contrario, que este interdicto (e similhantemente o nosso sequestro) compete contra o terceiro possuidor d'esses moveis, defende com Cujac. Mindan., *de Interd.*, Sar-

mient., Thesaur. Gait., *de Cred.*, e outros Retes, *de Interd.*, P. 1, a 37, apud Meerman., Tom. 7, pag. 505, Perez, *in Cod. Tit. Precar.*, n. 14, Voet., *ad Pand.*, L. 43, T. 33, Struv., Exerc. 45, Thes. 171, Stryk., *Us. mod.*, T. 33, § 2. Nesta variedade, e mesmo Stryk., *de Action.*, For., Sect. 2, Membr. 4, § 10, distingue entre o terceiro possuidor não titulado e o titulado; e só contra o primeiro permite o salviano. Mas sendo opinativo, se esse terceiro, ainda no salviano pôde oppor a excepção da excussão do devedor, *ut videre est apud Retes, de Interdict.*, supra, § 42, Stryk., *de Act.*, Sect. 2, Membr. 4, § 11; o mais seguro será recorrer á serviana.

SECÇÃO VI

Uso do remedio possessorio *Adpiscendæ* pelo officio do juiz.

Em que casos pôde hoje praticar-se n'este reino

Ord., L. 4, T. 9, e L. 4, T. 3, §§ 1 e 2.

§ 81

Prescindindo dos casos que figura Menoch., *Adpiscend.*, que hoje cessam á vista do nosso alvará de 9 de novembro de 1754, só me occorrem na nossa legislação dois casos em que seja necessario implorar o nobre officio do juiz (em falta de outro particular remedio) para a emissão na posse. Ties são os seguintes:

§ 82

1.º Este é o caso da Ord., L. 4, T. 9, em que o successor não é obrigado conservar o colono, porque como a dita ordenação nas palavras *pode-lo-ha demandar e constanger* lhe prohibe a auctoridade propria, e deve recorrer a via judicial, Silv., *ibidem*, n. 114; e se recorre á auctoridade propria commette espolio, Perez, *in Cod.*, L. 4, T. 6, n. 5; é portanto necessario implorar o officio do juiz,

mostrando o seu titulo, porque o juiz commine ao arrendatario tempo em que despeje, e depois o immitta na posse, *Encyclopedia methodica*, verbo *Bail*, Sect. 13, *¶. Lorsq.*, Voet., *ad Pand.*, L. 19, T. 2, n. 18. Bem que Stryk., *de Act. Forens.*, Sect. 1, Membr. 6, § 53, lhe dá a condição da L. 9, Cod. *Locat.*, pela generalidade da L. *Un.*, Cod. *de Condict.*, ex Leg.

§ 83

2.º Permittindo a Ord., L. 4, T. 5, §§ 1 e 2, ao vendedor que nos casos ahí figurados possa recobrar a posse da cousa vendida, e entendendo-se que o deve fazer pelos meios judiciaes, deve portanto recorrer ao officio do juiz, ex Silv., *ad eund.*, § 1, a n. 16.

Nota: Podem aqui addicionar-se os casos em que o dominio se transfere ipso jure sem tradição, casos que cumulo Bagn., C. 15; porque n'elles póde implorar o officio do juiz para a emissão na posse, mas havendo escriptura está deo a providencia na Ord., L. 4, T. 58, §§ 3 e 4, de que trata a § 66.

SECÇÃO VII

Remedio de Tabulis exhibendis, connumerado entre os remedios Adpiscendæ (§ 45) e uso d'elle na praxe d'este reino

§ 84

Este interdicto, diz Menoch., *Adpisc.*, Remed. 1, n. 81, é preparatorio para o interdicto *Quorum bonorum* (e póde ser para o uso do remedio do alvará de 9 de novembro de 1754) (e para qualquer outra acção Brunnem., in L. 2, ff. *de Tab. exhibend.*, n. 10, Muller, *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 42): «Veluti si hæres in Testamento scriptus sciat tabulas testamenti ab aliquo detineri, prius est, ut agat hoc interdicto; postea ut bonorum possessionem secundum tabulas petat». Retes, *de Interdict.*, P. 1, § 29, apud Meerman., Tom. 7, pag. 503. Por outro modo, Perez, in

Cod., L. 8, T. 7, n. 1, o chama interdicto exhibitorio, e que é preparatorio tambem o diz Muller, *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 41 e 42.

§ 85

«Competit quidem omnibus, quorum interest Tabulas exhiberi, veluti hæredibus, Legatariis, et fideicommissariis: Condemnatio adversus eum, qui non vult exhibere, non est præcise ad factum exhibendi, sed quantum intersit actoris Tabulas exhibitas non esse, L. 3, § 11, ff. *de Tab.*, exhib., L. *Un.*, *Cod. eod.*, etc. Ita Retes, supra, Perez., n. 4. Compete esta acção tambem ao filho desherdado ou preterido para impugnar o testamento do pae, Retes, supra, § 32. Compete aos herdeiros *ab intestato*, que querem arguir nullo ou falso o testamento, para que não pereçam as provas, Perez, supra, e geralmente a todo o interessado, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 5, § 1, Brunnem., in L. 1, *de Tab.*, exhib. Struv., Exerc. 45, Thes. 41 e 42. Conf. Peg., Tom. 4, ad Ord., pag. 227, n. 2.

§ 86

«Pertinent vero ad Testamenta, Tabulas pupillares, Codicillos, et omnia, quæ vicem Testamenti obtinent, L. 1, in pr., et § *Hoc interdictum de Tab. exhib.* Et appellatione tabularum veniunt quæcumque carta, aut materia, in qua testamentum scriptum est, L. 1, *de Bon. poss. Sec. Tab.* (Struv., Exerc. 45, Thes. 45), in quo Interdictum convenit cum prædicta actione exhibitoria, L. 2, § 2, ff. *Testam. quemadm. aper.* Ita Retes, supra, § 30, Perez., in *Cod.*, L. 8, T. 7, n. 1, aonde acrescenta «neque de eo distinguitur, utrum justæ, an injustæ sint Tabulæ, plures, an una, primæ, an postremæ, omnes enim exhibendas esse». Brunnem., in d. L. 1, *de Tab. exhib.*

§ 87

Nem n'este interdicto, nem na acção *exhibitoria*, se admite a excepção da nullidade do testamento, nem da incapacidade do testador, mas deve exhibir-se tal qual é, e fosse quem fosse o testador, L. 1, § 3 e ult., L. 2, ff., *de Tab. exhib.*, L. 2, § 1, ff. *Quemadmod. Testam. aper.*, Paul., L. 4, Sentent., T. 7, § ult. Se porém o testamento não é assignado pelo testador ou pelas testemunhas, tendo estes vícios extrinsecos, cessa este interdicto, ex L. 6, ff., *Ad Leg. Corn., de Fals.*, e a razão a dão Retes, supra, § 30, e Perez., n. 2, ut ibi:

«Oportet igitur prius esse testamentum, idque testium signatura perfectum, ut interdicto locus sit. Quod etiam non diffitetur Ulpianus, nam quod dicat interdictum ad omnem omnino scripturam etiam imperfectam pertinere, intelligit, imperfectam ob vitium aliquod civile, quia testamentum falsum est, injustum, vel irritum, quod utique abusive testamentum appellamus, etiamsi testatum non sit, quia imperfectum, L. 2, § 1, ff. *Testam. quemadmod. aper.* Nihilominus ad hoc interdictum pertinet, non autem ad illud testamentum, quod imperfectum est ob vitium prætorium, id est, non signati testamenti, quia quod signatum non est, jam dixi aperte non esse testamentum. Quo fit ut non soleat Prætor remedia possessoria concedere, nisi prius constet testamentum fuisse signatum, L. 23 e 29, ff. *Qui testam. facer.*, L. 2, *de B.m. poss.*, Secund. tab., Remedia sunt Interdicta, et bonorum possessiones.»

§ 88

Assentam os DD. que nenhum d'estes remedios compete para a exhibição do testamento de pessoa viva, L. 1, § 10, ff., *de Tab. exhib.*, L. 2, § 4, ff. *de Testam. quemadm. aper.*, e com varias razões Retes, supra, § 31. Só a requerimento do testador se póde abrir em sua vida, Barthol., na d. L. 2, n. 4; e aqui se vê a injustiça do

aresto, apud Phæb., P. 2, Art. 31, em que vivo o testador se obrigou a abrir o seu testamento para se dar em prova de certa divida, aresto contra o qual justamente declamou Phæbo; confirmam-se com elle Brunnem., da dita L. 2, n. 6, Menoch., de *Adpiscend. possess.*, Remed. 4, n. 662.

Nota. Póde fazer duvida, que rasão ha para o uso d'este interdicto, havendo aliás a acção *ad exhibendum*? ou por si, ou commutada com reivindicação, na L. 3, ff. *Testament. quemadmod. aper.*? O citado Perez, n. 3, responde que ha aqui muita differença: 1.º, que n'este interdicto se trata da posse, e na exhibitoria do dominio; 2.º, a acção *ad exhibendum* se dá contra o que confessa ter em seu poder o testamento, o interdicto contra quem o nega; 3.º, aquellas acções só competem ao herdeiro; este interdicto a elle, aos legatarios e fideicommissarios; 4.º, pela acção *ad exhibendum* se pede a exhibição do que é nosso, e queremos reivindicar por este interdicto o que não é nosso, mas de todos os favorecidos no testamento. Conf. Mull., ad *Struv.*, Exerc. 45, Tit. 42, aonde depois de dizer o mesmo acrescenta: «*Interdictum hoc sit utilius remedium actione ad exhibendum, cum specialia potiora sint generalibus*», Brunnem., ad L. un., Cod. de *Tab. exhib.*, n. 2.

§ 89

«Qui vult hoc interdicto obtinere tria debet probare 1. fuisse tabulas sine ullo vitio extrinseco confectas (et esse apud defunctum tempore mortis, aut alicujus personæ, Peg., Tom. 4, ad *Ord.*, pag. 227, n. 4 e 5); deinde ex illis aliquod commodum ad eum pertinere, veluti hæreditatis, aut Legati, etc., et tandem de tempore litis motæ, aut prope possedisse et retinuisse Tabulas, aut dolo malo fecisse, quominus retineret alienando vel tradendo aliis. In praxi tamen observandum est, sufficere has probationes esse summarias, imo de interesse partis sufficit ipsius jurata assertio, si alia probatio non suppetat», Retes, de *Interdict.*, P. 1, § 32, apud Meerman., Tom. 7, pag. 504. Confirma-se geralmente Peg. 3, For., C. 24, a n. 12, junte-se Leyser., ad *Pand.*, Spec. 38, Medit. 4, que em tudo

se satisfaz com provas presumptivas, e apposite Brun-
nem., na L. 2, ff. *de Tab. exhib.*, n. 4, aonde que se póde
provar com testemunhas e presumpções. Conf. Mull., *ad*
Struv., Exerc. 45, Thes. 43.

Nota. O primeiro d'estes requisitos só se deve provar
quando se pede a exhibição do testamento como valido, e
para d'elle se utilizar o requerente; não assim quando se pede
a exhibição para o arguir nullo (ut § 85).

§ 90

O legatario só tem direito para se lhe exhibir a clau-
sula respectiva ao seu legado, Retes, supra, § 32, Parex.,
de Instrum. edit. 5, Resol. 13, n. 9. Conf. Peg., Tom. 4,
ad Ord., pag. 227, n. 9.

§ 91

Como n'este interdicto se deve provar o interesse do
agente (§ 89), segue-se que se algum pede a exhibição
como herdeiro, se lhe póde objectar a excepção da inca-
pacidade, e esta como prejudicial se deve primeiro tratar,
Retes, supra, § 33, Brunneman., na L. ult., *de Tab. ex-*
hib., Anton. Math., *de Crimin.*, L. 48, T. 7, C. 3, no fim.

§ 92

Este interdicto é perpetuo competente *post annum*, Pe-
rez, in Cod., L. 8, T. 7, Retes, supra, § 33, aonde acres-
centa que compete aos herdeiros e mais successores con-
tra os herdeiros e seus successores, adde Mull., *ad Struv.*,
Exercit. 45, Thes. 42.

§ 93

•Quod si autem hic Reus convictus intra tempus præ-
stitum non exhibuerit, condemnatur ad id quod Actoris
interest; quod adversus eum, qui dolo non restituit, æs-

timatur quanti in litem ab actore jurandum est; adversus eum autem, qui non restituit culpa, quanti vere res est. • Perez, supra, n. 6, Conf. Peg. 3, For., C. 24, n. 69. De outro modo Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 5, § 1, diz: «Si Reus fateatur quidem se Tabulas habere, sed eas restituere nolit, jubendus est, et compellendus, vel indicta multa, vel etiam vi armata, et manu militari, L. 2, § ult., ff. *Testam. quemadm. aper.* Si dicat se habere, sed nihil Actori esse relictum, et se vereri, ne secreta patrimonii pandantur, ubi metus alias inanis non est, ut in L. 2, *de alim. pupil. præst.*; tunc Tabulas nihilominus Judici, vel viris honestis ostendere tenetur». Brunnem., na L. 2, ff. *de Tab. exhib.*, Struv. et Mull., Exerc. 45, Thes. 46. Confirma-se Peg., Tom. 4, *ad Ord.*, pag. 227, a n. 11, aonde refere outras penas contra os contumazes em exhibir os testamentos.

Tudo o exposto n'esta secção se observa na praxe do fóro.

CAPITULO V

Uso hodierno do interdicto *Retinendæ possessionis* dos romanos, tanto no que comprehendia em geral, como em particular, nos muitos especiaes interdictos comprehendidos na classe d'este geral.

§ 94

Já vimos nos §§ 28 e 29 em geral, e em especial os muitos e diversos interdictos, que pela jurisprudencia romana se comprehendiam na classe do interdicto *uti possidetis*, ou *Retinendæ possessionis*, e que tinham o identico objecto de conservar as posses dos direitos e cousas corporaes e incorporaes. De todos disse judiciosamente Thomaz., in Not., *de Us. hodiern. ad Pand.*, L. 43, a T. 19, usq. ad 23, ut ibi:

«Poterat unicum Interdictum sufficere ad tuendam possessionem rerum quarumvis corporalium, et incorpora-

lium, immobilium et mobilium; uti etiam Juris studioso de praxi sollicito id noscere sufficit: Sed cum apud Romanos, hæc res pedetentim diversis Interdictis, et per diversos etiam Prætores processerit, et secundum hæc Edicta formulæ denominarentur; hinc olim opus erat illa diversa nomina noscere. Tempore Justiniani amplius opus non erat, formulis diu sublatis, L. 1, Cod., *de Formul.* Sed maluit Justinianus non corrigenda, aut etiam jam correcta per Novellas suas, et alias Constitutiones corrigere, quam ea, quæ emendationem desiderabant. Conf. Schilter., Exerc. 47, § 63, Beyer., ad T., *Uti possid.*, § 7, et ad T. *de Interd.*, in fin.

§ 95

Com-effeito todos esses especiaes interdictos comprehendidos no geral *Retinendæ possessionis*, e que ficam referidos, §§ 28 e 29, não só ficarão superfluos pelas razões que nos descobriram Thomaz. e DD. por elle citados; mas o uso moderno admittiu o geral interdicto da manutenção pela posse das cousas corporaes, e pela quasi posse das incorporaes servidões rusticas e urbanas, etc., como remédio mais util e providente que esses outros especiaes e ordinarios interdictos, Post., *de Manut.*, Observ. 10, a n. 49, Stryk., *de Act. For.*, Sect. 2, Membr. 2, a § 10, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 17 (aonde acrescenta que a estes respeito se póde usar do remédio de manutenção summarissimo), Retes, *de Interdict.*, P. 2, § 22, in fin. (apud Meerman., Tom. 7, pag. 511), ibi:

«Denique usu fori, et censura Pragmaticorum competit (hoc remedium) pro quibuscumque rebus, tam corporalibus, quam incorporalibus, juribus prærogativis, præcedentiis, et honoribus, veluti præsentandi ad beneficia, suffragandi in Conciliis, et aliis, etc.»

Assim finalmente (não citando algum d'estes DD.) Mello Freire, L. 4, T. 6, § 30.

§ 96

Assim especialissimamente, e pelo uso das nações, vemos competente o remedio *Retinendæ possessionis*, por tudo o que é possessível ou quasi possessível. Seria preciso copiar aqui Menoch., *de Retin. possess.*, Remed. 3, Ridolfin., in *Prax. Roman. Cur.*, P. 2, C. 12, Post., *de Manut.*, Obs. 10, 11 e 12, Ret., Disp. 3, *de Judic. Possessor.*, C. 4, a n. 9, Stryk., *infra* para relatar todas as posses e quasi posses, pelas quaes compete este remedio da manutenção; alguns casos substanciou Guerreiro, *Trat.* 3, L. 6, C. 43, a n. 56. Quando compete pela quasi posse das pensões ecclesiasticas, veja-se o meu especial tratado sobre ellas, desde o § 242. Quando sobre as censuarias, veja-se o meu *Tratado dos censos*, a § 161. Quando sobre pensões emphyteuticas, veja-se o meu *Tratado do direito emphyteutico*, desde o § 1266 até 1280. Sobre outras mais posses de diversos objectos e que muitos dos citados DD. não attizgiram, veja-se Peg., *Tom.* 2, *For.*, C. 11, e *Tom.* 7, *Forens.*, C. 215 e 226. Para ainda só substanciar tudo o que a este respeito escreveram estes DD., seria preciso um grosso volume. Eu me satisfaço aqui com estas noções geraes e praticas.

Nota. O remedio *uti possidetis* ou *Retinendæ possessionis* são em effeito o mesmo que o da manutenção. E aindaque Post., *de Manut.*, Obs. 3, a n. 21 e 44, os quiz separar como distinctos, e Paz., *de Tenu.*, C. 1, n. 72, disse que o da manutenção fôra invento dos DD., comtudo na essencia são o mesmo, e só podem differir em que a manutenção se pôde propor summarissima e interimisticamente, para se conservar, pendente a lide, o possuidor justo ou injusto até a sentença sobre a preferencia na posse (remedio summarissimo, de que ao diante tratarei). V. Stryk., *de Action.*, Sect. 2, *Membr.* 2, § 11.

§ 97

Quanto ás cartas tuitivas, conservatorias da posse, tuitivas de que tratam a *Ord.*, L. 1, T. 3, § 6, L. 2, T. 10,

L. 3, T. 85, § 1, e o regimento do desembargo do paço, § 116, Portug., *de Donat.*, L. 2, C. 32, Osor., *de Patronat. Reg.*, Resol. 82 e 83, Valasc., Cons. 79, Peg. 2, Forens., C. 11, pag. 861, ellas em effeito são entre nós o mesmo que um mandato *de Manutenendo* ou o interdicto *Retinendæ*, e semelhantes em grande parte ao possessorio summarissimo, Valasc., supra, n. 1, Portug., a n. 4, Pereira, *de Man. Reg.*, P. 1, C. 21, n. 1. A natureza, a praxe, os effeitos das cartas tuitivas, se pôde ver nos citados DD., e no que notei a Mello, *Inst. Jur. Publ.*, L. 1.

§ 98

Tambem e propriamente se pôde connumerar n'este reino e n'este remedio geral da manutenção, o remedio da Ord., L. 3, T. 78, § 5, ibi: «Se alguém se temer de outro que o queira offender na pessoa, ou lhe queira sem rasão occupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao juiz que segure a elle e as suas cousas do outro que o quizer offender, a qual segurança lhe o juiz dará, e se depois d'ella elle receber offensa d'aquelle de que foi seguro, restitui-lo-ha o juiz, e tornará tudo o que foi commetido e attentado depois da segurança dada», etc.

§ 99

Estes preceitos comminatorios, na fórmã d'esta ordenação, em effeito são no nosso reino um remedio possessorio de manutenção, como se vê na nota transcripta pelo Reportor., debaixo da conclusão: *Posse por beneficio do primeiro e segundo decreto*, etc. Na Saxonia e com a mesma natureza de possessorios, são frequentes e utilissimos, como com Carpzov., diz Stryk., *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, § 12, ibi:

«In Curiis Provincialibus Electoratus Saxoniae remedium Inhibitionis introductum; quotiescumque enim, quacumque etiam ratione id contingat, alterius possessio

ibi turbatur, inhibitió peti, et decerni potest; quod etiam in possessione jurium, et rerum incorporalium obtinet. Et hic processus inhibitiuus in Saxonia utilis est. Ad desiderium enim supplicantis Iudex præmittit monitorium, et Parti adversæ injungit, ne Implorantem ulterius gravet, vel causas sui juris, ac possessiones intra brevem terminum Judici Scriptis ne significet; quod si huic non pareat, aut causam non factæ paritionis haud doceat, in inhibitione confirmatur, eoque ipso in multam inhibitioni insertam incidit; Implorans vero in sua possessione confirmatur, et tamdiu defenditur, donec Adversarius in possessorio ordinario, vel petitorio aliud evicerit, etc. (Conf. in Saxonia, Boehmer., supra, § 11).

§ 100

Na camara imperial da Allemanha é praxe, que o que teme ser turbado na posse implora o nobre officio do magistrado, para ser mantenido n'ella, inhibindo-se o adversario que o não turbe, debaixo de comminação de penas; mas com a clausula *que tendo que oppor o faça em termo breve, e sendo costumaz se manterá o requerente na posse e o preceito se confirmará*, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 3, § 1, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, a § 6, et plenius idem Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 5, C. 2, § 10, idem Stryk., *Introduct. ad process.*, C. 3, § 13. Comtanto porém que estes preceitos se formalisem com clausula (entre nós *de embargos á primeira*), porque aliás são nullos e não ligam; menos em quatro casos que referem o citado Stryk., sub § 3, in *Us. mod.*, L. 43, T. 1, Henr. Coccey, Vol. 2, Disp. 64, *de Abusu mandatorum sine clausula*, § 23, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 5, C. 2, § 10, in fin., casos que Stryk. e Boehmer. estofam, e que Coccey reduz succintamente a estes: 1.º Si quod interdictitur per se de jure, vel consuetudine vetitum fuerit; 2.º, si damnum alias irreparabile emersurum sit; 3.º, siquid contra publicam utilitatem; vel 4.º, periculum in mora foret. Veja-se

porém Stryk. e Boehmer., porque exemplificam estes quatro casos em outros especiaes.

§ 101

Já vimos na nota ao § 44 no fim (et adde Coccey, supra, § 2), que estes mandatos com clausula ou sem ella têm origem e fundamento nos interdictos dos romanos. São praticaveis em muitos casos em que o eram os interdictos summarios dos romanos, e são utilissimos á sociedade, porque se o preceitado não comparece nem oppõe embargos alguns, acquiesce, tacitamente confessa, o preceito se confirma e a manutenção se concede. Se comparece, se resolve o preceito em citação e é ouvido com suas legitimas excepções, ut optime Coccey, supra, §§ 16, 17 e 55, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 8.

Nota: Sendo possessorios e summarios na materia dejeita, e como um mandato de manutenção estes preceitos comminatorios, que podem ter fundamento proprio na Ord., L. 3, T. 78, § 5, sendo analogos aos summarios e possessorios interdictos dos romanos, ou subrogados pelo uso em seu logar; é na verdade entre nós erro: 1.º, a clausula que tendo o citado embargos a oppor o faça a primeira, etc.; porque antes se deve preceitar, que tendo que oppor venha contestar o preceito que fica resolvido em simples citação (no que convem os nossos praxistas, Leit., *Fin. Regund.*, C. 3, n. 25, Peg., *de Competent.*, C. 81, n. 2, e Tom. 6, ad Ord., L. 1, T. 68, § 24, n. 48, Themud., Dec. 86, n. 33 e 34, Ferreira, *de Nov. oper.*, L. 5, Disc. 4, n. 23, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 8, e o preceito ou requerimento fica tendo a natureza de libello, Boehmer., supra, § 10, e Sect. 1, C. 2, § 25. E assim contestando-se o requerimento se conserva e não altera a natureza de interdicto possessorio summario; é erro, 2.º, seguida a errada praxe de embargos, admittir-se materia de propriedade contra a indole e natureza d'este remedio possessorio de manutenção; é erro, 3.º, admittir replica e treplica em uma causa meramente possessoria contra o disposto na Ord., L. 3, § 2. Deve porém o requerente fundarse só na posse e pedir n'ella manutenção, porque se allega

domínio e propriedade se prejudica, e consente que o adversario lh'a dispute, como se verá ao diante.

Fiquem muito embora para se praticarem e processarem ordinariamente em outros casos os preceitos comminatorios com a clausula de *embargos á primeira*, de que tratam o *Manual pratico*, C. 39, e Mor., de *Execut.*, L. 1, C. 4, § 3, a n. 31; no nosso caso e da Ord., L. 3, T. 78, § 5, deve impreterivelmente praticar-se o que tenho demonstrado. Só sim d'estes DD. tiro esta conclusão, que se no nosso caso o preceitado transgredir depois o preceito, se deve demandar por acção ordinaria a pena comminada, Moraes, supra, n. 34, Ferreira, de *Nov. oper.*, L. 5, Discurs. 4, n. 35.

COROLLARIO E TRANSIÇÃO

§ 102

Qualquer que é turbado na posse ou d'ella espoliado, e quer conserva-la, póde para a sua conservação usar dos remedios de facto, que ficam advertidos desde o § 8, insistir na mesma, não se dar por espoliado e recorrer a este remedio judicial da manutenção, dizendo-se só turbado na posse e não espoliado, como assim está no seu arbitrio, Posth., de *Manut.*, Observ. 57, a n. 40; sendo-lhe muito mais interessante este remedio que o do espolio; Post., n. 43. Se porém se der por espoliado ou declarar espoliado, não póde já recorrer ao remedio da manutenção, Post., a n. 44, Barbos., Vol. 54, Peg., de *Interd.*, n. 272, Guerreiro, Tr. 3, L. 6, C. 43, a n. 58. Quando se subentenda que se deu por espoliado para não ter regresso á manutenção, depende das circumstancias que aponta o mesmo Post., a n. 48, aonde se podem ver. Este remedio da manutenção é muito mais interessante (não se dando por espoliado) que o remedio do espolio; porque n'este são necessarias provas mais rigorosas, como adiante se verá a § . O espolio não póde intentar-se summarissimamente, como a manutenção, etc.

Se pois qualquer se deu por espoliado, e só póde ter regresso ao interdicto *Unde vi* ou de *Recuperanda posses-*

sione, eu já vou expor o uso que teve nos romanos, e que sempre teve no nosso reino este remedio.

CAPITULO VI

Uso hodierno do interdicto Unde vi ou de Recuperanda
possessione, vulgo acção de espolio

§ 103

Já vimos (§§ 31 e 32) o geral interdicto *Recuperandæ possessionis*, e os muitos diversos especiaes a diversos respeitos, que n'este geral se podiam comprehender. Já vimos, §§ 33 e 34, os remedios de recuperar a posse, que depois inventou o direito canonico. Uma lei do Senhor Rei D. Diniz, da era de 1332 (anno 1294) no Cod. Affons., L. 4, T. 65; outra lei do Senhor D. Affonso IV, da era de 1444 (anno 1406) no mesmo Cod., L. 3, T. 52, bem mostram ser recebido n'este reino o direito romano n'este artigo, tanto pelo que respeita ás penas que o mesmo direito impunha aos espoliadores, quanto pelo que respeita á regra *Spoliatus per vim à possessione rei immobilis, etsi prædo, ante omnia restituendus est adversus quemcumque spoliantem*. E d'aqui a regra *Que o espoliador não seja attendido com questão do dominio*, quanto pelo que respeita ao summario do procedimento contra o espoliador. Esta legislação se repetiu no Cod. Manuelino, L. 4, T. 50, e L. 3, T. 56, e no Filippino, L. 4, T. 55, L. 3, T. 48, e *fugitivamente* no L. 2, T. 1, § 1, L. 3, T. 18, § 11, T. 30, § 2, T. 40, § 2, T. 78, § 5, L. 4, T. 54, § 3.

Nota: «Olim duplex fuit Interdictum de vi, alterum de vi publica sive armata; alterum de vi privata; id est sine armis: hoc postremum reddebatur dejecto cum hac exceptione, nisi ipse a deiciente possedisset vi, clam aut precario; illud vere semper dabatur indistincte et sine ulla exceptione; sed hæc distinctio hodie sublata est, et absolute cuicumque dejecto competit, ut docent alias abolitas differentias prosequentes

Menoch., *de Recuper. in Prælod.*, n. 5, etc. Ita Retes, *de Interdict.*, P. 3, § 1, apud Meerman., Tom. 7, pag. 514.

§ 104

É bem disputavel, se nos direitos incorporaes se póde dar propriamente força, que fundamentalmente este interdicto? Eis-aqui o discurso do citado Retes, § 9, ibi:

«Disputant etiam, an detur pro juribus incorporalibus? Sed hæc quæstio est de subjecto non supponente, si ex terminis juris discutienda sit: quia res incorporales non possidentur, L. 14, *de Servitut.*, L. 3, *de Acquir. possess.* Ergo nemo potest dejici a possessione, quam non habet, quod probat in specie, L. 1, § *Si quis de nave de vi et vi armat.*, L. 4, § 27, cum seq. *de Usucap.*, ubi si dominus prædii servientis per vim impediatur dominum prædii dominantis uti servitute, nihilominus non utendo per tempus constitutum amittitur servitus, nec censetur violenter dejectus; quia a servitute quæ in jure consistit, nemo potest dejici, vel detrudi... Idem ergo dicendum est de jure præsentandi, exigendi pensionem et aliis juribus, in quibus quæcumque intrusio, vel denegatio non pertinet ad vim expulsivam, sed ad perturbativam; neque est propria dejectio, sed perturbatio illius quasi possessionis, L. 11, *de vi et vi armat.*, pro qua vi non redditur nostrum interdictum, sed uti possidetis; ex quo hanc sententiam merito prætulit Hilliger., d. C. 31, Let. H. Sed in contrarium nituntur Mascard., *de Probat.*, Concl. 1328, Petr. Barbos., in L. *Si de vi*, ff. *de Judic.*, n. 133, contententes dari quandam impropriam possessionem et dejectionem, cujus ratione possit hoc Interdictum accommodari, argum. L. 27, *de Donatione*. Hæc sententia sustineri debet in praxi, quia frequentissime recepta est, licet contra rationem juris, etc.»

O mais que respeita sobre esta acção, a quem compete, contra quem, para quaes fins, seus requisitos, suas provas, se verã nos competentes logares; porque por ora só trato de

mostrar o uso hodierno dos interdictos romanos na nossa e mais nações.

CAPITULO VII

Uso hodierno dos interdictos relativos ás causas publicas

Analyse da Ord., L. 1, T. 66, § 11

§ 105

Já vimos desde o § 35 até o § 42 os peculiares interdictos dos romanos respectivos ás causas publicas. N'este reino temos a Ord., L. 1, T. 66, § 11, recommendando que «saberão os vereadores se algumas possessões, servidões, caminhos ou rocios do concelho andam alheados, demandando os que os trazem perante os juizes até realmente serem tomados e restituídos ao concelho. Porém se acharem que algumas pessoas alargam os vallados das suas herdades, e com elles tomam dos caminhos e servidões do concelho alguma parte, elles logo por si com algum summario conhecimento de testemunhas perante as partes, ou seus caseiros, ou mordomos, sem mais outra citação de mulheres, tornarão os caminhos ou servidões ao ponto que d'antes estavam, sem receber appellação nem aggravo; ficando porém resguardado aos senhorios, se entenderem que são aggravados, poderem demandar o concelho sobre a propriedade ordinariamente».

§ 106

Na primeira parte trata este § das possessões, servidões, caminhos e rocios publicos, que andam alheados, isto é, por titulos nulos, porque esta palavra suppõe uma alienação bilateral; e por isso como a nullidade do titulo depende de uma disputa ordinaria, manda que os vereadores demandem os possuidores. No mesmo sentido falla o regimento da camara de Lisboa, transcripto em Peg., Tom. 5, ad Ord., pag. 369, § 18, bem que hoje a L. de

25 de julho de 1766, § 3, tira esse cuidado aos vereadores, incumbindo aos provedores das comarcas, que achando alienadas sem regia auctoridade essas possessões, servidões, etc., faça restituir tudo ao concelho de plano, sem estrepito nem figura de juizo (o que não cumprem).

§ 107

Na segunda parte figura a lei um *possessorio summarissimo*, pelo qual os vereadores façam restituir ao concelho as possessões, servidões, caminhos ou roeios publicos que acharem usurpados. Amplia-se esta ordenação e seu procedimento a toda a operação que qualquer faça no rio publico ou ribanceira, de que resulte prejuizo á navegação ou ao uso publico, como assim se vê praticado nos dois casos, apud Peg., Tom. 6, ad Ord., L. 1, T. 68, § 18, a n. 3.^o e Tom. 14, ad Ord., L. 1, T. 66, a n. 26. Amplia-se 2.^o, as usurpações dos montes e baldios, Ferreira, *de Nov. oper.*, L. 2, Disc. 1, n. 54, L. 6, Disc. 9, n. 65, Disc. 10, n. 2.

§ 108

Muitos dos nossos reinicolas limitaram a um anno (como nos mais interdictos) este remedio possessorio summarissimo, esta jurisdicção dos vereadores, denegando-lh'a, passado o anno depois da usurpação. Assim Moraes, *de Execut.*, L. 1, C. 4, § 3, sub n. 12, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 1, n. 54, et L. 6, Disc. 9, n. 65, et Disc. 10, n. 2. E o mais é que assim se vê julgado em Guerreiro, For., Q. 56 et 78, *Repertor.*, sub verbo *Vereadores achando algumas pessoas*, etc.

§ 109

Porém eu julgo que os vereadores ainda passado o anno podem proceder na conformidade d'esta Ord.: 1.^o, porque este anno é útil, que só corre do dia da sciencia, Cordeir.,

Dub. 52, n. 2 e 3, Ord., L. 3, T. 11, §§ 5 e 6. Ora a ignorancia se presume nos officiaes dos concelhos, quaes os vereadores, que variam todos os annos, Arouc., in L. 37, ff. *de Leg.*, n. 34; 2.º, nos vereadores está depositado o regimen económico e politico; elles representam toda a cidade, Lim., *de Gabell.*, pag. 316, n. 2 e 3, e pag. 320, n. 2. Toda a pessoa moral ou physica a que compete o beneficio da restituição póde, passado o anno, usar dos remedios possessorios summarios, Cordeir., Dub. 53, a n. 7. Ora d'este beneficio gosa o concelho representado nos vereadores, L. 4, Cod. *Quib. ex caus.*, L. 3, Cod. *de Jur. Reip.*, Peg., Tom. 15, á Ord., L. 3, T. 11, n. 17; em contemplação dos menores que sempre ha em uma republica, Manz., *de Restit.*, T. 3, a n. 158; 3.º, os logares publicos são do uso commum, não podem estar em dominio particular, Almeid., All. 5, n. 5, nem dar-se n'elles uma formal e privativa posse, Oter., *de Pasc.*, C. 17, n. 11, Ord., L. 1, T. 68, § 32; e quando o direito lhe resiste não póde n'ella dar-se manutenção, Posth., *de Manut.*, Obs. 44, n. 14, menos que essa posse não seja titulada ou immemorial, signanter Cyriac., Contr. 178, Tondut., *civ.*, C. 143, e conduz o assento de 16 de fevereiro de 1786; 4.º, assim o defende (ainda que não com estes fundamentos) Peg., T. 5, á Ord., L. 3, T. 67, § 11, n. 8 e 9; e assim se vê julgado no juizo da corôa no aresto transcripto pelo mesmo Peg., Tom. 3, á Ord., pag. 158, n. 355.

§ 110

Contra esta opinião (§ 109) não póde vir em consideração a palavra *logo*, de que usa a dita Ord., § 11; nem entender-se que limita o seu procedimento ao anno. Pois presupposta a obrigação dos vereadores, e tendo-se em vista que este procedimento por elles é ex officio, Pereira, *de Man. Reg.*, C. 24, sub n. 26, é facil de entender que a palavra *logo* se refere não a prefinir o tempo do anno, mas a estimular a obrigação dos vereadores para que,

logoque tiverem noticia d'essas operações prejudiciaes ao publico, procedam sem demora para que a sua connivencia não augmente o publico prejuizo.

§ 111

Esta mesma ordenação parece denega toda a appellação e agravo. Entra aqui a duvida, se se subentendem tambem prohibidos embargos? Parece que sim pela regra de qua Guerreiro, Tr. 2, L. 8, C. 1, n. 44; e por argumento da lei transcripta por Peg., Tom. 5, á Ord., pag. 219. Porém eu vejo praticados embargos n'este caso em Guerreiro, For., Q. 56, em Peg., Tom. 14, á Ord., L. 1, T. 66, n. 24, e quotidianamente. E com razão, porque nunca se póde subentender que uma lei não admitta defeza de direito natural; seria absurda a lei que a negasse. Por mais summario que seja o processo nunca n'elle se póde negar aquella defeza que admittem os DD., com os quaes Mello, L. 4, T. 7, §§ 4 e 5, Boehmer., *Jus Publ.*, P. 2, L. 2, C. 7, a § 30, Struv., Exerc. 9, Thes. 66; e o meio de embargos é aqui o mais adequado meio de defeza.

§ 112

Quanto á appellação, a lei a nega, e Pegas no seu commentario, n. 14 e 15, nem ainda no *Devolutivo* a admitte. Porém se a parte embarga, é appellavel a sentença final sobre os embargos, Peg., Tom. 14, ad Ord., L. 1, T. 66, n. 24, et patet ex Guerreiro, For., Q. 56. E quanto ao agravo, se os vereadores procedem, não observando a fórma da dita Ord. § 11, commettem espolio; e pela praxe do reino é competente agravo de todo o juiz que procede *juris ordine non servato*; Peg. 2, For., C. 11, n. 210, Silv., ad Ord., L. 3, T. 68, § 3, a n. 7, *in simili* França, ad Mend., Arest. 39.

SECÇÃO I

Uso d'estes interdictos relativos ás causas publicas, quando intentadas pelas pessoas do povo, ou por motivos do interesse publico ou particular

§ 113

Pelo que respeita á causa publica, todo o cidadão é seu promotor e defensor, L. 2, in pr., et § 1, ff. *Nequid in Loc. publ.*, L. 3 e 4, ff. *de Nov. Oper.*, L. 3, ff. *Popular. action.* A rasão a dá o insigne Retes, *de Interdict.*, P. 5, § 16, apud Meerman., Tom. 7, pag. 531: «Quemadmodum omnes sumus pares ad obtinendum usum publicarum rerum; sic omnes habemus jus ad prohibendum. Unde quilibet de populo censetur procurator Reipublicæ... quilibet de populo habet jus in solidum». Altim.; *de Nul. lit.*, Tom. 1, Rubr. 4, Q. 4, n. 45 e 46. Porém «Popularis actio integræ personæ committitur; hoc est ei cui per edictum postulare Licet, L. 4, L. 6, ff. *de Popul. act.*» Arouc., na L. 9, ff. *de Stat. Homin.*, n. 136. Em consequencia, nem a mulher, nem o pupillo, nem o excommungado são admittidos em taes acções, Arouc., supra, n. 139. Se muitos concorrem, elege o juiz o mais idoneo, Arouc., supra.

Quando e como se realisam os prejuizos publicos feitos por operações em logares, em caminhos, em rios publicos, veja-se o citado Retes, P. 5, tot., e antes de tudo a L. 1, ff. *Nequid in Loc. public.*, o Tit. *de Loc. et Itiner. publ.*, o Tit. *de Via publ.*, o Tit. *de T. Lumin.*, o Tit. *Nequid in flumin. publ. fiat.*, e será melhor lição que a dos DD.

§ 114

Pelo que respeita aos interesses particulares: Sendo preciso reedificar umas casas podem collocar-se os materiaes na rua publica, e ainda diante das casas do vizinho

à proporção que for correndo a obra, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 22, Art. 2, n. 90, tetigit Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 1, sub n. 30; menos quanto aos logares publicos da beiramar em Lisboa, que se não podem occupar por mais de um dia; e quem d'elles precisar passado aquelle tempo pôde por auctoridade propria expellir a quem os achar occupando, decreto de 6 de julho de 1775, no *Ind. Chronol.*

§ 114

Se nos logares publicos se não pôde dar posse formal, pôde comtudo em alguns casos dar-se o direito da preocupação, e o que preocupa temporalmente o logar publico não pôde ser impedido por outro, e tem direito de lhe prohibir o mesmo uso emquanto dura a preocupação, Barbos., in *L. omnes*, 4, Cod. *de Præscript.*, n. 62. Por exemplo? 1.º, um cabouqueiro, pedreiro, que no logar publico abriu uma pedreira, emquanto a não desampara tem direito de impedir que outro tire pedra da mesma pedreira, como largamente demonstrou Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 4, a n. 26, ad n. 46. Porém entende-se emquanto o pedreiro ou cabouqueiro está no uso e exercicio successivo de tirar a pedra. Veja-se ao proposito Larrea, Decis. 44.

