

COLLECCÃO

DE

DISSERTAÇÕES

E TRACTADOS VARIOS

EM SUPPLEMENTO

A'S SEGUNDAS LINHAS

SOBRE O PROCESSO CIVIL

E ÁS NOTAS A ELLES RELATIVAS.

POR

MANOEL DE ALMEIDA SOUZA,

de Lobão,



L I S B O A :

NA IMPRESSÃO REGIA. ANNO 1828.

Com Licença.

Manoel de Almeida Souza
V 341.4609469
L796
CDT 441

COLEÇÃO

DE

TRABALHOS VARIOS

DE

TRABALHOS VARIOS

DE

TRABALHOS VARIOS

DE

TRABALHOS VARIOS

DE

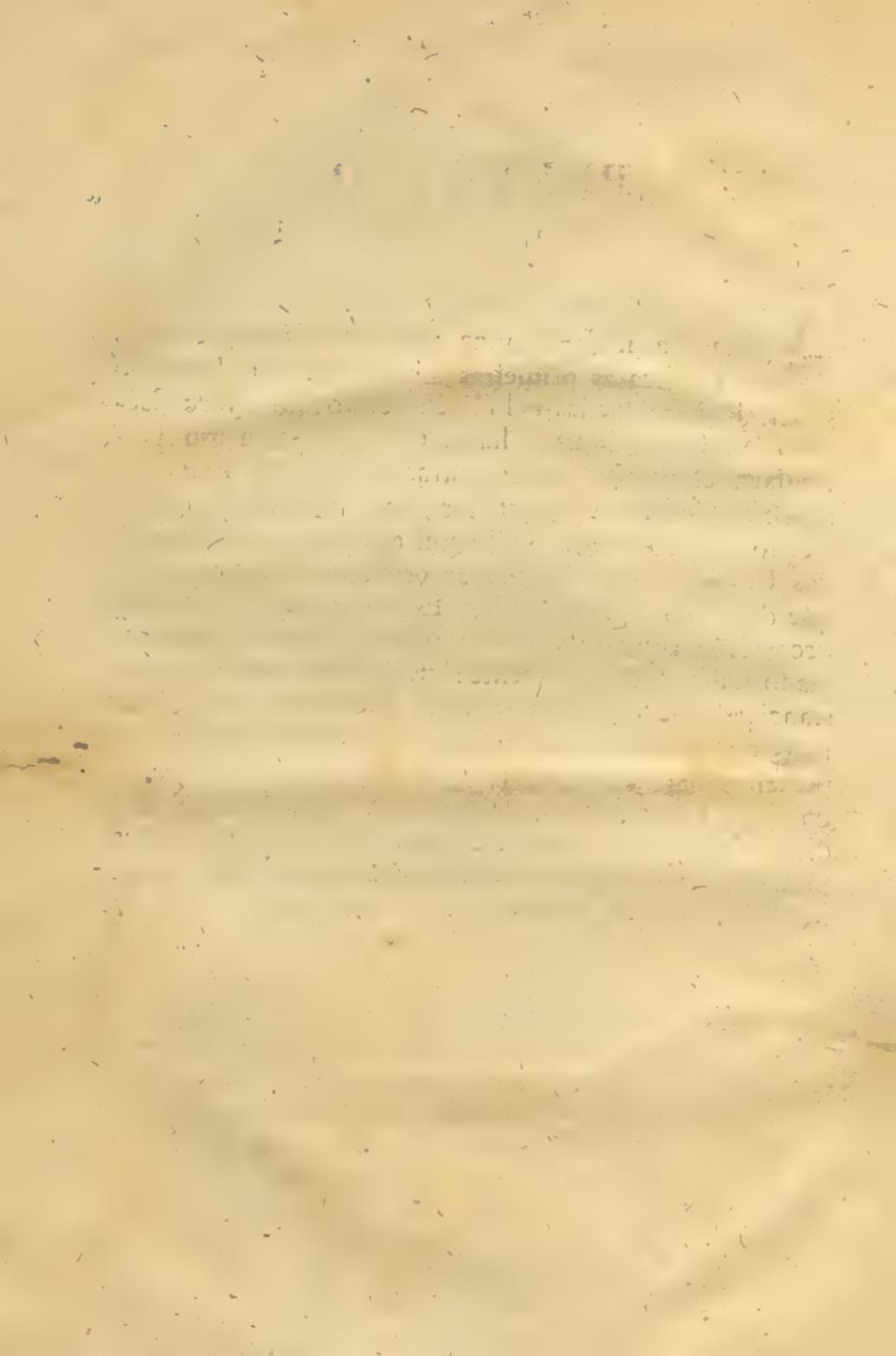
BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL
 Este volume acha-se registrado
 sob número 3155
 do ano de 1946

TRABALHOS VARIOS

DE

PREFACIO.

ANtes, e muitos annos antes que apparecessem na Luz Publica as primeiras Linhas sobre o Processo Civil, bem ordenadas pelo Bacharel Joaquim José Caetano Pereira de Sousa, havia eu, para meu uso particular, composto, entre outras em grande número, as Dissertações, e Tractados, que formão esta Collecção: Condescendi e deliberei ordenar outras segundas Linhas, ou Addições ás primeiras, pelas razões que direi no seu Prefacio: Em algumas das Notas occorrêrão aquellas materias, que eu assim havia tractado mais abundantemente: E como inserir a substancia dellas em todas as dictas Notas produziria Linhas demasiadamente grossas, tomei por melhor expediente dar á Luz esta Collecção dessas Dissertações, e Tractados, a que me referi em algumas das dictas Notas, e a que os Leitores das segundas Linhas poderão recorrer, querendo instruir-se melhor nessas materias. Tal he a razão desta Collecção.



ORDEM DAS DISSERTAÇÕES, E TRATADOS DESTA COLLECÇÃO.

I. **D**issertação Analytica da Ord. L. 3. T. 45. §. 2. e 3.º, em que se disputa a Questão = Quando, ou em que casos, o Réo demandado, que não chamou á auctoria a pessoa, de quem houve a coisa vencida; ou chamando-a á auctoria, não appellou da Sentença condemnatoria, e demittio a coisa demandada, póde ou não usar da acção de *Evicção* contra seu Ante-possuidor? Supplemento á Nota 361.

II. Dissertação Analytica da Ord. L. 3. T. 45. §. 3. “nas palavras = *Será obrigado o autor chamado a lhe compor a coisa vencida com seu interesse; ou pagar o preço que por ella recebeo, qual o réo vencido mais quizer* = Supplemento á Nota 361.

III. Analyse da Ord. L. 3. T. 45. §. 5. juncta a Ord. L. 5. T. 60. §. 5., e Tit. 62. §. 2.: Uso prático destas Ordenações novamente excogitado: Supplemento á Nota 361.

IV. Dissertação em que se expõe a intelligencia da Ord. L. 4. T. 44. §. 10. “nas palavras = *As dividas que se fizerem por respeito da Companhia, e Sociedade, della mesma se hão de pagar, posto que a esse tempo seja acabada* = E consequentemente; quando a confissão de hum dos Socios nos negocios Sociaes possa, ou não, prejudicar aos Consocios? Supplemento á Nota 448. n. 4.

V. Analyse da Ord. L. 3. T. 59. no Principio, e dos §§. 3. e II.; e Consectarios práticos que das generalidades destas Ordenações, e das suas intrinse-

cas razões se deduzem? Supplemento á Nota 472., e seguintes.

VI. Dissertação completa: Quando se deva julgar nullo, revogado, ou falsificado o Testamento, que, feito na fôrma da Ord. L. 4. T. 80. §. 1.; se acha na morte do Testador aberto, rotas as Linhas, dilacerado sem solemne abertura, rasurado, ou cancelado em todo, ou em parte, etc. etc. Supplemento ás Notas 474., e 527.

VII. Tractado do Juramento de *Calumnia*, e Analyse da Ord. L. 3. T. 43.: Supplemento á Nota 521.

VIII. Tractado do Juramento *Suppletorio*, e *Semiplena prova*. Analyse da Ord. L. 3. T. 52.: Supplemento ás Notas 515, 516, e 517.

IX. Tractado do Juramento *Judicial*: Analyse da Ord. L. 3. T. 59. §. 5., 6., 7., e Tit. 52. §. 3.

X. Tractado do Juramento em *Depoimento* com confissão qualificada; e quando possa rejeitar-se ou não a qualidade dessa confissão: Analyse da Ord. L. 3. T. 53. §. 13.; Supplemento ás Notas 443., e seguintes.

XI. Tractado do Juramento *in Litem*: Analyse da Ord. L. 3. T. 52. §. 5., e Tit. 86. §. 16. Supplemento ás Notas 518., e 519.

XII. Tractado do Juramento aos Carniceiros, Padeiros, etc., na fôrma da Ord. L. 4. T. 18. (Juramento e prática d'elle omisso nas Primeiras Linhas: 22. Art. 4.) Supplemento a este Artigo.

XIII. Tractado dos *Contractos*, e *Pactos Successorios jurados*, quando (o que he frequente) o Tribunal Palatino pelo seu Regimento §. 87. dispensa a Ord. L. 4. T. 73., e L. 1. T. 78. §. 13. Supplemento ás Notas 300., 499. e 508.

XIV. Tractado pratico das *Vistorias*: Supple-

mento a todo o Artigo 7. do Cap. 22. desde a Nota 538.

XV. Dissertação, em que se tracta: Se os Magistrados, aos quaes na fórma do §. 45. do Regimento de Desembargo do Paço se commette o conhecimento d'algumas Causas, podem executar suas Sentenças fóra dos seus Territorios; e se a tanto se podem ampliar, e extender as suas Commissões, não finalizando pela sua Definitiva. Supplemento á Nota 577.

incrito a todo o Artigo 7. do Cap. 22. de de a Nota

238.

N. V. Dissertação, em que se trata: Se os Militares, nos paizes na forma do §. 42. do Regimento de Desembarço do Paço se comtinue o contracto de algumas Casas, podem executar suas Sentenças fora dos seus Territorios; e se a tanto se podem ampliar, e estender as suas Commissões, não ficando pela sua Definição. Supplemento à Nota

237.

DISSERTAÇÃO I.

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

Disputa-se a Questão

Quando, ou em quaes casos o Réo demandado, que não chamou á auctoria a pessoa, de quem houve a cousa; ou chamando-a á auctoria, não appellou da Sentença condemnatoria, e dimittio a cousa demandada; pôde, ou não usar da acção de *Evicção* contra seu Ante-possuidor? etc.

Supplemento ás Segundas Linhas sobre o Processo Civil, e á Nota 361.

Letra da Ordenação, e Leis, que são suas fontes.

§. II.

„ SE algum he demandado por cousa, que pos-
„ sua, e elle quer chamar por actor o que lhe a cou-
„ sa vendeo, ou escaimbou, ou outro qualquer de
„ quem a houve, nomea-lo-ha, e chama-lo-ha antes
„ das inquirições abertas e publicadas, e não o cha-
„ mando até esse tempo não será o dito actor nomea-
„ do obrigado a lhe pagar o *damno que receber*, por
„ a cousa lhe ser tirada por Sentença, postoque o
„ dito actor nomeado fosse sabedor, que o Réo era
„ demandado em juizo por ella Ord. L. 3. T. 45 §.
„ 2.: O mesmo procede, quando sendo o vendedor cha-

mado á auctoria, e proferindo-se Sentença contra o comprador, este não appellou: dicta Ord. §. 3.

§. 2.

Parece que esta Ord. teve por fonte a L. 53. §. I. ff. de Eviction. ibi = "Si cum possit Emptor auctori denuntiari, non denuntiasset, idemque victus, fuisset *quoniam parum instructus esset*: hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex Stipulatu agere non potest," E a L. 8. Cod. de Eviction. ibi = Emptor fundi, nisi auctori aut hæredi ejus denuntiaverit, evicto prædico, *neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto* actionem contra venditorem, vel fidejussorem ejus habet," Conduz a L. 1. Cod. de Peric. et Commod. rei vend. = Et ita si ei denuntiatum est, ut cause agenda adesset, et non absente emptore, contra eum pronuntiatum est," L. 9. Cod. de Evict. ibi = Auctori, hæredive ejus denuntia; et siquidem obtinueris, habebis quod emisti: Sin autem evictum fuerit, a venditore Successoreve ejus *consequeris quanti tua interest*, etc. E quanto ao caso de não appellar o comprador vencido parece ser fonte do dito §. 3. a L. 63. §. I. ff. de Evictionib.

PRELUDIO I.

Quando a Evicção tem fundamento no Direito Natural, e quando no Civil.

§. 3.

"Evictio ex naturali jure originem habet; factó enim ejus qui mihi rem alienam vendit, (et quæ postea evincitur) mihi aliquid abest: Venditor locupletior fiet ex meo pretio; adeoque ex

„ ex regula generali Justitiæ, jus, quod mihi abest,
 „ tribuere tenetur, Coccey Just. Nat. et Rom. nov.
 System. Sub. §. 446. n. 4. Conf. Heinec. Elem. Jur.
 Nat. L. 1. Sub §. 274. ibi = Ista doctrina de Evi-
 ctionibus ex ipsa æquitate naturali fluit, quamvis
 „ ei multa non tam de novo adstruxerit, quam illus-
 „ trationis causa addiderit Jus Civile, quæ ad ejus
 „ formam et effectum pertinent, ex gr., dum requi-
 „ rit, ut quis suo nomine rem in alterum transtule-
 „ rit, ut possessor litem actori in tempore denuntia-
 „ rit, etc., Forney no Extract. de Wolph. Princip.
 do Dir. Nat. L. 4. Cap. 4. exhibe outra razão,
 qual he que todo o Vendedor he obrigado á Evicção;
 porque todo o Comprador não paga a cousa senão
 debaixo desta condição, se he que a cousa pertence
 ao Vendedor; olha-o como Senhor della; e a com-
 pra encerra a condição tacita, que o Vendedor ficará
 responsavel pela Evicção; o contracto encerra por si
 mesmo esta obrigação, ainda quando não fosse expres-
 samente estipulada, etc. Conf. Thomas Not. de us.
 hodiern. ad Pand. L. 21. Tit. 2. Stryk. ibid. §. 1.

PRELUDIO II.

*Razão por que o Direito Civil, fundado no Natural,
 introduzio o remedio da Evicção.*

„ Quare Evictio fuerit introducta, faciebat du-
 „ bitationem, quod venerabile quoddam est, et im-
 „ maculatum fidelitas, validissimumque testimonium
 „ sua cuique fides. Adeoque Sacrosancta priscis
 „ et sacra fides, et habebatur, non ignorantibus quam
 „ grave, turpeque facinus erat Semel datam fidem

„ fallere... Verum moribus inde gliscentibus in pe-
 „ jus, necessum fuit illud, quod in hominum fide
 „ consistebat, in Legis Vinculum deducere. Quocir-
 „ ca cum aliquando accidisset, ut promissa non ad-
 „ implerentur, vel quia non esset res promissa in bo-
 „ nis promissoris, vel facile a manu accipientis ex-
 „ torqueretur, sequuta traditione, vel quia immine-
 „ ret evictio in Limine Contractus, ut homines avo-
 „ carentur ab hujusmodi alienis promissis sub spe,
 „ ac velamine rei propriæ, introductum fuit reme-
 „ dium Evictionis, Ita Guzman. de Evict. in Proem.
 an 14.

PRELUDIO III.

Se o remedio da Evicção he favoravel ou odioso?

§. 5.

„ Dicendum est, quod favorabile sit, quoniam
 „ bono publico institutum est, ut rerum Commercia
 „ libera, et absque fraude fiant... Quod autem hoc
 „ remedium sit odiosum, facit, quia est remedium
 „ poenale, quod suadetur ex rubrica hujus tituli dum
 „ dicitur = De Evictionibus, et duplæ stipulationi-
 „ bus, etc, et in L. 2. ff. de Evict... Cum igitur
 „ sit poenale, odiosuna reputatur... His tamen
 „ minime refragantibus, concludendum videtur,
 „ quod hoc remedium Evictionis *ex parte agentis*
 „ *dicatur favorabile*, etc. Guzman. de Evict. in
 „ Prælad. a n. 18.

Nota: Ainda que a regra dos Favoraveis e
 Odiosos he hoje reprovada pelos Sabios, quaes
 Thomas, Barbeirac, e Titio referidos por

Mell. Freir. Histor. Jur. Civil Lusit. §. 130. na Nota, e por Hein. ad Grot. de Jur. Bell. et P. L. 2. Cap. 16. §. 10.: Comtudo o favor da Evicção, e o odio do Vendedor aqui só podem respeitar-se em quanto a Evicção he fundada na equidade natural, para que o Vendedor se não locuplete com a cousa alhea (§. 3.); e o odio do Vendedor, em quanto contra hum homem que illudio e enganou ao Comprador, ou vendeo o que certamente não tinha averiguado ser seu, etc. (§. 4.)

PRELUDIO IV.

Razões intrinsecas da nossa Ordenação, e das Leis Romanas, que forão as suas fontes.

§. 6.

Estas razões as expõe com outros DD. Stryk. us. mod. L. 21. Tit. 2. §. 16. ibi = Ratio in eo ponitur, quia illo ipso, quod Emptor Conventus, non denuntiat litem, dicitur esse in dolo; et quia venditor magis informatus præsimitur, quam Emptor, ideo fieri debet hæc denuntiatio ut se eo melius tueri possit: nam denuntiatio non fit solum, ut venditor suscipiat in se defensionem, sed ut parare possit defensiones, et illas exhibere Emptori una cum iuribus ad causam ipsam facientibus, Covarruv. Natt. Menoch Renlin. Bursat. Peregrin. Mangil. de Evict. etc. Et hæc litis denuntiatio quoque fieri debet, quamvis litem non ignoret Venditor, etc.: As mesmas razões expõe Guzman. de Evict. Q. 4. an. 4.º Outra razão (ainda que em substancia a mesma) exhibe Sylv. e Arauj-

de Perfect. Advocat. post Tract. Cons. 2. n. 3. ibi
 „ Adde aliud argumentum: Cum res evincitur nul-
 „ la denuntiatione facta Venditori, Lex præsumit pro-
 „ pterea evinci, quod Emptor malè instructus causam
 „ defendere nequiverit, L. Si fundo §. ult. ff. de Evi-
 „ ct. (acina já transcripta no §. 2.), quæ quidem
 „ præsumptio videtur esse fortissima, et ut ajunt, jú-
 „ ris, et de jure, super ea etenim Lex fundatur, ac
 „ statuit. „

Outra e diversa razão excogitou e exhibio Pereir.
 de Man. Reg. Cap. 32. n. 12. ibi “Cum videam
 „ denuntiationis necessitatem, esse partem Contractus
 „ initi, ut scilicet, Venditor se de Evictione obliga-
 „ verit, si præhabita tali denuntiatione interpellatus
 „ esset, conformando se cum dispositione juris, á
 „ quo contractus, et clausulæ in eo appositæ inter-
 „ pretationem recipiunt, arg. L. Quod si nolit §. quia
 „ assidua ff. de ædilit. edict.... Videlicet in Contra-
 „ ctu non reperiat expressum, quod non facta de-
 „ nuntiatione venditor non teneatur; tamen sufficit
 „ ex mente partium itá subintellectum, accedente
 „ dispositione Legis, quæ sequuta mentem Contra-
 „ hentium itá faciendum Sanxit. = Accrescenta mais
 o mesmo Pereir. Sub n. 13. q; “Regia Ordinatio Par-
 „ ti adinjit potestatem dimittendi rem libere sine li-
 „ te ne fieret in potestate Emptoris occasione injustæ
 „ litis, cuius ipse non est æstimator, præjudicare
 „ venditori, etc.” Conf. Silv. ad Ord. L. 3. T. 45.
 §. 2. n. 27. Pereir. de Man. Reg. Cap. 32. n. 13.

Nota: As Questões = *An Laudatio me-
 diate, vel immediate fieri debeat?* = *An suf-
 ficiat Laudatum de Lite móta certum reddere;*
an etiam ad defensionem suscipiendam requiri

necessarium sit? = An Laudationis tempore Cópia Libelli Laudato tradenda sit? = An citandus sit per edicta venditor seu quilibet alius ad defensionem cause nominatus, si absens sit? = De hereditate jacenti = De pluribus venditoris heredibus = Cujus expensis denuntiandum sit = De tempore quo denuntiandum sit, etc., etc. Estas e outras Questões a este proposito reassumio e decidio o nosso Solan. Cogit. 29. e seguintes, aonde podem vêr-se. Conf. Struv. et Müller Exerc. 28. thes. 28. aonde se vêm tambem decididas as mesmas Questões; e tambem Cald. de Empt. Cap. 31., e ex professo Stryk. vol. 11. Disp. 21. = *de Litis denuntiatione.* =

§. 8.

Quanto á 2.^a parte: isto he, que o Comprador não pôde usar do remedio da Evicção quando, ainda depois de ter chamado á Auctoria ao Vendedor, não appellou da Sentença condemnatoria, como determina a Ord. L. 3. Tit. 45. §. 3.; qual seja a razão desta Ordenação a expõe bellissimamente Molin. de Just. Disp. 38. n. 19. Covarruv. L. 3. Var. Cap. 17. n. 9. E sobre todos Cald. de Empt. Cap. 31. Sub n. 27. et n. 28. ibi = "Ne igitur Emptor, falsa forsane persuasione ductus, appellationem deserat, justam credens Sententiam, cum veré iniqua fuerit, Legislator consultius esse existimavit Condemnato prosequendæ appellationis munus imposuisse, et rei veritatem, atque Sententiæ rectitudinem, et justitiam ad Superiorum judicium, examenque referre, non ipsius partis perniciem, cum opinione sua facile decipi possit, quo quidem casu suum non Venditoris periculum facit, qui poterit de injustitia Sententiæ docere, et sic totius damni expers esse....."

„ Hoc animadvertens Legislator Emptori appellatio-
 „ nis prosequendæ onus injunxit; quoniam in gradu
 „ appellationis non deducta probare fas est. Poterit
 „ etiam Venditor a legare se voluisse in appellationis
 „ instantia causam intueri, et nondum in jusdicium de-
 „ ducta allegare, ac probare: etc. etc. „

SECÇÃO I.

Da Questão Principal.

*Se o Comprador, ou qualquer outro, a que por Di-
 reito compete o remedio da Evicção, pôde usar
 delle, quando sem chamar á auctoria a pessoa de
 quem houve a cousa, a dimittio ao Agente com boa
 fé; reconhecendo-se sem justia alguma para a
 defender, e sacrificando-se a provar na acção da
 Evicção; que com effeito, ainda que praticas e o
 chamamento á auctoria, não poderia o chamado
 defender plausivelmente a cousa demandada e
 demonstrando o vencido a Justiça notoria do Agen-
 te? etc.*

§. 9.

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

§. 10.

As razões, em que estes DD. se fundão, são prin-

principalmente as expostas no §. 6. e 7.: E além dellas em que 1.º, as Leis Romanas, fontes da nossa, e a nossa mesma são geraes, e indistinctas; e que cegamente se devem seguir sem esta distincção, ou limitação: 2.º, que se a L. 63. §. 1. ff. de Eviccion, e a nossa Ord. L. 3. T. 45. §. 3. obrigação ao Comprador, ainda mesmo que tenha chamado a auctoria ao Vendedor, appellar da Sentença da primeira instancia, apezar da presumpção de Justiça, que assiste a essa Sentença; e sem a Appellação de huma Sentença, que aliás se presume justa (adde Stryk. vol. 7. Disp. 17. Cap. 2. §. 14.); sem outra confirmatoria na Superior instancia lhe não franquêa a acção de Evicção; muito menos, quando o Réo demandado, por mais que se faça arbitro da Justiça do Agente, e a reconheça, lhe dimitte a cousa reivindicada sem chamar á auctoria aquelle, de quem a houve: 3.º, que o Vendedor sempre negaria a notoriedade da injustiça para excluir a acção da Evicção: 4.º, que não pôde ser acreditavel o Comprador allegando a injustiça da causa do Vendedor, quando podia haver algum fundamento occulto, que o Vendedor sendo chamado lhe forneceria para a defeza.

§. II.

Em contrario está a torrente dos DD. a sustentar como mais justo e racionavel, que se o Comprador, ou qualquer outro, a quem aliás compete o direito da Evicção, sendo demandado, não chama á auctoria aquelle de quem houve a cousa, e reconhecendo a incontrastavel justiça, de quem lha reivindicava, de boa fé lha dimitte, pôde usar do direito da Evicção contra aquelle, de quem a houve, incumbindo-se da demonstração da Justiça daquelle, que lha reivindicava; e que nenhuma podia ter o seu Auctor, por mais que fosse chamado para defender a cousa;

E que se o Vendedor ou qualquer outro obrigado á Evicção, assim demandado por ella, não mostra com effeito, que se fosse chamado forneceria taes e taes razões plausiveis, ou taes e taes Documentos com que provavelmente defenderia a cousa demandada, etc.: Nestas circumstancias ainda que não precedesse a cerimonia do chamamento á auctoria, procede a acção de Evicção; porque nas mesmas circumstancias cessão em effeito as razões principaes (de quib. §. 6. e 7.) das Leis, que fazem preciso esse chamamento á Auctoria; e seria frustratorio tal chamamento, etc. Esta opinião he a sustentada pelos melhores DD., seguida nos Tribunaes da Europa, e ainda mesmo sempre attendida no nosso Reino; e nos Supremos Tribunaes. Assim o defendem, seguem e attestão seguido in judicando, entre os Estrangeiros, Posthio nas Decisões de Bolonha Decis. 14. Urceol. Decis. Florentin. 29. n.º 9. Surd. Decis. 22. Covarruv. Variar. L. 3. Cap. 17. n.º 6. Mangil. de Evict. Q. 4. an. 55. Stryk. Us. mod. L. 21. Tit. 2. §. 23. Cyriac. Contr. 586. n.º 65. Com innmeraveis DD. Berlich. P. 1. Concl. 24. n.º 30. Com outros muitos Hermosilh. gloss. 3. L. 32. tit. 5. pag. 5. n.º 77. pag. (mihi) 608. et 609. Gomez. 2. Var. Cap. 2. n.º 39. Afflict. Decis. 49. et ibi Addentes, Fabr. in Cod. L. 8. Tit. 31. Defin. 8. in fin. et Defin. 25. n.º 12. Guzman. de Evict. Q. 4. an. 77. et 98. Perez in Cod. L. 8. Tit. 45. n.º 28. Luc. Ferrar. Vbo Evictio n.º 13. et ibi Add. n.º 62. Begnudell. eodem Verbo n.º 7. Sabell. Emptor. n.º 8. Ansald. de Commerc. Discurs. 32. n.º 15. Urceol. de Transact. Q. 42. a n.º 37. Altimar. de Nullit. tom. 3. Q. 7. Subsect. 1. a n.º 52. Grot. in Manuduct ad Jurisprud. Holland. L. 3. Cap. 15. n.º 17. Caballin. de Eviction. §. 3. a n.º 73. Leeuven. Cens. for. p. 1. L. 4. Cap. 19. n.º 14. in fin., Voet.

ad Pand. L. 21. Tit. 2. Sub. n. 22. Carpzoy, Defin. for. p. 1. Const. 3. Defin. 24. et 25. Optime Constantin. ad Statut. Urb. Annot. 27. art. 2. a n.º 155. aonde com outros muitos DD. refere modernas Decisões da Rota Romana: Card. de Luc. de Emption. Disc. 19 n. 8. et Discurs. 50. n. 2. et de Credit. Djsc. 71. n. 4., et de Regalib. Disc. 64. n. 8. et de Jurisdiction. Disc. 60. n. 7. Idem Stryk. Volum. 11. Disp. 21. = De Litis denuntiatione = §. 32. e outros innumeraveis que estes DD. referem: optime Fontanell. de Pact. nuptial. claus. 5. gloss. 8. p. 14. a n. 75. digno de ser visto: Rot. in Mantic. ad Card. de Luc. de Credit. L. 8. Decis. 45. n. 13. Rot. post Oleam de Ces. jur. Dec. 81. n. 9.

Nota: Ainda que Barboz. na L. 49. ff. de Judic. n. 38. et 74. só admitte esta opinião sendo o Réo effectivamente demandado; e não quando dimitte a causa sem demanda: comtudo o contrario he mais certo, e sem differença, como com muitos DD. prova Constantin. ad Stat. Urb. Annot. 27. Art. 2. n. 158.

§. 12.

No nosso Reino vemos seguida esta racionavel opinião pelo insigne Pedro Barboza na L. 49 ff. de Judic. a n.º 29.; e pelos Senadores nas Deliberações transcriptas por Peg. no tom. 15. ad Ord. L. 3. T. 45. Decis. 10. n. 44., e Decis. 14. n. 64. e no tom. 3. For. Cap. 34. a n.º 84. (em grão de Revista); e no tom. 5. Forens. Cap. 105. a n.º 23. E ainda mesmo o nosso Cald. de Empt. (em si inconstante) Cap. 31. depois de citar por esta opinião no n.º 63. muitos DD., e suppondo-a commum, lembrado da dita Ord. que parece contraria, se expendé assim. "Quod, si communem Sententiam teneas, intelligasque Le-

„gem Regiam noe excludere hunc casum, quo Reus
 „vult ostendere et probare bonam se fidem agnovis-
 „se, quia scilicet sciebat rem ad Evincentem citrá
 „controversiam spectasse; hoc tamen itá accipien-
 „dum est si statim de Evictione adversus Vendito-
 „rem agat; secus veró si distulit agere, et Vendi-
 „tor prætendat; mortuos jam esse testes, vel aliter
 „peremptas probationes, quibus defendere potuisset
 „rem suam esse, non Evincentis, si congruo tempo-
 „re causa tractaretur: Hoc enim casu magis pro Ven-
 „ditore resolvendum erit; juris namque præsumptio
 „contra Emptorem est, quod fraudulenter agere dis-
 „tulerit, etc. Conf. Hermossil. Supra n. 81. Fon-
 „tanell. S. n. 80. et 81. Ursil. ad Afflict. Dec. 49.
 n. 2.: Isto mesmo seguio o Cod. Civ. dos Francezes
 Art. 1647. ibi = A acção de Evicção cessa quando
 o Comprador “se tem deixado condemnar por huma
 „Sentença em ultima instancia, sem chamar ao Ven-
 „dedor, se este prova, que existião meios sufficien-
 „tes para fazer rejeitar a demanda, „optimé Fran-
 „cisc. Callet. Comment. ad Tit. Cod. de Evict ad L.
 7. 8. et 17. Cap. 1. n. 6. et 7. apud Meerm. in
 Thesaur. J. Civil. tom. 2. pag. 330.

§. 13.

Esta segunda opinião he fundada não só nas genuinas razões que expõe os DD. citados, parte das quaes recapituláráo Silv. e Arauj. de Perfect. Adv. Consult. 2. a n. 4. ex-professo Gusman. de Evict. Q. 4. desde o n. 79. até o n. 85., e desde o n. 98. até o fim aonde podem ver-se; mas nas que de novo passo a expôr e apurar, confutando essencialmente as contrarias razões (além das expostas pelos citados DD.) quaes são.

§. 14.

Primeira: Não deve interpretar-se que qualquer

Lei na sua generalidade comprehende hum caso, que aliàs comprehendido nella e applicada a elle a Lei, viria ella a determinar huma cousa absurda, e opposta a toda a razão injusta e intoleravel: Heinec. ad Grot. de J. B. et P. L. 2. Cap. 16. §. 27. optimé Barboz. et Tabor. Liv. 1. Cap. 14. tot. *omninó Vindendus*. Ora: se a nossa Ord. privasse da acção de Evicção aquelle Réo demandado, que dimittio os bens, vendo huma clarissima e incontestavel justiça do Agente, que o chamado á auctoria não poderia de modo algum defender; e áquelle Réo, que assim o quizesse demonstrar: Se a Ord. o obrigasse a seguir até final huma demanda injusta, que absurdo se não seguia? A outra Ord. L. 3. Tit. 43. in principio. Lá obriga ao Réo, que jurará, que justamente entende ,, defender a demanda, e não allegará, nem provará ,, em ella cousa alguma por malicia, ou engano; ,, mas que verdadeiramente se defenderá sempre até o ,, fim do feito, segundo sua consciencia. ,, E eis-aqui hum tal Réo constituido em dous extremos; ou jurar de calumnia falsamente quando vê huma demanda justa do Agente, e se considera sem defeza verdadeira; ou ceder da demanda, e perder o Direito da Evicção: E que absurdo!

§. 15.

Ah! Póde chamar á Auctoria ao seu Auctor para lhe fornecer defeza: Mas supponhamos (o que he muito frequente) que o chamado não comparece: Então ficamos no mesmo absurdo: Ou o Réo ha de jurar falso, quando se lhe pedir o juramento de calumnia sobre a sua defeza; ou para evitar o perjurio ha de confessar a Justiça que reconhece no Agente; e então, como não prosegue a causa, perdeu o direito da Evicção: E será crível que o Legislador mesmo enlace hum Réo em hum destes dous extremos infal-

livelmente, e que jure falso para se habilitar com a acção de Evicção, ou a perca jurando verdade?

Nota: Tão longe está de as Leis quererem que alguém prosiga demandas injustas, que da nossa Legislação Patria deduzio Nogueir. Coelh. Let. D. a n. 52. estes Principios = Demandas devem evitar-se = Trazem gastos e despesas = Inquietão a Republica, perturbão os Tribunaes, causão odios e discussões entre os Vassallos = Impedem viver em paz e conformidade, etc. Por outra parte: Ainda menos deve qualquer proseguir huma demanda injusta; e não deve ceder della, sem lhe ser imputavel, ou prejudicial. Os Advogados Fiscaes tem na L. 3. Cod. de Advocat. Fisc. huma rigorosa prohibição de proseguirem demandas calumniosas: O Tutor não deve em nome do Pupillo defender huma demanda injusta; mas antes, reconhecendo de boa fé a Justiça do Adversario, deve confessá-la, ainda que prejudique ao Pupillo L. 9. §. 6. ff. L. 6. Cod. de Admistr. Tutor. "*Non est violanda justitia in utilitatem pupilli, nec Ecclesie, nec Principis, nec Civitatis, nec pie Cause*, etc. Brunnem. in d. L. 9. n.º 16. Conf. Larrea Alleg. 1. a n.º 14. Valeron. de Transact. T. 2. Q. 3. n. 11. Nestas Leis se fundão alguns dos DD. citados (§. 11. e 12.) como hum dos fundamentos desta opinião. E na verdade he indigna de Pereira de Man. Reg. Cap. 32. 14. á resposta; de que estas Leis tractão do Tutor, que não he obrigado proseguir huma demanda injusta, nem Lei alguma a tanto o obriga "*Quod nullo modò convenit denuntiationi, quæ fit ex necessitate Legis ità præcipientis, quod factum*

debet impleri in forma specifica., Como que a Ord. obrigue a huma demanda injusta; contra o systema de toda a Legislação; como que a Lei obrigue ao Réo jurar falsamente de calumnia; e como que as razões das citadas Leis não fossem geraes e aptas a comprehender todo o caso! Se o Fiscal, o Tutor, o Procurador da causa pia podem ceder de demandas injustas, ainda que prejudiquem ao Fisco, á Cidade, ao Pupillo, á Republica; se não tem obrigação de a proseguir em seu favor; que razão de differença? O Réo demandado como possuidor mais defenderia a demanda injusta em favor do seu Auctor, e mais com os Direitos d'elle, que com os proprios, etc. Logo dá-se paridade de razão.

§. 16.

Segunda razão: Se nas circumstancias, em que só procede esta segunda opinião (§. 11.) ainda resistisse a nossa Ordenação (isto he, ainda quando o que propõe a acção da Evicção mostrasse o notorio defeito de Justiça de seu Auctor; e este não mostrasse que se fosse citado, e chamado forneceria tal e tal defeza plausivel) se, digo, neste caso ainda resistisse a Ord., ella fomentaria huma iniquidade, e huma injustiça opposta ao Direito Natural (§. 3.) que não permite que o Vendedor da cousa alheia se fique, depois de vendida ella ao Comprador, locupletando com o preço. Na verdade huma vez verificadas as circumstancias, em que procede esta segunda opinião, qual outro seria o resultado, senão ficar o Auctor com o alheio, depois de se mostrar, que não era realmente sua a cousa que vendêo, permutou, dêo em pagamento, etc.? E será crível que a Lei exclúa o caso em que procede esta opinião? Será crível que verificadas

as circumstancias, em que ella só he applicavel, auctorize a Lei huma injustiça?

§. 17.

Terceira razão: Verificadas as circumstancias em que procede esta opinião, cessão todas as razões da nossa Lei, e das que forão suas fontes: Já não pôde imputar-se ao Comprador que foi vencido, *quoniam parum instructus esset*, deixando de chamar á Auctoria seu Ante-possuidor: Já cessa a presumpção de que elle o instruiria, e muniria com huma justa defesa; o exito, em que elle, demandado pela Evicção, o não mostra, assim o confirma "*quia in eo quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjecturae locus* L. 137. §. 2. ff. de Verb. obligat. Já o Vendedor não pôde recorrer ao tacito pacto, que ideou Pereira (§. 7.); porque a experiencia veio a mostrar, que ainda que o Comprador o adimplisse da sua parte, chamando á auctoria ao Vendedor, este não adimpliria da sua parte o a que correspectivamente era obrigado (§. 3.): E estamos na regra = *De modo non curamus dum habemus effectum* = Signanter Hermosilh. S.^o n. 80. Em huma palavra; Verificadas as circumstancias, que requer a segunda opinião, cessão as razões das Leis (§. 1.^o e 2.^o) e cessa a sua disposição.

§. 18.

Quarta e nova razão: Reflectida a nossa Ord. §. 2. e 3. parece que figura tres casos diversos; e a respeito de cada hum decide com diversa fraze: 1.^o quando o demandado não chamou seu Auctor, e então desobriga o Auctor de lhe pagar *o damno que receber por a cousa lhe ser tirada por Sentença*: 2.^o, quando o chamado não vem; e o Réo defendendo verdadeiramente a demanda, he condemnado largar a cousa; e então manda que o chamado lhe componha a

cousa vencida com seu interesse, ou o preço que por ella recebo qual o Réo vencido mais quizer: 3.º, quando o chamado não vem; e o Réo he condemnado por Sentença injusta; ignorancia, ou malicia do Juiz; e então obriga ao chamado compôr ao Réo a perda e damno, que recebo por causa da injusta Sentença: Em todos os casos varia de frase. No primeiro (que he o de que tractamos) só desobriga do damno ao que não foi chamado, sem fallar em perda; nem na cousa verdadeira com seu interesse ou o preço.

§. 19.

Para descobrir o mystério des'a Ord. devo advertir, que quando ha chamamento á auctoria, e o Réo defendendo a causa até final he vencido, recupera pela acção da Evicção o preço da cousa, o interesse do lucro cessante e damno emergente; as despesas do pleito, bemfeitorias, etc. Struv. Exerc. 21. thes. 18. Pereir. de Man. Reg. Cap. 32. n. 16., (e só neste Reino não obtem o dobro não se estipulando expressamente: Pereir. S.º Cald. de Empt. Cap. 31. a n. 33) adde Urceol. de Transact. Q. 42. a n.º 49.

§. 20.

Ora: Houve huma original e antiquissima opinião, que distinguio entre o caso de o demandado chamar a Auctoria ao seu Ante-possuidor; e o caso de o não chamar: No primeiro; decidio que compete ao Vencido a acção por tudo o referido no §. 19., (e he propriamente o segundo caso figurado na Ord): No segundo (que he o 1.º da Ord. e de que tractamos), seguiu essa opinião, que então he que procede a segunda de que tractamos, verificados os requisitos em que ella he applicavel; de fôrma que, verificados elles, se não compete a acção por tudo (§. 19.) ao menos pelo preço da cousa, sem damnos

ou interesses: Gusman. de Evict. Q. 4. n. 95. Barboza L. Venditor 49. ff. de Judic. a n.º 76. Covarruy. 3. Var. Cap. 17. n. 6. post medium: (Ainda que o contrario, e que neste caso póde o Vencido repetir todo o interesse, seguem Gusman. Q. 4. n.º 98. Hermosilh. n. 79.)

§. 21.

Quem pois nos certifica que o nosso Legisla-
dor não tivesse em vista esta distincção (§. 20.)
quando com o mysterio, que já vimos (§. 18.), distin-
guiu os tres casos, usando em cada hum de frase di-
versa? Parece que, no de que tractamos, seguiu a se-
gunda parte da referida distincção, e approvou esta
segunda opinião; de fórma que faltando o chama-
mento á auctoria, aindaque o Réo não possa repe-
tir tudo quanto no caso da Evicção com vocação á
auctoria lhe permite o Direito (§. 19.); e ainda
que não *o damno que o Vencido receber*, sempre pe-
lo menos o preço ou o valor da cousa, verificando os
precisos requisitos, que nos termos da mesma opinião
deve verificar, conciliadas assim as contrarias opiniões.
E ou assim havemos de entender a dita Ord. para a
salvar das contrarias razões expostas desde o §. 14.
até ao §. 17.: Ou pelas razões mesmas devemos assen-
tar que este caso (em que as taes circumstancias se ve-
rifiquem) se não comprehendeo na generalidade da nos-
sa Ord. §. 2., por não resultarem os absurdos pon-
derados nos §§. 14., 15., 16.; ou que verificadas as
mesmas circumstancias cessão as suas intrinsecas razões,
e cesaa a sua disposição (§. 17.)

§. 22.

Finalmente o argumento (§. 10.) com a indis-
tincta generalidade da nossa Ordenação, facilmente
se dissolve, advertindo-se, que com a mesma genera-
lidade são concebidas as Leis Romanas que forão as

suas fontes (§. 2.); e comtudo estas pelos lugares parallelos de outras recebem muitas limitações, que ao diante se exporão a §. 25: outros tantos casos, em que pôde usar-se a acção da Evicção, ainda que não tenha precedido vocação á auctoria.

§. 23.

„ Verum enimverò (adverte ao proposito Stryk.
 „ us. mod. L. 21. Tit. 2. Sub. §. 23.), ut hæc in the-
 „ si juris ita omninò vera sunt, quæstio facti tamen
 „ semper remanet; utrum scilicèt talis notorietas, de
 „ qua loquuntur Doctores, et quam supponunt, re-
 „ vera aduerit; quod cum probatu difficile sit, et ta-
 „ men illius probationem in se suscipere teneatur
 „ Emptor. Litis denuntiationem omittens, hinc potius
 „ suadendum esse putamus, ne Reus Conventus huic
 „ Exceptioni nimium fidat, sed potius denuntiationis
 „ remedio á Legibus præscripto utatur. Interim alte-
 „ ra forté exceptio magis proficua erit, ut Emptor
 „ ab Evicente ju a huic competentia sibi cedere cu-
 „ ret, atque sic non nomine proprio, sed tanquam
 „ Cessionarius contra Auctorem experiatur Mangil.
 „ de Evict. Q. 4. n. 54. Carpzov. P. 1. Def. 24.,
 „ quamvis et hic non diffitendum sit, quod Emptor
 „ novis Litibus involvatur; quoniam tali quoque ca-
 „ su Venditori omnes exceptiones, quas Evicenti, et
 „ Cedenti opponere potuisset contra Cessionarium sal-
 „ væ maneant.

§. 24.

Com effeito todos os DD. já citados no §. II. deixão ao Vendedor salva a defeza de mostrar que se fosse chamado á auctoria instruiria do Demandado com taes, e taes razões, taes, e taes Documentos; e que em consequencia era injusta a Evicção, Hermosilh. gloss. 3. L. 32. tit. 5. p. 5. n. 81. pag. (mibi) 609. Gushman. de Evict. Q. 4. n. 106., aonde diz

que fica ao arbitrio do Juiz decidir se serão ou não sufficientes para occorrer á Evicção as razões, que o Vendedor allega, que forneceria se fosse chamado á auctoria: Et n. 96. E se o Vencido dilata por muitos annos propôr sua acção, reservando-a para quando estão amortecidas as provas, que o Ante-possuidor podia produzir; isto basta para excluir a acção da Evicção (DD. citados §. 12.)

Nota: Aindaque alguns DD. quizerão persuadir, que a notoriedade da falta de Justiça do que havia de ser chamado á auctoria devia ser constante no principio da demanda, e que não basta que depois da Sentença o viesse a ser: Porém tal opinião he ridiculizada por Caballin. de Evict. §. 3. a n. 89. Gusman. de Evict. Q. 4. n. 94. Hermosilh. Supra n. 80. Fontanell. de Pact. claus. 5. gloss. 8. p. 14. n. 76.

Cutros casos, em que cessa a generalidade da nossa Ord., e ha regresso á Evicção sem o chamamento á auctoria.

§. 25.

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

Primeiro: Quando o Vendedor, ou qualquer outro que pelo contracto he responsavel á Evicção, renunciou nelle a denunciação, e vocação á auctoria: Assim se deduz da L. Herennius 63. in princip. ff. de Evict.; Gothofred. na L. 8. Cod. eod. tit.; Hermosilh. gloss. 3. L. 32. tit. 5. pag. 5. n. 84. pag. (mihi) 609. Stryk. de Cautell. Contract. Sect. 2. Cap. 8. §. 46. Gallerat. de Renunt. Tom. 3. Cap. 131. n. 4. Stryk. Vol. 11. Disp. 21. *De Litis de-*

nuntiatione §. 32., Guzman. de Evict. Q. 5. a n.º 29.: E ainda que refere a opinião contraria, quer no n.º 32. que por equidade sempre se deve praticar a vocação á auctoria; supposto que renunciada no instrumento: Mas pela opinião indistincta está Cald. de Empt. Cap. 31. n. 73., e com outros Solan. Cogit. 46. n. 11.

§. 26.

Segundo: Quando o Comprador, que comitio chamar á Auctoria o Vendedor, prova depois, que o Vendedor lhe vendeo a cousa com dolo e positiva sciencia de que era alhêa; L. 30. §. Si sciens ff. de Action. empt. Gothofred. Supra; Hermosilh. S.º Sub. n.º 90. Cald. de Empt. Cap. 31. n. 38. et 66. Guzman de Evict. Q. 39. a n.º 6.

§. 27.

Terceiro: Quando o Vendedor e o Comprador são juntamente citados no mesmo Libello: Hermosilh. Supra n.º 85. Cald. S.º n.º 76. Porém em contrario estão alguns DD. apud Mul. ad Struv. Exerc. 27. thes. 28. pag. 101.: O nosso Solan. Cog. 45. reassume a Questão; e defende que ainda neste caso he necessario que o Réo possuidor chame á auctoria o Réo seu auctor: *Muler* supra só o faz preciso, quando o Ante-possuidor juntamente citado he contumaz; e não comparece a defender-se: Comparecendo elle porém e defendendo-se, assenta o mesmo Solan. n.º 9. que não he necessaria outra Vocação á auctoria: Adde Urceol. de Transact. Q. 12. n.º 47. et Consult. Forens. 13. n. 33.

§. 28.

Quarto: Quando o menor e a Igreja, Fisco ou Causa pia são compradores, *dummodo* o Vendedor tenha sciencia do litigio que se lles move, *Sily.* ad

Ord. L. 3. T. 45. § 2. n.º 19. Solan. Cog. 46. a n.º 8. aonde refere os mais.

Quinto: Quando o Vendedor se obrigou á Evicção, com palavras amplissimas = *quomodocumque res evincatur*. Com tanto porém, que o Vendedor tivesse sciencia do litigio; e o Comprador defendesse a causa com boa fé: Cald. de Empt. Cap. 31. n. 72. Solan. Cog. 46. a n. 6. e além dos DD. ahí citados Urceol. de Transact. Q. 42. n. 53.

Sexto: Quanto ao Cessionario d'alguma divida, direito, ou laccção; se objectando-se-lhe alguma excepção, deva chamar á Auctoridade o Cedente, para depois poder ter regresso contra elle? He questão assis controversa, que largamente disputa Olea de Cess. jur. Tit. 7. Q. 3. a n.º 12., aonde se póde ver a variedade de opiniões e distincções; mas na Rot. post eund. Oleam Dec. 82. n.º 7. com Pont. Civil. Cap. 49. n. 49. Se julgou que: *« dum Cessionarii egerunt ex iuribus cessis non tenebantur litem denuntiare Cedenti »*.

Omitto outros casos menos frequentes, que podem ver-se nos citados DD. porque estes são os mais frequentes. Não devo omitir o caso em que se vende a coisa hypothecada maximé com o pacto de *non alienando*: Pois o Comprador póde prevenir o prejuizo; ou consignando ao Credor a coisa hypothecada, ou pagando-lhe a divida, e tomando o juro para a pagar; maximé protestando ao Vendedor: Veja Rot. in Mantiss. ad Luc. L. 82. de Credit. Decis. 44. et 45.

SECCÃO II.

Da Questão Principal.

Se o demandado tem regresso á Evicção, quando sim chamou o Vendedor a auctoria; mas succumbindo a final acquiesceo á Sentença; incumbindo-se a prova de que ella foi justissima, e não havia fundamento para appellar?

§. 31.

A Nossa Ord. L. 3. T. 45. §. 3., além da Vocação á auctoria; encarrega ao Réo demandado duas obrigações: 1.^a Seguir a demanda fiel e verdadeiramente sem malicia nem engano: 2.^a Appellar da Sentença da primeira instancia. E só cumprindo elle estas obrigações, e sendo vencido lhe faculta depois a acção de Evicção contra o Vendedor, ou qualquer outro, que a ella lhe seja obrigado.

§. 32.

Quanto á primeira das ditas obrigações: Assentão os DD. que o Réo não se satisfaz: Ou 1.^o, se se compromette em Juizes arbitros, a menos que não seja por Lei obrigado ao Compromisso; ou no Contracto não intervesse a clausula = quomodo vel qualitercumque res evicta fuerit = Stryk. us. mod. L. 21. T. 2. §. 10.: Ou 2.^o, quando se sujeitou a Juizo incompetente. Stryk. §. 11.: Ou 3.^o, quando transigio com o Adversario sem esperar a final Sentença, Stryk. Supra §. 12. Conf. Valeron. de Transact. T. 5. Q. 5. n. 38. et 39.

Nota: Quanto á facultade de comprometter, e transaccionar que estes DD. denegão ao Réo demandado, se elle quer ter regresso pela Evicção, se levanta altamente Urceol. de Transact. Q. 42. a n.º 42. demonstrando com muitos DD. e razões em contrario; que se o direito do Agente era claro, ou muito provavel póde o Réo demandado, ou comprometter-se em arbitros, ou transigir com o Agente, reconhecendo a boa fé e a Justiça delle; e tem direito para pela acção de Evicção recuperar o que dá ou dimitte pela transacção; incumbindo-se da prova da Justiça, que tenha o Adversario, sem que por isso encontre as Leis, que lhe mandão seguir a demanda fiel e verdadeiramente, sem malicia nem engano: As razões expostas desde o §. 14. comprovão a resolução de Urceolo; e outras mais se podem ahi vêr: Sendo que no n.º 59. e 60. (segundo a opinião citada acima no §. 20.), só permite neste caso ao Réo repetir o preço e interesse, e não o dobro, ainda que se estipule.

§. 33.

Ou 4.º; quando o Réo omittio oppôr em defeza as Excepções juridicas, que lhe competião, v. gr. a de Prescripção e outras Peremptorias, (ainda que omitisse as Dilatorias): Stryk. Supra §. 14.: Ou 5.º quando ao Demandado he imputavel alguma culpa; como se elegeo hum Advogado imperito, e pouco práctico; se deixou a decisão da demanda no juramento do Adversario, etc. Stryk. S.º §. 24. Vej. Guzman. de Evict. Q. 48. Mangl. de Evict. n.º Q. 199. Ou quando deixou correr a Causa á revelia: Guzman. Q. 39. an.º 23.

Nota: Quando geralmente em qualquer de-

manda, e em que circumstancias se presume collusão, vulgo *Conluio*, entre os dous Litigantes, Veja-se Bagn. Cap. 67. an.º 149., e além dos DD. ahi citados Arouc. na L. 25. de Stat. homin. a n. 37., cujas presumpções são applicaveis ao presente caso, quando o chamado a Auctoria, e depois demandado pela Evicção argue, que o Demandado não seguio a demanda fiel e verdadeiramente, sem malicia nem engano, como a Lei lhe recommenda.

§. 34.

Quanto á segunda das dictas obrigações: Como o deixar de appellar, he presumpção de collusão, quando aliás da Sentença pôde resultar prejuizo de terceiro, Bagn. Cap. 67. n. 155. Urceol. Consult. 37. n. 13. et Cons. 65. n. 35. Por isso a nossa Lei constitue o Demandado na obrigação de appellar da Sentença contra elle proferida: Outras intrinsecas razões desta Lei ficão prenotadas no §. 8. Não basta appellar para satisfazer a Lei; he sim necessario proseguir a Appellação; porque se se julgar deserta he o mesmo como que se não appellasse L. 63. §. 2. ff. de Eviction. Stryk. Supra §. 15. Guzman. de Evict. Q. 12. a n.º 13.

§. 35.

Cessa porém esta obrigação no Comprador: 1.º, quando vê que a Sentença he justissima, e não tem fundamento algum provavel para vencer no Juizo Superior (confirã-se as razões a §. 14.): 2.º, quando o Vendedor está presente ao tempo que se profere a Sentença, porque então o Vendedor, e não o Comprador he obrigado a appellar: 3.º, quando, não estando presente o Vendedor, o Réo demandado o faz citar de novo para que appelle: Bem que qualquer delles pôde appellar; e se o Comprador appellou pri-

meiro, póde o Vendedor assistir-lhe no Juizo da Appellação: E ainda quando o Vendedor appella primeiro, póde o Comprador appellar segunda vez, pelo seu primario e principal interesse: Tudo isto provão Gusman. de Evict. Q. 12. a n. 14. Barboz. in L. 49. ff. de Judic. an. 56. Gomes 2.º Var. Cap. 2. Sub n. 39.