§ 115

Por exemplo, 2.º, faz qualquer uma pesqueira no rio publico mediante estacada, ou o que vulgarmente se chama *caneiro*, como é licito pescar nos rios publicos aonde o principe o não prohibe; emquanto existe a pesqueira pelo direito da preocupação se adquire direito de prohibir a outros que pesquem no mesmo logar; e só demolida essa fabrica e desamparada pôde outro preocupar o logar, Larrea, supra, a n. 30, cum seqq.

§ 116

Por exemplo, 3.º, sendo licito a qualquer, por via de regra, extrahir agua dos rios publicos para moinhos, para terras, para officinas por açudes e outras machinas, Ord., L. 2, T. 26, § 8, L. 1, et seqq., ff. *de Flumin.*, Arouc., in L. 2, § 1, ff. *de Rer. Divis.*, n. 64, Retes, *de Interdict.*, P. 5, § 11, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 4, a n. 10; tem tambem aqui logar o direito da preoccupação que se adquire logoque qualquer dá principio á obra; ou ainda mesmo quando principia o preparatorio d'ella, Cyriac., Contr. 310, n. 139, Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 4, Q. 6, ex n. 20, Gob., *de Aquis*, Q. 9, a n. 1. Este direito dura e se conserva aindaque o açude ou machina no rio publico se arruinem emquanto d'elle existem vestigios, e o rio não recuperou a sua antiga e natural corrente, e o dono o deixa *pro derelicto*; vejam-se Gob., supra, a n. 12, Pech., *de Aquæd.*, L. 4, Q. 63, tot., Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2, C. 81, n. 16, et *de Loc. Leg.*, L. 2, C. 28, Cyriac., Contr. 310, n. 121, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 10, n. 43.

§ 117

Esta faculdade porém de extrahir aguas do rio publico se limita em muitos casos frequentes na praxe, quaes são estes:

1.º Quando o açude, presa, estacada ou outra manufactura no rio publico, causa restagnação das aguas para as partes superiores, e o resultado é, ou obstar a restagnação á agitação das rodas de moinhos superiores, ou as aguas represadas resfriam as terras adjacentes, e ou as esterilizam, ou lhe diminuem a costumada producção. Assim se vê julgado em Peg., Tom. 6, For., C. 227, sub n. 21, pag. 127, e no C. 41, sub n. 223, pag. 681. Esta é a torrente dos DD., com os quaes Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 4, n. 14, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 7, n. 59, L. 3, Disc. 3, n. 26, e L. 4, Disc. 10, n. 36,

Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 4, Q. 8, a n. 24, aonde n'este caso concede ao prejudicado este interdicto.

Nota: Ainda mesmo que no rio publico se faça qualquer obra com auctoridade do principe se subentende salvo o prejuizo de terceiro. L. 2, §§ 10 e 16, ff. *Nequid in Loc. public.*, Retes, *de Interdict.*, P. 5, § 27, Arouc., in L. 2, § 1, *de Rer. division.*, n. 32, Cabed., P. 2, Dec. 18, n. 9, Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 2, Q. 1, n. 8. Porém se a utilidade d'aquelle que mediante essas fabricas tira a agua do rio publico for muitas vezes superior a esses prejuizos, poderá usar-se do remedio que aconselhei na minha dissertação analytica do alvará de 27 de novembro de 1804 (impressa com outras em 1808 na typographia Lacerdina) no § 80.

§ 118

2.º Q açude, presa, estacada ou outra manufactura só pôde ser feito até o meio do alveo do rio, e não pôde fixar-se na ribanceira do predio vizinho que tem do outro lado, Pech., *de Aquæduct.*, L. 1, C. 4, Q. 8, a n. 6.

Bem que este outro vizinho poderá indemnizar-se do prejuizo, se não é que queira fabricar da sua parte um açude até o meio do alveo. E então não poderão mutuamente arguir-se injustos, Retes, supra, § 5, § 28, conduz Portug., supra, n. 15.

§ 119

3.º Se a agua do rio publico abunda para todos, se pôde extrahir na parte superior, ou para moinhos, ou para regar terras, aindaque aquelle que quer fazer moinhos, ou regar terras na parte superior, nunca usasse de tal faculdade. Se porém a agua não abunda para os antigos e novos moinhos ou terras, então os inferiores que haviam preocupado as aguas não podem prejudicar-se n'ellas; e muito menos se na parte superior se tentar derivar para outra parte o curso do rio publico, ou no seu todo, ou em alguma parte d'elle, Cabed., P. 1, Decis. 119, Portug.,

de Donat., L. 3, C. 4, a n. 14 e 19, *Retes, de Interdict.*, P. 5, § 11, apud Meerman., T. 7, pag. 530.

§ 120

Por exemplo, 4.º, sendo certo que a agua toma a natureza do alveo por onde passa, Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 2, a n. 3, Portug., L. 3, C. 4, n. 36, Bagn., C. 14, n. 451, Gob., *de Aq.*, Q. 23, n. 5. Se as aguas pluviaes correm por uma rua ou estrada publica, e o senhor de um predio lá muito adiante as tem preocupado para fertilisar o seu predio, não pôde o senhorio de algum predio superior deriva-las na rua ou estrada mesma para o seu predio adjacente, em prejuizo do inferior que as havia preocupado; e isto independente de outra posse de se irem pelo inferior conduzir por manufacturas pela rua ou estrada até o sitio em que o superior as deriva na mesma rua ou estrada (não assim quando as aguas pluviaes correm por predios particulares de uns para outros, caso diverso, em que, faltando aquella posse, pôde o superior diverti-las em prejuizo do inferior), como ex professo, Pech., *de Aquæd.*, L. 2, C. 9, Q. 28. E isto, entre outras razões, pelo geral da L. 2, § *Merito*, ff. *Nequid, in Loc. publ.*; bem que o contrario refere julgado Dunod, *de Præscript.*, P. 1, C. 22, pag. (mihi) 88. Mas não havendo diversa rasão entre esta agua pluvial, que corre por caminho publico, e a do rio publico, assim como estando a do rio preocupada pelo inferior, não se lhe pôde derivar na parte superior (§ 119) *ita similiter*.

CAPITULO VIII

**Uso hodierno quanto aos remedios possessorios competentes
pelas cousas santas e religiosas (de quibus, § 43)**

§ 121

As leis romanas que reputavam entre as cousas santas os muros das cidades, que prohibiam n'elles toda e qualquer operação e que permittiam os interdictos prohibitorios e restitutorios, de que tratei no § 43, et signanter, Struv., Exerc. 45, Thes. 47, Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 4, § 64; estas leis abrogadas pelo contrario uso de algumas nações, Molin., *de Just.*, Disp. 707, n. 1, Brunne-
man., na L. 2, ff., *Nequid in Loc. Sacr.* A nossa Ord., L. 1, T. 68, § 41, uma vez que permittiu edificar junto aos muros, foi visto abrogar o tal interdicto. Só sim declara que fica sempre obrigado, se vier a guerra ou cerco, de a derribar, e dar por ella corredoura e serventia. E se o muro sobre que assim tiver a casa, ou a que se acostar, cair, aquelle que assim tiver a casa, será obrigado a fazer o muro á sua custa.

§ 122

No paganismo dos romanos eram as sepulturas logares sagrados como dedicados aos deuses Manes, e por isso estabeleceram estes interdictos, que se vêem no Digesto, L. 43, T. 6, e em outros logares, que refere Retes, *de Interd.*, P. 5, a § 33. A grande religião que sempre ás gentes consagraram ás sepulturas, se póde ver em Beyerlinck., *in Theatr. Vit. human.*, verbo *Sepultura*. As penas dos que violavam os sepulchros se podem ver na L. 3, § 7, e na L. fin., ff., *de Sepulchr. Viol.*, na L. 5, Cod., *de Sepulchr.* Veja-se largamente Amostaz., *de Caus. piis*, L. 6, C. 7, e melhor Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 42, C. 1, a § 11.

§ 123

Quanto ao uso hodierno: Póde haver quasi posse de sepulturas gentilicias e familiares nas igrejas. Esta quasi posse do seu uso é cousa profana, entra em commercio, e mesmo se póde penhorar por dividas, como com Mendes, Phcebo, Barbosa e Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 19. E aquelle que tem por si e seus passados a quasi posse d'estas sepulturas, póde usar dos remedios possessorios contra os que os turbam n'essa posse, ou espoliam d'ella, Boechmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 66, Post., *de Manut.*, Observ. 10, n. 89. Esta posse ou quasi posse, se prova pelas inscripções ou armas gentilicias estampadas nas sepulturas, Amostaz., *de Caus. piis*, L. 6, C. 8, n. 8, e pelos mais modos de provas que refere Post., *de Manut.*, Obs. 34, a n. 3. Tudo o exposto admiravelmente comprovou o moderno desembargador Luiz da Silva Pereira Oliveira, no *Tratado dos privilegios da nobreza e fidalguia de Portugal*, pag. 238 e 239, aonde depois de dizer que as armas gentilicias se podem pôr nas sepulturas, continua dizendo que d'aqui resultam as prerogativas seguintes:

«1.^a Pelo facto da erecção da sepultura fica o edificante constituido na quasi posse da mesma, e com direito inalienavel e privativo a ser sepultado n'ella, e aquelle que o impedir ou a seus successores, sujeita-se ao interdicto *de mortuo inferendo in Locum suum* (L. 1, § 1, ff., *de Mort. infer.*, Pichard., ao T. Inst., *de Interdict.*, Art. 5, n. 129 e 133); e tambem á acção *in factum*, por bem da qual vem a restituição com todas as perdas, damnos, injuria e custas (L. 9, ff., *de Relig. et Sumpt. fun.*, Pichard., n. 134).

«2.^a Se alguem indevidamente sepultar ali outra pessoa, ou a isso der ajuda, favor ou conselho, fica responsavel a desenterrar o cadaver, para o que se deverá implorar o officio do juiz (Nobiliarch., C. 26, vers. *Pelas armas*, Pereira, Dec. 24, n. 8).

«3.^a Succedendo arruinar-se a sepultura, podem os successores da mesma reedifica-la livremente, para o que lhes compete o interdicto de *Sepulchro ædificando vel reficiendo* (L. 1, § *Præter*, ff., de *Mort. infer.*, Pichar., n. 135).

«4.^a Se alguém picar, abolir e supprimir as armas inscriptas na sepultura, deve promptamente restitui-las pelo meio do interdicto *Unde vi* (Lagun., de *Fruct.*, P. 1, C. 31, § 1, n. 54 e 52). (*)

(*) E também commette injuria grave. Gratian. For., C. 210, an. 32, Valenzuell., Cons. 18, n. 45, Amostaz., de *Caus. piis*, L. 6, C. 7, n. 9.

«5.^a Dado que o uso das sepulturas ecclesiasticas concedido a pessoas particulares possa por ellas ser permutado, hypothecado, vendido, arrematado, ou por outro qualquer modo alienado sem receio de labe simoniaca, como por muitas vezes tem julgado o supremo tribunal da casa da supplicação (Mor., de *Exec.*, L. 6, C. 8, n. 19, Add. ad Cardos. V. *Sepultura*, Phœb, P. 1, Dec. 8, n. 9, 10 e 15) (*); todavia quando estas sepulturas tiverem sido concedidas a favor de certa familia, não poderão então passar a pessoas estranhas (L. 5 e 6, ff., de *Relig. et Sump. funer.*, Phœb., n. 6, Gotofred., de *Jur. Sepulcr. Famil.*) (**). E para se dizerem sepulturas familiares ou concedidas a favor de certa familia, bastará que na licença para a construção sejam chamados os successores descendentes do impetrante (*Ex his quæ*, Peg. 1, For., C. 4, n. 176, 179 e 184).

(*) Estas doutrinas não passam sem a grande contradicção, que se pôde ver em Amostaz., de *Caus. piis*, L. 6, C. 7, a n. 15.

(**) Veja-se e confira-se Amostaz., supra, C. 7, a n. 42.

Nota. É uma grande questão, se o juiz secular sem licença do ordinario ou do parocho, pôde fazer exhumar o cadaver da pessoa assassinada para fazer n'elle exame e corpo de delicto? Uma e outra opinião, e mesmo com os nossos reinicolas e os fundamentos de ambas, se podem ver em Calder.,

Decis. Crimin., Cathalon. 9, a n. 37. Elle segue a opinião, que por decencia se deve pedir a licença do ordinario ou parocho, que não a podem nem devem denegar. Quando porém a deneguem, pôde o juiz secular exhumar o cadaver e fazer o exame, mas fóra da igreja. Muito mais se o parocho teve sciencia do homicidio, e deu á sepultura o cadaver, sem avisar o juiz criminal, Carol., *de Mean.*, Obs. 604, Tot.

CAPITULO IX

Uso hodierno dos mais interdictos dos romanos e respectivos a cousas particulares, recopilados no § 44

SECÇÃO I

Quanto ao interdicto de Novi operis nuntiatione

§ 124

Este interdicto do direito romano se vê adoptado geralmente pela nossa Ord., L. 1, T. 68, §§ 22 e 23, e L. 3, T. 78, § 4. Sobre elle tem escripto largamente Peg., ao d. T. 68, §§ 22 e 23, Silv., á Ord., L. 3, T. 78, § 4, e Ferreira, *de Nov. Oper. Nuntianti.*, Tom. 2, e o mesmo Peg., Tom. 4, For., C. 53, obras frequentes nas livrarias dos praticos. Só sim me não dispenso aqui de algumas necessarias noções geraes.

§ 125

1.^a Que as causas da nunciação de nova obra se processam summariamente. Quando a nunciação se não faz por jactum Lapili, como no caso da Ord., L. 3, T. 78, § 4, se requer judicialmente por petição, em que narrado o facto e o prejuizo, se pede que o escrivão vá nunciar a obra, fazendo citar ao dono da obra, e absente elle, os officiaes para que não a prosigam; o escrivão faz um auto do estado actual da obra, medindo-a, etc. Depois o nunciante propõe seus artigos ou libello de nunciação que o

nunciado contestou, e não ha replica nem treplica, Peg., Tom. 4, For., C. 53, n. 4, e Tom. 6, *ad Ord.*, L. 1, T. 68, § 22, n. 18, Vanguerv., P. 4, C. 16, n. 13, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 9, n. 7.

Nota. Apesar de ser summario este interdicto e de depender, por via de regra, de acção ordinaria a disputa do dominio, ex Cord., *de Interdict.*, Dub. 50, n. 27 e 33, Dub. 48, n. 63, Dub. 49, n. 20; comtudo a nossa Ord., L. 1, T. 68, § 23, quer que n'este summario mesmo se conheça do direito da propriedade e justiça ou injustiça da nunciação, como bem ponderou um senador na deliberação transcripta por Peg., Tom. 6, *ad Ord.*, L. 1, T. 68, § 22, n. 18 e 19. Nem eu jamais vi que nas sentenças que decidem a nunciação, se reserve direito para outra acção sobre a propriedade, como nos mais remedios possessorios. E seria absurdo, desprezada a nunciação, mandar-se findar a obra com essa reserva de direito ao nunciante, e, vencendo depois este na causa ordinaria, demolir-se o todo ou grande parte de algum edificio.

§ 126

2.^a Que é questão muito controversa: «Se a nunciação de nova obra compete só pelos edificios e servidões urbanos, ou se tambem pelos rusticos?» Que só compete pelos edificios urbanos e suas respectivas servidões, e não pelos rusticos, é a torrente dos nossos praxistas, Barbos., *ad Ord.*, L. 1, T. 68, § 23, n. 1, Peg., Tom. 6, *ad Ord.*, L. 1, T. 68, § 23, n. 7, Mend. P. 2, L. 1, C. 2, n. 137, França, nas addições n. 2593, Agostinho Barbos., no C. fin., n. 5, *de Nov. Oper. Nuntiat.*, os addicionadores de Cardos., *in Prax.*, verbo *Nuntiatio*, sub n. 14, Fragoz., *de Regim. Reipubl.*, P. 1, L. 7, Disp. 21, n. 17, e o senador apud Peg., Tom. 2, For., C. 15, pag. 1016, no fim, e pag. 1017, no principio.

Nota. Quaes para este e outros fins se reputem urbanos ou rusticos os predios. Vejam-se Rocc., *Select.*, C. 166, Capol. Urban., C. 11, Pech., *de Aquæd.*, L. 4, *de Molendin.*, Q. 8, Vin. *Select.*, L. 1, C. 30, Cod. Freder., P. 2, L. 4, T. 10,

§ 2, e Art. 1, § 20, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 11, a n. 2, Ferreir. Cardos., *Memoria sobre a avaliação dos bens de prazo*, pag. . As servidões se dizem urbanas ou rusticas, relativamente aos predios a que são devidas, Stryk., Vol. 14, Disp. fin.: *De Jure Servitutem prædialium hodierno*, T. 2, § 1, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 11, n. 1; mas para não errar, se deve ler Ekard., *Hermeneut.*, § 200.

§ 127

Ninguém que se tenha seriamente applicado á jurisprudencia n'este artigo, ha que não veja o quanto tem atormentado os jurisconsultos a conciliação da L. 5, § 9, da L. 8, da L. 15, *de Nov. Oper. nunt.*, da L. 6, *in fin.*, da L. 9, ff., *si servit. Vind.*, da L. 15, *de Servit. urban.*, da L. 47, ff., *Fam. ercisc.*, da L. un., § 3, ff., *de Superficieb.* (Leis que permittem a nunciação para repellir o damno, ou a privação de todas e quaesquer servidões), e a L. 14, ff., *de Nov. Oper. Nuntiat.*, que parece permittir sómente a acção confessoria (denegada presuppositivamente a nunciação), pela defeza ou reivindicação das servidões deterioradas, impedidas, privadas. As palavras da nossa Ord., L. 3, T. 78, § 4: «Quando algum edifica novamente alguma obra, que a outro é prejudicial, tolhendo-lhe a vista das suas casas, ou outra servidão que lhe seja devida», tem não menos perturbado aos nossos jurisconsultos.

§ 128

Que distincções chimericas e arbitrarias, que interpretações divinatorias e cerebrinas não têm escandecido os interpretes? Basta ver o que recopilou n'esta questão o nosso Ferreira, *de Nov. Oper. nunt.*, L. 4, Disc. 11, aonde se acham todas as opiniões e distincções conciliativas das ditas leis. Variedade que obrigou a Muller, *ad Struv.*, Exerc. 39, Thes. 4, a romper n'estas palavras: «Sed de his omnibus conciliatoribus judicari posse quod Eunomia Plautina de foeminis in Aulular., Act. 2, Scen. 1, opti-

mam scilicet nullam posse eligi, cum alia alia peior sit, observat Wisembak hic, Thes. 2.

§ 129

Depois d'esta pura verdade conclue Muller, ut ibi: «Unde concludimus generaliter ei, cui debitam servitutem (quocumque demum veniat nomine) alius in suo ædificans impedit, novi operis nuntiationem competere». Coincidem os mais DD. que por esta opinião refere Ferreira, d. Disc. 11, n. 16 e 17, DD., quæ são Fabr., Donell., Osuald., Colleg., Argentorat., Valens., Mustr., Harprectr., Pichard, e Molina, a que acrescento Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 42, n. 85. Mas permitta-se-me transcrever aqui (para os que carecerem d'estas obras) o que discorreram n'este artigo os mais famigerados interpretes, quæ são, Thomaz, in *Not. de us. hodiern. ad Instit.*, L. 2, T. 3, pag. (*mihi*) 153, ibi:

«Altera differentia servitutum, Urbanarum et rusticarum, quæ in novi operis nuntiatione quæritur, eadem ratione dubia imo nulla est; nam verius est, novi operis nuntiationem procedere in omnibus servitutibus tam rusticis, quam urbanis. Et quamvis obstet, L. 14, ff., *de N. O. N.*, qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via ædificat, nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur. Fundatur tamen sententia nostra in L. un., § 3, ff., *de Remiss.*, ubi generaliter ita disponitur. Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium, aut servitutem habet: Ergo dispositio, L. 14, *de N. O. N.*, consideranda est tantummodo, tanquam exceptio a regula; quamvis, et hoc pro concilianda utraque lege afferri possit, quod remedium operis novi nuntiationis introductum sit adversus futura opera, hoc est, adversus ea, quæ non facta sunt; ne fiant, uti habetur, L. 1, § 1, eod. T.; in casu legis 14, autem sermo sit de eo, qui jam actu in via ædificat; ac cessat adeo edictum de novi operis nuntiatione in isto casu non ideo, quia fieret in servitute rus-

lica, sed propter naturam Edicti hujus, quod nunquam locum habet, si jam factum est aliquid operis, quod fieri non debuit, etc.

Eis-aqui a conciliação do celebre Coccey, *Jus. Controv.*, L. 39, T. 1, Q. 3, aonde propondo «An etiam is nuntiare possit, qui servitutem in eo fundo habet? Affirm., L. unic., § 3, de *Remiss.*, L. 6; *Si Servit. vindic. Obj.*, L. 14, hoc. Tit. Resp. Cessat nuntiatio, non ob defectum juris in Nuntiante, sed in opere; quia opere illa via jam sublata fuit; ideoque frustra nuntiat, ne peragat facere; ratione enim viæ impediendæ opus jam est perfectum». Concorda Coccey com Thomazio.

Eis-aqui a conciliação do grande Voet., *ad Pand.*, L. 8, T. 3, sub. n. 8, ibi: «Unde etsi viam debens ædificium ponat in assignato viæ loco, non potest per dominantis prædii dominum prohiberi, ne in opere cæpto pergat, interposita novi operis nuntiatione; sed viæ servitutem vindicare debet, ut alia parte æque commode, per fundem ire agere permittatur, L. 14, ff. de *Nov. Oper. Nunt.*, L. 2, § penult., ff. de *Relig. et Sumpt. fun.*... nisi ædificando tota agri latitudo occupetur; tunc enim quia in totum impediretur, viam vindicans, eo ipso quoque obtineret operis cæpti inhibitionem, de quo casu accipienda, L. 9, ff. *Si Serv. Vind.* V. Rævard., L. 2, Var. C. 12». Não é desagradavel esta distincção.

Emfim, eis-aqui o discurso do incomparavel Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 23, C. 1, § 10, ibi:

«Jam vero qui sine Judice alteri nuntiat novum opus, pro imperio ipse vice judicis imperat, ut ab opere incepto tam diu desistat donec de jure ædificandi constiterit. Ait J. Clus in L. 1, § 2, D. de *Nov. Oper. nunt.*, nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam prætoris additionem, potest enim nuntiare quis etsi eum non adierit. Permissum ergo est, ut quis ea in re sibi jus interim dicere possit,

cujus peculiaris ratio cum a plerisque negligatur, ut plurimum etiam hæc privata prohibitio ad quævis opera nova applicari solet.

«Ego vero parcius eo remedio utendum, et illum ad eum casum restringendum esse arbitror, ubi periculum est in mora, ut Prætor adiri, et ejus auxilium statim haberi non possit. Dantur plura opera, quæ brevissimo temporis spatio in vicini præjudicium fieri possunt, adeo ut si magistratum adire, et mandatum prohibitorium ab eo petere vellet is, cujus interest, intra moram opus perfici posset, quo perfecto, mandatum effectum careret. Ut ergo Vicino jura intacta serventur, eo in casu illi tantum permissum videtur, in re præsentis sine Judice opus novum nuntiare; cum etiam in aliis casibus, quoties dilatio periculum allatura est, recedatur a regulis juris ordinariis, L. 5, § 12, *D. de Nov. Oper. Nunt.*

«Ita vero omnia plana sunt, simulque inde constat ob quam causam ei, qui viam habet, denegetur nuntiatio novi operis contra eum, qui in via ædificat in L. 14, ff. eod. Tit. videlicet non alia de causa, quam quod ædificium extruere non sit causa talis, quæ in mora levissima periculum habet, cum facile Prætor adiri, et per eum prohiberi possit vicinus. Neque enim nuntiatione privata negata statim etiam negatur prohibitio per Prætorem, ut decet L. 3, § 2, eod., cum hæc potius ordinaria et regulæ conformis sit; illa vero exorbitans, irregularisque censenda et ita magis ad exceptiones referenda.»

O mesmo seu bem pensado sentimento abriu outra vez. Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, de baixo do § 44, ut ibi: Nuntiant etiam Vicini, quibus servitus realis constituta est, L. 8, pr., L. 9, eod., L. 6, § fieri, *D. si Serv. vind.*, L. 15, *de Servit. præd. urb.*, L. un. in fin., *D. de Remiss.* Quidam hoc ad servitutes urbanas restringunt, ita ut in rusticis nuntiationis usum negent per L. 14, *D. de Nov. Oper. Nunt.* Alii distinguunt, ut quidem ipsi domino prædii servientis nuntiarum non possit, bene tamen extraneo (conf. Thomaz., *Disp. de Servitut. Stillicid.*, § 16), nisi per ser-

vitutem vicino directo jus ædificandi ademptum sit, Cujac. L. 1, Obs. 17.

«Sed utut vel maxime se ita res habeat, quæstio tamen abhuc superest: utrum etiam hoc ad prohibitionem, quæ fit a magistratu, pertineat? Negata enim nuntiatione privata, non statim negatur mandatum judiciale prohibitorium. Liquidum hoc est, ex L. 3, § 2, D. eod., ubi asseritur, quod inter socios nuntiatio cesset; additur tamen: quia possum eum ali ratione prohibere ædificare, h. e., vel per Prætores vel per arbitrium communi dividundo. Prohibere autem per Prætores juxta, L. 5, § 10, D. eod., est mediante interdicto prohibere.

«Ex quo concludo: pro omnibus servitutibus esse quidem judicalem prohibitionem integram, sed neutiquam nuntiationem privatam. Hæc tantum in eum finem videtur introducta esse, ne in iis casibus aliquid fiat in nostrum præjudicium, ubi periculum in mora est, quæle quid non semper in omnibus servitutibus, maxime rusticis, contingit. Nam qui in via ædificat, non tam cito ædes extruere potest, ut non interdictum possit obtineri, cit. L. 14. Privata illa nuntiatio est juris singularis, juri communi, ejusque rationibus contraria; adeoque nimium haud extendenda, cum regulariter nemo obligetur prohibitione alterius privata.»

§ 130

Esta de Boehmer. parece deve ser a genuina interpretação da nossa legislação, se bem se reflexiona; poisque temos n'este reino diversos magistrados com jurisdições distinctas para conhecer da nunciação. Nas villas são privativos os almotacés, como em Lisboa o juiz das propriedades, Ord., L. 3, T. 68, §§ 22 e 23, junta a L. na Ord. L. 3, T. 1, coll. 1, n. 7. E aqui já se nota que nas cidades e villas têm as partes um prompto recurso ao magistrado, ut ibi: «aos almotacés pertence embargar a requerimento de parte, etc.»; e por isso aqui não lhe permite a nunciação por auctoridade propria. Seria mesmo uma offensa da tu-

tela publica do magistrado arrogar-se qualquer a fazer-se justiça por auctoridade propria, ex Boehmer., *ad Pand.*, exerc. 23, C. 1.

§ 131

Mas, a jurisdicção dos almotacés não se estende ás nunciações que se fazem fóra das villas e seus arrabaldes, como se deduz da mesma Ord., § 22, ubi Peg., a n. 28, et § 23, ubi Peg., n. 8; *Repert.*, debaixo da conclusão: «Almotacés conhecem das demandas, etc.», Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 8, n. 1. Nas aldeias não é tão facil o prompto recurso ao magistrado, entretanto que a elle se recorre, póde finalisar a obra, ha perigo na mora e por isso a Ord. L. 3, T. 78, § 4, permittiu essa fórma de nunciação; como especie de defeza a quem está como no estado natural, sem facil recurso á justiça.

§ 132

Comprova-se mais esta intelligencia se advertirmos que conduzindo muito a rubrica de qualquer titulo para interpretação de todo o contexto, Assent. 1 de 29 de março de 1770, notámos a Ord. L. 3, T. 78, § 4, e este § collocado debaixo da rubrica: «Quando poderão appellar dos actos que se fazem fóra do juizo, e de que effeito serão as protestações, que se fazem fóra d'elle». No § 3 distingue os actos extrajudiciaes, que não põem fim ás demandas, que são em tres maneiras; porque (1) ali ha uns que são começados e acabados (quaes os do § 3), (2) outros, que são começados e não acabados. Estes são os de que falla o § 4, ut ibi:

«No segundo caso dos actos, que são começados e não acabados, é achado um caso em direito (*), em o qual (posto que não podem appellar) podem denunciar segundo costume de cada logar, a qual denunciação tem tanto effeito e vigor como appellação, convem a saber, quando algum edifica novamente alguma obra, que ao outro é pre-

judicial, tolhendo-lhe a vista de suas casas, ou outra servidão que lhe seja devida, póde aquelle, a que assim se tolhe a vista ou servidão, por si denunciar ao edificante lançando certas pedras na obra, segundo direito (*) e uso da terra, que mais não faça n'aquella obra, pois a elle é prejudicial. E depois que a denunciação assim for feita, sendo mais edificado na obra, o juiz da terra (não o almotacé) sendo para isso requerido, mandará desfazer tudo o que assim mais for edificado, e depois que tudo for tornado ao primeiro estado, então tomará o juiz conhecimento da duvida e contenda, e fará justiça ás partes.»

(**) Para entrarmos na verdadeira intelligencia d'esta ordenação devemos indagar e examinar o direito a que duas vezes se refere, e com que se conforma, *Estat. da Univ.*, L. 2, T. 3, C. 6, § 21, e T. 5, C. 2, § 8. Eis-aqui o que explica Struv., Exerc. 39, Thes. 3: «Fit ejusmodi prohibitio, vel auctoritate publica Prætoris edito L. 16, hoc tit. vel priuata, edito tamen concessa L. 1, § 2, idque dupliciter, aut per manum seu lapilli jactum, aut solis verbis, quæ in specie novi operis nuntiatio vocatur, L. 1, § 6, L. 5, § 10... Novi operis nuntiatio in specie sic dicta ad id comparata est, ut ædificantem quidem in suo, sed juri nostro officientem, cohibeamus. Hinc hac utentes non possunt non eum, cui nuntiant, tacite pro possessore soli habere, L. 1, § 6, L. 5, § 10. Reliqui duo modi, quando alius in nostro fundo ædificat, L. 5, § 8, atque ita per aditionem Prætoris, vel jactum lapilli destructionem quandam significantem possessionem servamus, d. L. 5, § 10. Exornant. Mul. ad eund. Struv. Coccey, Vol. 2, Disp. 1, Sect. 5, 11, Boehmér, *ad Pand.*, Exerc. 5, C. 2, § 15, et Exerc. 23, Cap. 1, § 16. A nunciação per *lapilli jactum*, é pois propriamente um extrajudicial *desforçamento* da posse, como assentam os citados DD. bem claramente; um acto repentino que se deve fazer *in continenti*, ex Ord. L. 4, T. 58, § 2. De fórma que o que das leis romanas, e especialmente da L. 1, § 6, junta a L. 5, § 10, ff. *de Nov. Oper. Nunt.*, da L. 6, § 1, ff. *si Servit. vindicet.*, e da L. 20, ff. *Quod vi aut clam.*, se deduz, e conforme os citados DD.: é 1.º, que a nunciação *per jactum lapilli* equiparada a *desforçamento* extrajudicial, e para conservação da propria posse tem logar proprio quando o adversario edifica no solo do nunciante; 2.º, que a nunciação simplesmente

verbal sem jacto de pedras, è que suppõe a posse no adversario, tem só logar proprio, quando o adversario edificando no que è seu, ou immitte alguma cousa no que è do nunciante ou o priva de alguma servidão; 3.º, que quando o adversario edifica no solo proprio do nunciante, se este só verbalmente o impede, lhe demitte a posse, e não é desforçamento. Se por mão e jacto de pedras, se desforça symbolicamente e conserva a posse.

§ 133

Com estas prenoções, e pelas quaes devemos interpretar o dito § 4 (§ 132), já se vê o mysterio com que esta ordenação comprehendeu no seu involucro de palavras, tanto o caso, em que qualquer edifica em solo alheio, como o em que edifica no proprio, mas com prejuizo da servidão de outro. Em ambos os casos dá a fórmula da nunciação extrajudicial (quando não póde haver recurso eff caz ao magistrado). Quando o adversario edifica em terreno do nunciante, n'este caso é que dá a fórmula a nunciação por jacto de pedras, como symbolo de desforçamento em conservação da posse, caso em que para esta se conservar, não basta a nunciação verbal. E quando o adversario edifica no seu com prejuizo do vizinho, n'este caso é que a ordenação prosegue fazendo precisa a nunciação e protesto verbal «que mais não faça n'aquellâ obra pois a elle é prejudicial», porque com effeito, quando qualquer edifica no seu com prejuizo do vizinho, a nunciação verbal é a mais propria (§ 132 na nota). Illustra-se mais esta intelligencia com a differença, que sobre os desforçamentos fiz desde o § 10.

§ 134

D'esta interpretação com as fontes da ordenação, segue-se: 1.º, que este remedio extrajudicial, e por auctoridade propria, só é permittido nas aldeias, e como uma especie de desforçamento *in continenti*, e aonde não é prompto o recurso ao magistrado, conciliada tambem assim a Ord.

L. 1, T. 68, § 23, com o dito § 4; 2.º, que emquanto este § diz: «ou outra servidão, que lhe seja devida», comprehende na sua generalidade e indistincção a *urbana* e a *rustica*, sendo facil ao legislador, que não ignorava a distincção das servidões, dizer «urbana»; maximè, 3.º, advertindo-se, que tendo o § 4 por fontes quanto a nunciação por jacto de pedras, a L. 6, § 1, a L. 20. ff. *Quod vi aut. clam.*, a L. 1, § 6, a L. 6, § 10, ff. *de Nov. Oper. Nunt.*; estas leis fallam de toda a servidão, sendo, 4.º, bem verosimil, que o nosso legislador bem perito no direito romano, e vendo as variações das glosas ás leis citadas (§ 127), quiz na generalidade d'aquellas palavras «ou outra servidão» seguir a generalidade da L. un., § 3. ff. *de Remiss.*, ibi: «Jus habet novum opus nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet».

§ 135

Depois do exposto é facil de ver o erro do antesignano Barbosa, ad Ord., Liv. 4.º T. 68, § 23, e aresto ahi referido, fundado na secca L. 14, ff. *de Nov. Oper. Nunt.*; lei que tem as genuinas interpretações que tenho exposto. É facil de ver o erro com que sem critica os mais reinicolas referidos no § 126, como aves ou ovelhas, foram successivamente seguindo a Barbosa. É facil de ver o erro com que o senador na deliberação transcripta por Peg. 2, For., C. 15, pag. 1016, quiz restringir as palavras da dita Ord., *outra servidão*, a servidão *urbana*; e isto (alem do exposto) quando a palavra *alius* tambem muitas vezes indica cousa diversa da antecedente, Vicat. verb. *Alius*, Pereira, in *Elucid.*, sub n. 443, Barbosa, de *Dictionib.*, Dict. 26. Por outra parte o mesmo § 4, logo abaixo deixando a palavra *outra*, diz mais geralmente «*aquelle, a que assim se tolhe a vista ou servidão*». É facil de ver o erro com que Ferreira, de *Nov. Oper.*, Liv. 4, Disc. 11, n. 38, diz que ambas as ordenações, Liv. 1, T. 68, § 22, e Liv. 3, T. 78, § 4, só fallam das servidões urbanas, porque se enten-

dem pelas suas rubricas. Emfim, Aronca; na L. 2, § 1, de *Rer. divis.*, n. 21, *in fin.*, conheceu em parte o erro dos mais reinícolas, e ainda distinguio o caso (toleravel, e segundo Voet. transcripto sub § 129) de se tolher a servidão rustica, caso em que admite nunciação, e o caso de se prestar por outro sitio commodó, caso em que não a admite.

§ 136

De tudo o exposto desde o § 126 deduzo estas conclusões.

1.^a A nunciação de nova obra, ou seja judicial ou extrajudicial *per jactum lapidis*, é competente contra toda a nova obra, qualquer que ella seja, ou quando o nunciado occupa o solo e terreno do nunciante, ou quando lhe tolhe ou difficulta alguma servidão, ou esta seja affirmativa ou negativa, urbana ou rustica sem differença.

2.^a A nunciação *por jacto de pedras* extrajudicial só é praticavel nas aldeias, quando não ha prompto e breve recurso ao magistrado, e ha perigo na mora pela possibilidade de se frustrar a nunciação, concluindo-se a obra.

N'esta segunda conclusão concôrda, aindaque *ex proprio Marte*, Mello Freire, Liv. 4, T. 6, § 33, ibi: «Privata nuntiatio eo dumtaxat casu admittenda videtur, quo periculum est in mora, nec facilis datur ad judicem recursus».

§ 137

Terceira noção. É principio legal, que tudo quanto o nunciado superedifica depois da nunciação, se deve demolir, requerendo-se e oppondo-se artigos de attentado (*). Mas esta regra se limita na praxe: 1.^o, quando notoriamente consta da injustiça da nunciação, como por equidade contra o estricto rigor do direito se julga, e sustentam os DD., com os quaes Silva, ad Ord., Liv. 3, T. 78, § 4, n. 46, França ad Mend., P. 1, aresto 53, n. 3, 10 e 11, e P. 2, Liv. 1, C. 2, § 8, n. 2:592, Stryk., *us. mod.*, Liv. 39, T. 1, § 17, Struv. e Mull., Exerc. 39, Thes. 11; comtantoque conste da notoriedade da injustiça por escriptu-

ra, sentença, confissão ou vistoria, ex. DD. supra, *quibus adde* Ferreira, *de Nov. Oper.*, Liv. 6, Disc. 2 e 5. Conf. Repert. sub verb. *Obra nova sendo embargada*, etc. Optime Constantin. *ad Stat. Urb.* Annot. 42, a n. 17.

(*) É porém necessário que o attentado se opponha logo, porque deixando de se oppor, e proseguindo a causa, se julga tacitamente renunciado, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 78, § 4, n. 52, Ferreira, *de Nov. Oper.*, Liv. 5, Disc. 2, n. 44, e Liv. 6, Disc. 5, n. 44. É necessário que se prove o quanto se superedificou depois da nunciação, com prova certa especifica, se no acto da nunciação se não fez a medição do estado da obra, Ferreira, *de Nov. Oper. Nunt.*, Liv. 6, Disc. 1, a n. 9 e 41, e Disc. 6, n. 5, Optime Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 42, n. 3 e 4, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 78, § 4, n. 39, França *infra*, n. 2647, tetigit, Peg., Tom. 6, ad Ord. Liv. 1, T. 68, § 23, n. 11. Outros mais casos em que se não commette attentado, ou commettido não se purga, se vejão no citado Ferreira, Liv. 6, Disc. 5, a n. 15.

§ 138

Quarta noção. Não compete a nunciação quando se reedifica o antigo edificio, com tanto que na reedificação nada se altere do antigo estado, que prejudique ao vizinho, Silva, ad Ord., a Liv. 3, T. 78, § 4, n. 16 e 17, Constantin. *ad Stat. Urb.*, Annot. 42, n. 104, 105 e 106, Ferreira, *de Nov. Oper.*, Liv. 4, Disc. 1, n. 9, França, *ad Mend.*, pag. 2, Liv. 1, C. 2, § 8, n. 2615 e 2616.

§ 139

Quinta. Que o nunciante deve fazer certo o seu direito dentro de tres mezes, e se assim o não cumpre, póde o nunciado continuar com a obra prestando caução de *opere demoliendo*, França, *ad Mend.*, P. 2; Liv. 1, C. 2, § 8, n. 2589, Silva, ad Ord., Liv. 3, T. 78, § 4, n. 43; com tanto que os tres mezes não passassem, ou porque da parte do nunciante houve legitimo impedimento, ou da

parte da justiça, ou por demoras que o nunciado mesmo affectasse demorando o processo, sobre o que se veja largamente Ferreira, *de Nov. Oper.*, Liv. 5, Disc. 2.

Nota: Antes de passados os tres mezes pôde o nunciado proseguir a obra com caução *de opere demoliendo*, se offerecida logo ao nunciante, elle a aceita, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 78, § 4, n. 42. Se porém o nunciante dentro dos tres mezes não a aceita, sim vejo Ferreira, L. 5, Disc. 2, a n. 25, expondo varios casos, em que o juiz dentro dos tres mezes pôde permittir o progresso da obra com a dita caução. Porém tambem noto o novo regimento do desembargo do paço na nova Ord. no fim do Liv. 1, Coll. 1, N. 1, como reservando ao tribunal palatino privativamente essa faculdade de admittir dentro dos tres mezes a dita caução para o progresso da obra nunciada, e por isso julgo impraticaveis n'este reino essas doutrinas.

A melhor providencia que podem ter os nunciados (deixando de recorrer ao tribunal, que manda informar ouvida a parte, e em tanto passam os tres mezes) é deixando-se de cotas, contestar logo os artigos de nunciação, e requerer que o nunciante em tres mezes faça certo o seu direito, sob pena de proseguir a obra com caução.

Quanto a mim, a melhor precaução de que deve usar aquelle que pretende fazer uma nova obra, e teme que lh'a embarguem, é fazer duas uniformes plantas da obra futura; requerer com ellas ao juiz, que se citem os que teme se lhe opponham (a que se communica uma das plantas, ficando outra na mão do escrivão), para que declarem em tal termo, que lhe fique assignado, as objecções que têm, ou em que parte, a que se execute a obra na fórma da planta; com a comminação de que, nada objectando, serem lançados, e se lhe pôr perpetuo silencio, e não podérem mais embargar a obra. Esta providencia é do *Cod. Civ. do Imperador José II*, no § 71. Com ella se occorre á suspensão das obras principiaes, deserção dos officiaes, prejuizos dos materiaes, etc.