DISSERTAÇÃO II.

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

„ Será obrigado o Actor chamado a lhe compôr a
 „ cousa vencida com seu interesse, ou pagar o pre-
 „ ço, que por ella recebeo, qual o Réo vencido
 „ mais quizer, e

Supplemento ás Segundas Linhas sobre o Processo
 Civil, e Nota dellas 361.

Letra da Ordenação L. 3. T. 45. §. 3.

§. 1.

„ **E** Chamando-o assi, e não vindo o dito actor,
 „ ou não o mandando defender, seguirá o Réo a
 „ demanda fiel e verdadeiramente. E sendo vencido
 „ no juizo principal, e da appellação, *será obrigado*
 „ *o actor chamado a lhe compôr a cousa vencida*
 „ *com seu interesse; ou pagar o preço, que por ella*
 „ *recebeo, qual o Réo vencido mais quizer.* „

§. 2.

*Que he o que determinava o Direito Romano no ca-
 so da Evicção, quanto á obrigação do Vendedor?
 Que he o que determina o novissimo Direito dos
 Francezes?*

Por este Direito Romano tinha o Comprador

vencido acção contra o Vendedor junta e simultaneamente para dous fins (1.º) para conseguir o preço em que se ajustou a compra e venda: * (2.º) para todo o interesse de lucro cessante, e damno emergente, que da Evicção resultou ao Comprador; interesses, em que se comprehendem os que abaixo se exporão no §. 7. De fórma que (3.º) *quatenus* a acção de Evicção tem em vista o preço, sempre tem relação ao do tempo do Contracto; ou seja modico, ou avultado: E *quatenus* tem em vista os interesses, tem relação ao tempo da Evicção; conforme o augmento, e valor, ou decrescencia, que então tinha a coisa vencida: Itá Gusman. de Evict. Q. 55. a n. 1.º Solan. Cogit. 47. n. 25. et 26. Struv. et Mul. Exerc. 27. Thes. 18. Idem Gusman. Cap. 13. a n. 45. Boehmer. ad Pand. Exerc. 61. §. 3. Aliter Domat. L. 1. T. 2. Sect. 10. Art. 12. e seguintes, aonde faz outras distincções diversas.

*: "Idem quoque erit (diz Mul. S.º) in
 „ permutatione, divisione, aliisque contracti-
 „ bus, ubi quidem certum pretium ab initio non
 „ intervenit, quædam tamen Partium æstimatio
 „ intercessit; quod si factum non sit, simplum
 „ erit æstimatio Communis rei, qualis fuerit
 „ tempore Contractus,„ Boehmer. S.º §. 4. om-
 ninó videndus.

O novissimo Cod. Civil dos Francezes no Art. 1630. parece que concede ao Comprador vencido, na Conformidade do Direito commum, a acção conjuncta, e simultaneamente para obter do Comprador tudo o referido; em quanto determinou para essa Nação, ut ibi =

„ Quando a Evicção he promettida, ou quando
 „ nada se tem estipulado a este respeito, se o Com-

„ prador he vencido, elle tem direito de demandar
 „ contra o Vendedor: 1.º, a restituição do preço: 2.º,
 „ a dos fructos, quando elle he obrigado restitui-los
 „ ao proprietario, que o vence: 3.º, as despesas fei-
 „ tas sobre a demanda pelo Comprador, e as feitas
 „ pelo auctor originario: em fim 4.º, os damnos e
 „ interesses, assim como as despesas, e custos do con-
 „ tracto. Quando na época da Evicção a coisa ven-
 „ dida se acha diminuida de valor, ou consideravel-
 „ mente deteriorada, seja pela negligencia do Com-
 „ prador, seja por accidentes de força maior, o Ven-
 „ dedor não he menos obrigado de restituir a totali-
 „ dade do preço. Mas se o Comprador tem tirado
 „ proveito dos damnos ou estragos por elle feitos, o
 „ Vendedor tem direito de reter sobre o preço huma
 „ somma igual a este proveito. Se a coisa vendida
 „ se acha ter augmentado de preço na época da Evic-
 „ ção, independentemente do facto do Comprador, o
 „ Vendedor he obrigado de lhe pagar o que ella va-
 „ le mais sobre o preço da venda. „

§. 3.

Mysterio da nossa Ordenação combinada com estes Direitos.

Bem reflectida a nossa Ordenação não confere ao Comprador vencido acção para obter do Vendedor junta, e simultaneamente tudo o referido no §. 2.; mas só alternativamente, ou o preço estipulado na compra, e venda; ou que lhe componha a coisa vencida com seu interesse; concedendo ao Comprador vencido a eleição de huma destas alternativas, ut ibi = qual o Réo vencido mais quizer. = E por tanto em differença dos Direitos referidos no §. 2.º o.

Comprador vencido só pôde, neste Reino repetir do Vendedor huma das duas cousas, e não tudo juntamente: Parece que a nossa Ord. tem fundamento na L. 1. §. ult. Cod. de Rer. permut., aonde se vê no caso da Evicção dada esta eleição: Conf. Molin. de Just. Disp. 2380. n. vii. Gusman. de Evict. Q. 23. Sub n. 17. Cessando assim no nosso Reino as varias distincções, que fazem os DD. citados no §. 2.º

Em que consiste este mysterio, e o favor (que pa-
ra o comprador) do Comprador na referida eleição?

Bem se expoz (apezar do Direito Romano contrario), Grocio Manduct. ad Jurisprud. Holland. L. 3. Cap. 15. n. 19. et 20. Referido por Voet. ad Pand. L. 21. Tit. 2. n. 16. ibi = Quod si post venditionem ante Evictionem de-
,, creverint pretia rerum venditarum, adeo ut iis dein-
,, ceptis evictis, tanti non videatur Emptoris interesse
,, propter evictionem quantum quidem est in pretio,
,, quod Venditori numeratum est, electionem Empto-
,, ri tribuit Grocius . . . *Utrum pretium, quod em-*
ptionis tempore constitutum fuit; an magis quan-
ti sua interest, repetere malit; quod tamen mi-
,, nus respondet iis quæ a Papiniano tradita in L. 66.
,, §. ult. ff. de Evict.; uti et à Paulo in L. 70. ff.
,, eod. tit.; denique et ab Africano in L. 45. ff. de
,, Action. empt.; (et iis, quæ Domat. L. 1. Tit.
,, 2. Sect. 10. art. 12., 13., 14., et DD. citat. §. 2.)

Nota: Com effeito se na nossa Ord. não houvesse esta especialidade mysteriosa, e o sys-
tema, que parecêo justo ao grande Grotio, de-

veríamos seguir geralmente que “Si res in bo-
 ,, nitate intrinseca mutetur, et deterior, aut me-
 ,, lior fiat, ut pretium illius tempore Evictionis,
 ,, vel auctius, vel minus sit, id, quod interest
 ,, ad æstimationem, qualis tempore Evictionis
 ,, fuit, æstimandum est. etc. Muler ad Struv.
 Exerc. 27. Thes. 19. pag. 191. Col. 1. Conf.
 Gurm. de Evict. Q. 55. n. 4. ibi = patitur di-
 minutionem, vel augmentum prout res empta vel
 melior vel deterior facta reperiebatur tempore
 Evictionis, etc. Solan. Cog. 47. in. 25. et 26.
 De forma que (segundo o mesmó Direito), se
 a cousa vendida está ao tempo da Evicção dimi-
 nuta em valor, ou por caso fortuito, ou pelas vi-
 cissitudes do tempo, não póde o Comprador ven-
 cido recobrar do Vendedor (além dos interesses)
 mais que esse valor diminuto do tempo da evic-
 ção, e não o preço da venda, nem o maior va-
 lor do tempo do contracto *Domat. Supra.*

§. 5.

*Consequente necessário, que deve praticar-se neste
 Reino.*

Ou pois o Comprador vencido ha de repetir do
 Vendedor tão sómente o preço, que o Vendedor re-
 cebeo pela cousa vendida: Ou tão sómente ha de exi-
 gir o seu valor ao tempo da Evicção com interesse
 de lucro cessante, e damno emergente; mas não tudo
 juntamente como se deduz claramente da nossa Or-
 denação, e do systema Grociano; porque nos reme-
 dios alternativos, de que a eleição se concede ao Cré-
 dor, só póde eleger hum delles; e eleito hum não
 tem regresso a outro.

§. 6.

Quid, Se Comprador Vencido elege repetir o preço da compra?

He bem racionavel a disposição do novo Cod. Civ da França Art. 1632. que "Se o Comprador ,, tem tirado proveito dos damnos e estragos por elle ,, feitos, o Vendedor tem direito de reter sobre o preço humo somma igual a este proveito.,, E se os damnos ou diminuição do valor forão casuaes, então use o Comprador vencido de humo das alternativas da Ordenação.

§. 7.

Se o Comprador elege demandar o Vendedor para que lhe componha a cousa vencida com seu interesse: Em que deva elle consistir?

N.º 1. Regra geral = *Interesse nomine tantum*,
 ,, *venit quantum propter evictionem emptori abfuit,*
 ,, *quantumve lucrari potuisset* = Ita Silv. ad Ord.
 L. 3. T. 45. §. 2. n. 15. Conf. Gusman. de Evict.
 Q. 13. n. 45. et 46. ibi = *Obligatus de evictione*
 ,, *tenetur ad damna, et interesse...* *Hujusmodi*
 ,, *damnum et interesse taxatur ad idem quod percipisset*
 ,, *passus evictionem ex re evicta, si evicta non fuisset,*
 ,, *etc.* Brunneinan. in L. 9. Cod. de Evict. n. 2. ibi = *Aget Emptor contra venditorem*
 ,, *ad interesse quanti intersit rem alienam sibi non esse venditam,*
 ,, *nec evictam,* etc. Regra deduzida da L. 60. da L. 70. ff. de Evict.; e da L. 9., 17. e 23. Cod. eod. tit Mul. ad Struv. Exerc. 27. Sub thes. 18. ibi = *Interesse nihil aliud est, quam quod Emptori propter rem evictam abest, et potuit is lu-*

„*crari*, etc. Boehmer. ad Pand. Exerc. 61. §. 3.
omninó videndus.

N. 2. Consequentemente 1.º, Se a coisa vendida se acha ter augmentado de preço na época da Evicção, e mesmo independentemente do facto do Comprador, o Vendedor he obrigado de lhe pagar o que ella vale de mais sobre o preço da venda., Cod. Civ. da França, Art. 1633. Muler ad Struv. Exerc. 17. thes. 19. in fin., Peg. tom. 15. ad Ord. L. 3. T. 45. n. 18. ibi = Et quanti plurimi tempore evictionis res valuerit, etc. Gusman. de Evict. Q. 13. n. 69. ibi = Et quanti plurimi tempore evictionis valuerit, quam fuerit empta, etc.

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

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

N. 5. Consequentemente 4.º, he o Vendedor responsavel ao Comprador por todos os rendimentos em que este ficou condemnado, e pagou ao Vendedor: Gusman. de Evict. Q. 13. n. 69. Peg. tom. 15.

ad Ord. L. 3. T. 45. Sub. n. 18. Cod. Civ. da França Art. 1630. §. 2., Idem Peg. Sub. n. 49. et Sub. n. 57. aonde duas vezes o refere julgado.

N. 6. Consequentemente 5.º, deve o Vendedor satisfazer ao Comprador a siza e laudemio que elle pagou, pela compra da cousa vencida, Guzman. de Evict. Q. 13. n. 47. Peg. Supra Sub. n. 22., et Sub. n. 49. et Sub. n. 57. Cod. Civ. da França d.º Art. 1630.

N. 7. Consequentemente 6.º, deve o Vendedor satisfazer ao Comprador as custas que este fez na demanda, e que pagou ao Vendedor, Cod. Civ. da França Supra; Guzman. de Evict. Q. 13. a n.º 68. Brunneinan. na L. 9. Cod. de Evict. Silv. ad Ord. L. 3. T. 45. §. 2. n. 16. Struv. et Mul. Exerc. 17. thes. 18. Peg. tom. 15. ad Ord. L. 3. T. 45. Sub. n. 16., Sub. n. 18. et Sub. n. 49. et Sub. n. 57. Voet. ad Pand. L. 21. Tit. 2. n. 25.

Nota: Estas custas consideradas no presente como damnos e int resses (§. 7. n. 1.) comprehendem não só as contadas nos autos, mas todas as mais extraordinarias, como são diarios e alimentos das ditas, sallarios de Agentes, Letrados, Procuradores, etc. Viaticos e despezas da Parte, e damnos que experimentou no seu officio, ou artificio: Mas não os damnos extrinsecos, como se indo tractar da demanda fosse roubado. Se por desamparo lhe morrêrão os gados, etc., veção-se Fontanell. Decis. 95., e Ansalde de Commerc. Discurs. 64. Ferreir. de Nov. oper. L. 5. Disc. 10. a n. 8. *quidquid sit* em outros casos, em que na condemnação das Custas só se entendem as dos autos, quando não ha expressa condemnação das pessoas, e das extraordinarias: Peg.

de Interd. v. a n. 641. Com effeito neste Reino, e em Peg. tom. 15. ad Ord. L. 3. Tit. 45. n. 49. no fim se vê julgado, que no presente caso, o Vendedor devia ao Comprador vencido, não só as custas dos autos contadas, mas as meudas, que se não contarão: A regra geral acerca exposta no n. 1. he apia a comprehendê-las. Veja-se no ad rem Guzman. de Evict. q. 13. tot. S. porém o Comprador vence a demanda, não pode repetir custas algumas do Vendedor, (quidquid dicitur cant alii) como largamente convenceo Voet. ad Pand. L. 21. T. 2. Sub. n. 25. Struv. et Muller. Exerc. 27. thes. 18. Stryk. Us. mod. Pand. L. 21. T. 2. §. 49. Perez. in Cod. Tit. de Evict. n. 31. Brunneman. in L. 51. ff. de Evict. n. 3. Sô siu havendo pacto expresso entre o Vendedor e Comprador, em que aquelle se obrigasse a todas as custas das demandas, ainda que o Comprador as vencesse, Voet. S. Guzman. de Evict. Q. 13. a n. 9. Estas custas e despezas são provaveis por juramento do Vencido, Ansaldo. S. n. 7. Guerr. in. fr. 4. L. 5. Cap. 3. a n. 65.

N. 8. Consequentemente (7.) deve o Vendedor satisfazer ao Réo vencido as despezas e salarios da Escripura da Compra, e as mais respectivas do Contracto, Cod. Civ. da Franca ditto Art. 1630. e assim se vê julgado em Peg. tom. 15. ad Ord. L. 3. T. 45. n. 22. no fim, n. 49. no fim, n. 57. no fim.

N. 9. Consequentemente (8.) deve o Vendedor satisfazer ao Vencido as benemeritas, quando oppondo-as o Vencido, e pedindo por causa dellas retenção em quanto elle não fossent pagas pelo Vendedor, heo não forão attendidas; aliter se culpadamente deixou as oppor, para elle serem restituídas pelo Vendedor;

porque então não pôde repeti-las do Vendedor. Esta he a commua distincção dos DD. Voet. ad Pand. L. 22. Tit. 2. n. 25. Struv. Exerc. 27. thes. 18. Solan. Cog. 48., desde fo n. 24. até 29. Brunneman. na L. 9. Cod. de Evict. Gusman. de Evict. Q. 13. a n. 40., Garcia de Expens. Cap. 7. n. 14.: Só sim, ainda que o Vencido deixe de oppôr as bemfeitorias, pôde repeti-las do Vendedor em dois casos: 1.º) quando o Comprador vencido não as oppôs, per ter sido privado da posse, sem culpa sua: 2.º) Se o Vendedor lhe vendeo com má fé a cousa que sabia ser alheia; Gusman. S.º n. 40. *¶ Limita hæc* = Garcia de Expens. Cap. 7. a n. 15. Brunneman. Supra n. 4. 5. 6. Muler ad Struv. Exerc. 27. thes. 18. pag. 89. col. 2. in fin. (Veja-se Boehmer infra onde declara melhor que todos este Consectario).

Comprovação de tudo o exposto.

N. 10. Compendiariamente prova Boehmer. ad Pand. Exerc. 61. §. 3. quasi tudo o exposto, ut ibi =
 „ Notum est enim Evictionis præstationem in
 „ duobus consistere: 1.º, in petitione pretii soluti:
 „ Et 2.º, ejus, quod propterea Emptoris interest rem
 „ empram haud esse evictam L. 43. in fin. de Act.
 „ empt. L. 60. ff. L. 9. 23., 29. Cod. de Evict.
 „ L. 70. ff. eod. tit. . . Illud *quod interest* plenam,
 „ et omnimodam designat indemnitatem emptori me-
 „ rito eo nomine, quod res sit evicta, faciendam; et
 „ ita necessario comprehendit omne lucrum cessans,
 „ et damnum emergens; hoc est (1) sumptus litis,
 „ quos emptor ob litem de proprietate institutam fe-
 „ cit, utpote quos necessario facere debuit, quod
 „ alioquin absque lite plenè peracta, ad evictionis
 „ præstationem agere non potuisset, L. 102., de Verb.

obligat. (2) Persecutionem eorum, quæ in rem
 emptam ab emptore, ut melior fierit, erogata sunt,
 quæque Reus à Vindicante servare non potuit, L.
 I. Cod. de Evict., neque enim bonæ fidei posses-
 sor, omnes sumptus utiles indistinctè recipit ab
 Evincente, sed habita ratione et Evincentis et sum-
 ptuum, L. 3. L. 48. ff. de Reivend. (3) Usuras
 post Evictionem realem intuitu pretii præstandas,
 L. 18. ff. de Evict. (4) Accessiones quarum dis-
 pendium fecit, L. 8. L. 16. ff. de Evict. (5) Lu-
 crum quod facta evictione amisit, atque in re ipsa
 radicatam fuit, utpotè si pretium rei evictæ inte-
 rim insigne incrementum cepit, ut Emptor ea non
 evicta, illum longe pluris, quam emerat, vendere
 potuisset, L. 33. ff. eod. tit.: Ponamus fundum
 Evictum pro 200000; præstatio Evictionis ad hæc
 reducenda capita

1.º, Ad ipsum pretium	200000
2.º, Usuras a tempore Evictionis per quinquennium quo actio empti duravit præstandas	50000
3.º, Pretii augmentum, quod interim crevit	60000
4.º, Expensas litis	280
5.º, Sumptus utiles quos amisit	10500
6.º, Redditus, quos solvit Evincenti	60000

N. 11. Eis-aqui o que no sentido da nossa Ord.
 (quando se não usa da alternativa de repetir só o pre-
 ço da compra) he *compor a cousa vencida com o seu
 interesse*: Tudo o exposto neste §. 7. se compre-
 hende n'estas mysteriosas palavras: He bem claro,
 que ou só se ha de pedir o preço da compra, ou só
 que o Vendedor componha a cousa vencida com seu

interesse. Se se elege esta segunda parte da alternativa, inclue em si o maior valor da coisa ao tempo da Evicção, e esse total valor; e viria a ser hum como contradictorio pedir este valor, e juntamente o preço da coisa ajustado no contracto. Valendo a coisa mais que o preço do contracto, e pedindo-se ao Vendedor esse maior valor da coisa, vem a ficar incluído o preço. Se se pede o preço, póde ser compativel segundo a expressão do Cod. Civ. da França Art. 1633 pedir ao Vendedor o preço, e o que a coisa de mais vale sobre o preço da venda; mas isto coincide no mesmo; que pedir o interesse conforme o valor da coisa ao tempo da Evicção: *noni augiani mii*

He mais interessante (e he ainda para não encontrar a alternativa da Ord.) pedir com as palavras della, (sent. pedir o preço da compra) que o Vendedor seja obrigado a comprar a coisa vencida com seu interesse; e passar a liquidallo na fórma exposta pedindo de 1.º o valor da coisa ao tempo da Evicção, e allegando formalmente o mesmo valor nesse tempo: 2.º, a siza; laudemios, e custos da escriptura: 3.º, os rendimentos que o Vencido pagou ao Vencedor, reduzindo-os a quantia certa: 4.º, as custas contadas que tambem lhe pagou, e as mais despesas que o Reo fez na causa, allegando-as especificamente, mostrando-as verosimeis, provando-as ainda que só em substancia, e requerendo juramento sobre a quantidade: 5.º, as bemfeitorias que se não podessem repetir do Vencedor: 6.º, os outros danos se os houver, etc. Se porém tudo isto não equivaler ao preço da compra, então será mais util usar da outra alternativa da Lei; mas sem mais mistura de interesses, perdidas, e danos; porque a Lei não soffre que o vencido confunda o que só alternativamente (e por favor § 4.) lhe conceda; talvez para o caso que o preço da

compra seja superior a todos esses interesses que podessem julgar-se. Muitos, e Sabios tenho visto que errão os taes libellos de Evicção, confundindo, contra o espirito da Lei, o que ella só disjuncta, e alternativamente lhe permite pedir do Vendedor.

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

§. 8.

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

N. 1. "Se o Comprador não he vencido mais, que de huma parte da coisa, e ella seja de tal consequencia, relativamente ao todo, que o Comprador não teria adquirido o todo sem a parte de que elle he vencido, elle póde fazer dissolver a venda. Esta couclusão succosa he do Cod. Civil. da

França art. 1636.: Para bem se comprehender consultem-se Cocey Jus Controv. L. 21. Tit. 2. Q. 16. Stryk. us. mod. L. 21. T. 2. §. 28. Struv. et Mul. Exerc. 27. thes. 21 Guzman. de Evict. Q. 45. Voet. ad Pand. L. 21. Tit. 2. a n. 15.: E em todos os casos, em que procede esta conclusão, he praticável o exposto no §. 7. para a indemnisação do Comprador: Veja-se admiravelmente Larrea Decis. 62. Hermosilh. L. 32. tit. 5. partit. 5. a n. 143.

N. 2. "Se no caso da Evicção de huma parte do fundo vendido, a venda não he totalmente resiliada; o valor da parte, de que o Comprador se acha vencido, lhe deve ser embolsado *segundo a estimacão* na época da Evicção, e não proporcionalmente ao preço total da venda; seja que a coisa vendida tenha augmentado, ou diminuido de valor," Cod. Civ. da França Art. 1637.

Nota: Este caso foi omisso na nossa Ordenação: Ella só decidio o caso de ser vencida toda a coisa vendida. Huma Legislação tão sábia, como a do moderno Codigo Civil da França (exceptuo-a no que determina quanto aos divorcios) nos póde e deve ser subsidiaria pela L. de 18 de Agosto de 1769: Muito mais sendo nesta parte fundada na mais sem razão: Porque hum predio comprado no seu todo por hum preço relativo ao todo, vale mais do que dividido em partes, e cada parte fica valendo em si relativamente ao todo menos, e muito menos, *Plus valet pars in toto quam si separatim distrahatur*, Hermosilh. L. 56. tit. 5. part. 5. gloss. 6. n. 92. "*Res in suo toto plus valet, quam pars in sua parte; et res non affert tantam utilitatem in parte, quantam in toto respe-*

„*ctu totius.* „ Idem Hermosilh. gloss. I. L. 32. tit. 5. part. 5. n. 158. Por isto he que o dito Código não manda regular a Evicção com respeito e proporção ao preço total da venda; mas segundo a estimação que o predio tem na época da Evicção, seja que a coisa vendida tenha augmentado ou diminuido o valor: Parece que teve em vista a doutrina do citado Hermosilh. n. 150. em quanto diz = *Si fundus venditus fuit pro mille, et quarta pars illius evincatur, quæ pro sui bonitate valeret medietatem istorum mille; Evictionis actio datur pro dimidia istorum mille, non pro quarta parte, quia non attenditur mensura, sed bonitas fundi, etc.* Conf. Guzman. de Evict. Q. 45. n. 25. Gratian. for. Cap. 787. n. 10. et 11. Larrea Decis. 72. n. 5. et 7. Não fazer a Lei da França differença entre o augmento, ou diminuição da coisa ao tempo da Evicção, não he menos fundado em razão; porque como neste caso he impraticavel respeitar-se o preço da venda, que teve as vistas no todo unido; e deve ratear-se segundo a estimação da coisa na época da Evicção; ficamos na regra geral, de qua Muler ad Struv. Exerc. 27. thes. 19. Let. „ *Si res in bonitate intrinseca mutetur, et deterior, au melior fiat, ut pretium illius tempore evictionis vel auctius, vel minus sit, id quod interest ad æstimationem, qualis tempore evictionis fuit æstimandum est, etc.* Isto cessa, quando muitas cousas são vendidas por preços diversos; ou por hum preço distribuido por muitas cousas; porque em tal caso se reputão tantas as vendas diversas, quantas as cousas com preços respectivos; e vendida huma não se tem respeito ás

mais: Hermosilh. Supra n. 185. et 186. pag. (mihi) 584.: Bem entendido, que além da indemnisação proporcional ao valor do todo, e não ao rateio do preço, deve o Comprador ser indemnizado dos mais lucros cessantes, e danos emergentes referidos no §. 7.

§. 9.

Quid; quando hunc Terceiro vindicabit hunc servitium a quo est affecto o predio vendido; como se debeat indemnizar o Comprador?

N. 1. " Se a herdade vendida se acha gravada com servidões não apparentes, sem que o Vendedor tenha feito declaração dellas, e ellas sejam de tal importancia, que seja presumivel, que o Comprador não teria comprado, se elle tivesse sido instruido das taes servidões; elle poderá demandar a resolução do contracto, se antes não quer satisfazer-se exigindo a indemnidade. He outra determinação do Cod Civil. da França Art. 1638. Para bem se entender, devem consultar-se Hermosilh. na L. 63. tit. 5. part. 5. gloss. 1. Guzman. de Evict. Q. 54. Molin. de Just. Disp. 380. Larrea Decis. 71. n. 14. Voet. ad Pand. L. 21. T. 2. Sub. n. 16., os quaes fazem diversas distincções, que essencialmente comprehendeo o dito novo Codigo: Se bem que em contrario o citado Voet. attesta pelos costumes da Hollanda que "quoties servitutes, aliaque jura similia evincuntur, utcumque nominatim dictum fuerit, res illis oneribus non esse obnoxias, vel servitutes rebus emptis esse debitas, ad id quod interest emptor agat, venditionis contractu in suo vigore persistente. " Conf. Struy. et Mul. Exerc. 21. thes. 20.

N. 2. No caso pois em que o Comprador ou não possa ou não quera retilir da compra, e só recorrer á indemnisação, só deve ser indemnizado por quanto menos elle verosimilmente compraria se previsse, ou se lhe declarasse ser o predio sujeito á tal servidão, como se póde ver nos DD. citados. Quanto menos valle qualquer predio por causa da servidão passiva; não póde firmar-se com regras certas: Hum Estatuto de Mantua referido por Gob. de Aq. Q. 17. manda estimar o valor da terra occupada em dobro: Outro de Milão referido por Pecch. de Servit. Cap. 9. Q. 36. Sub. n. 200. manda estimar a terra occupada; e pagar a quarta parte de mais além da sua estimação; e sobre isto o damno que a servidão (trata da que se pertende constituir) ha. de causar arbitrado por homens bons: O Cod. de Sardenh. L. 5. T. 19. §. 6. e 7. manda pagar mais a oitava parte do valor da terra occupada com a servidão; e sobre isto os danos e interesses que resultarem ao predio serviente. Estas Legislações tratão da servidão que o vizinho deve soffrer pelo seu predio em favor do vizinho por huma venda coacta; e não regulão a fórma de arbitrar os danos. Só pois podem arbitrar-se por homens bons, e ao proposito; o quanto menos vale o predio vendido por causa da servidão: Segundo a commum estimação: Veja-se a minha Analyse do Alvará de 1804 na Coll. de Dissertações anónimas impressa em Lisboa na Officina Lacerdina.

§. 10.

Quid; se vendida a coisa como allodial se vence depois ser emphyteutica, ou censuaria? Como se deva indemnisar o Comprador?

N. 1. Debaixo da commum distincção que tem lugar a Evicção quando o Vendedor, sabendo o onus do emphyteuse ou censo a que he affecto o predio vendido, o não declara ao Comprador; e que só tem lugar a acção *quanto minoris*, quando o Vendedor o ignorava, Guzman de Evict. Q. 23. a n. 40. Hermosilh. L. 63. tit. 5. part. 5. gloss. 1. a n. 6. juncto n. 17. Urceol. de Transact. Q. 42. tot.

N. 2. Debaixo digo desta distincção: Se o Comprador propõe neste caso a acção *quanto minoris*; como deva estimar-se esse onus emphyteutico ou censuario? Veja-se o Desembargador Vicente Ferreira da Costa Cardozo na Memoria sobre a avaliação dos bens de Prazo; e o meu Tractado das avaliações de tudo o que he estimavel, etc.

§. 11.

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

He notavel o muito que os DD. tem disputado sobre a intelligencia da L. 11. §. 18. ff. de Act. empt.: Huns deduzem della a conclusão, que por mais que o Vendedor estipule que não ficará obrigado á Evicção, sempre o fica quanto ao preço recebido; e só fica livre da indemnisação dos lucros e damnos expostos no §. 7. Outros DD. fazem diver-

sas distincções, que podem vêr-se em Guzman. de Evict. Q. 43 : O grande Boehmer. ad Pandect. Exerc. 61. analysando fundamentalmente a dita Lei defendeo a Justiça deste pacto contra os erros communs, ainda mesmo para, intervindo o mesmo pacto, ficar o Vendedor tambem livre de repôr o preço no caso da Evicção : Seu filho Jeorge Luiz Boehmero no Prefacio ao Tomo 4.º das Exercitações do Pai, o defendeo ainda mais magistralmente contra os Adversarios. Estas Dissertações me dispensão de referir os DD. por huma e outra parte; e os nossos Reinicolás Mend. P. 1. L. 4. Cap. 8. n. 9. Cald. de Empt. Cap. 31. n. 113. Silv. ad Ord. L. 3. T. 45. §. 2. n. 8. et §. 3. n. 3. adde Stryk. us. mod. L. 21. T. 2. §. 49. (aonde accrescenta que não tem effeito algum tal pacto sendo de má fé o Vendedor) et de Cautell. Contract. Sect. 2. Cap. 8. §. 47. Veja-se etiam Voet. ad Pand. L. 21. T. 2. n. 31.

N. 2. No meio destas opiniões eis-aqui o que seguiu agora o Cod. Civ. da França Art. 1627, 1628, e 1629, ibi =

„ As partes podem, por convenções particulares,
 „ ajuntar a esta obrigação de Direito, ou diminuir-
 „ lhe o effeito; elles podem mesmo convencionar;
 „ que o Vendedor não será sujeito a alguma Evicção.

„ Ainda que se diga que o Vendedor não será
 „ sujeito a alguma Evicção, elle fica sempre obriga-
 „ do áquella que resulta do facto, que lhe he pessoal:
 „ Toda a convenção contraria he nulla.

„ No mesmo caso da estipulação *de não prestar*
 „ a Evicção; o Vendedor no caso da Evicção he
 „ obrigado á restituição do preço; *a menos que o*
 „ Comprador não tenha conhecido ao tempo da venda
 „ o perigo da Evicção; ou que elle não tenha com-
 „ prado a seu perigo e risco.

Nota: Quem ler as citadas Dissertações dos Boehmeros Pai e Filho observará, que os Jurisconsultos Francezes, encarregados da disposição do novo Codigo Civil, as tiverão em vista nos transcriptos artigos: Seguio a regra geral da L. II. §. 18. ff. de Act. Empt.: Más as limitações 1.^a *a menos que o Comprador não tenha conhecido ao tempo da venda o perigo da Evicção: 2.^a, ou que lhe não tenha comprado a seu perigo, e risco* = Estas limitações, digo, são fundadas em Boehmero Pai d. Diss. 61. §. 22. Com Boehmero filho no §. 21. da Dissertação, em que defendeo o Pai, ut ibi =

Observat porro B. Parens in citat. Dissert. §. 22. in tacito pacto remissorio, veluti, si Emptor sciens alienum quid emit, idem intelligi, ut ne ad preium quidem repetendum ulla actio supersit L. 27. Cod. de Evict., cum Ejusmodi emptor evictionis periculo sese subjecisse videatur Emptor sciens rem alienam, vel alteri obligatam comparans, incertum quid intuitu evictionis iminentis (quæ tamen etiam ex negligentia veri domini deficere potest) revera emit, cum res semper evictionis periculo subiaceat; ideoque ille in ea causa sit, ut quasi jactum retis a piscatore emisse videatur. In spei emptionibus verò cum evictionis præstatio exulet L. 8. §. 1. ff. de Contr. empt.; non mirum est in hoc quoque casu nullam ad evictionem præstandam competere actionem; præsertim cum res evictioni obnoxia ut plurimum minori et levissimo pretio comparetur, ob susceptum evictionis iminentis periculum L. 39. ff. de Action. empt., Por isto he que o dito Codigo limitou a regra

da L. II. §. II. ff. de Act. empt. no caso que o Comprador tenha conhecido o perigo da Evicção no tempo da venda; e no caso, que (conhecendo-o) comprou a esperança (como hum lanço de rede) a seu perigo e risco; assentando justamente que nestas circumstancias cessa a regra; e que, acontecendo a Evicção, nem ainda o preço deve o Vendedor restituir ao Comprador, porque só comprou o Direito eventual, e se expoz ao perigo e risco, ainda que nada lucrasse; e por isso he que renunciou a Evicção por pacto analogo á natureza de huma tal compra, etc.

DISSERTAÇÃO III.

Analyse da Ord. L. 3. T. 45. §. 5. junta a Ord. L. 5. T. 60. §. 5., e T. 62. §. 2.: E uso pratico d'ella novamente excogitado; e

Supplemento ás segundas Linhas Nota 361. no fim.

Letra da Lei L. 3. T. 45. §. 5.

§. 1.

„ **S** Alvo se o Comprador era sabedor, que a cou-
 „ sa era alhêa; porque em tal caso não será obriga-
 „ do o Vendedor a lha compôr, nem até tornar o
 „ preço. Porém o tal preço se perderá para os Ca-
 „ ptivos, sendo o Vendedor disso mesmo sabedor ao
 „ tempo da venda, que a cousa era alhêa. „ Concord-
 „ da a Ord. L. 5. T. 65. §. 2. e T. 60. §. 5.

§. 2.

Leis Romanas, que parece serem as suas fontes em partes.

Tal he a Lei 27. Cod. de Evict. ibi = Si fun-
 „ dum sciens alienum „ vel obligatum comparavit Athe-
 „ nocles, neque quidquam de Evictione convenit,
 „ quod ex nomine dedit, contra Juris poscit ratio-
 „ nem. „ Concorda a Lei 7. Cod. Commun. utriusq.
 „ judic. ibi = „ Nam si fundi, scientes obligationem
 „ dominium suscepistis: tantum evictionis promissio

„nem solemnitate verborum, vel pacto promissam
 „probantes, eos conveniendi facultatem habebitis. „
 He semelhante a L. 1. Cod. de Prescript. 30, vel 40.
 annor., a L. Si a matre 13. Cod. de Jur. Dot. e a L.
 penult., et ult. Cod. de Rescind. Vendit.

§. 3.

*Que omitto, e que accrescentou a nossa Ord, menos
 ou mais, que as que são as suas fontes.*

Omitto a nossa Ord. L. 3. T. 45. §. 5. a excepção, que era expressa no contexto das suas fontes, como na L. 27. Cod. de Evict. ibi = *Neque quidquam de Evictione convenit.* = E na L. 7. Cod. Commun. utriusque Jur. ibi = *tantum evictionis promissionem* probantes conveniendi facultatem habentis. = Se bem que parece, que esta estipulação lá lembrou ao nosso Legislador, e a permittio, e approvou no §. 3. nas palavras = E assi será obrigado a compôr-lhe o dobro, quando assim o promettêo em algum contracto conforme ao que no contracto se concertarão., E quando queira entender se, que este §. 3.º suppõe o caso, em que o Comprador de boa fé estipula o dobro, ou a simples Evicção, nem a generalidade da Ord. permite tal intelligenza, nem já mais estipula tal Evicção aquelle, que não teme ser alhêa, ou duvidosa a cousa, que compra. Não he elle permittido por Direito affiançar a Evicção? Veja-se Guzman. de Evict. Q. 2. a n. 64. et Q. 3.: E que indica pedir o Comprador a licita fiança, e dar-se na desconfiança de poder ser alhêa a cousa vendida?

§. 4. *Et accrescentou o dito §. 5. a pena de perdimen-*

to do preço para os Captivos quando o Vendedor, e Comprador tiverão sciencia de ser alhêa a cousa comprada, e vendida; pena, ou qualquer outra, que se não vê comminada nas ditas Leis Romanas, que forão as suas fontes. E acrescentou a perda do preço que segundo a intelligencia de Voet. infra Sub. §. 8. se não comprehendia na dita Lei 27. de Evict.

§. 5.

Razões das Leis Romanas, e da nossa Ord. na parte, em que com ellas se conformou.

Muitas geradas nos seus cerebros, e não expressas nas dictas Leis excogitarão, e exhibirão os DD., quaes são: 1.^a, que o Comprador sciente ser alhêa a cousa que comprava, e não estipulando a Evicção, quiz doar o preço ao Vendedor: 2.^a, que o Vendedor não cometteo injuria, nem dolo ao Comprador sciente, e consensiente: 3.^a, que os beneficios, e favores legaes se não conferem aos dolosos: 4.^a, que o que compra a cousa alhêa *scienter* commette furto, e calumnia; e por isso não póde hum tal contracto, em que recahe na propria torpeza, produzir-lhe acção: 5.^a, que cooperando o Vendedor, e Comprador para huma torpeza, qual a de vender, e comprar a cousa alhêa, procede a regra, que *in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*: Razões, que fundadas em principios geraes idêarão, e exhibirão os DD. abaixo citados: outra nova, e mais subtil excogitou melhor Boehmer. filho no Prefac. do 4.^o Volum. das Exercitações do Pai §. 21.: Scilicet 1.^o, que esta compra he de hum *incertum quid intuitu Evictio- nis eminentis*, e talvez 2.^o, por preço menor, e por isso cessa a Evicção do preço ex L. 8. §. 1. ff. de

contr. empt. L. 39. ff. de act. empt. Outra razão dá Boehmer. Pai Exerc. 61. §. 22. = *qui scienter rem alienam emens periculo evictionis simpliciter sese subjecisse videtur*; etc. Este parece o systema do Cod. Civ. da França art. 1630.

§. 6. *Commum opinião dos DD: Estrangeiros e Reimicolas, segundo a letra, e generalidades destas Leis.*

Com effeito: Que o Comprador, que sabendo ser alhêa a cousa comprada, e effectivamente a compra, não tem regresso a Evicção, nem ainda pelo preço, quando expressamente a não estipula, seguem, e defendem Coccey Jus Controv. L. 21. T. 2. Q. 4. Stryk. Us. mod. L. 21. T. 2. §. 37. Cald. de Emption. Cap. 11. n. 6. et Cap. 31. a n. 105. Guzman. de Evict. Q. 46. Hermosilh. in L. 14. Tit. 5. Part. 15. gloss. 3. a n. 1., aonde refere outros innumeraveis, Flor. ad Gam. Dec. 20. Pereir. de Manu Reg. Cap. 32. n. 23. Arouc. Alleg. 53. Struv. et Mul. Exercit. 27. thes. 34. Brunneman na L. 27. Cod. de Evict.

Nota: Limitão porém esta opinião segundo o Direito Romano quando houve huma formal, e expressa estipulação da Evicção; não bastando, que o Vendedor geralmente se obrigue por sua pessoa, e bens a fazer a venda segura ao Comprador. Boehmer. ad Pand. Exerc. 61. §. 22.

§. 7.

Opinião opposta ao rigor das Leis Romanas referidas, e suas razões, com que ao mesmo tempo se confutão as contrarias.

Eis-aqui o que em contrario discorre Voet. ad Pand. L. 21. Tit. 2. n.º 32. “Qua occasione generalius adnotandum, eum, qui sciens emit rem alienam, nullam quidem de Evictione actionem habere ad id quod interest, si non specialiter sibi de Evictione caveri curavit. L. 7. Cod. Commun. utriusque Judic. L. 27. Cod. de Evict. L. 4. §. 15. ff. de dol. mal. et met. except. Verumtamen scientiam alienæ rei in Emptore non impedire quominus, Evictione secuta, pretium, quod dedit, recuperet; cum iniquum sit Venditorem cum detrimento Emptoris locupletari, arg. L. ult. §. ult. Cod. Commun. de Legat. Novell. 7. Cap. 5. in pr. et §. 2. L. 1. Cod. si vendit. pign. agat. Zoz. ad Pand. Tit. de Evict. n.º 19. Perez in Cod. T. de Evict. n. 25. Caballin. de Evict. §. 5. n. 32. „

„ Si enim is, qui rem Ecclesiasticam alienari per leges vetitam sciens emit, aut ex permutatione accepit ab œconomio pretium, ab œconomio recuperare possit. Si is qui sciens rem restitutioni obnoxiam, atque ita a testatore alienari prohibitam, sciens emit, ablata re, pretium a venditore jure reposcat. Si denique pignoris emptor qui in præjuditium debitoris cum creditore collusit dolo malo pretium recipiat, ubi res ei in subsidium aufertur, secundum leges dictas: ratio non est, cur non æque, imo longe magis, is qui sciens rem alienam comparavit, eadem evicta, pretio haberet repetitionem: præsertim si consideres peccare eos, qui rem

,, ecclesiæ, aut fideicommisso obnoxiam sibi acquire-
 ,, re student, et pœna dignos esse; non peccare qui
 ,, rem alienam emunt, in quantum rei alienæ distra-
 ,, ctio de Jure valet. L. 28. ff. de Contrah. emption.
 ,, Quam etiam puto rationem esse, cur is qui sciens
 ,, rem alienam emit, efficaciter curare possit sibi de
 ,, Evictione caveri juxta L. 7. Cod. Commun. utrius-
 ,, que Judic. L. 27. Cod. de Evictione L. 4. §. 5.
 ,, ff. de Dol. mal. et met. except. nihil tale ex adver-
 ,, so possit, sed non obstante dupla stipulatione, sci-
 ,, lo teneatur pretio recepto contentus esse, qui sciens
 ,, emit rem tertio ex fidei commissi causa restituen-
 ,, dam, d. L. ult. §. ult. Cod. Commun. de Legat.

Continúa Voet. confutando as objecções contra-
 rias, ut ibi "Non enim obstat. L. 27. Cod. de Evi-
 ,, ct., cum illic non de pretio soluto, sed de litis im-
 ,, pensis répetendis quæstio sit, nam verba = *quod*
 ,, *eo nomine dedit* = ad id quod Evictionis nomine
 ,, datum est, pertinent. At Evictionis nomine non
 ,, pretium, sed litis impensæ datæ sunt; quas et ideo
 ,, Emptor tanquam temerarius litigator, ac non ob-
 ,, stante rei alienæ conscientia contradictor existens,
 ,, ferre debuit. Pretium certé non Evictionis, sed em-
 ,, ptionis intuitu datum fuit antequam ulla Emptori
 ,, lis cæpit moveri, imo licet nunquam Evictio se-
 ,, quatur, tamen pretii datio est, atque ita extra
 ,, omne dubium Evictionis nomine pretium haud da-
 ,, ri."

,, Longe minus puto pro hac Dissidentium
 ,, opinione facit L. penult. et ult. Cod. de rescind.
 ,, vendit. Mulctantur enim illic Emptores scientes
 ,, pretio, quia emerunt lege, propter utilitatem pu-
 ,, blicam, venditiones certis personis prohibente. Non
 ,, etiam multum juvat L. 7. Cod. Commun. utrius-
 ,, que jud., quippe quæ scienti quidem actionem in

„ id quod interest, aut in duplum ex stipulatu negat,
 „ non autem nudam pretii repetitionem. Nec urget
 „ denique quod Emptor scienter emens rem jam ex-
 „ tinctam ad pretium nihilominus obligetur, et il-
 „ lud jam depensum repetere nequeat. L. 57. §. 2.
 „ ff. de Contrah. empti. Etenim, cum quis sciens pru-
 „ dens rem emit alienam non est præsumentus vo-
 „ luisse pretium donare, sed magis habuisse spem
 „ acquirendi domini, ubi auctor illud acquireret
 „ (ita namque vendi res, quas venditor non habet,
 „ post certum tempus tradendas etiam inter mercato-
 „ res quotidianum est) at si quis emit domum, quam
 „ scit exustam esse, præsumi nequit habuisse spem
 „ acquirendæ domus, quæ jam esse desierat, ut pro-
 „ inde tali in casu non alia supersit præsumptio,
 „ quam quod pretium sponte pro re, quæ non est,
 „ nec erit, sed fuit, oblatum donare voluerit, arg.
 „ L. 33. ff. de Reg. Jur. ubi habet = *liberum dominum*

„ Eis qui o quo diz o citado Zoz. ad L. 27. ff.
 „ Tit. 2. de Evict. a m. bi & ubi = *ubi hoc*

„ Si Emptor rem alienam sciens emit, et de
 „ Evictione nihil convenerit, imputet sibi, quod rem,
 „ quam sciebat alienam evinci posse non adverterit.
 „ Quo casu quæritur an re evicta sit emptori salvum
 „ jus ad repetendum a venditore pretium? Posset vi-
 „ deri prima facie inspectis i verbis L. 27. Cod. de
 „ Evict. nequidem ad illud esse jus emptori, eo quod
 „ cum sciverit rem esse alienam donasse illud videat
 „ tur. Verius tamen hoc ei restituendum esse, nam
 „ iniquum esset illud penes venditorem manere ratio-
 „ ne rei venditæ, ad quam ei nihil juris erat, ut fo-
 „ ret contra textum in L. 3. Si me, et Titium. ff. Si
 „ cert. petat. et L. cum hoc natura ff. de Condi-
 „ ction. indebit. ubi dicitur, equum, in eum bonum esse
 „ pecuniam meam, quæ ad te pervenit, a te mihi

„ reddi. Quæ in hoc casu non potest videri donata ;
 „ cum data sit ex causa , et donatio non præsumatur.
 „ Nihil obstat d. L. 27. nam accipienda non de pre-
 „ tio , quod a venditore numeratum est , sed de litis
 „ æstimatione , quam domino vendicanti solvit em-
 „ ptor , vel creditori pignus vendicanti ; nam ut pre-
 „ tium penes venditorem maneat nulla patitur æqui-
 „ tas. „

Ô Citado Perez in Cod. L. 8. T. 45. n. 25.
 segue o mesmo; e pelas mesmas razões. Tambem se-
 gue esta opinião com Cujacio , Farinacio em huma
 Decisão , e Covarruvias. Pecch. de Aquæduct. L. 4.
 Q. 19. a n.º: confirão-se os mais citados no §. 13.
 Hért. Dissert. *De Pact. ne præstetur Evictio* Sect.
 I. §. 6.

§. 8. alidido q. j. r. v. r.
 -ms: sup me caro : istop obtui o sache rillum

*Outras razões novas do Auctor , com que se trans-
 tornão contradictorias , e iniquas as deduzidas
 pelos DD. e substanciadas no §. 6.*

1.º Se o Direito Romano permite estipular valida-
 mente a Evicção no caso , em que com sciencia de
 ser alhêa se compra a cousa , e se authorisa esse pa-
 cto para poder ser accionado , e executado d. L. 27.
 Cod. de Evict. d. L. 9. Cod. Commun. utriusque jud.
 com Gomez , Barboz. , Hermosilh. , e Larrea , Silv.
 ad Ord. L. 3. Tit. 45. §. 5. n. 6. e he expressa no
 Reino de Hespanha a L. 19. tit. 5. Part. 5. transcri-
 pta por Larrea Dec. 74. n. 19. : segue-se que não he
 intrinseca , e essencialmente máo em si mesmo ven-
 der , e comprar cousa alhêa com sciencia de que o
 he , porque se fosse em si delicto , e punivel não au-
 thorisarião as Leis hum tal pacto para ter força e
 validade ; porque seria authorisar o delicto mesmo.

e faze-lo impunevel só porque os contrahentes o tergi-versarão fazendo o tal pacto, e o pacto mesmo he o maior indice da sua má fé; e por isso as razões dos dous Boehmeros (§. 5. in fine) parecem ser as mais adequadas.

Nota: Ainda aqui ha humas differenças, que se podem vêr no citado Hermosilh. L. 19. tit. 5. part. 5. gloss. 4. n. 4. e 5.: em Gomez 2.º Var. Cap. 2. Sub. n. 61.: em Barboz. na L. 1. ff. de Solut. matr. p. 5. a n. 22. *Scilicet*, quando qualquer alienação he simples, e absolutamente prohibida pelas Leis, caso em que nem ainda tem força o dito pacto: Ou quando a alienação he feita pela mesma pessoa, em cujo favor foi prohibida a alienação, como quando a mulher aliena o fundo dotal; caso em que tambem nada opera o dito pacto.

§. 9.
2.º Nunca se présume Doação quando póde idear-se qualquer causa, que a exclua: ora o que scientemente compra a cousa alheá, não póde elle ter as vistas, em que o Vendedor lá convencionará com o verdadeiro Senhor alguma outra compra; ou permutação? Não póde elle pelo menos querer gozar a cousa em quanto se lhe não reivindica? Não póde elle animar-se de alguma esperanza de que o verdadeiro Senhor algum dia ratificará, ou fará com elle alguma composição? E ainda que estes projectos se frustrem, não he mais verosimil que antes teve essas vistas; ainda mais, do que doar ao Vendedor o preço? Veja-se em caso bem semelhante Vin. ad §. 30. Inst. de rer. divis. n. 2.: E por tanto de todas as razões dos DD. parecem mais conformes as dos Boehmeros (§. 5. in fine)

§. 10.

3.º Contra essa regra = *Inpari causa potior est conditio possidentis* = quoad forum animæ fez huma larga dissertação o grande Canonista Van-Esp. Tom. 6. al'e Conf. Stryk. Vol. 11. Disp. 17. Cap. 1. E essa regra = *Turpitudinem, vel dolum suum allegans non auditur* = tem as muitas limitações, que colligio Barboz. et Tabor. L. 18. Cap. 37. Axioma 5.: limitações que destroem a regra, ou que raras vezes a fazem applicavel.

§. 11.

Respostas a algumas Leis, em que se funda esta opinião contraria a §. 7.

O Illustre Samuel de Coccey Jus Controv. L. 21. Tit. 2 Q. 4. responde á L. 1. Cod. Si Vendit. pig. dizendo que "*Agitur ibi de debitore, qui non debet lucrum capere, si Creditor eius rem distraxit dolosè, indeque re ab emptore recepta, pretium offerre tenetur*" = Responde á L. fin. §. fin. Cod. Commun. de Legat, dizendo = *Emptor qui emit ab herede rem, sub Conditione legatam, non emit rem alienam, nec est proprie in mala fide, quia heres fuit Dominus, et jus vendendi habuit, cum conditio dificere potuerit, et gravamen in plerisque causis certum fuit: singulariter id ibi constitutum, ut pretium repetatur.*"
 Porém esta resposta he errada figurando huma condição, que se não enuncia em tal Lei, e que só figurou a sua glossa communmente reprovada; Gomez 2.º Var. Cap. 2. n.º 43. Outros DD. com o quae Cald. do Cap. 31. Sub n.º 107. Guzman. de Evict. Q. 46. a n.º 14. Hermosilh. S.º, pag. 520. a n.º 7. Se em-

baração com diversas interpretações de fôrma, que nada certo firmão. Entretanto ficão sem resposta as mais razões, em que se funda a opinião contraria a §. 7. ad 9.

§. 12.

Uso moderno d'algumas Nações a respeito das ditas Leis Romanas (§. 2.)

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

„ Qui fundum sciens alienum, vel obligatum
 „ comparavit, neque quidquam de Evictione conve-
 „ nit, quod eo nomine dederit contra juris poscit ra-
 „ tionem, hic, et sic aliquoties tam in Supremo
 „ Melchiniensi, quam Barbantiæ Concilio judicatum
 „ refert Christin. Vol. 4. Decis. 173. n. 13., 14.
 „ Alii tamen, *submota hujus Legis subtilitate*, pre-
 „ tium restituendum censent Louet ad Lit. A. n.
 „ 13. Autumn. Confer. de Droit. hic, et in L. II.
 „ §. ult. de Act. Emp. Bouvot. Tom. 2. in vbo
 „ Garantie q. 8. *Et hoc moribus nostris consenta-*
 „ *neum esse existimo*, etc. Sequitur Voet. ad Pand.
 „ L. 21. T. 2. Sub. n. 32.

§. 13.

Confirma-se: Porque tambem segundo o Direito Romano no §. 30. Inst. de rer. divis. ubi. Vin. n. 1.
 o que edifica com má fé no Solo. e terreno alheio perde o valor das materias presumindo-se que os aliena, e doa ex Vin. S.
 E comtudo diz Groenewegen. ao mesmo §. que “*Hodie is qui sciens in alie-*
 „ *no solo edificavit, pretium materiæ, et mercedes*
 „ *fa'rorum non amittit; sed quascumque impensas*
 „ *utiles non modo per exceptionem retinere, sed*
 „ *etiam per actionem repetere potest;* Zypæus

,, Autumnus.... Bugnion. de LL. abrog..... Ar-
 ,, gentr., etc.

§. 14.

Confirma-se: Porque o perdimento do preço, ou a inibição de o repetir do Vendedor, he humma especie de pena. Se vender, e comprar a cousa a que outro tem direito fosse crime, he hum delicto particular. E as acções penaes por delictos particulares (ã excepção da injuria) estão abrogadas pelo uso da Alemanha. Thomaz Disp. de Us. act. pænal, et in Not. ad Instit. L. 4. Tit. 1., et ad Pand. L. 48. Tit. 1.