O mais se pôde ver em Silv., á Ord., Liv. 3, T. 78, § 4, em França *ad Mend.*, P. 2, Liv. 1, C. 2, § 8, a n. 2587, em Ferreira, *de Nov. Oper.*, Tom. 2, livros familiares a todos os jurisconsultos.

SECÇÃO II

Quanto ao interdicto de arboribus cædendis (de quo § 44)

§ 140

Pelo córte das arvôres compete no nosso reino procedimento criminal, ex Ord., Liv. 5, T. 75 e 117, § 1. Mas o uso das nações tem admittido pelo córte d'ellas tambem os remedios civis possessorios, Krebs, *de Lign. et Lapid.*, P. 1, Class. 4, Sect. 18, § 15, Post. *de Manut.*, Obs. 41, n. 8, Costa, *de Rat.*, Q. 46, n. 12, Menoch. *de Retin.*, Possess., Remed. 3, n. 495. Se a arvore propende sobre a casa do vizinho, ou subterraneamente a penetra com as raizes, o uso das nações concede este interdicto contra o vizinho, ou para que a corte ou o permita, Struv., Exerc. 45, Thes. 161, Stryk., *Us. mod.*, Liv. 43, T. 27. Veja-se Ferreira, *de Nov. Oper.*, Liv. 2, Disc. 13 a n. 33, Gravin., *de Orig. et Progress. jur. Civ.*, Tom. 1, C. 35.

Nota: Na Allemanha todos os ramos das arvôres que se dilatam e propendem sobre o predio vizinho, são do dono do predio em que propendem, e por isso lhe é licito trunca-los por auctoridade propria sem recurso á justiça, Thomaz., *ad Pand.*, Liv. 43, T. 27, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 57, no fim. Mull., *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 162. A razão da Ord., Liv. 1, T. 68, § 32, vers. *Porquanto*, é aqui bem applicavel.

§ 141

Como no nosso reino está em uso de ver observar-se no plantio das arvôres o intersticio da L. fin. ff. Fin. regund. para distarem do predio do vizinho os pés geometricos, que bem declara Ferreira, *de Nov. Oper.*, Liv. 2, Disc. 13, a n. 30, e Disc. 14, a n. 10, Cardoso, *in Prax. verb. Arbor.*, n. 2, Almeida, *de Num. Quinn.*, C. 17, Themud., P. 4, Decis. 14, é consequente que, se algumas arvôres plantar um vizinho sem deixar aquelle intersticio,

se póde usar dentro de anno e dia d'este interdicto. Passado porém o anno, a pratica só admitte acção ordinaria, sobre o que tenho largamente discorrido em um manuscripto *Tratado das arvores*, que algum dia verá a luz publica.

SECÇÃO III •

Uso do interdicto de precario (de quo § 44)

§ 142

Este interdicto parece adoptado na Ord., Liv. 4, T. 54, emquanto diz: « Se algum homem recebeu de outro alguma cousa que tinha, como senhor d'ella, emprestada, alugada, arrendada a tempo certo, ou emquanto aprouvesse ao senhor d'ella; e se depois requerido por elle, passado o tempo recusar de lh'a entregar, mettendo o feito em Juizo até ser condemnado por sentença definitiva que passe em cousa julgada, não sómente entregará a cousa ao senhor d'ella, mas alem d'isso lhe pagará a verdadeira estimação da cousa pela contumacia que commetteu, e em que perseverou até ser condemnado por sentença, etc. » Esta mesma Ord. no § 9 prohibe que o que assim recebeu a cousa da mão do outro, possa objectar-lhe questão de dominio proprio, e sem embargo d'esta manda restituir a cousa, com direito salvo para depois lh'a demandar.

§ 143

O *precario* com effeito fraternisa com o *commodato*; o *precario*, ou é do uso ou é da posse; ou é limitado a certo tempo, ou a arbitrio do concedente, revogado o *precario*, se o rogante, intimando-se-lhe a revogação, não restitue logo a cousa, se transforma em violento espoliador; por isto é que por uma natural equidade introduzlu o direito este interdicto, e com procedimento *summario*, para avocar a cousa ou a posse, com todo o interesse e rendi-

mento: e por isso que possessorio, e que envolve especie de espolio, não se admite questão de dominio, etc. Tudo assim largamente comprova Retes, *de Interdict*, P. 3 a § 28, apud Meerman., Tom. 7, pag. 519, Conf. Boehmer. *de Action.*, Sect. 2, C. 4, §§ 59, 60, 61, Pech., *de Aquæd.* Liv. 3, C. 12.

§ 144

Cessa porém este interdicto, e nada obra a revogação do precario: 1.º, quando o senhor da cousa, revogado o precario, e insistindo o rogante na posse, se immitte n'ella por auctoridade propria sem recorrer a este interdicto; porque recáem em vicio de intrusão violenta, Retes, supra § 28. Cessa, 2.º, «Nisi ex intempestiva revocatione grande generaretur præjudicium roganti, quo casu de dolo posset excipere, ne beneficium Concedentis ipsi injuriosum sit», Retes, supra, § 28. A mesma conclusão largamente prova Pech., *de Aquæd.*, Liv. 3, C. 12, Q. 1, a n. 15. «Concedentem sine causa non posse revocare Precarium statim ac factum est, sed debet concedens permittere Rogantem aliquam utilitatem sentire, et fortius, si revocatio esset cum damno ipsius recipientis, etc. Et n. 30, ibi. Cum promiserit Dominus, seu melius verbo concesserit Precarium et ante usum illud revocaverit, dicetur id dolose fecisse, et ut deciperet Rogantem contra naturalem æquitatem, et bonam fidem ipsius: Ideo jus Prætorium voluit Roganti succurrere per exceptionem doli mali, etc.

§ 145

Muito mais quando da revogação resulta damno grave ao rogante; quando o concedente sabia o que para o uso do precario havia de fazer o rogante; quando este já havia feito despesas para se aproveitar do mesmo uso, etc., como tudo bem demonstra o citado Pech., desde o n. 64 até o n. 78.

§ 146

Cessa, 3.º, este interdicto, quando o precario foi pateado até certo tempo; porque aindaque Struv., nas *decisões sabbatinas*, C. 4, Decis. 11, tentou, que este pacto repugna ao precario, cuja natureza é ser revogável *ad libitum*; comtudo tal pacto vale pelos costumes, obriga, e antes de findo o tempo espaçado não se póde revogar, Brunneman., na L. 12, ff. *de Precar.*, Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, C. 2, § 5, o que hem se comprova com a citada Ord., ibi: a tempo certo, ou emquanto aprouvesse, etc.

§ 147

Cessa, 4.º, este interdicto, quando tendo tido o precario duração por mais de dez annos successivos, não consta depois hem claramente da concessão do precario; porque então, não constando d'este, entra o direito a presumir aquella posse decennal justa, e exercitada por direito proprio, Pech, n. 40, aonde juntamente limita, que, se prescreve este interdicto: «Quando Dominus tentavit revocare Precarium, et per Rogantem facta fuerit inhibitio, cui dominus acquievit per spatium decennii, etc.»

Nota. Constando claramente do Precario, aindaque durasse por muitos annos antes de revogado, se se revoga, e nega a sua restituição, só do dia da negação se deve computar o anno para este interdicto; porque só n'essa negação teve principio o espolio.

SECÇÃO IV

Uso do interdicto: Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est
(de quo § 44)

§ 148

D'este interdicto tratou ex professo Post., *de Manut.*, Obs. 12, *ubi non plus ultra*. Nas muitas decisões citadas n'esta

observação se nota, que elle está em uso nas nações, maxime na Italia. Uns DD. o dizem *Retinendæ*, outros *Recuperandæ possessionis*, outros, que nenhum d'estes, mas proprio e peculiar, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 4, § 1; porém o mesmo Stryk. diz: «Optimam ego sententiam eorum esse puto, qui pro diversitate casuum illud interdum interdictis acquirendæ, interdum retipendæ, interdum recuperandæ possessionis adscribunt». O citado Post., n. 1, o colloca na classe do *Retinendæ*, ou da *Manutenção*; ut ibi.: «Manutenendus est pariter, qui nactus est possessionem, seu possidet virtute Decreti, Sententiæ, vel Mandati, et auctoritate Judicis, etc.», e até o n. 35 auctorisa com milhares de DD. e decisões o justo d'este remedio.

§ 149

Na Allemanha diz o citado Stryk. 2: «Quin hoc Interdicto adhuc hodie in foro quis experiri possit, nullum dubium est, idque omni casu; sive scilicet immittendus non fuerit admissus, sive immissus turbatus, sive etiam de possessione iterum plane dejectus. Plurumque tamen apud nos mandata pœnalia contra eum, qui vim infert, decerni solent. Conf. Mes., P. 4, Dec. 97, Brunneman., ad L. 1, ff. h. t., n. 4; etsi nihilominus a violentia non desistit, pœna actu contra eum decernitur.... Interdum etiam manu militari vim passò succurritur, etc.» Esta da Allemanha é a praxe mais frequente no nosso reino, e não o uso do regular interdicto.

§ 150

Mas seja qual for o meio de que se use, elle só pôde produzir o seu fim de *manutenção* ou *restituição à posse*, quando o juiz que a decretou procedeu, juris ordine servato, e sem injustiça ou nullidade manifesta, como se pôde ver no mesmo Post. desde o n. 36 até ao n. 181, aonde cumulou todas as nullidades ou injustiças, em que pôde laborar o decreto da immissão na posse; e que o R.

póde objectar, ou quando accionado pelo interdicto, ou quando pelo mandato e preceito penal comminatorio.

§ 151

N'este reino, como se praticava nos romanos, não ha jamais immissão na posse pelo primeiro e segundo decreto, Ord., L. 3, T. 15, no princ., que era o caso mais proprio, que fundamentava este interdicto. Apenas o encontrámos na nossa legislação, a Ord., L. 3, T. 18, § 9, e T. 96, §§ 3 e 4, mas aqui a immissão na posse é mais só a titulo de guarda dos bens, que de immissão propria; e eu não duvido, que em ambos os casos compita o officio do juiz a esses guardas dos bens para serem manutidos, no caso do T. 18, § 9, até haver herdeiro, que aceite a herança; e no caso do T. 96, § 3 até o herdeiro vir partir, *ex traditis per Post., de Manut., Observ. 52*, a n. 5.

§ 152

Exceptuados estes casos (§ 150), por cinco modos poderão os juizes immittir alguém na posse; ou, 1.º, por mandato real; ou, 2.º, por simples, e não justificado requerimento de alguma das partes; ou, 3.º, apresentando-se-lhe alguma escriptura ou testamento na fôrma da Ord., L. 4, T. 58, §§ 3 e 4; ou, 4.º, por execução de sentença proferida em acção real; ou, 5.º, por execução de alguma carta de arrematação ou adjudicação de bens, que foram penhorados, e depois, ou arrematados, ou adjudicados ao crêdor na fôrma da L. de 20 de junho de 1774.

§ 153

Se pelo primeiro modo, sempre (ainda que o decreto o não mande) deve fazer citar a parte, e se assim o não cumpre procedê desordenadamente, e compete pelo estylo do reino aggravo de espolio, Silv., á Ord., L. 3, T. 78, § 3.

n. 5 e 7. Se pelo segundo modo, deve o juiz clausular o despacho ou *salvo o prejuizo de terceiro*, ou *citado possuidor*, ut cum reliquis Rub. Buxet., *Confusion. jur.*, Cap. 2, sub. n. 301, e se a posse se confere sem citação do possuidor é ipso jure nulla, e não póde fundamentar tal interdicto, Peg., *de interdict.*, a n. 80. Se pelo terceiro modo, já vimos a § 62. Se pelo quarto modo, lá está a Ord., L. 3, T. 86, § 15, mandando assignar ao condemnado dez dias para demittir a posse (os quaes se devem assignar em audiencia, Vanguerv., P. 3, C. 6, n. 62), ou allegar embargos, etc., e ahí póde arguir as nullidades da sentença que se executa; e se antes d'esta ordem se mette na posse o vencedor, commette espolio, que deve purgar, Silv., ad Ord., L. 3, T. 48, *in rubr.*, n. 40, Guerreiro, Tr. 4, Liv. 8, C. 4., n. 37 (menos quando se trata da execução de carta de partilhas, Solan., *ad Regim. Fodin.*, § 4, n. 21, pag. 25).

§ 154

Se pelo quinto modo, então ou se use d'este interdicto, ou do mandato comminatorio, póde o que foi executado, e a quem nullamente se executaram os bens, oppor todas as nullidades manifestas, que intervieram n'essa execução, para ser elle, e não o arrematante ou adjudicatorio conservado na posse, Post., *de Manut.*, Obs. 12, a n. 37, *et ex professo in Tract de Subhastat.*, Inspect. 58, tot., Bagn., Decis. 49, n. 1, et Decis. 54, Peg., Tom. 3, *Forens.*, C. 25, a n. 94, e Tom. 7, For., C. 239, n. 1, Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 40, n. 88, aonde muito bem declara, ut ibi.:

«Postquam vero unus vel alter deliberationis, vel adjudicationis actus jam consummatus est, atque effectum sortitus, adeo ut bona de facto abdicata sunt a debitore, qui erat eorum possessor, et translata in deliberatarium, vel adjudicatarium; prior autem possessor prætendat actus nullitatem, vel rescissionem, ob non bene servatam formam, sive ratione læsionis, aut ex capite restitutionis in

integrum, etc. Et tunc quæstiones cadere solent super ordine judicii, seu competentia actionis, an scilicet cum ordinario remedio in judicio rescissorio procedendum sit; vel potius competere valeat etiam summarium remedium possessorium, reintegrandæ vel retinendæ: id autem pendet a qualitate nullitatis et injustitiæ; an scilicet sit clara et notoria, vel potius turbida et altioris indaginis, dum primo casu extraordinarium, ac summarium remedium competit; in altero autem secus, sed procedendum est in judicio ordinario: interim vero extraordinarium remedium possessorium manutentionis deliberatorio, vel adjudicatario competit ob præsumptionem, quæ assistit justitiæ, ac validitati actus, ob auctoritatem Judicis, donec de contrario doceatur».

Assim também o citado Posth., *de Subhastat.*, Insp. 58, aonde depois de ter demonstrado, a n. 1, que: «Stante notoriæ injustitia, vel evidenti nullitate executionis, subhastationis, seu adjudicationis, vel mandati, cujus vigore ad prædicta fuit devenum, et capta possessio, competit illam passo: 1.º, manutentio, dum se pro spoliato non habuit.... Verum si is, qui passus fuit executionem, et subhastationem nullam vel notorie injustam habuerit se pro spoliato, competit secundo loco eidem actio spolii, etc.» Declara desde o n. 97, ut ibi: «Declara 1.º, ut Judex dicatur spoliare ut spolium intret, ubi concludenter clare, et notorie constet hoc est ex eisdem actis de nullitate vel injustitia.... Unde secus est si injustitia vel nullitas redditur turbida, etc.»

Nota: O que assim declaram Luc. e Post., para competir ou não competir ao executado, em qualidade de agente, algum dos dois remedios possessorios, procede sem differença, quando o mesmo executado accionado por este interdito, ou mandato comminatorio (§§ 147 e 148), oppõe por excepção a mesma nullidade ou injustiça, como permitem os outros citados (§ 153). De fôrma que se as oppostas nullidades ou injustiças são notorias independentes de alta indagação, tem legitima defeza do interdito ou mandato, e pelo contrario se dependem de alta indagação.

Uso da caução de damno infecto

§ 155

Os casos, em que, segundo o direito romano, é praticavel este remedio, os recopilaram Pichard., in § *Summa de Interd.*, C. 3, Molin., *de Just. et Jur.*, Disp. 703, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 5, Discurs. 14. Ha uma differença entre o caso de terem caído as casas ruinosas (ou outra cousa) antes de prestada a caução sobre casas, ou cousa do vizinho; e então a este compete pela L. 7, § 2, ff. *de Damn. infect.*, o interdicto contra o dono das casas caídas, que remova todo o material, e tudo o util e inutil, e caucione todo o damno que d'essa remoção causar, e que ou remova esses materiaes e entulhos, ou deixe as casas pro derelicto ao vizinho, sobre cuja casa ou terreno ellas caíram, e querendo tirar os materiaes então deve ressarcir todo o damno. Veja-se Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, Cap. 4, § 52, Struv. et Muller, Exerc. 39, Thes. 26.

§ 156

Quanto á caução *de damno infecto*, que se pede ao dono das casas que ameaçam ruina, se elle a não prestava, era o senhor da casa vizinha, que temia o damno, immitido na posse das ruinosas por primeiro e segundo decreto. Como porém o primeiro e segundo decreto dos romanos estão abolidos no nosso reino, Ord., L. 3, T. 15, e nas nações, Groenneweg., *de LL. Abrog. ad Pand.*, L. 39, T. 2, Stryk., ibidem, Voet., *ad Pand.*, L. 39, T. 2, n. 15. Se o dono das casas ruinosas não presta a caução, ella em sua contumacia se ha por prestada ex DD. supra, porém se o dono das casas ruinosas for pobre, que não caucionando com fianças não tenha depois com que pague os danos? A cautela será obriga-lo o magistrado, que as

venda, a quem as obrigue reedifica-las, Muller, *ad Struv.*, Exerc. 24, Thes. 26, e conduz a doutrina de Portug., de *Donat.*, L. 3, Cap. 39, n. 4.

SECÇÃO VII

Uso do interdicto de Migrando (§ 44)

§ 157

Póde succeder que o senhorio tenha apprehendido os moveis do inquilino ou colono para segurança da sua renda, ut a § 75. Póde succeder que, conforme o regimento das aposentadorias (transcripto em Guerreiro, *de Privil.*, Cap. 10, sub n. 69) tenha o que usou da aposentadoria anticipado penhores para a renda de seis mezes. N'estes casos, se o inquilino ou colono tem pago a renda, ou d'ella requer judicial deposito, lhe compete este interdicto contra o senhorio pelo direito romano, para que lhe restitua os moveis ou penhores, Retes, *de Interdict.*, P. 1, § 44, apud Meerman., Tom. 7, pag. 506. Porém pelo uso das nações compete um preceito comminatorio, no qual mostrando o arrendatario ser findo o tempo do arrendamento, e ter pago a renda (ou depositado) conclue pedindo se lhe restituam os moveis, e penhores, Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, Cap. 4, § 58, Muller, *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 169, Thomaz., *ad Pand.*, L. 43, T. 31, Stryk., *ibidem*.

SECÇÃO VIII

Uso do interdicto de Glande legenda (§ 44)

§ 158

«Ait Prætor, glandem quæ ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere, auferre liceat. Vim fieri veto. Glandis nomine omnes fructus continen-

tur. • L. un. ff. *de Gland. Legend.* Em muitas nações os fructos dos ramos das arvores propendentes sobre a terra do vizinho, que n'ella cáem, são do dono da terra em que cáem; e n'estas nações cessa este interdicto *de Glande legenda*, Stryk. et Thomaz., ad Pand., L. 43, T. 28, Mull., ad Struv., Exerc. 45, Thes. 163, Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, Cap. 4, § 55.

SECÇÃO IX

Uso do interdicto *Quod vi aut clam* (§ 44)

§ 159

Este interdicto é tão geral e comprehensivo, como se vê nas muitas leis do *Digesto*, L. 43, T. 24; o uso d'elle em todos os casos da sua competencia, e mesmo exprimindo-se, que se usa d'elle, é utilissimo na praxe, porque summario intentado dentro do anno, e mais util que as acções ordinarias, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 49, Nota (g).

§ 160

Na materia de edificios e servidões, que se nunciam, póde concorrer com a nunciação (e é util que concorra) quando parte da obra nunciada, e antes da nunciação estava feita clandestina ou violentamente, para que se de-mula, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 8, a n. 34. Se a obra se fabricou toda clandestinamente em termos que já não admittisse nunciação, é proprio este interdicto, Ferreira, *de Nov. Oper.*, d. Disc. 8, n. 5, Silv., *ad Ord.*, L. 3, T. 78, § 4, n. 11. E se a obra foi feita á vista e face, compete, para que se destrua, o interdicto *uti possidetis*, Silv., supra, n. 12, Ferreira, supra, n. 10 et 11. O interdicto *Quod vi aut clam* tambem é annal, Ferreira, supra n. 41; mas o anno não corre contra o ignorante; o mesmo Ferreira debaixo do n. 41.

SECÇÃO X

Uso do interdicto de *Liberis exhibendis*

§ 161

As rasões em que os romanos fundavam este interdicto se expõem magistralmente pelo mestre Retes, *de Interdict.*, P. 5, a § 41. O uso d'elle o vemos no nosso reino em Peg., T. 3, For., C. 30. A mesma acção compete ao marido contra o pae da mulher, que a retem em sua casa, Retes, *supra*, § 42. Se porém a mulher fugiu do marido, tem elle acção de espolio fundada no C. *Litteras* 13, *de Restit. Spoliat.*, que a mulher pôde contestar oppondo sevicias do marido, e o perigo de vida se lhe fosse restituída ao consorcio conjugal, Retes, P. 3, a n. 16. Tambem os filhos, quando o pae os reivindica, lhe podem objectar sevicias e maldades, ou outras causas justas; e entretanto que se disputa esta questão *prejudicial*, estão em deposito em casa de pessoa honesta, Boehmer., *de Action*, Sect. 2, C. 1, § 36. *Sed vide* Silv. e Arauj., *post Tract. de Perfect. Advocat.*, Consult. 5.

Se a mesma acção compete aos tutores para reivindicar os pupillos, V. Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 30, § 5.

COROLLARIO E TRANSIÇÃO

Tendo n'esta segunda parte mostrado o uso hodierno dos interdictos dos romanos (em alguns ao menos por analogia) na nossa e nas mais nações; ao mesmo tempo os particulares requisitos de cada um d'elles nos casos das suas competencias. Os remedios *summarissimo e summario da manutenção*, differenças entre um e outro, suas naturezas e processos, excepções respectivas, o remedio do *espolio*, seus requisitos e provas, agravos de espolio, excepções de espolio, sequestros das posses, etc., são as materias mais frequentes no nosso fóro; tudo pois forma o objecto da terceira parte.

PARTE III

CAPITULO X

**Possessorio Retinendae summarissimo,
sua natureza, seu uso nas nações e na nossa,
como deve propor-se, etc.**

§ 162

O *possessorio Retinendæ, uti possidetis*, ou o remedio da manutenção se divide communmente pelos DD. em *possessorio ordinario* e em *possessorio summario*; ou *possessorio summario* e *possessorio summarissimo*; Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90: «De vero usu possessorii summarii et ordinarii», C. 2, §§ 1 e 2, Ret., *inter opera*, Stryk., Vol. 10, Disp. 3, de *Judiciis possessoriiis*, C. 2, n. 66, Post., de *Manut.*, Obs. 2, a n. 22 e 27, Obs. 3, n. 16. Stryk, *Us. mod.*, L. 43, T. 17, § 1, Card. de Luc., de *Judic.*, Disc. 44, a n. 75, Pech., de *Aquæd.*, L. 1, C. 7, a n. 8, Retes, de *Interdict.*, P. 2, n. 1, *apud* Meerman., T. 7, pag. 507, aonde acrescenta «que o summarissimo teve origem do summario».

§ 163

Intenta-se, e se subentende intentado o remedio de *manutenção summario*, ou (o que é o mesmo, ex. Stryk., supra) *ordinario* quando o agente, allegando a sua posse, e a perturbação n'ella pelo adversario, pretende que, justificada ella, seja por sentença definitiva mantenido n'ella, em quanto não for convencido por acção ordinaria so-

bre a causa da propriedade, e que se comminem penas ao adversario para que mais o não perturbe na posse, em quanto não for assim convencido na causa da propriedade, Post., *de Manut.*, Obs. 2, a n. 22 ad 26, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 2, Retes, supra, C. 2, n. 66, no fim, Peg., *de Interdict.*, n. 109 e 110. Este remedio tem fundamento em ambos os direitos, Stryk., supra, § 7; e quem n'elle se repute auctor ou réu, ou se os contendores são entre si reciprocamente auctores e réus. Vejam-se Post., Obs. 5, n. 16 e 17, Card. de Luc., *de Judic.*, Discurs. 2, n. 9.

§ 164

O possessorio *Retinendæ possessionis* summarissimo se define por Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 3, § 3, n'esta fórma: «Possessorium Summarissimum est remedium extraordinarium retinendæ possessionis, quo Judex vel proprio motu, vel ad petitionem partis in causa armorum de utriusque partis possessione, vel quasi dubia summam cognoscit, et interloquitur, quoad justus possessor in possessorio ordinario, vel petitorio declaretur». Confirma-se Peg., *de Interd.*, n. 111; melhor o explica Post., *de Manut.*, Obs. 2, a n. 27, declarando a verdadeira indole e natureza d'este summarissimo, ut ibi:

•Manutentio vero, seu mandatum de manutenendo quod est judicii pars, et de quo est sermo noster, nihil aliud amplectitur, quàm nudam et meram manutentionem, et conservationem, ac defensionem in possessione seu quasi rei in controversiam deductæ, et durante lite in petitorio, vel possessorio plenario; et in hac manutentione disputatur; quis Reus, quisve Actor esse debeat, et quis possideat de præsente, et ad eum finem, ut qui possidet, tanquam possessor constituatur, et alter sit petitor: non autem disputatur, quis debet esse perpetuus possessor... Nec attenditur justitia, vel injustitia, sed nudum possessionis factum... In hoc remedio non tractatur, quis lite pendente debet possidere, sed quis debet esse in possessione; cum aliud sit possi-

dere, aliud in possessione esse... prout aliud est tenuta, aliud possessio... Neque in hac manutentione agitur de damnis et interesse... Agiturque in ea principaliter, et petitur, nequis turbetur, et de repellendaurbatione de præsenti, secundario vero venit, ut cognoscat, an possideat, qui petit ne turbetur. Ita ut, non eo tendat, ut sententia definitiva super possessione feratur; sed hoc tantum agitur, ut lite pendente, qui vere sit in possessione minime turbetur, absque præjudicio jurium litigantium, tam in possessione, quam in proprietate... expediturque per decretum, a quo non datur appellatio... hujusmodi manutentio expeditur Judicis Officio, non autem jure actionis, vel Interdicti; et quidem, vel ipsius judicis motu proprio, vel ad partis petitionem... Et in hac manutentione proceditur sine libello, nulloque juris ordine, sed potius tantummodo terminis servatis, et pronuntia, quæ fit, non dicitur definitiva sed interlocutoria, qua declaratur, uter litigatorum, lite super petitorio, vel ordinario possessorio pendente, esse debeat in possessione vel quasi. Ita ut processus desuper factus non valeat ad effectum obtinendi definitivam super proprietate vel in possessione.»

§ 165

Esta mesma natureza propria do summarissimo em differença do possessorio ordinario, demonstraram Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 3 (aonde refere uma ordenação cameral da Allemanha, que ahi commentou), Retes, supra, C. 2, a n. 63; optime Pech., *de Aquæduct.*, L. 1, C. 7, Barbos., *Thesaur. Locor. Commun.*, L. 14, C. 71, Axiom. 39 e seguintes. O mesmo Post., na Obs. 3, a n. 16, ainda melhor continuou a expor a sua indole e natureza; o seu uso e diversos nomes d'elle nas nações, etc., ut ibi:

«Atque propterea habemus, quod possessorium Retinendæ duplex est, unum plenum, sive plenarium, vel ordinarium, quod aliter dicitur uti possidetis, aliud summa-

rium, sive summarissimum, vel extraordinarium... Communis Schola DD. hoc duplex Interdictum Retinendæ statui, etc.

«Licet sit hoc nostrum manutentionis remedium, de quo agimus, ab aliis remediis possessoriiis separatum ac distinctum ab omni alio remedio Retinendæ, prout ad diversum finem traditur, et diverso modo regulatur... Cum possessorium propriè sit, in quo agitur de Civili et naturali possessione, non autem in quo agitur de detentionibus, seu de statu quodam retinendi rem, donec de pleno et ordinario possessorio cognoscatur, et quamvis possessoris remediis æquiparetur.

«Multi itaque vocante hoc Mandatum de Manuendo judicium possessorium Summarium... alii extraordinarium, aut alterius etiam informativum. Plurimi vero possessorium Summarissimum. Alii appellant summarissimum et breve... Aliquando dicitur possessorium momentaneum, quod possit momento durare, quodque Sententia in eo lata non prepetuum, sed momentaneum, et reparabile præjudicium afferat, quod in ordinario possessorio restaurari queat... Rursus dicitur possessorium extraordinarium, extraordinarium summarium, extraordinarium, et subsidiarium... Aliqui processum informativum appellare solent.

Nonnulli, ac præcipue Germani et Belgæ vocant Provisionale decretum, vel fiduciarium, aut depositariam possessionem... Galli appellant Recredentiam, seu casum vel causam aut judicium novitatis, aut salvaguardiam. Plerique illud appellant Interim, præcipue Hispani. Dictio namque interim ponitur pro donec, vel quamdiu, et significat medium temporis. Interdum hujusmodi remedium dicitur judicium conservatorium possessionis summarissimum, conservatorium Interim. In Lusitania dicitur remedium possessionis Cartæ Tuitivæ. Sæpe etiam appellatur Judicium ex Judicis officio; quia intentans mandatum de manutenendo dicitur implorare judicis officium; et mediante imploratione officii Judicis hoc judicium competit.

«Denique Mandatum de Manutendo dicitur prout est præparatorium alterius judicii petitorii seu possessorii plenarii.»

Confirmam-se Stryk., Vol. 1, Disp. 19: *De Decreto Interdictico*, C. 1, a n. 28, e C. 2, a n. 245, aonde muito bem comprova todo o exposto, Retes, *inter opera*, Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 1, a n. 12, Portug., *de Donat.*, L. 2, C. 32, a n. 9, Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 7, Peg., *de Interd.*, a n. 112, Card. de Luc., *de Jud.*, Discurs. 44, a n. 75, Idem Stryk., Vol. 5, Disp. 25, C. 3, a n. 42.

**Origem d'este summarissimo, e causa da sua introdução
no uso do fêro**

§ 166

O mesmo Post., Obs. 4, com muitos DD. quiz mostrar que este remedio tem origem e fundamento na L. 13, § 3, ff. *de Usufr.*, na L. *Liberi* 7, § ult. ff. *de Liberal. Caus.*, na L. fin. de *Off. Proc. Cæs.*; na L. *Si de possessione*, Cod. de *Probat.*, na L. *si Coloni* Cod. de *Agric. et Cens.*, L. 11, no § *Retinendæ Inst. de Interdict.* O mesmo que Post., segue Pech., *de Aquæd.*, supra, a n. 22. Pelo contrario, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 2, § 1, com Sarment., *Select. Interp.*, L. 2, C. 13, n. 12 (que transcreve), attribue este summarissimo a um novo invento por causa da necessidade para occorrer a rixas sobre a posse, ou ás moras nas causas possessorias. Porém Sarmento, que seguiu Boehmer., é justamente confutado pelo grande Retes, *de Interdict.*, P. 2, § 2 (apud Meerman., T. 7, pag. 507, ut ibi):

«Differentiam propositam inter summarissimum et summarium judicium communi fere calculo agnoscent Menoch... Merend... Post... hanc tamen praxin contra jus inductam censet Sarmient., Liv. 2, *Selectar.*, C. 13, nimio tamen scrupulo, ut ait Fachinæus, L. 8, *Controv.*, C. 15, et merito; habet enim in jure maximum fundamentum in

L. 1, § 3, ut possidet; ubi si inter ipsos litigantes jam in judicio consistentes non conveniat, quis sit possessor, Judex in lite cessabat et ad Prætozem eos remittebat, ut litis ordinandæ causa de possessione interim statueret sine ullo præjudicio proprietatis, aut possessionis ipsius; tantum ideo ne rixentur inter se, argum, L. 14, de *Usufruct.*, ex quo Merend. ubi proxime existimabat, huic summarissimo remedio locum non esse nisi quando timetur rixa inter ipsos possidere intendentes, cui videtur accedere Cyriac., L. 2, Controv., C. 244, n. 8 et 9. Sed hæc doctrina de Stylo non observatur et indistincte locus est huic remedio, ut testatur Postius in hac materia doctissimus et versatissimus, Obs. 41, n. 16, etc.

O mesmo Post. concilia, que só este nome *manutenção* foi incognito na legislação romana, e invento dos DD., mas que este summarissimo *interim* tem n'ella fundamento; *quidquid sit*, elle está recebido nas nações já referidas, (§ 163) em Roma, Toscana e Luca, e na Allemanhã, idem Post., Obs. 2, n. 48, Stryk., Vol. 1, Disp. 19, C. 1, a n. 28, et C. 2, a n. 245, et in *Us. mod.*, L. 43, T. 17, § 1, Conf. Brunneman, de *Process. Civ.*, C. 1, n. 48.

§ 167

Quanto á causa e fins do invento e uso d'este summarissimo possessorio, o mesmo Post., Obs. 4, a n. 3, bem o declara, ut ibi:

«Diciturque remedium hujusmodi adinventum et introductum gratia litis ordinandæ præparandæ, ut scilicet antequam de dominio, aut possessione via ordinaria cognoscatur, constet, ac terminetur, quis actor sit, seu esse debeat, quisve reus in ipso judicio ordinario, et negotio principali, quisve stare et manuteneri debeat, atque cui faciendum sit præceptum seu inhibitió de alterum non molestando, cuique incumbat onus probandi, prout hoc civilis, et naturalis ratio suadet. Et sic manutentio distinguit actorem a Reo». Conf. Portug., de *Donat.*, L. 2. C. 32,

a n. 14, Luc., *de Judic.* Disc. 44, a n. 76, Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 7, a n. 8.

«Et ordinatur judicium hoc ad negotium principale ad effectum ut in hoc succumbens constituatur actor, et cogatur agere ordinario judicio, in eoque probationes facere, a quibus liberatur, qui obtinet in hoc judicio (Conf., § 5). Atque ideo, manutentione decreta, emanatque præcepto, seu inhibitione ad favorem possessoris contra adversarium super manutentione, et de non molestando, potest Judex eidem Adversario terminum adsignare, ut det libellum super ordinario judicio possessorio.»

«Ut quoque introductum fuit hoc judicium ad finem ne lite pendente super proprietate, vel possessione legitima, quis in possessione, in qua est de præsentis, turbetur, vel impediatur... Ac ne partes ad arma veniant, neve inter sese contingant rixæ, scandala, offensæ, injuriæ, vel spolia, seu molestiæ reales, vel verbales et ad sedandas eorum molestas contentiones, atque ne violentiæ inferantur, et ut illatæ removeantur.» Até aqui Post.; confirmase Ridolfin., in *Prax. Roman. Cur.*, P. 2, C. 12, n. 92, o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 44, a n. 76, e melhor Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 7.

**Como deve propor-se este remedio summarissimo
da manutenção**

§ 168

O mesmo Post., Obs. 5, a n. 2, o ensina n'esta fórma, ibi:

«Ad Partis, seu Partium quoque instantiam remedium hoc manutentionis introducitur, nam ille, qui possidet et timet spoliari, vel turbari, seu etiam utraque Pars, si ambo se possidere profiteantur, quemadmodum pro sua possessione tuenda, et continuanda potest de facto resistere, et ejicere turbatores (Conf., § 8); ita ne ipse sit, aut indicetur auctor rixæ; neve adversarius ejus possessionem in-

vadat, potest Judicem adire, ejusque officium, et protectionem implorare pro sua possessione manutenenda, et ut cum in tali facto defendat per Præcepta pœnalia (Conf., a § 98, Peg., *de Interd.*, n. 111, Post., Obs. 2, n. 27).

«Prout possessor idem remedium intentat, cum adversarius illum turbat per occupationem naturalis possessionis, seu per denegationem solutionis, vel fructuum et ipse non vult se habere pro spoliato; non potest tunc retinendo possessionem civilem (Conf. § 102) adire Judicem, et petere, ut inprimis manuteneatur in sua possessione, vel quasi, seu statu, durante lite, seu controversia.»

Nota. Não se póde porém usar d'este remedio summarissimo mais que para a manutenção na posse, nem do remedio da Ord., L. 3, T. 78, § 5, para a recuperação da espoliada, quando o possuidor se deu por espoliado d'ella; Repertor. debaixo da conclusão: *Posse por beneficio do 1.º e 2.º decreto*, etc., Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 3, § 5, et C. 2, § 2, Ridolfin., *in Præx. Roman. Cur.*, P. 2, C. 12, a n. 208, Menoch., *Retin.*, Rem. ult., n. 29, Post., Obs. 3, a n. 18. Só sim o espoliado póde *in continenti* recorrer ao remedio da assistencia judicial para o desforçamento, de quo a § 10.

Comprovação de todo o exposto desde o § 160

§ 169

Todo o exposto a § 160 se comprova e illustra mais claramente com a distincta exposição de Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 4, § 14, ibi:

«Cum vero plerumque ingentes de possessione esse controversiæ, et non rarò partes ad arma venire soleant dum unusquisque sibi asserit possessionem, seque in ea defendere intendit, ac ita jure se agere credit; et vero nostri fori ratio satis prolixa et ambigua sit ut hujus possessorio, exitus non semper expectari queat: cura quietis publicæ postulavit, ut quam ocissime turbis hisce prospiceretur. Nam inde praxis super retinenda possessione agendi duplici remedio, Summarissimo seu momentaneo et ordina-

rio. Illud vocatur, in quo juris ordine non servato, sine longo litis sufflamine solum inquiritur quis quomodocumque præsentem possessionem docere possit. Neque vero in hac possessionis causa finaliter definitur, sed tantum pendente lite provisionaliter prospicitur, ut constet, quis actoris et rei partes sustinere debeat: Est enim hoc iudicium duplex, ubi uterque litigantium actoris partes sustinere, h. e. ad iudicium provocare potest. Hoc intuitu sententia in summarissimo lata mere interlocutoria est, dum provisionaliter tantum determinatur, quis lite super possessione pendente possidere debeat. Proinde statim ad demonstrationes devenitur, reliquis processus partibus semotis. Huc dirigendæ sunt implorationes, in quibus implorantes in præsentanea possessione se fundant. Non ergo adeo super qualitate possessionis hic scrupulose disputatur, cum tantum sit remedium provisionale, nisi aperte de injustitia possessionis constet; veluti, siquis in actibus possessoris, qui controversiæ ansam dederunt, se fundare velit.

Et § 15, ibi:

•Ordinarium possessorium est illud ipsum interdictum uti possidetis. Neque enim lis de possessione per summarissimum decisa, sed magis suspensa et præparata, adeo ut, cum Iudex provisionaliter implorantem tuetur, reservare debeat alteri ordinarium possessorium, vel petitorium; alioquin appellationi locus est, si petitorium tantum reservatum est. Ordinarium dicitur comparative loquendo; nam intuitu petitorii, suminarium adhuc est, secundum indolem omnium Interdictorum. Ordinarium appellatur respectu summarissimi, in quo celerius, breviusque causa expeditur. Et ita in hoc remedio demum Interdictum uti possidetis plenius expenditur, inquiriturque, quis meliorem, et antiquiorem possessionem pro se habeat, non quod hic quoque præsens possessio non sit docenda, sed quod hoc ipsum non sufficit. Sæpe enim contingit; ut quis possideat nec vi, nec clam, nec precario, nec tamen id statim liquido docere possit: alterius possessio autem, licet

clandestina, licet precaria, manifestior sit, ut tamen de clandestinitate vel precario non statim constet, hic sine dubio in summarissimo possessorio defenditur, reservato alteri ordinario possessorio, h. e. ut actoris partes in quaestione super possessione sustinere debeat. Dolendum vero est plerumque per astutiam leguleiorum hæc duo remedia ita distingui, ut vix amplius cognosci possit, summarissimum tantum præparatorium esse, quod Judex præcavere poterat, et debebat. In hoc melior possessio est docenda, non ut titulus simul probetur (*), sed ut qualitates possessionis debitæ simul ostendantur. Hunc in finem conducit antiquiorem possessionem probare, quia hac probata, alterius actus possessorii vitiosi præsumuntur.»

(*) «Pro colorando possessorio tamen actor, si vult, titulum allegare et summarie probare potest, modo protestetur se id minime fecisse intentione se intromittendi in petitorium. Hoc enim facto facilius in possessorio obtinebit, cum ita justiore possessionem simul demonstraverit et ostenderit se præsumptum jus in re habere; quippe ex quo unice possessio coloratur. Atque hic color possessionis regulariter est voluntarius; datur etiam necessarius, ubi extra ordinem titulus docendus, cujus exemplo infra traduntur.»

Et § 16, ibi.:

• Quamvis vero pro litibus abbreviandis, imo secundum naturam remediorum provisionalium expediret, ut post sententiam interlocutoriam in summarissimo latam, non novus processus inchoaretur, sed is, cui ordinarium est reservatum, statim ad probationem melioris possessionis se accingeret (neque enim sententia interlocutoria litem de possessione definit), invaluit tamen, ut in Ordinario possessorio denuo agendum sit, (*) oblato libello Summario. Conclusio secundum naturam hujus Interdicti itidem huc collineat, ut in possessione, vel quasi defendatur. Postquam enim in Summarissimo obtinuit, ut interim tantum possideat, omnino huc agentis intentio tendit, ut quia putat alterum vitiose possidere, ab his actibus turbativis desistere debeat.»