Nota: Este uso moderno (§. 12., 13., e 14.) não deixa de confirmar a segunda opinião segundo ou contra o Direito Romano, e faz sobresahir as suas razões expostas desde o §. 7. até o 10.: Se bem, que nunca cessa a razão da Boehmer (§. 5. in fine) que humma tal compra he como a compra de humma esperança, em que o Comprador perde o preço quando nada lucra, ou que comprando a cousa alliea se expõe voluntario ao perigo da Evicção.

§. 15.

Reflexões sobre a nossa Ord. quanto à pena do perdimento do preço que ahí he expressa, e sem dividida.

Reflexão 1.^a Parece, que o nosso Legislador, quando teve aqui por norma a L. 27. Cod. de Evict. e a L. 7. Cod. Commun. utriusque judic. não entendeu bem as palavras da primeira = *quod eo nomine dedit*, etc. nem as da segunda transcriptas no §. 2., e como as entenderão bem naturalmente Voët.,

Hert., e Zoez. transcriptos, e citados debaixo do §. 7. E por isto he que entendendo-as (como sem séria ponderação entenderão outros) suppoz, que nem ainda para repetir o preço competia a acção da Evicção ao que comprava *scienter* a cousa alheia; e nessa intelligencia denegou ao Comprador a repetição do preço; lendo o Legislador só muito superficialmente as ditas Leis (se he que seguimos a intelligencia daquelles DD.)

§. 16.

Reflexão 2.^a = Quando interpretassemos, que o nosso Legislador entendeu assim mesmo com os ditos DD. aquellas Leis, mas que muito de proposito quiz apartar-se dellas, e comminar ao Comprador a pena do perdimento do preço, ainda que assim não estivesse disposto nas ditas Leis Romanas: Neste supposto parece, que a Ordenação encontrava, e soffria contra si as razões expostas desde o §. 7., e que pelo menos não podia salvar-se de iniquidade, se não admittisse a limitação do caso, em que o preço seja convertido em utilidade do Vendedor, e que assim se prove: Limitação, que derivada d'outras Leis Romanas expõe com a L. Emptor ff. de reivindic., e com outros DD. Silv. nos seus Commentarios n. 7.: Pois que repugna a toda a razão, que por mais que hum tal compra e venda de cousa alheia, e com bilateral sciencia do Vendedor, e Comprador seja em si mesma reprovada, e criminosa, haja o Vendedor de reter o preço, que aliás se converteo em sua utilidade, e no seu Patrimonio (fallo no supposto, que a Ord. não applicasse o preço para os Captivos como adiante se verá a §. 19.)

§. 17.

Com effeito se se não admittisse ao menos esta limitação, repugnão 1.^o os principios naturaes, e que

ligão no foro da consciencia, e mesmo adoptados na Ethica dos Romanos, os quaes lembrão os DD. citados no §. 7. e melhor Van-Espen citado no §. 10. Repugna e está em Collisão 2.º, a Ord. L. 4. Tit. 48. §. 4.: Pois que ainda quando o Comprador sabe que o Vendedor he casado, e compra sem consentimento da mulher delle, reivindicando ella os bens vendidos manda a Ord. que *“Se o preço, que o Mando recebeo foi convertido em proveito della, a cousa assim vendida não lhe seja entregue, salvo tomando ella o preço, que pela cousa foi dado; ainda que o Comprador fosse sabedor, que o Vendedor era casado ao tempo da venda.”*

§. 18.

Repugna 3.º = Por mais que não possa contractar-se com o Pupillo, com o menor, com o filho-familias quanto ao mutuo, com o Syndico da Republica, com o Economo, ou Administrador dos bens da Igreja, e lugar pio sem as devidas solemnidades; comtudo aquelle, que sem ellas contracta com essas pessoas, tem acção de repetir a cousa, o mutuo, ou o preço, provando (como o Direito lhe incumbe) que foi convertido em utilidade do Pupillo, do Menor, do Filho-familias (quanto ao que o Pai he por elle obrigado) á Republica, á Igreja, ao lugar pio, etc. Stryk. Us. mod. Liv. 12. T. 1. §. 16 cum seq. Henriq. Coccey. Vol. 1. Disp. 95. *De curiositate legali* = Cap. 4. Concl. 1. Logo, e a simili o Vendedor, que vendeo a cousa alheia, deve restituir o preço de que (consta) se utilizou, ainda que a essa venda com sciencia delle, e do Comprador, resistão as Leis, porque não permitem outras que alguém se locuplete com jactura alhea, ainda que faça algum contracto com prohibição dellas.

Como se prova a effectiva versão do dinheiro e utilidade de alguém, Veja-se Stryk, supra a §. 61.: Da mesma fórma ainda que a mulher não possa contractar sem auctoridade do marido, resistindo as Leis a todo o contracto que ella faça; se contudo o que ella recebe se converte em utilidade do marido ou commum, e a que o marido era obrigado, elle fica responsável pelo que a mulher recebeuo, Veja-se Peg. 3. for. Cap. 38. a n. 11. Voet, ad Pand. L. 23. Tit. 2. n. 42.

§. 19.

Reflexões sobre a mesma Ord. em quanto manda que o tal preço da cousa alheia vendida com essa sciencia do Vendedor, e Comprador, se perderá para os Captivos.

Reflexão 1.^a = Parecem parallelas (1.^o) a Ord. L. 1. T. 88. §. 29. que annullando as compras, que os tutores fazem, ainda em hasta, dos bens dos Orfãos os condemna na pena de anoveado, ametade para os Orfãos, outra para o accusador: (2.^o) a mesma Ord. no §. 20. impõe semelhante pena ao Juiz, e Escrivão dos Orfãos, que comprarem bens delles: (3.^o) a Ord. L. 1. T. 62. §. 7. commina pena ao Testamenteiro que, ainda em hasta, compra bens da herança de que o he: (4.^o) a mesma Ord. no §. 38. a commina tambem aos Provedores: (5.^o) a Ord. Liv. 4. T. 16. commina pena de devolução para a Corôa dos bens, que os Juizes temporaes comprarem durante o tempo das suas Magistraturas: (6.^o) a Ord. L. 4. T. 10. tambem devolve á Corôa o preço, ou valor das cousas, que se venderem depois de litigio.

sas: (7.º) a Ord. L. 2. T. 26. §. 27. condemna para o Fisco o Vendedor, e Comprador de casas para as desfazer com intenção de vender a pedra, e madeira, e applica á Corôa o preço, e outro tanto: (8.º) a Ord. L. 3. T. 39. annullando as cessões d' acções em pessoas poderosas, commina o perdimento em favor do Adversario: (9.º) a Ord. L. 4. T. 14. commina pena de perdimento para a Corôa em dobro do preço da compra dos desembargos. (10.º) a Ord. L. 4. T. 12. annulla em beneficio dos outros filhos as vendas, que os Pais fazem a algum d'elles: (11.º) a Ord. L. 4. T. 48. §. 6. impõe ao Comprador de bens de raiz o perdimento do preço para o marido, que os vendêo sem outorga da mulher, se o Comprador sabia, que elle era cazado, e o preço se não convertêo em utilidade della, de quo Veja-se Valasc. Cons. 83. n. 13.: (12.º) a Ord. L. 5. T. 78. applica para Captivos, e accusador o quadruplo do preço das Colmeas compradas para se matarem: (13.º) a Ord. L. 5. T. 113. prohibe vendas de Navios a Estrangeiros. Omitto outras Ordenações parallelas da de que tractamos.

§. 20.

Reflexão 2.ª = Qual seja a razão da nossa Ord. nesta parte, he mais duvidoso: O nosso Caldas de Empt. Cap. 31. n. 111. se desembaraça assim: „ Ex „ his etiam resolvitur, quod novè, ee eleganter Ord. „ L. 3. T. 45. §. 5. sancitum est; hujus rei pretium „ neque venditorem, neque emptorem habiturum; sed „ magis Captivorum redemptioni fore applicandum, „ ut sic suo dolo, et malitia uterque plectatur, in quo „ videtur profecta a L. fin. Cod. de Litigios. et a L. „ Lucius in fine ff. de Jur. Fisc., et a L. 2. Cod. „ Ne rei domin. vel templ. „ Que em tal caso o preço se devolve ao Fisco, o diz com muitos DD. Her-

mosilh. na L. 19. tit. 5. part. 5. gloss. 3. n. 12.
Conf. Pereir. de Man. Reg. Cap. 32. n.º 23.

Nota: Esta disposição lá vai destruir muitas das razões, que os DD. excogitarão substanciadas no §. 5. porque não vagaria o preço para o Fisco se se presumisse doado; se ao sciente, e consensiente se não fizesse injuria; se fosse melhor a condição do Possuidor, etc. Hermosilh. S.ª a n. 13. Deliberando no n. 17. que esta pena he justamente comminada porque a venda de cousa movel alheia he especie de furto, e a de cousa immovel, em que se não dá propriamente, furto recahe no crime de falso, e do estellionato; e como o Vendedor, e Comprador concorrem ambos para este crime, ambos são puniveis: Conf. Ord. L. 5. tit. 65. §. 2. et T. 60. §. 5. Sendo que Boehmer. filho no lugar citado §. 5. diz: que a respeito do Vendedor não se pôde dizer doloso o Comprador; mas só quanto ao terceiro Senhor da cousa; dolo relativo, que se extinguiu com a reivindicação; e por isso se vem a concluir, ou ser errada a supposição da Lei, ou em si mesmo dura, e menos justa a pena, que commina sem culpa proporcionada.

§. 21.

*Qual pois á vista do que se vem d'expor de va-
ser a prática desta Ord. in consulendo
et judicando?*

Advertencia I.ª = Quando em termos habeis se haja de fazer applicação desta Ord.: He preciso, que perfeitamente se prove ser o Comprador sciente

de que a cousa comprada era alhêa; porque o Vendedor sim se presume que tinha essa sciencia, mas não o Comprador, que sempre se presume ignorante, e que não compraria cousa alhêa, quando o Vendedor assim o não expressou no contracto da venda. Guzman. de Evict. Q. 23. n. 14. Muler. ad Struv. Exerc. 23. thes. 34. sub. Lit. 6. De fórma, que não basta no Comprador huma sciencia conjectural: Guzman. de Evict. Q. 46. n. 10. Toda a verosimilhança repugna a que qualquer compre cousa, que sabe ser alhêa, expondo-se a demandas a perda do dinheiro, etc. optimé Rainald. Crimin. 16. 2. Cap. 14. §. 19. n. 10. et 11. Latrea Decis. 74. n. 18. Farinac. de Furt. Q. 177. n. 22.; e melhor Ansald. de Commerc. Disc. 27.

§. 22. E ainda que a Ord. L. 5. T. 65. §. 2. et T. 60. §. 5. deixa ao arbitrio do Julgador a prova da sciencia no Comprador, isto deve entender-se como declara o dito §. 5. do Tit. 60. quando a cousa *verosimilmente* pareça segundo a qualidade della, e do Vendedor, que he furtada; ou que não he do que a vende: como por exemplo, quando hum pobre vende peças de prata, ou ouro, paramentos, ou vasos sagrados de Igreja, etc. Veja-se no Repertor. Sub. Verbo = *Compra de cousa alhêa* = o caso do Ourives, que comprou a hum Fradê a prata das alampadas.

Nota: "Scientia rei furatæ præsumitur in eum, emente parvo pretio, secus si non parvo pretio. . . . Præsumitur etiam scientia in eum, rem furatam si eam emerit clam, secus si palam; secus si postquam eam emit palam, tenuerit in abscondito celatam. . . . Et ita scientia præsumitur in eum res furivas, quan-

do rei emptæ non conveniebant emptori, nec illis egebat; ut puta, si Caupo emerit libros, vel vestes sericas, aut lanceas argenteas; tunc enim præsumitur ipsum scivisse res, quas emit, esse substractas; quod sic non esset, si emisset frumentum, vinum, etc. Ita Farinac. de Furtis. Q. 177. a n.º 24. Veja-se Ansaldo de Commenc. Disc. 27. per tot. aonde expõe outras conjecturas de sciencia, de que he alhêa a cousa comprada.

§. 23.

Segunda advertencia: As palavras com que se exprime a nossa Ord. = *Se perderá para os Captivos* = são de futuro, e esta pena se não incorre antes da Sentença condemnatoria, como largamente demonstrão Peg. tom. 6. forens. Cap. 129. a n.º 7. Cancêr. 2.º Var. Cap. 4. a n.º 43. Reinos. obs. 40. a n.º 7. et ejus Additionator.

§. 24.

Em quanto não ha Sentença declaratoria e condemnatoria conserva o delinquente o dominio, e posse de seus bens com exercicio de suas acções, o Adiccionador de Reinos. obs. 40. ad n.º 9.

Nota: Aliter quanto ás penas do commisso *Obs non solum vectigal* pela especialidade da L. 14 Cod. de Publican. et Vectigalib. porque o dominio das cousas, que se não manifestarão para a solução do tributo, ipso jure se adquire ao Fisco: Brunneinan. in d. L. Lim. de Gab. pag. 122. : Ainda em crimes de lesa Magestade Divin. ou Human. em que ha confiscação de bens, he opinativa a Questão: *Se o criminoso conserva o dominio, e administração antes da Sentença final* = Veja-se Guerr. tr. 1. L. 4. Cap. 9. a n.º 76.

supra. §. 25. Si non eobertitioq

Em quanto pois se não denuncia esta pena ao Fisco, ou á redempção dos Captivos, donataria destas, e outras semelhantes penas fiscaes, entra a dúvida se o Comprador vencido pôde repetir do Vendedor o preço, que recebeu pela venda da coisa, que sabia não ser sua? Antes porém que me proponha interpor sobre esta questão o meu arbitrio, devo prenotar: (1.º) que ninguém em juizo pôde defender-se com o direito do Fisco, ou accional, e não sendo o Procurador Fiscal do Portug. de Donat. Lei Prelud. 2.º n.º 86., et L. 13.º Cap. 29.º a. n.º 14. Peg. tom. 8.º ad Ord. L. 2.ª Tit. 16.º in principio n.º 8.º et 9.º (2.º) que huma vez que a Ord. applicada ao Fisco, e mediante denuncia, e Sentença declaratoria §. 2.º 3.º et 4.º o preço de tal venda sem Vo adjudicar, e nem ao Vendedor, nem ao Comprador, ficou o caso omisso na Ordenação, e como tal deve decidir-se pelos principios dos direitos mais justos, e mais conformes á razão, sem que algum dos dois se possa valer do Direito competente ao Fisco.

Orã seguida a primeira opinião (segundo o Direito Romano) e razões della (expostas no §. 15., e 6.º) he hum consequente necessario deve decidir-se a Questão em favor do Vendedor. Porém no meu arbitrio, e como em no presente caso a segunda opinião a §. 7.º ad Subita he a que deve seguir-se: (1.º) porque os fundamentos da primeira são futeis: (2.º) porque os da segunda são mais conformes á razão, e á equidade (§. 7.º 10.º 11.º 12.º 13.º 14.º) (3.º) porque abraçada no uso moderno das Nações (§. 12.º 13., 14.) (4.º) porque em quanto o preço se não julga ao Fisco, deve ser norma da decisão (o Simile da Ord. L. 4.ª tit. 18.º §. 4.º) e não menos os mais Similes

ponderados no §. 18. a menos, que se não verifique a restrição exposta no fim da seguinte

Nota: Na verdade: sendo ambos igualmente culpaveis, como suppõe a nossa Ord., e alguns DD., e não sendo do Vendedor a cousa vendida, não ha título, que possa excogitar-se para que justamente, e no foro da consciencia possa reter o dinheiro do Comprador alheio, e que nunca fez seu, nem a Lei lho applica, como pena imposta ao Comprador. Doação presumida he huma quiméra (§. 7. e 9.): Não pôde pois o Vendedor sem reato do peccado reter tal preço da venda fundado só no brocardico = *In pari causa melior est conditio possidentis* = Pois que como bem mostra Van-Espen. tom. 6. na exposição desta regra = *In pari delicto, vel causa melior est conditio possidentis* = Esta regra = *Nullum jus novum tribuit possessori rem retinendi* = ut §. 3. *malè assumetur etiam in materia justitiæ, tamquam titulus sufficiens, qui possessorem ex speculativo dubio faciat practicè certum*, etc. ut. §. 5., etc. E entretanto que o preço por Sentença se não declara, e adjudica para os Captivos, deve o Vendedor restituillo, e o Comprador gozallo com seus interuzurios; porque entretanto conserva o dominio del'e, que o Vendedor nunca fez seu; e que não tem direito de reter: Conservallo no seu poder seria fomentar huma injustiça: Só se suppozermos, que a cousa com respeito á eminente Evicção se comprou por diminuto preço, e que o Comprador o deo, sem mais intenção, como quem compra o *jactum retis*, e nada lucra nos termos da L. 8. §. 1. ff. de con

trah. empt. junta a L. 39. ff. de act. empt. Veja-se Boehmer. ut §. 5. §. 27.

Consequentemente se o Comprador ainda não julgou o preço, póde retello, e não tem o Vendedor acção para o exigir d'elle: E isto não pela razão, que dá Cald. de Empt. Cap. 31. n. 109., que segue Hermosilh. pag. 520. n. 3., mas pelas que expuz a §. 25.; mas considerada a tal compra, como a do *jacto da rede*, e semelhantes, em que se suppõe só comprado o evento, deve-se ao Vendedor o preço, ainda que nada lucre o Comprador; de quo veja-se Stryk. vol. 12. Disp. 17. de *emption. spei.*

Nota: Restituído assim ao Comprador o preço, ou retendo-o elle, já não será tão facil adjudicar-se para os Captivos: Porque o perdimento d'elle he huma pena, que parece está cessada pela restituição do preço ao Comprador, e quasi como por hum distracto antes da denuncia por argumento da Ord. L. 2. tit. 18. §. fin. Supposto em outros casos o arrependimento, e no furto a restituição, não evictão o delicto antes commettido, isto procede no que he propriamente delicto offensivo da républica, ou de terceiro; offensa que não póde considerarse no presente caso, em que a Lei se pensasse offendendo algum dos dois contrahentes, ou o terceiro Senhor da cousa, applicaria para elle a pena, como em alguns casos dos referidos no §. 19., e em que a Lei só quiz punir a fraude dos dois vendendo, e comprando cousa alhea scientemente, adjudicando aos Captivos o preço depois de vencida a cousa pelo verdadeiro Senhor, castigo *plus justo* duro, aonde não houve crime públi-

com o castigo, que sendo imposto só por huma transgressão das Leis sem prejuizo de 3.^o (a que não manda applicar pena, ou satisfação) se evita por qualquer leve causa, como he trivial em Direito. *De Offic. Judic. §. 28.*

Só resta a dúvida: Se quando ha expressa estipulação da Evicção, tem lugar a pena do perdimento do preço para o Fisco? Parece que sim, porque se a nossa Ord. considera complices no delicto ambos o Vendedor, e Comprador quando scientes de ser alheia a coisa vendida, e por isso he que os castiga com aquella pena (§. 20); a estipulação da Evicção tão longe está de evitar o que a Lei suppõe em si mesmo ser delictoso, e que não pôde suppôr-se querer autorizar, havendo tal pacto, que antes este mesmo por si só prova o delicto, e o pacto o não evita.

Porém o nosso Legislador costuma frequentemente seguir o Direito Romano que quando delle se aparta em tães matérias assim o declara. Não comprehendendo no dito §. 15.º o caso de intervir o dito pacto, e parece que este caso ficou omisso, e sujeito á disposição do Direito Romano, de que §. 2.º. Por outra parte quando se estipula a Evicção he a venda como conditional, e se chegar a sortir effeito, se o Senhor da coisa não a reivindicar, ou não a approvar, etc. E em quanto pende a condição nem o Comprador intenciona dimittir, nem o Vendedor adquirir o preço, e está como inconsumado o contracto, e não se applica a pena, bem como o emphyteuta não incorre a pena commisso quando vende conditionalmente Fulgh. *de tit. de Alienat. Q. 1.º in v. 316.* Senão he isto mais certo, que equiparada esta compra á do lance da rede, pôde ser conditional. *Stryk. cita-*

do §. 10., e 11. : E a estipulação da Evicção vem a ser a condição permitida.

Se porém antes da denuncia ao Fisco distractarem a venda da cousa alhêa, cessa a pena arg. Ord. L. 2. T. 18. §. fin. Et maximè se attendemos, que huma tal compra não he tão dolosa, como pensou o Legislador, e em effeito não he mais que huma compra do evento de não haver Evicção. Boëhmer. citado §. 5. ibi. =

„ Ratio ergo aliundè arcessenda. Emptor
 „ sciens rem alienam, vel alteri obligatam compa-
 „ rans *incertum quid intuitu Evictionis eminentis*
 „ (quæ tamen etiam ex negligentia veri domini defice-
 „ re potest) *re vera emit*, cum res semper Evictio-
 „ nis periculo subjaceat; ideoque ille in ea causa
 „ sit, ut quasi *jactum retis* a piscatore emisse videat-
 „ tur. In spei autem emptionibus, cum Evictionis
 „ præstatio exulet: L. 8. §. 1. ff. de Contr. Empt.
 „ non mirum est, in hoc quoque casu nullam ad
 „ Evictionem præstandam competere actionem: præ-
 „ sertim cum res Evictioni obnoxia ut plurimum le-
 „ vissimo pretio comparetur: ob susceptum Evictionis
 „ eminentis periculum: L. 39. ff. de act. empt.

Epilogo de tudo o exposto

§. 31.

He por huma parte bem notavel a variedade, com que os DD. tem interpretado as Leis Romanas referidas no §. 2. Por outra parte he manifesta, á vista do exposto, a dureza da nossa Ordenação em quanto apartando-se dellas adjudica ao Fisco o preço da cousa vendida, e comprada com sciencia commum

do Vendedor, e Comprador de que era alhêa. No meio pois desta variedade, e succando o que me parece mais justo, e conforme aos principios da razão, e da equidade, e em termos, que não resultem interpretações absurdas, deduzo as seguintes conclusões; com que me persuado poder conciliar-se praticamente toda a variedade, salvando-se todo o repugnante.

§. 32.

Primeira: Ou se trate de acção de Evicção pelo Comprador contra o Vendedor, ou se trate de denuncia ao Fisco pelo pretexto de se vender, e comprar a cousa alhêa com reciproca sciencia de que o era; em todo o caso sempre se presume, que o Vendedor o sabia, e que o Comprador o ignorava; a menos que a sciencia do comprador se não prove evidentemente (§. 21.)

§. 33.

Segunda: Se julgada a reivindicção, o Fisco, ou a redempção dos Captivos não previne a amissão do preço por meio de denuncia, e o Vendedor o retêm, a cousa foi vendida pelo justo preço; entretanto, que o Fisco não demanda o preço, tem o Comprador acção para o repetir, porque em tal caso não ha razão para que o retenhá em quanto o Fisco o não vindica; e sendo esse caso (da interina detenção) omisso na Ordenação; decidido elle para melhor opinião, abraçada no uso moderno das Nações, toda a razão forceja para que o Comprador o goze até que o Fisco o prive delle (§. 7., 8., 9., 12., 13., 16., 17., 18., 25., e 26.)

§. 34.

Tercera: Se se estipulou a Evicção, cessa toda a dúvida, e nem o Vendedor pôde retêr o preço (§. 5.) nem o Fisco repeti-lo (§. 28. 29., e 30.) e necessariamente se deve restituir ao Comprador.

§. 35.

Quarta: Se se não estipulou a Evicção, e a coisa alhêa, com reciproca sciencia de que o era, foi vendida por menos do seu justo preço, deve suppor-se, que foi huma compra e venda, como a do *jactus rêtis*, e de hum Direito ou coisa *eventual*; e por isso mesmo vendida com respeito á eminente Evicção; expondo-se o Comprador ao lucro, e perda do evento; lucro se o verdadeiro Senhor a não reivindicasse; e perda se a reivindicasse: e neste caso cessa a Evicção, e repetição do preço, assim como nas compras das cousas, que dependem do evento, ou que não pôde o Comprador repeti-lo do Vendedor, verificando-se neste caso o discurso de Boehmerò §. 5. in fin. §. 14. Nota §. 20. Not. et §. 30.

§. 36.

Quinta: No caso proximo precedente de ser vendida a coisa por menos do justo preço com respeito á eminente Evicção (o que pôde ser, e assim he frequente comprar-se por menos a coisa, de que se teme a Evicção: Hermsilh. pag. 791. n. 87.) Se o Comprador retêm ainda o preço deve satisfaze-lo ao Vendedor, bem como hum, que comprou ao Pescador hum futuro lanço da rede por certo preço; hum que comprou o Direito *eventual* d'outro he obrigado ao preço; ainda que nada lucre, e o perca, *quidquid dicant alii* (§. 27.)

§. 37.

Sexta: Se o Vendedor, e Comprador distractá-
rão a venda da coisa alhêa, antes da denunciando
Fisco, evitão a pena (§. 30.)

DISSERTAÇÃO IV.

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

„As dividas que se fizerem por respeito da Com-
panhia e Sociedade, della mesma se hão de pa-
gar, posto que a esse tempo seja já acabada, e
no consequentemente quando a confissão de hum dos
Socios possa ou não prejudicar aos Consocios.

Supplemento ás Segundas Linhas sobre o Processo
Civil, e á Nota 448. N. 4.º

PRELUDIO. II. Causas da Sociedade: Diversas especies della.

Todos os homens compõe huma Sociedade uni-
versal, aonde os que se achão ligados pelas suas mu-
tuas precisões, fórmão em particular entre si differen-
tes obrigações, proporcionadas ás causas, que as fa-
zem reciprocamente necessarias. Entre as diferentes
maneiras, de que as necessidades dos homens os ligão
entre si, a das Sociedades he de hum uso necessario
e assás frequente; e dellas se vêm muitas especies. A
origem desta união he a natureza de certas obras de
certos Commercios e d'outros negocios, de que a ex-
tensão exige o concurso e a applicação de muitas pes-

soas. Assim he que se fazem Sociedades para manufacturas, para commercios de mercadorias, para arrendamentos de rendas Reaes, e das pessoas particulares; e para outros negocios de diversas naturezas, segundo o que elles demandão huma reunião de trabalho, de industria, de cuidado, do crédito do dinheiro, e de outros soccorros de muitas pessoas. O uso destas sortes de Sociedades he de facilitar a empreza, a obra, o commercio, ou outro negocio, para o qual se entra na Sociedade; e de fazer que cada hum dos associados tire, do que elle contribue junto aos soccorros dos outros, os proveitos e vantagens, que algum delles não poderia conseguir por si só. Domat. Loix. Civ. L. 1. Tit. 8. no Prefac.

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

§. 2.

Esta primeira especie de Sociedade (continua Domat.) he limitada a certos negocios, ou commer-

cios; mas ainda ha outras Sociedades, donde os associados mettem em commum tudo quanto póde provir da sua industria, e do seu trabalho: Ainda mesmo ha outra aonde se communica tudo quanto os associados podem adquirir por Doação, Successão, ou por outra fórma; e Sociedade universal de todos os bens sem excepção: Segundo a exposição de Felic. Societat. Cap. 9. póde contrahir-se Sociedade 1.°, sobre todas as cousas que entram em commercio: 2.°, sobre todo o negocio que não seja torpe e prohibido: 3.°, sobre todas as cousas, e bens universalmente: 4.°, simplesmente não se declarando os bens: 5.°, sobre alguma cousa particular: 6.°, sobre alguma negociação, ou artificio: 7.°, sobre arrendamentos das rendas Reaes: 8.°, sobre o preço d'alguma cousa, cuja venda se propõe, e commette: 9.°, de fórma que hum ponha o capital, outro o trabalho, e hum terceiro á industria: 10.°, sobre animaes: 11.°, sobre heranças futuras, que se esperão: 12.°, sobre os fructos sem communicação do fundo que os produz.

§. 3.

Porém Michal. de Fratr. P. 2. Cap. 1., (deixada a Sociedade da mesa) as reduz todas a tres especies, ou a tres classes em que as incluye: O Sábio Heinec. Elem. Jur. Nat. L. 1. §. 379. as reduz, ou a universaes, ou a geraes, ou a singulares, no que se conforma com Domat S.°, e a nossa Ord. L. 4. T. 44., deixada a victus, et mensæ, as reduz: 1.°, quando sobre todos os bens: 2.°, quando sobre parte delles: 3.°, quando sobre certo tracto ou negocio; e nestas tres classes se encerrão todas.

Nota: Differe a Sociedade simplèx bonorum da Sociedade universal omnium bonorum: (1.°) em que a 1.ª comprehende todas as negociações;

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

PRÉLUDIO II.

Letra da Lei, e das que forão as suas fontes.

§. 4.

„ As dividas (diz a nossa Ord.) que se fizerem
 „ por respeito da Companhia e Sociedade della mes-
 „ ma se hão de pagar, posto que a esse tempo seja
 „ já acabada = Estas poucas, e tão mysteriosas pa-
 „ lavras tem por fonte a união de tres Leis Romanas;
 „ a L. 12. ibi = Sed nec æs alienum, nisi quod ex
 „ quæstu pendebit, veniet in rationem Societatis
 „ = a L. 27. ibi = Omne æs alienum, quod manente
 „ Societate contractum est, de communi solvendum
 „ est, licet posteaquam Societas distracta est, solutum
 „ sit = E a L. 82. ibi = Jure Societatis per Socium
 „ æri alieno Socius non obligatur, nisi in communem
 „ arcam pecuniæ versæ sint = ff. Pro Soc.

§. 5.

Estas Leis devem considerar-se debaixo de dois
 diversos pontos de vista: Ou 1.º, quando a contro-
 versia he entre os Socios nas contas, que mutuamente
 se prestão: Ou 2.º, quando os Crédores exigem d'al-
 gum, ou de todos os Socios as dividas, que hum só
 delles contrahio em particular: Não he o meu proje-
 cto tractar o 1.º, satisfazendo-me com remissão a
 Guerreir. tr. 4. lib. 6. Cap. 5. tot.: O 2.º, he o fim
 que me proponho: E ainda que Cocey Jus Contr. L.
 17. Tit. 2. Sub rubr. = *De Sociis cum extraneis
 contrahentibus* = diz ao proposito = *materia per
 se clara diversitate casuum a Doctoribus intrica-
 tur* = e se persuade, que todos se podem reduzir
 aos tres principios, que ahi expoz: Com tudo, sendo
 em effeito certo que os DD. intrincarão esta mate-

ria, he impossivel, que todos os casos occorrentes se possam decidir por esses tres principios: Portanto para a extricar passo a propôr e decidir a multiplicidade de casos em outras tantas theses:

These I.ª

§. 6.

Se he que ha alguma Sociedade universal expressa, ou tacita, e que ella se verifique: Supposto que Mantic. de Tacit. L. 6. Tit. 22. a n.º 2. disse que „in Societate omnium bonorum *quilibet in solidum obligatur*, et omne æs alienum manente Societate „ab uno ex Sociis contractum, postquam Societas „distracta est, de communi solvendum est. . . Quamobrem omnium bonorum Socius jure Societatis ære „alieno obligatur etiamsi in communem arcam pecuniæ versæ non fuerint, et ita debet intelligi L. „Jure Societatis 82. ff. Pro Soc., ut intelligatur de „Societate singulari vel simpliciter contracta, non „autem de Societate omnium bonorum. . . In dubio „æes alienum à Socio præsumitur esse contractum nomine proprio, nisi omnium bonorum Socius sit. „adde Luc. de Credit. Disc. 86. n. 3. Comtudo, em contrario, e mais justamente diz Mul. ad Struv. Exerc. 22. thes. 44. pag. 1485. Col. 2. que „Socius omnium bonorum ex contractu Socii proprio „nomine contrahentis ejusdem Creditõri non obligatur, etc. Concordão Lauterbach. de Obligat. Socior. Cap. 5. thes. 44. optime Michalor. de Fratrib. P. 2. Cap. 33. a n. 6. et Cap. 48. n. 18. ; aonde expõe razões convincentes da opinião de Mantica. Adde Stryk. de Gaut. Contract. Sect. 2. Cap. 10. §. 10. in. fin.

Nota: Quanto aos conjuges, que casão por carta d' ametade conforme o costume do Reino, entre os quaes se verifica propriamente huma Sociedade universal omnium bonorum; em que casos estejam ou não obrigados aos Crédores signanter a meação por dividas que se não converterão em utilidade do Casal? Veja-se o meu Tractado das Successões reciprocas, e obrigações correlativas entre os Conjuges, Part. 1. Cap. 5. Sect. 2. (ainda manuscripto.)

These 2.^a

§. 7.

O Socio que recebe dinheiros a Cambio, ou por qualquer outro modo em seu nome proprio, sem fazer menção da Companhia, e debaixo da obrigação de sua pessoa, e bens se presume, e ainda em dúvida, que só adstringio a sua pessoa, e não o commum da Sociedade, nem consequentemente o todo della; ou qualquer dos Socios póde pelos Crédores ser demandado por tal divida, Rocc. Selectar. Cap. 100. n. 1. Michal. de Fratr. P. 2. Cap. 48. n. 1. Felic. de Societ. Cap. 30. n. 2. et 14. Anald. de Comert. Disc. 46. n. 15. et 16. Altim. de Nullit. tom. 4. Q. 25. n. 286. Mul. ad Struv. Exerc. 22. thes. 44. pag. 1485. Col. 2. Voet. ad Pand. L. 17. Tit. 2. n. 15. *γ*. Sed et Stryk. de Cautel. Contract. Sect. 2. Cap. 10. §. 10. et Sub §. 17. Addentes ad Bolan. de Commerc. pag. 49. Olea de Cess. jur. Tit. 4. Q. 8. n. 33. Guerreir. Tr. 4. L. 6. Cap. 4. a n. 79.

§. 8.

E isto ainda que esse Socio, que assim contrahe em seu nome proprio, fosse proposto a Negociação

commum, Stryk. S.^a d. §. 10. Mul. ad Struv. Exerc. 22. thes. 44. Let. (a); aonde amplia mais “etiamsi
 „ inter Socios hoc expressè fuerit conventum, ut quid-
 „ quid unus Sociorum faceret, illud perindè ac si ab
 „ omnibus esset gestum Socios obligaret omnes, etc.

These 13.^a

§. 19.

Para que o commum da Sociedade, ou qualquer dos Socios fique responsavel pelos contractos que faz algum delles, he necessario que concorra: 1.^o, Mandato e facultade dos Socios para contrahir obrigações communs: 2.^o, que contrahindo-as se obrigue em nome da Companhia, e Sociedade, * Rocc. Select. Cap. 100. n.^o 2. ibi = Duo copulativè requiruntur ut
 „ Socius ex alterius Socii contractu obligetur, videli-
 „ cet mandatum, et ulterius quod Societatis nomine
 „ se obligaverit, Dec. Pariz. Cephal. . . Narr. . . Sc-
 „ cin. . . . Surd. . . . Rencu. . . . Felic. de Societ. . . .
 „ Mercator Gratian. . . . Anton. Fabr., etc., Stryk. infra citat. §. 10. in fin. Barböz. et Tabor. L. 17. Cap. 41. §. 15.

* “Unus Societatis et Sociorum nomine
 „ sive loco dicitur contrahere, si in contractu
 „ dicat, aut scribat = Ego pro me, et Sociis
 „ meis; vel ego meo, et Sociorum meorum, aut
 „ Societatis nomine N.; vel ego tanquam præ-
 „ positus Societatis, v. g. Thomasi, Petri-
 „ rum, etc. (Solent enim plerumque Socii in
 „ Societate ineunda ad confusiones, et incertitu-
 „ dines vitandas certum Societatis nomen elige-
 „ re): Nota, si unus Sociorum ita dixerit, vel

„ scripserit = Ego Nicolaus Quant, et Socii
 „ mei promittimus Cayo 100.; Stricta juris ra-
 „ tione contrahens non nomine Societatis, sive
 „ reliquorum Sociorum nomine contraxisse vide-
 „ tur, etsi a reliquis Societati administrandæ
 „ sit præpositus, Lauterb. de Oblig. Socior.
 „ Cap. 6. thes. 48. Nam ut quis aliorum nomi-
 „ ne contrahere videatur tanquam procurator,
 „ tanquam magister navis, tanquam institutor, vel
 „ Societati præfectus requiritur, ut ipse suo con-
 „ sensu, verbis dispositionis in suam personam
 „ conceptis contrahat, emat, vendat, promittat
 „ dominorum suorum nomine, vel tanquam illo-
 „ rum præpositus,, Mul. ad Struv. Exerc. 22.
 „ thes. 44. “Curet ergo, ut Socius pecuniam ac-
 „ cipiens expressè addat, se pecuniam nomine
 „ Societatis accipere; ut adeo non contentus esse
 „ debeat extraneus cum Socio contrahens, si hic
 „ non addat, se suo nomine accipere pecuniam;
 „ nam Socius etiam simpliciter contrahens, ma-
 „ gis suo quam Societatis nomine contraxisse cen-
 „ setur, Stryk. de Caut. Contr. Sect. 2. Cap. 10.
 „ §. II.

§. 10.

Consequentemente 3.º, he necessario que o Cré-
 dor, que contrahe com hum dos Socios, intencione que
 lhe fique obrigado o commum da Companhia; aliás,
 e ainda em dúvida se presume que contrahio com o
 Socio como pessoa particular, e não como Socio: Al-
 timar. de Nullit. tom. 4. Q. 25. n. 286. ibi = Prout
 „ è converso contrahens cum Socio in dubio præsu-
 „ mitur contraxisse cum eo uti privato, non uti So-
 „ cio = Ansald. de Commerc. Disc. 46. n. 15. et
 „ 16. ibi = Nec per umbram Ursinus contraxit aut con-
 „ trahere intellexit nomine Sociali; non solum quia

3, regula ita se habet in dubio, ut quilibet Institor.
 4, Socius, vel Accommodatarius contrahat, vel se
 5, obliget potius nomine proprio, quam Sociali.
 6, Minusque pariter cum ratione Bancaria, sive cum
 7, Ursino tanquam Socio vel Accommodatio ejus-
 8, dem rationis contrahere in hoc proposito somnia-
 9, vit Anonius. Quia pariter in dubio quis presumi-
 10, tur contrahere cum aliquo uti privato, non uti So-
 11, cio = Muler ad Struv. Exerc. 22. ites. 44. ibi =
 12, Ubi unus Sociorum suo tantum contrahit nomine,
 13, nulla Societatis, vel Sociorum mentione facta; ibi
 14, ille quoque, qui cum Socio ita contrahit, non con-
 15, trahentis Socios, sed tantum secum contrahentis
 16, personam, et fidem respicere censetur, et per con-
 17, sequens Socius contrahens ei obligatur. Nam ad
 18, quoscumque Creditor in contractu non respexit, et
 19, quos ipse sibi obligare noluit, ille etiam eidem non
 20, possunt dici obligari, etc. Rocca Selectar. Cap.
 21, 100. n. 4. et 5. ibi = Quod maxime locum ha-
 22, bet, quia nullibi constat Creditorem Cambii ani-
 23, mum habuisse obligandi Bussetum Consocium,
 24, quod præcisè est necessarium ad effectum, ut di-
 25, ci possit Societati credidisse, proindeque Socios
 26, omnes voluisse sibi esse obligatos. Ad hoc
 27, enim, ut Socius valeat Consocium obligare, requi-
 28, ritur, ut is, qui cum eo contrahit, personam con-
 29, templetur Sociorum, eorundemque etiam intuitu
 30, stipuletur, etc. Stryk. de Caut. Contract. Sect. 2.
 31, Cap. 10. Sub §. 17. ibi = Et si contractus Societa-
 32, tis ad expressè disposuisset; id tamen tantum jus
 33, inter contrahentes taceret; Creditoribus tamen in-
 34, de jus adversus vos agendi neutiquam nasceretur.
 35, Nam ut Creditor contra alterum Socium agere pos-
 36, sit, præter mandatum, requiritur ejus scientia, et
 37, voluntas reliquos Socios sibi obligandi: Græven. . . .

„Christin. Anton. Thessaur. ... Non enim hic
 „sufficit unum negotiationi esse præpositum, sed re-
 „quiritur, ut contractum celebraverit nomine hujus
 „Societatis. ... Nec veró ex obligationibus ullus ho-
 „rum requisitorum apparet; sed N. potius suo no-
 „mine contraxit; neque Creditores sciverunt eum So-
 „cium vestrum esse, ut ipsi fatentur, dum vos clan-
 „destinos ejus Socios appellant. Ad quoscumque er-
 „go Creditor in contractu non respexit, illi eidem
 „non possunt dici obligati. Ubald. Gratian.
 „Felic. de Societ, etc. Conf. Barboz. et Tabor. L.
 „17. Cap. 41. §. 15.

Nota: Muito mais se presume que o Cré-
 dor deo dinheiro ou mercearias ao Socio em no-
 me proprio, e não em nome da Sociedade, quan-
 do entre o Crédor e o tal Socio havia particu-
 lar amizade; quando assim se collige de cartas,
 ou dos Livros de razão, etc. Ansal. de Com-
 merc. Disc. 46. a n. 18.

§. II.

De fórma que, e compendiando o exposto nesta
 These “Tria requiruntur, ut ex contractu Socii al-
 „ter Socius conveniri possit: Primum, quod adsit
 „mandatum tacitum vel expressum: Secundum, quod
 „nomine Societatis contraxerit: Tertium quod Cre-
 „ditor omnium fidem sit secutus,, Olea de Cess.
 jur. Tit. 4. Q. 8. n. 31.

Nota: Aliás in dubio potius contrahens cum
 Socio præsumitur cum illo contrahe uti priva-
 to, quam uti Socio: Guerreir. Tr. 4. L. 6. Cap.
 4. n. 81.

These 4.^a

§. 12. Por mais que hum dos Socios faça contractos em nome Social, e assim expressamente; por mais que os Crédores expressamente acceitem as suas obrigações em nome de toda a Companhia; se contudo essas obrigações do Socio assentão sobre causa, que não pertence verdadeiramente á Sociedade, e negociação regulada pelos seus pactos, não ligão para com os Crédores aos mais Consocios, Torr. de Pact. L. 3. Cap. 10. n. 40. et 41. ibi = *Necessarium est illud requisitum, quod Socius contrahat super re spectante ad negotium commune ad hoc ut obliget; aliàs enim si Complementarius, Institor, Præpositus, sivè Socius contrahat extra negotia Socialia, et extra ea, quibus fuit præpositus non obligat Consocium, etc. Michalor. de Fratrib. P. 3. Cap. 48. n. 2. Valasc. Cons. 98. n. 3. Cyriac. Contr. 147. n. 6. Felic. de Societat. Cap. 30. Sub. n. 7. ibi = Quando unus Socius contrahit nomine proprio, ac etiam Sociorum, est advertendum ad ipsius Societatis formam. Nam si ea inspecta apparet contractum initum ad Societatem non pertinere; et esse quid extra Societatem; et tunc solus contrahens erit obligatus Creditori = Rocc. Selectar. Cap. 100. a n. 13. Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 27. Defin. 1. Torr. de Pact. L. 3. Cap. 10. n. 52. Altimar. tom. 4. Q. 25. n. 300. Guerr. Tr. 4. L. 6. Cap. 4. a n. 82.*

§. 13.

„ Ideòque (infeere Felic. de Societ. Cap. 30. n. 9. et 10.) qui contrahit cum Socio, cautus esse debet, ut inspiciat Societatis formam, an in ea appareat, quod auctoritatem habeat contrahendi no-

33 luntate Societatis nomine nihil agere debeat; an ve-
 35 ró conventum, ut possit, sive, an libera Societa-
 33 tis nomine contrahendi licentia concessa, an veró
 35 nihil conventum. Primo casu, unius Socii factum
 33 non obligabit alterum, nisi probari possit, creditum
 33 in utilitatem Societatis esse versum. Secundo casu,
 33 si contractus de rebus ad Societatem pertinentibus sit
 33 initus, reliqui Socii tenebuntur in solidum. . . Ter-
 33 tio casu, si hæc libera contrahendi facultas alteri
 33 Sociorum ab altero non sit concessa, solus contra-
 33 hens obligabitur, etiam si Societatis nomine contra-
 33 xerit, nisi pecunia in Societatis utilitatem conver-
 33 sa; ut hinc semper cautè Creditori attendendum,
 33 an alteri Societatis nomine contrahendi vel tacite,
 33 vel expressè facultas sit concessa.

These 5.^a

§. 15.

33 Supposito què Coccey Jus Contróv. L. 17. Tit.
 2. Sub rubr. = *De Sociis cum extraneis contrahen-*
 33 *tibus* = Q. 2. propondo esta Questão = *Si Socius*
 33 *secundum Societatis legem contraxit*; an Creditori
 33 detur actio adversus reliquos Socios, licet versio
 33 non probetur, nec præpositus sit? = résolve esta
 33 Questão, ut ibi = Negatur. Nam nemo ex suo fa-
 33 cto alium obligare potest; abhorret ab hac Sen-
 33 tentia tota ratio juris Civilis, ubi perpetua obli-
 33 gatio est inter solos contrahentes, atque ita in pra-
 33 xi obtinere testatur Lauterb. pag. 299. in fin. Mev.
 33 ad Jus Lubec. P. 3. Tit. 9. Art. 5. n. 4. Atque
 33 hinc merito Carpzov. P. 2. Cap. 7. Def. 12. no-
 33 tandus, qui Socios simpliciter et semper in soli-
 33 dum esse obligatos contendit; verum et ratio juris,

„ uti antè jam dictum est, rei obstat, et ipse quoque
 „ loquitur expressè de casu; ubi pecunia in commu-
 „ nem Societatis usum versata est, quo casu omnino
 „ in solidum tenentur; etc. Ainda que Coccey pro-
 „ segue propondo e resolvendo as objecções, ut ibi
 „ = Obj. (1.º) quod Socii unam repræsentant perso-
 „ nam. Resp. Nullibi hoc dicitur. Obj. (2.º) Quod
 „ de substantia Societatis sit communio bonorum,
 „ et quod illa confusio faciat totum corpus utrinque
 „ commune. . . Resp. Bona ipsa non fiunt communia;
 „ sed solum lucrum ex illis bonis invicem communi-
 „ catur! Neque talis confusio per Societatem fit,
 „ etc.

§. 16. Comtudo quando, como na especie desta The-
 se, e desta Questão, o Socio mostrando as suas fa-
 culdades contrahe para o negocio Social, e conforme
 os facultados poderes, ficão obrigados todos os Con-
 socios, que lhos concederão, sem que o Crêdor seja
 obrigado provar a effectiva versão em utilidade da
 Companhia: Assim com mais razão o dizem outros
 DD., com os quaes Torr. de Pact. L. 3. Cap. 10.
 n. 51. ibi = Vel Socius contrahit nomine Societatis,
 „ et tunc distinguendum est; aut enim negotium So-
 „ cietatis est restrictum ad unam tantum mercaturæ
 „ speciem, puta, aromatariæ, vel similis, et quia ta-
 „ citum mandatum Consocii, seu Complementarii est
 „ ad dictam speciem restrictum, si contrahat Socius
 „ in mercatura panniña forsan non posset obligare
 „ Consocios ex defectu mandati, nisi probetur versio
 „ in utilitatem Societatis. . . Aut Societas non est ita
 „ restricta, sed exercet mercaturam in genere; et tunc
 „ pariter denuo distinguendum videtur: Aut enim agi-
 „ tur inter eosdem Consocios, et non probata versio-
 „ ne, et utilitate Consocii non tenentur. Aut agitur

cum extraneo contrahente; et tunc sufficit quod
 contractus fiat nomine Societatis, ad hoc ut dicatur
 factus in causam Societatis, ut licet post detegatur
 falsum non debeat præjudicare extraneo contrahenti
 bona fide. *¶* et c. Muler ad Siriv. Exerc. 22. thes.
 44. pag. 1486. Col. 2. ubi = Si tamen Creditor ex-
 traneus ex contractu à præposito Societatis nomine
 et *secundum propositionis legem* inito agit contra
 unum Socium, licet in solidum, hanc versionem
 in Societatis utilitatem probare non tenetur. *¶* Con-
 cordão Micha'or. de Fratr. P. 2. Cap. 48. a n. 29.
 Gratian. for. Cap. 279. a n. 18. Felic. de Societ.
 Cap. 3. on. 12. et 13. Voet. ad Pand. L. 17. T. 2.
 n. 14. Olea de Cess. jur. Tit. 4. Q. 8. no. 32. ubi
 = Cæterum, quoties Socius contrahit juxta Societa-
 tis formam, Socius alter obligatur, tametsi So-
 cius pecunias in Societatis utilitatem non conver-
 tat; quia licet ipse Socius ut ex suo contractu con-
 socium sibi obliget, et teneatur probare contractum
 in utilitatem Societatis versum fuisse. L. Jure So-
 cietatis ff. Pro Soc.; tamen id respectu extranei
 contrahentis non procedit, quid non tenetur curare
 diversione pecuniæ: tunc commodum Societatis.
 Doutrinas que assas confutão a opinião de Cocyte.
 (§. 14.) Adde Card. de Luc. de Credit. Disc. 86.
 Sub. n. 10. et Disc. 160. n. 14. *¶* *Thase 6.º* leg. I. que de Temp.
 §. 17. *¶* Quando hunc dos Socios contrahem nomine pro-
 prio, e não obriga a Sociedade e Companhia, por
 faltarem as circunstâncias que ficão expostas nas pre-
 cedentes Theses, sempre o que contrahem com o So-

cio tem a acção de *in rem verso* encarregando-se da prova de que o contracto que celebrou com hum dos Socios se converteo em utilidade commum da mesma Companhia. Struv. Exerc. 22. thes. 44. Cocey Jus Controv. L. 17. Tit. 2. Sub. rubr. = *de Soc. cum extran. contrab.* = Q. 1. Michalor. de Fratr. P. 48. n. 5. et 6. Stryk. de Caut. Contract. Sect. 2. Cap. 10. §. 12. Olea Tit. 4. Q. 8. n. 33. in fin. Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 27. Definit. 1. Acção do Crédor, que só he fundada em equidade: Rocc. Select. Cap. 100. n. 7.

Nota: Mas neste caso não são obrigados *in solidum* e só *pro rata*: Mul. ad Struv. Exerc. 23. thes. 44. pag. 1486. Col. 2. Veja-se Stryk. infra citat. §. 20.

§. 18.

A prova desta versão em utilidade da Companhia deve ser concludente: Rocc. Select. Cap. 100. n. 19.: Ella he difficil, mas por isso mesmo bastão conjecturas: Felic. de Societ. Cap. 31. n. 29.: Geralmente diz Stryk. Us. mod. L. 12. Tit. 1. §. 74., Cum „*difficilis sit versionis probatio; non adeo rigidus esse debet iudex, ut occultarem semper, et necessariam probationem exigat; sed sicuti in aliis difficilioribus probationibus, ita et hic conjecturas et præsumptiones admittere potest.*„ Propondo Antonell. de Temp. Legal. L. 1. Cap. 53. esta Questão = *An identitas pecuniae probetur conjecturis?* Responde affirmativamente; e accrescenta „*Inter conjecturas illa est præcipua quæ colligitur ex brevitate temporis; præsumitur enim facta solutio de eadem pecunia quando modicum intercessit intervallum; etc.* E ao proposito de que tractamos, expõe o citado Felicio as conjecturas proprias, ut ibi =

Prima quarum est, quandò unus ex Sociis emit
 lanas, et post earum emptionem ab altero Socio
 fuerint confecti plures panni, nec constat, quod eo
 tempore emit alias lanas; nam præsumitur, quod
 ex lanis emptis confecti fuerint, et sic quod versæ
 fuerint in Societatis utilitatem.... Si Socius macel-
 li emit animalia, et constat eo tempore in macello
 fuisse occisa animalia, præsumitur, quod illa em-
 pta occisa fuerint, et sic versa in Societatis utili-
 ratem. Secunda conjectura est, si Socius a cæteris
 Sociis, uti vir probus, et prudens approbatus fuit:
 Stante enim tali approbatione præsumitur quod ab
 eo gesta in Societatis utilitatem gesta fuerint.....
 Tertia est conjectura, si Socius librum rationis,
 et negotiationis et administrationis ledere recusat,
 in quo constare assèritur res emptas fuisse conver-
 sas in utilitatem Societatis..... Quarta et ultima
 est conjectura, si per testes probetur res emptas ab
 uno ex Sociis conductas fuisse in domo communi
 Sociorum: Ex hoc enim præsumuntur conversæ in
 communem utilitatem, etc. Outras semelhantes
 conjecturas ao proposito se veção no Card. de Luc.
 de Credit. Disc. 72.

Nota: O Citado Rocca Select. Cap. 100.
 figura hum caso celebre a este respeito. Bassetto
 contrahio Sociedade com João sobre negociação
 de Aromataria, na qual Bassetto poz o Capital
 e João a industria. Toma João dinheiro a Cam-
 bio em uome proprio da mão de Francisco; e
 o mette no negocio. Demanda Francisco a Bas-
 setto pela acção de *in rem verso*; e quer prefe-
 rir a Bassetto Crêdor do Capital da Sociedade,
 que João devia: Defendeo Rocca o partido de
 Bassetto por muitas razões que omitto; e lhe dá

preferencia na divida do seu Capital contra o Cambio dado por Francisco a João, ainda que esse dinheiro fosse convertido na compra da Aromataria, em que havia entre Bassetto e João a negociação.

These 7.^a

§. 19.

Sæpe solent Socii inter se convenire, ut per communem Præfectum Societatis, vel Institorem administrent; quo deinceps constituto, obligantur Socii ex Institoris administratione propter communem præpositionem. . . . Utrum vero ex hoc pacto Socii pro rata obligentur an verò in solidum, disquirendum est. Constat equidem Socios communi consensu contrahentes tantum obligari pro rata. Ast verò ubi unum Societati præponunt, per quem contrahunt cum extraneis, durius videtur, ut hi, qui cum uno contraxerunt postea distringantur in plures adversarios, atque inde etiam in exercitoria actione cautum est; ut plures exercitores in solidum teneantur. . . . Cæterum si alter ex præponentibus solidum solvit, ejus partem postea Societatis iudicio consequitur. . . . Et hanc decisionem præcisè pertinere ad casum, ubi Socii Institorem præposuerunt negotiationi, etc. Stryk. Us. mod. L. 17. Tit. 2. §. 27. Conf. Valasc. Cons. 98. n. 10. Felic. de Societ. Cap. 30. a n. 31. Michalcr de Fratr. P. 3. Cap. 48. a n. 12. Luc. ad Gratian. Cap. 279. n. 5. 6. 7.

Nota: Porém pelo uso das Nações cada hum dos Socios, que assim simultaneamente propõe Institor a huma Negociação. commum, só fica obrigado *pro rata* e não *in solidum*; e ca-

da hum conforme a parte de Capital, com que entrou para a Sociedade; e, sendo demandados, livrão-se da acção cedendo, e dimittindo tudo quanto entregarão á fé do Institor. Voet. ad Pand. L. 14. Tit. 1. n. 5. Tit. 3. n. 2. in fin., e L. 17. Tit. 2. n. 13. in fin. Additio ad Felic. de Societat. Cap. 30. ad n. 32.: Isto he mais racional (Veja-se as Notas ao §. 19. e ao §. 31.

Em que casos estão ou não os preponentes responsaveis aos Crédores, que mutuárão dinheiros ao Institor? Veja-se largamente Bagn. Cap. 53. tot., Rocc. Selectar. Cap. 102. tot., Michalor de Fratr. P. 3. Cap. 48. a n. 14. Pereir. Decis. 40., Mendez L. 4. Cap. 5. §. 3. Ansaldo. de Commenc. Disc. 45. et 46.: Em que casos o Institor *durante aut finito Officio* pôde ser directamente demandado? Veja-se Sily. ad Ord. L. 3. T. 86. §. 23. a n. 30. Guerr. Fr. 4. L. 5. Cap. 8. a n. 43. Luc. Ferrarjs vbo *Procurator*, etc., et ad omnia Addentes ad Bologn. de Commenc. L. 1. Cap. 4. a n. 27. Sed Veja-se omnino Stryk. Us. mod. L. 14. Tit. 3. §. 4. et 5.

These 8.^a §. 20. Idem erit dicendum (continúa Stryk. Us. mod. L. 17. Tit. 2. §. 28.) Si pactum tale inter Socios initum sit, *ut unus ex Sociis et non extraneus Societati prepositus sit*. Operatur enim hoc pactum, inter Socios initum, ut singuli ex facto Socii Institoris obligentur in solidum. Quia iniquum visum fuit eum, qui cum uno contraxit pos-

„tea in plures adversarios adstring. „ Conf. Valasc.
 Cons. 98. n. 7. Cocey Jus Controv. L. 18. Tit. 2.
 Sub. rubr. = *De Sociis cum extraneis contrahent.* =
 Q. 1. Brunnem. in L. 82. ff. Pro soc. n. 4. Felic. de
 Societ. Cap. 30. n. 15. et a n. 31. e Mul. ad Struv.
 Exerc. 22. thes. 44. pag. 1487. Col. 1. Veja se
 = Singuli Socii.

Nota: Aliter *ex hodierno usu*, que neste
 caso só ficão obrigados pro rata e não in solidum
 Voet. ad Pand. L. 17. Tit. 2. §. 13. in fin.,
 judicatum Guerr. Tr. 4. L. 6. Cap. 4. n. 45.
 (Veja-se Not. ad §. 31.)
 §. 21.

„Hoc tamen non aliter intelligitur (declara
 „Stryk. supra) quam si Socius nomine Societatis
 „contraxerit: Si enim proprio nomine, et non tan-
 „quam Socius præpositus egerit, Societatem haud
 „obligat, quoniam hujus, non Societatis fidem secu-
 „tus est, qui cum Socio, sed non qua tali, contra-
 „xit (Conf. supra §. 10.): Quod si tamen contra-
 „ctus in utilitatem Societatis contractus sit, veluti
 „si pecunia ab hoc præposito accepta mutuo in ar-
 „cam communem fuerit versa, æquum omnino est,
 „ut Societas obligetur (Conf. §. 16., 17.) Sic enim
 „obligantur singuli Socii, quasi ipsimet contraxis-
 „sent: Unde hoc casu magis pro rata, quam in so-
 „lidum eos obligari vult Lauterbach. . . In hoc tamen
 „hic Institor Socius ab extraneo, de quo in §. præ-
 „cedenti actum, differt, quod ipse obligetur Credi-
 „tori, quòcum contraxit, in solidum, ita ut etiam
 „ex bonis propriis solvere cogi et executio in ea fie-
 „ri possit. Extraneus Institor de suo regulariter præ-
 „stare nihil cogitur; nam Institor Socius eam nego-
 „tiationem simul proprio nomine exercet, de ejus

„ lucro participat; et ita meritò quoque proprio no-
 „ mine obligatur, etc. Conf. de Luc. de Credit. Dis-
 curs. 87. n. 10.

§. 22.

Tambem esta These 8.^a justamente se declara
 por Muler. ad Struv. Exerc. 22. thes. 44. pag. 1486.
 Col. 1. in fin. et Col. 2. in pr. ibi = Si Socius præ-
 „ positus formam præpositionis neglexerit, et exces-
 „ serit, ipse solus, uti sibi acquirit, ita etiam exin-
 „ dè obligatur illis, cum quibus contraxit... etiam-
 „ si nomine Societatis contraxerit, et Societatis sive
 „ Sociorum nomina simul expenderit.... Hinc si
 „ Socius, ut incerto loco communem negotiationem
 „ exercent, præpositus sit, ipse verò extra illum lo-
 „ cum contraxerit, reliqui ejus Socii exindè obligan-
 „ tur vel minimè... Idem dicendum, si Societas de
 „ certo negotiationis genere, v. g. de negotiatione
 „ vinaria, frumentaria, aromataria sit contracta, ei-
 „ demque unus ex Sociis præpositus; ipse vero eme-
 „ rit coria, pannos, vel alias merces, aut fundum
 „ sivè prædium, licet Societatis nomine... Item si
 „ ad negotiandum constitutus donaret; vel Cambiis
 „ exercendis merces emeret., (Conf. Thes. 4. et 5.)

These 9.^a

§. 23.

„ Si duo vel plures mercatores aliquam certam
 „ negotiationem gerunt per se ipsos, et simul eam
 „ exercent in eodem loco; et unus ex eis celebrat ali-
 „ quem contractum *pertinentem ad illam negotiatio-*
 „ *nem*, non erunt obligati ex eo singuli in solidum,
 „ sed quilibet tenetur proportionè, quam habet in il-
 „ la negotiatione, et sic dumtaxat proportionè sua po-

„terit conveniri, sive ea sit æqualis. . . . Et sic qui-
 „libet eo casu potest conveniri *pro rata* sua tan-
 „tum, * et non in solidum ex contractu celebrato
 „per unum ex illis, Ita Valasc. Cons. 98, n. 4.
 Conf. Voet. ad Pand. L. 17. Tit. 2. Sub. n. 13. Ve-
 „ja-se. *¶ Si per se omnes communiter*, etc. Arouc. in
 L. 2. §. 1. ff. de rer. Divis. n. 192. Veja-se. *¶ Illud*
etiam = Bolan. de Comm. L. 3. Cap. 4. n. 22.
 in fin. *¶ Nota*. O mesmo Valasc. Sub. n. 4. refe-
 „re opinião contraria, e com justa razão; porque
 „quando todos promiscuamente tráfico na mes-
 „ma terra, e no mesmo negocio, não podem di-
 „solver-se reciprocamente, propostos, ou todos por
 „um: E, ainda que o fossem, repugnava o uso
 „de algumas Nações, de Iquo. Not. ad §. 18.
 „Essa mesma opinião contraria refutada por Va-
 „lasc. segue com muitos; Muh. ad Struv. Exer-
 „c. 22. thes. 44. pag. 1487. Col. 2. Veja-se. *¶ Si in*
mobijam predicto casu, aonde refere Statutos con-
 „trários de outras Nações.
 „*These 10.*

§. 24.

„Quando inter se conveniunt Socii, ut quidquid
 „unus Sociorum faceret, illud perinde haberi de-
 „beat, ac si ab omnibus Sociis esset gestum: Sic
 „quasi singuli in solidum Societati prepositi viden-
 „tur. Utrum vero ex unius contractu reliqui quoque
 „Socii hoc casu in solidum teneantur, queritur? Et
 „quidem distinguendum esse iudico: Utrum proprie-
 „tati nec dedit, an vero tanquam Socius? Priori
 „casu reliqui non obligantur (Conf. §. 17) Ut ut

„ enim pactum hoc jus facit inter paciscentes; ter-
 „ tius tamen, quocum Societatis nomine nihil ac-
 „ tum est, ex hujusmodi pacto contra reliquos actio-
 „ nem habere non potest (Conf. §. 9. et 10.); nam
 „ Creditor hoc casu nequidem voluntatem habuit alios
 „ præter eum, quocum contraxit, sibi obligandi...
 „ Posteriori casu eadem obtinet decisio, quam antea
 „ jam formavimus, si Institor nomine Societatis ege-
 „ rit, ubi ostendimus singulos tali conventionē obli-
 „ gari in solidum (Conf. §. 19. et 20.): Hoc pactum
 „ etiam tacitè aliquandò inde colligitur, si Socii sin-
 „ guli separatim negotia quædam exerceant; vel si
 „ plures Socii in una statione promiscuè negotientur,
 „ etc. Ita Stryk. S.* §. 29.

Declara-se melhor esta These com o que se
 expõe no §. 39. e sua Nota.

*These II.**

§. 25.

„ Succedit pactum, ut Socii conjunctim nego-
 „ tientur, ita ut alter sine altero Societatis nomine ni-
 „ hil agere, vel contrahere possit. Hujus pacti ea vis,
 „ et potestas est, ut si unus Socius Societatis nomi-
 „ ne, et de rebus ad Societatem spectantibus contra-
 „ xerit; tamen reliqui Socii exindè nullo modo obli-
 „ gentur, quoniam cum Socio non contractum est
 „ secundum formam Societati præscriptam (Conf.
 „ §. 11.)... Limitat tamen Lauerbach. de Oblig.
 „ Socior. §. 162. hanc Sententiam in casu, quo Cre-
 „ ditor probare paratus est rem illam in Societatis
 „ utilitatem versam esse; quia ita obligatio quoad
 „ reliquos Socios ex ipsa versione deducenda est (Conf.

§. 16. et 17.) Ita Stryk. S.^a §. 30., et de Caut. Contract. Sect. 2. Cap. 10. §. 14. Mul. ad Struv. Exerc. 22. thes. 44. pag. 1487. Col. 2. y. III. Si duo.

These 12.^a
§. 26.

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

* Nota: As palavras = *pro parte sua* = entendem-se ex Stryk. supra = *pro illa parte, quam in Societate habent* = Felic. supra: “Sed hoc fallit quando fuit dictum, quod teneantur *in solidum*. Item fallit, si Socii sint alicujus negotiationis quæ à publico decernitur: Item tenentur ex secundaria obligatione proveniente ex dolo et culpa. Etiam fallit, ubi Socii insimul venderent animalia, puta pecudes; quia ædilitia actio proponi potest contra quemlibet ex Sociis in solidum, dummodo proponatur contra eum, qui in animalibus habet majorem partem, non autem minorem. Item fallit stante consuetudine, quod omnes teneantur in solidum: Item fallit stante statuto: Insuper fal-

lit considerato quoad invicem respectu, ex-
 tranei fidejussores dicuntur. Nam licet respectu
 ipsius obligationis contractæ non dicantur in
 solidum obligari, tamen considerati uti fidej-
 jussores, in solidum tenentur. Ita Fellic. de
 Societ. Cap. 30. a. n. 34. ad 38.: Quanto a
 mim basta esta ultima limitação, nem me admira
 da inadvertencia de Valasc. na Theses absoluta
 que firmou d.º n. 6.: Porque, quando uniuos
 Socios contrahem simultaneamente, ficão *co-Reos*
debendi, e neste Reino obrigados in solidum
 como reciprocos fiadores, ainda que assim o não
 exprimão, por argumento da Ord. L. 4. tit. 59.
 §. 4.º Lim. ibidem n. 8.º Cald. de Empt. Cap.
 133. n. 52. Arouc. na L. 15. off. de Legib. n. 10.
 Pereir. Dec. 85. n. 6.º Peg. 74.º For. Cap. 48.º §.
 29.º Signanter quanto aos Socios que se obri-
 gão como Correos, que ficão in solidum obri-
 gados ao Crédor, como reciprocos fiadores. Hen-
 riq. Coccy. Vol. 2.º Disp. 13.º de Cautione Cor-
 reali §. 13.º *Theses 13.º*
 Quanto aos arrendamentos das rendas Reaes, e
 Sociedades que sobre ellas contrahem os arrematantes,
 deixado o que dizemos no DD. 30.º temo a L. de 22.º de
 Dezembro de 1761. que no Tit. 2.º §. 13.º determina
 Prohibo que daqui em diante se estipulem os re-
 feridos contractos com franquas Ordenas que sem
 ellas se fação. Consistindo a segurança da Minha
 Real Fazenda, e em primeiro lugar nas qualidades
 dos arrematantes, ou de serem todos pessoas conhe-
 cidas, e de bom nome e crédito. Em segundo lugar

„ em ficarem todos os seus Socios presentes e futu-
 „ ros, e os que com elles tiverem interesse obrigados
 „ cada hum in solidum á Minha Real Fazenda, pos-
 „ to que não assignem os contractos, porque a quali-
 „ dade de interessados os constituirá sempre fiadores
 „ legaes na sobredita fórma... E Hei logo por nul-
 „ los e de nenhum effeito todos os contractos celebra-
 „ dos contra o que tenho disposto acima ao dito res-
 „ peito.

These 14.

§. 28.

He frequente a Sociedade em que hum dos So-
 cios põe o capital, outro a industria, e agencia na ne-
 gociação que destinão, e convencionão: Neste caso
 pois, se o Socio que põe a industria contrahe divi-
 das ainda mesmo para a convencionada negociação;
 se recebe dos Negociantes maiores a credito as mer-
 cearias respectivas á negociação mesma, etc.; nestes
 casos e semelhantes não tem os Crédores dessa So-
 ciedade acção contra o Socio, que poz o Capital,
 mais que até os limites do mesmo Capital, sem que
 elle fique pelos seus proprios bens obrigado ás divi-
 das, que com excesso do emprego do Capital contra-
 hio o Socio, que poz a industria, Fontanell. Dec.
 506. a. n. 11. et 17. Ansaldo de Commerc. Disc. 98.
 n. 40. ibi = Ubi negotium erigitur cum certo et li-
 „ mitato capitali, Créditores solummodo habent ob-
 „ ligatum idem capitale, nullamque actionem exerce-
 „ re possunt adversus alia bona ejus qui negotium
 „ evexit et Discurs. 4. n. 14. Mantie. de Tacit.
 L. 6. Tit. 22. n. 8. Michalor. de Fratr. P. 2. Cap.
 48. n. 23. *¶ Sed hæc communis* = Guerreir. Fr. 4.
 L. 6. Cap. 4. n. 88. Card. de Luc. de Credit. Disc.

87. n. 11. *ubi plures alios refert.* Altimar. de Nullitat. tom. 4. Q. 25. n. 262., 265., 278., 301., Carol. Anton. de Luc. ad Gratian. Cap. 279. a n. 9. et n. 17.

§. 29. *com razão.* Porque esta Sociedade conforme a intenção dos contrahentes he restricta, e limitada ao Capital do que o põe, e á industria do outro; ao risco, e ao lucro do mesmo Capital; sem que se possa subentender, que o que pöz o capital se quiz expor á perda de mais, ou a quaesquer dividas, que o que põe a industria haja de contrahir com excesso do mesmo Capital, como bem raciocina Fontanell. Decis. 506. a n. 21., e o segue com outros muitos de Luc. ad Gratian. Cap. 279. a n. 9., Concordão os DD. citados no §. 25.: O mesmo Fontanell Decis. 506. responde admiravelmente a todos os contrarios, entre os quaes se póde contar Muler. ad Struv. Exerc. 22. thes. 44. pag. 1487. Col. 1., ainda que propondo ambas as opiniões nenhuma firma; antes, pondo esta em ultimo lugar, he visto seguilla. Veja-se infra Not. ad §. 33.

Sobre todos o melhor, que escreveo neste ponto, foi Ansaldo. de Commerc. Disc. 98. a n. 58. aonde distingue varios casos, ut ibi. =

„ Primus est, quando agitur de vera et formali
 „ Accomandigia; quia nimirum aliqui negociandam
 „ pecuniam tradiderunt tertiæ personæ, sive Instito-
 „ ri, qui sub proprio nomine, vel alterius Socii ra-
 „ tionem administret, non autem sub nomine Accom-
 „ mandantium; tuncque certum est, quod iidem Ac-
 „ comandantes non possunt teneri pro facto ipsius
 „ Institoris ultraquàm posuerunt in illo negotio;
 „ cum Accommandans dicatur deponens, et Accomman-

dita nihil aliud significet, quam depositum pro ne-
 gotiatione ineunda, et sic idem Accommandans fit
 quidem Socius ob interesse, quod habet in illo de-
 posito, sed per modum participationis, non pro-
 prietatis, aut veræ et propriæ Societatis * ... tam
 ex lege Accommanditæ, quam ex dispositione statu-
 ti Florentini; quoties Accommandantes non sunt no-
 minati; Creditores dici nequeunt contraxisse cum
 ipsis Accommandantibus non nominatis, sed solum
 cum ipsa ratione, vel personis nominatis: Ideoque
 non possunt Accommandantes in hoc casu teneri er-
 ga eosdem Creditores; nisi ratione rei, seu illius
 limitati capitalis, cum quo contribuerunt ad effor-
 mandam illam rationem, ac personam formalem
 seu intellectualem; et cum qua Creditores tantum-
 modo contrahunt. O...
 Porristol iustamente diz com muitos DD.
 Merlin de Pignorib. L. 2. Tit. 2. Q. 76. que
 obvias opinões procedunt in terminis Sociorum
 unde video non videntur posse adaptari contra eum
 qui in Societatem habet simplicem partici-
 pationem quia non videtur esse Socius, etc.:
 Neste sentido he que procedem sem duvida as
 obnoctrinas citadas no §. 27. * * Conf. supra §. 9.
 et 10. = idem...
 Secundus est casus (continua Anald. in 60.),
 quando idem Accommandantes (impropietamen-
 tes) permiserunt expendi proprium nomen vel ab-
 solute, vel conjunctim cum illo Institoris: Et in
 his terminis quia restii contrahentes intollerunt ha-
 bere obligata illa nomina, sub quibus Societas non
 copatur, et cantat, parum refert, quod limitatum
 fuerit, nec ne capitale; cum pro tota summa per-

sonaliter semper adstringantur nominati in illa ratio-
ne; adeo ut potius revera congruat Accomandan-
tibus nomen Socii; et potius sit Societas; quam
Accomandita ad effectum, ut (quidquid sit inter
eosdem Socios) favore tamen tertii tenentur omnes
in solidum, et ultra capitale.

Nota: Este segundo caso já varia de cir-
cunstancias: O que põe o capital para participar
dos lucros mediante a industria do outro, se
transforma Socio pela permissão de que o Insti-
tutor contracte em nome delle, e obrigue: Adver-
tindo o mesmo Ansaldo. Sub n. 68., que basta
Sive quis subscribat, vel patiatur proprium no-
men subscribi et expendi, ut teneatur in soli-
dum, Bem como "Institor dicitur ille, quem
dominus passus fuit, ut negotiationem quæ-
tuariam administraret, per hoc enim videtur ip-
sum præponere suum Institorem, ut obligatus
remaneat ex contractibus gestis cum eodem
Institore tacite præposito, etc. Veja-se Bagn.
Cap. 53. n.º 8. com as declarações que expõe
n.º 9.: Veja-se também Guerr. Tr. 4. L. 5. Cap.
8. n.º 71. et 72. §. 32.
Nec facit illa ratio (prosegue Ansaldo. n.º 61.
et 62.) quod obligatio representetur in illo cor-
pore Societatis: Undè contrahentes sibi imputent,
nisi perspexerint et investigaverint qualiter, et
quantitatem Societatis eorum, cum quibus contra-
hant: Quoniam doctrina hæc, seu conclusio venit
intelligenda in alio, qui potest esse tertius casus,
nempe quoties Societas cantat sub nomine Tertii, et
Sempronii cum dictione cæterata seu de Companhia;
quia profecto quoad alios Socios non nominatos,

„ ac solum inclusos sub illo nomine e Companhia,
 „ si quis velit illos habere obligatos, debebat inves-
 „ tigare quantitatem ab eis positam in negotio, et pro-
 „ pter quam concurrebant ad ipsam personam forma-
 „ lem Societatis efformandam. Sed ista non militant
 „ quoad expressè nominatos; nam eorum nomen ve-
 „ nit semper sub obligatione personali contracta cum
 „ Crèditoribus; et accessorjè sequuntur bona, *exemplo*
 „ *Navem exercentis; in quo ad normam in L. Nec*
 „ *quidquam ff. de Inst. act. et L. Habebat §. fin.*
 „ *ff. de Inst. non curatur quam quisque portionem*
 „ *in ipsa Navi posuerit, sed attenditur, an exer-*
 „ *cuerint* * &c. Reflectèdo, quod alias, si obliga-
 „ tio nominatorum restringeretur ad capitale, repu-
 „ gnaret adversus prædictam rationem fundatam in
 „ simplici negligentia Creditorum; qui non perquisi-
 „ verunt quantitatem ipsius capitalis; duæ aliæ lon-
 „ gè fortiores: I. quia possent Nominati; et per
 „ se, vel per alios Administrantes confingere in libris
 „ credita insubsistentia, vel simulata, et crumenam ra-
 „ tionis per ablationem pecuniæ imminuere; et sic ut
 „ dicitur fallit corn à bolsa chea, absque eo, quod
 „ nec etiam de hoc argui possent; immò absque eo,
 „ quod ullo modo decoquerunt; cum jactura apparens
 „ reduceretur ad solam partem capitalis, libera eo-
 „ rum persona, et bonis remanentibus ab omni obli-
 „ gatione; quo nihil absurdius. Et 2.º, quod si No-
 „ minati, et Administrantes, qui pariter optimè, im-
 „ mo magis scire debebant quantitatem capitalis per
 „ eos immissi, voluerunt contrahere ultra sphæram
 „ ejusdem capitalis, ipsi furent primi, qui violarent
 „ scienter limites ejusdem restricti capitalis; et con-
 „ sequenter nullâ æquitas, aut ratio pati debet, quod
 „ Nominatis possibilis (ut prima parte) et efectiva
 „ ac propria (ut in secunda) fraus patrocinetur.

* Equipara Ansaldo, e equiparação os DD. para o fim da obrigação in solidum, os Socios com os Institores e Exercitores das Náos: Pelos costumes do Belgio, em que escreveo Voet já citado nas Notas ao §. 18. e 19., os Institores, os Exercitores, os Socios só são obrigados pro rata abrogado o Direito Romano: Outros DD. da mesma Nação dizem o mesmo, refere Stryk. Us. mod Liv. 14. T. 7. §. 16. aonde argue Grot. de Jur. Bell. et Pac. L. 2 Cap. 11. §. 13., em quanto defendeo menos justo nesta parte o Direito Romano, referindo Strykio ahi hum Aresto conforme a este Direito: Porém Thomaz. Not. de Us. hodiern. L. 14. tit. 1. pag. 175. mais favorece o partido de Grocio, que o de Strykio: Entretanto neste Reino vemos o Aresto apud Guerreir. Tr. 4. L. 6. Cap. 4. Sub. n. 45.

§. 33.

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

Nota: Se neste caso o proposto á Negocia-

ção entra com parte de capital, he o unico nomeado, e contrahe sem menção d'outro Socio que poz parte do capital; he bem certo que só contra elle tem acção os Crédores, porque só seguirão a fé e credito d'elle, e ninguem mais tiverão em vista, nem tão pouco a Companhia (§. 7., 9., 10., et 29.): Se elle só põe a industria e contrahe em seu nome, fica obrigado como Institor pessoalmente aos Crédores, segundo as distincções dos DD. citados na Nota ao §. 18. *¶. = Em que casos =*: Se contrahe além dos limites do capital recebido, só a elle he imputavel o excesso; e não tem depois regresso contra o preponente, porque excedeo a commissão segundo as distincções, que expõe Bagn. Cap. 53., e Guer. Tr. 4. L. 5. Cap. 8. a n. 41. Mas nunca podem ser os que pozerão o todo ou parte do capital directamente demandados pelos Crédores, que não seguirão a sua fé, nem intencionarão obriga-los, etc. Vejam-se os citados DD.

§. 34.

„ Quintus denique casus est, quive dedit ansam
 „ cum pluribus æquivocis subortis in hac materia:
 „ Utrum in abstracto Socii in contractu Societatis
 „ inter eos factæ, vel in præpositione alicujus Insti-
 „ toris *se obligassent habere ratum, et gratum to-*
 „ *tum id, quod a Consociis, seu ab eodem Institore*
 „ *ferit occasione Societatis?* Cumque in his termi-
 „ nis prævaluerit illa distinctio; nimirum, quod So-
 „ cii *respectu Tertii contrahentis teneantur in so-*
 „ *lidum*, inter se vere fieri debeat repartitio pro ra-
 „ ta, ut etiam notavit Thesaur. lb. 4. for. Q. 30.
 „ n.º 1., et 2.: Hinc hujusmodi distinctio generavit
 „ non modicam confusionem, ut increpando Felic. de
 „ Societ. Cap. 30. n. 32., monet idem Thesaur. Sub.

n. 3. Siquidem putarunt DD., idem esse, quod
 Socius teneatur in solidum erga Creditores, ac te-
 neatur ultra portionem capitalis ab eo immissi, et
 tamen toto celo distat una conclusio, siue unus ef-
 fectus ab altero. Ponamus enim, quod tres Socii
 constituerunt Societatem, et eorum unus ponat pro
 capitali scuta 1000; alii vero duo pro quolibet
 500; Societas autem debitum contrahat in scutis
 2000; inter autem ipsos Socios fieri debet pro rata
 repartitio hujus quantitatis ad portionem capitalis
 cum illa aurea regula, quæ nuncupatur *del tre*. Sed
 si Societas contrahat debitum in quantitatem scuto-
 rum 3000, et in hoc casu satis non est dicere, quod
 Socii teneantur in solidum erga Creditores contrahen-
 tes, sed oportet transire fœtum gaditanum, seu
 plus ultra columnas Herculeas, nempe ad examen,
 utrum unusquisque ex Sociis remanet obligatus in
 solidum de proprio, et ultra capitale usque ad inte-
 gram satisfactionem Creditoris? In qua sane quæ-
 sitione valde familiari et quam solam vidit actam, et
 propositam a Thesaur. L. 14. Q. 30. hic impu-
 gnans Osasch. Decis. 156. et testans fuisse resolu-
 tum per Senatum Pedemonanum contra eundem
 Osasch. inquit; Socii teneantur ultra capitale, quia
 omnes Socii, vel sunt veluti principales, veluti ad
 invicem fidei iutores, et Thesaurum, sequi videtur
 ex ensor Decis. 6236. At necoratio Thesauri ad mo-
 dum stringit, quia generaliter sumpta destrueret
 omnes Accumandas, et omnes Societates initas
 cum limitatione certæ capitalis administrandi per
 Tertium Institorem, vel a terru vel Sociis. Proin-
 deque, quoniam ipse Thesaur. L. 14. Q. 30. non dicitur,
 quod per iudicem, diligenter inspicienda erunt capi-
 tula Societatis, et crederem, quod non solam pondera-
 ratio debeat, van ex contextu liquet, quod Socii

„ voluerint se obligari ex facto alterius *indefinitè*
 „ (cum potius expertus fuerim capitula consimilia
 „ continere certum capitale, et limitatas facultates);
 „ verum etiam, an ex eisdem capitulis appareat, *quis*
 „ *deberet esse nominatus*; ut ex eo possit cognosci,
 „ an secundum distinctionem casuum; de qua supra;
 „ *voluerit subire indefinitam obligationem propriè*
 „ *nominis*, et consequenter cum accessoria subjugatio-
 „ ne omnium bonorum; *intelligendo tamen in subsi-*
 „ *dium, seu discusso prius capitale Societatis, quod*
 „ *est primario obligatum.*

Nota: Este quinto caso figurado por Ansaldo deve receber ainda as distincções de Struv. e Stryk. que ficão expostas nos §§. 7., 8., e 23., e coincidem com elle: Quando a Sociedade se fórma com hum fundo de certo capital, em que os consocios entrão com igual ou desigual porção, sim ficão, segundo as distincções dos casos expostos nas precedentes Theses, obrigados *in solidum*; mas este *in solidum*, equivoco com que alguns DD. se explicão, deve entender-se dentro dos limites do capital; e não deve entender-se, que cada hum se obriga ao solido além do capital; ou pelos seus proprios bens; a menos que no contracto da Sociedade haja huma clara expressão, de que cada hum se obriga *in solidum* e por seus bens: E isto por mais exuberantes que sejam as facultades concedidas aos Propostos e Institores para negociarem, contra hirem Cambios, etc., porque todas essas clausulas, faltando aquellas especificas obrigações *in solidum* e pelos proprios bens, se restringem até os limites do capital, e nunca ao excesso delle; ou do equivalente a elle. He notavel a hypothe-

se, que figura Fontanell. Decis. 504. no principio; aonde figura huma Sociedade com hum capital de 200 libras, e com amplissimas faculdades concedidas aos Propostos: Mas como faltou obrigarem-se os Socios especialmente in solidum, ou pelos proprios bens; defendêo Fontanella naquella e seguintes decisões, que nenhum dos Socios ficou responsavel pelos excessos de dividas que além do capital contrahirão os Propostos; nem cada hum além do que poz de capital na Sociedade, etc.

Na Decisão 509. transcreve Fontanella a Sentença que n'esse caso, o mais disputado proferio o seu Senado: E porque he digna de nota, tambem aqui transcrevo parte em favor de quem carecer daquella Obra:

„ Tamen, quia Societas, sicut reliqui contractus,
 „ ex conventionem legem accipit, et contrahentes ultra eorum intentionem obligari non possunt, quæ
 „ deprehendenda est ex verbis Instrumenti, sub quo
 „ redigitur Societas; et sic ex verbis supra notatis capitulationum dictæ Societatis; ex quibus apparet
 „ Consociis statim in initio, cum primum de negotiatione agunt non ipsos dixisse quod negotietur
 „ summa infinita, sed negotietur ab Hispania ad Italiam; ex quibus verbis designatio locorum inferri
 „ potest, non summæ; et prima verba, quibus ea exprimitur, limitatam quantitatem continet, id est
 „ 200 libras, et sic Societatem finitæ quantitatis;
 „ et constat ex Cap. 10. capitulationis egisse Consocios in tota Societate de negotiatione finita, non
 „ generali: Ideoque ex natura Societatis finitæ non
 „ sequitur obligatio omnium bonorum; et consequenter illa inducenda est verbis capitulationis, quæ nul-

33 libi sunt expressa ea vi, ut solida obligatio nasca-
 33 tur: Nec verba 7.^m Capituli mutant naturam So-
 33 cietatis: nam etsi data esset infinita facultas dandi,
 33 et recipiendi pecunias ad Cambium restringenda
 33 esset juxta naturam rei, de qua agitur, et subje-
 33 ctam materiam, et sic tanquam facultas tributa in
 33 Societate limitata, in qua potestas omnis et facul-
 33 tas regulatur à capitali ex natura Societatis; non
 33 quodo in Societate aliquorum bonorum dari non pos-
 33 sit facultas infinita et sumendi pecunias ad Cam-
 33 bium, si id contrahentes agant; quemadmodum
 33 in actione de *peculio*, et *quod jussu*; quantum il-
 33 la limitata est intra *peculium*, et hæc, si id pater
 33 egit, infinita est, et excedit *peculium*. Verum Su-
 33 cius in dicta capitulatione non ita egerunt, sed limi-
 33 tando Societatem facultatem infinitam præstarent;
 33 imò facultatem restrinxerunt sub his verbis *tot ad*
 33 *rischi, et perill' do la presenti Compagnia*, quæ
 33 verba ad totam clausulam referuntur, et illam de-
 33 clarant; scilicet quod periculum ad Societatem per-
 33 tineret: Societas autem erat 200 librarum, et sic
 33 facultas dandi et recipiendi pecunias ad Cambium
 33 limitata intra eam quantitatem; periculum enim spe-
 33 ctare ad aliquem in jure nihil aliud est, quam il-
 33 lum obligatum esse ad periculum præstationem, id
 33 est ad damnum, quod ex periculo suo ultat; da-
 33 mnum vero versari poterat in amissione pecunia-
 33 rum, si transvenerentur, si merces ex pecunia com-
 33 paratæ naufragio perirent. . . Nec corrigenda est
 33 intentio contrahentium contra eorum verbi et in
 33 grande ipsorum dispendium, quod verisimiliter cre-
 33 didi non potest, nisi expressis verbis obligatio ab eis
 33 nisi eum dasum condeputari sent. sup. præponens non
 33 obligator ex scientia ultra pactum in Societate ex-
 33 pressum, ac in ultimo extra conventionem teneatur.

„ ex contractu. Et fraudem non committunt Socii ad-
 „ versus Creditores; quia copiam habere potuerunt
 „ Instrumenti Societatis, et videre pactiones, sub qui-
 „ bus, coita est. . . . Error namque Creditorum non
 „ est modus inducendi obligationem, sed conventio.
 „ Hinc fit ut actio sequatur naturam obligationis:
 „ Et quemadmodum obligatio capitalis est, et in-
 „ tra capitale; sic actio est intra capitale, et non ul-
 „ tra: Et tamen datur in solidum unicuique ex Cre-
 „ ditoribus adversus quemlibet ex Sociis ne qui cum
 „ uno contraxit distringeretur per singulos actionem
 „ dividere (Sentença da L. 1. §. ult. L. 2. 3. 4. ff.
 „ de Exercitor.) pro portione, quam habent, singuli in
 „ Societate (Conf. Not. ao §. 31.), et sic actio est
 „ intra capitale non pro parte, sed in solidum; ut con-
 „ tingit ei, qui cum servo plurium contrahit, nam
 „ si unamquemque ex Dominis in solidum convenire
 „ potest, non tamen ultra peculium quod constitui-
 „ tur ex portionibus cæterorum dominorum. Et cum
 „ ex meritis processus constet jam dictum Boxados
 „ partem suam contulisse Societati et Societatem ob-
 „ æratam esse nulla superest obligatio; nec actio ad-
 „ versus eum, etc.

These 15.ª de geral.

Os estilos Mercantis attestados uniformemente
 pelos Negociantes de grosso tracto, e acreditados,
 sendo em si justos sem iniquidade; são os que mere-
 cem a primeira attenção para a interpretação do du-
 vidoso dos seus contractos, ou das palavras technicas
 delles; e devem os Julgadores regular-se por delles,
 ainda que pareço contrarios ao Direito; e mas sem-
 pre com as advertencias e precauções que recommendão
 aos Magistrados Anual: de Commerc. Disc. geral a

n. 41. Card. de Luc. de Emption. Disc. 5. n.º 7: tetigit Guerr. Tr. 4 L. 6. Cap. 4. n. 89. Id Ansald. Discurs. 72. a n.º 24., (aonde adverte que as suas Attestações são abandonaveis *in iis que concernunt juris articulum* = Conf. Salgad. in Labyr. post Tract. Dec. 7. Sub. n.) Veja-se etiam Bagn. Cap. 53. a n.º 19. Cabed. Ar. 63. Peg. 2.º for. Cap. 14. n.º 122. a pag. 994. et seq. com os que cita.

Quando aquelle Socio, que poz o Capital tem o direito da preferencia contra o que emprestou dinheiros ao que no Negocio poz a industria: E quando o que poz o Capital não seja obrigado recebe-lo senão em moeda como o poz, e não em mercearias, Veja-se Rocc, Select. Cap. 100. a n.º 20.

Supplemento á These 15.º

„ Plus discere poterit studiosus juris in his ma-
 „ teriis ex menstrua conversatione cum mercatoribus,
 „ quam ex annua evolutione Juris-Consultorum. So-
 „ lent enim in talibus controversiis ipsi Mercatores
 „ judicium suum ferre, vel consilium dare, quod *pa-*
 „ *rere* vocant: Adde Schilter et Beyer. ad hunc tit. „
 Ita Thomaz. Not. de Us hodie. ad Pandect. L. 14.
 Tit. 13. pag. 178.: O Cod. de Sardenh L. 2. Tit.
 16. Cap. 2. §. 5. dá aos Negociantes hum voto de-
 cisivo ou pelo menos consultivo; quando elles não
 tem interesse no negocio; de que se tracta.

Depois de feita esta Dissertação tive noticia, sa-
 hira á luz humia Obra intitulada = *Direito Mercan-*
til = Em quanto não a vejo, não posso julgar se nes-
 te Artigo, em que dissertei, será util, ou inutil esta
 Dissertação, que não faria se tivesse noticia daquella

Obra: Depois a vi, e não tracta a materia desta Dissertação.

Supplemento ao todo.

O moderno Cod. Civ. da França Art. 1862., 1863., 1864. absolveo mais rigorosamente as Theses referidas, reduzindo tudo substancialmente a estas tres.

1.ª Nas Sociedades outras, que não sejam as do Commercio, os Associados não são obrigados in solidum pelas dividas Sociaes; e hum dos Associados não pôde obrigar os outros, se estes lhe não tem conferido o poder.

2.ª Os Socios são obrigados para com o Crêdor, com quem elles tem contractado cada hum por huma somma e partes iguaes, ainda que a parte de hum delles na Sociedade fosse menor; se o acto não tem especialmente restringido a obrigação desta sobre o pé desta ultima parte.

3.ª A estipulação, que a obrigação he contrahida por conta da Sociedade, não liga mais que ao Socio contractante, e não aos outros; a menos que estes não lhe tenham dado poder; ou que a cousa se não tenha convertido em proveito da Sociedade.

DISSERTAÇÃO V.

Analyse da generalidade da Ord. Liv. 3. T. 59. no principio, e no §. 8.º, e DI. 1.ª e Consuetudinarias práticas, que das mesmas generalidades, e das suas intrinsecas razões se deduzem.

Supplemento ás Segundas Linhas sobre o Processo Civil, e á Nota dellas 472.ª e seguintes.

Razões oppostas á nossa Lei.

Não assigna esta Ordenação razão alguma em que funde a sua disposição, tão absoluta e universal, só com as poucas limitações, que se achão debaixo do mesmo Título depois daquella generalidade: Porém eis aqui o que a ella se oppõe. 1.º No Direito Divino achamos geralmente authorisação em todo o caso az prova por duas ou tres testemunhas; Deuteronom. Cap. 17. v. 6. Math. Cap. 18. v. 16. Job. Cap. 8. v. 17. Paul. ad Corinth. Cap. 13. v. 1. Ad Ephes. Cap. 10. v. 18.; 2.º Pelo Direito Natural o consenso uniforme de testemunhas legaes prova huma verdade, Coccey Jurisprud. Nat. et Roman. nov. system. §. 682. e Jus Controv. L. 22. T. 5. Q. 1.

§. 2.

3.º Pelo Direito Civil: A Lei 1. ff. de fid. Instrum. diz: "Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; et ideo tam testimonia, quam personæ instrumentorum lo-

„ cõ habentur. „ O Imperador na L. In exercendis
 15. Cod. de Fid. Instrument. decidio. „ In exercen-
 „ dis litibus eadem vim obtinent, „ tam fides Instru-
 „ mentorum, quam depositiones testium. „ A Novell.
 73. Cap. 5. ainda exaggerou mais, dizendo: „ Ea
 „ quæ viva voce dicuntur, „ et cum iurejurando, hæc
 „ digniora fide, quam scripturam ipsam secundum se
 „ subsistere. „ Conduz Cicer. in Orat. 1.ª in Verrem:
 „ Omnis spectatio iudicium, aut in tabulis aut in tes-
 „ tibus est. „ Test. in §. II. Inst. de Iur. iur. stipul.
 „ Manifestissimis probationibus, vel per scripturam,
 „ vel per testes idoneos approbaverit) etc. (1) (2) (3) (4)

4.º No Direito Canonico o Papa Innocencio III.
 no Cap. 10. de Fid. Instrumentor. decidio. 5.º Tan-
 „ tal fides adhibeatur Instrumento (confesso, „ quantã
 „ foret duobus testibus idoneis adhibenda. (1) (2) (3) (4)
 4.º (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) (14) (15) (16) (17) (18) (19) (20) (21) (22) (23) (24) (25) (26) (27) (28) (29) (30) (31) (32) (33) (34) (35) (36) (37) (38) (39) (40) (41) (42) (43) (44) (45) (46) (47) (48) (49) (50) (51) (52) (53) (54) (55) (56) (57) (58) (59) (60) (61) (62) (63) (64) (65) (66) (67) (68) (69) (70) (71) (72) (73) (74) (75) (76) (77) (78) (79) (80) (81) (82) (83) (84) (85) (86) (87) (88) (89) (90) (91) (92) (93) (94) (95) (96) (97) (98) (99) (100)

Nas Leg. slações modernas notamos o mesmo. O
 Codice Civil do Imperador José II. e de Sabóya, só
 determina, quaes são as especies de provas; quaes os
 escriptos particulares, quaes os públicos, etc., e em
 nenhum caso se requer escriptura para prova, ou para
 substantia de acto: Na moderna Roma, e nos Estai-
 tutos, que commentou Constantino, se nota o mesmo.
 imo em toda a quantia se a creditão os escriptos par-
 ticulares, conprovaes dos

Pelo Direito Canonico he o privilegio (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) (14) (15) (16) (17) (18) (19) (20) (21) (22) (23) (24) (25) (26) (27) (28) (29) (30) (31) (32) (33) (34) (35) (36) (37) (38) (39) (40) (41) (42) (43) (44) (45) (46) (47) (48) (49) (50) (51) (52) (53) (54) (55) (56) (57) (58) (59) (60) (61) (62) (63) (64) (65) (66) (67) (68) (69) (70) (71) (72) (73) (74) (75) (76) (77) (78) (79) (80) (81) (82) (83) (84) (85) (86) (87) (88) (89) (90) (91) (92) (93) (94) (95) (96) (97) (98) (99) (100)

Na antiga Franca por humas Ordenações, que
 refere Domus Lois Civiles pag. 16. art. 12.º e pag.
 212. no lit. do Prelacio, se devia provar por escri-

Leis semelhantes, Romanas e Canonicas, e de outras Nações, em que a escriptura se requer para prova; e se não admite a de testemunhas.

§. 5.

Pelas Leis Romanas se requer prova por escriptura (1.º), quando se tracta do Mandato do Principe, L. 1. Cap. de Mandat. Princip.; (2.º) para prova do Clericato, L. siqua per calumniam Cod. de Episcop. et Cleric. (3.º) quanto aos actos judiciaes, L. 5. §. penult. Cap. de rec. arbitr. (4.º) quanto aos actos de jurisdicção voluntaria, como adopção em emancipação, L. fin. Cap. de adoption. L. 2. §. penult. Cap. de emancipat. (5.º) a doação que excedia 500. soldos, L. 34. Cap. de donat. (6.º) o Prazo Ecclesiastico, Novell. 7. §. 1. (7.º) quando o menor, que se disse maior, quer provar, que o não era, mas menor, L. 3. Cap. si minor se maior. dix. (8.º) contra a propria confissão feita em instrumento só se admite prova por outro, L. 13. Cap. de non numer. pecun. L. 25 §. fin. ff. de probat. (9.º) no caso da L. 31. ff. de Jurejur. Outros mais casos se podem vêr em Gothofred. na L. 17. C. de Pact. Not. 51.

§. 6.

Pelo Direito Canonico he necessaria escriptura (1.º) para prova do Privilegio, Cap. Ad Audientiam. 13. §. de Privileg. Cap. Porro 7. eod. tit. Cap. 7. eod. tit. in 6.º (2.º) para a alienação dos bens da Igreja, Cap. 1. §. de his quæ fiunt a Prælat.

§. 7.

Na antiga França por humas Ordenações, que refere Domat. Loix Civiles pag. 16. art. 12. et pag. 212. no fim do Prefacio, se devião provar por escri-

ptura pública todas as convenções que excedião 100 libras (que na nossa moeda são 160000 rs.)

Razões intrinsecas da nossa Ordenação, ainda que nella não expressas.

§. 8.

O nosso Reinicola Valasco de Jur. Emphyt. Q. 7. n. 12. excogitou estas: (1.º) "*Quod brevius ex-*
 „ *pediuntur lites ex probatione scripturæ: (conso-*
 nat. Ord. L. 3. T. 25. in princ. ibi: "*Porque as*
 „ *demandas que são fundadas em escripturas pú-*
 „ *blicas devem brevemente ser acabadas.,)* (2.º)
 „ *Ne copia probationum pereat: ,, (3.º) Quia scri-*
 „ *ptura judicat magis firmam et deliberatam volun-*
 „ *tatem partis; et ideo omnes termini præjudicia-*
 „ *les jubentur a partibus subscribi, aliter non præ-*
 „ *judicant, ut est cautum in Ord. L. 1. T. 24. §.*
 „ *19 20. 21. et T. 70. §. 5.: (4.º) Potest lex scri-*
 „ *pturam requirens fundari in timore corruptionis*
 „ *testium. Quas rationes ad legem Regiam L. 3.*
 „ *T. 59. adnotabis, quia illa lex nullam ponit ex-*
 „ *presse.,* Accrescenta o mesmo Valasc n.º 19. que
 „ *quantumcumque testes sint legalissimi, non ideo*
 „ *admitterentur, quando lex requirit probationem*
 „ *per scripturam.,*

§. 9.

Destas razões só attingio a ultima o nosso Cald. de Potest. Elig. Cap. 7. Sub n. 3.: Na verdade esta, quanto a mim, he huma das razões mais fortes da nossa Ordenação; porque mais facilmente se corrompem testemunhas para jurar falso, do que se fabrica huma escriptura falsa, Boehmer. ad Pandect. Exerc. 65. Cap. 2. §. 6. et §. 12. X. *Nam ut recte; aon-*

de accrescenta que "*gravis pro instrumentis facit*
 „ *presumptio, tum quod in his etiam testes adhi-*
 „ *beri solent; tum quod in instrumentis auctoritas*
 „ *personæ, cujus fides publice est approbata, tan-*
 „ *toque minus suspicioni obnoxia, interveniat, etc.*"

§. 10.

Tanto maior he a quantia ou valor da cousa, que se disputa em Juizo, quanto mais pode animar a hum avaro, e cego da avareza para corromper testemunhas com dadas, na esperança do vencimento. Por isto he que a nossa Ordenação suppondo que por 4000 rs. de bens de raiz, ou 60 de moveis ou dinheiro, ninguém se cegará, e chegará ao ponto de corromper testemunhas, admittio a prova por ellas; mas não no valor ou quantia excessivos daquella taxa. Ob minimum nemo præsimitur animam suam dampnare, Barb. Tab. 16. 11. Cap. 39. ax. 10.

Não lo Napoleão idiota em Direito, e que nunca cultivou a equidade, mas só a iniquidade; porém alguns Sábios Cidadãos, que votarão no novoCodigo (quando elle ainda Consul sup da Nação) renovando ali a antiga Lei já referida por Domar, (§. 7.) e augmentando a 150 francos os 100 da Lei antiga, existo pela variedade do tempo, hum delles, o Conselheiro de Estado Bigot-Preameneu deliberou assim: "Tas
 „ osas regras, cujas bases não são sido consigna-
 „ das na Ordenação de Moulins dem. 1566, ob
 „ que tem sido desenvolvidas na Ordenação do
 „ 1671. Sobre o procedimento Civil. Seria
 „ impudencia não manter hoje medidas, que se
 „ má se os homens têm, supbis de não longó
 „ tempo, feito respectar como indispensave."

Tem-se mesmo querido fixar na 150 francos,
 em lugar de 100 francos, a somma, que não
 se poderá exceder sem huma prova escripta;
 tendo respeito a toda a differença que existe
 entre o valor do dinheiro na época destas
 Leis, e o seu valor actual. — Póde-se porém
 perguntar, porque razão alli tomou tantas
 precauções para garantir de infidelidade tes-
 temunhas para os interesses pecuniarios pouco
 consideraveis, em quanto para a honra e a
 vida ella admite estas mesmas testemunhas? —
 Não se admittem no Juizo Criminal as provas
 vocaes, e não por necessidade. Os crimes
 commettem-se nas trévas; e ordinariamente
 não ha outras provas possiveis mais que as das
 testemunhas, etc. A prova testimonial he mes-
 mo admittida em materia Civil quando aquel-
 le, que intenta huma demanda, não tem hum
 titulo para a justificar, etc.,
 Melhor, para sustentar as Leis antigas
 (conformes á nossa Ord.) renovadas nesse no-
 vo Codigo, discorréo o Cidadão Jaubert (bem
 conforme ás razões do nosso Valasco §. 8.) tra-
 tando da necessidade de provar as convenções,
 ut ibi: “Homens de huma igual boa fé não re-
 contão elles muitas vezes de huma maneira
 diferente o que tem visto, ou o que tem ouvi-
 do? E sem querer calumniar a especie huma-
 na, qual he o Seculo que não tenha sido tes-
 temunha de numerosos exemplos de má fé e
 de perjurios? — Seria pois perigoso entregar
 a sorte das convenções a testemunhas huma-
 nas. — Se nós não tivéssemos mais que a tra-
 dição oral, que virião a ser a maior parte das
 convenções, quando os annos tivessem altera-

do ás suas o seu rasto ou vestigio? Que erros, que incertezas, que processos; em fim que objectos de triumpho para a injustiça? — Convém pois ao Legislador estabelecer, para a prova das convenções, regras que sejam, quanto possível, independentes da moralidade individual, e que ajudem ao mesmo tempo a surmontar as difficuldades, que a successão dos annos traz naturalmente. — Assim a prova literal tem sempre parecido a mais segura. — Quanto aos factos, seria preciso bastantes vezes confiar-se á prova testimonial. As acções puramente fysicas, quasi sempre instantaneas, quasi sempre obra de hum só, não podem ser provadas por escriptos. — A respeito das convenções, como ellas são o fructo da reflexão de muitos, e os contrahentes podem dar certa forma á sua redacção, o Legislador póde exigir que ellas sejam redigidas por escripto; elle póde declarar, que não admitirá alguma prova testimonial; elle deve mesmo declaralho para interesse de todos, para acautellar hums do seu erro, ou da sua facilidade, para impedir os outros de abusarem da sua má fé; para prevenir os processos; e para assegurar a estabilidade das propriedades. — Ha mais de dois Seculos que a prova litteral das convenções não tinha sido prescripta mais do que para os objectos, que excedião o valor de 100 francos; mas o nosso projecto não propõe exceptuar mais que os objectos que excedão 150 francos, etc.,

Accrescento, que quanto maior he a importância do objecto que ha de depender de provas, e em que póde haver falsidade, tanto mais

se empenhárão os Legisladores a exigir maior número de testemunhas, como mais difficeis de corromper muitas que poucas: O nosso Legislador nos testamentos escriptos exige seis testemunhas com o escriptor; nos Nuncupativos seis, nos Codicillos (em que não ha instituição de herdeiro) cinco; e nas nomeações dos Prazos tres, Cald. de Potest. Elig. Cap. 7. a n. 1. *Periculum ubi magis intenditur, ubi plenius est consulendum*, Barboz. Tabor. L. 14. Cap 34. ax. 21. Signanter. Manz. de Testam. T. 4. n. 51. Outra razão adequada está na L. fin. Cod. de Fideicomis ibi: "*Lex etenim, nequid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium exposulat: ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.*" E por tanto o nosso Britto no Cap. Potuit. de Locat. P. 3. §. 6. n. 20. assenta, que esta nossa Ordenação foi introduzida em favor do bem público *principaliter ad tollendas falsitates in re gravioris præiudicii*, etc.: Nem a Ord. Manoelina. Liv. 3. T. 45., nem a Filippina L. 3. T. 59. exprimirão a sua razão, nem os nossos Reinelicolas recorrerão á Alfonsina: Esta pois no Liv. 3. T. 64. depois de prenotar no §. 2. os perniciosos effectos das demandas, dá no §. 3. as razões que tenho conjecturado: As suas palavras vão no Appendix.

CONSECTARIOS QUE SE DERIVÃO DESTAS LEIS.

CONSECTARIO I.

Quando se obtem Provisão de Dispensa da Ordenação para se admittir a prova de Direito commum, devem as testemunhas ser Legaes, sem reprova, e cuja fé equivalha á de huma escriptura publica.

§. II.

He a Ordenação Filippina L. 3. T. 59. compilada da Manuelina L. 3. T. 45.: No tempo da Manuelina, e antes da publicação do novo Regimento do Desembargo do Paço, datado em 1586, e impresso no fim do L. 1. da Manuelina, não podia o Desembargo do Paço dispensar a Ordenação, para se provar qualquer contracto pela prova do Direito commum; mas era privativa do Rei esta dispensa; e já então era necessario, que na súpplia ao Rei se declarassem as testemunhas, com que o contracto se pertendia provar, como se nota em Gam. Decis. 32. e em Valasc. de Jur. Emphyt. Q. 7. n. 13. e Sub. n. 19.