(*) «Quia vero hoc non adeo rationi juris conforme est, meo iudicio haud peccabit, qui post sententiam provisionalem statim pro probando ordinario se ad probationem accingit sine novi libelli oblatione.»

Concorda em tudo Van-Esp., *dè Jur. Eccles.*, P. 3, T. 2, C. 4, a § 15, ibi:

«Recredentia enim est interlocutoria, quam Iudex dat, processu durante in materia manutenentiæ, aut in aliis materiis possessoriiis super usu fructuum, aut rei litigiosæ. Dicta autem Recredentia, quasi rei credentia, quod res, fructus et possessio rei, ei potius, cui Recredentia adjudicatur, credenda credatur; interim scilicet quousque plenius res ipsa discussa, et in pleno possessorio definita sit.

«Recredentia enim non habet effectum nisi quousque lis duraverit proprietatis, vel possessionis, idque sine præjudicio Partis adversæ, si hæc in pleno possessorio vincat.

«Neque enim fructus aut emolumenta rei Recredentiaro absolute, et irrevocabiliter addicuntur; sed tantummodo quasi ejus fidei interim creduntur, seu quasi penes ipsam sequestrantur, restituendi Parti adversæ, si plenum possessorium huic adjudicetur.»

Et n. 26, ibi:

«In adjudicanda Recredentia Iudex tantum summarie se informare solet, atque ex actis, sive hinc inde reproductis instrumentis despicere, quis apparentiorem titulum habere videatur, et cui omnibus expensis, possessio per interim, quousque plene fuerit discussa, et plenius de jure contententium constiterit, sit credenda.

«Adjudicata Recredentia, si nimium materia et causæ status eam requirere videatur; tunc ulterius causa instruitur et plenarie de titulis et juribus ipsarum Partium Iudices cognoscunt, eaque discutunt, ut appareat, quis canonicam possessionem habeat, atque in ea manutenendus sit, et cui per sententiam definitivam, plenum possessorium adjudicandum sit.»

Emfim assim o vemos no nosso reino tencionado e julgado em Sousa de Macedo, Decis. 52, ibi:

«Eramus in judicio, de quo J. C. in L. 7, § fin. ff. *de Liber. caus...* Antiqui illud appellarunt Vindiciarum. Moderni vocant Momentaneum: Castellani specialiter nuncupant Judicium. Interim Galli Recredentiam, seu causam novitatis: Germani Provisionale decretum: Itali, novam provisionem: nos, preparatorium ad pleniorum causam. Datur quippe ubi duo affirmant se possidere, nec discernitur quis possideat. Tunc Judex providet, quis in pleniori disputatione super proprietate, vel ipsa etiam possessione agere debeat partes Rei, vel Actoris, et hoc ex officio, vel ad ordinandam, seu præparandam litem, vel ad rixas vitandas... ita ut appellationem non admitti dixerunt... Praxis nostra appellationi semper defert effectum devolutivum, ut in Gallia, etc... Ex quibus fuit judicatum, quod Reus non turbaretur, donec lis super proprietate, vel plenaria possessione incepta, et finita esset; imò conservaretur in statu, quem habebat... Sententia ista est interlocutoria, ut in movenda lite, iste, pro quo judicatur, sit Reus, etc.» Confirma-se Brunneman., *de Process. Civil.* C. 5, a n. 45.

COROLLARIO

Sendo esta a diversa natureza dos remedios summarissimo e summario na materia da manutenção, já será facil de comprehender as juridicas differenças nos casos em que se trate um ou outro remedio. Os nossos reincolas os têm confundido, e não menos os advogados, applicando quando se trata do summarissimo doutrinas que só procedem no possessorio ordinario, e vice-versa. As differenças se estão por si mesmas deduzindo das doutrinas citadas; mas eu passo a desenvolver-las mais clara e detallhadamente no seguinte

CAPITULO XI

Diferenças entre o possessório na manutenção summarissimo
e entre o summario por outro nome ordinario

PRIMEIRA DIFFERENÇA

Quanto ao possessorio

§ 170

«*Differentia autem quoad effectum inter possessorium summarissimum, et ordinarium, in sequentibus præcipue consistit: 1.º In possessorio summarissimo agitur solum de facto possessionis, id est, nihil amplius quæritur, quam, an quis possideat; unde in § præcedenti dixi, quod nudis etiam detentoribus competat, qui asininam possessionem solum habent. Sed vero in possessorio ordinario de qualitate possessionis disquiritur, v. g. an quis vi, clam, vel precário possideat. 2.º In possessorio Summarissimo junior, sive præsens possessio attenditur, et sufficit, modo quis unum actum possessorium quietum allegare queat; actus enim, qui liti causam dat, non consideratur; e contrario autem in possessorio ordinario ad antiquiorem possessionem respici debet. 3.º In possessorio summarissimo non solemnni ordine servato, celeriter, et summarie proceditur; ita ut sufficiat qualis petitio et responsio, item probationes leviores. In possessorio ordinario autem plenioribus probationibus opus est; unde sibi etiam admittuntur exceptiones contra personas, et dicta testium, quæ non admittuntur in summarissimo.*» Ita Stryk., *Us, mod. Pand.*, L. 43, T. 17, § 2, e Vol. 5, Disp. 24, C. 7, a n. 3, e de T. 17, § 7.

Conf. Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, *de vero usu remedii possessori et Summurii*, C. 2, § 2, ibi:

«*Judicium ordinarium, quod alii summarium appellant distinguitur a summarissimo, quod in illo agitur de quantitate et qualitate possessionis, ultra antiquior, et utrum*

alter vi, clam, vel precario possideat ab altero; in hoc vero (summarissimo) solum factum possessionis præsentaneæ disceptatur.» (Confir-se Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 7, tot.)

§ 171

D'esta differença infere o citado Boehmer., C. 3, § 8, ut ibi: «Cum autem in hocce possessorio (summarissimo) non præcise requiratur, ut aliquis possideat, sed tantum, ut in possessione sit; hinc meritò concludo, illud etiam cuivis dari detentori, sive sit usufructuarius, sive Colonus, quoniam in hoc judicio de simplici statu, et de eo conservando agitur, Post., Obs. 42, n. 43, adeo ut non inquiratur, an alter, ab alio possideat clam, vi, vel precario, sed etiam hoc modo possidens manuteneatur, Id. Post., cit. loc., n. 118. Sufficit quoque possessio unius hebdomadis, et minime annuam probandam judico.»

§ 172

Tambem da mesma differença é consequente que no possessorio summarissimo: «Datur manutentio mero detentori, donec de causa principali cognoscitur, nam ad effectum manutentionis non justitia, vel injustitia possessionis, sed ipsa detentio et insistentia attenditur... Necnon etiam prædoni; nam et etiam prædo, donec discutitur de juribus suis debet lite pendente in sua possessione tueri. Sed hoc procedit, dummodo notorie non constet, quod sit prædo ex eisdem actis». Ita Ridolfin., in *Prax. Roman. Cur.*, P. 2, C. 12, a n. 133, latissime Post., *de Manut.*, Obs. 42, a n. 74, ibi:

«Attenditur itaque (in hoc Summarissimo) sola detentio, quæ est meri facti, et est manutenendus etiam merus; simplex, et nudus detentor, et possidens de facto (et n. 84). Agitur enim in hoc judicio solum de simplici statu, et de eo conservando, et tantummodo de statu præsentaneo, non autem de possessione vel quasi. Et inspicitur ac suf-

licet sola detentio, et factum nudum, ac status ultimus, atque præsens, seu de tempore motæ litis, vel paulo ante, ultimaque possessio, utque possessio, quæ est in actu, et meri facti, incumbentia, ac insistentia, et occupatio, possessioque apparens, non autem vera, et essentialis; quia ejus disputatio rejicitur in iudicium plenarium, et pro hujusmodi status conservatione, et non molestatione manutentio datur... Nec in iudicio manutentionis consideratur possessio, prout est juris.»

•Et sufficit (continua Post., a n. 86), etiam possessio, seu detentio, quam vocant asininam; quæ sic appellatur, si sit sine aliqua ratione; sat est enim docere de actibus possessoris de facto gestis. Debetque hoc iudicio attendi quod factum est, non quod fieri debebat. Nec quæritur in hoc summarissimo iudicio, an jure, vel injuria quis possideat, vel detineat, nec de bono, vel malo jure, seu an bona, et legitima, aut mala et non legitima sit possessio, seu illius justitia vel injustitia; an sit bona, vel mala fide, quia de facto, et non de jure possessionis disputatur (et a n. 97). Nec possessionis essentia diversificatur per justum, vel injustum. Ideoque in manutentione dumtaxat inspicitur mera, et corporalis detentio, et facti insistentia, quantumcumque injusta, vel injustissima sufficitque status possidendi tempore moti iudicii quovis colore quis possideat; injustaque possessio, quæ est in actu, attendi debet, etc.

•Hinc pariter (prosegue Post., a n. 109), manutentio non denegatur spoliatori, quamvis sit spoliator violentus, etiam contra spoliatum, seu illum, qui habuit se pro spoliato... Conceditur etiam furi, Latroni, aut prædoni; nam nec ille de facto molestari potest, antequam constet, quod sit prædo; immo spoliatus debet restitui.»

Ainda o mesmo Post., n. 115, acrescenta: «Non teneatur possessor probare, quod non possidet vi, clam, vel precario, non discutiendum, an quis sit possessor proprius et principaliter, seu possessio sit proprio nomine, vel alieno seu precario, sed immo succurritur hoc summarissimo ju-

dicio etiam illi, qui in effectu vi, clam, aut precario possidet; sufficit enim quod quis sit in possessione etiam violenta, ut sit tuendus lite durante (et a n. 122). Possidens autem precario manutenendus non solum contra tertium, sed etiam contra ipsum dominum et rogatum (*) quotiescumque intervertit ejus possessionem, etc. Conf. Portug., *de Donat.*, L. 2, C. 32, a n. 27, Guerreiro, Tr. 3, L. 6, C. 43, a n. 25.

(*) Isto de ser mantenido contra o mesmo que lhe concedeu o precario deve declarar-se pelo exposto desde o § 141; o mais só procede quando se trata no summarissimo sobre a posse de cousas corporaes, em que se dá actual insistencia e detenção. Pelas incorporaes porém como servidões, sim pôde competir o summarissimo em lugar dos respectivos interdictos dos romanos (§), mas aqui é necessario justificar a sciencia e paciencia do adversario, sem a qual nem ainda no summarissimo sobre cousas incorporaes pôde dar-se posse manutenivel, Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 7, a n. 33, 53 e 62, e o suppõe o mesmo Post., Obs. 40, Idem Pech., L. 4, Q. 4, a n. 2. E bem que Bersan., *de Contract.*, C. 2, Q. 18, a n. 8, tentou mostrar que no possessorio das servidões descontínuas não é necessaria prova da posse com sciencia e paciencia do adversario; elle no fim confessa que se julgou o contrario do que assim quiz defender. No possessorio summarissimo sobre pensões ecclesiasticas, supposto que o commun dos DD. se satisfaz só com a prova de um acto de solução, comtudo n'este reino, quando esse possessorio se trata no juizo secular é necessario que a posse da pensão ecclesiastica se comprove com producção de titulo, como bem mostro no meu *Tratado das pensões ecclesiasticas*, § 249.

§ 173

Tal é o regular favor da posse no summarissimo em differença do possessorio ordinario (§ 168); porém contra tanta laxidão, contra tão abusivos favores do intruso e injusto possuidor, aliás detentor, se levanta o grande Thomaz., *ad Pand.*, L. 43, T. 17, ibi:

• Quemadmodum vero moribus possessorium retinendæ possessionis vel ordinarium, vel summarium est; ita com-

muniter asserunt, qualitatem possessionis, quod scilicet actor eam nec vi, nec clam, nec precario acquisivit, probandam esse saltem in ordinario possessorio, non vero in summarissimo; sed limitationem patitur assertio ratione Summarissimi, in quo etiam ista probatio admittitur, si in continenti fieri possit; atque etiam tunc admittuntur probationes per testes. Unde simul patet, differentiam quæ inter possessorium ordinarium et summarissimum intercedit, non tam in necessitate probandi qualitatem possessionis, quam præcipue in controversia de antiquiori possessione consistere.» E melhor Retes, *de Interdict.*, P. 2, *de Interdict. Ut. possidet.* (apud Meerman., Tom. 7, pag. 508), a § 9, ibi:

«Sequitur ut videamus, quid probare debeat, qui vult in hoc iudicio obtinere? Debet autem probare possedis-
se de tempore litis motæ, neque constituisse illum in possessione actum controversum, qui præbuit occasionem liti, L. 1, § 7, *uti possid.*, § *Retinendæ*, Inst. *de Inter.* Neque attenditur jus, seu iustitia possessionis, sed merum factum possidendi; itaque in hoc Interdicto quælibet possessio sive justa, sive injusta manutenibilis est, L. 2, *uti possid. text. elegans*, in C. 6, *de Institution.*; unde Interpretes nostri hyperbolice dicere solent, injustam possessionem, mere naturalem, deprædatoriam, vacuum omni iustitia, et detentionem asininam ad vincendum in hoc Interdicto sufficere... inde extollentes facilitatem hujus Remedii, tam in prophanis, quam in Ecclesiasticis rebus, quamvis possessor careat omni iustitia; quam doctrinam ita absolute propositam parum tutam in utroque foro censeo, et in praxi non observandam.

«Moveor ex eleganti textu in Cap. licet caussam 9, *de Probat.*, ubi in illa celeberrima lite possessoria Pontifex satis pie satisque docte, non potuisse in favorem Communitatis pronuntiare uti possidetis ita possideatis, quia jus nunquam favet ei, quem constat, injustum esse possessorem. Unde certissimum iudico non esse pronuntiandum in hoc Remedio pro possessore, si constat ex actis notoriè

carere titulo ad proprietatem et cum domino litigat; ad quid enim possessio adjudicanda est ei, qui debet eam restituere alii, quem constat dominum esse? Ars enim et natura nihil operantur frustra, L. 45, § *Sabinus de Procurat.*; et circuitus inutiles vitandi sunt... Fateor hanc exceptionem non posse colligi ex ullo juris Civilis textu, sed ex lumine naturæ per se nota, eamque decent Menoch., etc., etc.

§ 174

Com effeito o mesmo Post., d. Observ. 42, a n. 137, (este doutor tão laxo e fomentador de posses injustas, ut § 170), elle declara, ut ibi: «Sed postquam constat in promptu notoriè, et evidenter absque alia disputatione de injustitia possessionis, seu de illius violentia, clandestinitate, vitio, improbitate, dolositate, vel spolio, seu possessorem esse furem, vel prædonem, seu intrusum; non est hujusmodi possessori danda manutentio, sed spoliolum est purgandum, et possessio revocanda». Conf. Portug., de *Donat.*, L. 2, C. 32, n. 67 e 69, Peg., de *Interdict.*, C. 10, n. 597, 601, 633 e 636, Ridolfin., in *Prax. Cur. Roman.*, P. 2, C. 12, n. 241; comtanto porém que esta notoriiedade de injustiça se prove no termo summario probatorio, Thomaz., supra (§ 170), Portug., n. 68; e esta prova se faça por confissão da parte, sentença ou instrumento, Post., n. 153, Ridolfin., d. 243, Guerreiro, Tr. 3, L. 6, C. 44, n. 80. Confirma-se Stryk., Vol. 5, Disp. 25, C. 3, a n. 48.

§ 175

Tambem cessam aquelles exuberantes favores (a § 168) quando o direito resiste fortemente á posse d'aquelle que n'ella pretende manutenção, Post., a n. 146, e Observ. 44, Ridolfin., supra, a n. 120, Stryk., Vol. 5, Disp. 25, C. 3, Pech., de *Aquæd.*, L. 1, C. 7, a n. 28, Retes, de *Interdict.*, P. 3, § 11; ou quando o que pretende a manutenção deriva a sua posse de um título que produz, e este é

em si mesmo nullo, irrito e reprovado por direito, Osor., *de Patron. Reg.*, Resol. 72, a n. 16 ad 21, Post., supra, a n. 155, Portug., a n. 72, Conf. Peg., Tom. 7, ad Ord., L. 1, T. 87, § 6, a n. 43, Guerreiro, For., Q. 54, n. 27 e 28, ou quando se trata de bens reaes, Stryk., supra, a n. 54.

§ 176

O exposto (§ 170) deve aqui receber declaração, e procede tão sómente quando a posse controversa é injusta relativamente ao contendor que a disputa em juízo; se porém não é viciosa relativamente a elle, mas relativamente a terceiro, que não contende em juízo sobre ella, n'este caso o possuidor injusto relativamente a esse terceiro, só porque possuidor, tem mais direito relativamente ao que lhe perturba a posse, para contra elle ser mantido, do que tem o turbador para lhe disputar o direito de terceiro, Portug., *de Donat.*, Liv. 2, C. 32, n. 69, Post., *de Manut.*, Observ. 42, a n. 169, Valasc., Cons. 79, n. 19, Samuel de Coccey, *Just. Natur. et Roman. novo System.*, § 597, a n. 2 et 5, Retes, *de Interdict.*, pag. 2, § 11 (apud Meerman, Tom. 7, pag. 508), ibi.

«Neq̄ obstat Tex. in Liv. 2, ff. *ut possid.*, in quo docemur, non debere manuteneri possessorem, si contendat contra illum, quem violenter dejecit, vel a quo precario rogavit possessionem, vel si clam eo cœpit possidere; quia contendit cum eo, a quo malam causam habet: cœterum si contendat cum alio tertio, quamvis vi, clam, vel precario possideat, manutenendum esse, ut docent Laudati a Pichard. in § *Retinendæ*, n. 8. Quoniam ex hōc contextu, qui deducitur ex textu antecedenti, satis constat intellectus: si enim est tertius, qui litigat, quamvis possessor injuste possideat, non potest objicere vitium possessionis, cum non sit contractum in persona sua, et jus alterius allegare non possit, Liv. 4, § *Competit*, ff. *si Serv. vindicet*. Quod si adversarius sit dominus, de cujus dominio clare et incontinenti constare possit, non est excludendus; ne-

que id colligi potest ex his Textibus, qui de hac specie non loquuntur: quæ doctrina disserte colligitur ex Liv. ult. ff. *de Adquir. possess.*, adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet: ergo a contrario colligitur, vitiosam possessionem adversus dominum non solere prodesse: ideo vero prodest adversus extraneos, quia justum, et injustum sunt ex specie correlativorum; nam qui injustus est possessor respectu unius, nempe domini, non est injustus ad retentionem respectu alterius, qui nullum jus in re habent, ut docent eleganter Hillig., *ad Donell.*, Liv. 5, C. 6, Let. J., Cujac., Liv. 5, *Observ.*, C. 22 e Liv. 9, C. 33, et Liv. 18, C. 24.

Nota: N'este sentido se deve entender o assento de 16 de fevereiro de 1786, no fim da 2.^a questão, emquanto diz que se não deve «seguir o visível absurdo de se julgar nos interdictos restitutorios, e nos outros casos occorrentes no fôro (aqui não distingue o summario do summarissimo), a posse àquelle mesmo que pelo processo, e evidencia notoria dos autos se deprehende não lhe dever ser julgada a propriedade». *Ita ut sensus sit*; que só assim se deve praticar, quando a posse de um dos contendores é injusta relativamente ao outro dos contendores.

Tambem da certeza do mesmo principio (§ 173), é consequente ser um erro poder o espoliador ou turbador defender-se com a posse e direito de terceiro, ex Post., *de Manut.*, Obs. 61, Peg. 2, For., C. 11, n. 216; porque o injusto possuidor relativamente a esse terceiro é justo possuidor relativamente ao que o turba ou espolia. Só se o espoliador tem causa d'esse terceiro poderá ser ouvido com o direito d'elle, Peg., supra, n. 217.

SEGUNDA DIFFERENÇA

Quanto às excepções

§ 177

No possessorio summario se admittem todas as excepções tendentes a enervar a posse do agente, que a mostram injusta, extincta, etc. Peg., *Interdict.*, a n. 516. Mas

no summarissimo e caso da tuitiva diz com os mais DD., Portug., *de Donat.*, Liv. 2, C. 32, a n. 64: «Non tamen audiendus est cum exceptionibus respicientibus materiam causæ principalis, tam petitorii, quam possessorii plenarii, quæ requirunt altiozem indaginem; quia in iudicio possessorio non admittuntur exceptiones, quæ altiozem requirunt indaginem.... tam in jure, quam in facto, vel quando articulus est valde intrincatus». Mais diffusamente ex professo Post., *de Manut.*, Obs. 42, a n. 44, ibi.

«Atque in summa rejicitur omnis exceptio concernens, seu respiciens petitorium... et omnis exceptio respiciens possessorium ordinarium seu plenarium... Quinimo nec titulo producto, requiritur illius justificatio... nec est cognoscendum de ejusdem tituli validitati (et a n. 58). Nec admittitur domini exceptio, etiam si dominium, illiusque defectus offeratur in continenti (et a n. 67). Quinimo nulla in hoc Summarissimo iudicio admittitur exceptio, saltem quæ sit turbida, et quæ egeat discussione, seu requirat altiozem indaginem (et n. 73). Omnisque ab hoc iudicio aliena dicitur exceptio, quæ in continenti non probatur, hoc est intra terminum probatorium, seu Instantiæ.» Conf., Stryk., *Us. mod.*, Liv. 43, T. 17, § 7.

Nota: Estas mesmas generalidades (§ 174) devem receber as modificações a § 170. Por mais que o possessorio seja summarissimo, as excepções, que sendo concludentes se podem provar no breve termo probatorio que n'elle e na tuitiva se assigna, se dizem provadas *in continenti* para serem attendiveis, Post., supra, n. 73, Portug., *de Donat.*, Liv. 2, C. 32, n. 68, *ubi de stylo*, Paz, *de Tenut.*, C. 30, n. 39, Noguerol, Alleg. 23, n. 136, Retes, *de Interdict.*, pag. 1, § 21, apud Meerman., Tom. 7, pag. 502, optime Stryk., Vol. 5, Disp. 25, C. 3, a n. 48. E no possessorio summario são admittidas todas as que se exporão a § 213, quanto ao espolio.

TERCEIRA DIFFERENÇA

Quanto á posse e turbacão, e suas provas

§ 178

Os requisitos do possessorio Retinendæ summario e summarissimo se reduzem a prova da posse turbada, e da turbacão mesma, Post., *de Manut.*, Obs. 15 e 17, Rhet. inter opera Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 4, a n. 48, Ridolfin., *in Prax.*, pag. 2, C. 12, a n. 100; com a differença porém, que no possessorio summario ou ordinario basta a prova da posse antecedente (que se presume continuada emquanto se não mostra interrupta, Peg. 2, For., C. 11, pag. 918, Post., Obs. 17, a n. 25); e no summarissimo «qui vult obtinere manutentionem, debet probare non solum se possedissee, sed insuper docere de ejus possessione de tempore turbationis, seu litis motæ, seu contestatæ, vel paulo ante ac immediate ante litem motam; alias denegatur manutentio». Ridolfin., supra, n. 103, Post., *de Manut.*, Obs. 17, a n. 2, de fôrma que se deve aqui ter como alligada sempre ao dedo a cautela de Stryk., *de Action. Forens.*, Sect. 2, Membr. 2, §§ 8 e 9, ut ibi.

• In possessione rerum immobilium turbatus paratum habet interdictum uti possidetis, vi cujus omnis possessor, qui saltem non vi, clam, vel precario ab adversario rem possidet, contra quemvis turbantem defenditur, Liv. 2 e 3, ff. *ut Possid.*; attendat autem hic actor probe, an turbans etiam pro se actus possessorius allegare possit, vel non; cum enim remedium possessorium interdicti uti possidetis distinguatur in Summarium, quod alias ordinarium dicitur, et Summarissimum, quorum hoc longe expeditius est illo, probe respicere debet acturus hoc judicio ad qualitatem suæ possessionis, et ad actus possessorios quos forte turbans pro se allegare potest. Si enim actor pro se recentiores actus possessorios habeat, absteat se ab ordinario uti possidetis judicio, et recurat ad possessorium in Summarissimo. In hoc enim non de jure

possessionis, sed de facto præsentis possessionis tantum quæri solet; adeo ut ille hic manutenendus, qui habet possessionem de præsentī, et nunc, et unicus quoque actus quiete exercitus hoc casu sufficit, tam in corporalibus quàm in incorporalibus. Imo probationes etiam leviores, et semiplenæ admittuntur.

•Quod si vero ultimos actus possessorios pro adversario turbante adesse noverit, non Summarissimo, sed ordinario possessorio experiatur: in hoc enim vincit ille, qui antiquiorem vel magis titulata possessionem pro se habet; recentior enim possessio in dubio præsumitur turbativa, C. 9, x. *de Probat.*; quæ sententia antiquiorem possessionem præferens, quamvis Juri civili conveniens non videatur; jure canonico tamen certa illa est, et usu fori satis comprobata.

•De eo amplius dubitandum non est, possessorium hoc remedium uti possidetis, sive ordinario, sive summarissimo processu quis experiatur, utiliter ad omnes alios possessores rerum incorporalium seu jurium extendi posse... Unde possessor servitutis hoc remedio experitur... Vix casusurbationis fingi potest, cui ex hoc remedio non parata sit medicina.

§ 179

Isto (§ 175) quanto á differença da posse em um e outro remédio, summario e summarissimo; e quanto á sua prova: só porque a L. 6 e 8, Cod. *Un vi*, a L. 14, Cod. *de Agric. et Censit*, a L. *tum de possessione*, Cod. *de Moment. possess.*, mandaram que nas causas possessorias se proceda summaria e brevemente, inferiu a torrente dos DD. que bastam provas semiplenas; e aqui tem fundamento o muito que cumularam Post., *de Manut.*, Obs. 38, Ridolfin., *in Prax.*, pag. 2, C. 12, a n. 105, para persuadirem que aqui bastam provas semiplenas, presumptivas, por testemunhas singulares, e ainda por uma só testemunha. Conf. Stryk., *de Act.*, Sect. 2, Membr. 2, § 8, no fim Lauterb., *ad Pand.*, Tom. 2, L. 2, T. 3, § 12. E

isto pela rasão, que com muitos DD. exhibe Post., n. 11; «quia agitur de nullo, vel modico præjudicio, et reparabili in alio judicio».

§ 180

Porém Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 1, § 5, se oppõe a este erro, convencendo-o fundamentalmente; elle nem ainda acquiesce á distincção «num causa possessionis sit magni, an levis præjudicii; semiplena»; distincção que fizeram os DD. ahi referidos, porque Boehmer. vê por uma parte a L. 9, *Cod. de Judic.*, a L. 2, *Cod. de Carbon. Edict.*; e por outra parte, no § 36, considera os commodos da posse (§ 5), que vae a julgar-se.

§ 181

Mas o mais commum dos DD. distingue entre o possessorio summario e o summarissimo; n'aquelle exigem provas da posse mais plena; n'este menos plenas: assim Pech., *de Aquæd.*, L. 1, C. 7, a n. 22, Begnudell, Verb. *Spolium*, n. 16, Voet., *ad Pand.*, Liv. 43, T. 17 a § 6, Menoch., *de Recuper. possess.*, Remed. 15, a n. 408 e 423, Carpzov., *Defn. For.*, pag. 2, Const. 7, Defin. 15 e 16, Stryk., *Us. mod.*, Liv. 43, T. 17, § 2, e com outros DD. Rhet. entre as obras de Stryk., Vol. 10, Disp. 3, *de Judiciis possessor.*, C. 4, n. 43 e 44.

Nota: Esta distincção é sim sustentada por tantos e tão graves DD., mas não só é reprovada pelo citado Boehmer. (§ 177), porém ainda mesmo no summarissimo não é o prejuizo (supposto que reparavel na definitiva do possessorio ordinario) de tão pouco momento como pensam estes DD. Aquelle que no summarissimo obtem a manutenção, fica depois em qualidade de réu e possuidor, com os favores que o direito lhe dá n'essas qualidades (§ 5); elle depois eternisará a causa sobre o possessorio plenario, ou com as vistas na impunidade, se for insolvel dos rendimentos, ou na variedade de opiniões a este respeito, que se verão no capitulo 21. E não ha aqui prejuizo notavel e bem contingente? Póde elle

reparar-se na definitiva? A opinião pois de Boehmero parece mais plausível; e a 2.^a parte da dita distincção (§ 178) reprovavel. Ou pelo menos as provas no summarissimo dependentes de um racional arbitrio do julgador, attendendo que tambem no possessorio se dá lesão, Assent. de 30 de agosto de 1779, no fim.

§ 182

Pelo que respeita á turbação, outro e segundo requisito d'estes possessorios: tanto no summario como no summarissimo a turbação deve provar-se Liv. 1, § 1, L. 3, §§ 2 e 3, ff. *Ut possid.* São concordes os DD. que a turbação se faz por qualquer molestia ou impedimento ao livre uso da posse, Post., *de Manut.*, Obs. 41, n. 4, Menoch., *Retinend.*, Rem. 3, a n. 467, aonde refere vinte e oito modos; pelos quaes a posse se turba, os quaes recopilaram Bocat., *de Interdict.*, C. 11, e Peg., *de Interd.*, C. 1, n. 9: accionada em juizo a turbação, adverte judiciosamente o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 20, n. 6, ut ibi:

«Neque juxta magis communem, et receptam opinionem necessaria est turbationis, ac molestiarum positiva probatio, sed sufficit probatio possessionis; quoniam intrat clarum dilemma inevitabile. Aut collitigans dicit se turbasse; aut non. Si dicit turbasse; ergo probatio turbationis est in confesso. Et si negat, sibi replicari potest, quod non debet se opponere concessioni manutentionis.»

§ 183

Que basta a sustentação da lide dizem Silv., á Ord., L. 3, T. 48, § 2, n. 9, Post., supra, n. 3. Não basta porém para verificar a turbação contestar o réu simplesmente por negação, Menoch., *Retinend.*, Remed. 3, n. 472. Se basta a simples contradicção verbal fóra do juizo? O citado Post., n. 1, parece que com ella se satisfaz; porém Barboz. e Tabor., *Thesaur. Loc. Comm.*, L. 18, C. 36, Axiom. 2, diz que: «Turbatio non committitur verbis, sed facto... Qua de causa, qui minatur tantum turbatio-

nem, nec ultra verba progreditur, potius actione injuriarum quam de vi tenetur». E Gomez, na L. 45, *Taur.*, sub n. 171, distingue assim:

«Quarto datur interdictum uti possidetis contra perturbantem, vel molestantem solo verbo, puta contra eum, qui dicit possessionem talis rei possessori non pertinere, vel esse malæ fidei possessorem, etc. Quod tamen notabiliter intelligo isto modo: nam si ille, qui inquietat, perturbat, vel diffamat possessorem solo verbo, non impedit per hoc suam possessionem, vel quasi, nec fructus ejus; tunc possessori non competit istud interdictum contra illum; quia per hoc non dicitur possessor turbari; et sic non est extremum habile ex parte Conventi. Si vero per inquietationem, vel diffamationem, quam ille Reus facit solo verbo, possessio Actoris impeditur; quia propter verba sua possessor non invenit Colonos, inquilinos, vel laboratores, vel alias impeditur commodum possessionis, quia forte est potens, vel nobilis; tunc bene tenetur Interdicto uti possidetis, quia satis per hoc videtur possessionem turbare, etc.»

Apesar porém d'estas distincções, e seguindo a Post. na Obs. 41, diz Retes, *de Interdict.*, P. 2, § 8 (apud Meerman., Tom. 7, pag. 508): «Mihi tamen placet generalis regula Postii, Obs. 41; ubi quis cum alio consistit in judicio, vel extra, nec sinit ei uti libera sua possessione, locum facere huic Interdicto; neque opus esse probare aliam inquietationem».

Nota: Eu distinguiria entre a prova da turbação no summarissimo e no summario. N'aquelle me satisfaria com a simples turbação verbal; já porque esta pelo menos induz temor da futura turbação, e basta para fundar este remedio por argumento da Ord., L. 3, T. 78, § 5; já porque aqui entra o dilemma do Card. de Luca (§ 182). No summario exigiria outra turbação na posse mesma, e seguiria Barbos., Taboř. e Gomez (§ 183); muito mais advertindo que Post., a quem seguiu Retes, falla do possessorio summario, e os DD. sempre se entendem conforme os que citam.

QUARTA DIFFERENÇA

Quanto ás reprovos das testemunhas

§ 184

Alguns DD. dizem simples e indistinctamente que nos remedios possessorios summarios não se admittem repul-sas, nem reprovos de testemunhas, como com Peg., *de Interdict.*, e Altim., Silv., ad Ord., L. 3, T. 48, § 2, n. 10, Conf. Cortead., Decis. 21, a n. 164. Porém esta proposição se deve entender quando se trata o possessorio summarissimo pela particular rasão do summarissimo mesmo, e de ser reparavel na definitiva o gravame; não assim quando se trata do possessorio summario que decide definitivamente a posse, como bem distinguem Muller, ad Struv., Exerc. 28, Thes. 47, Cortead., supra, a n. 165 e 169, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 17, sub § 2 (aonde, que esta é uma das differenças dos dois possessorios), Rhét., inter opera Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 4, n. 51, com Carpzov. Marant., Covarruv., Menoch. e outros; bem que a não prevalecer a rasão do summarissimo do processo, a outra rasão encontra objecção na nota ao § 178.

QUINTA DIFFERENÇA

Quanto á fôrma das sentenças e provas em um
e outro possessorio que fundamentem
as sentenças

§ 185

Varias formulas do mandato de manutenção no summarissimo refere Post., *de Manut.*, Obs. 105, nenhuma das quaes se conforma com a nossa praxe. Retes, *de Interdict.*, P. 2, § 5, propõe outra formula como se deve conceber a sentença interlocutória n'este summarissimo em differença da definitiva no possessorio plenario. No summarissimo diz que deve assim *Manuteneo illum, sine præjudicio possessionis et proprietatis, donec lis finiatur.*

No ordinario deve conceber-se a sentença que o ha por manutenido na posse, emquanto não for convencido na causa da propriedade para que lhe reserva direito, etc. Na *tuitiva*, que fraternisa com o summarissimo (§ 97) dá Valasc., Cons. 79, n. 21, a fórmula da sentença, ut ibi:

«Sexto quæsitum. Qualis debeat esse Judicis super hac Tuitiva pronuntiatio, post ejus justificationem? Et respondi, ad instar interdicti uti possidetis, pronuntiandum esse Impetrantem fecisse veram informationem Principi de possessione sua (et titulo saltim colorato, si sumus in possessione beneficii, vel alterius rei, in qua sit præsumptio juris communis vehemens contra Impetrantem). Item quod Adversarius desistat ob omni molestia, et inquietatione existenti in possessione illius rei; et deinceps in futurum non molestet, nec turbationem aliquam faciat (*).»

(*) Se o vencido é obrigado a prestar caução effectiva de não molestar mais ao manutenido na posse? Muitos DD., que refere Post., *de Manut.*, Obs. 104, n. 1, o affirmam; que porém não está em uso o attestam os citados Valasc. e Post., n. 2, mas quanto ao summarissimo. Quanto porém ao *Uti possidetis* ordinario diz Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 4, sub § 13, «Ut cautio de non amplius turbando petatur, de Jure Civili cautum non legimus, usu tamen forense introductum est». Porém n'este reino não vejo praticada esta caução.

Breves advertencias sobre as provas fundamentaes das sentenças em um e outro possessorio summarissimo e summario

§ 186

Quanto ao summarissimo: Se o magistrado seguir a opinião de qua §§ 176 e 178, então o mestre Post., *de Manut.*, com grande apparatus de doutrinas e decisões, na Obs. 38, firma estas conclusões, que vou recopilar como em fasciculo:

«In mandato de manutendendo probationem rigor non attenditur, sed satis est aliqualis, et summaria; sufficitque paucus numerus testium, et levior probatio; vel etiam le-

vissima, sive semiplena; adeo ut per semiplenam probationem dicatur plene probatum... et probationes recipiuntur imperfectæ; unde suffragatur etiam confessio extrajudicialis... non solum sufficiunt duo testes; sed sat est unicus testis; præsertim si vir sit insignis; et multo magis si sit testis partis adversæ, et stantibus aliis adminiculis (et a n. 24). Amplius in hoc judicio probant etiam testes singulares, seu deponentes de actibus singularibus; maxime in probanda possessione in genere; ut si unus dicat, quod vidit arare, alter quod vidit seminare, alter quod vidit messes colligi; alter putari, alter vindemiari... Sufficit testes singulares esse contestes in generalitate; vel sint adminiculati ex juris assistentia, vel deponant de facto proprio contra se ipsos. Præterea sufficit qualisqualis probatio, etiam minor, et levior semiplena. Et admittuntur etiam præsumptiones; et sic testes deponentes de possessione per publicam vocem, et famam; et plures probationes imperfectæ possunt etiam conjungi.»

§ 187

Porém o mesmo Post., a n. 34, declara estas conclusões, ut ibi:

«Declaratur tamen, 1.º, ut satis sit semiplena probatio, et levior ac unicus testis, quando alter Collitigans non melius probat, alias secus, cum probatio probationem non excludat... Si unus habet juris assistentiam pro se, alter tenetur plene probare. Unicus testis non sufficit, si ex adverso adsunt alii testes, vel probationes.»

«Declara, 2.º, ut non sufficiat unius testis depositio, vel semiplena probatio, quando adest in contrarium confessio principalis, vel extant aliæ conjecturæ, seu indicia.»

«Declara, 3.º, ut non sufficiant testes, qui non sint de actis causa ipsius manutentionis... Et multo minus si non constat, quod in judicio juraverint, et deposuerint parte citata, vel alias eorum examen nullum fuerit; vel fuerint informiter examinati, etc.

«Declara, 4.º, ut tamen probationes hujusmodi debeant in suo genere esse concludentes, ut inducant Judicem in indubitatam credulitatem... Et idem dicendum de testibus non bene informatis de loco differentię, et confinibus.»

§ 188

E como no summariissimo só se attende o ultimo estado da posse pouco antes do tempo, e ao tempo da demanda (não o acto que a occasionou), ut § 175, póde haver collisão de provas sobre a posse n'esse tempo mesmo; e então, prescindindo das regras geraes, de quibus Struv. e Muller, Exerc. 28, Thes. 49, Bochner., *ad Pand.*, Exerc. 65, *de collision. probation.* Eis-aqui as regras do mesmo Post., Obs. 71, n. 77, cum seqq., ibi:

«Inter plures contendentes de possessione, si uterque probet possidere de præsentí, seu eodem tempore, et cæteris paribus ille obtinere debet, qui nitidius, clarius, et melius suam possessionem probat; habetque possessionem munitam melioribus, et potioribus probationibus, et probationes rationibus melioribus fulcitas, etiam quando ambo juste, et ex eodem causa possideant.

«Unde præferenda est possessio, de qua plures testes deponerent; nisi plures deponerent generaliter, et pauciores in specie; nam hi tunc essent attendendi, cum possessio specialis præferatur generali; et sic si unus probat in specie, alter in genere præferri debet, qui probat in specie... Si duo contendant possidere de certo tempore, is præfertur, qui probat specificè possessionem de illo tempore.

«Ut quoque melius probaretur, et præferenda esset possessio, de qua deponerent testes meliores; ut si vicini, magis informati, et de facto proprio; digniores, honestiores, vel nobiliores... qui habet testes magis integros, vel deponerent aptiora, et verisimiliora; alii deponentes inverisimilia excederent in numero. Si testes utriusque Partis dicant æque verisimilia, existente paritate honestatis tes-

tium, præferri debet, qui produxit testes numero plures. Vel pariter testes deponentes affirmativam præferuntur testibus deponentibus de negativa; nisi testes negantes deponant verisimiliora. Sic etiam præferuntur testes, cum quibus concurrunt adminicula, et juris assistentia.

«Atque præferuntur testes deponentes de perceptione fructuum in concursu cum pari numero testium deponentium de cultura. Prout etiam inter probantem de cultura, et probantem de perceptione fructuum de eodem tempore, esset deferendum illi, qui melioribus probationibus, et testibus actum suæ possessionis probaret.

«Tertio, et cæteris paribus, et in concursu æqualis possessionis, illiusque probationis obtinere debet, qui habet aliquam præsumptionem pro se, ut si sit ex descendentibus eorum, qui antea possidebant; vel si habeat juris assistentiam; vel cujus possessio est favorabilis, et alterius odiosa. Ut quoque præferri debet, qui habet possessionem magis justificatam, etc.» Confir-se Stryk., Vol. 2, Disp. 17, C. 3, tot:

§ 189

No possessorio ordinario quando se trata de o sentençar não só se devem ter em vista as precedentes regras (§ 185); mas as que de Post. e de muitos outros DD. recopilou Stryk., Vol. 5, Disp. 24, *de Possidente non meliore*, C. 7, a n. 5, ibi:

«1.º In possessorio autem ordinario longe aliter res comparata; ibi enim cum possessio titulata prævaleat, Menoch... Gail... Brunnem... quoniam hæc justior præsumitur Paris... Lang..., sequitur illum, qui possessionem non titulata habet merito repellendum esse, Post... Possessio enim, quæ nullo suffragatur titulo, improba, et vitiosa censetur, Brunnem..., qualem possessionem nunquam effectum juris gaudere certum est, L. 7, Cod. *de Acquir. possess. Mev.*, etc.»

«2.º Si uterque titulum probaverit, anteferendum esse illum, qui melius jus suum deduxerit, aut pro cujus pos-

sessione maior pars testium deposuerit, indubitatum est, et hinc alterum sua possessione esse privandum, Post... Maior pars autem hic non attenditur, quæ sanior esse potest; hoc enim admodum difficile est determinare, Carpzov..., sed quæ numero prævalet, numeranda enim alias sunt vota, non ponderanda Mev...; per maiorem enim numerum testium alicujus possessio melius demonstratur; in possessione autem ille, cujus jura apparentiora sunt, præferendus est Mev., etc.)

•3.º Antiquior possessio vincere solet posteriorem, sive juniorem, Brunnem... Post... Et ea propter junior, sive posterior possessor merito postponendus, cum illius possessio præsumatur Clandestina, aut violenta Mev... Giovagn... Clandestina autem possessio possessori non pro-sit, Richeter... Et hoc non tantum obtinet, si utraque possessio fuerit realis, sed etiam si prior possessio tantum sit instrumentalis, Carpzov... Post... Instrumentalis enim possessio, modo non aliquis sit in possessione, possessorem æque in vera tam civili, quam naturali constituit possessione, uti realis.

•Tribuunt quidem nonnulli DD. huic anteriori possessioni tantam vim, ut posteriori titulatae eam præferendam esse existiment, licet ipsa antiquior possessio non fuerit titulata, Posth... Menoch... Verum, cum in ordinario possessorio titulata possessio semper prævaleat, et posterior, si justam suæ possessionis causam docuerit, omnino præferendus priori sit, non admittendam hanc sententiam docet Dn. Præses. Vol. 2, de *Compossess.*, C. 3, n. 15. Cum autem initium possessionis imprimis attendendum esse moneat Mev..., cum ad manutentionem requiratur, quod tempore motæ litis aliquis jam fuerit in possessione, Post... Sequitur, neutiquam illum in possessione defendendum esse, qui post litem jam motam possessionem demum fuerit nactus, Mev... Post... aut si possessio ipsius liti causam dederit Mev., etc.

§ 190

Se no summarissimo se devem attender a final aquellas excepções, que ficam referidas a §§ 170 e 174, muito mais no possessorio ordinario se devem attender a final as mesmas, e as outras, ou algumas das outras, que sobre o espolio se referiram no C. 12, Sect. 5, e aqui applicaveis. O doutissimo Retes, *de Interdict.*, P. 2, depois de haver arguido, no § 13, de cerebrinas muitas das referidas regras (§ 186) elle deduz do C. *Licet causam de probat.*, como mais solidas as seguintes:

«Prima est, eum, qui probat antiquiorem possessionem jugiter continuatam, maxime cum titulo debere obtinere in hoc interdicto: ita eam concepit Barbosa... Ratio est, quia cum non possit dari nova possessio existente vetere, consequens est, ut secunda non sit vera possessio, sed detentio, Covarruv... Menoch... Mindan., *de Interd.*... Dixi, maxime si sit titulata; quia valde est utile ad hoc Interdictum exhibere titulum justificantem possessionem, per quem saltem excluditur vitium clandestinitatis et violentiæ contra adversarium, ut ex tituli exhibitione deduxit Pontifex in Cap. 7, *de Privil.*, in 6; imo licet titulus non concludat omnino, præsupponit justam causam possidendi, ut in C. 6, *de Institut.*, et ita periti advocati facere debent, secundum consilium Felin... quod commendat Gratian... Martinez...; non tamen est præcise necessaria tituli productio, cum in rigore contentum sit nostrum Interdictum mero facto possidendi. Idcirco probata antiquiori continua possessione, novior possessor succumbet, quamvis titulum pro se alleget, quia subingredi nova possessio non potest ex tante vetere, Menoch... Mindan... Post.; debet tamen esse continuata antiquior possessio; alioquin vetere amissa, nova manutenenda est, ut patet, docentque Cyriac... Post... Et quidem, si constat aperte de animo veteris possessoris ad amittendam, vel abjiciendam possessionem, res est expedita. Cæterum si de eo non constet, tunc ad conjecturas recorren-

dum est, Gomez in L. 45, Taur., n. 110. Illa tamen verior, et frequentior est, quando vetus possessor nullum actum possessionis fecit per longum tempus; quia ex longa omissione inducitur derelictio possessionis, L. 15, § 21, ff. de *Damno infect.*, L. 37, § 1, ff. de *Usucap.*; hoc longum tempus frequentiori calculo Interpretum reputatur decennium.

SEXTA DIFFERENÇA

Quanto aos effeitos da appellação

§ 191

Pela L. un. *Cod. si de moment. possess.* se prohibia a appellação em taes juizos possessorios; mas que esta lei só procedia nos remedios *Recuperandæ possessionis*, o demonstrou Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 90, C. 1, §§ 8 e 9, convencendo Struv., Exerc. 5, Thes. 1 e 4, e Brunnem, que o seguiu no *Comment.* da dita lei. Assim o entendeu a nossa Ord., L. 3, T. 48, § 3, quando disse, que segundo direito em caso de espolio (de que abi trata) não havia appellação. A nossa ordenação seguiu a equidade do direito canonico, que em todo o possessorio a admitte no C. 10 e 15, *de Rest. Spol.*, no C. 11, *de Appell.*, e na *Clem. un. de Caus. possession. et propr.*, equidade abraçada nas nações, Rhet., *infra*, n. 57.

§ 192

Porém isto deve entender-se quando se trata do possessorio summario. Quando porém do summarissimo e interimistico, se aqui se admite appellação ao menos, quanto ao effeito devolutivo, é notavel a variedade dos DD., como se nota em Stryk., Vol. 1, Disp. 19, *de Decreto interimistico*, C. 5, a n. 8, Boehmer., *supra*, C. 3, § 15, Rhet., *inter opera* Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 4, n. 58, Brunne-man, na d. L. *Un.*, n. 8, Post., *de Manut.*, Obs. 106, *per tot.*; attestando no n. 87 e 88, que na Bolonha, na Fran-

ça, na Hespanha se admite no summarissimo appellação no devolutivo. No nosso reino, Valasc., Cons. 79, n. 18, *in fn.*, Maced., Dec: 52, n. 5.

§ 193

Seguida porém a opinião, que totalmente denega a appellação, essa opinião se limita: 1.º, quando essa sentença não reservou direito para o juizo possessorio plenario áquelle, a quem não deferiu a interina posse, Boehmer.; *de Act.*, Sect. 2, C. 4, § 15. Limita-se, 2.º, quando o juiz no summarissimo adjudicou logo a posse definitivamente, Post., *supra*, a n. 77. Limita-se, 3.º, quando essa sentença foi nulla por defeito de citação, ou notoriamente injusta, Post., n. 81 e 82. Limita-se, 4.º, quando o juiz manda proceder a sequestro, Post., n. 81; mas n'este reino é caso de agravo, como se verá no C. 12, § 198. Limita-se, 5.º, nos juizos possessorios, que têm admixta a causa da propriedade, Post., n. 85 e 86.

§ 194

Quanto á appellação n'este possessorio summario, Boehmer, d. Exerc. 90, C. 1, §§ 8 e 9, Brunneman, na d. L. un., Rhet., *supra*, C. 4, n. 58, só a admittem no devolutivo. Mas quando ha condemnação de fructos e interesses, se admite no nosso reino em ambos os effeitos. Silv., ad Ord., L. 3, T. 48, § 3, sub n. 40, Conf. Retes, *de Interdict.*, apud Meerman., T. 7, pag. 519, § 26, Covarruv, *Pract.*, C. 23, n. 7 e 8, Gom., in L. 45, Taur., n. ult., Salgad., *de Reg. Prot.*, P. 3, C. 12, n. 80, Barbos., in C. *Cum ad sedem de Restit. Spoliat.* Todas estas differenças faz e comprova Brunnem, *de Process. Civ.*, C. 1, a n. 48.

Corollarios e consecutarios do exposto n'este capitulo XI

§ 195

É erro ou inadvertencia em muitos DD., principalmente nos nossos reinicolas e praxistas, e ignorancia nos advogados, confundirem o possessorio Retinendæ summario com o summarissimo, como da mesma origem, indole e natureza, sendo em si mesmos tão diversos, e diversos os respectivos direitos, com tantas differenças como temos visto.

Eu nunca jamais vi propor na sua propria fórma o remédio summarissimo, como o formalisam os DD. referidos nos §§ 165 e 166; isto é, propondo-se ao magistrado que possuindo elle supplicante de presente tal predio, ou tal direito incorporal, *Fulano* o perturba na posse *por tal modo*. E portanto implora o nobre officio do magistrado, para que justificando summarissimamente a sua posse com citação do supplicado o manutinha n'ella interimisticamente até se disputar o possessorio ordinario, e se terminar por sentença final, a qual dos contendores se deva por definitiva julgar a plena posse; inhibindo-se o supplicado, para que o não perturbe durante a lide, etc.

§ 196

É erro ou inadvertencia confundirem os favores da posse, e da prova d'ella, quando se trata do summarissimo, com a posse, justiça necessaria, e provas d'ella quando se trata do possessorio summario. Citam para este as doutrinas de Post., *de Manutentione*; quando este doutor logo na Obs. 2, sub n. 6, protestou que o que ia a discorrer versava só quando se trata do possessorio summarissimo, e não quando do summario; o mesmo repetiu na Obs. 3, n. 16.

§ 197

É erro ou inadvertencia confundirem, como já disse, as provas da posse, como communis em ambos os posses-

sorios; não admittirem reprovos geralmente em todo o possessorio, quando só no summarissimo se não podem reprovar, e pelo contrario se devem admittir reprovos de testemunhas no possessorio ordinario. Emfim com a mesma confusão fallam quando tratam de appellação, sem distinguir o summarissimo do summario.

Nota. Terminado o possessorio summarissimo, póde o possessorio summario proseguir no mêsmo processo sem necessidade de principiar outro novo processo, Boehmer., *de Action*, Sect. 2, C. 4, § 16, Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, T. 4, P. 3, T. 2, C. 4, n. 23 e 24.

CAPITULO XII

Sequestro da posse pendente a demanda sobre ella

§ 198

Quanto os sequestros das posses sejam odiosos e repugnantes aos principios do direito, bem o demonstrou Henriq. Coccey, Vol. 2, Disp. 68, § 9. Sim póde o juiz, ou a requerimento de parte, ou ex-officio fazer sequestrar uma posse controversa, quando ha um justo e bem provavel temor de rixas. Porém tal sequestro não é arbitrario ao juiz, nem elle acreditavel na causa com que o decreta, sem que: 1.º, a parte seja citada; 2.º, se prove summariamente um temor, que não seja panico, de rixas e mortes, segundo as qualidades das pessoas; 3.º, ou quando a posse está vaga, ou quando assás duvidoso a quem pertença; mas não, 4.º, quando algum primeiro a occupou, e deteve por tempo consideravel, por mais que pareça ser injusto e violento possuidor, porque assim mesmo deve ser mantenido, e não se lhe deve sequestrar a posse. De outro modo é injusto o sequestro. Vejam-se Conciol., For., All. 80, Posth., *de Manut.*, Obs. 75, Stryk., Vol. 1, Disp. 19, C. 2, a n. 165, e Vol. 7, Disp. 17, C. 3, § 11, Luc., *de Jud.*, Disc. 13, a n. 9, Maced.,

Dec. 52, a n. 6, Peg. 2, For., pag. 1072, 1081 e 1082. Ridolfin., in *Prax.* 1, P. 1, C. 14, a n. 154, Cod. Civ. do Imperador José II, § 36, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 29, § 3.

§ 199

Tambem, e ainda pendente já a demanda, pôde decretar-se o sequestro da posse, se a de qualquer dos contendores é tão duvidosa, que constitue o juiz em perplexidade sobre qual d'elles é apparentemente mais justo possuidor para lhe adjudicar interinamente a posse; ou quando ambas as controversas respectivamente uma a outra são igualmente viciosas ou nullas, Post., *de Manut.*, Obs. 75, a n. 34, Fabr., in *Cod.*, L. 8, T. 4, Def. 1, Barbos., *Thesaur. Loc. Comm.*, L. 17, C. 27, Ax. 4, vers. limita 1.º Redolfin., in *Prax.*, P. 1, C. 14, n. 159.

§ 200

Tambem pôde sequestrar-se a posse, quando um senhorio usa do remedio da Ord., L. 4, T. 54, e o colono lhe disputa o dominio e a posse, se o colono lhe não caucciona a restituição dos fructos, L. 20, *Cod. de Agricol. et Censit.*, L. 11, T. 47, ubi Brunnem., n. 8, Luc. Ferrar., Verb. *Sequestratio*, n. 19, Silv., ad Ord., L. 3, T. 73, § 2, n. 33.

§ 201

Sequestra-se tambem a posse no ingresso da lide, ou pendente a lide, quando concorrem estes requisitos: 1.º, citação do possuidor; 2.º, justificação do bom direito do auctor, que demanda a cousa, e requer n'ella o sequestro; 3.º, que verifique com o justo temor da dilapidação ser o réu pobre e insolvel, ficando a final condemnado, Peg., *de Interd.*, C. 8, n. 491, Cod. do Imperador José II, § 307, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 29, § 2, Struv., Exerc. 21, Thes. 50, Stryk., Vol. 1, Disp. 19, C. 2, a n. 165, e

Vol. 7, Disp. 7, C. 3, § 11, Luc., *de Judic.*, Disc. 13, n. 12, Conf. Silv., ad Ord., L. 3, T. 31, in pr., a n. 36; e muito mais depois de sentença na primeira instancia contra o possuidor, Ord., L. 3, T. 73, § 2.

Nota 1.^a A demanda, pendente a qual se faz n'este caso o sequestro, dura até a sentença final em grau de revista; Pereira, *de Revis.*, C. 82, n. 13, e dura o sequestro ou subsiste emquanto a causa se não decide nas instancias superiores, Salgad., *de Reg. Prot.*, P. 2, C. 16, n. 64, *et de Supplic.*, P. 2, C. 18, *et in Labyr.*, P. 3, C. 16, n. 69 e 70, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 21, Thes. 53, pag. 1423, Col. 2. Aindaque a caução é a medicina do sequestro, não se admite quando o sequestro é determinado por lei, Salgad., *de Reg. Prot.*, P. 2, C. 16, n. 21 e 22, nem quando feito por mandado do principe ou de outro superior, Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 14, n. 175, Sabell., § *Sequestrum*, sub n. ... Fabr., in Cod., L. 7, T. 18, Def. 8. Sendo feito por ordem do desembargo do paço (que difficilmente o concede, como se vê em Peg., Tom. 2, á Ord., pag. 310, n. 49), só se pôde relaxar por outra ordem contraria do mesmo tribunal, como se deduz do *Regimento da fazenda*, C. 211, do *dos Contos*, C. 111, Moraes, *de Execut.*, L. 1, C. 4, § 2, n. 52, porque na revogação do sequestro se requer a mesma solemnidade, qual foi necessaria para a determinação d'elle, Salgad., *de Reg. Prot.*, P. 2, C. 16, n. 62. Outros casos em que o sequestro se não relaxa ainda com caução, se vejam em Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 14, a n. 171, Sabell., § *Sequestrum*, sub n. 15, entre os quaes, e ao nosso proposito, quando se sequestra a posse *Ob timorem scandali, quia timor non cessaret per satisfactionem*. Nota-se em Peg., Tom. 7, ad Ord., pag. 664, um exemplo, qual mandar o desembargo do paço proceder em uma causa summariamente em ambas as instancias, e finalizar-se em seis mezes, com a comminação de passados elles se sequestrarem os bens controversos.

Nota 2.^a No nosso reino, quando o sequestro é injustamente decretado, não se pratica o meio de appellação de quo Conciol., All. 80, a n. 31, Post., *de Manut.*, Obs. 75, a n. 51, mas o meio de agravo, como se nota em Peg. 2, For., C. 16, pag. 1081 e 1082, *et de Interdict.*, C. 8, a n. 490, porque o desordenado sequestro é uma especie de espolio judicial, Peg., *de Interdict.*, n. 9, in fin.; e do espolio judicial compete agravo, Peg. 2, For., C. 11, n. 210 (vide infra C. 14).

Sobre o sequestro da herança no caso da Ord., L. 4, T. 96, § 12, veja-se Guerreiro, Tr. 2. L. 6, C. 12, a n. 52.

CAPITULO XIII

Acção de espolio em geral, sua origem e progressos, sua natureza quanto á ordem do processo, quanto aos requisitos e suas provas, quanto ás excepções admissiveis ou rejeitaveis, etc.

SECÇÃO I

Origem e uso d'este remedio possessorio

§ 202

Conforme as leis do digesto só competia este remedio pelo espolio committido com violencia e força, L. 1, § 1, ff, *de vi et vi armat.* Pelo direito do codigo se ampliou ad quamvis iniquam possessionem, immobilium privationem; veluti, si per errorem, aut incuriam domini loca ab aliis mala fide possessa sunt, ut dicitur in L. 5, C. *und. vi.* Si per injuriam Judicis, aut ejus collusionem quis possessionem amittit, L. 6, C. *eod.* Vel si quis possessionem a procuratore vel ab alio, qui nomine domini in possessione erat, derelictam mala fide occupat, L. fin. *Cod. de Acquir. vel amitt. possess.* Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 4, § 37, Conf. Mello, L. 4, T. 6, § 31.

§ 203

Já nos §§ 31 e 32 referi os muitos remedios reparatorios especiaes, fundados em diversas e particulares leis, que como especies d'aquella generalidade, trataram em particular e distinctamente os DD., como ex professo Menoch., no *Tract. de Recuper. possess.* Porém assim como competindo o remedio do interdicto Uti possidetis não geral, e especiaes casos que referi nos §§ 28 e 29, o uso hodierno, de quo § 95 os reduziu ao geral da manuten-

ção, da mesma fôrma diz o citado Boehmer., debaixo do § 37, ut ibi: «Ex his, et aliis Textibus Menoch., *de Recuperand.*, nova remedia constituit præter necessitatem; eum ex his Textibus generatim concludi debet: novo jure quemlibet inique, et dolo alterius possessione privatum restituendum esse». Acrescentando o mesmo Boehmer., § 40, que este remedio em geral compete: «Propter quas-cumque res, præstationes reales, et personales, et quidem in perpetuum, Ziegl., *ad Can. Reintegrandæ*, C. 6 e 9». Conf. Mello, L. 4, T. 6, § 31, vers. *usu fori* (V. infra § 206).

SECÇÃO II

**Precações necessarias que se devem ter em vista para se propor
sem erro ou inaptidão o remedio do espolio**

§ 204

1.º Aquelle, a quem se turba a posse da cousa corporal, ou se nega a prestação annua, ou outra alguma quasi posse, tem ao principio o livre arbitrio de se não dar por espoliado, conservar, ao menos civilmente, no animo a posse, e usar do remedio da manutenção, ou dar-se por espoliado, demittir ao adversario a posse natural e civil, e recorrer ao remedio do espolio. Sendo certo que depois que por algum modo expresso, ou tacito se dá por espoliado, não póde jamais recorrer á manutenção, Post., *de Manut.*, Obs. 57, a n. 40, et Obs. 5, a n. 4. Na duvida se não interpreta que alguém se deu por espoliado, e que demittiu a posse civil e natural, antes pelo contrario, Post, Obs. 57, a n. 48, aonde exemplifica varios casos. É porém visto dar-se por espoliado: 1.º, o que intenta o juizo petitorio, porque necessariamente presuppõe a posse no poder do adversario; 2.º, aquelle que pede reintegração na posse, dizendo-se por palavras expressas e não equivocas, espoliado; 3.º, aquelle que, vendo emittir a outro na posse real, deu claros signaes de consentimento,

etc. Vejam-se o citado Post., a n. 69, Peg., *de Interd.*, n. 222, Barbos., *Vot. Decisiv.*, 54. Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 14, a n. 191, o mesmo Peg. 2, For., pag: 949 e 955, Roxas; *de Incompat.*, P. 5, n. 23 e 50.

§ 205

2.^a A manutenção e o espolio são contrários e repugnantes, e não podem cumular-se, Post., supra, n. 78 e 79, Peg., *de Interdict.*, n. 274, Menoch., *Retinend.*, Remed. 3, n. 507; deve portanto haver cautela, como em não se dizer espoliado e pedir manutenção, ou dizer-se só turbado na posse e pedir restituição d'ella, Barbosa, *Vot.* 54, tot.

§ 206

3.^a Se o que intenta o remedio do espolio se tiver desforçado antes, e recuperado por auctoridade propria a posse, não pôde mais ter regresso judicial a este remedio, Peg., *de Interdict.*, C. 10, n. 533, e Tom. 2, For., C. 11, pag. 950, e só pôde recorrer depois de assim se desforçar a manutenção para o futuro, Post., *de Manut.*, Obs. 42, n. 121, e vice-versa; depois de se recorrer a juizo pedindo restituição do espolio, não se pôde já variar para a via de facto e desforçamento extrajudicial, Cordeir., *Dub.* 45, a n. 39.

§ 207

4.^a Dizendo-se qualquer espoliado não pôde usar do remedio summarissimo, que só compete pela manutenção, mas só do remedio *Recuperandæ possessionis* com seus requisitos, bem que a sua ordem de processo é summaria e quasi summarissima, observando-se a Ord., L. 3, T. 48.

§ 208

5.^a Nunca se cumule o possessorio com o petito-

rio, para se não entrar nas espinhosas questões a este respeito, de quibus Coccey, *Jus Controv.*, L. 43, T. 1, Q. 5, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 1, § 10, Cordeir., Dub. 44, a n. 79, Dub. 48, a n. 67, Dub. 46, a n. 31, Perez, in Cod., L. 8, T. 1, a n. 14, e outros.

§ 209

6.^a Para necessaria prenoção do que se vae expor sobre o espolio se deve tambem ter em vista: «*Spolium ex mente Juris Canonici est iniqua privatio possessionis vel quasi quomodocumque facta. Remedium Recuperandæ possessionis de Jure Digestorum præsupponebat dejectionem violentam de re immobili. Jure Codicis extensum hoc remedium est ad quamcumque iniquam privationem possessionis alterius sine vi factam. Neque tantum ad veram, sed etiam ad quasi possessionem rerum incorporalium, et quorumcumque jurium hoc Interdictum extensum. Spoliatus itaque dicitur, qui qualicumque possessione vel quasi inique est privatus*». Vicat., *Vocabul. utriusq. jur.*, verbo *Spolium*. Conf. Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 94, sub § 3, ibi: «Itaque ommissa definitione, quæ secundum juris Civilis principia debuisset formari (*) nostri sæculi potius, et istius, quæ in Tribunalibus regnat, Jurisprudentiæ, rationem habendam statui. Qualemcumque enim censuram mereri possit facta hæc spolii jure noviori extensio; tamen difficilior intellectu erit, si ipsum spolium definire neglexeris. Consistit autem hoc in iniqua privatione possessionis, vel quasi quomodocumque facta».

(*) Conforme o direito do digesto: *Spoliatio est a possessione rei immobilis violenta et injuriosa dejectio*, Pereira, in *Elucid.*, n. 932, in fin. Ainda muitos textos do direito canonico, que refere Gibert., *Corp. Jur. Canon.*, Tom. 3, pag. 225, Sect. 15, exigem espolio com violencia para se dizer verdadeiramente espolio, e espolio privilegiado, de forma que a violencia foi o fundamento das decisões dos papas no C. 5, *de Restit. Spoliat.*, no C. 6 do mesmo titulo, no C. *Cum dilectus 2*, *de Ordin. Cognition.*, no C. 36, § 2, *de Testib.*, etc.

SECÇÃO III

Quanto á ordem do processo, requisitos d'este remedio
e provas d'elles

§ 120

A rasão por que a Ord. Affonsinà, L. 3, T. 33, recitando uma lei de D. Affonso IV, manda proceder summariamente nas causas de força, é esta ahí expressa:

«Considerando como alguns por engano e malicia, não vendo Deus ante os seus olhos, tomam por força ao inenos poderoso aquillo de que estão em posse, com tenção de o levarem d'elles, defendendo-lh'o em juizo por prolongadas demandas, assim que os esbulhados por mingua e enfadamento que hão pela prelonga que se faz nas ditas demandas, perdem o de que são forçados e esbulhados, e mais muito do al que lhe ficou, e os forçadores hão prol defendendo o que forçaram e hão as rendas d'elle onde haviam de haver pena. E querendo nós prover aos esbulhados, e tolher os enganos e malicias dos esbulhadores, ordenâmos e estabelecemos que todos os juizes, etc., etc.»

§ 121

O codigo Manuelino, compilando por formaes palavras o dito T. 33 do Affonsino, no seu L. 3, T. 36, omitindo aquelle prefacio e rasão expressa do Cod. Affonsino, principiou pelas palavras: «Todos os julgadores», etc.; e continuou a copia do d. T. 33, até o fim. O Cod. Filippino, L. 3, T. 48, copiou por formaes o Manuelino, e ambos os ultimos omitiram a rasão da L. de D. Affonso IV, inserta no Affonsino. Mas supprindo-se a actual Ord., L. 3, T. 48, pela sua original fonte (§ 207), é bem claro que o T. 48 se conformou com o direito do digesto (§ 206, na nota), tendo em vista como mostram as mysteriosas pala-

vras um espolio de cousa immovel com formal força e violencia. Só contra este armaram os nossos legisladores a sua poderosa mão para ser restituído sem delongas, mas de plano e quasi sem estrepito nem figura de juízo; por isso é que na Ord., L. 3, T. 30, § 3, em limitação da regra se manda proceder sem libello; por isto é que na Ord., L. 3, T. 18, § 11, se manda proceder em tempo de ferias. Nenhum dos nossos reinicolas até agora assim o advertiu; só em um espolio tal, e assim allegado e justificado, entra o rigor do procedimento da Ord., L. 3, T. 48, e n'ella prescripto. Nos outros mais improprios espolios deve cessar esse rigor (V. a §).

§ 212

Quanto aos requisitos d'este remedio e suas provas: A posse antecedente ao espolio e o espolio mesmo são os dois bem vulgares requisitos d'este remedio, ex Peg. 2, For., C. 11, a n. 200 e 205, e pag. 841, Col. 2, pag. 847, Col. 1, pag. 886, Col. 1, pag. 908, Col. 2, pag. 909, 923, *et de Interdict.*, n. 285, 302, 327, 332, 424, 445, 536, 604, 620 e 631, Guerreiro, Trat. 3, L. 6, C. 14, n. 67. Tambem é muito necessario que no libello se allegue, e depois se prove o preciso tempo em que se commetteu o espolio, Cald., For., L. 1, Q. 22, n. 9, Peg. 2, For., C. 11, pag. 840, Col. 2, *. *Præterquam*. E aindaque o mesmo Cald. diz que hoje entre nós não é necessario provar o tempo do espolio, nenhuma outra rasão dá senão porque a nossa Ord. manda proceder summariamente; e que rasão mais inepta sendo entre nós annual este remedio, e devendo quem o propõe fundamentar o procedimento summario com a allegação e prova do tempo do espolio? Toda a qualidade exigida pela lei e que é fundamental da intenção do agente e da sua acção, deve provar-se, Barbos. e Tabor., *Thesaur. Loc. Commun.*, L. 15, C. 4, Axiom. 6.

§ 213

Pelo que respeita á prova d'estes requisitos, diz geralmente Peg. 2, For., C. 11, n. 206, pag. 942, que se devem provar concludentemente; e em particular, quanto ao requisito da posse, diz Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 14, n. 96 e 97, ut ibi: «Primum extremum; videlicet antiqua possessio spoliati requirit plenam, et concludentem probationem... Quinimo juxta stilum Rotæ requirit exactiorem probationem, et probationes exactissimas, et indubitatas... probationes clarissimas, et evidentissimas... Aliàs autem sine primo extremo actio spolii non competit, etc. Conf. Richer., *Jurispr. Univ.*, Tom. 3, § 857, Card. de Luc., *de Regalib.*, Disc. 171, n. 2 e 6, Gibert., *Corp. Jur. Canon.*, Tom. 3, pag. 222, Sect. 9, n. 1.

Nota: É pois erro e bem vulgar dos advogados, quando se trata da prova da posse no remedio do espolio, applicarem as doutrinas que tratam da prova da posse no remedio da manutenção, em que menos provas são bastantes do que no espolio (ut a § 168).

§ 214

O espolio, est'outro requisito tambem se deve provar plena e concludentemente, como se vê julgado e tencionado em Peg., Tom. 7, For., C. 226, sub n. 69 e 70, Gibert., *Corp. Jur. Canon.*, Tom. 3, pag. 225, Sect. 15, § 15 (quidquid dicat Peg., supra, n. 72); e não só é preciso provar-se o facto espoliativo, mas o dolo e a iniquidade do mesmo facto, Berlich., P. 1, Concl. 21, n. 87 e 94. Porque só um facto ou violento, ou em si *iniquo e doloso* se póde caracterisar cspolio (§§ 200 e 206). Se em juizo se nega a posse ou a demanda se sustenta pelo réu, isto basta sem outra prova, para verificar este requisito do espolio, Peg. 2, For., C. 11, n. 208, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, § 2, n. 8 e 9, Ridolfin. *in Prax.*, P. 2, C. 14, n. 215 e 216. Porém esta regra tem duas limitações: 1.^a, quando o réu demandado só contestou por ne-

gação, Menoch., *Retin.*, Remed. 3, n. 472, 2.^a, quando um colono, que não possui em seu nome, mas do senhorio, é o que sustenta a demanda, Peg., Tom. 7, For., C. 226, sub n. 70, vers. *Cum intentatum*, etc.

SECÇÃO IV

Natureza essencial do remedio do espolio

§ 215

Por direito romano é regra geral que o espoliado deve antes de tudo ser restituído, rejeitada toda a excepção, como com varias leis provam Peg. 2, For., C. 11, n. 211, pag. 211, Barbos., *Thesaur. Loc. Comm.*, L. Comm., L. 17, C. 56, ax. 2; pelo direito canonico, pelos muitos canones que recolligiu Gibert., *Corp. Jur. Can.*, Tom. 3, pag. 222, Sect. 8, e pag. 223, Sect. 10: este systema adoptou o nosso legislador na Ord., Liv. 4, T. 58, e perfunctoriamente na Ord., Liv. 3, T. 40, § 2, e T. 78, § 3, no fim. Muitas razões d'este direito estofou Cordeir. Dub. 45. Eu aprecio mais as do grande Retes, *de Interdict.*, P. 3 (apud Meerman., Tom. 7, pag. 514), aonde depois de ter provado no § 2 aquella regra geral com todas as leis romanas, dá no § 3 a razão, ut ibi:

Ratio hujus conclusionis consistit in causa publicæ quietis; cum enim Reges et Magistratus hoc fine creati sint, dicere jus populis, injustaque tollere facta, ut alibi ait Horatius, non est singulis concedendum sibimetipsis jus dicere, et alienarum rerum invadere possessiones; esset enim occasio magnorum tumultuum, L. 176, ff. *de Reg. jur.*; ex hac causa spoliatis provisum fuit celeri remedio restitutionis, et hoc amplius variæ poenæ statutæ sunt adversus invasores, de quibus in titulis ff. et Cod. ad Leg. Jul. de vi; inter alias ea fuit, ut amitteret jus, quod in re habebat, qui eum invasit, Liv. 3, de eo quod met. caus., Liv. 6, *Cod. und. vi*, Liv. 7, *Cod. ad Leg. Jul.*

de vi... Unde hoc interdictum ob duplicem finem propositum fuit; ob punitionem, et odium spoliantis, et ob favorem, et commiserationem spoliati, etc.

Nota: Quando logo tratar da excepção do proprio dominio, mostrarei os precisos termos em que procede a dita regra (§ 212), excepção de que tratarei a § 230.

SECÇÃO V

Excepções admissíveis n'este remedio do espolio e ainda no Retinendæ ordinario summario

§ 216

1.^a Se o libello é inepto, cumulando-se remedios contrarios em si, ou se o que se queixa espoliado e pede restituição da posse, se havia desforçado extrajudicialmente por auctoridade propria (§§ 202, 203, 204).

§ 217

2.^a Que o espoliado por sua propria culpa, ou proprio facto caíu da posse, como com Menoch., Barbos. e Peg. 2, For., C. 11, pag. 949, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, in pr., n. 123, com Cald. e Mend., o mesmo Peg., Tom. 7, For., C. 225, n. 86, Ridolfin., in *Prax.*, P. 2, C. 14, n. 139 e 140; declara porém o mesmo Ridolfin., n. 141 e 142, ut ibi: «Hæc tamen limitatio non habet locum quando quis facto suo cecidit a possessioni sub aliqua conditione, quæ non fuit adimpleta». Secundo non habet locum quando clare non constat, quod quis ceciderit possessione facto suo, ex quo validatus consensus fuit in dubium, et in controversiam revocata», etc. (Veja-se a nota ao § 215.)

§ 218

3.^a «Quando spoliatus consensum præstitit ad hoc ut

spoliatus fuisset, et non contradixit, nec protestavit, imo passus fuit, quod spolians possessionem caperet; quia tunc obstat ei exceptio proprii consensus et non debet restitui ». Ita cum Post., Reinos., et Peg., Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, in *Rubr.*, n. 122, Peg., de *Interdict.*, C. 10, n. 547, Lim., ad Ord., Liv. 4, T. 58, in *pr.*, n. 72. Bem entendido, mostrando-se um consentimento expresso ou tacito, mas por actos positivos, taes como os que refere Valasc., Cons. 111, n. 16; de outro modo, faltando um tal consentimento, diz o senador, apud Peg. 2, For., C. 11, pag. 866, Col. 2, que « non sufficit taciturnitas spoliati sola; sed ulterius opus est ut detur consensus verbis, vel operibus expressus, ne de spolio agere possit ».

Nota: Nos dois casos (§§ 214 e 215) se devem tambem suppor os termos habeis de ter liberdade, poder e auctoridade de se prejudicar aquelle que pelo proprio facto caiu da posse ou consentiu no espolio, e não quando, pelo contrario, como 1.º, se o que demittiu a posse era prelado de alguma igreja; porque pôde em nome d'ella pedir o beneficio da restituição e usar da acção de espolio., Menoch., de *Recuper.*, Remed. 15, n. 101, Pacion., de *Locat.*, C. 14, § 7, a n. 82, Ciarlin., Contr. 105, n. 35 e 37; como 2.º, quando o menor por facto proprio caiu da posse ou consentiu n'ella, e está dentro do quadriennio para implorar a restituição, e a implora, Menoch., supra, a n. 105, Guerreiro, Tr. 3, Liv. 6, C. 43, n. 68, junt. n. 13; como 3.º, quando o marido, sem consentimento da mulher caiu da posse ou consentiu n'ella, porque a Ord., Liv. 3, T. 47, que lhe prohibe litigar sem consentimento da mulher sobre posses de bens de raiz, lhe obsta a que sem esse consentimento demitta posses, ou consinta nos espolios d'ellas: como 4.º, quando uns poucos voaes de uma confraria ou irmandade demittem a posse sem concurso da maior e principal parte da corporação, Peg., Tom. 2, For., C. 11, pag. 926, et sic de similibus.

§ 219

4.º Sendo certo « Interdictum nostrum pertinere ad vim præcisam, non ad compulsivam vel coactivam, Liv. 5,

ff. *de vi et vi armat.*: Ideoque si minis perterritus possessionem tradidit, non habet hoc Interdictum; quia non est vi dejectus, qui compulsus aliquem in possessionem induxit; id est, quia sua voluntate possessionem tradidit; tunc ergo necessarium est edictum de eo quod metus causa, per quod prætor rescindit quidquid metu gestum est, Liv. 9, § ult., Liv. 21, ff. *Quod. met. caus.*, Donell., et Hillig... Menoch... Hotoman... qui tamen frustra tentat lectionem d. Liv. 5; sic similiter, qui visis armatis hominibus profugit antequam spoliaretur, non habet hoc Interdictum; quia non fuit dejectus. d. Liv. 9, vers. Denique, nisi ab armatis eodem impetu possessio occupata fuit; censetur enim vi dejectus; cum impar fuisset resistendo, Reles, *Interdict.*, P. 3, § 5, apud Meerman., Tom. 7, pag. 514.

§ 220

5.ª A excepção da extinção da posse d'aquelle que se queixa espoliado, é outra legitima excepção que aqui se admite, Peg., *de Interdict.*, n. 518: «Cessant enim causa possessionis, aut finito tempore, vel resoluta conditione, cessat, finitur, vel resolvitur possessio... Quando titulus conceditur ad tempus, aut limitata conditione; adveniente tempore, aut conditione, ex cujus adventu cessat titulus; cessat etiam possessio virtute illius capta... Possessio ad tempus illo elapso non dicitur amplius possessio ex natura temporis limitati; nec competit manutentio, etc. Ita Peg., 1, For., C. 4, n. 92, Fontanell., Dec. 544, n. 7, Pereira, Dec. 108.

§ 221

Por exemplo: 1.º, o consignatario dos redditos do morgado, que o administrador lhe consignou para pagamento de divida, e cuja consignação, faltando a auctoridade regia, só podia durar emquanto vivo o consignante; se morto este, occupa o successor a posse do morgado, não pôde o consignatario dizer-se espoliado, porque se extinguiu

a causa da sua posse, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, *in rubr.*, n. 37, Peg., *de Interd.*, C. 10, n. 587, e Tom. 1, For., C. 4, pag. 328, Col. 1; não assim se o administrador, que fez a consignação, não morrer, mas demittir em vida o morgado ao immediato successor, Peg., Tom. 7, For., C. 225, n. 22.

§ 222

Por exemplo: 2.º, aquelle que compra ao usufructuario bens sujeitos ao usufructo; se morto o usufructuario occupa o proprietario a posse, não commette espolio, porque a posse do comprador, aindaque diuturna, se extinguiu com a morte do usufructuario, Peg., Tom. 1, For., C. 4, pag. 327, *in fin.*, e 328, Post., *de Manut.*, Observ. 16, a n. 41.

§ 223

Por exemplo, 3.º, compete ao arrendatario durante o tempo do arrendamento acção de espolio contra o senho-rio que o espolia (*ut infra* §); se pois durante a demanda sobre o espolio ou manutenção, finda o tempo do arrendamento, não é jamais restituído á posse ou detenção, por estar extincta a causa d'ella; mas só é restituído aos interesses, Peg., Tom. 7, For., C. 225, a n. 24, Vella, Dissert. 20, a n. 44, Fontanell., Decis. 544, n. 8, Pacion., *de Locat.*, C. 28, n. 17 e 24 (omitto outros similes). Adde Peg., Tom. 15, ad Ord., Liv. 3, T. 33, n. 27 e 29.

Nota. N'estes casos (a § 217) se esses possuidores tiverem feito bemfeitorias, e antes de satisfeitas ellas forem espoliados da retenção e detenção que lhes competia por causa d'ellas, se podem queixar espoliados, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 52, C. 4, § 10, Peg., *de Interd.*, n. 501, *in fin.*, 503. Mas para se occorrer ao espolio, de que elles se possam queixar, se devem prever com a cautela que conselha Valasc., Cons. 411, e Peg., *supra*, n. 503.

§ 224

6.^a Se o que se diz espoliado nunca teve posse real, mas só se diz possuidor civil pela clausula constituti (clausula que por via de regra com a posse que transfere, confere os remedios possessorios, Portug., *de Donat.*, Liv. 1, Prælud. 1, n. 14, Peg., *de Interd.*, n. 590); n'este caso pôde objectar-se-lhe por via de excepção a nullidade do contrato, em que a posse se transferiu pela dita clausula; porque, annullado o contrato principal, essa nullidade influe na clausula accessoria, e consequentemente na posse que se diz espoliada, Cord., Dub. 46, a n. 54, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, in rubr., n. 109 e 110, Noguerol., All. 26, a n. 370, e Alleg. 30, n. 23.

Nota. Como a clausula constituti não opera os seus regulares effeitos em outros mais casos que recopilou Peg. 1, For., C. 6, quando o que se diz espoliado se funda sómente na posse transferida pela tal clausula (ou pela da reservã do usufructo, que obra os mesmos effeitos, ex Peg., supra, n. 38; Bagn., C. 15, a n. 206), se pôde excepcionar com todos esses casos em que estas clausulas não produzem os seus regulares effeitos. A nullidade pelo defeito de insinuação da doação aqui é admissivel, Post., *de Manut.*, Obs. 62, in fin.

§ 225

7.^a A excepção do espolio, por exemplo: Antonio, possuidor de um predio, foi espoliado por Bento; Antonio nem se desforçou logo, nem recorreu a juizo, deixando que Bento possuisse por tempo consideravel. Depois Antonio, primeiro possuidor, e primeiro espoliado por Bento, espolia da mesma posse a Bento: Bento acciona pelo espolio a Antonio: então este lhe pôde objectar a excepção do primeiro espolio (que é dilatoria) para que Bento o deva purgar. Assim se vê muitas vezes julgado em Peg., *de Interdict.*, Cap. 11, a n. 663. Veja-se ao diante o Cap. 15.