§. 12.

O novo Regimento do Desembargo do Paço por El-Rei Filippe no §. 76. concedeo a este Tribunal passar Provisões para se poder provar pela prova do Direito commum, posto que a quantidade passe de 1000 rs. não passando de 2000 rs.: E assim em quantia excessiva de 2000 rs. se recorria ao Soberano, como se nota no Decreto de 29 de Julho de 1677

transcripto em Peg. tom. 7. á Ord. pag. 503. no fim: Mas o ultimo Regimento de 24 de Julho de 1713 absolutamente sem limitação de somma concedeo a este Tribunal facultar Provisões para provas de Direito commum em Causas, em que não forão partes os Procuradores da Corôa, Fazenda ou Fisco.

§. 13.

Nôta-se porém nos nossos Escriptores Coevos, que quando antes do novo Regimento do anno de 1586 se recorria em todo o caso ao Soberano para dispensar a Ord. Manuelina L. 3. T. 45., não só era necessário se nomeassem (como hoje) na supplica as testemunhas, que se havião de produzir, ex Gam. Decis. 32., mas a legalidade dellas era o fundamental das graças, e só depois de produzidas essas legaes testemunhas, como nos adverte Valasc. d. Q. 7. Sub n. 13. et Sub n. 19.

§. 14.

Ainda mesmo quando depois do Regimento de 1586, e antes do de 1713 se recorria ao Principe nas quantias excessivas de 2000 rs. e a elle reservadas no dito §. 76. só a legalidade das testemunhas produzidas era o maior e mais principal fundamento da graça e dispensa, como se nota no dito Decreto de 29 de Julho de 1677 ibi: "Hei por bem que possa provar, pela prova do Direito commum pelas testemunhas que tem dadas, o conteudo na dita Petição, sem embargo da Ordenação em contrario, vista a legalidade dellas."

§. 15.

Não se deve suppor que outro seja, ou possa ser, o espirito do Tribunal Palatino, o mais illuminado do Reino, quando hoje pela geral permissão do Regimento de 1713 concede Provisões para prova do Direito commum, em todo o caso sem limitação de

somma ou valor: Porque se o serem legaes ás testemunhas era o fundamento essencial das dispensas dos Soberanos, (§. 13. e §. 14.) o Tribunal não he, nem se deve suppor mais authorisado para conceder o que os Soberanos não concedião; isto he, para em todo o caso, e por quaesquer testemunhas illegaes e suspeitas se poderem com essa dispensa provar os contractos, quando só a proposta legalidade das nomeadas e já produzidas era nos Soberanos a causa, por que dispensavão a Lei.

§. 16.

A clausula de antigo costumada, (§. 11.) e hoje ainda praticada em todas estas Provisões = Que não poderá produzir mais testemunhas que as relatadas na súplica = qual seria nesse tempo, e qual deverá ser hoje o seu mysterio? Lá nesse tempo não era outro, senão porque como só depois de produzidas as testemunhas se impetravão estas dispensas, e como na súplica não só se relatavão as produzidas, mas para obter a dispensa se representava a legalidade dellas, e esta legalidade era a causa fundamental das dispensas, (§. 11. e §. 14.) por isso he que se não permittia a producção de outras, de que não era demonstrada a legalidade.

§. 17.

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

§. 18.

Na verdade : Se advertimos que os Romanos nos casos graves referidos no §. 2. exigião escriptura pública, não se satisfazendo com provas de testemunhas; se recordamos as razões intrinsecas da nossa Ordenação, e da semelhante da antiga França, razões pelas quaes os Legisladores exigirão escripturas públicas; necessariamente nos devemos persuadir que, quando a Lei se dispensa para se provar qualquer contracto pela prova do Direito commum, não he para que possa provar-se por quaesquer testemunhas illegaes, mas só por testemunhas, cuja fé seja tão incontestavel como a de huma escriptura pública; e testemunhas em que não podesse haver corrupçao, odio, amor, interesse ou paixão alguma.

§. 19.

O que se dispensa (e com qualquer causa apparente) he o não se ter celebrado escriptura; mas não se dispensa, que aonde a Lei exigia a escriptura por aquellas razões, e para obviar corrupções e falsidades de testemunhas pela gravidade do negocio, possa haver huma prova por testemunhas corruptiveis, e cuja fé não equivalha á de huma escriptura: Só cessão as razões da Lei com huma prova tão legal, que equivalha, e faça cessar as mesmas razões: A dispensa he stricta por natureza Peg. tom. 2. ad Ord. pag. 39. n. 93. Barboz. Vot. 58. E de se dispensar a omissão de celebrar escriptura, não póde subentender-se dispensada a necessidade de huma prova tal, que equivalha a escriptura.

Arestos que tem havido a este respeito escriptos e antigos.

§. 20. O
Em Gama Decis. 32. se nota, que se não julgou provada huma promessa para casamento, porque humas testemunhas não foram nomeadas na supplica, outras são inconcludentes; huma era irmão, e outra medianeiro. No mesmo Gama Dec. 372. se nota julgado; que supposto neste caso não proceder a L. Testium, Cod. de Testib. (que requer cinco testemunhas para equivalerem a escriptura) com tudo são necessarias duas legaes. E por isso ahi se não julgou provado o contracto objecto dessa decisão; porque huma das testemunhas era criado, outra mercenario. Confer. Boss. de Dote Cap. 9. n. 153. seguido por Guerreir. tr. 2. Li. 7. Cap. 2. n. 89. onde que ou cinco testemunhas; ou duas *probatissime fidei*

Vemos em Peg. 3.º for. Cap. 34. desde o n. 371. e desde o n. 419. julgados provados com dispensa da Ordenação por testemunhas dous dotes; porque as provas que ahi intervierão são legaes e concludentes. No caso de Pereira Decis. 54. foi o Senado mais laxo em julgar provado hum dote por huma testemunha, que depoz da promessa que ella fez por mandato do Reo, junta outra que foi medianeira, e jurou da mesma promessa; ainda que ambas singulares de diversos actos, junta outra de huma confissão da Ré, e junta a confissão judicial da Ré, que sim promettêra dote, mas não tanto; confissão com que se admniculáram as testemunhas; (ut n. 14.) jun-

tando-se a tudo o favor do dote. Mas nota-se, que se tratava do dote a huma filha e genro, que ella era obrigada dotar; (ut n. 15.) e nota-se que a nenhuma daquellas testemunhas se arguiu defeito, mais que o ser huma dellas medianeiro, que Pereira contra Gama julgou ser atendivel.

Não applica bem Pereira n. 16. o que dos Proxenetos dizem as nossas Leis L. 3. T. 59. e L. 4. T. 2. §. 2. e L. 1. T. 48. §. 21., porque esses Proxenetos são Officiaes publicos, e com aquellas especialidades, que refere Solan. Cog. 5. a n. 28. et Cog. 12. Silv. ad Ord. L. 3. T. 59. §. 19.: Huns medianeiros, que não são Proxenetos de Officio e juramentados, etc., não são testemunhas legaes, senão quando as Partes são concordes em que elles jurem a verdade; Silv. supra a n. 2.; ou quando o seu depoimento se suppre com a legalidade de outras testemunhas; Silv. n. 4. Veja se Thom. Valasc. all. 72. n. 101. Urceol. de Transact. Q. 258. a n. 35.

Em fim Peg. l. for. Cap. 3. pag. 191. Col. 1. refere julgado, que o dote, maxime sendo feito a estranho (qual neste sentido se reputa todo o que não he ascendente; ex L. un. §. Extraneum. Cod. de re ux. act.) exige provas concludentes por testemunhas maiores de toda a excepção, porque tem contra si a presumpção sem escriptura. O mesmo apezar seu confessa julgado Guericir. tr. 2. L. 7. Cap. 2. n. 82. em hum caso, que do dote só depunhão duas testemunhas marido e mulher pobres: Isto he mais sem dúvida quando o dote não for por ascendente, e se impèirar Provisão para se provar pela prova de Direito commum, apezar do que se vê julgado em Pe-

reira Dec. 54. como attingio Silv. ad Ord. L. 3. T. 59. in princ. no 79. in fine.

CONSECTARIO II.

Pela razão mesma da Lei, e pelo exposto no precedente Consectario, não se defere suppletorio nas Causas, em que ha dispensa para provar o contracto pela prova do Direito commum.

§. 23.
E em Fegas tom. 7. á Ord. pag. 595. Col. 1. vem s' huma tenção do memoravel Senador Lopes Oliveira (que depois foi Procurador da Coroa) na qual deliberou ut ibi: "Cum per Diplom. fol. dispensatum sit ad hoc, ut non obstante Regiæ Legis L. 3. Tr. 59. dispositione, probatio testium admittatur; non inde sequitur, ut dispensationem extendamus: Et cum plene per testes negotium probatum non extet, aliam et penitus diversam probationem per juramentum suppletorium admittamus." Assim o seguio tambem o memoravel Senador Ignacio da Costa Quintella na deliberação transcripta por Franç. ad Mend. arest. 34. no 17.

Na verdade estas deliberações são essencialmente e a fundo dignas de seguir-se, não só pela auctoridade de seus Auctores; mas porque quando assim he necessaria huma prova plena e legal, não se admite o juramento suppletorio, que não he propriamente prova, Stryk, vol. II. Disp. 29. = *De causis juramentum suppletorium respicientibus* = §. 38. Heinecc. Exerc. 15. *De lubricitate jurisjurandi suppletorii* = §. 27. Berlich. p. 1. Conclus. 54. no 31. attingit Moraes de Execut. L. 6. Cap. 2. no 29.

§. 25.

Por outra parte: O juramento suppletorio não foi conhecido no Direito commum em Lei alguma expressa; mas só foi hum invento da Glossa na L. 31. ff. de Jurejur. imo tem repugnancia no mesmo Direito, como admiravelmente demonstrou o mesmo Heinec. a §. 15. A Glossa não he o Direito commum, de que fallão as nossas Leis, e as Provisões; mas só são Direito commum as Leis Romanas: As Provisões de dispensa como strictas (§. 19) são inampliaveis: Portanto he sem d'úvida que, quando se dispensa a nossa Lei para se admittir a prova do Direito commum, não ha lugar o suppletorio.

CONSECTARIO III.

Pela generalidade e razões intrinsecas da nossa Lei não se deve admittir a prova, que os Reinicolas chamão Mixta, sobre as condições, pactos, ou qualidades omittas na escriptura pública, que se celebrou do contracto.

Expõe-se o sentimento dos nossos Reinicolas.

§. 26.

O primeiro de todos, que eu saiba, foi Valasco de Jur. Emphyt. Q. 7. n. 34. a persuadir aquella prova mixta por testemunhas, sem repugnancia da Lei: Elle figura o caso: Se alguém por escriptura promette e se obriga ressarcir a outro todo o damno e interesse, então se admittem testemunhas sobre a quantidade do damno ou interesse, ainda que este exceda a quantidade da Lei; porque, diz elle, este caso he mixto, que (segundo esses DD. que cita) não se

comprehende na Lei, que não admitte prova de testemunhas além de certa quantia: Mas Valasco reprova essa opinião e essa razão; mas antes se funda 1.º que verificada por escriptura a obrigação de pagar o damno ou interesse, que no tempo da celebração da escriptura não podia logo liquidar-se, nem imputar-se ás partes a sua liquidação, para sobre o liquido recabar a obrigação, não podem depois liquidar-se os danos e interesses por outro modo, que não seja por testemunhas: 2.º funda-se na doutrina de Angel. Cons. 200 onde escreveo, que se por Lei municipal se não admitte prova senão por escriptura, basta que o facto principal se prove por ella; mas as coherencias, e as mais circumstancias, que liquidão o facto provado pela escriptura, são provaveis por testemunhas, attestando que assim se observava na praxe, e muitas vezes o vira observado no seu tempo. Accrescenta que, se huma escriptura he condicional, o implemento da condição para se poder accionar a escriptura na fórma da Ord. L. 3. T. 25. se póde provar por testemunhas.

Esta resolução de Valasco, quanto ao 1.º figurado caso, nada offende a generalidade e razões da nossa Lei: Porque a obrigação dos danos e interesses de futuro liquidaveis, ou venhão a ser poucos ou muitos, está na substancia provada por escriptura, que já comprehende a somma, que depois se vier a liquidar: Os danos são accessorios, e ao principio incertos, em cujo petitorio a Ord. L. 3. T. 20. §. 5. não exige se junte escriptura para prova delles; assim como exige que logo se junte (quando nos termos da Ord. L. 3. T. 59. he precisa) com o requerimento para a citação, como ua. Ord. L. 3. T.

I. §. 1., e T. 59. §. 4. nem com Artigos alguns, como na Ord. L. 3. T. 20. §. 22. e 23, nem com excepção, cuja prova dependa de escriptura, como na Ord. L. 3. T. 59. §. 9. Por outra parte a Ord. L. 3. T. 66. §. 2. não admittindo Sentença incerta na quantidade ou cousa, a permite sobre fructos e interesses, quando a obrigação delles he certa; e manda se liquidem na execução. Quid, se houver na escriptura pacto, que o Crédor poderá provar o damno ou interesse por seu juramento? Veja-se Moraes L. 2. Cap. 12. n. 8. Guerra á Ord. pag. 74. Quanto ao 2.º caso que figura Valasco, tambem nada offende a generalidade e razão da Lei: Porque para se liquidar o evento da condição, antes de accionada a escriptura condicional, se fórma e deve formar processo preambulo com citação de Parte; Moraes de Execut. L. 3. Cap. 1. a n. 100.; e esse Processo Judicial he mesmo escriptura. Nem na verdade o evento da condição pôde logo certificar-se na escriptura.

§. 27.

Cardoso in Praxi Verbo = *Probatio* = n. 8. referindo Angelo, e os mais que refere o citado Valasco (supprimindo este) diz em summa o que Valasco havia dicto. “*Probatio admittitur per testes in* „ *coherentiis et liquidationibus, ubi ex forma statuti* „ *non admittitur probatio nisi per instrumentum, quia* „ *sufficit probari factum principale per instrumen-* „ *tum: „* E assim deve entender-se Cardoso no sentido de Valasco, e nos termos precisos dos dous casos que elle figura, e illustrei na Nota.

§. 28.

Thomé Valasc. All. 72. n. 51. diz: “*Quando* „ *principalis contractus celebratus est in scriptura in-*

„teresse illius potest liquidari per testes: „ Até aqui
 convenho, e he conforme á nossa Legislação, sem
 offensa da generalidade da Ord. L. 3. T. 59., nem
 da sua razão: Mas em quanto continúa no n. 52. que
 „Ubi facta est scriptura publica de contractu, et
 „omissa fuit *aliqua qualitas*, quæ intervenit in con-
 „tractu, potest probari per testes, et dicitur proba-
 „tio mixta; „ nesta parte he opposto á generalida-
 de e razão da Lei, como logo mostrarei.

§. 29.

Barbosa á Ord. L. 3. T. 59. Princ. n. 5. figura
 o mesmo caso primeiro de Valasco de Jur. Emphyt.
 (que cita) “ Si promiserit quis per instrumentum res-
 „sarcire damnum et interesse, et quantitatem damni
 „probaverit per testes, etc. E póde salvar-se, como
 saivei a Valasco.

§. 30.

Gama Decis. 72. n. 3. e 4. tratando a Questão:
Se o consentimento do Senhorio para a alienação do
Prazo he provavel por testemunhas? Elle seguindo
 Valasco d. Q. 7. n. 32. (que falla em caso diverso)
 disse ao seu proposito do consentimento do Senhorio,
 que “ *Coherentia, tractatus et ejus preparatoria*
 „*per testes probari possunt, licet lege principalis*
 „*contractus nisi per scripturam sit probandus.* „
 Porém Gama nessa mesma decisão, e nesse mesmo
 principio he reprovado por Caldas de Extinct. Cap.
 II. sub n. 32. sustentando a generalidade da Lei, e
 admittindo só o caso e a doutrina de Valasco (acima
 illustrada na Nota ao §. 26.) ut ibi: *Cæterum li-*
 „*cit illius Senatus auctoritas apud me magna sit,*
 „*suspecta tamen ea traditio mihi est, nec satis effi-*
 „*caci argumento probatur. Nam Angel. d. Cons.*
 „*200. n. 5. longe aliud diversum tradit, nempe in-*
 „*teresse resultans ex contractu, quamvis ipse con-*

„ tractus, aliter, quam per scripturam probari ne-
 „ queat, per testes probari posse: quoniam inquit,
 „ interesse promissum, aut aliter debitum, nunquam
 „ posset exigi; quia taxari a principio commodè non
 „ potest, sed magis ex post facto liquidari. Concor-
 „ dat Valascus d. Q. 7. n. 34. ubi Jason in d. §. quo-
 „ niam, et plures alios referens, hanc esse commu-
 „ nem intelligens, legem Regiam, d. tit. 59. sim-
 „ pliciter loquentem, non esse extendendam ad hunc
 „ casum, mixtam habentem probationem testium, et
 „ instrumentalem, et ibi tandem Angeli rationem d.
 „ consil. probat. Quæ sane traditio nihil commune
 „ habet, cum consensu a domino directo præstando,
 „ qui licet respectu vendentis, et ementis, dici possit
 „ qualitas contractui cohærens: ipsius tamen domini
 „ consentientis respectu per se subsistit, non minus
 „ quam si quis tertius jus habens in re contractui con-
 „ sentiat, quem oportere per publicum instrumentum
 „ consentire, per d. l. Regiam Lib. 3. titul. 59. ne-
 „ mo est, qui ignoret. Quare illud arrestum supremi
 „ Senatus scrupulo non caret.

§. 31.

O Senador Almeida (depois de todos os cita-
 dos) na Alleg. 8. figurando a hypothese de huma ven-
 da por escriptura com o pacto de *retroventaendo* li-
 mitado a quatro annos, e não se declarando ahi o
 termo, a que havião de ter principio os quatro annos,
 se do dia da escriptura datada em 28 de Abril de
 1626, se do dia de São Miguel seguinte, como nesse
 acto, e depois d'elle na subscripção ajustarão o Ven-
 dedor e Comprador, votou *Almeida*, que a clausula
 omissa, quanto ao tempo em que havia de principiar
 o de remir (isto he desde o São Miguel) se podia
 provar por tesemunhas: Para assim o provar cita os
 mesmos DD. antigos, que havião citado Mendes Va-

-lascó, e com elles n. 7. et 8. diz, ut ubi., Verum
 „ quod dicere voluit, et scribere omisit, ex testibus
 „ quidem suppleri, et probari potest: Nam quando
 „ principale ex scriptura constat, admittitur probatio
 „ per testes ad declarandum et supplendum, quod
 „ in dicta scriptura deficit, vel continetur... Si lege
 „ municipali non admitteretur, probatio nisi per scri-
 „ pturam, sufficeret factum principale per ipsam pro-
 „ bari, cohærentia autem præparatoria, et reliqua
 „ liquidantia factum per testes.,

§. 32.

Depois destes o Senador apud Peg. 3.º for. Cap.
 34. n. 96. tratando de huma declaração omissa em
 huma scriptura dotal, diz com os citados Thomé Va-
 llascó e Mendes, ut ibi: “Quantumvis declaratio com-
 „ pensationis in scriptura dotali non continetur, at-
 „ tamen dilucide testibus probatur: quia quando in
 „ scriptura aliqua declaratio deficit per oblivionem,
 „ vel omissionem, bene potest per testes declaratio
 „ illa probari.” Depois destes Silv. á Ord. L. 3.
 T. 59. in princ. n. 48. et 49. envolvendo tudo sem
 critica, disse, ut ibi: “Litura 5. ut etiam non pro-
 „ cedat in probatione mixta, quæ fit per testes, et
 „ non per instrumentum... Unde ubi factum prin-
 „ cipale probatur per publicum instrumentum, admit-
 „ titur probatio per testes in cohærentiis, et liquida-
 „ tionibus, qualitatibus, atque declarationibus, etc.”
 E depois de todos ultimamente (citando alguns dos
 referidos) Franç. ad Mend. p. 1. L. 3. Cap. 12. n.
 27. et 28. ibi: “Per testes probari potest illud, quod
 „ a partibus plus dictum fuit, et a Tabellione minus
 „ scriptum... Probatio mixta requiritur in casibus
 „ requirentibus scripturas publicas, etc.”

Censura mais judiciousa, e critica do que disserão e involvêrão os citados Reinicolas.

§. 33.

Eu só admitto o unico caso, que figurou Valasco (§. 26.); que illustrei na Nota, que figurarão e seguirão Cardoso assim entendido, (§. 27.) em parte Thomé Valasco, (§. 28.) Barbosa á Ord., (§. 29.) unico que defendeo sustentavel Caldas: (§. 30.) Em todos os mais casos, áquel'a unica excepção; obsta a essas doutrinas a generalidade e razões da nossa Lei, e a razão de outras parallelas.

§. 34.

Obsta a generalidade da Lei, não só pelo argumento do todo para a parte do contracto, ex L. 76. ff. de reivindicat; mas porque o contracto que relata a escriptura, se nelle intervierão as condições ou circumstancias que se dizem omissas, foi hum todo individuo, que se não pôde provar em parte pela escriptura, e em parte pelas testemunhas, ut in simili idem Thom. Valasc. all. 72. n. 130. et 131.

§. 35.

Obsta a razão da Lei já exposta; (a §. 8.) porque quem não adverte, que qualquer condição ou circumstancia, que depois se diga paccionada, mas omitta na escriptura, e que se pertenda provar por testemunhas, pôde ou destruir e anniquilar, ou modificar notavelmente o contracto e a obrigação? E não pôde aqui identificar-se a razão de em negocio grave se corromperem testemunhas, que he o que a Lei occorre? Figure-se, que na venda se diz omisso o pacto de retrovendendo convencionado em favor do Vendedor; na obrigação de divida omisso hum largo es-

paço; na doação huma condição gravosa ao doante ou donatario, (quem referiria todos os casos semelhantes?) e que hum dos contractantes diz omisso esse pacto, e quer prova-lo por testemunhas? Quem dirá que não entra aqui a generalidade e a razão da Lei?

§. 36.

Lá está a Ord. L. 1. T. 78. §. 4. mandando que as escripturas se leião aos contractantes ou disponentes; e que occorrendo algumas circumstancias que seja preciso riscar, ou additamentar tudo se faça perante as partés e testemunhas: Parece que esta Lei depois de tudo assim solemnizado fecha a porta, para jámais nada se poder dizer omisso por não escripto na escriptura. Que cousa mais facil como ao tempo da leitura advertirem o que contractarão? Que cousa mais facil como fazerem additamentar em breves palavras os pactos ou condições não escriptas; e antes; ou ahi contractadas? Póde presumir-se esquecimento no mesmo momento? Na verdade respira calunnia dizer qualquer, depois de lida a escriptura; e muito depois; que ahi se omittio tal e tal pacto; e que se quer provar por testemunhas; e por essa prova chamada Mixta.

§. 37.

Com estas vistas os Auctores do Codice Civil dos Francezes estabelecendo (ou aliás renovando a antiga que só continha no Artigo 54. da Ordenação de Molins de 1566 transcripto por Leyser. ad Pandect. Spéc. 283. Med. 36. Corol. 1.º, da qual foi litteralmente copiado este Artigo do Codice com a unica alteração da quantidade de 100 libras em 150 francos) huma Lei como a nossa do L. 3. T. 59., elles no L. 3. T. 2. Sect. 2. determinarão judiciosamente, que depois da escriptura “ não he recebida alguma prova por testemunhas, contra ou além do conteu-

„do no acto, nem sobre o que se allegar ter sido di-
 „to antes, uesse tempo, ou depois do acto; ainda
 „que se tracte de huma somma, ou valor menor de 150
 „ francos. „ Veja-se porém Cald. de Empr. Cap. 19.
 a n. 26.

Se houve Tractado antecedente, e alguns pa-
 ctos ou circumstancias se não escrevêrão na escri-
 ptura, se presumem desajustadas, e só depois
 da solemne conclusão tem efficacia, Barbosa. et Ta-
 bor. L. 18: Cap. 26. Mell. L. 4. T. 2. §. 7.:
 Se no mesmo acto se ajustárão em algum pacto
 ou circumstancia que se não escreveo, a si o im-
 pute a Parte, por não o advertir no acto da Lei-
 tura; e depois toda a sinistra presumpção está
 contra elle, etc. Veja-se Coccey Dissert. = *De*
jure circa actus imperfectos = Sect. 2. §. 4.
 Stryk. de Cautell. Contr. Cap. 6.

§. 38.

Em taes casos pois, em que se não deve admit-
 tir tal ideada prova Mixta, só restará o remedio de
 réquerer Provisão, para provar pela prova do Direito
 commum as circumstancias ou pactos omissos na escri-
 ptura: Eu já vi huma Provisão tal; mas então serão
 precisas testemunhas legaes e maiores de toda a exce-
 pção; para provar esta parte; assim como seria ne-
 cessário para provar o todo, se se não fizesse escriptu-
 ra alguma.

Supposto que as testemunhas instrumenta-
 rias, ainda que defeituosas, não possam reprovár-
 se, porque se presumem approvadas pelas Partes,
 Peg. tom. 14. ad Ord. L. 2. T. 26. n. 17. Me-
 noch. de Arbitr. Cas. 105. n. 6. Sanchez de ma-
 trimon. L. 3. Disp. 41. n. 5. Farinac. de Tes-

tib. Q. 62. n. 110.; com tudo eu as julgo só approvadas para presencear o que se escreveu; mas não para provar o que se diz omisso, e de novo se mette em disputa a verdade do que se diz omisso; e então não só entra a razão da Lei no seu todo, quanto a essa parte; mas as doutrinas de Boehmer. ad Pandect. Exerc. 65. C. 2. §. 15. et 16. para deverem ser legaes e verosimeis essas testemunhas, Conf. Peg. 2.º for. C. 19. a n. 10. Jull. Capon. Discept. 370. a n. 41. idem Peg. 3.º for. C. 35. n. 638.

CONSECTARIO IV.

A generalidade da nossa Lei e da sua razão comprehende ainda o caso, em que qualquer Terceiro queira provar por testemunhas hum contracto feito entre Terceiros, em que elle não interveio.

§. 39.

Os nossos Reinicolas Alvaro Valasco, Thom. Valasco, Phebo e Pegas. com os quaes Silva á Ord. L. 3. T. 59. in princ. n. 50. 51. 52. exceptuavão da Lei este caso, quando ao Terceiro (não successor de algum dos contractantes) se não podia imputar culpa ou negligencia em não se fazer escriptura: Parece esta excepção fundada em toda a equidade, e mesmo no Simile da Ord. L. 3. T. 59. §. 16. Porém esta limitação está reprovada pelo Assento de 5 de Dezembro de 1770; attenta a generalidade da Lei.

§. 40.

Não assigna este Assento outra razão mais que a generalidade da Lei. Eu pensando qual ella seria, na mesma razão intrinseca da Lei (§. 8. até §. 10.)

2 encontro: Ou este Terceiro he Successor singular ou particular de algum dos contrahentes; e sendo interpretativamente a mesma pessoa, ex Guerrei. tr. 4. L. 3. C. 9. n. 29. lhe obsta a Lei, como limita o citado Silva; ou he totalmente Terceiro, e então se elle se propõe algum commodo ou utilidade do contracto celebrado entre Terceiros; ou estes o celebráram por escriptura, e lhe he facil prova-lo por hum copia; ou o celebráram sem escriptura; e então, assim como os principaes contrahentes não podião perceber commodo de tal contracto sem o provarem por escriptura, e na falta desta por prova do Direito commum, obtendo Provisão de Dispensa, e então por prova Legal; da mesma fórma o Terceiro, que pretende commodo do contracto celebrado entre Terceiros, não pôde ser mais favorecido, nem de melhor condição que elles: E se a Lei requer escriptura, ou com Dispensa: prova Legal para evitar falsidades, a mesma razão milita no Terceiro, que para promover o seu commodo resultante do contracto de Terceiros o quer provar na quantia excessiva da Lei, e por testemunhas contra a razão intrinseca della.

Supposto que pelo Direito Romano, á excepção de poucos casos, ninguem podia adquirir commodo pela estipulação, ou contracto de Terceiro, hoje pelo uso hodierno se segue o contrario: Veja-se Boehmer. ad Pandect. Exerc. 28. lib. 2. De jure ex pacto tertii quesito = Conf. o Stryk. Us. mod. L. 2. T. 14. §. 12. Entre os mais casos que refere Boehmer se pôde juntar o caso, em que qualquer, por contracto que faz com outro, se obriga a pagar suas dividas: Se outros Crédores aliás absentes se podem valer desse contracto para demandarem o que se obrigou pagar

as dividas? Vide Silv. ad Ord. L. 4. T. I. in rubr. a n. 89. Jul. Capon. de Pact. Q. II. Olea de Cession. jur. Tr. 3. Q. 9.: Nestes casos pois o Terceiro, que quer aproveitar-se do que em seu favor estipularão outros, deve provar por escriptura o contracto entre elles celebrado.

§. 41.

Só me parece muito arduo que hum Senhorio de Prazo, querendo exigir o seu Laudemio da venda, que aliás o Vendedor e Comprador effectuarão verbalmente, e por escripto particular sem escriptura, mas que effectuarão com tradição de dominio e posse; este Senhorio fique privado do seu Laudemio, só porque o Vendedor e Comprador não fizerão escriptura pública, com que elle Terceiro possa provar o contracto de que o pede; ou se veja sacrificado a impetrar Provisão, ignorando as testemunhas da compra ou contracto, para com ellas o provar: Porque com effeito só juntando a escriptura póde usar da via executiva pelo Laudemio, Moraes de Execut. L. 5. C. 7. n. 2., e só por acção ordinaria, provando ainda como Terceiro o contracto por testemunhas com Dispensa da Lei, attenta a generalidade do dicto Assento.

Eu em caso tal providenciaria ao Senhorio, ou com huma certidão do pagamento, que esses Terceiros fizessem da siza, ainda que aliás reconheço que este pagamento não prova por via de regra a compra e venda; Lim. de Gabell. pag. 143. n. 5.; mas vendo-se a siza paga, e o Comprador na posse, se supporá a venda effectuada, ex Lima n. 8.: ou deixar o Senhorio no juramento de ambos a verdade do contracto e do preço, ex Ord. L. 3. T. 59. a §. 5., maximé attendido o direito competente ao Senho

rio, para os fazer jurar ambos a verdade do pre-
 ço, quando receia, que ou o fingissem diminuto
 para lhe fraudar o Laudemio, ou excessivo para
 o atterrar, e não usar da opção, Repertor. de-
 baixo da conclusão = *Foreiro querendo vender
 o Prazo deve-o primeiro notificar*, etc. Cald. de
 Extinct. C. 13. n. 34. Pinheir. de Emphyt. Disp.
 4. Sect. 9. sub. n. 195.

CONSECTARIO V.

*Se a generalidade da nossa Lei, e a sua razão com-
 prehende o caso, em que a dívida principal e seus
 interesses, que juntamente se pedem, excede tudo
 600000 rs.*

§. 42.

Nenhum dos nossos Reinicolas suscitou esta dú-
 vida, nem jámais, que eu saiba, occorrêo em Juizo:
 Lendo o Código Civil dos Francezes, em que se re-
 novarão as já lembradas antigas Leis da França (§.
 37) nelle, e no L. 3. T. 2. Sect. 2. = *Da prova
 testimonial* = acho este artigo: "*A regra acima
 se applica ao caso, em que a acção contém, além
 da demanda do capital, hum petitorio de interes-
 ses, que reunidos ao capital excedem a somma
 de 150 francos.*" Os Cidadãos Auctores da Lei
 não dão razão alguma deste artigo: Cogitei, se esta
 Legislação pôde fundamentar-se nas Leis do Direito
 Romano; e se o mesmo pôde deduzir-se da nossa Le-
 gislação, na certeza de que o nosso Legislador era
 peritissimo no Direito Romano, e que este nos casos
 ommissos ou duvidosos nos he subsidiario.

Com effeito pelo Direito Romano a divida do capital, com estipulação de redditos annuos, constitue hum só contracto, e hum só obrigação: ainda que quanto aos redditos fique successiva; L. Si stichum. 26. §. Stipulatio ff. de Verbor. obligat. ibi: "*Stipulatio hujusmodi in annos singulos una est, et incerta, et perpetua*:" L. Si a Colono. 59. ff. de fidejussor. L. 35. ff. de donat. Caus. mort. ibi: "*Stipulatio tamen una est*:" Daqui vem que "*pro omnibus annis unica oritur obligatio*:" L. 78. in princ. ff. de verb. oblig.: "*Proindeque respectu obligationis, et debiti usurarum, non est inspiciendum tempus et dies contractus*:" L. 1. ff. qui potior. in pignor. ibi: "*Non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractus obligationis*:" E assim se deve attender o principio da obrigação, e não o tempo da solução: Attende-se a origem, e não os consequentes: Em resultado destes principios, nos contractos em que se estipulão prestações annuas, estas logo ficão devidas pelos contractos mesmos, ainda que não tenha chegado o tempo dos seus vencimentos, L. Cedere diem ff. del verbor. significat: O Crédor das prestações annuas pôde por força do contracto pedir que o devedor seja condemnado nas decursas e nas futuras, para se executarem nos tempos dos seus vencimentos pela mesma Sentença: E em fim a preferéncia que ao Crédor compete pela sorte principal, regulada a preferéncia pela prioridade do tempo, a mesma lhe compete por todos os vencimentos successivos, como comprehendidos no tempo de contracto: Tudo isto larga e magistralmente prova Portug. de Donat. L. 2. C. 261. ann. 61.: E essa regra que nas prestações annuas tantas são as dividas e obrigações, quantos os annos, só procede

nos legados annues, e nestes nem ainda em toda a especie delles, como se pôde vêr bem demonstrado por Boehner. ad Pandect. Exerc. 85. a §. 16. a onde responde a todas as Leis em contrario.

Esta de ser a sorte principal com estipulação de interesses hum só contracto individuo, huma só obrigação, huma só divida, seria a meu vêr a essencial razão por que os Auctores do Codice Civil dos Francezes por comprehensão das suas antigas Leis (semelhantes ás nossas) estabelecerião aquelle artigo; e ainda porque as razões que exhibirão ao Publico para a acceitação da Lei, e que ficão referidas (§. 102) comprehendião na sua extensão este caso, sem razão de differença.

§. 44.

Passando a ponderar a nossa Lei, e sua razão, ella parece comprehender o caso deste consecrario: Porque 1.º no principio diz "*Todos os contractos, estipulações, promissões... se forem sobre bens, e cousas, e a quantidade da divida passar de sessenta mil reis, etc.*" E sendo hum só contracto, e huma só obrigação do capital e juros, parece que illustrada pelo Direito Romano (§. 43.) depende de prova de escriptura toda a divida de capital, que não excedendo 600000 rs. se pede depois em Juizo com juros decursos, que excedem esta quantia.

§. 45.

2.º Porque: Tambem os arrendamentos feitos por muitos annos, não por hum só preço, mas por hum em cada anno, se reputão tantos arrendamentos quantos os annos, ainda que tudo feito em hum só contracto, L. 35. §. fin. ff. de Donat. caus. mort. Larrea all. 32. n. 26. Hontalb. de Jur. Superv. tom.

2. Q. 20. §. 2. in: *non tetigit Silv. ad Ord. L. 3. T. 59. §. 23. n. 2.* E com tudo sem embargo de serem tantos os arrendamentos, tantas as obrigações, tantas as dividas quantos os annos, lá está a Ord. L. 3. T. 59. §. 14. a mandar, que as pagas que se fizerem da pensão de arrendamentos *„se as pagas das pensões, que assim forem feitas, não passarem de sessenta mil reis poder-se-hão provar por testemunhas.* E á contrario sensu vem a determinar, que se as pensões vencidas de muitos annos excederem cummuladas a quantia de 600 rs., e o pagamento dellas se pertender provar pelo arrendatario, não se poderá provar por testemunhas, *Silv. ad eund. §. 14. n. 2.* com) *Barbos. e Thom. Valasc.*

3. Lá está a Ord. d. T. 59. §. 23. determinando, que o arrendamento só será provavel por testemunhas, fazendo-se por hum só anno, se a pensão deste anno não exceder 600 rs.: E daqui á contrario sensu inferem os Reinicolas, que se o arrendamento se fizer por mais annos, em cada anno v. g. por 100 rs., mas a pensão de todos cummulada exceder 600 rs. he tal arrendamento improvavel por testemunhas, *Thom. Valasc. all. 72. n. 14. Silv. ad eand. Ord. §. 23. n. 3. Britt. in C. Potuit. de Locat. 3. p. §. 6. n. 25.*

Parece que o nosso Legislador nestas determinações (§. 45. §. 46.) teve em vista aquella Jurisprudencia Romana (§. 43.); e que em consequencia no caso deste Consectario, humã vez que o capital e interesses ou juros estipulados, cummulado tudo, quanto se pede em Juizo exceda os 600 rs. depende de prova por escriptura ou por dispensa da Lei; bem como as pensões annuas, ou estipuladas no arrendamento, em

quanto não vencidas se cummulão para o total do arrendamento, dependem daquelle prova; e bem como as vencidas de muitos annos, que se pedem juntamente e excedem 600 rs., dependem da mesma prova; como originado tudo de hum unico contracto principal. Se olhamos a razão da nossa Lei, e da semelhante da antiga França (§. 8. até §. 10.) ella comprehende todo o caso, em que por hum só contracto se pede em juizo quantia excessiva de 600 rs., e esta quantia assim avultada se pertende provar por testemunhas. Sem que em tal caso se possam deixar de pedir parte de interesses vencidos, e pedir só com o capital os que cabem em 600 rs., e isto pelas razões que ao proposito se podem vêr em Britt. ad C. Potuit. de Locat. p. 3. §. 6. n. 26. er 27. e ainda por argumento da mesma Ord. §. 24., e da Ordenação Affonsina transcripta no Appendice.

CONSECTARIO VI.

A generalidade da nossa Lei comprehende os contractos que entre si fazem pessoas Ecclesiasticas, que não sejam das exceptuadas na mesma Ord. §. 15.

§. 47.

Admira que sendo a nossa Lei no seu principio tão geral a comprehender expressamente "quaesquer
 ,, pessoas, assim publicas, como privadas, concelhos,
 ,, comunidades, collegios, confrarias, homens e
 ,, mulheres de qualquer estado e condição que se-
 ,, jão ;," os nossos Reinicolas Barbosa, Cabedo, os

dous *Valascos, Themudo e Oliva*, referidos por *Silva* á mesma Ord. n. 34. a limitassem no caso, em que o contracto se faz entre duas pessoas Ecclesiasticas: Basta referir-me á minha exposição analytica dos Artigos 11. 12. 13. do Alvará de 27 de Novembro de 1804 (impressa em 1808) no fim da Nota ao §. 27. para convencer erronea esta limitação dos Reinicolas.

CONSECTARIO VII.

A generalidade e a razão da nossa Lei comprehendem o caso, em que seja necessario provar-se o consentimento da mulher para a alienação de bens de raiz.

§. 48.

Se a alienação se faz por escriptura só pelo marido, lá está a Ord. L. 4. T. 48. no principio exigindo o consentimento da mulher expresso, não se satisfazendo com o tacito; e que o expresso seja provado por escriptura pública. Veja-se *Silv. ad Ord. L. 3. T. 59. in princ. n. 18. com Mendes, Pegas e Guerreiro*, e além destes *Franç. ad Mend. p. 1. L. 4. C. 1. n. 25., Moraes L. 2. C. 7. n. 13. v. Unde = Gam. Dec. 51. 144. 168. 270.* limitando esta legislação, quando depois da venda pelo marido, passam dez annos com taciturnidade da mulher; porque (dizem elles) por este tempo com a taciturnidade se presume o consentimento.

§. 49.

Porém esta limitação na sua generalidade he erronea, como opposta á Lei, que se não satisfaz com consentimento tacito da mulher, seja qual fôr o tempo depois da venda, em que a mulher se calle, e es-

teja com inacção, como bem argue Pereir. Dec. 123. Em quanto dura o matrimonio, dura a causa do medo reverencial (que a Lei considera): Pereir. Dec. 30. n. 14. Gam. Dec. 346. n. 3. Confir. Altim. tom. 3. Q. 14. a n. 617.: E por isso, ainda que mil annos durasse o matrimonio, durava a causa do medo reverencial; e a simples taciturnidade da mulher não bastava, sem exhibir hum consentimento expresso, e este provado por escriptura publica.

Só pois morto o marido, e cessando aquella causa, he que contra a mulher principia o tempo da prescripção; mas sendo nulla a alienação feita sem seu consentimento (maximé de bens communs em que se comprehendeo a sua metade) ex dit. Ord. L. 4. T. 48. ibi: *“a venda e alheação será nenhuma, e sem effeito algum;”* entra então a regra geral, que toda a acção de nullidade (maximé de huma nullidade tal) tem duração de 30 annos; Antonell. de Tempore Legal. L. 2. C. 94.: E assim só passados 30 annos depois da morte do marido, obstará á viuva ou seus herdeiros esta, e não menor prescripção.

Só pois o Comprador pôde providenciar-se com hum de dous remedios, ou chamar a Juizaria a mulher, na forma da Ord. L. 3. T. 59. §. 5. para que jure, se consentio ou não; ou, se tiver prova legal do seu consentimento expresso, impetrar Provisão para o provar com dispensa das Leis ambas.

Se porém a alienação se não celebrou por escriptura, e se impetrar Provisão com dispensa da Lei, para se provar pela prova do Direito commum, então diz huma Nota transcripta no Repertorio debai-

xo da conclusão = *Marido não pôde vender*, etc.
 „ *Si Princeps concedat rescriptum, ut contractus*
 „ *per testes probetur, consequenter testibus probari*
 „ *poterit consensus uxoris, ut judicatum fuit*, etc.

CONSECTARIO VIII.

A generalidade da nossa Ord. comprehende não só as partilhas entre coherdeiros extranhos entre si, mas entre os exceptuados no §. II. quando, sendo casados, as mulheres delles não são parentas humas das outras nesses grãos entre si mesmas; ou vice versa os maridos.

§. 52. *A nossa Ordenação expressamente faz dependentes da necessidade de escriptura pública para prova das divisões e partições de heranças, e quaesquer outros bens; e não he necessario que assim o digão os DD. com os quaes Silva ibidem n. 20. He bem obvio que esta generalidade só procede quando as partilhas se fazem entre pessoas, que não sejam as exceptuadas no §. II., no qual se limita toda a generalidade da Lei: Pode ser porém v. gr. que tres Irmãos coherdeiros na mesma herança, ou cousa partivel entre elles, sejam casados com diversas mulheres; e que estas entre si não tenham parentesco por consanguinidade dentro dos grãos, que declara o dicto §. II.; ou vice versa tres Irmãs sejam casadas cada huma com hum marido, que não seja consanguineo dos maridos das outras; ou não serem Irmãs nem Primas as mulheres dos maridos coherdeiros, nem vice versa: Isto he o mais frequente.*

§. 53. Ora: Nós vemos a outra Ord. L. 4. T. 96. que tratando, como se nota em todo o seu contexto, de partilhas entre Irmãos, ella no §. 18. determina, ut ibi: “E quando a partilha fôr de todo feita, e acaba-
 ,, bada entre os Irmãos, ou outros herdeiros, se fôr
 ,, feita em sua presença, e de seu expresso aprazi-
 ,, mento, e consentimento por mandado da Justiça,
 ,, e por partidores, e fôr concordada, e assignada
 ,, pelo Juiz e partidores; ou quando as partes fize-
 ,, rem partilha entre si sem auctoridade de Justiça,
 ,, tanto que por elles fôr acabada, e o auto que se
 ,, della fizer fôr por elles assignado em escriptura pú-
 ,, blica, ou actos públicos; em cada hum destes ca-
 ,, sos não se poderá jámais a partilha de fazer, posto
 ,, que alguma das partes a contradiga. Porém, se dis-
 ,, ser que foi nella enganado, além da ametade do
 ,, que justamente lhe pertencia haver, e o assi pro-
 ,, var, as partilhas outrosim senão desfarão, mas os
 ,, outros herdeiros lhe comporão sómente a sua di-
 ,, reita parte.” Esta Ordenação pois não parece el-
 la antinomica com o §. 11. da Ord. L. 3. T. 59. em
 quanto, ainda mesmo entre Irmãos, requer escriptura
 pública para perfeição das partilhas entre elles? Oc-
 correm tres soluções e conciliações.

§. 54. Primeira: Que naquelle §. 18. junctos os §§. 19. e 20. se trata primariamente da lesão nas parti-
 lhas extrajudiciaes ou judiciaes: Este he o seu prima-
 rio fim: Era na mente do Legislador o objecto de
 dúvida: Se a partilha equiparada ou a transacção ex
 L. 21. C. de Pact. L. 36. ff. famil. erciscund. L. 35.
 ff. de pact., ou equiparada a mutua venda ex L. 1.
 C. Commun. utriusq. judic. era só sacrificada a lesão
 enorme, ou se á menor na sexta parte? Assentou o

Legislador racionavelmente, que como nas partilhas entre Irmãos e Socios se deve observar toda a igualdade, e o que em favor do Commercio estabeleceu a L. 2. C. de rescind. vendit. he inapplicavel ás partilhas da coisa commum aonde a igualdade he devida, como bem pondera Perez in Cod. L. 3. T. 38. n. 5. Por isso o Legislador permittio, mas só dentro do anno, a allegação da lesão na sexta parte; ainda mesmo que as partilhas judiciaes estejam sentenciadas, ou as amigaveis estejam reduzidas a autos públicos, e subscriptas e approvadas pelas Partes: Neste sentido he que denuncia a escriptura pública os autos públicos, como mysterio para ainda depois de assim solemnizados ficarem expostas a se emendarem, intervindo a lesão na sexta parte; e não porque supponha o dito §. 18. serem necessários entre as pessoas privilegiadas no L. 3. T. 59. §. 11. Autos públicos para sua prova e irrevogabilidade.

Tentaráo Solano Cog. 72. e Constantin. ad Stat. Urb. annot. 21. art. 4. n. 222. distinguir os casos, de serem feitas com louvados ou sem elles as partilhas amigaveis; de forma que só no primeiro caso concedem a lesão na sexta parte; mas no segundo só a enorme; e entendendo Solano assim a dita Ord. Porém he erro, não só á vista da generalidade da dita Ord. L. 4. T. 96. §. 18. 19. e 20.; mas á vista do que optimamente ponderáo Henriq. Coccey Vol. 2. Disp. 6.; e Samuel de Coccey Jus Controv. L. 10. T. 2. Q. 7. et 8. §. 55.

Segunda. Que no Direito Romano a partilha podia celebrar-se sem escriptura. (como entre nós nas pessoas especializadas no dito §. 11. do L. 3. T. 59.)

L. 21. C. de Pact. L. 5. C. de Transact., mas sem estipulação solemne só produzia retenção do que se possuia; mas não acção contra o Socio que não adimplia; L. 21. Cod. de Pact.: Era por tanto necessaria para este segundo fim huma solemne estipulação, e sem ella ficava hum pacto nú que (pelo Direito Romano) não produzia neste caso acção, não intervindo tradição, ou solemne estipulação, L. 45. ff. de Pact.: Por isto he que (alludindo ao mesmo Direito) diz Fabr. in Cod. L. 3. T. 27. Def. 2. n. 6. que em quanto a estipulação se não firma solemnemente por notario, „ Locum esse legibus, quæ negant ex divisionis plâ- „ cito agi posse, si neque stipulatio, neque traditio „ intercesserit. „

Hoje pelo uso hodierno está abolida essa superstição dos Romanos, que só davão força a huma solemne estipulação, e não a hum pacto nú; e os pactos nús sem essa solemne estipulação dos Romanos produzem efficaç obrigacção, Mell. L. 4. T. 2. §. 4. optime Addit. ad Luc. Ferrar. Verbo = Contractus = a n. 1. et a n. 20. Groenewegen in L. 10. C. de Pacto §. 56.

No nosso Reino entre as pessoas especializadas no dito §. 11. he permittido partir, e provar depois a partilha sem escriptura: Se porém elles querem que só se faça e forme por escriptura ou Autos Judiciaes, então entra a disposição da Ord. L. 4. T. 19. §. 1. a permitir o arrependimento, em quanto a escriptura senão ultima com subscripções: E parece que este póde ser o sentido do dito §. 18. de ser retractavel a partilha em quanto (depois daquella mútua intencção) a não reduzem a Autos judíciaes ou escriptura publica; e ser irretractavel depois de consummada assim

e subscripta; sendo este o genuino sentido dessas palavras, ou quando as partes, etc. De fórma que, fazendo-a ir retractavel neste caso, só a sacrificá a lesão na sexta parte; mas não tira que querendo-a effectuar aquellas pessoas privilegiadas no dito §. II. sem Autos judiciaes, e sem escriptura, o não possam fazer; e que fazendo-o não fique ir retractavel, e provavel sem escriptura; ficando assim conciliado o §. II. do L. 3. T. 59. com o §. 18. do L. 4. T. 96. §. 57.

Terceira, e a mais genuína ao nosso proposito: Nos casos figurados neste consecratio e no §. 52. he certo que huma afinidade não produz outra afinidade, Cap. Non debet. de consanguinit. et affinit. Daqui se segue o que deste texto deduz Luc. Ferrer. Verbo = Affinitas = n. 10. et 11. ibi: "Affinitas non parit affinitatem, est enim definitum in Concil. Generali Lateranensi IV. sub Innocentio III. et habetur Cap. Non debet. de consanguinit. et affinitate carnaliter enim se cognoscentes contrahunt quidem affinitatem cum alterius respective consanguineis; non autem cum affinibus. Hinc est quod unus potest successive ducere duas fæminas, quæ nupserunt duobus fratribus; duo fratres possunt ducere duas sorores; et unus eorum potest ducere matrem, et alter filiam; Pater, et filius possunt ducere matrem, et filiam, et sic de aliis similibus affinitibus; quia ex carnali commixtione fit quidem vir affinis cum consanguineis fæminæ, et e contra, non tamen consanguinei ipsius viri affines cum consanguineis fæminæ, et e contra, ut expresse definiat Innoc. III. in Cap. Quod super, de consanguinitate et affinitate. Super eod igitur quod Pater, et filius cum matre, et filia, avunculus, et nepos cum duabus sororibus contrahunt matrimonium, taliter

„ tibi duximus respondendum, quod licet omnes con-
 „ sanguinei viri sint affines uxoris; et omnes consan-
 „ guinei uxoris, sint viri affines, inter consanguineos
 „ tamen uxoris, et viri, ex eorundem scilicet viri,
 „ et uxoris conjugio nulla prorsus est affinitas con-
 „ tracta, propter quam inter eos matrimonium de-
 „ beat impediri. „

§. 58.

Não sendo pois nos casos figurados consanguí-
 neos nos grãos do §. II. entre si os maridos ou mu-
 lheres dos coherdeiros ou coherdeiras, ficão huns ex-
 tranhos totalmente a respeito de outros: E neste sen-
 tido conciliadas mysteriosamente as ditas Ordenações,
 vemos o Aresto transcripto por Peg. tom. 7. ad Ord.
 pag. 74. n. 225. in fin. concebido assim: ibi: “ Não
 „ partirão os ditos bens de raiz, e se os partirão,
 „ faltou-lhes a solemnidade e fórma da Ordenação,
 „ que manda em tal caso reduzir esta amigavel parti-
 „ ção a instrumentos, e autos públicos; e, por estes
 „ faltarem, foi nullo o que estas Partes obrárão, sem
 „ reduzir a partilha amigavel a autos públicos; pois
 „ a respeito das mulheres necessariamente os havia
 „ de haver por validade do acto, etc., „

§. 59.

Só assim podem conciliar-se os §§. II. e 18.
 das ditas Ordenações; e que o favor do §. II. só pro-
 cede quando as partilhas se fazem entre essas pessoas
 e cunhados propriamente affins; mas não quando entre
 muitos, que ainda que irmãos e cunhados intervem
 contra cunhados, em que já não ha consanguinidade
 nem affinidade dentro desses grãos. Outras não podem
 ser as conciliações da Ord. L. 3. T. 59. §. II. com
 a Ord. L. 4. T. 96. §. 19. *Alii meliora dabunt.*

CONSECTARIO IX.

Cessa a generalidade da Lei e a sua razão, quando em diversos tempos, sem fraude da mesma Lei, se contrahem diversas dividas, cada hum das quaes não passa de 60 000 rs.; ainda que todas excedão esta quantia, e todas se accionem juntamente em hum Libello.

§. 60.

A Lei suppõe hum só acto, ou hum só pacto, em que o objecto della exceda “4 000 rs. na raiz, e 60 000 rs. em d'nhêiro, ou valor de moveis; e não quando se fazem diversos contractos em diversos tempos, de diversas cousas ou dividas; ainda que depois conglutinado tudo exceda 60 000 rs. Assim a interpretou o Senador apud Peg. tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 4. n. 314. v. Sententiam = pag. III. ibi: “Sententiam meritisissimi Judicis, ex eo solo fundamento diligens illustrissimorum minorum curator, infirmari niti ur; scilicet. summa petita legis nostrae meas longe excedere videtur. Quid proinde absque publico instrumento probari non potest. Nihilominus tamen sus inenda est sententia. Debitum quippe, non ex unico contractu, sed ex pluribus minutatim, et frequenter celebratis conventionibus processit, qui singuli legis summam non ascendunt, ac per consequens ejus dispositioni non subsunt.”

§. 61.