§ 226

8.^a Contra a posse, em que se funda aquelle que se diz espoliado, póde excepcionar-se, que essa posse tem formal resistencia em direito, e como tal não é manutível, a menos que não seja de longo, longuissimo tempo, sobre o que se vejam Silv., á Ord., L. 3, T. 48, in Rubr., a n. 117, e alem dos DD. ahi citados, Post., *de Manut.*, Obs. 44, Barbos., Vol. 52, a n. 19, Guerreiro, Tr. 3, L. 6, Cap. 43 a n. 60, Begnudell., verbo *Spolium*, n. 10, Sabell., § *Spolium*, n. 4. E quanto ao possessorio de bens reaes, V. Stryk., Vol. 5, Disp. 25, G. 3, a n. 35.

§ 227

9.^a Contra a posse que o agente diz lhe fóra espoliada, póde excepcionar-se, que ella era familiar, facultativa e precaria, por favor e graça do réu, que se diz espoliador, Post., *de Manut.*, Obs. 53 et 54, Guerreiro, Tr. 3, L. 6, C. 43, a n. 63, Stryk. Vol. 2, Disp. 6, *de Jure familiaritatis*, et Vol. 5, Disp. 24, Cap. 7, n. 19, Peg. 2, For., Cap. 11, pag. 841, Col. 1, in fin.

Nota: Presume-se facultativa a posse em geral 1.^o, conforme Bagn., Cap. 14, n. 384, ut ibi: «Ille, qui aliquid facit in re aliena, præsumitur id facere jure familiaritatis. Nec præsumitur quis possidere jure proprio, donec possedisse potest jure familiaritatis. Quinimo debet probari illum, qui utitur re aliena, vel jure alieno, usum fuisse tamquam jure proprio, vel sibi debito, ut sibi acquiratur, alias videtur usum fuisse jure familiaritatis». Pelo contrario Barbos., *Thesaur. Loc. Comm.*, Liv. 1, Cap. 44, Ax. 79, diz: «Actus in dubio non præsumitur gratiose permissus, sed jure servitutis, 2.^o, e especialmente toties familiaritatis causa præsumitur, quoties alia non apparet. Ex quo ulterius DD. præsumunt: Si unus titulum habet, alter vero possideat, jure familiaritatis præsumatur possidere, vel actus possessorios exercere; quæ tamen præsumptio præsupponit, constare debere de familiaritate illius qui titulum habet, et qui est in possessione: Unde et Surd., Cons. 260, n. 7, et seqq., illam præsumptionem ma-

xime procedere dicit, stante affinitate, vel si res inter fratres agatur, inter quos facilius familiaritatis præsumptio inducitur». Ita Stryk., Vol. 2, Disp. 6, Cap. 3, a n. 7 ad 9.

«Hinc DD. unanimiter tradunt, quod si duo habitent simul, puta filius cum matre, vel duo amici, fratres, affines vel consanguinei morentur in una domo, et unus horum titulum habet, alter non; tunc ille, qui titulum non habet, se domo non suo, sed potius jure familiaritatis et propinquitatis usum fuisse præsumat», Stryk., n. 10.

«Præmissis generalitatibus hisce circa familiaritatis præsumptionem (continua Stryk., a n. 11) certas jam personas subnectam, inter quas actus gesti, vel possessio acquisita jure familiaritatis præsimitur. Sic (1) Filius negotia Patris gerens eadem familiaritatis jure gessisse præsimitur; hinc Procurator a Patre non censetur constitutus. Quod et in possessione bonorum paternorum procedit; cum filius talia bona jure familiaritatis, et consanguinitatis saltem à Patre teneat. Quod reciproco jure, et in patre obtinere potest, cum et ille bona filii non suo sed familiaritatis jure possidere credatur. (Conf. Peg., Tom. 7, ad Ord., pag. 136, n. 37) (2) Obtinet præsumpta possessio familiaritatis inter matrem et filium; non enim aliter mater versari præsimitur quam jure familiaritatis... Pari ratione filius, qui fundum matris possidet, et inde fructus colligit, id jure familiaritatis fecisse præsimitur (Conf. Valasc., Cons. 180)... (3) Præsimitur possessio jure familiaritatis inter Conjuges... (4) Extenditur hæc præsumptio ad Vitricum... (5) Familiaris possessio præsimitur inter fratres (Conf. Post., Obs. 54, n. 14), hinc frater bona fratris administrando, inde sibi nullum jus quæsit, cum jure familiaritatis administrasse censeatur... (6) Jus familiaritatis præsimitur inter Socios... Regulam superius firmatam repetimus: Familiarem in bonis alterius familiaris actum suscipientem, præsumi illum suscipere jure familiaritatis, etc. Adde (7) in dubio possessio et ingressio in bonis amici præsimitur jure familiaritatis Post., Obs. 54, n. 9.

«Cessat familiaritatis præsumptio (1) si possessor ipse titulum habeat; communiter enim concludunt DD. quod non jure familiaritatis, sed jure proprio possidere præsumat... omnis possessor in dubio semper præsimitur possidere potius nomine proprio, quam nomine alieno... Cessat (2) hæc præsumpta jure familiaritatis possessio, si possessor saltim æqualem titulum habeat; nam, et sic vi sui tituli, et non jure

familiaritatis possidere præsumitur. Hinc si frater in alterius fratris commoretur, ad quæ ipse æqualem habet titulum, uterque domini, non mutuo familiaris jure possidere censeatur. Quod ipsum eo usque extenditur, ut si duo in possessione sint, nec magis appareat de jure unius, quam alterius, neuter eorum jure familiaritatis possidere præsumatur.» Stryk., supra, a n. 25, et n. 30 et 31.

«Cessat (3) præsumptio familiaritatis etiam in illo, qui titulum saltem invalidum, vel putativum habet.... Titulus enim quantumvis sit erroneus ostendit intentionem possidentis... Cessat (4) possessionis familiaris præsumptio, si quis verbis contrarium animum declaraverit, vel is qui actum facit, declaraverit, se illum facere jure suo, non juere familiaritatis... (5) pari ratione cessat præsumpta jure familiaritatis possessio, si ex facto possidentis contrarium appareat. Nam et animus ex factis operantis cognoscitur, et talis præsumitur qualem facta demonstrant.... Unde concludunt DD. non posse intelligi possessionem jure familiaritatis, circa quam deponunt testes, de actibus locationis prædii, incisionis arborum, ædificatione domus propriis expensis, et aliis solitis fieri a veris dominis rerum suarum; nam ejusmodi actus jus familiaritatis excludunt». Stryk., a n. 32.

«(6) Possessionis familiaris præsumptio expirat per continuatam possessionem. Siquis enim per longum tempus prædium possederit, non præsumitur possidere jure familiaritatis sed proprio.... Etenim non poterit huic diutinae possessioni denegari effectus, ut onus probandi in adversarium transmittat; cum alias in communi hoc possessionis commodum sit, probandi onus in alterum transferre, etc.» Confira-se sobre tudo Barbos., *Vot. 76*, a n. 124. ad 132, aonde comprova tambem estas conjecturas exclusivas da faculdade e-familiaridade.

§ 228

10.^a Sendo certo que este remedio compete tambem pelos direitos incorporaes de servidões, etc. (§ 206), opinião recebida na praxe (§ 104 no fim). Como a posse nas cousas incorporaes se não adquire pelo simples facto, ou uso sem sciencia e paciencia do adversario, ut plenissime Post., *de Manut.*, Obs. 40, a n. 6, Pech., *de Aquæduct.*, L. 1, Cap. 7, Q. 4, n. 47; sem que baste a sciencia e

paciencia dos colonos e arrendatarios, Ferreira, *de Nov. Opèr.*, Liv. 3, Disc. 12, a n. 31, Portug., *de Donat.*, Liv. 3, Cap. 4, n. 27, Lagunez, *de Fruct.*, P. 1, Cap. 5, n. 76, Peg. 2, For., Cap. 11, pag. 933; é consequente poder excepçionar-se, que essa posse, em que se fundamenta a acção de espolio, é clandestina sem sciencia e paciência do réu, e que não basta a de seus colonos.

Nota: Bem que, como firma Post., *de Manutent.*, Obs. 40, n. 28 et 29: «Hujusmodi scientia sufficienter probatur seu præsumitur ex qualitatibus facti, multiplicitate actuum, diuturnitate temporis, et vicinitate». Conf. Pech., *de Aquæd.*, L. 1, Cap. 7, Q. 4, n. 50, Altimar., *de Nullitat.*, Tom. 7, Q. 43, sub n. 833, vers. *Probatur scientia*. Por outra parte diz o mesmo Post., n. 27: «Non est necessaria scientia et patientia, ubi non prætenditur jus, seu quasi possessio servitutis, sed jure proprio: Quemadmodum non est necessaria scientia illius, cujus interest, in habente juris assistentiam, quia non agit de acquirenda possessione, sed de illa continuanda». Et ad omnia Altimar.; ad Rovit., L. 3, Obs. 80, videndus.

§ 229

11.^a Na mesma certeza (§ 225) de competir o remedio do espolio pelos direitos incorporaes, tambem é certo que as contradicções ainda extrajudiciaes interrompem a pretendida posse das servidões, Ferreira, *de Nov. Opèr.*, Liv. 6, Dis. 14, n. 50 et 51, Barbos., Vol. 126, n. 279, Valasc., Cons. 173, n. 19, Peg. 2, For., Cap. 11, pag. 864, Col. 1., Pech., *de Aquæd.*, L. 1, Cap. 1, n. 44, Barbos., na L. 2, Cod., *de Servit. et aq.*, n. 12; se pois a posse d'aquelle, que d'ella se queixa espoliado tivesse sido impugnada, repugnada, e assim interrupta e não pacifica, se pôde excepçionar com esta materia a acção de espolio.

§ 230

Se porém o adversario, apesar das contradicções, continuou a posse, e o que a contradisse acquiesceu a essa

continuação sem recurso a juízo, foi o mesmo que acquiescer a posse, e prejudicar-se, Post., *de Manut.*, Obs. 40, sub n. 30, ibi: «Sed si post contradictionem extrajudicalem actus possessorius subsecutus fuerit, et contradictor acquieverit, diceretur constare de patientia». Conf. Pech., *de Aquæd.*, L. 1, Cap. 7, Q. 4, n. 52, Altimar., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 43, sub n. 833, vers. *Si post contradictione*, «ex in Observat. ad Rovit., Liv. 3, Observ. 80, n. 41. Ainda menos obstem as contradicções á justificação da posse, quando o que a continua trata de conservar a sua liberdade, Stryk., Vol. 15, no fim, Cons. 7, n. 53, no Summar., ibi: «Siquis contradictioni non acquiescit, sed sua libertate utitur, conservat jus suum...»

§ 231

Quanto mais repetidas são as contradicções extrajudiciaes, tanto mais se adquire a posse, se apesar d'ellas se continua pelo possuidor, Anton. Fabr., in Cod., L. 3, T. 24, Defin. 1, ibi: «Non ex eo solo interruptus dici potest usus servitutis, quod 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 servitude usus, qui te invito usus est; at ne vi quidem, cum in sui juris quasi possessione perstiterit». Et Defin. 10, ibi: «Dici solet interrupti præscriptionem servitutis naturaliter per contradictionem, et prohibitionem ejus adversus quem præscribebatur; sed id tamen intelligi debet, si prohibitio effectum habuerit. Alioqui si prohibitus et in servitude perseveraverit, tanto fortius erit jus præscribentis». A Fabro n'este logar seguiram, Richer. *Jurisprud. Univ.*, Liv. 2, T. 3, Cap. 1, § 917, Dunod, *de Præscript.*, P. 1, Cap. 9, pag. 53, no fim, aonde juntamente alem de Fabr. cita outros DD., e refere julgado no

parlamento de Besançon no anno de 1717, que os habitantes de mar foram julgados ter adquirido o direito de pastagem no territorio de Baume, aindaque os habitantes d'este tivessem provado que elles muitas vezes haviam expulsado os gados dos habitantes de la-Mar e os tinham apprehendido, mas lh'os entregavam, sem jamais recorrerem a juizo, continuando sempre os habitantes de la-Mar a sua posse. O mesmo segue com outros DD. Stryk., Vol. 9, Disp. 13, Cap. 2. § 6, Veja-se Oter., *de Pasc. public.*, Cap. 21, a n. 5.

§ 232

12.^a Quando no secular se trata a acção de espolio possessoria sobre pensão imposta em beneficio ecclesiastico, não se attende a posse sem se colorar com titulo, como se vê julgado e largamente demonstrado em Peg., Tom. 7, For., Cap. 226, desde o n. 107 até o n. 157, ubi non plus ultra. Da mesma fórma, quanto ao espolio nas materias beneficiaes, diz com muitos DD., Retes, *de Interdict.*, P. 3, § 18, (apud Meerman., Tom. 7, pag. 517), ut ibi:

«De beneficialibus eadem est censura; quippe, si aliquis dejectus sit per violentiam verum ab Ecclesia, in qua obtinebat beneficium, neque ad eam permittatur accedere, ante omnia facienda est restitutio, Cap. 5, *de Rest. Spoliati.*, nisi omissio Interdicto agat judicio plenario.... et si spoliatio fiat a Judice juris ordine non servato, Cap. 28, *de Præbend.*, in 6.^o Cæterum si ficta violentia sit, veluti si quis quasi possessionem beneficii mei occupavit per subingressionem in fructus ejus, non aliter fit restitutio, quam si cognoscatur summarie de titulo meo saltem colorato, Cap. 1, *de eo qui mitt. in possess.* in 6.^o; et in hoc casu vera est sententia existimantium, in causis beneficialibus non dari restitutionem spoliato, nisi summarie doceat de titulo saltem colorato... Hodie vero ex Bulla Gregor. XIII provisu apostolicus de beneficio Sedi Apostolicæ reservato potest propria auctoritate sine metu spolii

capere possessionem beneficii, quamvis in eo sit alius provisor ab ordinario Collatore».

QUESTÃO A MAIS QUOTIDIANA

Quando cessa a regra *Spoliatus ante omnia restituendus*, com a excepção do domínio e propriedade opposta pelo accusado espoliador

§ 233

Eu prescindo aqui da torrente dos DD., conforme os quaes, quando notoriamente consta do defeito de justiça na causa da propriedade por provas certas e indubitaveis, se não restitue o que se queixa espoliado, opinião que adoça o rigor das leis e pelas rasões em que ella se funda, e opinião largamente sustentada por Peg., *de Interd.*, C. 10, a n. 572, 596, 601, 633 ad 637, Guerreiro, *Trat.* 3, L. 6, C. 44, a n. 80, Portug., L. 2, C. 32, a n. 67 e 70, Osor., *de Patron. Reg.*, Resol. 72, a n. 16, Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 14, a n. 173, Begnudell., verbo *Spolium*, n. 9, Sabell., § *Spolium*, sub n. 2, Barbos., *The-saur. Loc. Commun.*, L. 17, C. 56, Axiom. 2, vers. *Lim-ita* 19; muito mais quando aquelle se queixa espoliado, deriva a sua posse de algum titulo nullo, irritado e reprovado (§ 172, e adde Barbos., *Vot.* 106, n. 67 e 68); e muito mais quando objectando o réu materia que respeita a propriedade, aquelle que se queixou espoliado não ob-stou a que o supposto espoliador a allegasse e provasse, Guerreiro, *Trat.* 3, L. 6, C. 44, n. 69, Silv., *ad Ord.*, L. 3, T. 48, *in Rubr.*, n. 106, Gibert., *Corp. Jur. Canon.*, Tom. 3, pag. 224, Sect. 12, Begnudell., verbo *Spolium*, n. 8 (*quidquid dicat Cordeir.*, *Dub.* 47 e 48).

§ 234

Eu ainda prescindo do assento de 16 de fevereiro de 1786, no fim da segunda questão, enquanto ali não só

para o objecto de que n'ella se tratava, mas geralmente se decidiu que seria visivel absurdo de se julgar *nos interdictos restitutorios*, e nos outros casos occorrentes no fóro a posse áquelle mesmo que pelo processo e evidencia notoria dos autos, se deprehende não lhe deve ser julgada a propriedade. Outra interpretação da nossa original e successiva legislação que vou expor, me parece a mais genuina.

§ 235

O direito romano quando castigava o espoliador com a pena de perdimento da coisa espoliada, e o supplantava para se não poder exculpar com a excepção do proprio dominio, suppunha um espolio com força, violencia e mão armada, espolio o mais punivel pelas rasões já demonstradas, §§ 206, 207, 208 e 212, um espolio violento de coisa movel ou immovel, que se arrancasse do poder do possuidor; mas não comprehendeu n'estas penas o espolio não violento ou ficto, nem o espolio dos direitos e quasi posse de cousas incorporaes, em que não ha força e violencia propriamente tal (§ 104), aindaque o direito do codigo ampliou a estes direitos o remedio do espolio (§§ 200, 206, 207 e 208). Essas penas pois já do perdimento da coisa espoliada, já de não ser ouvido o espoliador com excepção do proprio dominio para se exculpar da primeira, só procedem quando se accusa um espolio verdadeiro e violento, só quando se trata de espolio de posse de bens immoveis, mas não quando do espolio ficto dos immoveis ou dos direitos incorporaes. N'este caso cessam as leis punitivas e só punitivas dos espolios violentos de cousas immoveis, e cessa a regra consecutaria d'ellas. *Spoliatus ante omnia restituendus*, e consequentemente a excepção do proprio dominio provada *in continenti* se admite. Assim com muitos DD., Retes, de *Interdict.*, P. 3, § 13 (apud Meerman., Tom. 7, pag. 516), ibi:

• Nos vero, ut tuto pede procedamus, ita statuimus: dejectus per vim vere et proprie a possessione rei ante om-

nia restituendus est odio deicientis sine nulla prorsus exceptione, nec aliter purgatur spoliū, quam per actua-lem, et præsentaneam restitutionem: Spoliatus vero a pos-sessione sine violentia restituendus etiam est, sed non ante omnia; nam in hac ficta spoliatione admittuntur ex-ceptiones in continenti probabiles, quæ concernunt caus-sam domini, et defectum tituli in proprietate. Itaque tota distinctio in violentia ipsa versatur; est quippe valde juri consonum (§ 212), ut pro violento dejectore nulla exceptio aut cunctatio admittatur: Exemplum sit in juri-bus et rebus incorporalibus, in quibus dari non potest violenta dejectio, sed quasi dejectio perturbativa, etc.»

Com Ferosin., Covarruv., Gonzal. e outros, Begnu-dell., verbo *Spoliū*, n. 6, ibi:

«Prædicta omnia procedunt in spoliato per vim et vio-lentiam veram, et non fictam, quod ante omnia restituen-dus est etiam prædo. Spoliatus vero sine violentia for-mali, sed ficta tantum, est restituendus quidem, sed non ante omnia; quia in hac spoliatione admittuntur exce-ptiones, quæ in continenti probari possint, et quæ respi-ciunt defectum tituli in proprietate. Hinc spoliatus juribus incorporalibus, in quibus non committitur vera violentia, et absens cujus possessio capta est, non statim restituun-tur contra dominum verum.» (Conf., supra, § 104.)

§ 236

Esta intelligencia do direito romano se confirma, não só com a rasão de que as primeiras leis do digesto só pu-niam com aquellas penas o espolio *violento* da coisa im-movel, mas com a reflexão na L. fin., *Cod. unde vi*, com a exposição de Retes, supra, d. § 13, Brunneman., á mes-ma lei, e Menoch., *Recuper.*, Remed. 1, n. 245, e Re-med. 13, n. 28. Pois aindaque a dita L. fin. reputa ladrão o que occupa a posse vaga de algum absente, ut ibi: «San-cimus talem possessorem, ut prædonem intelligi: Ridicu-lum enim est dicere vel audire, quod per ignorantiam

alienam rem aliquis quasi propriam occupavit. Omnes autem scire debent quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere; não o castiga com a pena do perdimento ou valor da cousa, porque aqui não interveiu força formal, mas na restituição como ladrão, de fórmula que (ex Brunneman., ibidem, n. 4): «Hic est sensus: Sicut prædo interdicto unde vi tenetur rem restituere domino, vel possessori; ita et qui vacuum possessionem occuparunt, etc.» Muitos DD. excusam ao proprietario, ou quando se persuadiu que o absente *corpore et animo desiit possidere*, ou quando *in continenti* se propoz mostrar o seu dominio, Menoch., *de Recuperand.*, Remed. 13, n. 27, in fin. e n. 28.

§ 237

Ora já vimos (§§ 207 e 208), que a Ord., L. 3, T. 48 (interpretada pelas suas fontes), manda proceder contra espoliadores (*juris ordine non servato*), supõe um espolio violento de posse de bens immoveis. Se vamos ver a lei do Senhor D. Diniz, da era 1332, no Cod. Affonsino, L. 4, T. 65, §§ 3 e 5 (de que foi compilado o Manuelino, L. 4, T. 50, e o Filippino, L. 4, T. 58), claramente se vê que falla do espolio violento da posse de cousa immovel, e não do quasi espolio sem violencia; nem do quasi espolio das cousas incorporaes. A Ord. Filippina, no L. 4, T. 58, bem claramente declara que as penas comminadas no seu principio só haverão logar *na força verdadeira*, e não na força ficta, qual a sem violencia, e qual a dos direitos incorporaes.

§ 238

Sim, a Ord. Manuelina, L. 4, T. 50, § 1, de que foi copiado o § 1 da Filippina, L. 4, T. 58, diz que «se fosse quasi força, assim como se alguém occupasse a posse de cousa vaga, que não fosse por outrem corporalmente possuida, a qual o forçador *cuidava ser alheia*, e depois achou que era sua, será o forçador recebido a provar summaria-

mente como a coisa é sua, e se o provar até quatro dias, será relevado da pena. Porém sem embargo de assim o provar, será o esbulhado restituído á sua posse, e sendo restituído, poderá litigar ordinariamente sobre a propriedade. E d'aqui parece se póde inferir, que ainda quando o verdadeiro senhor espolia a propria coisa possuida por outro sem intervir *força verdadeira*, não é attendido com allegação e prova do proprio dominio, para evitar a restituição da posse, mas que primeiro deve restitui-la e depois litigar sobre a propriedade.

§ 239

Porém deixando de dizer que este § 1 pela sua mesma phrase não póde entender-se do quasi espolio de direitos incorporaes, elle tendo por fonte a L. fin., *Cod. und. vi*, e devendo receber d'ella a sua illustração, é bem claro na sua fonte o caso do que occupa, mas sem violencia, a posse vaga da coisa que sabia, ou, não sendo sua, não podia nem devia ignorar ser alheia, essa lei o reputa ladrão da posse alheia. O nosso legislador pois, ao *forçador que cuidava ser alheia* a coisa, o reputou ladrão, como o reputou a dita lei, porque a sua primaria intenção foi roubar a posse que julgava alheia. Como ladrão sim o escusou de uma pena, por não haver *força verdadeira*, debaixo da condição de provar *in continenti*, que era sua pela superveniente sciencia, mas em pena mesma do seu maleficio, ainda provando a sua, a mandou restituir ao espoliado. Logo, e *a contrario sensu*, se o senhor da coisa que sabe positivamente ser sua, occupa sem *força verdadeira* a posse vaga, não só evita a pena comminada no principio da dita ordenação, mas provando ser sua *in continenti*, e não se reputando ladrão de coisa propria, cessando a *força verdadeira*, cessa o odio dos espoliadores, cessam as rasões da leis (§ 212), e entra a genuina interpretação dos DD. citados (§§ 232 e 233).

Nota. Outras mais excepções que obstem á restituição do espolio, se podem ver em Barbos., *Thesaur. Locor. Commun.*, L. 17, C. 56, Axiom. 2, aonde dinumera vinte excepções, e em Silv., á *Ord.*, L. 3, T. 48, na Rubr., a n. 105, a d. n. 124, as quaes omitto, porque são menos frequentes na praxe.

CAPITULO XIV

Aggravo do espolio judicial da posse, quando o possuidor é privado d'ella juris ordine non servato; suas causas e fundamento; sua praxe; seus resultados.

§ 240

Um juiz que ex officio, ou a requerimento de parte, procede juris ordine non servato, despe o character de juiz, reveste o de particular, coopera para o espolio que a parte lhe requer e elle determina. O espoliado póde queixar-se para ser restituído de facto, como de facto foi espoliado, Stryk., Vol. 3, Disp. 23, C. 2, a n. 80, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 24, C. 1, §§ 12 e 13, Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 14, a n. 122, Peg. 2, For., pag. 942, n. 209, e Tom. 7, For., C. 226, n. 27, Barbos., *Vot.* 97, a n. 15. Ainda mesmo que o juiz por decreto do principe mande immittir alguém na posse, deve citar o possuidor; e se assim o não cumpre commette espolio com a parte requerente, Peg. 2, For., C. 11, sub n. 209, Barbos., *Vot.* 97, n. 16, Valasc., *Cons.* 191, n. 13, Silv., *ad Ord.*, L. 3, T. 78, § 3, n. 5. Ainda mesmo que um sequestro se decrete por mandato do principe, deve o juiz fazer citar a parte, Gam., *Decis.* 331; se assim o não cumpre commette espolio. (Nota 2, ao § 198), Stryk., *supra*, C. 6, a n. 45.

§ 241

Entende-se que o juiz procede desordenadamente: 1.º, quando não faz citar a parte (§ 237), et adde Post., *de Manut.*, Obs. 12, a n. 57; 2.º, quando o processo foi

summario, onde devêra ser ordinario; 3.º, quando procedeu depois de justamente recusado; 4.º, quando se fez execução por divida excessiva; 5.º, ou sem as solemnidades legaes; 6.º, quando procedeu nos dez dias, concedidos para appellar, em caso em que a appellação tinha ambos os effeitos, etc. Veja-se Post., *de Manut.*, Obs. 12, a n. 54, *et de Subhastat.*, Inspect. 58. Em todos estes casos parece que sendo a parte assim desordenadamente privada da posse, se pôde dizer espoliada como sente Posthio. Porém devemos seguir a distincção que com Menochio, Covarruvias, Gaspar Rodrigues e Fermosino, nos deixou Retes, *de Interdict.*, P. 3, § 22, apud Meerman., Tom. 7, pag. 518, ibi:

«Et quamvis verba (interdicti) de privato loquantur, etiam extenduntur ad Judicem, qui nulliter ex abrupto procedens litigantem sua possessione spoliatur. d. L. *Meminerint*, in princip., ubi extat elegans ratio, ne injuriarum occasio nascatur, unde jura nascuntur, C. *Conquerente* 7, *de Restit. spoliator*.... Hæc tamen doctrina accipienda est, quando Judex prorsus est incompetens, vel si competens est, procedit ex abrupto sine audientia, et sine citatione Partis: aliæ enim nullitates, vel injustitiæ non sunt emendandæ per hoc remedium, sed per viam nullitatis vel appellationis.»

§ 242

Outros, com os quaes Ridolfin., *in Prax. Roman. Cur.*, P. 2, C. 14, a n. 127, exigem que «ad hoc ut Judex spoliasset dicatur, nullitas debet esse evidens, adeo quod nullo velamine celari possit; alias non datur restitutio: Vel injustitia debet esse clara, et notoria.... Debetque ad hunc effectum nullitas, vel injustitia notoria deduci ex eisdem actis, et ex illis non autem ex noviter deductis probari». Conf. Post., *Civil.*, Resol. 68, a n. 39, aonde depois de ter o mesmo que Ridolfin., acrescenta a n. 45: «Adeo ut (injustitia, et nullitas) nulla ratione aut excusatione velari, vel offuscari possit; secus si in facto, vel in jure ali-

quam patiatur difficultatem, seu sit velata aliqua probabili, aut colorata ratione vel causa, etc.»

Nota. Eu em tal variedade sigo por mais solida e segura a distincção dos DD., com os quaes o transcripto Retes (238). Confirma-se Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 23, C. 1, § 13. Só pois ha espolio judicial no meu arbitrio, ou quando o juiz, que mandou espoliar, é notoriamente incompetente, ou quando procedeu sem citação e audiencia da parte.

§ 243

D'este espolio judicial é competente o meio de agravo pelo estylo do reino, *de quo Mend.*, P. 1, L. 4, C. 10, n. 25, *ubi França*, n. 51, Peg. 2, For., C. 11, n. 210, Silv., à *Ord.*, L. 3, T. 78, § 3, n. 7; agravo que, como os mais, se deve interpor dentro em dez dias, Pinto Ribeiro, *Relaç.* 2, n. 3. E bem que Silv., *supra*, declara que este estylo não priva aos espoliados do uso dos mais remedios possessorios ordinarios, a que, deixado o agravo, podem recorrer, eu já vi julgado o contrario. Se bem ou mal *dicant Paduani*.

§ 244

O nosso João Pinto Ribeiro, na *Relaç.* 2, n. 5, sobre um tal agravo de espolio, discorre assim:

• Menos podia ser provido contra a força, que dizia fazer-lhe o juiz, provando sómente a sua antiga posse; mas era-lhe necessario mostrar a injustiça da causa, porque o juiz o privava da tal posse, e assim mostrar a causa do dominio, e seu direito. Esta é a differença que vae da força que um particular faz á força que faz o juiz. Basta contra o particular mostrar o esbulhado a sua antiga posse, e a nova do esbulhador. Contra o juiz não basta sómente mostrar a posse antiga, mas é-lhe necessario fazer certo da injustiça da causa em que o juiz se funda, porquanto pelo juiz está a presumpção de direito; mostra-o

assim Menóch., *de Recuper.*, Remed. 1, Q. 20. e Remed. 8, n. 4, aonde, no n. 29, faz esta distincção, etc.»

§ 245

O effeito d'este aggravo, quando no juizo superior se julga justificado, é ser o aggravante restituído á posse de que foi espoliado; como se vê julgado em Peg. 2, For., C. 11, abaixo do n. 210, e para esta restituição da posse não é necessaria citação da parte, Peg., supra, vers. *De qua re*; se porém esta restituição da posse deve ser com interesses, perdas e damnos, res non est clara; porque n'esse aresto transcripto por Pegas não se vê que o espoliado aggravante fosse mandado indemnisar, talvez porque se pensaria a natureza do aggravo, que é estricto para se conhecer só do que se aggrava, ex regula, de qua Silv., *ad Ord.*, L. 3, T. 68, § 8, n. 5, et T. 84, § 8, n. 3. O mesmo se nota no outro aresto transcripto por Peg., Tom. 6, For., C. 175, n. 4; porém o contrario em outro aggravo de espolio se nota em França, *ad Mend.*, Ar. 39, n. 8 et 9.

Nota. Equiparado o remedio do aggravo de espolio ao do interdicto Recuperandæ (diversificando só na ordem do processo), assim como nos remedios restitutorios vem os fructos por natureza da acção, ainda quando não pedidos, Cordeir., Dub. 46, a n. 34, parece que da mesma fórma se devem n'este caso, aindaque não pedidos, nem julgados. A palavra «restituir» tem esse effeito como annexo ou consequente em geral, Guerreiro, Trat. 4, L. 8, C. 9, n. 29, Peg., Tom. 1, *á Ord.*, pag. 96, a n. 1, e terminantemente Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 14, a n. 158. Ella tem a plenissima significação de comprehender os fructos, L. 173, § 1, ff. *de Reg. jur.*, Stryk., *Us. mod.* L. 43, T. 46, § 3. N'este espolio judicial não vem porém as perdas e damnos, como nos mais espolios, Ansaldo., *de Commerc.*, Disc. 64, n. 13, Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 14, n. 158, Post., *Subhastat.*, Decis. 126, n. 19. O contrario e que tambem n'este espolio judicial deva haver condemnação de perdas e damnos, o diz Lim., *na Ord.*, L. 4, T. 58, *in princip.*, n. 43. Eu distinguiria. Se o espolio se fez com decreto judicial com força expulsiva, assistindo a

esta o juiz e seus officiaes, é verdadeiro espolio; e quando não é assim acompanhado de violencia, mas um simples mandado executado, só fica o espoliador obrigado aos fructos que percebeu, e não aos que se poderiam perceber, Ansaldo., supra, Begnudell., Verb. *Spolium.*, n. 30, aonde assim o comprova com muitas decisões.

CAPITULO XV

Excepção de espolio, sua competencia, natureza e efeitos

§ 246

A excepção de espolio não tem fundamento algum no direito romano, que só conheceu os interdictos restitutorios referidos nos §§ 31 e 32. Conforme o mesmo direito só teria practica esta excepção n'este caso: Pedro espoliou a Paulo de certos bens, ficando algumas partes ou accessorios d'elles ainda em poder do espoliado Paulo: Pedro acciona depois a Paulo para que lhe entregue esses restos; então Paulo para os não entregar a Pedro, justamente lhe oppõe a excepção do espolio, mas isto pela regra das excepções na L. 156, ff. *de Reg. Jur.* De fôrma que só sobre as cousas assim connexas e identicas, se poderia praticar a excepção do espolio, mas não sobre diversas. N'esta conformidade o vemos julgado em Peg. 2, For., C. 11, pag. 947, vers. *Quæ resolutio*. Porém o direito canonico ampliou esta excepção a todo o caso em que o espolio é opposto ao espoliador em qualquer demanda que este proponha contra o espoliado, ainda por cousa diversa da que elle espoliou. Contra esta limitada ampliação do direito canonico declamou altamente Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 91, mas no § 9 declara que o direito canonico fôra n'esta parte recebido pelo uso das nações como na França, no Belgio, na Allemanha, na Italia, na Hespanha; e no § 18 declama, que o direito canonico n'esta parte devia ser proscripto pelos summos imperantes, pelas rasões que largamente pondera.

§ 247

Presupposta esta geral recepção do direito canonico, estabelece Berlich., P. 1, Concl. 21, a n. 35, esta regra e suas ampliações, ut ibi:

«*Ulterius mente tenendum est, quod exceptio spolii adversus omnem actionem opponi possit, sive de eadem, sive de diversa re instituatür: (*)* Unde si Mævius spoliatus est a Titio; postea Titius adversus Mævium actionem instituit de alia re, quam in qua spoliū est commissum; Mævius actori Titio hanc exceptionem recte obijcere potest, nec tenetur ei respondere, priusquam restitutus fuerit, text. in C. *cum dilectus* 2, C. Ult. x. *de Orden. cognit.* (* Conf. Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 16, § 3.)

«*Usque adeo, ut spoliatus si spoliator non sit solvendo eidem in alia causa, nunquam debeat respondere ad restitutionem. Et non tantum adversus eum obijcitur hæc exceptio, qui ipse spoliavit, sed etiam adversus eum, qui spoliare mandavit, vel alterius spoliationem ratam habuit... Etiam si quis a Judice, juris ordine non servato spoliatur. Amplius adversus eum, qui occupat aliam terram, vel possessionem per vim, et facit sibi postea a suo superiore concedi; exceptio spolii etiam datur. Præterea exceptio spolii sibi locum vindicat, etiamsi spoliatus non probet de injusta sua ejectione, etc.*»

§ 248

No. n. 44 se remette Berlich. aos mais DD. que tratam esta excepção, e depois desde o n. 45 passa a dinumerar os casos em que ella se não póde oppor: como, 1.º, o espolio feito em cousa particular não poder objectar-se por excepção contra as acções em que se trata das causas publicas, ecclesiasticas ou pias (Conf., Peg. 2, For., C. 11, pag. 948, Col. 1.); 2.º, quando o espolio que pelo seu particular interesse commetteu um syndico de uma universidade, se lhe oppõe em acção que elle move como tal,

e em nome alheio; 3.º, não a póde oppor aquelle que possuia por favor ou precario a cousa espoliada.

§ 249

Esta excepção é dilatoria, que se deve oppor antes da litis contestação pela praxe do nosso reino; não deve receber-se por principio de contrariedade, mas logo e directamente a impedir o progresso da lide, emquanto se não restituir o excepticionado espolio, Peg., *de Interdict.*, C. 11, a n. 663 et 668, Cordeir., Dub. 50, a n. 63, Silv., *à Ord.*, L. 3, T. 50, in pr., n. 6; praxe na verdade redundante em iniquidades pelas razões que pondera Boehmer., § 8. Seria melhor para a mais breve expedição do processo receber e converter esta excepção em reconvenção, para tudo simultaneamente ao mesmo tempo se tratar sem retardamento da causa principal. As razões de Boehmer. não têm replica.

§ 250

O commun dos advogados erra crassamente na formalidade com que propõe esta excepção de espolio. A natureza de toda a excepção, é repellir tão sómente ao agente, e não pedir e reconvir, Peg. 2, For., C. 11, pag. 878, Col. 2. Commummente propõe esta de espolio, concluindo que seja o excipiente restituído á sua posse com fructos, perdas e damnos. Isto, como digo, é erro, porque o modo de concluir deve ser que o auctor não seja ouvido em sua acção, sem que primeiro restitua o excipiente á sua posse que lhe espoliou; e purgue esse espolio com pagamento de fructos, perdas e damnos. De outro modo esta excepção, pedindo-se por ella restituição, se converte e deve converter em reconvenção, Stryk., Vol. 8, Disp. 13, § 29, ibi:

• Exemplum est in exceptione spoli, quam, ut per modum actionis intentes, nunquam prohiberis. Imo expedit aliquando id fecisse. Agendo enim et petes, et impetrabis restitutionem possessionis ablatae per Judicem expedien-

dam; cum excipiendo non plus obtineas, quam, ut suspendatur actio contra te instituta donec restitutus in possessionem fueris. Quid? nec petere licebit excipiendo, ut ipsa hæc restitutio injungatur actori, nisi velis, et effectum suspensionis simul perdere.»

Barbos. et Tabor, *Thesaur. Loc. Commun.*, L. 17, C. 56, Ax. 10, ibi:

«Spolii exceptione opposita, consequitur Reus, ut ne prius ad actionem intentatam respondere compellatur, quam actor restitutionem fecerit; minime vero ut actor condemnetur, Hartman, Pistor., P. 4, Q. 18, n. 18, ubi instruit Advocatus excipientes de spolio, non debere in conclusione restitutionem petere, sed modo, ut ne actor audiatur, priusquam reus plenarie restitutus sit. Non aliter, si res petierit, exceptione non obstante, in causa principali procedere jubetur, Carpzov., etc.»

N'este sentido, e tratando d'esta excepção, fallam os nossos reinicolas, Cald., For., L. 1, Q. 22, n. 55, Pereira, Dec. 83, no fim, e Barbos., na L. *si de vi*, ff. *de Judic.*, n. 184. Concorda Gibert, *Corp. Jur. Canon.*, Tom. 3, pag. 223, Sect. 11, §§ 5, 6 e 7.

§ 251

De fôrma que quando assim se não propõe a excepção de espolio, perde a sua natureza de suspender a acção e se converte em reconvenção, Berlich., P. 1, Concl. 21, n. 91, ibi:

«Notandum etiam est, ut Advocati caute in proponenda exceptione spolii versentur, eam actori solummodo in vim dilatoriæ exceptionis opponant et petant, actorem non prius audiri, quam reus plene restitutus fuerit; alias si exceptio spolii nedum objicitur, sed etiam conclusio, et petitio ad restitutionem spolii directa est; tunc enim, cum reus in terminis exceptionis non remaneat, sed suam exceptionem in petitionem convertat, et ex reo actor fiat, hæc objecta exceptio reum nihil revelat, nec eum ab in-

stantia absolvit; sed spoliū potius per modum actionis, quam exceptionis deductum esse censetur, in reconventionem rejicitur, et reo litis contestatio injungitur.»

§ 252

Eis-aqui o que na materia sujeita temos pelos direitos romano e canonico: Quid ergo de jure, et praxi nostri Regni? A nossa Ord., L. 3, T. 64, dá preferencia ao direito romano em materia que não traga peccado, e ainda assim com a-authentica intelligencia da L. de 18 de agosto de 1769. Ora já vimos (§ 243) o unico caso em que pelo direito romano se póde admittir esta excepção, isto é; só sobre cousa connexa e corresponsiva. Emquanto o direito canonico ampliou esta excepção em todo o caso e em toda a acção diversa, é irracional, como demonstrou Boehmer., d. Exerc. 91, mas está recebido nas nações (§ 243).

§ 253

Se recorrermos á praxe do reino, vemos em Peg. 2, For., C. 11, pag. 949, Col. 1, um aresto em que (tratando-se ali d'esta excepção) diz: «Quæ resolutio intelligenda venit, quando exceptio spoli est opposita circa eandem rem spoliatam, non vero quando est diversa, ut judicatum fuit na causa de João Alves Soares com o ex.^{mo} duque de Cadaval, anno 1671». Vemos no mesmo Peg., pag. 948, dois arestos oppostos no identico caso de pedir uma mulher divorciada alimentos ao marido e ser repellida com excepções de espolio objectadas pelos maridos para não deverem os alimentos, emquanto as mulheres lhes não restituíssem os moveis que lhes espoliaram. Em um caso d'estes se denegou a excepção, em outro se concedeu; mas n'este havia connexão e corresponsividade, e não eram acções e excepções em si diversas».