Assim o interpretou e attestou muitas vezes julgado outro Senador apud Peg. tom. 4. for. C. 62. n. 39. ibi: “Accedit, quod ex certitudine appensa consuetat defunctum accepisse ab actrice minutatim quae

„ non excedebant legis summam, ideoque contractus,
 „ tanquam divisi sunt accipiendi, et sufficit alia pro-
 „ batio legitima, licet non sit scriptura publica, quia
 „ hæc non est necessaria, quando summa principa-
 „ lis excedens dispositam a lege fuit constata, sive
 „ resultavit a diversis summis, quarum quælibet non
 „ excedebat dispositam; ut quotidie judicamus, etc. „
 Assim havia interpretado a nossa Lei Thom. Valasc.
 all. 72. n. 130. ibi: “Inde ad declarationem hujus
 „ Ord. est advertendum, quod loquitur in terminis,
 „ in quibus contractus a principio fuit factus super
 „ maiori summa, et non procedet quando a princi-
 „ pio fuit divisus, qui sunt duo contractus, et po-
 „ test admitti probatio per testes in utroque, si qui-
 „ libet non excedat maiorem summam; si autem a
 „ principio unus, postea non poterit dividi ea sum-
 „ ma. „

§. 62.

Assim se deduz da Ord. L. 3. T. 59. §. 24.
 aonde só se occorre a que huma obrigação de divida
 excessiva de 60\$000 rs. se não divida, e se peça em
 menor quantia, para se poder provar por testemu-
 nhas e fraudar a Lei; não prohibindo a contrario,
 que muitas dividas diversas, contrahidas em diversos
 tempos, e sem fraude se possam pedir, e cada huma
 dellas provar por testemunhas, ainda que todas exce-
 dão 60\$ rs.: Procede porém o dito §. 24. quando
 se pede o resto da divida, que excedia 60\$ rs. Cod.
 Civil dos Francezes L. 3. T. 2. Sect. 2.

He frequente, e eu tenho visto, dividirem
 em diversos escriptos de obrigação huma divida
 excessiva de 60\$ rs., ou retalharem em par-
 tes hum predio, e fazerem de cada huma dessas
 partes hum escripto particular de venda pela

quantia de “4⁸ rs. para fraudar a Lei: Diz Thom. Valasc. all. 72. n. 130. e com elles Silv. ao dit. §. 24. n. 3. que isto he permittido a principio; e que a Lei só se oppõe a que o contracto se divida depois: Porém o citado Silv. n. 4. diz que: “Sed hoc bene procedit, si factum
 „ fuerit bona fide, et absque suspicione fraudis;
 „ secus si ex aliquibus conjecturis verisimilibus
 „ colligatur, partes voluisse fraudare dispositio-
 „ nem hujus legis, veluti, quia eodem tempo-
 „ re divisa fuit magna summa per plures con-
 „ tractus ejusdem speciei, veluti murii; tunc
 „ enim fraudibus via non est aperienda: ... Di-
 „ citur autem fieri fraus, quoties constitutio,
 „ vel lex per indirectum, et cautellam redditur
 „ elusoria, etc.” Confirma-se com o Simile das
 doações, que, precisando de insinuação no excres-
 so da taxa legal, podem fazer-se modicas pelo
 mesmo doador ao mesmo donatario em diversos
 tempos com intervallos; com tanto que as cir-
 cumstancias occorrentes não fação conjecturar
 fraude, Veja-se Stryk. de Cautell. Contract.
 Sect. 3. C. 9. §. 5. Voet. ad Pandect. L. 39. T.
 5. §. 16. Struv. Exerc. 40. thes. 10. Barbos. et
 Tabor L. 9. C. 91. ax. 10. et 11. Furgol. tom.
 5. pag. 218.

Não posso comprehender a razão, por que o
 Codigo Civil dos Francezes supra, depois de se
 haver conformado com a nossa Lei, não permit-
 tindo que huma divida excessiva de 150 francos
 se divida, e só peça parte para se provar por tes-
 temunhas; e comprehendendo o caso de se pe-
 dir resto de maior quantia, continúa dizendo:
 „ Se na mesma instancia huma Parte faz muitos
 „ petitorios, de que não ha algum Titulo por

„cripto, e junctas as sommas excedem 150 fran-
 „cos, a prova por testemunhas não pôde ser
 „admittida, ainda que a Parte allegue que es-
 „tes creditos provinhão de diferentes causas,
 „e que se tinham formado em diversos tempos;
 „senão fosse que estes direitos procedessem por
 „sucessão, doação, ou de outra fórma de pes-
 „soas diferentes: „ De máo partido estão na
 „França os que fazem á mesma pessoa empresti-
 „mos modicos e successivos, etc.: Entre nós, hu-
 „ma vez que se não verifique a fraude, como fi-
 „ca advertido, não pôde applicar-se como subsi-
 „diario este Codigo nesta parte.

CONSECTARIO X.

*Cessa o disposto na Ord. L. 3. T. 59. §. 3. e II.
 quando o Crédor entregou ao devedor a escri-
 ptura com Quitação.*

§. 63.

Determina o §. 3. do T. 59. „ E posto que nas
 „ cousas moveis se possa receber prova de testemu-
 „nhas até quantia de sessenta mil reis, assim para
 „provar o contracto, como para se provar a paga,
 „distracto, ou quitação, se todavia o contracto
 „principal fôr feito, celebrado e provado por escri-
 „ptura pública, posto que seja de menos quantia,
 „que doz ditos sessenta mil reis, provar-se-ha a pa-
 „ga, ou quitação, ou distracto por outra escriptura
 „pública; e não será em tal caso recebida prova de
 „testemunhas. E quando o contracto se provar por
 „testemunhas, ou por confissão da Parte, e não por
 „escriptura, poder-se-ha provar o distracto por tes-

testemunhas. „ Accrescenta o §. II. (quanto aos que sem escriptura podem contractar) no 7. = Porém = ubi ibi: „ Forém se entre estas pessoas fór contractado por escriptura pública; não se poderão provar os distractos, pagas, ou quitações entre elles mesmos feitas, senão por outra escriptura pública; porque pois podendo contractar sem escriptura a quizerão fazer; queremos, que assim mesmo o distracto, pagamento ou quitação, seja por escriptura pública. „ He bem semelhante a Ord. L. 4. T. 37. §. 3. nas palavras: „ E as ditas nomeações não se poderão provar por testemunhas, quando houver outra nomeação por escriptura pública. „

§. 64.

Qual seja pois a razão por que celebrado por escriptura o contracto sobre menor quantia, ou sobre maior, ainda entré os Privilegiados no §. II. só possa provar-se os distractos, pagamentos, etc. por escriptura pública? O nosso Caldas de Potestat. elig. C. 7. n. 14. (tractando da Ord. L. 4. T. 37. §. 3. parallela com a do L. 3. T. 59. §. II.) e na Questão se huma nomeação, aliás revogavel, celebrada por escriptura se pode revogar perante testemunhas, e provar-se por estas a revogação, Caldas, digo, discorre assim; dito n. 14. ibi: „ Si prior nominatio publica scriptura celebratur, secunda revocatoria, sive tacitam, sive etiam expressam prioris revocationem continet, (sive etiam simplicem revocationem) complectatur, necessaria est publica scriptura, neque ulli testes sufficiunt, ut hac lege sancitum est, ex regulâ, L. nihil tam naturale, ff. de regul. jur. Quo fit, ut mutui, sed debiti per publicam scripturam celebrati, solutio nequeat aliter, quam per aliam similem scripturam probari, L. testium, C. de testibus. „ Quod profecto ex verosimili men-

,, te contrahentium videtur posse deduci, qui cum
 ,, potuerint, libere coram testibus contrahere, de il-
 ,, lorum auctoritate, fide, et constancia diffidentes,
 ,, per publicam scripturam contrahere maluerunt: in-
 ,, telligentes, scripturæ fidem et constantiam perpetuam esse et immutabilem, et consequenter omnem
 ,, fraudis occasionem conquiescere. Quæ ratione si
 ,, a semel placitis recedere volunt, juri et rationi consentaneum est, distractum similiter per publicam
 ,, scripturam celebrari, ut evidens appareat voluntatis demonstratio, contrahentem a placitis recessisse,
 ,, ut omnis machinandæ fraudis, aut falsitatis constandæ causa præripiatur. Quod in his Regnis
 ,, nullam habet ambiguitatem ex Ord. Regiæ lib. 3. tit. 59. §. 3. Probat etiam Ordinatio eadem
 ,, in §. 11. ibi = dein . . . Ecce qualiter Leges Regiæ probent contrahentes per scripturam publicam,
 ,, cum illam omittere potuerunt, non posse aliter, quam per publicam scripturam distrahere, quod juri
 ,, convenit, in L. nihil tam naturale, ff. de regul. jur., et L. 1. C. quando liceat ab emit. disced. et
 ,, L. prout quisque, ff. de Solar. Quæ enim solemnitas ad alicujus actus confectionem, exigitur, eadem
 ,, quoque in ejusdem actus dissolutione necessaria est, gloss. recepta in l. cum proponeretur, ff. de Leg. 2.,
 ,, Et n. 15. ut ibi: Hæc Lex Regiæ probat secundam nominationem ad emphyteusim testibus probari non posse,
 ,, quando priorem emphyteuta per publicam scripturam confecit. Nam cum potuit priorem coram testibus
 ,, facere, et noluit, adstringitur secundam per publicam scripturam conficere, aliter nihil actum erit,
 ,, etiamsi pluri testes adsint. Est enim hic unus de casibus requirentibus scripturam, inter ceteros connumeratus a glossa, in Cap. 1. de censibus lib. 6. et pro-

,, bat Imperator in L. testium. C. de testibus, ibi:
 ,, Omnibus præcipimus qui in scriptis a se debita
 ,, retulerunt, quod non facile audiantur, si dicant
 ,, omnis debiti, vel partis solutionem, sine scriptis se
 ,, fecisse, concordat text. in L. generaliter C. de non
 ,, numerat. pecun. ibi: Nisi ipse contrario per apertis-
 ,, sima rerum argumenta, scriptis inserta religionem
 ,, judicis possit instituire, juncto principio, ibi: Ut
 ,, siquid scriptis cautum fuerit. Concordat etiam text.
 ,, in L. cum indebito, §. fin. ff. de probation. Ubi
 ,, postquam Juriscons. præmisit, debitum fuisse in
 ,, scriptis contractum subdit. Tum etiam oportet sta-
 ,, re cum suæ confessioni, nisi evidentissimis proba-
 ,, tionibus in scriptis habitis ostendere paratus sit. Et
 ,, de jure canonico concordat text. in Cap. si cautio
 ,, de fide instrumentor. . . . Sive scriptura prima fue-
 ,, rit de substantia contractus, quia id egerunt con-
 ,, trahentes; ut aliter sine scriptura contractus non
 ,, valeret, juxta notata, in L. contractus, C. de fide
 ,, instrumentor. sive non fuerit de substantia, quia
 ,, pro firmiore tamen probatione facta scriptura:
 ,, Quam sententiam hæc l. Regia comprobat hic,
 ,, etc.

§. 65.

Podem ajuntar-se em razão da Lei as geraes
 Doutrinas de Altim. tom. 3. Q. 6. n. 23. 24. 25. 27.
 28. 29. 37. 38. ibi: "Sed quod appellatione con-
 ,, tractus veniat distractus, verior est opinio. . . Cum
 ,, ejusdem sit naturæ. . . Distractus est ejusdem na-
 ,, turæ, cujus est contractus, et uterque æquipara-
 ,, turæ. . . Et militat eadem ratio in contractu, ac in
 ,, distractu, ideo sicut minor non potest sine aliqui-
 ,, bus solemnitatibus contrahere, sine iisdem non po-
 ,, test distrahere. . . Solemnitas requisita in contra-
 ,, ctu, eadem requiritur in distractu. . . Ea ratione,

„ quia distractus ejusdem naturæ est, ac contractus...
 „ Et procedunt a pari... Traditur pro regula, quod
 „ actus cujus juris est, ejusdem quoque juris est ejus
 „ distractus... Et omnis res dissolvitur per easdem
 „ causas, per quas nascitur... Et solvitur res eo-
 „ dem modo, quo fuit litigata, etc.

§. 66.

Porém a Lei falla estrictamente no supposto que hum Devedor queira simplesmente provar a solução de huma divida contrahida por escriptura publica, sem concorrência de outras algumas circumstancias. Quid vero se o Crédor recebendo a divida, entrega a escriptura original ao Devedor com quitação nas costas della, sem outra escriptura pública da solução; se isto bastará, independente de outra quitação por escriptura pública? Este caso varia de face do que figura e suppõe a Lei.

§. 67.

Se olhamos ao antiquissimo costume do Reino: Este he o modo mais frequente, e como tenho visto, sempre attendido para prova da solução da divida contrahida por escriptura, ainda independente de outra tal: Aqui concorrem estas razões, que parece fazem cessar nestas circumstancias a generalidade da dita Ordenação.

§. 68.

1.^a Ser esta huma interpretação usual da Lei, e neste caso; interpretação que nada tem de irracional; já attendido o favor da solução, que tanto respeitou a L. 47. ff. de obligat. et act. ibi: „ Arianus
 „ ait multum interesse, quæras, utrum aliquis obli-
 „ getur, an aliquis liberetur? Ubi de obligando quæ-
 „ ritur, propensiores esse debere nos, si habeamus
 „ occasionem, ad negandum. Ubi de liberando, ex
 „ diverso ut facilius sis ad liberationem. „ Já dedu-

zido o argumento da Ord. L. 3. T. 59. §. 14.; porque se sem embargo de ser contrahida por escriptura a obrigação da solução da pensão ou foro annual, permite a sua prova por testemunhas dentro da quantia da Lei (attendendo talvez aquella equidade) ut ibi: "Outrosim nas pagas que se fizerem de pensão de algum foro, censo, alugueres, ou de arrendamentos, não haverá lugar esta Lei. Porque posto que os contractos principaes sejam feitos por escriptura pública, se as pagas das pensões que assim forem feitas não passarem de sessenta mil réis, poderão-se-hão provar por testemunhas." Semelhantemente, etc.

§. 69. O costume póde introduzir, que se acredite como escriptura pública e authentica huma particular, Moraes de Execut. L. 4. C. 6. n. 3. Valasc. Cons. 10.: Sendo pois este o costume geral, ou mais frequente do Reino, provar-se a solução da divida pela tradição da escriptura com quitação nas costas della ao Devedor, parece cessa já a dita Ordenação: Et maxime quando suppõe hum diverso e mais arduo caso, de querer o Devedor provar o distracção da divida sem tradição da escriptura pelo Credor, nem quitação nas costas della.

§. 70.

3. Achar-se a primeira e original escriptura na mão do Devedor, maxime com quitação do Credor; ser o Devedor homem bom, que não tivesse occasião de a furtar; e não ser falsa a quitação, he huma presumpção juridica da solução (ainda independente da expressa quitação) Harprectr. Disp. 64. = De solutione conjecturata = a n. 166.: E se attendemos as Doutrinas e Arestos de quibus Guerreit. tr. 4. L. 5. C. 3. n. 118. et 119.; está entendido que a aossa Or-

denação d. T. 59. não exclúe a prova que se faz pela presumpção de Direito; a qual, reconforme outras Ordenações, que compilou Nogueir. Coelh. Letr. = P. = a n. 155. he a prova mais liquida, que dispensa de outra prova, etc.

§. 71. 4.º O Crédor, entregando a escriptura ao Devedor maximé com quitação e confissão do recebimento, abdica de si todo o direito e acção; essa tradição com aquella causa opera como huma cessão da mesma divida em favor do Devedor. (para nelle ficarem confundidas as acções; e a activa cedida confundida com a sua antecedente passiva, pelas regras da confusão dos direitos; de quibus Altim. titom. 2.º Q. 1.º a n. 1.º) ex late congestis per Oream de Cession. Jur. T. 1. Q. 3. a n. 15. Jul. Capon. de Pact. Q. 10. et Q. 12. Com esta entrega he implicito o pacto de *non petendo*, L. 2. §. 1.º de Pact. L. 24. de Probat. Leizer. ad Pandect. Specim. 42. Medit. 6.

Se o Crédor quer tirar da Nota outra escriptura, para demandar pela mesma divida ao Devedor, obsta-lhe a Lei de 27 de Abril de 1647 que só permite tirar segunda vez escripturas das Notas *jurando as Partes que não sabem das primeiras*: E hum Crédor que entregou a original com quitação, como ha de prestar este juramento? Como ha de apparecer descaradamente em juizo, sacrificar-se a manifestar-se-lhe o perjurio? Só sendo herdeiro póde ser desculpavel; porém as mais razões lhe obståo. A prática de se dar baixa nos Livros dos manifestos das decimas pelo Devedor, na fórmula da Lei de Dezembro de 1775 §. 7. só com a escriptura e quitação do Crédor confirma tudo o exposto.

§. 73.

Se o Crédor se propõe provar sem a escriptura a divida, que não excede 600 rs., então a Lei permite ao Devedor a prova da solução por testemunhas: E que melhor prova que a tradição da escriptura com quitação? Em fim nestas circumstancias cessão todas as razões fundamentaes da nossa Lei (§. 8., 9., 10.)

Attendidas pois estas razões, parece que a Ordenação do §. 73. e 11. só procede nos simples termos de querer hum Devedor provar a solução de huma divida contrahida por escriptura, e só por testemunhas sem quitação; ficando e estando a original em poder do Crédor; mas não quando o Crédor lhe entrega a original com quitação verdadeira nas costas della: Neste mesmo caso devem cessar as Doutrinas dos DD. com os quaes geralmente, e seguindo a letra da Lei, Silv. ad Ord. L. 3. T. 59. in princ. n. 70. Não confuto a distincção de Silva ao §. 3. n. 5. 6. e 7. porque em si mesma opposta á razão geral da Lei (ut a §. 8. 9. 10.), e fundada em humas regras de interpretação reprovadas na Lei de 18 de Agosto de 1769 §.

Advertencia pratica para se arguir com cautella este defeito de escriptura, sem se confessar a verdade da divida.

§. 74.

Adverte Thom. Valasc. all. 721 q. n. 139. que no modo de oppôr o defeito da escriptura publica, e que o contracto se não póde provar por testemu-

nhas se vem a confessar a divida; e se cahe em scylla querendo evitar carybdes; porque a confissão judicial basta para supprir o defeito de escriptura, e a que se faz na excepção he authorizada na Ord. L. 3. T. 50 §. 1. ibi: "Se o Reo confessar na excepção pe-
 ,, remptoria a acção do Auctor.;, E por isso diz Thom. Valasc. que se deve arguir aquelle defeito com a cautella da G'ossa na L. Siquidem = Verbo = Contestatione = Cod. de Except. Não diz porém Valasc. qual seja esta cautella: A Glosa porém o diz assim: "Sed nonne excipiendo confitetur? Resp.
 ,, non; ut ff. de Except. L. Non utique; quod est
 ,, verum quando primo nego; sed si appareat me de-
 ,, bere, tunc pono exceptionem; et sic hic intellige
 ,, Leg. prædictam non utique.,, Veja-se porém me-
 ,, lhor Stryk. vol. II. Disp. 12. de Excipient. non
 Confess. = membr. 1. §. 25. et membr. 2. §. 6. e 7. ibi. "Nobis autem ex mente Schilteri ad " in Ap-
 ,, pend. de Exc. post Exerc. 47. §. 5. et 10. in op-
 ,, ponendis sub conditione exceptionibus ad conceptio-
 ,, nem verborum respicere placet. Sic in ea loquendi
 ,, formula si v. gr. quis dicat: Si mutuatum est, ego
 ,, solvi. Si promissum quid, pactum de non petendo
 ,, factum est; revera conditionalis adest sive hypothe-
 ,, tica propositio, quæ fundamentum intentionis in
 ,, eventum ejus futuræ probationis suspendit, et pe-
 ,, riodum concessivam efficit, ita ut hunc sensum ha-
 ,, beat: Et si mutuatum esse probaveris, ego tamen
 ,, factam a me solutionem postea probabo, etc. Hunc
 ,, igitur modum exceptionis opponendæ hypoheticum
 ,, observans reus, fundamentum actionis minime fate-
 ,, tur, sed hoc adhuc probandum est, nam resolvitur
 ,, ejusmodi propositio revera in Litis contestationem
 ,, negativam, cui annexa exceptio, eundemque pro-
 ,, ducit effectum, ac si dixerit: Nego mutuatum quid

„ esse, eventualiter tamen, si mutuum probaveris,
 „ oppono exceptionem solutionis, Dn. Schilt. d. 1.
 „ 1. §. 5. Multo aliter se res habet, si qualemcun-
 „ que modum excipiendi pro conditionali, et exce-
 „ ptionem quamcunque pro conditione ut vocatur in
 „ L. 22. ff. h. t. accipere quis velit Schilt. d. 1. §.
 „ 2. v. g. si dicat; Promisi tibi centum si domum
 „ mihi vendideris, vel tali modo: Promisi quidem
 „ tibi 100. sed sub conditione si domum vendideris:
 „ hoc enim casu prior propositio, scil. promissio,
 „ affirmatur, nullaque ulteriori probatione indiget;
 „ altera vero propositio, nimirum adjecta qualitas et
 „ conditio, negatur, quæ cum facti sit, a reo eam
 „ allegante necessario probanda. Continet itaque ta-
 „ lis responsio tum Litis contestationem affirmati-
 „ vam, tum exceptionem in continenti propositam,
 „ quæ facit ut confiteri quidem reus non videatur,
 „ nec condemnari statim possit; non tamen efficit, ut
 „ onus probandi actori incumbat, quippe quod hic
 „ loci superfluum est. Et eam quoque mentem Car-
 „ pzoivii et Brünnemani esse, Limitationibus regulæ
 „ ab eis traditæ accuratius examinatis, non improba-
 „ bile est. Add. Zang. de Exc. P. 3. C. 26. n. 246.
 „ seq. usq. ad n. 154.;

„ Seria para desejar que no nosso Reino se
 „ mandassem praticar como exceptuados da gene-
 „ ralidade e razão da Lei (como exceptua com
 „ o Brazil o Código Civil dos Francezes) os depo-
 „ nentes necessarios feitos em caso de incendio, rui-
 „ na, tumulto, ou naufragio; os feitos pelos Vian-
 „ tistas dantes nas Estalagens; e tudo segundo as quali-
 „ menodades das pessoas, e das circumstancias de facto:
 „ As obrigações contractadas em casos de acciden-
 „ tes imprevistos, aonde se não poderião celebrar

os actos por escripto. Senão he que estes casos se podem muito bem por identidade de razão comprehender na Ord. L. 3. T. 59. §. 16. e no §. 20., e pela permissão da L. de 18 de Agosto de 1769.

Appendice ao §. 1. até o 10.

Palavras da Ordenação Affonsina L. 3. T. 64. §. 3. e 4.

„ Entendemos que a rezam perque estes males
 „ (das demandas) e daphos recreciam, era principal-
 „ mente per falecimento da verdade, que antre os
 „ homees nom era guardada, nem conhecida, e per
 „ malicia era encuberta e sobnegada por esforço,
 „ que ham de lhe nom ser provada a verdade do
 „ feito, sobre que contendem; ou se se provar, que
 „ poderam impunar a prova per contraditas, ou re-
 „ provas, ou contrariedades nom verdadeiras; e ca-
 „ tam para esto testemunhas, e as comrompem pera
 „ dizerem o que nom he verdade, ou pera encobri-
 „ rem, e nom dizerem a verdade do que do feito sa-
 „ bem; e por azo desto se vem a buscar huuns aos
 „ outros muitos e grandes daphos, e estroimentos dos
 „ corpos e averes.

(§ 4) Porem Nos. ... por se remover e tolher
 „ aquelle azo, e occasião perque se os ditos males,
 „ e outros semelhantes tirem por serem muito usados.
 „ E consirando que a escriptura foi achada per con-
 „ hecimento da verdade; e per a escriptura havemos
 „ certidoem, e fee dos feitos, que per nos nom vi-
 „ mos; e della, e per ella he tirado entendimento
 „ verdadeiro das cousas que passam, e passarão an-
 „ tiguamente, e per ella outro sy he escuzado gran-
 „ des emcarregos e custas a qualquer que algum fei-
 „ to ha de provar, etc.

O mais he o mesmo da Manoelina, e Filippina, que recortarão esta razão exordial. No §. 18. se declara a quantia, em que se devia admittir prova de testemunhas. A Ord. Manoelina a ampliou até a quantia de 600 rs. sobre bens de raiz; e até a quantia de 30\$000 rs. brancos sobre moveis. A Filippina ampliou até 4\$000 rs. na raiz, e 60\$000 rs. nos moveis; e a nova Lei triplicou esta, e as mais quantias mencionadas na Filippina.

DISSERTAÇÃO VI.

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

Supplemento ás Segundas Linhas sobre o Processo Civil, Notas 474., e 527.

I. P A R T E.

PRENOÇÃO I.

Especies de Testamentos segundo o Direito Patrio, e o Romano.

§. I.

Por Direito Romano erão só conhecidas duas especies de Testamentos: O escripto cerrado, a que he semelhante entre nós, o de que dá a fôrma a Ord. L. 4. T. 80. §. 1. e 2.: e o Nuncupativo Verbal, sem escriptura; a que he semelhante, o de que trata a nossa Ord. d.º Tit. 80. §. fin.: Bem que a nossa Ord. quanto aos Cerrados prescreveo solemnidades diversas e outras, que o Direito Romano; e quanto ao Nuncupativo Verbal, sem escripto, só o permittio ao tempo da morte: Depois pelo Direito Romano na L. Hoc Consultissima Cod. de Testam. só se permittio

o Nuncupativo escripto. As mais especies de Testamentos em diversas Nações e neste Reino forão inventadas pelo uso, e os Testamentos Nuncupativos reduzidos a escriptura por Tabellião na fôrma do Princ. da Ord. L. 4. T. 80.; e os escriptos por pessoa particular sem approvaçãõ de que trata o §. 3., sendo essencialmente Nuncupativos, não sendo (exceptuados os permittidos aos cegos) conhecidos no Direito Romano, forão de novo introduzidos pelo uso, e pela nossa Ord. in pr. et §. 3. Tudo isto demonstra bem Peg. tom. 4. ad Ord. L. 1. T. 50. pag. 241. a n. 39. usq. ad n. 65.: Conf. Mauz. de Testam. T. 1. a n. 28.

Nota: O Imperador Maximiliano em huma Ord. do annõ de 1512. (coetanea á nossa Manoelina) introduzio a fôrma de Testamentos Nuncupativos escriptos, como a do Princ. da nossa Ord. Filippina L. 4. T. 80.: fôrma, antes desconhecida no Direito Romano, Harprectr. ad §. 14. Inst. de Testam. n. 9. Stryk. de Caut. Testam. Cap. 15. §. 45.

PRENOÇÃO II.

Abertura e Publicação dos Testamentos, depois da morte do Testador, segundo o Direito Romano.

§. 2.

Nas Pandectas L. 29. Tit. 3. se nota esta Rubrica = *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, et describantur* = No Cod. L. 6. Tit. 32. se vê esta Rubrica = *Quemadmodum Testamenta aperiantur, inspiciantur, et describantur* = Pa-

ra se abrir a verdadeira intelligencia das Leis Romanas collocadas debaixo destes Titulos; e d'outras parallelas; devemos remontar ás fórmulas ante Justinianeas, como se abrião, e publicavão os Testamentos: Gotofredo na L. 2. Cod. dict. Tit. Not. 42. diz

„ *Testamenta aperiebantur, presentibus testibus,*
 „ *vel honestis personis, ut hic facit L. 1. §. 36.*
 „ *ff. Deposit., à presentibus intra triduum, vel*
 „ *quinque dies; ab absentibus intra eos dies, cum*
 „ *supervenissent. Paul. 4. Sent. 6. §. 3. Hoc au-*
 „ *tem modo aperiebantur. Testes (vel maxima pars*
 „ *corum) adhibebantur, qui testamentum signave-*
 „ *rant. Agnitis signis, rupto lino, aperiebatur, et*
 „ *recitabatur testamentum: describendi exempli fie-*
 „ *bat potestas; ac deinde signo publico obsignatum*
 „ *in archivum redigebatur, ut si quando exemplum*
 „ *ejus intercidisset, foret, unde peteretur. Paul.*
 „ *4. Sent. 6. §. 1. Coram populo recitabatur; præ-*
 „ *sentibus iisdem honestis viris, in foro, vel Ba-*
 „ *silica inter horam secundam, et decimam diei.*
 „ *Paul. ibid. §. 2. Hinc illud Augustini in Psalm.*
 „ *21. = Tandiu (inquit) contradicatur de hære-*
 „ *ditate mortuorum, quandiu testamentum profe-*
 „ *ratur in publicum, et cum testamentum fuerit*
 „ *prolatum, in publicum, tacent omnes, ut tabule*
 „ *aperiantur, et recitentur. Judex intus audit,*
 „ *advocati silent, præcones silentium faciunt, uni-*
 „ *versus populus suspensus est ut legantur verba*
 „ *mortui. =*

Nota. Quanto S. Agostinho foi perito na Jurisprudencia Ante-Justinianeã só o ignorará quem não ler Boehmer. ad Pand. Exercit. 6. =
 = *Specimen Jurisprudentiæ Ante-Justinianæ ex Augustino Hyponensi Episcopo. =*

Nota-se nas Leis collocadas debaixo destes Titulos do Digesto, e Codigo; que suppõem a abertura, publicação, e exemplação das taboas do Testamento, isto he, do Testamento escripto, segundo o mesmo Direito; porque as Leis se exprimem pela palavra *Tabulas*; e só no que estava fechado se poderia realizar naturalmente a abertura; e no que estava escripto se podia realizar a lição, publicação, exhibição, exemplação, reposição em Archivo, etc., que suppõe as mesmas Leis; e não no Testamento Nuncupativo, Verbal, que na L. 21. §. 2. e na L. 26. Cod. de Testam. só exigia a Nuncupação verbal, sem escripto perante sete testemunhas.

Nota. *Taboas* na fraze dos Jurisconsultos Romanos era toda a materia, em que se escrevião não só os Testamentos, contractos, dotes, compras, obrigações, etc. Veja-se Wicat. Verb. *Tabula* E por isso diz a nosso proposito o P. Bento Pereira no Elucid. n. 1072. "*Tabulæ usurpantur a Juristis pro testamento, vel pro scriptura testamenti, L. un. Cod. de Tab. exhibend atque adeo per illas semper intelligitur testamentum in scriptis signatum et perfectum. Hinc frequens ille modus loquendi: Bonorum possessiones habere secundum tabulas, et contra tabulas. Hinc etiam primæ et secundæ tabulæ. Nam veteres ante usum Chartarum in tabulis scribebant. Hodie vero ut sumitur ex L. 1. ff. de Bonor. possess. secund. tabul. intelligimus per Tabulas testamenti, scripturam sive in charta, sive in membrana, aut corio, aut qualibet alia materia. Authenticæ tabulæ; quod Ulpian. L. 4. ff.*

„ *fam. ercisc. sunt primarie, unde tanquam*
 „ *ex fonte, exempla desumuntur.* „ Confirma-se
 Heinecc. Antiq. Rom. ad Inst. L. 2. T. 10. §.
 11. 12. Vinn. ad §. 12. Inst. de Testam.

§. 4.

Confirma-se o tratarem os referidos Titulos do Digesto, e Codigo só dos *Testamentos escriptos*, conforme as solemnidades, que o mesmo Direito exigia; e não dos *Nuncupativos Verbaes*; porque não deixou de vir em dúvida se por estes se podia pedir a imissão na posse *secundum tabulas*, como se nota na L. 7. Cod. de Bon. poss. secund. tabul. L. fin. in fin. Cod. de Codicill. L. 8. ff. de Bonor. poss. secund. tab. Bem entendido que seria preciso (como se suppõe nesas Lei) que a disposição Verbal se justificasse primeiro pelas sete testemunhas; ex Stryk. de Cautel. Testam. Cap. 15. §. 43. Mauz. de Testam. T. 4. Q. 2. a n. 28. et a n. 46. Vinn. ad §. 14. Inst. de Testam. n. 3.

§. 5.

De fórma, que diz o Citado Vinnio "*Testa-*
 „ *menta nuncupativa minus usitata veteribus fuis-*
 „ *se, quam scripta argumento est, quod passim*
 „ *tabularum testamenti, et heredum scriptorum in*
 „ *libris nostris mentio fit, raro nuncupationis.* „
 Porque os escriptos erão mais antigos que os Nuncupativos, Valasc. Cons. 178. n. 8. E declara Furgol. de Testam. Cap. 1. n. 12., que "*Posteriormente as*
 „ *Constituições dos Imperadores derão mais sole-*
 „ *mnidades ao Testamento escripto, que havia si-*
 „ *do introduzido pelo Edicto do Pretor (§. 3. Inst.*
 „ *de Testam.) etc. E em fim os Imperadores intro-*
 „ *duzirão huma outra especie de Testamento, cha-*
 „ *mado Nuncupativo: Não era necessario reduzillo*
 „ *a escripto; mas bastava que o Testador declaras-*

„ se a sua vontade em presença de sete testemu-
 „ nhas, convocadas para esse fim. L. 21. §. 2. L.
 „ 26. Cod. de Testam. §. 7. 14. Instit. de Testam.,
 „ §. 6.

Se analysamos as palavras da rubrica dos ditos Titulos = *Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur, describantur* = a palavra *aperire*, significa, diz Vicat. h. verb. = *facere ut quid pateat: sic aperire Codicillos* L. 3. §. 25. ff. ad Solum Silanian. *Epistolam* L. 25. ff. de Legat. 2. *Testamentum* L. 2. §. 5. ff. ad Leg. Cornel. de fals. *Aperire autem tabulas ille intelligitur, qui naturaliter aperit, sive signatæ sunt, sive ligatæ, sed tantum naturaliter clausæ*, etc. Conf. Mull. ad Struv. Exercit 34. thes. 41. *Inspectio rationum* L. 4. Cod. de Fid. Instrum. *Tabularum* Tit. ff. Quemadmod. test. aper. *Etiam earundem lectionem comprehendit.* L. 2. §. 4. ff. Testam. quemadm. aper. Vicat Verbo *Inspectio* Conf. Mull. supra. Em fim "*Describere*" *Corpora Instrumentorum* L. 15. ff. Reb. auctorit. „ *Jud. possid. rationes* L. 8. ff. Tam erciscund. *tabulas* L. 1. ff. Quemadmod. testam. aper. *id est exemplum summere ex authentico. Ita describendi facere copiam.* L. 1. §. 2. ff. de Edend., etc. Vicat Verbo *Describere* Mull. supra. Ora tudo isto só póde realizar-se nos Testamentos escriptos dos Romanos, e não nos Nuncupativos Verbaes, que ahi erão raros, e ultimamente inventados (§.). E entendidas as Leis pela Rubrica devemos assentar que todas (o que ellas mesmas mostram) fallão dos Testamentos *escriptos*, e não dos *Nuncupativos Verbaes*, que se abrião, rotas as linhas, lião-se em público, authenticavão-se, copiavão-se a favor dos interessados; e os originaes authenticos se collocavão no Archivo público.

§. 7.

Entre outras solemnidades necessarias entre os Romanos para a validade dos Testamentos escriptos são estas: 1.^a que tudo se celebrasse *uno contextu* em presença de todas as testemunhas: 2.^a que tendo sido escripto o testamento em diverso tempo, ou pelo Testador, ou por outra qualquer pessoa de seu mandado, se lesse perante as testemunhas: 3.^a que perante ellas o subscrevesse o Testador: 4.^a que estas fossem sete (das não prohibidas pelo mesmo Direito): 5.^a para esse acto rogadas: 6.^a que vissem ao Testador, sem cortina entremedia: 7.^a que nenhuma se apartasse antes de concluido o acto: 8.^a que todas as testemunhas assignassem e subscrevessem o testamento com o seu annel, ou alheio, etc. Veja-se Stryk. de Cautel. Testam. Cap. 15. tot. Luc. Ferr. Bibliot. Canon. Civil Verbo *Testamentum* Artig. 1. a n. 9. ad 31. Outros mais requisitos do Direito Romano cummulou Sabell. §. *Testam.* n. 5. De fórma que nestes Testamentos não entervinha Notario público, que os authorizasse para terem fé, e authenticidade, independente d'outra prova da sua verdade contra a falsidade, que nelles podia maquirar-se.

§. 8.

Era pois necessaria a abertura solemne desses Testamentos (como diz Fürgöl. *Traité des Testaments* Cap. 2. Sect. 4. desde o número 2.): 1.^o para conhecer a vontade do Testador, a fim de se executar, poder o herdeiro accetar a herança, e os legatarios, e os Fideicommissarios poderem intentar suas acções: 2.^o *para dar hum caracter público ao Testamento escripto por hum pessoa particular, e que não tem sido escripto por hum pessoa pública*: 3.^o a fim de constar do estado do Testamento, e se vêr que o Testador não tem mudado de vontade *seja*

rasgando o papel, ou abrindo, ou cortando o fio, e lacre, ou tirando os sellos, casos em que seria nullo, a menos que se não provasse que fôra por acaso: 4.º a fim de que se possa validamente tratar, e transigir sobre as contestações, que nascem das disposições testamentarias, etc.

§. 9.

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

§. 10.

As principaes formalidades (ainda falla Furgol. a n.º 10.) que se devem observar nestas occasiões consistem: 1.º em se fazerem citar (hoje nos presentes tempos) para diante do Juiz, com dia, lugar, e hora certa as testemunhas testamentarias para reconhecerem o estado do Testamento: Elle era mesmo necessario em os Romanos, onde os Testamentos são ordinariamente escriptos por pessoas privadas, fazer o reconhecimento do signal: Eis-aqui porque a L. 4. ff. Quemadm. Testam. aper., exige este reconhecimento, segundo a explicação dos AA.; mas quando o acto da subscripção he público, este reconhecimento he superfluo; basta que as testemunhas reconheçam o estado do Testamento, e que não hou-ve ali alteração.

§. III.

2.º Fazem-se também citarnos os mais próximos Successores para vêr proceder a testá abertura: 3.º As testemunhas testamentárias, ou aquellas, que são vivas e presentes, para em presença do Juiz mostrando-se-lhe o Testamento, o reconhecerem, e o seu estado: 4.º O Juiz deve formar processo de tudo, e especialmente do reconhecimento do estado do testamento, e do reconhecimento dos signaes, e subscripções; se o acto da subscripção não he recebido por huma pessoa pública, elle deve mesmo declarar que tem procedido a abertura, e publicação do testamento, Brunemman. na L. 4. ff. Testam. quemad. aper. refere, segundo os DD. tudo o que he necessario na abertura do testamento: 1.º *Additionem judicis*: 2.º *Citationem eorum, quorum interest*: 3.º *Citationem testium*: 4.º *ut testes rogentur de subscriptione contestium*: 5.º *ut Judex se ferat ad acta que gesta sunt*; etc. Furgol n. 11. 12. 13.

Ha (prosegue Furgol. a n. 16.) algumas outras disposições no Direito Romano concernentes á abertura do testamento, que he necessario conhecer. Não se fazia pública a data, para obviar as falsidades, e as supposições d'outros testamentos em prejuizo dos verdadeiros; não se abrião as partes do escripto, de que o Testador havia prohibido a abertura, até que chegasse o tempo, que elle tinha permittido L. 3. ff. Quemad. testam. aper. §. Sin. autem 3. Inst. de Pupil. Subst. Não se devia abrir, senão com conhecimento de causa, a parte, que continha huma substituição pupilar, se ella estava fechada ou ligada separadamente do corpo do testamento, ainda quando o Testador não tivesse prohibido a abertura L. 8. ff. Cod.

§. II 3.

Como o testamento não he acto de hum só homem, isto he; do herdeiro; mas he colhado como hum acto, que interessa ao público. L. 2. ff. Testam. quem ad. aper. e segundas expressões da L. 5. do mesmo Tit. *publice expedito suprema hominum judicium exitum habere*; e toda a pessoa póde demandar a abertura, e vê-la, e pertender hum extracto. L. 1. ff. eod. e isto tem lugar em toda a forma de testamentos; ainda que elles sejam imperfeitos, rotos, e inuteis. L. 2. §. 1. ff. eod. mas deve-se dar huma dilação sufficiente, tendo respeito ás circumstancias; e segundo o §. 7. da mesma Lei; e esta faculdade deve ser concedida para muitos testamentos se os ha, como para hum só: dicto L. 2. §. 3. Mas o herdeiro tem direito de requerer a exhibição do testamento, ou intentar a reivindicação L. 3. ff. eod. Se aquelle, a que o testamento tem sido confiado em deposito, o abre, e o lê em presença de muitas pessoas; elle he obrigado não sómente pela acção de deposito, para reparar os danos, que elle tem causado; mas ainda pela acção de injuria. L. 1. §. Siquis ff. Depos. Ita Furgol. n. 18. nos oitavos do tit. sup. oitavos do lib. 1. de testam. §. 14. e sob ainda que alguma das testemunhas (continua Furgol. n. 19.) não reconheça o seu signal; e que mesmo o negue; não se deixa de proceder na abertura, mas o testamento vem a ser suspeito. L. 1. §. 9. ff. Testam. quem ad. aper. Se alguma testemunha he fóra do lugar, onde se faz a abertura, se deve enviar o testamento ao lugar da residencia da testemunha, a fim de que ella faça o reconhecimento: O mesmo a respeito de todas as testemunhas absentes. L. 7. ff. eod.

§. 15.

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

§. 16.

Finalmente (omittindo outras superfluidades ao proposito) não se deve proceder á abertura, na forma deste Direito, senão dos testamentos fechados; porque se elles são abertos, e não forão fechados, nem occultos, o procedimento da abertura he inutil. „ Si sui natura tabulae patefactae sunt, apertum videri testamentum non dubitatur; non enim quaeremus, a quo aperiantur. L. 10. §. 1. ff. eod. Furgol. n. 22.

Nota. Tudo o exposto compendiarão Voet, ad Pand. L. 29. Tit. 3. Brunne-man. in L. 1. et Cod. Quemadm. testam. aper. Struv. et Mull. Exercit. 34. thes. 41. e 42. De que tudo he bem evidente não só a solemnidade e forma, com que segundo as Leis Romanas se procedia á abertura dos testamentos; mas que só se realizava nos escriptos cerrados, que sem intervenção de Notario Público se organizavão com as solemnidades, que ficão substanciadas no §. 7. e que por isso era necessario se abrissem, morto o testador, e se authenticassem verdadeiros, com reconhecimento das testemunhas, e mais solemnidades, que ficão referidas, etc.

Uso hodiernõ das Nações quanto à abertura,
e publicação dos Testamentos.

§. 17.

ALPH. 2. Cod. Quem ad. testam. aper., este Direito subsequente ao Digesto, já determinou que na abertura dos Testamentos se observassem as formalidades prescriptas pelas Leis, e usos dos lugares, em que se fazem as aberturas dos Testamentos. Uma Ordenação da antiga França em 1735. no Art. 79. nesta conformidade dispoz: *N' entendons comprendre dans la présente Ordonnance, ce qui regarde l'enregistrement, et la publication des Testaments, ou autres actes de dernière volonté, sur tous les quelles points, il ne sera rien innové, en vertu de notre présente Ordonnance, aux dispositions des Loix, ou usages, qui sont observés à cet égard.*

Como pois nas Nações se inventarão diversas especies de Testamentos, com diversas formas, em differença dos Escriptos dos Romanos (§. 1.), em que não intervinha Notário Público, nem Judicial Authority (Prenõç. 2.) Por isso diz geralmente Thomás. Non deus, hodiern. ad Pand. L. 29. T. 3. *Non confundenda est solemnitas apertura, de qua agit hic titulus, cum publicatione testamenti. Moribus enim solemnitas apertura fere nunquam; publicatio fere non nisi in testamentis judicialibus fieri solet.* Adde Beyes ad h. t Schilter. Exercit. 28. thes. 166. 174. Por isso Brunneman. na L.

1. e 2. Cod. Quemad. testam. ap. n. 4. diz " *Sed ab*
 " *hac necessitate (secundum Jus Romanum) exem-*
 " *pta sunt: 1.º Testamenta apud Principem facta:*
 " *2.º Apud acta: 3.º facta adhibito Notario sive*
 " *testamentum in scriptis sit, sive nuncupativum,*
 " etc. Por isso Stryk. us. mod. Pand. L. 29. T. 3.
 judiciosamente diz " *Quare cum hodie testamenta*
 " *judiciali, ut plurimum nitantur auctoritate, vel*
 " *saltem super eisdem instrumenta publica a No-*
 " *tariis conficiantur, publicationem de consuetudine*
 " *raro hodie locum habere asserit Carpzov. Lau-*
 " *terbach. Brunneinan; ita ut ea omissa testa-*
 " *mentum haud vitietur; Mey. ad Jus Lubecens.*
 " *Conf. Piukman. Meyer in Colleg. Argentor., etc.*
 " *Conf. Mull. ad Struv. Exercit. 94. thes. 41. sub*
 " *lit. = y = x. Testam. publica,* Na Prussia,
 aonde os Testamentos só se fazem judicialmente na
 forma prescripta no Cod. Frider. p. 2. L. 7. Tit. 3.
 art. 2., se faz a abertura na forma prescripta no mes-
 mo Cod. L. 7. T. 14.

§. 19.

„ *Ceterum (continua Stryk. §. 2.) si Testa-*
 „ *mentum in scriptis privata auctoritate conditum*
 „ *est, eo casu publicationem leges requirunt, quæ*
 „ *sit citatis illis, quorum interest, vocatisque tes-*
 „ *tibus ad recognitionem subscriptionis, et sigillo-*
 „ *rum L. 4. seq. h. t. Talia enim testamenta pri-*
 „ *vata tantum nituntur fide, et ita demum publi-*
 „ *catione accedente publicam auctoritatem acci-*
 „ *piunt, ut ejus fidem amplius in dubium vocari*
 „ *non possit. Solemnia Juris Communis explicat*
 „ *Meyer. Coll. Argent. h. t. §. 8 quæ tamen non*
 „ *precisè ubique observantur; cum aperiendi tabu-*
 „ *las variet; et ita in apertura testamenti cujus-*
 „ *que loci, et fori, in quo petitur publicatio testa-*

„ *menti, servanda est consuetudo* “ (Conf; §. 17.)
 Conf. Boehm. ad Jus ff. L. 29. Tit. 3. §. 4. *ibi =*
 „ *Solemnis apertura fit in testamentis mere pri-*
 „ *vatis, auctoritate judicis, ut hac ipsa pu-*
 „ *blicam fidem accipiant* L. 18. Cod. de Testam.
 „ *Fit hæc publicatio: 1. Coram giudice quocunque;*
 „ *2. precedente aliquali cognotione; 3. Citatis tes-*
 „ *tibus ut subscriptiones et sigilla sua recognoscant.*
 „ *Si sigilla a testibus viventibus non recognoscan-*
 „ *tur, tabule fiunt suspectæ, invalideque* „ Só
 nestes testamentos, e não nos feitos por Notarios, se
 requer esta publicação. Begnudell. Verbo Testament.
 n. 125.

Quanto á Legislação e costumes do nosso Reino,
e já á nossa Questão,

§. 20.

Notamos na Ord. L. 4. Tit. 80. quatro diver-
 sas fórmulas de testar. 1.ª Escrevendo-se o Testa-
 mento por Tabellião Público em Livro de Notas
 (ou pelos Escrivães creados nas Aldêas na fórmula da
 Ord. L. 1. T. 78. §. 20.) 2.ª Sendo escripto por
 pessoa privada, e approvedo por Tabellião, na fór-
 ma do §. 1. e 2. 3.ª Sendo escripto por particular,
 subscripto pelo Testador, e testemunhas, sem auto
 de approvação; na fórmula do §. 3. 4.ª Nuncupati-
 vo, Verbal na fórmula do §. 4.: Caso este ultimo, em
 que não se requer, que a nuncupação Verbal do Tes-
 tador se escreva para conservar della a memoria.
 Heinec. Elem. J. Civil. Secund. Ordin. Inst. §. 499,
 no fim.

§. 21.

Taes são as fórmulas de testar neste Reino. Eu

noto na Ord. L. 3. T. 18. §. 19. esta passagem fugitiva = *Poderá ouvir qualquer feito sobre a publicação, e abertura de algum testamento* = Toda esta Ord. desde o §. 3. tem por fonte a L. 1. e seg. ff. de Fer. Na Lei segunda se permittia no tempo feriado conhecer *de testamentis exhibendis, ut curator detur honorum ejus, qui an heres extiturus sit incertum est.* A L. 1. ff. Testam. quemad. ap. permittia requerer a abertura, e publicação do Testamento *omnibus quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere.* E assim a todos os interessados, como legatarios, Fideicommissarios, Crédores, etc. L. 2. ff. eod. Parex. de Instr. edit. T. 5. resol. 13. a n. 5. Confira-se o Codigo Frederic. P. 2. L. 7. T. 15. §. 1. e 2. Era, e he tão favoravel o requerimento para esta abertura, e exhibição do Testamento que a Lei C. Cod. quor. appell. non recip. prohibia "*Nequis ne voluntas defuncti testamento scripta reseretur (et aperiatur L. ult. ff. de Appell. recip., como nota Gotofredo) ausus fuerit provocare, etc.*

§. 22.

Por isto he que o nosso Legislador imbuido no Direito Romano, de que era peritissimo, tendo em vista estas Leis, e considerando, ou o caso da L. 2. ff. de Fer., ou considerando hum herdeiro com o testamento na mão, tardo em cumprir os legados pios, e profanos, ou dar partilha aos côherdeiros; não querendo voluntario mostrar o titulo aos interessados, permittio no tempo feriado tratár a causa *sobre a publicação e abertura do testamento, que em essencia he o mesmo, que permittir o requerimento da exhibição d'elle, pelos interessados; que se comprehende no requerimento para a abertura e publicação, segundo o Direito Romano (§. 6. 8. 13. junto o ti-*

tulo de Tab. exhib. no D. L. 43. T. 5., e Cod. L. 8. Tit. 7.): E não se segue que o nosso Legislador naquellas palavras fugitivas (§. 21.) quizesse se observassem as formulas do Direito Romano na abertura dos Testamentos escriptos, de que tracta a Ord. Liv. 4. T. 80. pr. e dos, de que tracta no §. 1. e 2., e só quando muito dos que tratão os §§. 3. 4. do mesmo Titulo

§. 23.

Com effeito: Lido todo o dito T. 80., não se vê que faça dependente de abertura, ou publicação, nem os Testamentos escriptos em Notas por Tabellião, de que tracta o Preambulo, nem os Cerrados, e approvados de que tracta o §. 1. 2; mas sómente se vê no §. 3. que os Testamentos particulares feitos na forma ahi permittida sejam *publicados ut ibi*, e nes-
 ,, *te caso, quando fór feito pelo Testador, ou por*
 ,, *outra pessoa privada sem instrumento publico nas*
 ,, *costas, deve tal testamento ser publicado (não*
 ,, *diz aberto porque não foi cerrado) depois da mor-*
 ,, *te do Testador, por auctoridade de Justiça; ci-*
 ,, *tando as partes a que pertencer, segundo forma*
 ,, *de Direito.* ,,

§. 24.

Advertio o nosso Legislador que os Testamentos, de que havia tractado no Princ. a §. 1. 2. forão inventados pelo costume, e uso das Nações, e não conhecidos dos Romanos (§. 1. e Prenõç. 2. todo e §. 18.) que só conhecêrão e solemnizarão os Testamentos escriptos por pessoa particular sem Notario da fé Pública: Advertio que os Testamentos de que tractou no Princ. e nos §§. 1. e 2. escriptos, ou approvados por Tabellião *nituntur propriis viribus, et fidem faciunt-absque aliquo testium examine*, etc, Pæg. Tom. 4. ad Ord. pag. 246. n. 75. Cordeir. Dub.

10. n. 2. E que se nas mais Nações, em que forão inventados, não precisão de solemne abertura, e publicação (§. 17. 18) também não pelo costume da nossa. Peg. supra pag. 245. n. 64. ibi "*Apud nos non est necessaria in hoc testamento clauso, neque etiam in aperto, si per Tabellionem sit confectum; nam Tabellionis fides illud requisitum publicationis supplet; quod certum est ex dict. Ord.... Imo ad hoc ipsum Tabellio de consuetudine adhibetur, ut scilicet necessaria non esset publicatio*, etc. Conf. Frag. de Regim. Reipubl. p. 3. L. 5. Disput. 8. §. 3. n. 115. 116. Gomez in L. 3. Taur. a n. 35. ad 39. Valasc. Cons. 178. a n. 6. Begnudell. *Verbo Testamentum* n. 125. Por isso he que o nosso Legislador mysteriosamente não fez precisa solemne abertura, e publicação nos Testamentos feitos, ou approvados por Tabelliães Públicos diversos dos dos Romanos, e de que tractou no Princ. e nos §§. 1. e 2.; mas só fez dependente da necessidade de publicação os Testamentos feitos na fórma do §. 3. da mesma Ord.

§. 25.

Ne verdade os Testamentos feitos na fórma do dito §. 3. são os que mais entre nós se assemelhão aos Testamentos escriptos dos Romanos (recortadas algumas das escrupulosas solemnidades, que ficão substanciadas no §. 7.) Por isso só quanto a estes (e não quanto aos de que tractou no Princ. e §. 1. e 2. (fez precisa a solemnidade da publicação, *segundo fórma de Direito* (isto he do Romano como apposite Peg. ad Ord. Tom. 4. pag. 667. Col. 1.) Bem como nas mais Nações se está observando na publicação desta especie de Testamentos (§. 19.) A mesma prática, e conforme á dita Ord. §. 3., sempre se observou neste Reino, que já attestou Molin. de Inst. et

Jur. Disput. 126. e com elle Fragoz. supra n. 116. Sobre o que se pôde vêr largamente a mesma Dissertação especial na 2.ª parte = Em que circumstancias, e com que requisitos se devão reduzir neste Reino em pública fôrma os Testamentos nullos, sendo escriptos, ou os de que tracta o d. §. 3. = desde o §. 22. e signanter desde o §. 60., a que inteiramente me remetto; porque essa digressão seria alhêa do objecto, de que tracto.

§. 26.

Tudo quanto venho de expôr, segundo o judicioso e mysterioso systema da nossa Legislação, em differença da Romana neste ponto, se comprova admiravelmente por Jul. Capon. Tom. 4. Discept. 291. Dub. 4. tot ubi Vide. O Senador na deliberação transcripta por Peg. de Maiorat. Tom. 4. §. 41. n. 18. até 21.; assim entende a nossa Ord. quando disse ut ibi: "*Si per testatorem apertum fuit testamentum, vel testator aperuit, vel relinquit, laceravit, vel aperuit et servavit. Primo casu nullum est testamentum, eo quia voluntas mutata videtur. Secundo vero casu, quando testator aperuit, et postea sigillatum invenitur testamentum, vel ipse testator sic apertum servavit, vel alteri servandum tradit, tunc valet testamentum siquidem mutata voluntas non intelligitur prout supradicti DD., etc. ex ea enim ratione, quia non est de substantia testamenti, quod sit sutum, et clausum, hoc enim solum fuit ut testes contenta non scirent in testamento. Clarus, etc. Quamvis enim in nostra O. d. Lib. 4. tit. 80. §. 1. invenitur verba será cerrado e cozido; hoc non inducit necessitatem; intelligitur enim dicta lex juxta dispositionem in L. hac consultissima de testam. ubi inveniuntur verba ibi licere et ibi voluerit clau-*

„ dendi: Si ergo non officit quod testamentum post
 „ clausum, apertum inveniatur, et quod nunquam
 „ fuerit clausum, si voluntas mutata non probetur
 „ quomodo ergo officere inpresentiarum potest,
 „ quod aliquo tempore apertum fuisset testamen-
 „ tum, si constat servatum voluntate testatrix,
 „ et clausum inventum, „ Finalmente assim o supõe
 Mell. L. 3. T. 4. §. 10., fazendo distincção entre
 as quatro especies de Testamentos, etc.

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

§. 27.

Tal, tão demonstrado, e comprovado he o espirito da nossa Legislação. Resta só vermos o que com variedade, erro, ou ignorancia, se tem praticado neste Reino. Eu vejo em Oliv. de For. Eccles. 2. p. Q. 30. n. 5., e no Senador em Peg. 3. For. Cap. 28. n. 872. attestado o costume na Comarca de Vizeu, e Provincia da Beira de se abrirem, e publicarem os testamentos no acto dos enterros dos defuntos perante a Irmandade ou Acompanhamento, e passarem os Pajochos Certidão da sua abertura. Eu mesmo tenho observado o mesmo costume não só nas ditas Comarcas e Provincias, mas em outras mais do Reino. Mas ao mesmo tempo tenho visto que muitos herdeiros recorrem a Juizo, presentando os Testamentos certados ao Juiz, na presença do qual por hum Escrivão, a quem o acto se distribue, se passa Certidão da abertura, e estado do Testamento, sem vicio, borção, etc. ou salvando-se, e declarando-se os defeitos substanciaes ou accidentaes, com que apparece

nesse acto da abertura; e isto ainda mesmo nas Pro-
vincias, em que os Parochos abrem os Testamentos,
e os publicão perante as Irmandades sobre os cada-
veres, quando levados á sepultura: Isto quanto aos
Testamentos cerrados, e approvados.

§. 28.

De fôrma, que em quanto aos Testamentos cer-
rados nunca houve costume certo, e invariavel, uni-
forme, e perenne; mas vário, e difforme, já abrin-
do-se pelo Parocho, já em presença do Juiz, já pe-
los proprios herdeiros, sem termo algum de abertu-
ra, e sem que por isso se disputasse a validade des-
tes, que tenho visto tambem sem termo algum de
abertura. Hum costume tão vário não se attende, nem
produz os effeitos de observancia interpretativa das
Leis, e nesta difformidade devemos recorrer ao Di-
reito Patrio. Ora: está assás mostrado que pela nossa
Legislação, e das Nações não procedem nesta nova
especie de Testamentos ás LL. collocadas debaixo
do Tit. ff. e Cod. Quemadmodum testam. aper. Nem
nos Testamentos em Notas na fôrma do Preambulo
da Ord. Lib. 4. T. 80. E só nos Testamentos par-
ticulares feitos na fôrma do §. 3. da dita Ord. algum
tanto assemelhados aos escriptos dos Romanos.

§. 29.

Eu me persuado por verosimilhança que o abri-
rem-se judicialmente os nossos Testamentos cerrados,
teria causa na má intelligencia do Direito Romano,
e Patrio, suppondo-se nestes Testamentos necessaria
essa solemnidade; e ficamos na regra da L. quod non
ratione 39. ff. de Leg. ubi Arouc. a n. 9.: e que o
abrirem-se pelos Parochos teve origem em se divulga-
rem logo os Legados pios, e profanos, que o defun-
cto levado á sepultura determinava se cumprissem ma-
xime no seu funeral. Sem que já mais conste que os

Testamentos feitos em Notas se vão publicar perante os Juizes.

§. 30.

Não temos Lei Patria, que exija tal solemnidade de abertura nos Testamentos cerrados; nem de publicação delles, que só se requer nos da terceira especie, e particulares sem instrumento publico de approvação. O Direito Romano he inapplicavel áquelles, como temos visto: Não ha costume legal, que obre por si, como Direito *consuetudinario*, ou como *interpretativo*: Não pôde induzir-se nullidade, onde a Lei não a commina, ou aonde não dá certa fórma do acto, de que haja transgressão. Portug. L. 3. Cap. 17. n. 71.

§. 31.

Devemos por tanto concluir e assentar que se hum Testamento cerrado, e approvado apparecer na mão do herdeiro aberto sem termo, ou certidão de abertura, ou pelo Juiz, ou pelo Parocho, não se segue dahi que só por isso seja nullo; porque como diz Harprect. Disput. 46. n. 157. „ *Ita tabularum*
 „ *apertura quæ post mortem testatoris eo fine, ut*
 „ *ipsius suprema voluntas exitum sortiatur juxta*
 „ *Tit. ff. et Cod. Quemadm. testam. aper, fit, omnia*
 „ *ibidem a Juris Consultis et DD. tradita, cum*
 „ *nostra, quam volvimus, resignatione nihil commu-*
 „ *ne habeant*, etc. E só resta a questão desta.

Se o Testamento, que se acha aberto, rotas as li-
 onhas; tirado o lacre; ou quando rasgado, riscado,
 rasurado, que mudado em todo, ou em parte,
 se presume ter sido revogado pelo Testador, e
 não valha no todo, ou na parte obliterada, rasu-
 rada, etc.

P R E N O C I O.

§. 32.

HE notavel o muito, que sobre estes casos tem
 escripto com variedade os DD. os quaes (além de
 outros muitos que citão) Pinheir. de Testam. Disput.
 2. Sect. 4. §. 2. a n. 49. et Disput. 6. Sect. 2. n. 6.
 e 7. Fontanell. Dec. 49. Jul. Capon. Discept. 291.
 Dub. 2. Card. de Luca de Testam. Discurs. 65. Manz.
 de Testam. Append. T. 22. a n. 28. Furgol. de Tes-
 tam. Tom. 4. Cap. 11. a n. 79. Barry de Success.
 test. et intest. Lib. 10. T. 1. n. 36. Mantie. de Con-
 jector. L. 12. T. 1. n. 28. Müll. ad Struv. Exercit.
 32. Thes. 51. Portug. de Donat. L. 3. Cap. 17. a
 n. 8. Guerr. tr. 2. L. 3. Cap. 5. a n. 102. Peg. de
 Mayor. Tom. 4. §. 41. a n. 18. Stryk. de Cautel.
 Testam. Cap. 24. §. 17. e §. 40. sequint. Domat.
 Loix Civil. pag. 343.: paucis Mell. Freir. L. 3. T.
 5. §. 50. Latissime et ex professo Harprectr., Disput.
 46. *De resignat. supr. vol. ubi non plus ultra.* Ad-
 de João Sam. Stryk. Vol. 12. Disput. 19. a §. 24.,
 e huma notavel Decisão da Rota Romana que he a
 63. nas Collectas á Obra de Castilho de Var. Quæs-
 tion. Edição de 1753.

Não temos Lei Patria, que decida esta Questão, como adverte o citado Mello. As Leis Romanas que formão o objecto das interpretações, disputas, e applicações a factos pelos DD. são unicamente estas: a L. 1. §. Si linum 10. et §. II. ff. de Bon. poss. secund. Tab. ibi:

„ Si linum quo ligatæ sunt tabulæ inci-
 „ sum siti; si quidem aliis contra voluntatem
 „ Testatoris incidit, honorum possessio peti
 „ potest: quod si ipse Testator id fecerit non vi-
 „ dentur signatæ, et ideo honorum possessio
 „ peti non potest.

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

„ Si hæres institutus non habeat volun-
 „ tatem vel quia incisæ sunt tabulæ, vel quia
 „ cancellatæ, vel quia alia ratione voluntatem
 „ Testator mutaverit, voluitque intestato de-
 „ cedere: dicendum est ab intestato rem habi-
 „ turos eos, qui bonorum possessionem accepe-
 „ runt.

A L. Nostram 30. Cod. de Testam. ibi:

„ Sancientes, siquidem Testator Linum
 „ vel signacula incidit vel abstulerit, utpo-
 „ te ejus voluntate mutata, testamentum non
 „ valere. Sin autem ex alia quacumque causa
 „ hoc contingerit; durante testamento scriptos
 „ hæredes ad hæreditatem vocari.

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

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

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

„ *Quæ in testamento legi possunt, ea in*
 „ *consulto deleta, et inducta nihilominus va-*
 „ *lent: consulto non valent. Id vero, quod non*
 „ *jussu domini scriptum, inductum, deletum*
 „ *ve est, pro nihilo est: Legi autem sic acci-*
 „ *piendum, non intelligi, sed oculis perspicui,*
 „ *quæ sunt scripta. Cæterum si extrinsecus*
 „ *intelliguntur, non videbuntur legi posse. Suf-*
 „ *ficit autem si legibilia sint in consulto de-*
 „ *lecta, sive ab ipso, sive ab alio, sed nolenti-*
 „ *bus. Inducta, accipiendum est et si perducta*
 „ *sint. §. 1. Quod igitur incaute factum est,*
 „ *pro non facto est, si legi potuit. Et ideo,*
 „ *et si novissime (ut solet) testamento fuerit*
 „ *adscriptum, literas, inductiones, superin-*
 „ *ductiones ipse fecit: non videbitur referri ad*
 „ *ea, quæ inconsulto contingerunt. Proinde et*
 „ *si inconsulto superscripsit induxisse se ma-*
 „ *nebunt; et si ademit, non erunt adempta §.*
 „ *2. Sed si legi non possunt, quæ inconsulto*
 „ *deleta sunt, dicendum est non deberi; sed*
 „ *hoc ita demum, si ante consumationem tes-*
 „ *tamenti factum est. §. 3. Sed consulto qui-*
 „ *dem deleta exceptione petentes repelluntur:*
 „ *in consulto vero non repelluntur, sive legi*
 „ *possunt, sive non possunt: quoniam si totum*
 „ *testamentum non extet, constat valere omnia,*
 „ *quæ in eo scripta sunt. Et siquidem illud*
 „ *concidit testator, denegabuntur actiones: si*

§. 34. *vero alius invito testatore, non denegabuntur.*

§. 34.

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

SECÇÃO I.

Quanto ao todo do Testamento.

Primeiro caso indubitavel entre os DD. quando o Testamento he feito em Notas.

§. 35.

SE o Testamento foi feito em Notas na fórma da Ord. L. 4. T. 80. pr., e de que o Tabellião deo ao Testador huma copia; por mais que o Testador rompa, lacere, emende, razure, etc. esta copia, nunca se entende revogado o Testamento, cujo original ficou na Nota do Tabellião, Pinheir. de Testam Disp. 6. Secr. 2. n. 8. Portug. de Donat. L. 3. Cap. 17. n. II. Mantic. de Tacit. L. 2. T. 1. §. 33. Molin. de Just. Disp. 153. *¶. Dubium vero est: Conduz o*

Simile da L. final ff. de his quæ in testam. del. Jul. Capon. Discept. 291. Dub. 2. n. 4. Conf. Stryk. de Cautel. Testam. Cap. 24. sub. §. 17. et §. 47. Harprectr. Disp. 46. a n. 118. Voet. ad Pand. L. 28. Tit. 4. n. 1. in fin. Fabr. in Cod. L. 6. T. 5. Def. 30. Com esta opinião depois de referir a original de Paulo Castrense, e outros, que o seguirão, se conforma Vinn. ad §. 3. Inst. quib. mod. testam. infirm. n. 3. referindo-o assim julgado na sua Provincia. *et in quoq. d. lovet dubio* §. 36.

Só este primeiro caso se limita nisi aliunde sint probabiles conjecturæ, quod intentio testatoris fuerit testamentum penitus revocare. Porém será preciso provar-se que o Testador declarou que assim o fazia, por querer morrer ab intestado, L. ult. ff. de his, quæ intest. del. Furgol. Cap. 11. sub. n. 79.; e que assim o provem os herdeiros ab intestato. Mantic. supra. Em contrario não deixa de fazer grande dúvida esta resolução, porque em semelhante caso diz Stryk. us. mod. L. 28. T. 4. §. 4. *„ Cum contra jus „ strictum in reali mutatione leges ad solam volun- „ tatem respiciant, utique dicendum est testamen- „ tum nuncupativum ex hac declaratione reali con- „ trarie voluntatis non subsistere. „ Conf. Struv. Exerc. 32. thes. 48. Lauterb. de Cancell. §. 35. Manz. de Testam. in App. Tit. 22. n. 49. y. Po- rêm que não basta a Cancellação na Cópia, sem ser Cancellada uo Portacollo do Notario, e diante de sete Testemunhas. Muller ad Struv. supr. p. 719. Col. 2. depois do meio Brunneman. in L. 30. Cod. de Testam. n. 5. Barry de Success. L. 1. T. 9. n. 46., aonde reprova essa opinião contraria, e segue a primeira.*

Nota. No Discurso 65. do Card. de Luc. o sup. de Testam. se figura huma hypothese, que não

póde jámais dar-se no nosso Reino, attenta a Ord. L. 1. T. 78. §. 4. e seguinte; e T. 19. §. 5. Na hypothese de Fontánell. era hum Testamento sem semelhança algúma dos nossos, de que trato, e feito conforme o costume de Barcellona. Os mais DD. fallão de Testamentos feitos conforme diversos usos das Nações, sem as circumstancias dos nossos cerrados, como na Decis. 63. ad. Castilha de var. Quæstionib. Em algumas Nações entrega-se o Testamento em Archivos públicos: em outras se entrega cozido, e fechado com subscrição de testemunhas a hum Tabellião, que attesta a entrega que lhe foi feita pelo Testador. E por isso he que os DD. fazem duvidoso lá nessas Nações se reassumindo o Testador ou do Archivo, ou da mão do Tabellião o Testamento, e abrindo-o fica revogado. Quanto estes casos differem do nosso, ninguem ha que o não veja. Póde hum dos nossos Testadores rasgar a copia para illudir, e se livrar de suggestões, persuadido que lá fica o Original authentico em mão do Tabellião; e huma vez que não faz outro Testamento se presume quiz vallesse, o que restava na Nota. Mantic. Conject. L. 12. T. 1. n. 12.

Segundo caso indubitavel, seja qual fôr a especie do testamento.

§. 37. Este he o da L. 20. fin. ff. de Injust. rupt. ibi:

„ Lucius Titius, integra mente et valetudine, testamentum fecit, ubi oportet: postea

„ cum in valetudinem adversam incidisset, men-
 „ te captus tabulas easdem incidit: Quæro an
 „ heredes his tabulis instituti adire possint he-
 „ reditatem? Respondit, secundum ea, quæ
 „ proponerentur, non ideo minus adiri posse.

Concorda a L. 1. ff. de his, quæ in test. del. L. 1. in fin. ff. de Bonor. posses. secund. Tabul. L. 30. Cod. de Testam. A genuína razão ra. expõe Furgol. Cap. 11. sub. n. 78. *¶ la raison*, Harprect. Disput. 46. a n. 62. citando outros DD. Cod. Frederic. Part. 2. L. 7. T. 17. art. 1. §. 11. Conf. Voet. ad Pand. L. 28. T. 4. n. 2. Harprectr. amplía o mesmo a n. 65. ao caso, em que o Testador ou em ebriedade, ou em vehementíssima exandescencia, ou arrebatado de breve furor, etc. fez isto.

Terceiro caso indubitavel em toda a especie de Testamento.

Se consta que outra pessoa, e não o Testador abriu o Testamento, ou fez nelle alguma laceração, ou travessura, tambem he sem dúvida que subsiste válido, e não se presume revogado. Assim se nota na L. 30. Cod. de Testam. *¶ Sin autem* = Latissime Harprectr. Disp. 46. a n. 360. ad 372. *ubi ad satietatem* Cod. Freder. P. 2. L. 7. T. 17. Art. 1. §. 11. E ainda que alguns DD. quizerão distinguir o caso de apparecer assim o Testamento em mão de pessoa suspeita; e não quando em mão de pessoa não suspeita; com tudo a indistincta proposição acima he a mais seguida. Barr. de Succes. L. 1. ff. 9. sub. n. 45. *¶ Quod Doctores* =

§. 39.

Suscitação porém aqui os DD. a dúvida: A quem incumbe provar que não o Testador; mas algum terceiro abriu o Testamento, ou o lacerou: Se ao herdeiro escripto para sustentar a validade, se ao ab intestato, que affirme a revogação? Furgol. de Testam. Cap. II. n. 80. com Mantic. de Coject. L. 12. T. I. Stokmans. Decis. 13. n. 10. e 11.; distingue que se o Testamento estava em poder do Testador, se presume aberto, ou lacerado, ou rasurado por elle, em quanto o herdeiro escripto não prova o contrario. Se estava e se achou em poder de terceiro, se presume que o Testador o não abriu, lacerou, razerou, nem mondou; mas que foi travessura do Terceiro, em quanto o herdeiro ab intestato não prova o contrario. Esta mesma distincção segue Gilkenio; Danther. Carpzov. e Menoch. referidos por Stryk. de Cautel. Testam. Cap. 24. §. 45. Jul. Capon. Disc. 291. Dub. 2. n. 5. Concorda ex professo Harprectr. Disp. 46. a n. 378. ad 381. Cod. Freder. supr. §. 11. Struv. Exercit. 32. thes. 51. et ibi Mull. Voet. ad Pand. L. 28. T. 4. n. 4. Brunneman. in L. penult. Cod. de Testam. n. 9. Portug. de Donat. L. 3. Cap. 17. sub. n. 10. Luc. Ferrar., Verbo *Testam.* Art. 15. n. 19. Cod. Freder. P. 2. L. 7. T. 17. Artig. 1. §. 11. Ÿ. on presume. Manz. de Test. in Append. T. 22. a n. 34. et 38. Barry de Succes. L. 1. Cap. 9. sub. n. 45. Ÿ. *Cancellatio* = Card. de Luc. de Testam. Discurs. 65. a n. 12.

§. 40.

Outros absolutamente em todo o caso presumem toda a manobra pelo Testador, em quanto não consta o contrario, como Mantic e Vasquez, referidos pelo mesmo Stryk. sub. d. §. 45. E a razão dá Bohemer. ad Pand. Exercit. 68. Cap. 3. §. 12. ibi =

„ *Fundamentum harum decisionum peten-*
 „ *dum ex l. si unus 12. Cod. de Testam. ubi*
 „ *Impp. eleganter aiunt: De his, quæ interle-*
 „ *cta, sive suprascripta dicis, non ad juris*
 „ *solemnitatem, sed ad fidei pertinent quæ-*
 „ *tionem, ut appareat utrum testatoris volun-*
 „ *tate emendationem meruerint, vel ab altero*
 „ *inconsulto deleta sint, an ab aliquo falso hæ-*
 „ *fuerint commissa. Unde ergo hoc apparebit?*
 „ *Hoc certum est, ex l. 3, in fin ff. de his quæ*
 „ *test. del. quod favore libertatis inconsulto*
 „ *deletio præsumatur facta, etc.*

§. 41.

Pelo contrário não será difficil presumir a ma-
 nobra por algum daquelles, que refere Harpr. Disp.
 46. a n. 45. ad 48. ibi:

„ *Quod attinet Tertios, alienum testamen-*
 „ *tum absque jussu testatoris speciali resignan-*
 „ *tes, hos ad talem illicitam resignationem vel*
 „ *sola ipsorum temeraria curiositas, vel ut here-*
 „ *dum ab intestato succéderè cupientium, et*
 „ *hanc flagitiosam ipsorum operam, in resignan-*
 „ *da testatoris fortassis ægroti voluntate, vel*
 „ *precibus, vel pretio exprocantium desiderio sa-*
 „ *tisfaciant, vel illorum amicitiam, favorem aut*
 „ *gratiam eo modo lucrentur, vel alterius lucri*
 „ *improbabilis spes; vel si quis ipse in priore*
 „ *testamento, cujus tabulas testator illæsas reli-*
 „ *quit, heres fuerit institutus, et tum de hoc*
 „ *ipso, tum de posteriore certior redditus eo*
 „ *sine has reseret, ut iudicibus imponat, forsam*
 „ *etiam litteris, quibus ipse testator (ignarus*
 „ *sui posterioris testamenti resignationis) post*
 „ *ordinationem hujus ultimi elogii, de futura*

„ sua successione ipsum bene sperare jussit, in
 „ judicio productis, quibus prius testamentum
 „ denuo confirmatum dicit, juxta L. pen. §. 2.
 „ de B. P. secund. tab. et trad. Vinnii ad §. 6.
 „ n. 3. J. quib. mod. test. infirm.; et qua por-
 „ rò ratione Heredipetas, alienis facultatibus
 „ inhiantes, ad similia Falsa crimina, auri sa-
 „ cra fames solet extimulare. „

Et n. 85. ibi: „

„ Frequentius illud est, ut alii extranei,
 „ vel domestici homines, vel heredum, quos
 „ putant scriptorum emuli. Ulric. Zasius lib. 1.
 „ cons. 2. n. 1. in fin vel ex testamenti resi-
 „ gnatione, seu sola, seu cum contentorum il-
 „ lius proditione conjuncta, lucrum sperantes
 „ locum asservationis testamenti indagant, vel
 „ occasionis opportunitate abutentes observent,
 „ et quam primum id possunt fraudulenter resi-
 „ gnent. late Zasius Nisi,
 „ inquit, contra voluntatem testatoris aliquando
 „ fierent, Lex eum casum in §. Legis 1. de B.
 „ P. sec. tab. non providisset, cum jus ex facto
 „ oriaur. Imò plane ex Avarorum nequitia
 „ (Quid enim homo malitiæ semel deditus non
 „ adinveniat?) quandoque delabitur ut tes-
 „ tatorum plane interimant, et intercepti scri-
 „ pta reserent, inibique repertum ipsius testamen-
 „ tum etiam resignant, vel sigilla avellant, etc. „

Et n. 382. tit. 388. ibi =

„ In altero casu, si nimirum testamentum
 „ apud tertium resignatum reperitur, resignatio

„ in dubio non ab ipso testatore, vel ab illo
 „ Tertio facta præsumitur, donec ipso contra-
 „ rium legitime probet. maxime si testator
 „ in manus sui confessionarii, sub sigillo confes-
 „ sionis, pro suæ conscientiæ exoneratione, et
 „ veritatis dilucitatione, id resignaverit, seu
 „ commendaverit; quæ utique cautela plane opus
 „ non fuisset, si ipse testator illud aperuisset...
 „ vel si ille tertius aliquam notabilem jacturam
 „ ex illo testamento sustinere possit. Vel
 „ plane testator in suis ædibus fuerit occisus,
 „ ejus scrinium reseratum, et plures scripturæ
 „ exinde extractæ, ipsumque testamentum, eo-
 „ dem in loco, incisis filis, apertum repertum
 „ sit. Idem dicendum si testamentum non
 „ quidem apud tertium, sed tamen in loco im-
 „ pertinenti repertum fuerit: Tunc enim adver-
 „ sus testatoris domesticos, facile suspiciõ subnas-
 „ ci potest. Cæterum non aliter hæc resi-
 „ gnatio ab aliquo tertio præsumitur facta, quam
 „ si prius probetur, quod ille Tertius testamen-
 „ tum in suis habuerit manibus. Et
 „ præterea quod illud in manum ipsius perve-
 „ nerit clausum. ubi tamen si ille justis
 „ suspicionibus sit aggravatus, etiam per jura-
 „ mentum purgationis illæ dilui poterunt.
 „ imò etiam per contrarias præsumptiones. „

§. 42.

Mas o mesmo Stryk. no dito §. 41. ʒ. = Non putamus, distingue assim ibi =

„ Non putamus hanc rem dependere ex solerti
 „ indagatione circumstantiarum, et hinc arbitrium ju-
 „ dicis sibi locum vindicare. Multum intererit etiam
 „ an delectio ante, an post testamentum consumatum
 „ sit facta? Sic in casu, ubi statim mor-

„ te testatoris testamentum in cubiculo ipso, ubi diem
 „ suum clauserat testator apertum inventum fuerat,
 „ signis resignatis, sub stragulo mensæ; præsumptio
 „ est a testatore esse mutatum,..... Vicissim si tes-
 „ tator tantum paucos menses post testamentum vi-
 „ xerit, et illud resignatum, et deletum reperiatur,
 „ præsumptio est, quod alius hæc fecerit, quia mu-
 „ tatio voluntatis brevi tempore non præsumitur in
 „ testatore. „

§. 43.

„ Quæ proxime diximus de resignatione a tertio
 „ facta, multo magis tunc obtinent, si tabulæ testa-
 „ menti vel a muribus arrosæ, vel vetustate putrefa-
 „ ctæ, aliove quo casu fortuito resignentur..... casus
 „ namque fortuitus testatoris voluntatem nequit red-
 „ dere inutilem..... Et sicuti totius testamenti ordi-
 „ natio a testatoris voluntate dependet, sic et ejus
 „ destructio..... Dummodò scriptura adhuc legi
 „ possit, vel septem testibus testamento adhibitis il-
 „ lius tenor probari valeat: „ Harprectr. Disp. 46. a
 „ n. 374. ad 378. Conf. Boehmer. ad Pand. Exercit.
 „ 68. Cap. 3. §. 11. e seq. Voet. ad Pand. Lib. 28. T.
 „ 4. n. 2.

S E C Ç Ã O II.

Casos mais duvidosos, e opinativos.

Primeiro caso: quanto ao Testamento cerrado e aprovado. Quando se acha só aberto sem termo de abertura, rotas as linhas, que o cozião, mas sem laceração, e consta, ou se presume que o Testador mesmo o abriu, e assim o conservou até a morte.

§. 44.

Já vimos na primeira parte que, segundo a nossa Jurisprudencia em differença da Romana, a falta de abertura e solemne publicação, que exigia a Romana, não induz nullidade nos nossos Testamentos *cerrados, e aprovados*: Entra pois a dúvida, (segundo o Direito Romano, e Leis transcriptas §. 33.) se achando-se esta especie de Testamentos abertos, rotas as linhas, e lacre, ou obreás, com que se cozem, e fechão, ainda mesmo que conste forem abertos pelo Testador, se presumem só por isso (não fallo de laceração total ou cancellação) revogados, e insubsistentes, deve neste simples caso deferir-se a herança ab intestato?

§. 45.

Os DD. (ainda que pela maior parte confundem os casos da simples rotura das linhas, com o da laceração e cancellação notaveis) se dividem em dois esquadrões. Huns assentão que só pelo simples facto de o Testador romper as linhas, descozer, dilacerar, e abrir o Testamento, he visto revoga-lo. Assim absolutamente, e só fundados em algumas das referidas

Leis sustentão Mell. L. 3 T. 5 §. 50. Pinheir. de Testam. Disp. 6. Sect. 2. n. 6. Jul. Capon. Discept. 391. Dub. 2. n. 9. Castilh. L. 4. Cap. 37. a n. 25. Fontanel. Decis. 49. Cap. 50.: e outros muitos desta opinião, que refere Harprect. a n. 127. ad 136., que todos fallão nesta hypothese da simples abertura dos fios, com que estava cozido o Testamento, sem outra cancellação, ou alteração das solemnidades do Testamento. Os DD. que seguem esta opinião a amplião: 1., ainda nos Testamentos privilegiados, ad pia; ou inter liberos. Harprect. Disp. 46. a n. 101. Elles a amplião: 2., aos Codicillos Harprect. a n. 121. aonde cumula todos os mais DD.

§. 46.

Pela opinião contraria no caso proposto (de que só trato agora) de se achar o Testamento só aberto, rotas as linhas e lácre, com que se achava cozido, e fechado: Que esta simples abertura, ainda mesmo que conste ser feita pelo Testador, por si só não induz (já vimos na 1.^a parte que não induz nullidade) revogação do Testamento, sustentão Brunneiman. ad Wesembach. ad Tit. de his quæ in test. del. q. 3. Struv. et Mul. Exercit. 32. Thes. 51. Perez in Cod. de Testam. n. 20. Barry de Succes., e outros muitos que coacervou Harprectr. Disp. 46. n. 189. e além delles Peg. de Mayorat. Tom. 4. §. 41. a n. 18. Sam. Stryk. Vol. 12. Disp. 19. §. 24. É isto ainda que conste que o abriu com animo de fazer outro Testamento: Grat. For. Cap. 490. n. 41., Cap. 558. e Cap. 764. Menoch. Cons. 42.

Sustenta-se o sólido desta opinião por meio de huma juridica analyse das Leis Romanas.

§. 47.

Sem o subsidio da Historia dos Romanos, das suas fórmulas, que practicavão em todos os actos civís, não podem bem interpretar-se as Leis Romanas. Estat. da Universidade Curs. Jur. L. 2. T. 6. Cap. 6. §. 8. Compend. Histor. Cap. 2. §. 182. até 197. Da mesma fórma se não póde atinar com o verdadeiro sentido das Leis Romanas sem huma perfeita sciencia da lingua Latina, e da própria e genuina accepção das palavras, nos diversos tempos de Roma, e nos das Leis, que são objecto da interpretação occorrente. Cit. Comp. Hist. Cap. 2. a §. 1. Ekard. Hermen. Jur. Dissert. Desta falta de conhecimentos nos DD. que defenderão a opinião contrária, resultou a cegueira, e o erro, dos que a seguirão, como judiciosamente diz o citado Harpr. Disp. 46. n. 147.

§. 48.

Desde a origem do Mundo (não fallo dos Sellos públicos) as pessoas particulares tiverão aneis, com que sellarão todos os seus escriptos; os Hebreos, os Egypcios, os Persas, os Gregos, os Romanos, os Bysantinos, os Germanos, etc. como com Grónov. Berger. Heinec. e outros; Boehmer. ad Pand. Exercit. 67. §. 2. e seg. Luc. Ferr. Bibliot. Verbo *Sigillum*, n. 2. Stryk. Vol. 12. Disput. 19. tot. Estes aneis, e sinetes privados diz o citado Boehmer. "*Sig-
no arbitrario constabant pro lubitu electa: quam-
vis enim plurimi imaginem Imperatorum in suis
sigillis exprimere solerent, infinita tamen sigilla,
et gemmæ hodie ab antiquitatis studiosis collecta*

„(inprimis ab Abram Gorlex in Dactilotheca, in
 „qua insignem apparatus horum sigillorum gem-
 „mis insculptorum vel annulorum sigillariorum ex-
 „hibet) ostendunt ea in infinitum variasse, et a
 „celebri rei memoria, statu temporis, religione,
 „vel aliis causis electa, et in gemmis expressa fuis-
 „se, sæpiusque immutata, etc.” Accrescentando que
 „Annulis insculpi solebant variarum rerum effi-
 „gies, secundum cujusvis beneplacitum.,

§. 49.

De fórma que “*Sigillum pro annulo, et an-
 „nullum pro sigillo usurpatum fuisse antiquitus ex
 „Tacito, et aliis probat Cigonius ad Tit. de his
 „quæ fiunt a mayor. part. capit. et patet etiam ex
 „utroque jure, ut in Cap. In nomine 1. Dist. 73.
 „et in L. Signatorius 74. ff. de V. S. et L. Argu-
 „mento 25. §. Ornamenta ff. de aur. et arg. log.
 „idque etiam docent plures alii DD. cum Card.
 „Petr. tom. 1. ad Constit. Apostol. §. 3. Proem.
 „n. 48., Ita Ferrar. supr. n. 1. Vindo o mesmo
 „Ferrar. com o dito Card. Petr. n. 5. a definir. Si-
 „gillum igitur est signum, seu signaculum certis
 „notis impressum L. 22. §. Signum ff. Qui test.
 „fac. poss. L. 1. §. 2. L. 2. §. 4. ff. Testam. quem-
 „ad. aper. Hoping. de Jur. Sigillor. Cap. 1. §. 3.,
 „etc.,*

§. 50.

„*Finis antiquorum sigillorum fuit primarius,
 „ut hoc signo clauderentur tabulæ tam publicæ,
 „quam privatæ, ne quorumvis obtutibus expositæ
 „essent aperiendæ demum post sigillorum integri-
 „tatem agnitam, lino inciso, ubi necessitas id pos-
 „tulabat.,* Boehmer. ad Pand. Exercit. 67. Cap. 1.
 sub §. 4. De fórma que, como com Plinio, Orige-
 nes, e Salmazio de scribend. et sign. testam. diz o

mesmo Boehmer. §. 2. Not. 4. "Romanos annulo
 ,, signa omnia, quæ domi clausa volebant vindica-
 ,, re, a domesticorum, et servorum rapinis.....
 ,, signasse. Eorundem annulorum usum fuisse ad
 ,, signandas omnis generis tabulas privatorum, pu-
 ,, blicorumque contractuum testamenta, codicil-
 ,, los..... quibus ligandis filum linum, vel funi-
 ,, culum adhibebant, sigillo, vel annullo signatorio
 ,, signandum et claudendum..... Adeo, ut
 ,, si linum incisum fuerit, tabule non signatæ vi-
 ,, derentur, utut signa testium apparerent inte-
 ,, gra, uti observat Juris Cius in l. 1. §. 10. de
 ,, poss. sec. tabb. Hoc sensu dicebantur tabule obsi-
 ,, gnari, seu sigillis claudi, cujus moris etiam fit
 ,, mentio Apocal. Cap. 5. v. 1. et L. 22. ff. qui tes-
 ,, tamen. fac. poss.: Ita omnia, quæ præcludenda
 ,, erant, signabantur, etc.,"

§. 51.

Por isto he que Stryk. Vol. 12. Disp. 19. = De
 exceptione deficientis sigilli = diz "Sigilla in Fu-
 ,, re nostro nunc dicuntur signa, L. 22. §. 3. 5. ff.
 ,, Qui test. fac. poss. L. 11. ff. de Inj. rupt. Un-
 ,, de signare, est sigillo impresso chartam occlude-
 ,, re L. 6. ff. de cust. et exhib. reor. Annulus si-
 ,, gnatorius L. 74. ff. de V. S. L. 25. §. 10. ff. de
 ,, aur. et arg. Leg. Sigillum enim apud veteres in
 ,, annulo erat, et ideo annulus signatorius diceba-
 ,, tur: Theodor Hopping. de Jur. Sigill. Cap. 1. n.
 ,, 39. Hinc DD. sigillum et annulum, quoad mate-
 ,, riam probationis, pro eisdem capiunt..... Si-
 ,, gilla etiam pro signacula nuncupantur L. 1. §.
 ,, 36. ff. Depos. L. 21. Cod. de Testam. Signatura
 ,, quandoque pro sigillo accipitur.

§. 52.

„ Neronis temporibus (diz Manz. de Testam,

„ T. 4. Q. I. sub. n. 149.) *constitutum fuit ut ista*
 „ *signa appenderentur testamentis, sicut hoc intel-*
 „ *ligi potest ex Sueton. in Neron. in illis verbis:*
 „ *Adversus falsarios tunc primum repertum est,*
 „ *ne tabulæ nisi pertusæ, et terlino, per foramina*
 „ *trajecto obsignarentur. = Qua de re elegans ex-*
 „ *tat S. C. cum apud Paul. Lb. 5. Sent. sub. tit. ad*
 „ *Leg. Cornel. testam., etc.,* Com Brisson. L. 6.
 de Form. et solemn. Roman. §. Cæterum pag. 571.
 et de Tabul. L. 7. §. ad obsignanda pag. 655. Com
 Franc. Con. Dauth. de Testam., Theodor., Hoping.
 de Jur. sigill., Gofred., e outros; Harprect. Disp.
 46. sub n. 147. ibi. = Nequid hic antiquitatis igno-
 „ retur, ad majorem sigillorum fidem temporibus de-
 „ mum Neronianis, etiam ligatura necessaria visa
 „ fuit. Cum enim eo usque signa testium tabellis im-
 „ primerentur, Nero porro disposuit ut lino in pos-
 „ terum appenderentur, auctore Sueton in Vit. Ner.
 „ Cap. 17., ubi contra falsarios tunc primum reper-
 „ tum refert, ne tabulæ pertusæ, ac terlino per fo-
 „ ramina trajecto, obsignarentur, cautumque, ut in
 „ testamentis, duæ primæ ceræ testatorum modo no-
 „ mine inscripto, vacuæ signaturis ostenderentur. Qui-
 „ bus gemina tradit Paulus lib. Sentent. 5. T. 25. Am-
 „ plissimus, inquit, Ordo decrevit eas tabulas, qui
 „ publici et privati contractus scripturam continent,
 „ adhibitis testibus, ita signari, ut summa marginis
 „ ad mediam partem perforatæ, triplici lino constrin-
 „ gantur, atque impositæ supra linum, ceræ signa
 „ imprimantur, etc.,

„ §. 53.

Não bastava por tanto entre os Romanos que as
 sete testemunhas subscrevessem os testamentos: (sub-
 scripção, que se fazia na forma, que relata Stryk.
 de Caut. testam. Cap. 15. §. 38. Manz. T. 3. Q. I.

sub n. 119. ex L. 30. ff. Qui test. fac. poss.): era juntamente necessario que todos os sellassem com os seus anneis e sellos particulares; e esses sellos se cozessem e pendessem na fórma, que tenho referido; tanto que faltando, ou só a subscripção, ou só o selo das testemunhas, era o Testamento nullo. Stryk. de Succes. ab intest. Dis. 9. Cap. 4. §. 51. Manz. de Testam. T. 4. Q. 1. a n. 117., 123., 124., e melhor o mesmo Stryk. de Cautel. testam. Cap. 15. §. 35. 36. 37. acrescentando que = testis, qui saltem signavit, non autem subscripsit, pro eo habebatur, ac si plane non fuisset adhibitus ex L. 22. §. 4. ff. Qui test. facer. poss. =

§. 54.

Taes são as fórmulas, taes as solemnidades com que para serem, e subsistirem validos se organizavão os testamentos entre os Romanos. Na frase dos Juris Consultos na materia sujeita “Resignare nihil aliud indigitat, quam signatum aperire”, §. 4. Inst. de Milit. testam. ibi = Resignavit illud = L. 6. ff. Testam. quemad. aper. ibi = Resignavi testamentum, et recitavi = L. 23. ff. Qui test. fac. poss. ibi = Testamentum resignaverit = L. 16. ff. ad Leg. Corn. de Fals. L. 2. Cod. eod., L. 20. ff. de V. P. S. T. L. 38. §. 7. ff. de Pæn. Sic ut tabulas testamenti *resignare* idem sit ac *resecare* seu *aperire*, *relaxari*, *patefacere*. Ita post alios Harpr. Disp. 46. a n. 7. Wicat Verbo = Resignare = Tambem na frase dos Juris Consultos, e das Leis Romanas ao nosso proposito. “Juris Consulti, et Imperatores per incisionem plerumque non solum talem *resignationem* (de qua §. præced.) verum etiam *sectionem*, vel *incisionem* inmisere solent, qua testamentum non omnino quidem conscindatur. L. 1. §. 1. ff. de His quæ in test. del. Sed tamen *scisu*”

„ *ra* in illo fiat; quo in sensu præprimis hoc voca-
 „ bulum occurrit in L. fin. et in L. 3. in med. ff.
 „ de His, quæ in test. del. L. 13. §. 1. ff. de Test.
 „ Mil. L. 1. §. 8. ff. Si tab. test. null. ex tab. L.
 „ 30. Cod. de Test.; ut proinde rectissime Ant. Pe-
 „ rez uti *incisioni aperturam*, sive *resignationem*
 „ opponat ad Tit. Cod. de Test. n. 20. ibi. = Il-
 „ lud aperuit; tamen non *cancellavit*, nec incidit,
 „ Ita Harprect. d. D. 46. a n. 11. Melhor, e mais ao
 „ proposito, (segundo a historia, que tenho referido)
 „ Wicat Verbo *Incidere* ibi =

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

§. 55.

Tambem na frase dos Juris Consultos, e Impe-
 „ radores *Cancellare testamentum* l. 15. §. 1. ff.
 „ de Test. mil. *Cbyrografum* L. 24. ff. de Prob;

„ *tabulas cautionis* L. 82. §. ult. ff. de Furt. *id est,*
 „ *delere, quod transversis, veluti cancellis, seu*
 „ *lineis cancellatim ductis fieri solet.* „ Wicat hoc
 Verbo. Confira-se sobre a accepção destas palavras,
 e de outras synonymas: Pereir. in Elucid. n. 518., e
 519. =

„ Circa materiam obliterandi, seu delendi scri-
 „ ptam sunt valde affinia in jure hæc verba cancel-
 „ lare, inducere, superinducere, circumducere lite-
 „ ram, dispungere, expungere, subpunctare. Expe-
 „ diam singula, etc. Vide. Mull. ad Struv. Exercit.
 32. Thes. 48. Liter. B. até letra. Y.

§. 56.

Tambem ao nosso proposito “ Turbare signa
 „ est confundere, et permiscere, sic ut agnosci jam
 „ non possint L. 22. §. 3. ff. Qui test. fac. poss.
 „ Quintilian. L. 12. Cap. 8. Denique linum ru-
 „ ptum, aut turbata cera, aut sine adgnitione signa
 „ frequenter invenies: Hinc turbare testamenta L.
 „ 8. pr. ff. de Bon. poss. contr., Wicat Verbo
 = *Turbari* = Conf. Manz. de Testam. Tit. 4. Q.
 1. sub. n. 149. ibi “ Turbatio autem signorum tunc
 „ fit, cum signa testator sic confundit, et permiscet,
 „ ut agnosci non possint: quæ et *turbata cere* di-
 „ cuntur. „ Tab. Lb. 12. Cap. 8.

§. 57.

Tal he (depois da Historia a §. 48.) a propria
 accepção na materia sujeita das palavras Latinas das
 Leis transcriptas (§. 33.), que são o objecto da sua
 interpretação, e da decisão desta questão (historia,
 e latinidade,) tochas as mais luminosas, e sem as quaes
 não póde vêr-se o seu genuino sentido, e applicação
 (§. 33.) Ora: justamente chama Harprect. Disp. 46.
 a n. 137. ad 143. quanto differe a resignação ou sim-
 ples abertura do Testamento da incisão, cancellação,

inducção, ou arrancamento do linho e dos sellos, ou turbação nos Testamentos dos Romanos, e contra o erro, com que os DD. dessa contraria opinião confundem tudo isto, ut ibi =

„ Ex præmissis patescit quantum (I.) intersit
 „ inter solam testamenti resignationem, et signacu-
 „ lorum incisionem, sive turbationem, de qua, quod
 „ loquatur L. 30. Cod. de Test. rectissime advertit
 „ Mastrilh..... Quod enim hæc duo testamen-
 „ tum saltem *resignare*, et signa, sigilla, seu signa-
 „ cula turbare diversissima esse possint, res loquitur
 „ ipsa, et nobiscum advertit Cujac. ad L. 22. §. 3.
 „ Qui test. fac. possi.; seu *indicerè* aut *tollere* in L.
 „ 30. Cod. de Testam. Barry de Success. Lb. 10. tit.
 „ I. n. 36.: signacula, seu signa illa dicitur turba-
 „ re, in dict. L. 22. ff. Qui testam.; seu *incidere*,
 „ aut *tollere*, in L. 30. Cod. de Testam. qui signa
 „ septem testium testamentariorum convellit, incidit,
 „ vel plane amovet (Conf. §. 54. e §. 57.) In hujus-
 „ modi nanque casibus verissime dicitur, quod si si-
 „ gna turbentur ab ipso testatore; testamentum *non*
 „ *amplius* signatum videtur in dict. L. 22. §. 2. ff.
 „ d. tit., et quod si testator signacula ipse inciderit
 „ vel abstulerit, utpote mutata ipsius voluntate,
 „ testamentum non valet. Lit. L. 30. Cod. dict. 1.
 „ Bacov. ad §. 3. n. 1. Inst. Quib. mod. test. inf.
 „ Verum cum testamentum illæsis, nec tactis septem
 „ testium signis resignari, et aperiri proculdubio pos-
 „ sit; quare resignationem cum sigillorum turbatione,
 „ eodemque cum illa jure censenda ipsorum sigillo-
 „ rum incisione, et ablatione *infeliciter confundi* per-
 „ suasissimi sumus. Conf. quæ pariter ex d. L. 30.
 „ Cod. de Testam. de ipsorum abscissione tradit We-
 „ hmerus, etc. „

§. 58.

Tambem á vista do exposto, segundo a Historia Romana e accepção das palavras, justamente continúa, e discorre o mesmo Harpr. a. n. 144. ad 151. ut ibi =

„ Secundo ex dictis etiam illud liquescit, quod
 „ inter illam tabularum testamenti resignationem,
 „ qua nihil aliud agitur, quam ut testamentum reclu-
 „ datur (Conf. §. et illam e contra lintei seu lini,
 „ quo tabulæ involutæ L. 22. §. ult. ff. Qui test. fac.
 „ poss. seu, ut loquitur, L. 1. §. 10. de Bon. pos.
 „ sec. tab. ligatæ, eique ipsorum testium signa im-
 „ pressa sunt. d: L. 22. §. ult. incisionem notatu di-
 „ gnissimum intercedat discrimen. Resignatio, illiba-
 „ tis, ut diximus; omnibus testamenti solemnibus,
 „ et substantialibus fieri potest. Verum si tale linum,
 „ seu liniteum incidatur, conscrpatúr, tollatur; tunc
 „ simul ipsa signa eidem impressa inciduntur, cons-
 „ cerpuntur; sicque ipsa testamenti substantialia, si-
 „ ve solemnitates pro parte tolluntur. Conf. §. 4. a
 „ §. 54.); tunc utique aliter dici non potest; quam
 „ quod; si testator hæc ipsa faciat, ipsius tabulæ non
 „ videntur signatæ, et ideo ex illis bonorum posses-
 „ sio peti non possit. L. 1. §. 10. ff. d. tit. Nam,
 „ quod utique hæc L. de ipso lino principali loqua-
 „ tur, quo videlicet tabulæ testamenti colligatæ, ei-
 „ demque signa testium impressa erant his formalibus
 „ bene annotat Gotofred. ad d: L. 1. Lit. = a =
 „ quæ ibidem, seu aliam similem non habens, serio
 „ commendatur ab eod. Gotofr. Nempe nequid hic
 „ antiquitatis ignoretur; ad majorem sigillorum fi-
 „ dem, temporibus demum Neronianis, etiam liga-
 „ tura necessaria visa fecit. Cum enim eo usque signa
 „ testium tabellis imprimerentur, Nero porro dispo-
 „ suit, ut lino in posterum appenderentur.... Am-

„ plissimus Ordo decrevit eas tabulas, adhibitis tes-
 „ tibus ita signari, ut in summa marginis ad me-
 „ diam partem perforatæ triplici lino constringantur,
 „ atque impositæ supra linum ceræ signa impriman-
 „ tur. Brisson..... Conan..... Dauth.....
 „ Theod.... Hopping..... Goffred. de Salaniaco
 „ ad. L. I. §. 10. n. 6. in Verbis: Si vero testator
 „ linum, in quo involutæ sunt tabulæ, in quo lino
 „ sunt sigilla incident; tunc nec Jure Civili, nec
 „ Prætorio, valent tabulæ, ut Cod. de Testam. L.
 „ Nostram 30. et hic Ratio est: In tali lino sunt si-
 „ gilla, quia testamentum in lino ponitur, vel liga-
 „ tur, et postea sigilla in lino ponuntur. Inst. de
 „ Pupil. subst. §. si autem. Et ideo, quia per inci-
 „ sionem hujus sigilla sunt a tabulis discretæ, tabu-
 „ læ non videntur ignaræ; et sic bon. poss. peti non
 „ potest. ff. de Bon. poss. sec. Boehr. ad Inst. tit. de
 „ Testam. Ord. n. 35., ubi ista sic effert. = quod
 „ veteres ipsa testium signacula lino, h. e, filo, ex
 „ lino facto ter. per foramen trajecto, imponere soli-
 „ ti sunt. Sicut ergo hodie dum in Diplomatis
 „ Regum, et aliorum Magnatum obtinet, ut Regis,
 „ Principis, Comitise sigillum, serico filo impona-
 „ tur. Ita etiam Ulpianum in d. L. I. §. 10. ff. d.
 „ tit. de Lino; quo tabulæ signatæ sunt, inciso ser-
 „ monem habentem ex audit Honppingk de Jur. si-
 „ gil. Cap. 8. §. 4. n. 56: et 59. Imo cum Roma-
 „ nis etiam hoc moris fuerit, ut tabulas testamenti non
 „ saltem clauserint, sed et linteo involverint, et lino
 „ terque, quaterque circumdato ligarint, ut eo texo.
 „ in d. L. 22. §. fin. ff. Qui test. facer. poss. L. 3.
 „ §. 20., e 23. ff. de Senatus Consulto Silan. et di-
 „ ct. L. I. §. 10. ff. d. tit., bene colligit Brissonius
 „ (Lb. C. formul. et solemn. Rom. §: Cæterum pag.
 „ 655. et de Tabul. Lb. 7. §. Ad obsignanda autem

„testamenta pag. 655.) ac propterea Imper. testa-
 „mentum per scripturam conficientibus, licere rescri-
 „bat, consignatam, vel ligatam, vel tantum inclu-
 „sam, involutamque proferre scripturam, eamque,
 „regatis testibus obsignandam et subscribendam of-
 „ferre. in L. 21. Cod. de Testam. et signanter Ul-
 „pian. tabulas signatas etiam illas dicat accipi, quan-
 „do non ipsis tabulis; sed (N. B.) Linteo, quo ta-
 „bulæ involutæ sunt, signa testium imprimuntur in
 „d. L. 22. ff. Qui test. facit. poss. ita; ut continen-
 „te a testibus obsignato, ipsum etiam contentum ob-
 „signatum habuerint. Quo circa non est, ut porro
 „miremur quare Juris Consultus in d. L. 1. §. 10.
 „ff. d. tit. et Imp. in L. 30. Cod. de Test. dicant,
 „quod lino inciso testator suam voluntatem mutasse,
 „et testamentum revocasse, censendum sit. Ex quo
 „valde notabiliter Petr. Gilken. tale linum appellat
 „linum signorum ad. d. L. 30. Cod. d. tit. nec mi-
 „nus notanter Nicol. Reusnerus: Siquidem, inquit,
 „linum, quo ligantur tabulæ, incidantur, a Testato-
 „re ipso, perinde est, ac si non signatæ fuissent ta-
 „bulæ: Aliud vero est si a Testatore resignatum sit
 „testamentum (in tr. de Testam. Cap. 27. n. 12.)
 „Adat. Capon. dict. dub. 2. n. 2. in Verbis: Si tes-
 „tator linum, cum quo sunt complicata tabulæ, et
 „cum eo sigilla incidit. Joan. Hec. ser. de Acquis.
 „Conjug. p. 2. Loc. 14. n. 177. et omnino Coll.
 „Argentor. ad tit. ff. qui test. fac. poss., ubi scri-
 „bit, quod et hodie, hoc nunquam observetur, ut
 „signacula testium lino, seu filo linteo ter per fora-
 „mina trajecto apponantur, etc.

§. 59.

Ainda continúa Harpr. desde o n. 152: até 154.
discorrendo, ut ibi =

„ Hisce proximum est ut tertio etiam illam filorum.