§ 254

Vemos no mesmo Peg., *de Interdict.*, C. 11, a n. 663, admittida a excepção de espolio, de que já tratei no § 222; mas n'esse caso versava a excepção sobre a mesma coisa espoliada, e não sobre diversa; vemos segundo a praxe admittida esta excepção no caso em que o espoliador condemnado, e antes de purgar o espolio usa da acção ordinaria. Pois esta excepção se lhe oppõe para não ser admittido na causa sobre a propriedade, emquanto não purgar o espolio com satisfação de custas, rendimentos, etc., Cordeiro, Dub. 36, n. 38. E aindaque Peg. 2, For., C. 11, pag. 949, Col. 2, diz: «Ex quo obtinui, non posse impediri caussa super proprietate, quando tractatur de liquidatione spoli in executione; quia ex ipsa petitione renuntiatur exceptio spoli». O citado Cordeiro o reprova no n. 36, n'esta parte.

Nota: O espoliador, depois de restituir a coisa ao espoliado, e antes da liquidação dos fructos e interesses, querendo adiantar o seu juizo petitorio, e prevenir que se lhe não opponha esta excepção, póde recorrer a estes remedios: 1.º, fazer assignar tempo ao espoliado para que proponha a sua liquidação em termo aprasado, com a comminação de passado o termo assignado lhe ficar livre o juizo petitorio, Ridolfin., *in Prax.*, P. 2, C. 14, a n. 164; 2.º, se a liquidação dos fructos e interesses depende de demora, póde o espoliador depositar um tanto, e afiançar idoneamente em juizo o que por fim se vier a liquidar, como refere julgado Fabr., *in Cod.*, L. 3, T. 7, Def. 10, Conf. Cancer. 2, Var., C. 7, n. 21 (Begnudell., verbo *Spolium*, n. 23, e Ridolfin., *supra*, n. 163). São oppostos a esta cautela, e assim se vê julgado em Peg. 2, For., C. 11, pag. 957, Col. 1, §. *Quámvis*; 3.º, se o espoliador é pobre póde satisfazer aqui com a restituição da coisa espoliada, reservados os fructos e interesses para o fim da causa da propriedade, Ridolfin., *supra*, n. 168 e 169, Velasc., *de Privileg. Pauper.*, P. 1, Q. 46, n. 9, aonde refere muitos DD. e decisões.

§ 255

Se porém o espoliador antes de plena restituição pro-
por a causa ordinaria e petitoria, e esta excepção (§ 251),
se lhe não oppozer logo como dilatoria, mas o que foi es-
poliado, e na acção petitoria é réu, contrariar a causa so-
bre a propriedade, não póde jamais oppor tal excepção,
Peg. 2, For., C. 11, pag. 953, Col. 1, * *Neque*, e Col. 2,
Ubi judicatum, e pag. 954 e 955.

Nota: É muito frequente quando os senhorios exigem fó-
ros e direitos dominicaes pela via summaria e executiva,
fundados só na posse, negarem os foreiros seus dominios,
exigirem titulos primordiaes, e insistirem que não pagam
sem a producção d'elles. E como para fundamentar a via exe-
cutiva basta só a posse d'esses fóros e direitos dominicaes,
e n'este processo não se admittem questões sobre a validade
do titulo ou sobre a propriedade, Peg. 1, For., C. 3, pag. 139,
coçtumam os senhorios requerer que ellas assignem suas
negações por termo (como assim é preciso, ex eod. Peg.,
pag. 180, Col. 1), e assignadas por termo oppõem logo exce-
pções de manutenção na sua posse, até por acção ordinaria
se disputar o direito da propriedade. A praxe admite n'este
caso estas excepções, e tenho visto o seu feliz exito. Outros
oppõem excepção de espolio com o já advertido erro (§ 247);
o meio de concluir n'ella deverá ser que esses réus não se-
jam attendidos sobre materia de propriedade, emquanto não
restituirem ao excipiente a posse negada. Mas como aqui fi-
caria frustrada esta excepção, porque elles não proseguiriam
a causa da sua negação, será mais util propor logo no mesmo
processo e formalmente a acção de espolio. O uso da manu-
tenção é pois o mais pratico e o mais util e providente.

§ 256

Duvida-se se a excepção do espolio é annal ou perpe-
tua? Silv., á Ord., L. 3, T. 48, na Rubr., n. 6, cita va-
riedade de opiniões. No n. 9 e 10 distingue o caso de se
propor o espolio por via de excepção só a repellir ao agente
emquanto não restituir e purgar o espolio commettido so-
bre a mesma cousa, caso em que é perpetua, e o caso em

que o espolio se não propõe repellindo, mas pedindo (ut § 247), caso em que é annal. Se se trata de lóros e direitos dominicaes (nota ao § 252), o anno pretorio só principia no dia da formal e positiva negação, Macedo, Dec. 46, n. 2 e 14, Cordeiro, de *Interdict.*, Dub. 42, n. 43 e 44.

Corollarios e succo do exposto a § 242

§ 257

1.º O espolio opposto em acção em que se pede coisa totalmente diversa da que se diz espoliada, não se deve admittir n'este reino aonde o direito civil tem preferencia ao canonico, maxime sendo este n'esta parte irracional, e tendo-se n'este reino julgado conforme o direito civil (§§ 243, 249 e 250).

§ 258

2.º O espolio sobre coisa diversa da accionada, que se propozer n'este reino, e em causa de outro diverso e accusado espolio, sim póde propor-se em reconvenção, porque ambos diversos, e o processo summario, ex DD., cum quibus Silv., ad Ord., L. 3, T. 33, § 4, n. 3, e § 6; porém, propondo-se em reconvenção em causa ordinaria, deve praticar-se a Ord., L. 3, T. 33, § 6.

§ 259

3.º Se a excepção de espolio nos casos em que pelo nosso direito e praxe é permittida (sobre a coisa connexa e correspectiva), se propõe só para o fim de não ser o agente admittido na causa ordinaria sem primeiro purgar o espolio, é dilatoria que se deve propor antes da contrariedade (§ 256); é perpetua (§ 253). Se porém se propõe pedindo restituição da posse com fructos, perdas e damnos, se converte em acção ou reconvenção (§§ 247 e 248);

é annual (§ 253); e não se enunciando a natureza d'ella, só em separado se deve tratar, Ord., L. 3, T. 33, § 5.

§ 260

4.º Quando legitimamente compete, quando se oppõe formalmente em tempo habil, como dilatoria, ella soffre as mesmas defezas que o espolio (exceptuando o caso referido no § 251 e sua nota); conserva a primogenia natureza de ter curso summario, cessando aqui a regra, de qua Peg. 2, For., C. 15, sub n. 85.

§ 261

5.º Quando assim é legitima e praticavel esta excepção só se póde prevenir com os remedios indicados na nota ao § 251, mas depóis da restituição da posse.

Nota: Quando tem logar a excepção de espolio nas materias matrimoniaes, vide Rets; *de Interdict.*, P. 3, §§ 16 e 17, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 49, in Rubr., a n. 112, Solan., Cog. 21, n. 16, Sanches, *de Matrim.*, Liv. 10, Disp. 12.

CAPITULO XVI

A quem competem estes remedios possessorios.

Contra quem? Para quaes fins?

SECÇÃO I

A quem competem

§ 262

As pessoas que têm em guarda ou deposito alguns bens não os possuem em seus nomes; não têm posse qual tal, mas só uma simples detenção. E por isso sendo turbados ou espoliados na sua detenção não gosam dos remedios possessorios, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr., n. 23,

Boehmer., ad Pand., Exerc. 90, § 5. Mas como elles têm interesse na detenção pela responsabilidade em que estão constituídos para com os verdadeiros senhores e possuidores, são subsidiados, implorando o nobre officio do magistrado para serem mantidos na sua detenção, ou restituídos a ella, Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 2, a n. 54, e C. 3, a n. 2; não contra o commodante, commandante, deponente, Post., *de Manut.*, Obs. 52, a n. 1 (*), mas contra qualquer terceiro, Peg., *de Interdict.*, n. 15. O amplissimo Can. *Reintegranda* também os protege, Mull., ad Struv., Exerc. 45, Thes. 113. E sendo absentes os senhores em cujos nomes detem a posse, sendo esta espoliada, podem usar do remedio da L. 1, Cod. *Si per vim vel alio mod.*, ubi Brunnem. e Menoch., *Recup.*, Remed. 6.

(*) Nota 1.^a Se estes, que assim possuem em nome alheio, introvertem a posse dos senhorios, mudando de algum modo a causa de possuir, elles se reputam ladrões e espoliadores, Retes, ad Tit. *de Acquir. vel amitt. possess.*, C. 4, § 14, apud Meerman., Tom. 7, pag. 473.

Nota 2.^a Aindaque a Ord., Liv. 3, T. 86, § 1, manda que o condemnado nem por si nem por outro fique em posse dos penhores, e dando á penhora bens de raiz será desapossado d'elles; comtudo esse depositario fica possuindo em nome do penhorado: e se o depositario é turbado na posse, competem ao penhorado os remedios possessorios, Silv., ao dito § 1, n. 32.

§ 263

Se ao colono *ad breve tempus* competem estes remedios possessorios? *Varii varia dixerunt, ut videre est apud Silv.*, ad Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr., n. 24 e 25, Stryk., supra, a n. 4, Post., *de Manut.*, Obs. 52, a n. 13, Pacion., *de Locat.*, C. 28, a n. 14. Avançou a tanto Retes, *de Interdict.*, P. 3, § 6, apud Meerman., Tom. 7, pag. 515, que disse: «Competere (colono) beneficium restitutionis in possessionem conductionis ex officio Judicis extraordinario merum commentum reputo, et sine ullo juris aut rationis fulcro». Porém a praxe universal tem facultado

estes remedios *Retinendæ* e *Recuperandæ* ao colono durante o tempo do seu arrendamento (*), tanto contra o terceiro, como contra o mesmo senhorio, ou seja pelo officio do juiz (que se entende implorado pela causa saudavel, Pacion., supra, n. 15 e 16), ou seja por aquelles remedios, ou alguns d'elles, Pacion., supra, a n. 23, Post., a n. 17. Este é o estylo de julgar no nosso reino, como se vê em Peg., Tom. 15, ad Ord., Liv. 3, T. 33, a n. 23 ad 29, e no Tom. 7, For., C. 225, a n. 22, e C. 226, a n. 45 e 51, Guerreiro, For., Q. 73, tot. Mas não pôde nunciar a nova obra, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 6, n. 37.

(*) Já vimos no § 220 que se, durando a demanda, finda o tempo do arrendamento, só é restituído o colono aos interesses, perdas e damnos, e não é reintegrado á posse. E se o colono, findo o tempo do arrendamento, não restitue ao senhorio a cousa arrendada, elle se converte em rigoroso espoliador, e competem contra elle os remedios possessorios, Ord., Liv. 4, T. 54, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 30, § 3, a n. 18.

§ 264

O emphyteuta que tem dominio util e posse natural, e ainda civil, é assistido dos mesmos remedios possessorios, tanto contra terceiro, como ainda contra o senhorio, Post., *de Manut.*, Obs. 52, n. 20, Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 3, a n. 18, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr., n. 27, e ainda quando o senhorio com o pretexto da devolução occupa a posse, Peg. 2, For., C. 9, a n. 380; *ubi latissimè*; bem como pôde nunciar a nova obra que lhe seja prejudicial, Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 5, n. 92; bem como competem os mesmos remedios ao senhorio contra o emphyteuta, que lhe perverte o dominio directo, Silv., n. 29, sobre o que se veja o meu *Tratado do direito emphyteutico*, a §.

§ 265

Quanto ao usufructuario: Apesar da duvida de alguns

theoreticos, *ut videre est apud Boehmer.*, ad Pand., Exerc. 90, C. 2, § 5, Stryk., supra, C. 3, a n. 9, assenta-se que lhe competem os mesmos remedios, Stryk., supra, a n. 9, Post., *de Manut.*, Obs. 16, a n. 14, Valasc., Cons. 79, n. 9, Castilho, *de Usufruct.*, C. 5, n. 33, e C. 6, a n. 28, Peg., Tom. 7, For., C. 225, a n. 43, Silv., supra, n. 30, Retes, *de Interdict.*, P. 3, § 7; bem como pôde nunciar a nova obra. V. Ferreira, *de Nov. Oper.*, L. 4, Disc. 6, a n. 30.

§ 266

Quanto ao cessionario: Os remedios possessorios são cessiveis, comtantoque juntamente com a acção se ceda todo o direito do cedente, Stryk., post Tract., *de Action.*, Dissert., *de Action. non cessibil.*, C. 5, § 25, Brunneman., *de Cess. Jur.*, C. 4, n. 65: O cessionario pois assim habilitado com uma cessão em que juntamente com a acção se lhe transferisse o direito do cedente, pôde usar de ambos os remedios *Retinendæ* e *Recuperandæ*, Stryk. e Brunneman., supra, mas não sem cessão especial, Peg. 2, For., C. 11, pag. 910, Col. 2, *quidquid involvat*, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr., n. 32. Não se pôde porém ceder a faculdade do desforçamento concedida na Ord., Liv. 4, T. 58, § 2, menos que o cedente não associe pessoalmente o mesmo desforçamento, Stryk., supra, d. § 25.

§ 267

Ao crédor antichretico, a quem o devedor consignou predio fructifero ou redditos para pagamento de sua dívida, competem electivamente ambos os ditos remedios, sendo turbado ou espoliado da posse durante o tempo da consignação, como com Menoch., Sous. de Maced. e Peg. diz Silv., á Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr. n. 34, e alem dos DD. ahi citados Guerreiro, Tr. 4, Liv. 6, C. 5, n. 6 e C. 7, a n. 14, Post., *de Manut.*, Obs. 11, a n. 5, 12, 13, e isto emquanto não estão ajustadas as contas dos redditos per-

cebidos, Guerreiro, Tr. 4, Liv. 6, C. 5, n. 8. O mesmo procede quando alguém, recebendo dinheiro antecipado, dá de arrendamento e consignaão alguns redditos certos; porque da mesma fôrma competem a este consignatario os remedios possessorios, Peg., Tom. 7, For., C. 225, a n. 36; bem como um tal consignatario, por isso mesmo que possuidor pôde impedir como terceiro a penhõra e execuão que outro crêdor faz n'esses redditos consignados, Peg. 1, For., C. 5, pag. 370, Col. 2, vers. *Et sic etiam*, e pag. 371 e 372.

§ 268

Todo aquelle a quem por direito é concedido o beneficio da retenção em algum predio, se na posse ou detenção d'elle é turbado, ou se é espoliado, pôde usar d'estes remedios, Post., *de Manut.*, Obs. 11, n. 4; consequentemente: 1.º, aquelle, ainda o arrendatario, que tem retenção no predio até ser satisfeito das suas bemfeitorias pôde usar d'estes remedios, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 52, C. 4, § 10, (2). A viuva, a quem a Ord., Liv. 4, T. 95, § 1, concede retenção no morgado ou prazo bemfeitorisados constante o matrimonio (*), sendo espoliada pelo successor, pôde usar d'estes remedios, Peg., *de Interd.*, C. 8, a n. 487, 500 e 505; não tendo havido a prevenção de se depositarem as bemfeitorias antes que o successor se immitta na posse conforme a praxe, de qua Valasc., Cons. 111, Peg., supra, n. 105, (3). O mesmo procede se o usufructuario bemfeitorisou os predios em que tinha o usufructo; porque na morte d'elle não pôde o proprietario immittir-se na posse sem primeiro satisfazer as bemfeitorias ao herdeiro do usufructuario, e a este compete contra aquelle n'este caso a manutenção, Post., *de Manut.* Obs. 16, n. 42 (**).

(*) Não assim nas bemfeitorias feitas no prazo ou morgado antes do matrimonio, Repertor., debaixo da conclusão

Bemfeitorias deve pagar o nomeado no prazo á mulher, etc.

(**) Quaes despezas de bemfeitorias podem repetir do proprietário os herdeiros do usufructuario, vide Castilh., *de Usufruct.*, C. 57.

§ 269

Pelo que respeita ao herdeiro do possuidor que foi espoliado enquanto vivo, e morreu antes de propor sua acção: n'este reino, aonde pelo Alv. de 9 de novembro de 1754, a posse civil do defuncto passa com todos os effeitos de natural ao herdeiro, é sem duvida que este pôde accionar a turbação ou espolio feitos ao defuncto, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 91, C. 2, § 7, Peg. 2, For., C. 11, pag. 910, Col. 1, Retes, *de Interdict.*, P. 2, § 18, apud Meerman., Tom. 7, pag. 510, Post., *de Manut.*, Observ. 55, n. 54: e assim cessam entre nós as duvidas que sobre este artigo, e conforme o direito romano, trataram Silv., á Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr. n. 33, Peg. 2, For., C. 11, pag. 908 e 909, e Tom. 7, For., C. 225, a n. 19, e outros que omitto.

§ 270

Competem tambem estes remedios ao cabeça de casal, quando elle mesmo é espoliado por algum coherdeiro na herança, ou por algum terceiro, ex Ord., Liv. 4, T. 95, Silv., á Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr. n. 44, Guerreiro, Tr. 2, Liv. 6, C. 12, n. 19, Peg., Tom. 7, For., C. 225, n. 114 e 115. A presumpção natural de serem allodiaes todos os bens que ficaram na herança do marido, basta para fundamentar a intenção da viuva na posse e nos remedios possessórios contra todo o successor, que diz serem de morgado alguns bens, enquanto elle o não prova concludentemente, Guerreiro, Tract. 4, Liv. 5, C. 10, a n. 23 ad 37.

Nota. Aindaque Valasc., *de Part.*, C. 4, a n. 10, e com elle Guerreiro, supra, n. 26, em falta de viuvo amplia este favor ao filho que fica na casa ao tempo da morte dos paes,

comtudo o mesmo Valasc., n. 11, limita, quando na morte do ultimo dos paes todos os filhos ou alguns d'elles tomaram posse particular, e cada um de certos bens, porque cada um se deve conservar n'ella. E quando todos ao mesmo tempo se disputam qual no inventario ha de figurar de cabeça de casal, diz Valasc., n. 21, que a eleição de um d'elles é arbitrária ao juiz.

§ 271

Se o socio na coisa commun indivisa pôde usar dos remedios possessorios contra o consocio? Esta questão trata Reinos., Obs. 29. Mas nós com Farinac., *de Furt.*, Q. 175, a n. 68, com Menoch., *de Recuper. possess.*, Remed. 9, a n. 237, com Stryk., Vol. 2, Disp. 17, *de Compossessione*, C. 2, a n. 33, devemos distinguir tres casos: 1.º, quando um dos socios está possuindo por tempo consideravel, elle só, a coisa commun indivisa. N'este caso, se o consocio quer despoticamente por auctoridade propria turba-lo ou espolia-lo, competem a este possuidor estes remedios possessorios; 2.º, quando ambos estão na posse em commun, e querendo um d'elles-assim mesmo continua-la, o outro a impede, este, que assim o impede, lhe faz espolio ou turbação; 3.º, quando um dos socios está possuidor da parte (v. g. por arrumação antes de sollemnes partilhas, como no caso que figuram Guerreiro, Tr. 2, Liv. 1, C. 1, n. 49, Constantin., *ad Stat. Urb. post. Tract.* Dec. 38 e 40), e outro socio não só occupa a sua parte, mas a possuida pelo consocio, lhe commette a força. O mesmo no compascuo commun, Stryk., *supra*, a n. 88, aonde, que o consocio no compascuo commun, sendo prohibido pelo outro, pôde usar d'estes remedios.

§ 272

Ao successor no officio, beneficio e dignidade competem os remedios possessorios pela posse do antecessor, aindaque o successor nunca por si exercitasse acto algum possessorio, porque o officio, beneficio, dignidade, é uma

pessoa moral que nunca morre, representada sempre nas pessoas phycas, como largamente com todos os mais DD. se vê demonstrado e julgado em Guerreiro, For., Q. 55, tol., que me basta citar. Só sim esta regra se limita, quanto ao translatório da pensão ecclesiastica, ao qual não aproveita a posse do pensionario transferente contra o titular do beneficio, sem nova posse de exigir d'elle a pensão. Veja-se o meu *Tratado das pensões ecclesiasticas*, § 177.

§ 273

Quando ao vencido em reivindicação de bens se não assignam (em audiencia ex Vang., P. 3, C. 6, n. 62), os dez dias para demittir a posse na fórma da Ord., Liv. 3, T. 86, § 15, e sem proceder este requisito se inmitte o vencedor na posse dos bens, commette espolio, que o vencido lhe póde accusar para ser restituído á posse, Silv., á Ord., Liv. 3, T. 48, rubr. n. 40, a que addiciono Peg., Tom. 7, For., C. 225, n. 92, Guerreiro, Tr. 4, Liv. 8, C. 4, n. 37, Leit., *Fin. Regund.*, C. 14, n. 8, Repertor. de baixo da conclusão: *Dez dias se dão para entregar a cousa*; mas esta regra se limita: 1.º, quando se executa sentença proferida em acção de força, Silv., supra, Solan., *ad Regim. Fodin.*, pag. 25, n. 22; limita-se, 2.º, quando se executa carta de partilhas, Solan., n. 21, Leit., *Fin. Reg.*, C. 14, n. 9.

SECÇÃO II

Contra quem competem

§ 274

Compendiariamente, competem contra o proprio turbador ou espoliador, ainda mesmo que elle não possua, se deixou de possuir por dolo (e então por todo o interesse); contra quem mandou turbar ou espoliar, seguido o effeito; contra quem approvon e ratificou a turbação ou

espolio commettidos em seu nome, ou que persuadiu o espolio (*); contra o procurador geral, que sem mandato especial què mostre (**) commetteu o espolio contra aquelle, cujos escravos o commetteram, etc., Silv., á Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr., a n. 45, e alem dos DD. ahi citados, Peg., Tom. 7, For., C. 225, a n. 153 e 103, Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 3, a n. 39, Menoch., *Recuper.*, Remed. 1, a n. 47, Gibert, *Corp. Jur. Canon.*, Tom. 3, pág. 225, Sect. 15, a § 12, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 33, Stryk., *de Act.*, Sect. 2, Membr. 2, § 22.

(*) «Atque potest spoliū intentari, et remedium ex Canon. *Reintegranda* C. 3, Q. 1, competit contra ratum habentem, si spoliatio facta fuit nomine, et contemplatione ipsius; et spoliū commissum per procuratorem obstat domino, non solum si mandatum dedit ad spoliandum, sed etiam, si spoliationem factam a procuratore ratam habuerit; quoniam et hic ratificatio mandato æquiparatur.

«Inducitur autem ratificatio spoliū eo ipso quod scio aliquem meo nomine alterum spoliasse, et non contradico; aut quod habita notitia de spolio, eidem non statim renuntio... Item indicitur ratificatio spoliū si motum fuit iudicium, et dominus sustinuit illud; nam per comparitionem, et defensionem iudicii super spolio colligitur scientia domini, et ratificatio spoliationis factæ a procuratore... Sic etiam ratificatio spoliationis possessionis inducitur, si is, cujus nomine aliquis possessione fundi spoliatus fuit, ejus fundi fructus percepit.» Ita Herold., *Tract. de Jur. Ratification.*, pag. (mibi) 336, a n. 3.

(**) Se o procurador mostra mandato especial para essa posse é excusavel e se procede contra o mandante; se porém não mostra tal mandato, e o supposto mandante não ratifica o espolio, então fica responsavel pelo proprio facto. Assim concilia as opiniões Solan., Cogit. 33, tot.

§ 275

Se procedem estes remedios contra os operarios e creados que trabalharam no predio alheio? A regra geral é: «Laborator missus ad laborandum in vineam vel agrum

alterius bona fide, non tenetur de turbata possessione, nisi fuerit sciens, et particeps delicti, sed tantum mittens». Sabell., § *Laborator* n. 1, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 44, in pr., n. 24, Conciol. *Crimin.* Verb. *Operarii*, n. 1, aonde acrescenta que: «dicti Operarii non tenetur perquirere, an illorum conductor rem possideat nec ne», Menoch. *de Retin. Possess.*, Remed. 3, n. 314. Porém esta regra se limita: 1.º, quando os operarios tinham sciencia de ser alheio, e não ser de quem os mandou, o predio, em que assim trabalhavam; 2.º, quando andando elles no exercicio do trabalho foram advertidos pelo verdadeiro dono do predio em que trabalhavam, e elles, desprezada a advertencia, continuaram trabalhando; bem que esta limitação não é solida, porque muitos DD. exigem que essa advertencia ou seja intimação judicial, ou ao menos antes de principiarem a trabalhar; 3.º, quando obram facto por natureza mau e illicito; 4.º, quando de noite, Conciol., Verb. *Operarii*, Resol. un., Sabell. § *Laborator*, Antonell, *de Temp. Legal.*, Liv. 3, C. 20, Q. 3, a n. 28, Rainald., *Crimin.*, Liv. 2, C. 15, n. 228.

§ 276

Quid contra os herdeiros do turbador? Eis-aqui o discurso de Rhet. inter opera Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 3, a n. 56: «Videamus quatenus ad hæredes passivè transeant remedia possessoria. Et quin manutentio decreta contra auctorem possit executioni mandari contra illius hæredem, ut compellatur à turbatione cessare nulli dubitamus cum Post., *de Manut.*, Obs. 56, n. 6, et Bocat., *de Interdict. Ut possid.*, C. 17, n. 10, modo hic successor ex nova et propria causa jus suum novamque turbationem non metiatur, Afflict., Decis. 145 e 345, Menoch., *Retin.*, Remed. 3, n. 828 e seqq.»

§ 277

Quid, quanto ao espolio, se a acção compete contra os herdeiros do espoliador? Diz Retes, *de Interdict.*, P. 3, § 23, apud Meerman., Tom. 7, pag. 518: «Ideo vero dixi competere hoc Interdictum contra spoliantem, quia ex se, et ex terminis mere personale est, utpote pœnale, adeo ut neque contra hæredes competat, ut recte docent Anton. Gomez Donell., etc.; quando tamen adversus hæredes datur, est, cum aliquid ad eos pervenit, ex dolo defuncti, et tunc actione in factum agitur; non tanquam in hæredes, sed quia possident quid ex re, quam defunctus nactus fuit per violentiam; quapropter solus tenetur, qui rem habet non cæteri; neque obligatio dividitur per portiones hæreditarias». De outro modo se explica Rhet., inter opera Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 3, n. 37. «Recuperandæ autem Interdictum concéditur Jure Civili adversus hæredem saltem in quantum ad eum pervenit, aut dolo malo factum est quominus perveniret; nisi lis cum defuncto fuerit contestata; hæc enim propter quasi contractum facit, ut in interdictis recuperandæ successor de omnibus teneatur, ad quæ defunctus erat obligatus». Conf. Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, Rubr. n. 58, 59, Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 4, §§ 35 e 36.

Nota. O exposto (§ 274) procede no rigor do direito civil, mas não da equidade canonica universalmente recebida conforme a qual «hæres citra litis contestationem, vel rei participationem tenetur ad damna a defuncto data, et quatenus facultates defuncti patiuntur, sarcienda», como assim continua Rhet., supra, n. 38, Conf. Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 2, § 7, no fim.

§ 278

Se a acção do espolio compete contra o terceiro possuidor, que houve do espoliador a coisa espoliada? Por direito romano é certo que não; porque só competia contra o proprio espoliador, ou que mandava ou que ratifica-

va o espolio, Liv. 1, §§ 12 e 14, ff. *de vi et vi arm.*, Gonzal. ad C. *sæpè de restit. spol.* n. 3; mas pelo direito canonico no C. *sæpè* 18, x. *de Restit. spoliat.*, compete sem duvida contra o terceiro possuidor, que adquiriu a coisa espoliada com sciencia do espolio, e assim com má fé; porém não compete o remedio d'aquelle capitulo contra o terceiro possuidor de boa fé. N'esta conclusão concordam todos, Menoch., *de Recuper. possess.*, Remed. 16, n. 10, Stryk., *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, § 22.

§ 279

Compete tambem pelo mesmo direito canonico o remedio do Can. *Reintegrandæ*, 3, Caus. 3, Q. 1 (de quo § 33). Prescindamos do apocriphe d'esse canon, como uma das casquilhas de Isidoro Mercador, Boehmer., *de Act.*, Sect. 2, C. 4, § 39, Not. (z); a duvida maior consiste se o remedio d'este canon compete contra o terceiro possuidor de boa fé, ou se só contra o terceiro possuidor de má fé; e se absolutamente contra terceiro, ou seja de boa ou de má fé? Que o remedio d'este canon compete indistinctamente contra todo o possuidor, seja de boa, seja de má fé, Voet., *ad Pand.*, Liv. 43, T. 16, n. 7, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 113, pag. 357, Col. 2, Mynsing. et Scace., *apud Stryk.*, supra, § 22, Brunneinan., in Liv. 7, ff. *de vi, et vi armat.*, n. 2. Por esta opinião refere muitos DD. Berlich. P. 1, Conclus. 21, n. 20, Valasc., *de Jur. Emphyt.*, Q. 18, n. 16 e 17, Barbos., in *Can. Reintegrandæ*, n. 16, Silv., *ad Ord.*, Liv. 3, T. 48, rubr. n. 56 e 61, Phæb., *Decis.* 213, n. 12 e 13, Sabell., § *Remedium*, n. 7.

§ 280

Porém esta opinião, aindaque seguida na praxe, como diz Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 16, § 1, ella a fundo é errada, e deve prevalecer a opinião que denega o remedio do Can. *Reintegrandæ* contra o terceiro possuidor de

boa fé, tenha ou não tenha título; erro d'essa opinião bem demonstrado por Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 39, e na sua nota yy, Stryk., *de Action. For.*, Sect. 2, Membr. 2, § 22, vers. *Verum*, Gonzal. ao C. *sæpè de Restit. Spoliat.* Esta é também a interpretação de Rhet., inter opera Stryk., Vol. 10. Disp. 3, C. 2, n. 52, Sabell., § *Remedia*. n. 16, in fin.

§ 281

Porém ainda seguida essa primeira opinião (§ 276), é bem justa e racional esta distincção. «Aut ille possessor habet rem et titulum a vitioso, et violento possessore, et tunc contra eum datur remedium Canon. Reintegrandæ; aut ille possessor non habet eo titulum, sed ab alio bonæ fidei possessore; et tunc contra eum non datur remedium Canon. Reintegrandæ». Assim com um grande apparatus de DD. Berlich., P. 1, Conclus. 21, a n. 21; esta mesma distincção (depois da contraria opinião) sustentou magistralmente Menoch., *de Recuper. Possess.*, Remed. 15, a n. 80 ad 93, respondendo a todas as objecções contrarias, e o segue Sabell., § *Remedium* sub n. 7, vers. *Negativam*.

§ 282

Ainda nos termos d'esta distincção suscita Pech., *de Aquæduct.*, Liv. 1, C. 8, Q. 3, esta questão: «An Canon Reintegrandæ, Caus. 3, Q. 1, possit intentari contra tertium possessorem bonæ fidei, etiam cum titulo, licet habeat causam ab alio bonæ fidei possessore». E disputando largamente a mesma questão distingue entre o espólio formal e o violento (de que falla o canon), e o não violento. No primeiro caso não admite distincção, no segundo sim a admite; omitto os seus fundamentos.

Nota. Que os remedios d'estes canones estão em uso das nações o attestam os DD. citados. Nota etiam, que aindaque pela clausula saudavel *omni meliori juris modo* se subentende intentado o remedio mais util; e aindaque hoje não é

necessario exprimir o nome da acção, mas basta que se deduz da narração e conclusão, comtudo havendo de se intentar o remedio do C. *sæpè de Restit. Spoliat.* contra o terceiro possuidor, que teve causa do espoliador com sciencia do espolio, será util (alem dos mais requisitos da antiga posse, e do espolio) não só allegar e provar a mesma sciencia, mas que se ãsa do remedio do d. capitulo. Da mesma fórma se se intenta contra o terceiro possuidor o remedio do Can. Reintegranda, será util declarar que se usa d'este remedio, e ex abundanti, para evitar a variedade de opiniões, allegar a má fé do possuidor, como adverte Mult., *ad Struv.*, Exerc. 45., Thes. 113; bem que, a não ter sido violento o espolio, eu duvido muito da competencia d'este remedio contra o terceiro possuidor, a que se não provar sciencia do espolio, ou quasi espolio, etc. Tambem se deve advertir que este remedio só se pôde intentar summariamente contra o terceiro dentro do anno, como se verá no C. 19; e quando elle tem ou não duração até trinta annos, se verá no C. 20.

SECÇÃO III

Para que fins, e qual deva ser a condemnação

§ 283

Devemos aqui distinguir tres especies: 1.^a, quando se trata do remedio summarissimo da manutenção; 2.^a, quando da manutenção summaria; 3.^a, quando do remedio do espolio: a 1.^a tem por fim que o pretendente seja mantido na posse pendente a lide até á decisão do possessorio summario, etc. (§§ 162, 166, 167). A sentença n'este summarissimo é a formalisada no § 182. N'elle não vem a condemnação de fructos percebidos antes da demanda, mas só os decursos durante ella; menos que a manutenção não assente sobre censos ou prestações annuas, porque n'esse caso vem na condemnação os preteritos, aindaque não sejam expressamente julgados, Post., *de Manut.*, Obs. 74, tot.; o preceito *quod adversarius desistat ab omni molestia et inquietatione existenti in possessione illius rei, et deinceps in futurum non molestet, nec*

turbationem aliquam faciat, é proprio da sentença n'este summariíssimo (§ 182). Quanto á caução, logo ponderarei melhor o já notado debaixo do § 182.

§ 284

Na 2.^a especie: o interdicto *uti possidetis* summario tem por fim, ex Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4 sub § 13, ut ibi: «Petitum actoris huc collineat, ut defendatur in possessione; omnisque turbatio Reo interdicatur. Ut cautio de non amplius molestando petatur, de jure civile cautum non legimus; usu tamen forensi introductum est».

Gomez, in L. 45, *Taur.*, n. 173 e 174, ibi:

«Actor debet dicere se possessorem, et Reum conventum turbare eum in sua possessione; et insuper pètere, quod pronuntietur possessor, et Reus à molestatione desistat, et in futurum eum non molestet; et condemnatur ad interesse molestationes præteritæ (et sub n. 174), si ex parte actoris reperiantur probata ea, quæ supra diximus; Judex in sententia pronuntiabit, actorem possidere fundum, vel rem, super qua est controversia. Præterea, et 2.^o, condemnabit Reum, ut e molestia præsentis desistat: item et 3.^o, quod in futurum eum non molestet: item et 4.^o, condemnabit eum ad interesse molestationis præteritæ: item et 5.^o, condemnabit eum, ut præstet satisfactionem, quod in futurum ipse nec hæredis, vel successores ejus eum molestabunt.... Illud, quod dixi, quod Reus debet condemnari ad interesse turbationis præteritæ, debet intelligi ut æstimetur, quantum interest actoris possessionem retinere, et non esse turbatam.» Conf. Voet., *ad Pand.*, Liv. 43, T. 17, n. 4.

§ 285

Quanto ás providencias de futuro, ha grande differença no summariíssimo Retinendæ, e no summario: no summariíssimo, houve DD. a obrigar o vencido caucionar de

não molestar nem turbar mais ao vencedor; porém o uso está em contrario, bastando o préceito *de amplius non turbando*, Valasc., Cons. 79, *in fn.*, Post., *de Manut.*, Observ. 104, n. 1 e 2; em contrario, que a dita caução se deva prestar no summarissimo, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 2, § 9, no fim, Voet., *ad Pand.*, Liv. 43, T. 17, § 4, no fim. Mas o vencedor no summarissimo é obrigado caucionar a restituição dos fructos no caso em que no possessorio ordinario venha a succumbir, Van. Espen., *de Jur. Eccles.*, P. 3, T. 2, C. 4, § 17, Voet., *ad Pand.*, Liv. 44, T. 1, n. 31, *post med.* Em contrario, que o vencedor no summarissimo não é obrigado prestar tal caução de restituir os fructos no caso da succumbencia na causa do possessorio ordinario, nem ainda pelo pretexto de ser pobre, Post., *de Manut.*, Observ. 104, n. 3; no possessorio ordinario diz Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, sub § 13, que: «ut cautio de non amplius turbando petatur de jure civili cautum non legimus; usu tamen forensi introductum est».

Nota. Pelo que tenho observado no uso do nosso fôro nem em um nem em outro remedio summarissimo e summario, é o vencido obrigado prestar tal caução; comminam-se penas ao vencido para que mais não turbe ao vencedor no livre exercicio da sua posse, e se lhe intima esta comminação: se depois transgride o preceito assim intimado, se lhe accusam as penas comminadas, mas só ordinariamente se podem demandar, Moraes, *de Exec.*, Liv. 1, C. 4, § 1, n. 34, Ferreira, *de Nov. oper.*, Liv. 5, Disp. 4, n. 55; tambem não vi jamais que o vencedor no summarissimo seja obrigado caucionar a restituição dos fructos, sendo depois vencido no possessorio ordinario; quando porém deva restituir os que inteiramente perceber, se verá no capitulo 24.

§ 286

Na 3.^a especie, isto é, no remedio de espolio, eis-aqui o que em breves palavras diz Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 34: «Agitur ad possessionem recuperandam cum

omni causa: iudex itaque rationem debet habere fructuum perceptorum et percipiendorum ab eo tempore, quo dejectus est; præterea lucri cessantis iuramento in litem determinandi, et rerum deperditarum, licet sine culpa ejus, et omnis damni in rebus mobilibus in ipsa dejectione dati. Veja-se mais estofadamente o nosso Peg., no Tom. 7, For., C. 225, a n. 60, e no Tom. 2, For., C. 11, pag. 956, Col. 1, vers. *Quæ restitutio*, et vers. *Julgò os Embargos*, et pag. 950, Cordeir., Dub. 46, a n. 33, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 48, in Rubr. a n. 3, latissime Struv., Exerc., 45, Thes. 111, Brunnéman., na L. 9, Cod. *unde ni*.

§ 287

Porém este rigor na condemnação do espoliador só é praticavel no espolio violento, no verdadeiro e proprio espolio (de quo § 207); n'este detestavel, n'este nunca assás punivel espolio, como se nota em Retes, *de Interdict.*, P. 3, § 20, apud Meerman., Tom. 7, pag. 518; não assim no quasi espolio sem formal violencia, em que por não ser tão odioso, como já vimos a § 232, se admittem excepções aliás inadmissiveis no proprio espolio, e em que sendo judicial sem concussão violenta se não devem perdas e danos (§ 242 na nota), como ao proposito bem distingue Begnudell., Verb. *Spolium*, n. 19, ibi:

«*Spolium non semper est violentum, sed potest esse sine violentia.... quando spolium non fuit violentum, non tenetur ad restitutionem fructuum, qui percipi potuerunt, sed tantum perceptorum.... Loquendo ergo de spoliatore violento, tenetur non tantum ad fructus perceptos, sed etiam percipiendos, etc. (et n. 29). Spolium, quando non est violentum, fructus debentur a die motæ litis, si veniunt accessorie ad rem petitam, aut ablatam, etc.*»

§ 288

Esta mesma distincção com Post., Mevio, Menochio

e outros, faz Mull., *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 111, pag. 356, Col. 1, ibi: «Ad restitutionem tamen fructuum percipiendorum non teneri eum, qui spoliis solum simplicibus, nec violenti reus est, censet Post.... Item eum, qui rem a deiciente sine vi accepit, etc.

§ 289

Para se julgarem e depois se poderem liquidar e executar todos esses consequentes do espolio violento (§ 283), é necessario que no libello se peça a restituição da posse com todos os fructos, interesses, custas, perdas e danos causados pelo espolio, e que se liquidarem; porque aliás se só se pediram as perdas e danos simplesmente, só se subentendem pedidos os fructos, e não as mais perdas, nem os gastos pessoaes e custas extraordinarias da demanda alem das ordinarias contadas, como assim se vê julgado em Peg., *de Interd.*, C. 10, n. 541, ibi:

«Não são aggravados uns e outros aggravantes pelo corregedor do civil da côrte, excepto na parcella que aqui se revoga... E como se mostra pedir o A. na petição de força os danos preteritos resultantes da turbação, e não pedisse os fructos juntamente com as perdas e danos, claramente se mostra e colhe pedir sómente os fructos que havia de lucrar no tempo que os RR. occuparam o pateo da contenda e quaesquer outras utilidades que lhe podiam resultar; porque, conforme a direito, debaixo do nome de perdas e danos, se comprehendem os fructos e utilidades que lhe podem resultar do esbulho, visto como as perdas dos fructos mais propriamente é damno emérgente que lucro cessante, conforme a melhor opinião dos DD.; e como o A. na petição não articulasse os gastos que de mais fez n'esta cidade em seguimento d'esta causa a respeito dos que faria na de Leiria, onde tinha o seu domicilio; e assim ser visto que os juizes não houveram a elles respeito em a sentença que se liquida, porque esta de direito deve ser conforme ao pedido, e não o

sendo a restituição do pateo e juntamente os fructos, perdas e damnos, mas sómente com as ditas perdas e damnos, e assim ser proferida a sentença; bem se colhe que as taes perdas e damnos se não exprimiram, com o principal com a restituição, senão como accessorio d'ella: pelo que sendo a sentença *stricti juris*, e da mesma maneira se devam entender as suas palavras, nem a liquidação, conforme a direito se possa estender a mais, que ao julgado; não se achando julgados os ditos gastos que propriamente são as custas pessoaes, em que são condemnados os que maliciosamente litigam; e com calúnia, o que dos autos principaes se não prova, nem outrosim foram pedidas nem julgadas, como era necessario conforme a lei para serem contadas ao A.; portanto julgam o 4.º e 5.º artigos por não provados, e absolvem os RR. das ditas custas, etc.

Nota: Nas deliberações transcriptas pelo mesmo Pegas se vê que esse vencedor pediu simplesmente a restituição da cousa espoliada, com perdas e damnos, e a sentença havia condemnado n'esta fôrma: «Mando que seja restituído á posse com todas as perdas e damnos que se liquidarem na execução». Pediam-se na liquidação as custas e gastos pessoaes que o vencedor havia feito tratando a demanda na côrte, e não se lhe julgaram pelas razões do transcripto accordão; ainda este *rem acu non tetigit*, se o espolio não foi violento, attenta a genuína distincção dos §§ 283, 284 e 285. Quando porém o espolio foi violento, deve propor-se e formar-se o petitorio na fôrma advertida no § 286; e então vem na condemnação as perdas do vencedor se era artifice, vem as custas extraordinarias de procuradores, advogados, copias de escripturas, etc.; e só não vem na condemnação as outras perdas casuaes, como se morreu o cavallo em que no caminho fazia a jornada, se o roubaram os ladrões, se enfermou, etc., como no próprio caso Ansald., de *Commerc.*, Disc. 64. Quando ha condemnação de damnos e interesses, vide Fontanell., Decis. 97, a n. 8, e Ferreira, de *Nov. Oper.*, L. 5, Disc. 10, a n. 9.

CAPITULO XVII

Fôro competente para o conhecimento d'estes
remedios possessorios

§ 290

A L. unic. Cod. *Ubi de possess. ag. oport.*, decidit, ut ibi: «Ubi autem vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est: Ibi loci judicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit judicare». A rasão d'esta lei a exhibe Brunneman, no seu commentario, ut ibi: «Quia judicium hoc quidem est personale, sed in rem scriptum, quod etiam in Loco rei sitæ institui potest... Et igitur, tam in actionibus in rem scriptis, quam in reallibus proprium, et principale forum est Locus rei sitæ, tam in possessorio, quam in petitorio, sive agatur de recuperanda possessione, sivè retinenda, sivè adpiscenda per L. un., Cod. *ubi de hæredit.*»

§ 291

A nossa Ord., L. 3, T. 11, tratando na rubrica *Dos que podem ser citados perante os juizes ordinarios, aindaque não sejam achados no seu territorio*, ella no § 5 comprehende o caso, em que alguém dentro do anno em que principiou a possuir a cousa immovel, é por ella demandado no fôro *rei sitæ*; e deixa á eleição do agente demandalo ali ou no seu domicilio. Que esta Ord. na palavra *reivindicação* comprehende estes remedios possessorios *in rem scriptos* ninguem jamais o duvidou, Peg., *ibidem*, n. 6; ella porém se aparta do direito romano: 1.º, limitando a um anno esse fôro *rei sitæ*; 2.º, na eleição que dá ao agente de seguir este fôro ou o do domicilio do réu.

§ 292

São tão odiosas estas forças novas, que o fóro *rei sitæ* não póde declinar-se pelos pupillos, viúvas, donzellas, pessoas miseraveis, Ord., L. 3, T. 5, § 3, ubi Peg., a n. 159, nem pelos mais privilégios de que trata a Ord., L. 3, T. 6, e T. 12, § 1; e só são exceptuados os inglezes pelos assentos de 6 de março de 1772 e 15 de fevereiro de 1791.

§ 293

Quanto aos clérigos, que elles por forças podem ser demandados no juízo secular dentro do annó, é bem clara a Ord., L. 2, T. 1, § 2; se porém no fóro *rei sitæ* o duvidou (como costumava para mostrar subtilezas), Cordeir., Dub. 52, e veiu a assentar a n. 16 que o clérigo dentro do anno póde ser demandado no fóro *rei sitæ*; as razões a que sem necessidade recorreu são proprias do seu tempo; se viesse hoje as daria melhores, lendo Gmein., *Inst. Jur. Eccles.*, Sect. 2, §§ 244 e 246, Eybel., Tom. 4, L. 3, C. 1, Rieger., *Jur. Eccles.*, P. 2, §§ 808, 830, 363 e 864.

§ 294

A maior duvida que não disputou Cordeiro é *se o clérigo póde ser condemnado dentro do anno, no juízo secular pelo interdicto Retinendæ possessionis?* Não faltaram DD. pela affirmativa, entre os quaes Themud., Dec. 24, n. 5; muitos pela mesma opinião, e ainda arestos, tratando esta questão ex professo, refere Cortead., Decis. 240, a n. 8. Porém a nossa Ord., L. 2, T. 1, § 2, é clara a fallar sómente do possessorio *Recuperandæ possessionis* e não do *Retinendæ*; e por isso só procede quando o clérigo é demandado no secular por aquelle, e não quando por este interdicto, como bem ponderou Peg., Tom. 2, For., C. 11, n. 190. Este é o estylo de julgar no nosso reino, como se vê em uma nota do senador João Alves da Costa, tran-

scripta no Repertor. debaixo da conclusão *Responder no secular pôde ser obrigado o clérigo*, etc. Conf. Pereira, de *Man. Reg.*, C. 24, n. 17.

Nota: Como no livre arbitrio de qualquer; logoque turbado, está o dar-se por espoliado demittindo de si a posse corpore et animo, e recorrer ao remedio do espolio (§ 201), é para evitar esta questão (§ 291) uma providente cautela nunca usar do remedio *Retinendæ* contra o clérigo; mas dizendo-se e declarando-se espoliado propor contra elle o *Recuperandæ*, concluindo que como espoliado seja restituído á sua posse.

§ 295

O juizo petitorio porém ainda mesmo dentro do anno, et maxime passado o anno, não pôde propor-se contra o clérigo no juizo secular e fóro *Rei sitæ*; mas só no juizo ecclesiastico, Repertor. e Cortead., supra. O mais é que ainda aquelle que no fóro *Rei sitæ* venceu a posse, sendo secular, não pôde ser accionado pela causa da propriedade no mesmo juizo, tendo em outro termo o seu domicilio fixo, como se vê julgado em Peg., Tom. 13, ad Ord., L. 3, T. 11, § 5, n. 8, in fin.

CAPITULO XVIII

Se n'estes juizos possessorios pôde haver opposição ou intervenção de terceiro ou quando

§ 296

O nosso Silva, ad Ord., L. 3, T. 30, § 31, a n. 5, depois de Cordeiro e dos mais reinicolas, propoz e tratou a questão: *Utrum admittatur oppositio super proprietate in causa spoli?* Pelas partes affirmativa e negativa refere muitos DD. oppostos, e por fim passa com a negativa por estas rasões: 1.^a, porque a causa do dominio é diversa da da posse e do espolio; 2.^a, porque aquella depende de um

processo ordinario e n'este é incompativel, porque summario; e se em acto separado se póde tratar a opposição de terceiro com materia do dominio, se remette a Phæb., Menoch., Valasc. e Mend.

§ 297

Entre os estrangeiros Berlich., P. 1, Conclus. 25, a n. 11, propõe a mesma questão, e referindo por uma e outra parte muitos DD., vem a assentar (como distinguindo opiniões): 1.º, que o terceiro é attendido com opposição do dominio, se o prova in continenti com instrumento que não dependa de alta indagação; 2.º, *quando Tertius interveniens, non de proprietate, sed tantum de possessione excipit, et dicit se fuisse possessorem, et non illum qui possessorio egit* (*); 3.º, *si jus Tertii intervenientis, esset conexum cum jure spoliatoris.*

* Hoje, depois do alvará de 9 de novembro de 1754 (de que tratei a § 46), é bem contingente que transferida por este alvará ao legitimo successor dos bens a posse civil com effeitos de natural, dois outros contendores disputem entre si a posse dos mesmos bens; e que ha aqui que obste a que este successor, que pelo beneficio do alvará tem a posse civil e com ella o exercicio de todos os remedios possessorios, seja n'essa controversia sobre a posse entre outros admittido com sua opposição, para que só a elle e a nenhum d'aquelles se adjudique a controversa posse?

§ 298

João Frederico Rhetio, entre as obras de Stryk., Vol. 10, Disp. 3, *de Judicis possessoris*, C. 4, n. 38, admitte a opposição com materia de posse, só no juizo possessorio ordinario, e não no summarissimo, porque adjudicada n'este a posse a um fica ao terceiro salvo o direito de propor a sua no possessorio ordinario. Pelo contrario Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 90, C. 3, § 14, admitte o terceiro oppo-

sitor com sua posse tanto no possessorio summario, como ainda no summarissimo.

CAPITULO XIX

Prescrição d'estes possessorios pelo anno util

§ 299

Já vi julgado em relação que o anno prefixo na Ord., L. 2, T. 1, § 2, e L. 3, T. 48, in princ., e § 1, é continuo e não util pela indistincta generalidade d'estas ordenações; e isto quando a Ord., L. 3, T. 11, § 6, computa o anno do dia da sciencia, ut ibi: *O possuidor estiver em posse pacificamente por anno e dia, em presença de seu adversario*. Se interpretâmos as citadas ordenações pelo direito romano, sua fonte: «Annum utilem dicimus qui constat ex 365 diebus utilibus, his nempe, quibus, experiundi potestas fuit; et ita in annalibus actionibus, quæ annua præscriptione excluduntur, annum accipimus in jure nostro. Vid. L. 14, § 1, *Quod met. Caus.*, L. 1, § 2, ff. *Quand. de pecul. act. ann.*, L. 19, ff. *de Minor.*, L. 6, ff. *de Calumniat.*, L. ult., Cod. *de Temp. in integr. restit.*, § 5, Inst. *de Act.*, quod et Goveanus notat, L. 1, Var., *Lect.*, C. 10.» Ita Vicat., verbo *Annus*. Confirma-se Pereira, in *Elucidar.*, n. 1153, signanter Brunneman., in L. 2, Cod. *Und. vi*, n. 7, ibi:

«Utile autem illud est tempus cum nullum subest agendi impedimentum, nec ex parte Actoris, nec ex parte Rei, nec ex parte Judicis, Menoch., *Recuper.*, Remed. 1, a n. 449.»

§ 300

E como o ignorante *experiundi potestatem non habet*, por isso em taes acções annaes não corre o anno contra o ignorante do espolio ou da turbação, L. 6, ff. *de Calumniator*, ibi: «Quia qui nescit, is videtur experiundi potes-

tatem non habere, et verius est ex eo annum numerari, ex quo cognovit». Este é o mysterio da Ord., L. 3, T. 11, § 6, porque só admitte a prescrição annal possuindo (o possuidor) pacificamente em presença do seu adversário, inferindo da presença a sciencia, e como exigindo esta para proceder a prescrição annal.

§ 301

Justamente pois disseram os nossos reinicolas, Pereira, *de Man. Reg.*, Maced., Thom., Valasc., Cabed., Barbos., Cald., Portug. e Peg., com os quaes Cordeiro, Dub. 53, n. 2 e 3, que: «Anus ad prædictum effectum utilis est, seu idem est ac dicere, quod hujusmodi annus non currit nisi a die scientiæ commissi spoli. Nec currit, dato aliquo impedimento ex parte Actoris, vel Rei, vel Judicis». Conf. Silva, ad Ord., L. 3, T. 48, in Rubr., a n. 10, Peg.; Tom. 7, For., C. 225, n. 67, e Tom. 2, For., C. 11, n. 186, *ubi judicatum*.

§ 302

Este anno pretorio não corre contra o menor de vinte e cinco annos, Cabed., P. 1, Dec. 82, n. 8; e se corre gosa do beneficio da restituição contra o lapso do tempo, como com Thom., Valasc., Cald., Pereir., Barbos. e Peg., o mesmo Cordeiro, Dub. 53, n. 8, Silva, supra, n. 13. Corre porém este anno ao menor logoque completa a idade de vinte e cinco annos, e finda tantoque elle completa os vinte e seis annos, sem que a restituição n'este caso se amplie até os vinte e nove annos, Cordeiro, Dub. 53, a n. 42, *videndus*, a n. 50.

§ 303

O mesmo beneficio da restituição compete ás corporações pias para poderem usar d'estes remedios possessorios passado o anno, como se vê julgado em Peg. 2, For., C. 11, sub n. 185, pag. 844 e 845. O prelado mesmo que de-

mittiu a posse póde, em nome da igreja, recupera-la pelo beneficio da restituição e por meio dos remedios possessorios, Pacion., *de Locat.*, C. 14, § 7, a n. 82.

§ 304

E como o anno util não corre havendo legitimo impedimento (§§ 296 e 298), ou este provenha por facto da parte ou do juiz, Port., *de Donat.*, L. 2, C. 13, a n. 135 e 132. Portanto havendo qualquer dos impedimentos que refere o mesmo Portug., não corre este anno, Conf. Silv., *ad Ord.*, L. 3, T. 48, *in rubr.*, n. 12.

§ 305

O menor pelo beneficio da restituição, bem como a causa pia (§§ 299 e 300), podem passado o anno accionar, ainda mesmo o clerigo no juizo secular, como com Pereira, Valasc. e Cabed., defendem Cordeir., Dub. 59, a n. 18, Portug., supra, n. 132, Silv., n. 11. E ainda quando o agente não gosa do beneficio da restituição, se comtudo foi ignorante, póde passado o anno, e pelo anno util, demandar tambem o clerigo no juizo secular, como com Pereira, Port. e Cordeir., contra Cabedo e Macedo, segue Silv., supra, n. 11.

CAPITULO XX

'Acção possessoria de força velha; sua indole,
natureza e prescrição

§ 306

Com a presumpção de algumas ordenações que fallando em força dizem «força nova», ut L. 2, T. 1, § 2, L. 3, T. 5, § 3, T. 18, § 11, T. 48, Rubr., §§ 1 e 3, e com as enunciativas de alguns reinicolas, mostra Cordeir., Dub. 40, que no nosso reino é praticavel «força velha». Eu, alem

dos DD. citados por Cordeir., acrescento o aresto apud Peg., Tom. 7, For., C. 225, n. 68.

§ 307

O mesmo Cordeir., na Duvida 40, desde o n. 33, faz algumas diferenças entre a força nova e a força velha; mas umas são verdadeiras, outras dependem de declarações, outras falsas. Elle diz que pela força nova consegue o espoliado tudo quanto fica referido no § 283, mas essas doutrinas só procedem quando o espolio foi formal e proprio, e violento espolio (§§ 284 e 285). Na força velha só obtem o espoliado o de que o espollador se utilisou, e assim se vê julgado em Peg., Tom. 7, For., C. 225, n. 68, e no remedio do Can. *Reintegrandæ*, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 111, Stryk., *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, § 23, Valasc., Cons. 95, n. 12.

§ 308

A differença quanto ao fóro *rei sitæ* para n'elle só se poder accionar a força nova e não a velha, sim é verdadeira (§ 292). Não duvido da outra quanto ao procedimento da força nova em tempo de ferias, e não assim a velha. Quanto aos effeitos da appellação em uma e outra também não duvido, mas debaixo das declarações que expuz a § 188. Dever o clérigo, passado o anno, ser accionado no seu juizo, depende das declarações no § 302. Ter procedimento summario a força nova, e ordinario a velha, é sem duvida; prescrever a nova por um anno, depende das declarações a § 298; ter a velha duração de trinta annos, depende das declarações que logo veremos a § 314.

§ 309

Quanto á opposição de terceiro que Cordeiro não admitte na força nova, deve receber as declarações a § 293;

para ser o terceiro admittido n'esses casos, ou com dominio provado *in continenti*, ou com a sua propria posse, que prevaleça a dos contendores; tendo a força velha procedimento ordinario, cessa a principal rasão, pela qual se não admitte na força nova a opposição de terceiro com allegação de dominio (§ 293). A outra rasão é frivola, porque a causa do dominio soffoca a controversia da posse entre os contendores sobre ella.

§ 310

Nega Cordeir., Dub. 40, a n. 11, que a nossa força velha tenha fundamento no canon *Reintegranda*, e se funda em que o direito canonico só é mandado seguir pela nossa Ord., L. 3, T. 64, nas cousas em que ha peccado, que se não dá na restituição pretendida de uma posse espoliada, e portanto dá fundamento á nossa força velha nas palavras da L. 1, ff. *de vi, et vi armat*, ibi: «Prætor ait, unde tu illum vi deiecisti, aut familiã tua dejecit: de eo, quod ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo». Conf. Lim., *ad Ord.*, L. 4, T. 58, *in pr.*, n. 62, Valasc., Cons. 95, n. 12, Pereira, *de Man. Reg.*, C. 24, n. 3.

§ 311

Porém o mesmo Cordeir., Dub. 40, n. 9, reconhece que pelo direito romano não compete tal interdicto contra terceiro possuidor, mas só contra o proprio espoliador. Elle, no n. 28 e 44, diz que a força nova e velha dimanam da mesma fonte, do mesmo facto, e para o principal fim da restituição da posse. Esse direito romano que denega o interdicto contra o terceiro possuidor, só concede contra os herdeiros do espoliador uma acção *in factum in id quod ad eos pervenit*, L. 1, § 48, L. 9, ff. *de vi, et vi armat*. (Conf. §§ 274 e 275).

§ 312

Ora, seguido o systema de Cordeiro, e proscripto o remedio do Can. *Reintegrandæ*, e do C. *sæpe de Restit. Spoliati.*, quaes seriam os resultados? Seriam estes: 1.º, não competiria jamais força velha contra o terceiro possuidor de boa ou má fé (contra os quaes competem aquelles remedios canonicos, ut a § 274), e o espoliado se veria obrigado propor contra o terceiro uma reivindicação, em que o mesmo Cordeir., Dub. 40, n. 7 e 10, faz precisa uma concludentissima prova do dominio, quando para fundamentar aquelles remedios basta a prova de uma posse antecedente ao espolio sem necessidade de prova de dominio, Stryk., *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, a § 20, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 113, Rhet. inter opera Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 2, n. 53, *optime* Menoch., *de Recuper. possess.*, Remed. 15, a n. 383.

§ 313

2.º Pelo direito romano, em differença do canonico, só contra os herdeiros do espoliador compete a acção *in factum* (§ 308), e abandonados os remedios canonicos com os seus especiaes favores, seria precisado o espoliado intentar contra os herdeiros do espoliador essa acção com diversos requisitos; 3.º, os remedios d'aquelles canones estão em uso das nações, Struv. e Mull., Exerc. 14, Thes. 113, Stryk., *Us. mod.*, L. 43, T. 16, § 1, e *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, a § 20, Rhet., supra, C. 2, a n. 51, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, C. 4, § 40; e entre nós argumentou com aquelle canon o pratico Valasc., na Consult. 95, sub n. 13. Ora os estatutos da universidade, L. 2, T. 5, C. 3, mandam observar o uso hodierno das nações apesar do direito romano. A doutrina pois de Cordeiro é reprehensivel.

Nota. A narração e a conclusão do libello na acção do canon *Reintegrandæ*, não differe da narração e conclusão da

força velha, porque o remedio do dito canon, segundo Menoch., *Recuperand.*, Remed. 15, a n. 247, se formalisa assim: «Actor debet narrare se possedissee, et deinde ex causis injustis atque sine sua culpa, et facto e possessione cœcidisse, eamque spoliatum fuisse, possessionemque illam Reum conventum possidere: Deinde concludere debet, se esse ad suam illam possessionem reintegrandum, illamque sibi restituendam». Tal é a fórmula de propor o remedio do dito canon. E qual será a diversa forma da narrativa e conclusão do libello na nossa força velha? Toda outra forma seria errada.

O grande Muller, *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 113, tambem nos ensina, ut ibi: «Remedium hoc (Canon Reintegrandæ) omnium remediorum recuperandæ possessionis plenissimum et tutissimum est, et amplitudinē, et exhuberantia quadam præponderat, cæteraque Canonica, et Civilia remedia suo ambitu complectitur. Illud Remedium est generalissimum, et in dubio propositum intelligitur; id quod hodie maximè procedit, cum ad evitandas difficultates actionis nomen non necessario exprimitur, sed generali quadam forma Libellus possit concipi, et simpliciter ad hoc concludi, ut restituatur ablata, et amissa possessio. . . Advocati Clientibus suis patrocinium præstare volentes sint cauti, et hoc potissimum remedio utantur. . . observatque Klok. . . peritos Advocatos in materia spoliū qualitatem dicti Canonis verbo aliquo exprimere soleri, scilicet petendo restitui et reintegrari possessionem». A clausula saudavel faz subentender accionado o remedio mais util, Stryk., Vol. 12, Disp. 2, C. 2, e no proprio caso quando a narrativa é clara e a conclusão duvidosa, attende-se a narrativa, Menoch., *de Recuper.*, Remed. 15, n. 250. (Conf. § 279, nota.)

§ 314

É outro systema principal de Cordeiro fraternisar a acção de força velha com o possessorio summario, e ainda com o summarissimo (que confundiu com o summario e não distinguio nem differençou), sustentando que ainda mesmo na força velha só se deve attender o simples facto da posse justa ou injusta, que deve rejeitar-se toda a questão da injustiça da posse, toda a que respeita á causa

de dominio e propriedade, por mais que do notorio defeito da justiça do agente conste por sentença, por instrumento publico, e por confissão do espoliador mesmo, como assim o escreveu na Duv. 46, a n. 20, E isto aindaque o espoliador não proteste (Duv. 47), aindaque consinta na disputa sobre a propriedade (Duv. 48), até o ponto de dizer, Duv. 44, n. 81, que n'esta força velha ordinaria se admittem provas leves da posse.

§ 315

Que grande e exuberantissimo rigor em um possessorio e em força velha! Em um possessorio nem summarissimo nem ainda summario, mas ordinariamente tratado com replica e treplica! Tanto não é hoje o rigor, nem ainda no summarissimo, em que se admittem as excepções já indicadas a § 174. No remedio *Recuperandæ* summario se admittem as dinumeradas a § 213. Se no da manutenção summarissimo e summario são necessárias aquellas precisas provas, que ficam lembradas a § 178, muito mais concludentes devem ser no remedio do espolio, ainda quando summario dentro do anno, ut a § 210. E que diremos em um possessorio tão plenario como ordinariamente tratado com replica e treplica? Em um plenario em que já não insta a brevidade pela restituição do espolio, em que se não observa a ordem do juizo prescripta na Ord., L. 3, T. 48; mas a prescripta no T. 20? Em um plenario em que já não ha condemnação de perdas, damnos, etc.? (ut a § 307).

§ 316

Concedo que nem ainda por via de regra no remedio do canon *Reintegrandæ* se admittê questão do dominio por ser essencialmente possessorio, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 45, Thes. 113, Stryk., *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, § 20, *nisi actor ipse volens hanc exceptionem admiserit*, C. 1, x. *de Restit. spoliat.*, ubi Barbos., n. 2. Porém a posse no pos-

essorio summario, e muito mais no plenário da força velha, se regula pelo direito canonico, conforme ao qual, n'este possessorio, que não é summarissimo, a posse do agente deve ser justa; não se olha, como n'aquelle, o ultimo estado, mas pelo contrario a posse mais antiga é a que tem preferencia á mais moderna, que só porque é mais moderna se presume viciosa, ex Tx., in C. 8, x. *de Probation.*, Rhet. inter opera Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 2, n. 15. De fórma que no summário o mesmo ladrão espoliado (violentamente digo) pelo senhor da cousa (ex intervallo) é restituído segundo o direito civil, Stryk., supra, Menoch., *Recuper.*, Remed. 9, n. 166, Struv., Exerc. 45, Thes. 109: «Interim tamen juxta æquitatem Juris Canonici, Arg. C. 6, *de caus. possess. et propriet.*, et C. fin., *de Restit. spoliat.*, in 6.º, hoc limitandum esse censent in manifesto prædone, quod is a Domino sive eo, de cujus jure confestim et liquido constat, etiam ex intervallo dejectus non sit restituendus. V. Menoch., *Recuper.*, Remed. 1, a n. 37, Zoez., ad ff. *hoc Tit.*, a n. 17, Struv., Exerc. 45, Thes. 109. Ita Stryk., *Us. mod.*, Liv. 43, T. 16, § 2.

Nota: A multiplicidade das leis romanas successivas que cohibiam e puniam com penas graves, e do perdimento da cousa os despotismos por auctoridade propria sem recurso ás justicas, leis que juntou Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 23, *de Poena jus sibi dicentis sine judice*; estas leis bem mostram o dominante espirito d'aquella nação despotica sempre guerreira. Não menos era a nossa quando o nosso legislallor adoptou aquelle direito romano na Affonsina, L. 4, T. 65, § 3, seguida pela Manuelina, L. 4, Tit. 50, e Filippina, L. 4, T. 58. Muitos DD. dizem abrogadas nas nações polidas aquellas penas, como Voet., ad Pand., ff. *Quod met. caus.*, n. 17, Perez in Cod., Pit., *Unde vi*, n. 31, Covarruv., L. 3, Var., C. 7, Groenewegen., *de Legib. abrogat.*, ad L. 13, ff. *Quod met. caus.*, Struv., Exerc. 45, Thes. 114.

Um espolio commettido com armas, despotico, violento, é na verdade digno de castigo, Boehmer., supra, C. 2; e é justo que a um espoliador tal se denegue, como em pena, valer-se do seu antigo dominio para deixar de restituir a cousa espoliada. Mas um espolio sem violencia, um *quasi espolio*,

e muitas vezes animado de boa fé já não merece tanto rigor §§ 206, 232, 233, et seq., 242, 284, etc.). Muitos casos idearam os DD. em que cessa a pena, comminada pelo direito romano, os quaes recapitulou Farinac., *de Furt.*, Q. 175, do qual plagiou alguns o nosso Lima, á *Ord.*, L. 4, T. 58, como para adoçar o rigor d'essas leis.

Um espolio já velho, que o espoliado tolerou por muitos annos, e que só accusa passados dez, quinze ou vinte annos, um espolio que o espoliado não tendo impedimento, deixou de accusar em tantos annos, parece não ser já tão escandaloso. Se as penas prescrevem n'elle por um anno, e passado este só resta acção ao espoliado para demandar o espoliador sómente de eo quod ad eum pervenit (§ 304), já aqui cessam esses rigores contra um espolio, já menos punivel passado o anno; contra um espolio tolerado e quasi remittido em o decurso de annos com taciturnidade do espoliado. Essa injuriosa offensa do juiz no abuso da sua protecção publica e tutelar (fundamento nunca assás respeitado e repetido por Cordeiro) tem passado pela consciencia do juiz e do espoliado. Só pois um espolio violento, accusado dentro de um anno, e não um espolio disfarçado por muitos annos, é o justamente digno do rigor das nossas antigas e successivas leis, pelo espirito mesmo e rasão d'ellas (§§ 207 e 208). E quanto mais admittindo-se na força velha replica e treplica? Que indica este procedimento assim plenário, senão que o espolio velho já não é tão favoravel para a sua restituição? Ainda mesmo no espolio formal se admittem as excepções já referidas a § 213 (*Conf. Lim.*, *ad Ord.*, L. 4, T. 58, in pr., a n. 67), e no remedio do Can. *Reintegrandæ*, as muitas mais que recolligiu Sabell., § *Remedium.*, a n. 5. As extravagancias pois de Cordeiro., recopiladas no § 311, são bem convencidas.

§ 317

É outro systema absoluto de Cordeiro, Dub. 42, a n. 21, que a acção de força velha tem em todo o caso duração de trinta annos, fundado na L. fin. *Cod. unde vi*; e deixando o remedio do Can. *Reintegrandæ*, que tem a mesma duração ex Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 2; C. 91, n. 1, Stryk., *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, § 23, porque n'elle não funda a força velha (§ 307). Fratarci pois pri-

meiro da analyse d'essa lei romana, fundamento de Cordeiro, e depois da do dito canon.

§ 318

Quanto á L. fin. *Cod. unde vi*: esta lei attendendo a que aquelle que occupa bens do absente não commette verdadeiro espolio, que entre na classe dos espolios providenciados pelas mais leis, reputando comtudo quasi ladrão o que occupa bens do absente com sciencia de serem alheios, providencia o absente com uma particular acção duradoura a trinta annos computados do dia da posse; sem distincção de ser mais ou menos o tempo da ausencia, e sem que lhe faça communicaveis as leis que puniram os verdadeiros espolios: ainda assim ao mesmo quasi espoliador admittiu a prescripção de trinta annos. E que paridade tem o caso d'esta lei com a prescripção do proprio e verdadeiro espolio? Se acreditâmos Gothofredo, na sua nota 30, *Condictio ex hac lege finitur triennio*.

Nota. Nós não temos lei que decida da prescripção das forças velhas. Devemos decidir a questão pela generalidade das mais leis. Se reputâmos o espolio um quasi delicto, prescreve sua acção por vinte annos, *Ord.*, L. 1, T. 84, § 23. Se vemos o espoliador mesmo possuindo sem titulo, elle precisa do tempo de trinta annos, ex *Ord.*, L. 4, T. 3, § 1, et T. 69. Se o vemos com titulo, e boa fé possuindo por dez annos a cousa espoliada sem violencia, elle prescreve por dez annos entre presentes e vinte entre absentes, ex d. *Ord.*, § 1. E deve entrar aqui a regra «*Quamdiu durat jus in re, tamdiu durat actio realis inde oriunda*». Stryk., *de Act. For.*, Sect. 3, Membr. 2, Axiom. 1. Com mais especialidade aquelle que com boa fé comprou, e possuiu por dez annos o predio que outro havia occupado do absente nos termos da dita L. fin., *Cod. unde vi*; este comprador prescreve toda a acção por dez annos, como é texto bem claro no § *Furtivæ* 2, *Instit.*, *de Usucap.*, vers. *Quod autem ad eas res*. Sendo muito a notar que o mesmo Justiniano, que assim o declarou n'este §, foi o mesmo auctor da dita L. fin., *Cod. unde vi*. Logo a proposição absoluta de Cordeiro, fundada n'esta L. fin., ou não

póde ter n'ella fundamento, ou é errada emquanto indistinctamente dá á força velha em todo o caso a duração de trinta annos.

§ 319

Quanto ao remedio do Can. *Reintegrandæ*: elle sim tem duração de trinta annos (§ 314), querendo outros que seja imprescriptivel. Porém este canon suppõe um espolio formal e violento, como o que puniam as leis romanas, e que affecta a cousa espoliada com vicio como que se furtada fosse, e não procede no quasi espolio, em que não interveiu violencia formal, o que assim admiravelmente e melhor que os mais DD. sustentou Pech., *de Aquæduct.*, L. 2, C. 8, Q. 3, tot., et signanter n. 36. Esta a rasão por que affectando o espolio violento a cousa, assim como a affecta o furto, procede este remedio ainda contra o terceiro possuidor, que o é de boa fé, Stryk., *de Action.*, Sect. 2, Membr. 2, § 23, no fim: « Bem que n'esta questão ha as opiniões já referidas nos §§ 276, 277, 278 e 279 ».

Nota. Eu aqui, conciliando ou interpretando essas opiniões, digo: Seja muito embora opinativo se o remedio do dito canon compete com o terceiro possuidor de boa fé com titulo ou sem titulo. Na questão de que estou tratando firmemente sigo, que se o possuidor terceiro possue com titulo e boa fé por espaço de dez annos a cousa que não foi real e verdadeiramente espoliada, elle prescreve a acção ou remedio do dito canon (proceda ou não proceda contra elle essa acção); assim com Thessaur., Dec. 29, n. 2, com Cost., *de Fact. Scient.*, Dist. 60, Sabell. § Remedia, n. 16, vers. *Quod contra titulo*, etc. Jul. Capon., *Instit. Eccles.*, Tom. 2, L. 3, T. 10, in § *sed et si*, pag. 107, Col. 2, sub vers. *Hoc autem*. Conduzem as rasões da nota ao § 315. Logo aindaque as nossas forças velhas sejam em effeito o remedio d'este canon, e este tenha a duração de trinta annos, só procede quando interveiu espolio formal e violento, como furto; quando porém só um quasi espolio, se prescreve por dez annos pelo terceiro possuidor com titulo e boa fé.

Quanto ao que Cordeiro, Dub. 42, a n. 33, disse sobre a

duração da força velha pelos censos negados, e contra terceiro possuidor até trinta annos, o confutei largamente no meu *Tratado dos Censos*, a § 164, aonde me remetto.

CAPITULO XXI

- 1.º Que fructos se devem julgar áquelle dos contendores a quem se adjudica a posse no summarissimo?
- 2.º Se elle deve restitui-los, sendo vencido no possessorio summario?
- 3.º Se o vencedor no summario deve restituir os que percebeu, sendo depois vencido no petitorio?

§ 320

Quanto á primeira parte. É regra geral que no possessorio summarissimo, só vem os fructos desde o dia em que se requereu a manutenção e não os preteritos, e se julgam áquelles a quem interinamente se adjudica a posse, ainda mesmo que se queira dizer que o outro contendor os percebeu antes da demanda com má fé, Post., *de Manut.*, Obs. 74, et post Tract., *de Manut.*, Dec. 665, a n. 6, Stryk., Vol. 10, Disp. 3, C. 4, sub n. 22. Quando porém algum se queixa turbado, por se lhe denegarem pensões emphyteuticas, censuarias e semelhantes em os annos antecedentes, n'este caso, e no summarissimo mesmo, vem os redditos ante motam litem em favor d'aquelle a quem interinamente se adjudica a posse, menos que o que pediu a manutenção se restringisse a pedi-la nos redditos á *tempore motæ litis*, Post., supra, n. 11 et 12. Porém no juizo possessorio Retinendæ summario vem os fructos atrasados desde o tempo em que principiou a turbação, Post., Obs. 74, n. 4, et post Tract., Dec. 665, n. 3, ainda mesmo que não fossem pedidos, Cordeir., Dub. 46, n. 34.

§ 321

Quanto á segunda parte. Aqui variaram notavelmente e em si mesmos os DD. O grande Stryk., que no Vol. 1, Disp. 19, C. 4, n. 61 e 70, fez differença entre o caso de se adjudicar a posse no summarissimo ou no summario, seguiu que sendo depois vencido no summario aquelle a quem se adjudicou interinamente a posse, deve restituir os fructos áquelle que depois venceu o possessorio summario. O mesmo Stryk. no *Us. mod.*, L. 43, T. 17, § 6, segue o contrario, e que o vencedor no summarissimo não deve restituir os fructos ao vencedor no summario. Bruneman., que na *Centur.* 5, Dec. 53, seguiu isto mesmo, elle no *commentario* á L. 2, ff. de *Usur.*, seguiu a referida distincção; que o vencedor no summarissimo, sendo depois vencido no summario, deve restituir os fructos percebidos. Castilho, no Tom 6, *Controv.*, C. 35, a n. 66, fluctuou em opiniões, e nada decidiu. Voet., *ad Pand.*, L. 41, T. 1, sub n. 31, fez a mesma distincção entre o vencedor no summarissimo ou no summario, assentando que o vencedor no summarissimo, vencido depois no summario, deve restituir os redditos ao vencedor no summario. Isto mesmo segue Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 3, T. 2, C. 4, n. 16. Conf., Pecch., *de Aquæd.*, L. 1, C. 7, Q. 9, n. 23.

Nota. O essencial do possessorio summarissimo consiste no conhecimento do ultimo estado da posse, sem disputa da sua justiça ou injustiça, enquanto se não disputa o possessorio summario. A sentença n'este summarissimo é interlocutoria revogavel na definitiva, e n'esta reparaveis os danos que aquella irrogasse ao vencedor n'esta (ut a § 160). Em consequencia a opinião que sustenta dever o vencedor no summarissimo restituir os fructos percebidos ao vencedor no summario, é a opinião que deve seguir-se, e ainda mesmo porque distinctiva.

§ 322

Quanto á terceira parte: A regra seguida é que os fru-

ctos percebidos pelo vencedor no possessorio summario, não devem restituir-se por elle ao depois vencedor na causa da propriedade, e só deve restituir os que perceber depois da litis contestação na mesma causa da propriedade. Assim são conformes os DD. citados no § 318; e Barbos., *Thesaur. Loc. Commun.*, L. 14, Cap. 71, Axiom. 50, Solorzan, *de Jur. Indiar.*, Liv. 2, Cap. 29, a n. 23, Fermosin., in Cap. Gravis. 11, *de Restit. spoliat.* Q. 3, Retes, in *Commentar.*, ad T.*de Re judicat.*, P. 1, *de Fruct.*, Sect. 5, § 83, apud Meerman, *Thesaur. Jur.*, Tom. 7, pag. 561. Limitando-se só esta regra: «Nisi mala fides possessoris probetur, quo casu hic tenetur; quia ex victoria in possessorio summario solum præsumptio bonæ fidei oritur, quæ probatione contrarii elidi potest». Barbos. e Tabor., supra.

CAPITULO XXII

Especialidades na execução das sentenças proferidas no possessorio summario e summarissimo

§ 323

Primeira: Se o réu é julgado espoliador, póde o auctor vencedor entrar na posse, sem que n'este caso seja necessario assignarem-se ao vencido os dez dias que nas reivindicações determina a Ord., L. 3, T. 86, § 15, como com os mais reinicolas Silv., ad Ord., L. 3, T. 48, in Rubr. n. 43, Solan. *ad Regim. Fodin.*, § 4, n. 22, pag. 25. Nem é necessario citar o vencido para em execução da sentença reentrar na posse, Peg. 2, For., Cap. 11, sub n. 210, vers. *De qua re.*

§ 324

Segunda: O espoliador não póde impedir a restituição da posse com embargos de retenção por causa de bemfeitorias, Moraes, *de Exec.*, L. 6, Cap. 9, n. 119, vers. *Declaratur* 8.º, Silv., ad Ord., Liv. 3, T. 86, § 15, n. 24, Peg.

de Interdict., n. 667, e Tom. 1, ad Ord., pag. 66, n. 160 e 161. O contrario refere julgado Vanguerv., P. 2, Cap. 31, n. 23. Pela mesma opinião refere alguns DD. o Repertor. debaixo da conclusão: *Retenção por razão das despesas*, etc. Porém (diz o A. do mesmo Repertor.): «In senatu nunc judicatum fuit spoliatum esse restituendum, data fidejussione, et articulos retentionis in actu separato esse disputandos».

§ 325

Terceira: Se a sentença é absolutória em favor do possuidor, ella por si mesma se executa, independente de outro facto ou ministerio, e póde livremente, sem outra citação ou execução, continuar a antecedente posse, Moraes, *de Exec.*, L. 6, Cap. 12, a n. 103.

§ 326

Quarta: Se a sentença é proferida sobre direitos incorporaes, que não podem tocar-se, como o direito de eleger, de presentar, de servidões, etc., como se possa aqui praticar o ingresso na posse vide Moraes, supra, a n. 105, ad 109.

§ 327

Quinta: Se pendente o possessorio sobre cousa corporal, o réu aliena a terceiro a cousa litigiosa, póde ser executada na mão d'este terceiro pela mesma sentença, se teve noticia do litigio. Vide Silva, ad Ord., L. 3, T. 86, § 16, a n. 15.

Nota: Se porém o réu fez alguma obra, que foi objecto da acção na cousa controversa, e a sentença mandou demolir a obra, o terceiro comprador ou possuidor não é obrigado demoli-la á sua custa, mas só prestar a paciencia, para que ella se demula, ou ceder da cousa. Vide Arouc., in L. 2, § 1, *de Rer. divis.*, n. 27, Boehmer., *de Action.*, Sect. 2, Cap. 4, sub § 49, L. 16, § 2, ff. *Quod vi aut clam*.

§ 328

Sexta: Não se admite compensação, quando alguém é condemnado pelo interdicto *Recuperandæ* restituir a posse com perdas e damnos, por mais que o espoliado seja devedor ao espoliante; nem se admite retenção na coisa espoliada pelo pretexto de tal divida, que deva o espoliado: e isto nem na causa principal, nem na execução, Bersan., *de Compensat.*, Cap. 2, Q. 32, Gutier., *de Compensat.*, L. 1, Q. 5, n. 61, Altimar., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 45, n. 182.

Seja tudo em honra e louvor do Santissimo Coração de Jesus, dia em que findei esta obra, em Lobão, 17 de junho de 1814.

Manuel de Almeida e Sousa.

Meu pobre coração
Nasceu e a minha te aclama
Senhora absoluta dos meus dias.
E sobre o se afigue me nas -
Meu pobre coração se exultava

Meu pobre.
~~Meu pobre coração se exultava~~

Sua voz, quando escasso eu cantava
Um concerto sereno de harmonias
Levava-me ao paiz das phantasias
Nude as graças das graças se ostentava

Umas que louco que fui. ~~inagotável~~
Feizei-me arrebatado n'essa torrente
~~meantor e crente~~

~~to encanto magico~~
~~de um futuro perfido, a correr veloz~~
~~de um futuro perfido, a correr veloz~~

Transformei meu futuro viridante
~~meu futuro viridante~~
~~meu futuro viridante~~