„ seu cordularum, quibus ipsa septem testium testa-
 „ mentariorum, sigilla appensa sunt, ab aliis nota-
 „ tam incisionem, avulsionem, aliamque quancunque
 „ corruptionem ab hac sola tabularum resignatione
 „ pariformiter differre, paucis insinuemus. Nam et
 „ ipsum linum, quo tabulas ligatas Ulpianus nobis
 „ exhibet in d. L. I. §. 10. de B. P. sec. tab. Ac-
 „ cursius Cordulas de lino appellat, et aliam dicit
 „ cordulam esse qua ligatur testamentum, et alias
 „ quibus appenduntur sigilla, addens.... quod si eo
 „ his chordulci, queis sigilla appensa sunt una inci-
 „ datur, sic ut non amplius septem remaneant; tunc
 „ non possit ex tabulis hujusmodi testamenti Bb. pos-
 „ sessio amplius peti: eo quod scilicet etiam in tali
 „ casu..... aliquid de testamenti substantialibus tol-
 „ latur, et proinde hæc annotio solemnitatis non pos-
 „ sit pænitentiam voluntatis inducere..... Cum in-
 „ dubio sigilla septenarii testium numeri totius testa-
 „ menti solemnitatem respiciant..... Ex quo etiam
 „ haud pauci lini incisionem et scissuram seu incisio-
 „ nem signorum, pro synonymis accipiunt, et simpli-
 „ cem e contra tabularum testamenti resignationem
 „ tali incisioni recte contra distinguunt. Struv. Exer-
 „ cit. 32. Thes. 51. ibi: Sigilla remota, aut linum
 „ incisum = et ibi = scissura aut ablatio sigillo-
 „ rum, ut et ibi = ademptis ita; aut incisis sigil-
 „ lis = tum et maxime in verbis = An testator tes-
 „ tamentum clausum à se et involutum (N. B. resi-
 „ gnans, censeatur id revocasse? Quod nego; quia
 „ ad revocationem testamenti requiritur, ut ipsum
 „ testamentum sit cancellatum incisumve, aut sigil-
 „ la testium sunt ablata, vel incisa = Sichard. in L.
 „ 30. Cod. de Testam. ubi ita: Quando, ait, sigil-
 „ la, vel linum testamenti à quo pendent sigilla amo-
 „ ventur a prudente vel volente, tunc totum testa-

mentum, propter remotionem solemnitatis corrueret.
 „ Nunc tractabimus de incisione totius testamenti,
 „ ut cum forte abjicitur sigillum, rumpitur linum,
 „ vel fila, quæ sunt appensa, quo casu universum
 „ testamentum corrui, qui ademptione solemnitatis,
 „ videtur universa substantia esse sublata, etc. Ad-
 „ datur omnino Tell. Fernand. ad L. 3. Taur. 3. p.
 „ 5. n. 15. Richter ad L. 30. n. 7. Cod. d. 1. Tho-
 „ losan. Syntagm. Jur. Univ. Lb. 42. Cap. 4. n. 3.
 „ ibi = Sigilla lino debent appendi, quo involuta vel
 „ plicata clauditur charta testamentaria, vel linteo,
 „ quo includitur testamentum. Nam signatas tabulas
 „ accipi oportet, et si linteo, quo tabula involutæ
 „ sunt signa impressa, id est, additis linis, vel chor-
 „ dulis appensa, vel alia clausura fuerint. Si linteum
 „ non adsit consuetudines admittunt signa in alia ma-
 „ teria, ut si testamentum filo, vel alia materia clau-
 „ datur, etc. Cassan. in Consuetud. Burgund. rubr.
 „ 7. §. 4. ibi =

„ Et in primis quoque Jason. ad. d. L. 30. ubi
 „ quærit si linum, h. e. illa chordula, qua testamen-
 „ tum in scriptis circumligari debet, item illa chordu-
 „ la, in qua unusquisque testium debet appendere si-
 „ gillum suum (quia quando fit testamentum in scri-
 „ ptis, debeant esse tot chordulæ, quibus appendan-
 „ tur omnia testium sigilla) reperiatur incisa, an tes-
 „ tamentum reddatur nullum? Et de hoc dicit pro-
 „ prie, l. qui etiam L. 30. Cod. de Testam. pro de-
 „ cisione addens, quod, si ita testator sigilla inci-
 „ dat, tota fides testamenti hoc ipso pereat. Add.
 „ Wisembach. ad hanc L.

§. 60.

Outros mais fundamentos que sustentão a segun-
 da opinião, e demonstrativo de que as transcriptas
 (§. 33.) Leis Romanas, em que se funda a contra-

ria; outros mais especificos convincentes dos da mesma opinião, e respostas a elles, se podem vêr no cit. Harpr. desde o n. 193. até 285.; aonde non plus ultra. Basta só esta razão: Que estas Leis Romanas suppunhão huns Testamentos feitos conforme os seus costumes, e fórmulas, que temos visto desde o §. 47. Não bastava a subscripção das testemunhas, sem ellas juntamente os sellarem com seus anneis, signaes, ou sellos, e estes ou impressos no panno, em que se envolvia o Testamento, ou pendentés d'elle, como vemos hoje nos Sellos das Bullas, e Diplomas. Todas as palavras dessas Leis justamente analysadas suppunhão os casos de o Testador, ou cortar os sellos em todo, ou em parte ficando os Testamentos destituídos desta solemnidade então substancial; ou turbar os mesmos sellos, ou separallos das Taboas, ou Cancellas, etc. Os nossos Testamentos e das Nações não dependem hoje de tal solemnidade dos sellos, ou impressos no panno, em que se envolvia o Testamento, ou pendentés d'elle, e cada hum por seu cordão. Nos nossos escriptos cerrados basta a subscripção das testemunhas no acto da approvação, e este acto tem fé pública independente de outra comprovação, ou reconhecimento das testemunhas (§. 24.), que se praticava nos Romanos, e juntamente dos sellos, quando os Testamentos, e Diplomas se abrião (§. 2.) adde Boehmer. ad Pand. Exercit. 67. §. 4. Not. 14.

§. 61.

Serem cerrados e secretos entre nós os Testamentos, e apparecerem assim na morte do Testador foi huma permissão em favor delles; já para que os consanguineos preteridos, sabendo a disposição, lhe não concebesssem odio; já para que os honorados lhe não maquinassem a morte. Manz. de Testam. tit. I. de Testam. in Comm. n. 29. Este favor podem renun-

ciar abrindo seus Testamentos, e deixando-os abertos: por isso nem o Direito Romano fez preciso que se conservasse fechado; nem o novo Direito da Alemanha; nem a nossa Ord. Lb. 4. tit. 80. §. 1. e 2., como da Alemanha attesta Stryk. Vol. 12. Disp. 19. §. 30., e nos termos da nossa Ord. adverte o Senador apud Peg. de Mayor. tom. 4. §. 41. n. 21. Conf. Struv. Exercit. 32. Thes. 51. ibi =

„ Neque vero ad testamenti solèmnia requiritur
 „ ut a testatore claudatur et involvatur testamentum;
 „ sed solum hoc fit si testator velit nemine inscire ea,
 „ quæ in testamento scripta: L. 21. Cod. h. t. Nec
 „ in sæpius allegata Ord. hoc requisitum recensetur:
 „ unde licet testamentum ante ligatum, vel clausum,
 „ salvis omnibus repèriatur, non potest dici revoca-
 „ tum.

§. 62.

He frequente abrirem os Testadores seus Testamentos cozidos, e lacrados por alguma daquellas causas, e para algum dos seus fins justos (ainda sem intenção formal de os revogar), que relata Harpr. Disp. 46. a n. 30. ad. 43. e n. 158. e 159., e entre elles para os reverem, e avivarem as lembranças do que havião disposto. E ainda que conste que o mesmo Testador o abrio (e não se dê o terceiro caso indubitavel ut §. 34.); huma vez que não declãre o fim para que o abrio; nem o lacerasse, riscasse, rompesse, etc., e só appareça por sua morte simplesmente aberto, sem outro defeito de laceração, obliteração, ou sem ter solemnemente declarado huma vontade contraria, e muito mais se elle ou outro de seu mandado, o tornou a cozer, e lacrar, se presume por elle aberto para algum daquelles fins, e não para o revogar. Senat. apud Peg. de Mayor. Tom. 4. §. 41. n. 214. Harprect. Disp. 46. a n. 292. e 296. ibi =

„ Sicut autem ex hoc ipso, quod Testator re-
 „ signatas a se tabulas illæsas reliquit, in ambiguo,
 „ merito de ipso præsumitur, quod suum testamen-
 „ tum revocare noluerit, cum utrique facillime con-
 „ trariam voluntatem in actum illarum dislaceratio-
 „ nis, cancellationis, combustionis, aliumve consimi-
 „ lem deducere potuisset. Verissime namque dicitur,
 „ quod, qui testamentum facile potuit mutare neque
 „ tamen illud mutavit, in dubio, id neutiquam revo-
 „ casse credendus sit. Cyriac. Contr. 175. a n. 15.
 „ Ita non dubitandum, quin hanc ipsam voluntatem,
 „ testamenti revocandi verosimiliorem, magisque cre-
 „ dibilem reddat testamenti resignati ab ipsomet tes-
 „ tatore, vel ab alio ejus jussu rursus facta obsigna-
 „ tio..... Conf. Perez in Cod. de Testam. n. 20.
 „ Alvarad. de Conjecturat. ment. defunct. L. 3. Cap.
 „ 2. §. 1. n. 12. ibi = Aut simpliciter illud ape-
 „ ruit, sed non induxit, vel cancellavit; et tunc ma-
 „ gis causa revidendi, quam revocandi aperuisse præ-
 „ sumendum est; quare si postea illud resigillet, con-
 „ firmare videtur., Philipp. Obs. 3. pag. 711.

§. 63.

Muito mais quando com esta presumpção concor-
 re: 1.º Si testator resignatas testamenti sui tabulas
 nihilominus in bene occlusa cista inter alias nobiliores
 scripturas adservet, Moller. Semestr. Lb. 3. Cap. 22.
 Guizius ad Capic. Latr. Decis. 7. n. 10. Fontanell.
 Decis. 49. n. 11. in fin., etc. Ita Harpr. n. 297.
 Quando: 2.º Se o Testador era Letrado. Quando:
 3.º, perante seis testemunhas o mandou lêr depois de
 assim aberto: 4.º, se nos ultimos fins da vida relatou
 a seu Confessor que havia disposto de seus bens: ou
 5.º, quando relatou então a seus herdeiros escriptos
 a existencia do Testamento, ou lho remetteo a suas
 casas assim aberto: ou 6.º, quando realmente consta

que o abriu para algum dos fins referidos (§. 62.) Ou em fim quando outras semelhantes circumstancias, auxiliando a referida presumpção, assim o persuada. Harprect. a n. 298. ad 305. Confira-se o Card. de Luc. de Testam. D. 65. n. 25., onde depois de expôr varias conjecturas conclue; ut ibi “ Hinc, stan-
 ,, tibus tot urgentibus conjecturis et argumentis, dum
 ,, aliæ suppetebant, ad quas hujusmodi cancellatio-
 ,, nes congrue referri poterant, ad illas probabilius
 ,, ac omnino facienda videbatur relatio, ut probant,
 ,, etc. ,,

§. 64.

Devemos pois assentar: 1.º que essa contraria opinião he sustentada por DD., que destituídos da Historia Romana, e da latinidade dos Juris Consultos se fundarão em humas Leis, que não souberão interpretar, e que procedião em diversas especies de testamentos dos Romanos; e em diversos casos: 2.º que achando-se aberto ainda mesmo pelo Testador hum dos nossos Testamentos cerrados sem outra laceração, cancellação, etc., no total, ou substancial, he válido como fica mostrado na 1.ª parte, e não se presume revogado; e maximé: 3.º Concorrendo algumas, ou semelhantes circumstancias adminiculativas, que ficão referidas no §. 63.: 4.º que a opinião, que sustenta taes Testamentos, he a que deve seguir-se.

SECÇÃO III.

Casos em que o Testamento, que se acha aberto, se deva julgar cassado e revogado.

P R E N O Ç Ã O.

§. 65.

MAiorem vim ad revocationem ultimæ voluntatis habent facta, quam verba Stryk. de Cautel. Testam. Cap. 24. §. 40. Manz. in Append. tit. 22. n. 28. i i = Realis voluntatis mutatio est; quæ d'claratur factis; facta autem hic plus ponderis habent, etc. = Translatitium est quod tota materia revocationis testamenti in verosimili testatoris voluntate fundetur. . . . non saltem expresse, sed tacite revocatur. Harprect. Disp. 46. n. 307. Fabr. in Cod. L. 6. tit. 5. Def. 30. n. 6. Vinn. ad §. 7. Inst. Quib. mod. test. inf.

Isto supposto seguem-se os casos.

§. 66.

Primeiro caso. Se hum dos nossos Testamentos cerrados se achasse na morte do Testador não só aberto por elle, rotas as linhas, e lacre ou obrêas, com que se costumão fechar; mas ou lacerado em pedaços, e cancellado, ou riscado d'alto abaixo, ou atravez, em toda a sua escripturação, ou riscados o nome do Testador, e subscripções das testemunhas, ou o Acto da Approvação (de que depende a sua vali-

dade) e segundo as distincções a §. 38., constasse que isto foi feito pelo Testador mesmo: Serião neste caso applicaveis por identidade de razão as Leis transcriptas §. 33., e procederia essa opinião contraria; mesmo pelo que assentão os DD. referidos a §. 46. e 57.: Porque taes factos obrados pelo Testador são positivos, e conjecturão a revogação, e mudança de vontade (e não huma simples abertura, que podia fazer para algum fim dos referidos §. 62.) Conf Stryk. de Cautel. Testam. Cap. 24. §. 43. e Volum. Disp. de Rasur. Cap. 1. n. 6 Domat. Loix Civil. pag. 343. art. 21. Manz. de Test. in App. tit. 22. a n. 39. Struy. Exercit 32. §. 48. Esta distincção faz Coccey Jus Contr. Lb. 28. tit. 3. Q. 10.

§. 67.

Segundo caso. Sendo certo que toda a materia da revogação do Testamento se funda na verosimil vontade do Testador não só expressa; mas ainda tacita, por conjecturas, e indicios L. 19 Cod. de Testam. L. 3. §. final ff. de Adim. Leg. Fontanel. Decis. 51. n. 19. Fabr. in Cod. Lb. 6. tit. 5. Defin. 14. n. 2. Harprect. Disp. 46. n. 307.: Daqui se segue que se o Testador abrindo simplesmente o seu Testamento sem outra cancellação declara que o bre porque quer que não valha, e fallecer ab intestato; neste caso concorrendo esta sua declaração com a abertura, ainda sem outra cancellação se presume revogado; ainda que solemnemente e perante seis testemunhas contestes não faça esta declaração L. 1. §. 8. ff. Si tab. test. null. extab. Harprect. supra n. 309. e isto porque "In dubio testator potius animo revidendi, quam revocandi, id resignasse credendus sit. Ubi vero testator se disserte explicuis, quod ab intestato decedere velit, de ipsius voluntate dubitari non potest. Proinde in tali causa, si nimirum hæc specifi-

„ ca voluntatis declaratio, et resignatio tabularum
 „ concurrant; his concurrentibus, testamentum revo-
 „ catum intelligi debet, Harprect. supr. n. 315.
 Conf. Portug. de Donat. L. 3. Cap. 17. a n. 8.

§. 68.

He por tanto necessario que o Testador expres-
 samente diga que quer morrer ab intestato, e que os
 herdeiros taes assim o provem, Portug. supra Har-
 prectr. a n. 344.: Porque ahiã se só disser que o abre
 com intenção de fazer outro, e o não fizer, subsiste
 o primeiro; ainda que assim aberto, Fontanell. De-
 cis. 49. n. 11. Harprectr. n. 313. optimé Jul. Capon.
 Discept. 291. Dub. 2. n. 7. et 8. Sabell. §. *Testa-*
ment n. 54 Vin. ad §. 7. Instit. quib. mod. testam.
 infirm. a n. 1.: Nem ainda basta, que hum Testa-
 dor diga simplesmente perante sete testemunhas que
 quer que não valha hum Testamento, que não abre
 nem rasga, e conserva intacto, para só por isso se
 subentender revogado, se juntamente não accrescenta
 (é assim se prove) que não quer que valha porque
 quer morrer ab intestato: sobre o que se veção Stryk.
 de Caut. Testam. Cap. 24. a §. 35. Coccey Jus Con-
 trov. L. 28. Tit. 4. Q. 9. Furgol. de Testam. Cap.
 11. a n. 91. Sabell. §. *Testamentum* n. 55. Luc. d.
Testament. Disc. 88.

§. 69.

Se porém o Testador com o facto de abrir o
 Testamento declara que quer morrer intestado, en-
 tão unido o facto com a declaração desta vontade,
 ainda provada só por duas ou tres testemunhas, he
 indubitavel a revogação pela razão prenotada no §.
 65., maximé quando concorrem outras conjecturas
 que indiquem a sua vontade de abandonar totalmente
 esse Testamento, como (1.º) “ Si Testator testamen-
 „ tum a se resignatum non in eo loco ubi ipse suas

„ notabiliores, et potissimas scripturas adversare con-
 „ suerit, sollicite adserveret, sed in locum ubi aliæ
 „ nullius momenti, et reijculæ scripturæ inter tineas et
 „ blattas contemptim habentur,; Harprectr. d. Disp.
 „ 46. a n.º 318. et 323. Menoch. Cons. 224. n. 67.
 „ et de Præsumpt. L. 4. præsumpt. 7. n. 8. Jul. Capon.
 „ Discept. 291. Dub. 3. sub. n. 11. §. Quarta = opti-
 „ mè Rot. Roman. in Collect. ad Castilh. de Var.
 „ quæst. Decis. 63. n. 14.

§. 70.

„ Como 2.º “Crescit hæc præsumptio (§. 69.)
 „ haud parum, ex eo si Testator eodem loco, et con-
 „ ceptum, seu copias suæ ultimæ voluntatis, et ipsum
 „ originale aperta relinquat, cum utique authenticum
 „ diligentius, quam exemplum, sive simplices co-
 „ pias, atque in universum testamenta sollicité adser-
 „ vare soleamus,; Harprectr. supra. n. 234.

§. 71.

„ Como 3.º “Si patet eundemmet Testatorem a
 „ Testamento per se prius solemniter exarato abstu-
 „ lisse omnem notam authenticitatis, et publicitatis
 „ (como: se lhe arrancou, entre nós, o Auto da Ap-
 „ provação, ou o lacerou e obliterou) illudque redigis-
 „ se ad statum simplicis schedulæ privatæ proprio ca-
 „ ractere conscripta, et quod magis est, ad hæc
 „ omnia devenit, postquam seria, et effrenata protes-
 „ tatione omnino abjecerat jam conditam dispositio-
 „ nem; exinde proculdubio promanat prævalidum ar-
 „ gumentum ejus plenariæ revocationis, nec non vo-
 „ luntatis per id tempus, et in eo rerum statu dire-
 „ ctæ ad illam penitus infringendam, etc. Rot. post
 „ Castilh. supra n. 5. et 6.

§. 72.

„ Como 4.º “Si Testator in tabulis suæ ultimæ
 „ voluntatis expresse se referat ad aliam eidem adjun-

„ gendam scripturam, in qua ipse V. C. totam suam
 „ substantiam, vel ad minimum potiora illius capi-
 „ ta, puta aurum, argentum, prætiosa, capitalia
 „ describere velit si hoc postea non fiat, Harprect.
 supra n. 325.

§. 73.

„ Como 5.º Ex eo urgentior conjectura pronasci-
 „ tur, si causa principalis testamentum in suo valore
 „ relinquendi, per mortem hæredis instituti, mute-
 „ tur, de quo late Fontanell. Decis. 50. n. 6., 7. et
 „ 10. Mastrilh. Decis. 132. n. 29.: Vel si aliæ ra-
 „ tiones, quibus motus testator testamentum suum
 „ condidit, ex post facto deficient, et notabilis in ip-
 „ sius, vel hæredis familia contingerit mutatio, Har-
 „ prectr. n. 327., 328. Confir-se a Rot. Roman. post.
 „ Castilh. supra n. 7. et 8.º et 9.º omnino videndus.

§. 74.

„ Como 6.º “Si conditor talis resignati testamen-
 „ ti paulo ante suum obitum, complura cum suis pro-
 „ pinquis vel liberis suam successionem concernentia
 „ loquatur, et non saltem de illo resignato testamento
 „ omnino nullam mentionem injiciat; sed et quædam
 „ ei adversantia ordinet: Actus siquidem contrarii,
 „ vel cum antea dispositis non compatibles haud
 „ postremum revocatæ suæ voluntatis indicium pa-
 „ riunt. Sed et si Testator ipse non jamjam ordina-
 „ ti, sed adhuc dum ordinandi testamenti mentio-
 „ nem, post illam jam conditi resignationem, inji-
 „ ciat, multoque magis, si ad aliquem amicorum da-
 „ tis literis perscribat, quod adhuc dum testamentum
 „ conficere velit, et omnium maximè si post primi
 „ testamenti resignationem, se jam alium testamen-
 „ tum delineasse ad amicum præscripserit, etiam hoc
 „ revocatæ prioris voluntatis indicium generare pro-
 „ nuntiat Mev. Capon. d. dub. 3. n. 11., etc.

Ita Harprectr. a n. 329.: Confira-se a citada Rot. Romana sub n. 7. et sub n. II.

§. 75.

Como 7.º “Si cum hujusmodi præsumptionibus
 „ etiam temporis, post testamenti resignationem elap-
 „ si, diuturnitas (10. annorum) concurrat; etiam
 „ hinc plus valoris illis adjicitur; tantoquè facilius re-
 „ vocatæ voluntatis conjectura admittenda sit: Man-
 „ tic.... Mev.... Capon.... Mastrilh., etc. Har-
 prectr. n. 332. Confira-se a Rota Romana supra n.
 10. et 11.

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

§. 76.

O exposto (quando com a resignação do Testamento concorrem urgentes conjecturas de mudança da vontade) procede, ou se trate de Testamento ad pia,

ou se trate de Testamento entre filhos; como contra outras opiniões sustenta Harprect. supra a n. 333. ad n. 339.: E ainda com mais facilidade, basta a resignação com algumas conjecturas, quando se trata de revogação de Codicillos, Harprectr. n. 340.

§. 77.

A clausula Codicillar inserta nos Testamentos assim revogados nada obra, Fontan. Decis. 51., Harprectr. n. 341. et 342. Mul. ad Struv. Exerc. 32. pag. 722. ¶. Nec clausula Codicillaris: E quando o todo do Testamento se lacera, ou com a simples abertura concorrem as circumstancias a §. 69., que persuadem a total revogação, nem ainda se devem os Legados, Ferrar. Verbo *Testamentum* art. 5. n. 20. et 40., Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 50. pag. 722. col. 1.: Maximé, porque os Legados, e fideicomissos mais facilmente se revogão, Harprectr. n. 340. Fontanell. Dec. 50. n. 20., Furgol. de Testam. Cap. 11. n. 102. Rot. in novissime Collectis ad Petr. Barboz. de Legat. et Substitut. Decis. 10. a n. 6.

§. 78.

Quid verò nos Testamentos reciprocos dos Conjuges, que em effeito são dois Testamentos? O citado Harprectr. propondo a Questão a n. 356., depois de prenotar os sentimentos de alguns DD., expõe a n. 358. o seu sentimento nesta fórma:

„ Igitur etiam circa talia simultanea testamenta
 „ ita breviter sentimus; quod, si de solitaria. sive
 „ simplici resignatione quærat, et illa amborum
 „ contestatorum consilio fiat, neuter suum testamen-
 „ tum revocasse credendus est, per supra firmata. Si
 „ unus solus testamentum resignet cum expressa vo-
 „ luntatis ea declaratione, quod ipse intestatus dece-
 „ dere velit; tunc ipsius quidem testamentum revo-
 „ catum censebimus, sed non etiam alterius contesta-

„ toris, nisi tale Testamentum non saltem recipro-
 „ cum, sed et correspectivum esset (de qua corres-
 „ pectivitate Vid. eund. Harpr. Disp. de Testam. cor-
 „ respectio) Quod si verò resignatio ab uno solo
 „ simpliciter fiat, sive sine hujusmodi declaratione;
 „ tunc nequidem ipsius proprium testamentum, ne-
 „ dum contestatoris, pro revocato habendum veniret.
 „ Quod enim hic duo, licet in una charta facta, tes-
 „ tamenta habeamus, late firmant Authores. Quidni
 „ verò testatorum unicuique hujusmodi communis elo-
 „ gii tabulas, si præsertim id solo ipsiusmet sigillo
 „ sit obsignatum, resignare, inspicere, vel aliter re-
 „ vocare regulariter liceat? etc.

*Questões diversas, que restão a decidir em conse-
 quencia do exposto a §. 65.*

§. 79.

Resta a Questão: Se o Testamento assim revo-
 gado notado pelos referidos modos pôde reviviscer?
 O citado Harprectr. desde o n. 411. delibera assim:

„ Si Testator testamenti sui tabulas resignaverit
 „ quidem cum hac suæ voluntatis significatione, quod
 „ intestatus decedere velit; postea verò illas non so-
 „ lum de novo obsignet, sed et per Codicillos, vel
 „ alias literas, palam declaret, se cum illo testamen-
 „ to, cujus tabulas eo usque adservaverat integras,
 „ decedere velle; tunc voluntas, quæ defecerat, re-
 „ centi ipsius judicio rediisse credenda, ac proinde
 „ ex illis bonorum possessio cum effectu peti valet...
 „ Nec opus est, ut Testator testamenti solemnia de
 „ novo adhibeat. Aliud utique tunc obtinet, quando
 „ testium sigilla turbata, avulsa, aut rupta sunt.,

Conf. Mul. ad Struv. Exerc. 32. thes. 50. X.
 V. ibi “Quinto, si post cancellationem factam tes-

„ tator contrariam voluntatem, quod scilicet etiam
 „ cancellata valere velit, declaret; cessat tunc illa
 „ doli exceptio, et etiam ex cancellata dispositione
 „ relicta efficaciter peti possunt. „ Vejão-se Stryk.
 Us. mod. L. 28. Tit. 4. §. 3. no fim; Coccey Jus
 Controv. L. 28. Tit. 4. Q. 6. §. Hactenus = aon-
 de se satisfaz com que “quoque modo declaraverit
 „ se velle testamentum illum valere, etc.

§. 80.

Resta ainda outra Questão: Se revogado total-
 mente pelos expostos modos (a §. 65.) hum segun-
 do Testamento aliás solemne, convallesce o primeiro
 antes feito? Que convallesce o 1.º Testamento he
 bem expresso na L. 11. §. 2. ff. de Bonor. posses.
 Secund. Tabul., que bem exornão Furgol. de Tes-
 tam. Cap. 11. n. 101., Boehm. ad Jus ff. L. 28. Tit.
 4. n. 5. et L. 37. Tit. 11. n. 5., Coccey Jus Con-
 trov. L. 28. Tit. 3. e 4. Q. 6., Begnudell. §. *Testa-*
mentum n. 94. Muler ad Struv. Exere. 32. thes.
 42. no fim, Mantic. de Conjectur. L. 12. Tit. 1. sub
 n. 28.: Veja-se Win. ad §. 6. Instit. quib. mod. tes-
 tament. infirmen. n. 3.º

§. 81.

Mas ha aqui huma differença: Se o Testador
 quando revogou o 2.º Testamento, lacerando-o, obli-
 terando-o, etc.; declarou que o revogava porque que-
 ria morrer intestado, então não subsiste o 1.º Testa-
 mento; e nem hum nem outro: Se simplesmente la-
 cerou o 2.º sem aquella expressão de querer morrer
 ab intestato, então subsiste o 1.º que estava illeso;
 como bem raciocina o Card. de Luc. de Testam. Disc.
 31. n. 6. et Disc. 64. n. 5.: Veja-se a Rota Roma-
 na in Collect. ad Castilh. de var. q. Decis. 63. a n.º
 11.

S E C Ç Ã O IV.

Quanto ao parcial do Testamento.

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

§. 82.

Devemos distinguir os Testamentos feitos em Livros de Notas na fôrma da Ord. L. 4. T. 80. no princip.; os cerrados e approvados na fôrma do §. 1. e 2.º; os feitos na fôrma do §. 3.; na certeza de que a 1.ª e 2.ª especie, não sendo conhecida pelos Romanos, não entrou na Legislação do Tit. Digest. De his quæ in testament. delent. lb. 28. tit. 4.

§. 83.

Quanto aos da 1.ª especie: Se na Nota original se achão algumas rasuras, obliterações, emendas, entre-linhas, e o Tabellião no fim do contexto da escriptura as salvou e declarou antes da subscrição do Testamento, e das testemunhas; he sem dúvida, que vale a sua resalva ou declaração feita assim no mesmo acto, Stryk. vol. 1. Disp. 6. de *Rasura* Cap. 3. n. 1. Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 4. §. 2. n. 19. Furgol. de Testam. Cap. 11. n. 82.; e conduz a Ord. L. 1. T. 19. §. 5. *¶ E se no registro; et Tit. 78. §. 4. ¶ E se em lendo.*

§. 84.

Se porém, ou as rasuras, entre-linhas, etc. se

não salvarão pelo Tabellião naquella fórma, ou se achão algumas Notas marginaes feitas por elle sem subscripção do Testador, e testemunhas; nestes casos nada vale o rasurado, ou marginalmente addicionado na Nota: Stryk. supra n. 2. Furgol. supra n. 82. Pinheir. supra n. 50. Peg. tom. 6. á Ord. L. 1. T. 88. §. 4. n. 23., e bem deduz das citadas Ordenações. Bem que o mesmo Pinheir. a n. 51. nestes casos admite prova da verdade de rasurado, e annotado marginalmente: ou 1.º, por duas testemunhas que diz bastão neste caso: ou 2.º, pelas palavras antecedentes, ou subsequentes se possa conhecer a verdade da parte rasurada; interlineada, cancellada, ou marginalmente escripta. Veja-se Trentacinq. Lib. 2. Varde Fid. Instrum. Resol. 11. Rot. post Torr. de Pact. Decis. 53. n. 6. Conf. Stryk. de Cautell. testam. Cap. 24. §. 48. ibi “Multo minus testamentum vitiatur, ex eo quod in margine fuit annotatum, si non sensum, aut voluntatem testatoris intervertat..... modo apposita in margine non contrariantur heredi institutioni, aliisque in testamento contentis..... Idem dicendum est de interlineari scriptura, tum et rasura. Hæc similiter testamentum non vitiant, nec nullum reddunt, aut mutant. Modo rasura et vitium ita sit commissum, ut ex præcedentibus, et subsequentibus clarus, et aptus sensus colligi possit, Manz. de Testam. in App. T. 22. n. 48. Domat. Loix Civiles pag. 343. art. 23.

§. 85. Quanto aos Testamentos cerrados e approvados: He costume geral de todos os Tabelliães reverem a superficie das Cedulas; e no acto da Approvação salvarem as emendas, as rasuras, as entre-linhas. Se as salvão em presença do Testador e testemunhas da Approvação no acto della, ficão sem dúvida al-

guma, e se attribuem ao Testador, ou a mandato d'elle, como se deduz da Ord: L. 1. T. 78. §. 4. X. = E se em lendo = Ubi Peg. n. 22. e 23. §. 86.

Se porém nas Copias, que os Tabelliães passam aos Testadores, extrahidas dos Originaes dos Livros das Notas, se achão rasuras taes, entre-linhas, cancellações, etc., ou nos Testamentos cerrados que depois apparecem abertos, e cuja simples abertura não induz por si só revogação do todo, como vimos na Sec. 2., nem ha conjecturas da sua revogação no todo (ut a §. 65.) e se nos actos das Approvações se não vêm salvas pelos Tabelliães: Aqui entrão todas as dúvidas. Em primeiro lugar; por quem se presumão feitas essas parciaes rasuras, entre-linhas, etc. Se consulto pelo Testador, se casualmente, ou se por outra pessoa. Em segundo lugar que effeitos no todo, ou na parte do Testamento podem causar essas rasuras, cancellações, entre-linhas, etc.

§. 87.

Pelo que respeita á 1.^a parte: se se prova que o Testador mesmo fez essas rasuras, não ha lugar a presumpções. Se não ha Testemunhas que as vissem fazer, e ellas são feitas por mão do Testador, reconhecida a letra, tambem a elle se devem attribuir. Furgol. de Testam. Cap. 11. n. 82. Se as emendas, entre-linhas, ou addições marginaes se achão feitas por mão alhea, ou na Cópia do Testamento extrahida da Nota (não constando ellas desta sua matriz), ou na Cedula do Testamento (não resalvadas no acto de Approvação), bem como se são oblitterações, e borraduras, de que a mão que as fez se não conheça, então ou se acha o Testamento em poder de terceiro na morte do Testador, e procede o que fica dito desde o §. 39., fazendo argumento de todo para a par-

te: ou se acha em poder do Testador, e a elle, ou a seu mandato se attribue, como ahi fica dito; ou não constando que assim se achou na morte do Testador, e os Legados se achão rasurados, e então se attribue ao herdeiro interessado: Furgol. supra n. 82. E geralmente o vicio se imputa ao nelle interessado. Larrea Decis. 56. n. 7. Castilh. Lib. 8. Cap. 20. n. 32. Peg. 4. for. Cap. 79. n. 9.: Bem que a falsidade em parte não influe no todo; nem, ainda que na parte substancial, vicia o que consta ser disposto pelo Testador. Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 24. §. 48.

§. 88.

Pelo que respeita á segunda parte: Constando por algum destes modos ou real, ou conjecturalmente, que o Testador consulto (excluâmos os casos da demencia, embriaguez; ou paixão momentanea) ut a §. 37., alterou por algum desses modos parcialmente, e não no todo o seu Testamento, ou seja a copia extrahida da Nota pelo Tabellião; ou seja o cerrado, que abre sem animo de o revogar; e que pela simples abertura se não julga revogado, a menos que não haja circumstancias extrinsecas, que assim o persuadão. Neste caso da rasura, obliteração, emenda, entre-linha, cancellação, etc., parcial, aqui entra na maior parte a Legislação Romana no Tit. ff. de His quæ in test. del. E como essas alterações, emendas, etc., podem ser diversas, eu vou deta!ha-las pelas seguintes conclusões, depois de advertir com Stryk. de Cautell. test. Cap. 24. §. 48., que ha differença entre rasura, e cancellação total, de que tratei na Sec. 2. e a parcial, de que aqui trato. Conf. Harprect. Disp. 46. n. 33.

§. 89.

Conclusão 1.ª Se he hum só Herdeiro institui-

do, e o Testador riscou, borrou, ou cancellou a instituição de Herdeiro: Eis-aqui houve a grande dúvida entre os Juris Consultos, que se vê na L. 3. ff. de His quæ in test. del.; e veio a assentar-se que subsistiaõ os Legados, e valendo o Testamento como Codicilo pela equidade, gravados os herdeiros ab intestato á satisfação dos Legados; presumindo-se que o Testador revogou a instituição dos herdeiros, não como indignos; mas só em favor dos ab intestato. Brunneiman. in d. L. 3. Stryk. de Gaut. Testam. Cap. 24. §. 46. Furgol. de Testam. Cap. 11. n. 84. Manz. de Testam. in App. T. 22. n. 44. Voet. ad Pand. Lib. 28. T. 4. sub. n. 3. ¶. sed etsi. Barry de Success. Lib. 1. T. 9. n. 45.

§. 90.

Conclusão 2.ª Sendo dous os Herdeiros instituidos, e obliterando o Testador o nome de hum delles; fica o outro herdeiro in solidum L. 2. ff. de His, quæ in test. del. com inuitos DD. Luc. Ferr. Verbo *Testamentum*, Art. 5. n. 22. Mantic. de Conject. Lib. 12. F. 1. sub. n. 31. ¶. = *quod si testator* = Bem que se o herdeiro riscado era obrigado, e onerado a prestar pessoalmente elle mesmo alguns Legados, estes ficão nullos. Se esse herdeiro riscado tinha substituto; passa este á parte daquelle: d. L. 2. Furgol. de Testam. Cap. 11. n. 83. Manz. supra n. 47. Voet. supra, Barry supra. E se o herdeiro riscado tinha aliás algum prelegado, que se não riscou pelo Testador; subsiste válido o prelegado: Barry supra n. 47. ¶. Hac ratione.

§. 91.

Conclusão 3.ª Se o Testador risca os nomes de todos os herdeiros, sem dúvida subsistem os Legados não riscados, conforme a melhor opinião, de qua Luc. Ferr. supra n. 24. e 25. Conf. Pinheir. de Testam.

Disp. 2. Sec. 4. §. 2. n. 48. Manz. supra n. 47., e Voet. ad Pand. L. 28. T. 4. sub. n. 3.: aonde porém limita que os Legados se não devem, se os herdeiros ab intestato provarem. "Testatorem idēo induxisse heredum nomina, ut in universum intestatus moreretur,, ex L. penult. ff. de His quæ in test. del.

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

Nota: Supposto que Pinheir. de Testam. Disp. 2. Sect. 4. §. 2. n. 54. diga que "Illud notandum, etc. Com tudo (a não haver huma total laceração, ou circumstancias, que fação julgar revogado todo o Testamento, de quibus a (§.) isto he hum erro, a que se oppõe o exposto nas Conclusões 1.ª 2.ª e 3.ª, (a §. 89.) conforme as quaes, obliterada a instituição de Herdeiro, subsistem os Legados, ficando os herdeiros ab intestato obrigados a prestallos: oppõe-se o exposto (§.) aonde quando a laceração, (deleção, cancellação, etc., não he total, pôde o Testador sem reiterar as solemnidades fazer com qualquer declaração convallescer o Testamento nessa parte particular. Por outra parte, huma vez que o instrumento subsista intacto com todas as solemnidades da Ord. L. 4. T. 80. p. §. 1. e 2., sem que se lacerem, rasurem, ou risquem, temos a vontade do Testador provada

com as solemnidades Legaes no resto dos Legados, e a equidade forcejando para que se cumprão pelos herdeiros ab intestato: e o não apparecer o Testamento sem alguma rasura ou risca, não he solemnidade precisa do testamento L. 12. Cod. de Testam. com a exornação de Gotofred. e Brunneinan. Huma vez pois que o Testamento se ache com todas as solemnidades da dita Ord. só fica objecto de disputa, o que a ella remette esta L. = *utrum testatoris voluntate, vel ab altero inconsulte, vel ab aliquo falso, hæc fuerint commissa* = Conf. Domat. Loix Civil. pag. 343. Art. 24. Por outra parte, e quanto aos Legados, se elles se revogão, ainda tacitamente, ainda por factos contrarios, varios modos, e ainda só por inimizades supervenientes, como se pôde vêr em Ferraris Verbo *Testamentum* Art. 5. a n. 42. Nett. de Testam. Lb. 6. tit. 1. e sequint.: muito mais pelos factos positivos, de que tratamos, sem que seja necessaria revogação com testemunhas. Este he o sentido das LL. Romanas no tit. ff. de His, quæ intest. del. Ferrar. supra n. 39. Adde Barry de Success. Lib. 9. T. 29. e seg.

§. 93.

Quanto aos Testamentos sem instrumento público de Approvação na fôrma da Ord. L. 4. T. 80. §. 3.: Estes testamentos, como já vimos (§. 25.) tem algumas semelhanças com os escriptos dos Romanos, differindo na necessidade de sellarem as testemunhas, e exigindo só o nosso Legislador, que seja escripto pelo Testador, ou por outra pessoa privada; se solemnize com seis testemunhas todos Varões, numerando-se nellas, ou o Testador, ou a pessoa privada, que o escreveo; que todas assignem no Tes-

tamento; que primeiro antes da subscripção seja lido perante ellas; que seja publicado na morte do Testador por autoridade judicial, citadas as partes interessadas, segundo a fórma de Direito. Taes são as solemnidades desta especie de Testamentos segundo a nossa Legislação. A fórma de se reduzirem e publicarem em Juizo a expuz na Dissertação, a que me remetti d.º §. 25.

§. 94.

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

Nota: Na publicação destes Testamentos, não he necessario que as testemunhas deponhão explicitamente na fórma da disposição nelles escripta; mas basta que se jurem presentes ao acto, á leitura perante ellas uno contextu; e que reconheção os seus signaes, e o do Testador para justificarem a identidade da Cedula: Cordeir. Dub. 3. etc. (Veja-se a minha citada Dissertação). E se quando se publica, e se reduz em Pu-

blica Fôrma, se acha com alguma daquellas altera-
ções, então he que ha lugar ás referidas disputas.

SECÇÃO V.

*Quando o Testamento he falsificado por Terceiro,
em vida do Testador, ou depois de morto; e em
isto só em parte.*

EM primeiro lugar se deve indagar, quem fabri-
cou a falsidade (quando não consta ser obra do Tes-
tador). Como taes falsidades se commettem occultam-
mente, admite-se prova conjectural. Sobre o interes-
sado na falsidade recae huma urgentissima presump-
ção (§. 40. e §. 41.), ou contra aquelle, em cujo po-
der se acha o Testamento. Stryk. Vol. 1. Disp. 6. de
Rasura Cap. 2. n. 2. Manz. de Testam. in Append.
T. 22. n. 38.

Em segundo lugar: Verificada a falsidade por
mão barbara; ou quando não consta absolutamente
quem a commetteo; se a parte rasurada se pôde col-
ligir, e o seu apto sentido ex antecedentibus et su-
bsequentibus; fica salva, e se deve cumprir o que se
acha rasurado, Stryk. de Cautell. Testam. Cap. 24.
§. 48. Da mesma fôrma se por testemunhas, que ti-
vessem lido o Testamento, pôde provar-se o que re-
latava essa parte rasurada, Pinheir. de Testam. Disp.
2. Sect. 4. §. 2. n. 51., aonde diz que bastão duas
testemunhas. Conf. Boehmer. ad Jus Digestorum Lib. 28.
T. 4. n. 3., e ad Pand. Exercit. 68. = *De scriptis
non legibilibus* = Cap. 3. §. 11. e 12.: porque o

riscado antes de consumado só subsiste, quando possa lêr-se, sem se admittir prova extrinseca = si testator alius testamenti condendi occasionem habuit = Cit. Boehmer. et Huber. ibidem.

§. 97.

Quid verò, Se a parte rasurada óu offuscada com tinta he totalmente illegivel? Deixemos o muito que miscellaneous Pinhier. de Testam. Disp. 2. Sect. 4. §. 2. a n. 52., sobre a L. 1. e 2. ff. De his quæ in testam. delent.: E assentando com Stryk. us. mod. L. 28. Tit. 4. §. 1. que "In hoc Titulo nihil occurrit; quod usu fori mutatum sit = a mais genuina intelligencia das ditas Leis neste caso he a que expõe Boehmer. ad Pand. Exercit. 68. Cap. 3. de Testamento non legibili = §. 11., 12., 13. ut ibi =

„ In primis verò testamentum non legibile red-
 „ di potest per deletionem. De hac sicuti et de can-
 „ cellatione, et inductione certum est, si in Testa-
 „ mento a Testatore consulto facta sit, testamentum
 „ vitari vel in totum, vel pro parte, quatenus scilicet
 „ deletio facta V. L. 2. ff. De his quæ testam.
 „ delent. Si vero deletio inconsulto facta, siquidem
 „ legi adhuc scriptura possit, aliud dicendum vide-
 „ tur; si non possit, tunc obtinet decisio Pauli in L.
 „ un. ff. Si tabul. testam. extrab. ubi ait = Hæredi,
 „ cujus nomen *inconsulto* ita deletum sit, ut penitus
 „ legi non possit, dari bonorum possessionem mihi-
 „ me potest, quia ex conjectura non proprie scriptus
 „ videretur = nisi demum post prolatas tabulas
 „ sit deletum. Tunc enim jam de hærede con-
 „ stat licet amplius legi nomen ejus non possit. Ma-
 „ nifestius id exprimit Ulpian. in L. 1. ff. Quæ in
 „ testam. delent. inquiring = quæ in testamento legi
 „ non possunt, ea inconsulto deleta et inducta nihil-
 „ ominis valent, consulto non valent = Quid verò

„ dicitur legi posse? Addit idem Juris Consultus in
 „ cit. L. = Legi autem sic accipiendum, non intel-
 „ ligi, sed oculis perspicere, quæ sunt scripta. Cæte-
 „ rum si extrinsecus intelliguntur, non videbitur legi
 „ posse, sufficit autem si legibilia sint = et paucis
 „ interjectis §. 1. = quod igitur incaute factum pro
 „ non facto est, si legi potuit = Et §. 2. = Si le-
 „ gi non possunt, quæ inconsulto deleta sunt, dicen-
 „ dum est non deberi = scilicet in effectu: ipso ju-
 „ re enim valet: jus non deficit, sed probatio, L. 30.
 „ ff. de Testament. tut. Sed quo tendit addita limi-
 „ tatio? = Sed hoc ita demum, si antè consumma-
 „ tionem testamenti factum sit = Scilicet respicien-
 „ dum esse monet Juris Consultus, an deletio facta;
 „ antequam solemnitates accesserint. Nam si postea
 „ a tertio fraudulenter aliquid indictum est, et pro-
 „ bationes supersint, quibus doceri potest, quid ibi
 „ scriptum fuerit, res salva est. Nam hoc videtur
 „ Juris Consultus exprimere voluisse in §. 3. ubi in-
 „ quit = Sed consulto quidem deleta exceptione pe-
 „ tentes repelluntur: inconsulto verò non repellun-
 „ tur sive legi possunt, sive non possunt = At si
 „ legi non possunt, nihil debetur? Declarat suam
 „ Sententiam Juris Consultus in seqq. = quoniam si
 „ totum testamentum non extat, constat valere omnia,
 „ quæ in eo scripta sunt = Et paulo post = Si alius
 „ invito testatore conciderit testamentum, non dene-
 „ gabuntur actiones = Si scilicet aliunde de conten-
 „ tis ipsius Testamenti, ejusque validitate constet.
 „ Quo tamen casu non sufficit probare contenta tes-
 „ tamenti, sed etiam integritas ejus vel solemnia pro-
 „ banda sunt.

Et §. 12.

„ Fundamentum harum decisionum petendum ex
 „ L. 12. Cod. de Testam., ubi Imperatores elegan-

„ ter aiunt = De his, quæ interleta, sive supra scri-
 „ pta dicis, non ad juris solemnitatem, sed ad fidei
 „ pertinet quæstionem, ut appareat, utrum testatoris
 „ voluntate emendationem meruerint, vel ab altero
 „ inconsulto deleta sint, an ab aliquo falso hæc fue-
 „ rint commissa = Unde ergo hoc apparebit? Hoc
 „ certum est ex L. 3. ff. De his quæ in testam. del.,
 „ quod favore libertatis in dubio inconsulto deletio
 „ præsumatur facta. Ergo cum hoc specialiter intro-
 „ ductum, apparet, in dubio regulariter consulto dele-
 „ tionem factam fuisse. Mant. de Conjectur. lib. 12.
 „ tit. 29. n. 32. Adæoque qui contrarium dicit, pro-
 „ bare debet, id quod deletum est, incaute vel casu
 „ factum esse, Richter. ad L. 12. de Testam. n. 20.,
 „ nisi circumstantiæ aliud saudeant, ceu patet ex L.
 „ fin. ff. de his quæ in testam. del. §. 13.

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

Eis-aqui a intelligencia das Leis Romanas no re-
 ferido Testamento por Barry de Succes. L. 1. T. 9.
 sub. n. 45. ibi =

„ Cujus legis sensum ut habeas, distinguere sic
 „ debes. Deleta legi vel possunt, vel non possunt.
 „ Quæ legi possunt, consulto deleta non debentur:
 „ inconsulto deleta debentur. Quæ legi non possunt
 „ non debentur si ante consummationem testamenti de-

„ leta sint, sive consulto, sive inconsulto: sin post
 „ consummationem, debentur, modo inconsulto dele-
 „ ta sint: nam licet totum testamentum inconsulto
 „ periisset, valerent omnia in eo scripta. Denique
 „ distinctio, an ante consummationem testamenti, vel
 „ post, deletio facta sit, non obtinet, nisi quando
 „ facta est inconsulto, et legi non potest: nam si con-
 „ sulto facta esset, licet legi possit, ut si consulto si-
 „ gna turbaverit, testamentum infirmatur, sive ante,
 „ sive post solemnia perfecta id factum sit, ut reje-
 „ cta eo casu distinctione Accursii, dicit Cujac. . . .
 „ Cæterum aliud est signa turbari, aliud resignari
 „ testamentum. Turbatis signis testamentum infirma-
 „ tur: resignatis tabulis non item, quando signa re-
 „ ponuntur. L. Si testamentum, qui test. fac. Ex su-
 „ perioribus videmus quando deleta non debeantur,
 „ et casu, quo non debentur, cui deferantur: Sed ut
 „ resumam quæstionem quando non debeantur, dico
 „ consulto deleta non deberi, sive legi non possint,
 „ sive possint; et sive ante, sive post consummationem
 „ testamenti deleta sint; inconsulto autem deleta de-
 „ beri, si legi possint; sin legi non possint, distin-
 „ guendum, an ante consummationem testamenti, vel
 „ post deleta sint: illo casu non deberi, hoc deberi;
 „ in tantum ut si totum testamentum interierit post
 „ consummationem, non ideo infirmetur relicta. Cer-
 „ te ex eo non dabitur honorum possessio secundum
 „ tabulas L. 1. si tab. test. extab. quia ut detur, ta-
 „ bulas extare necesse est, mortis testatoris tempo-
 „ re. Additur. ea dici legibilia, quo-
 „ rum litteræ apparent, ita ut oculis cernantur; et
 „ contra non legibilia, quæ pænitus non apparent,
 „ licet ex conjecturis quibusdam extrinsecis quæ scri-
 „ pta erant intelligi possint. Item additur inconsulto
 „ deleta dici, quæ ab alio erunt deleta, consulto sine
 „ tamen voluntate testatoris. „

TRACTADO VII.

Do Juramento de Calumnia.

Analyse da Ord. Liv. 3. T. 43:

P A R T E I.

Juramento de Calumnia conforme o Direito Romano, Civil, e Canonico, e uso das Nações.

Justiniano, este grande Legislador, em hum dos primeiros Séculos do Christianismo, quando as virtudes em geral predominavão aos vícios, e refreavão as paixões; quando as consciencias são mais puras, despidas dos espiritos da avareza; quando com temor e terror se pezava seriamente a gravidade do juramento; respeitando-se o Supremo Numen, que pela fé viva se via presente, e se tomava por testemunha da verdade, que se jurava: Justiniano, digo, excogitou, que o meio mais facil e opportuno de obviar a demandas seria jurarem o Auctor e Réo na fórma que elle prescreveo na sua *L. 2. Cod. de Furejurand. propt. Calumn.*, Lei datada no anno de 534; persuadindo-se sinceramente n'esse Seculo, que o horror do perjurio aterraria aos Litigantes, e os cohibiria para não intentarem ou defenderem demandas injustas, como se notá na mesma Lei, *ibi =*

Sic enim non lites solum, sed etiam Calumniatores minuentur: Sic pro judiciis putabunt homines sese in sacris sisti. . . . Quid aliud ni-

„ *si pro hominibus Deum in omnibus causis judi-*
 „ *cem esse credendum est? Antiqua itaque calu-*
 „ *mnia quiescente, et ejus ambagibus**, *Constitutio*
 „ *nostra dilucida, et compendiosa in terris clareat*
 „ *omnibus, et sit maximum dirimendarum causa-*
 „ *rum remedium.* „

* Qual fosse essa antiga calumnia aqui abolida declara o mesmo Justiniano no §. I. Instit. de Pæn. temer. Litigant. ibi = *Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores mulctabat. . . pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus Litigator, et damnus, et impensas Litis inferre adversario suo cogatur = Vin. ao mesmo §. explica assim = Fuit vetus quædam calumniæ actio, quæ improbi Litigatores in partem decimam estimationis Litis expensarum nomine mulctabantur, L. ult. Cod. Hermog. de Calumniatore; quam hic abrogat Justinianus, licet desuetudine jam abrogatam. Eandem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est Novel. 112.; hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione, sed satisfactione fieret. . .*

Parece que esta antiga décima, da estimação da cousa demandada por causa da calumnia dos Litigantes, foi o modelo de imitação do nosso Regimento das Dizimas da Chancellaria transcripto por Peg. Tom. 3. á Ord. pag. 472.; porque no §. 24. se declara, que *“ a dita dizima não he direito da Chancellaria, mas he pena que se dá ao que faz má demanda. ”* Assim,

e com toda a clareza o interpretou o Assento de 2 de Dezembro de 1791, quanto ao 1.º Artigo ibi = *devendo-se com tudo advertir, que sendo* „ *a dizima huma pena do que faz má deman-* „ *da, etc.*; e quanto ao 2.º, etc. Em muitos Foraes do Reino tenho visto semelhantes dizimas do jugado por Sentenças, ou do executado por ellas; ou em favor dos Concelhos, ou dos Donatarios: Confira-se o *Repertor.* de baixo da Conclusão = *Execução não fazem os Porteiros,* etc., aonde se declara que esta *Dizima* imposta nos Foraes he diversa da *Dizima* da Chancellaria. Em Castella estão em uso semelhantes *decimas*, que se pagão pelos condemnados e executados, pela *L. 7. T. 72.*, e pela *L. 1. T. 31. Liv. 4. Recopil., Volan. Cur. Philipp. tom. 1. 2. p. §. 23.*

§. 2.

Aquellas Leis de Justiniano no Codice (§. 1.) se ampliarão na *Novell. 49. e na Novell. 124.*; de que forão deduzidas a *Auth. Hoc Sacramentum,* a *Auth. In isto,* e a *Auth. Principales* (Cod. de *Jurjurand. propt. Calumn.*): Por deducção desta Legislação Romana tem assentado uniformemente os DD. 1.º, que este juramento de calumnia se deve prestar em toda a especie de Causas; nas beneficiaes, nas espirituaes, nas summarias, nas em que se procede *sola facti veritate inspecta*, nas criminaes; no juizo da Appellação, etc. *Altimar. de Nullit. Tom. 2. Rubr. 11. Q. 3. a n. 30.*; *Berlich. P. 1. Conclus. 31. a n. 26.*: Bem que *Berlich.* refere variedade de opiniões sobre se dever ou não jurar de calumnia sobre as causas *espirituaes,* e *matrimoniaes*: Quanto ás possessorias, em que só se tracta do simples facto da posse, limita esta Regra *Posth. de Manut. Obs. 81. n. 22.*

§. 3.º
 Tem assentado uniformemente os DD. 2.º, que são obrigados jurar de calunnia os Cessionarios, que em seus nomes propõe as acções cedidas; os Bispos, os Prelados, os Clerigos, os Economos, os Tutores, os Curadores, os Syndicos; e todo o Litigante por maior que seja a sua Dignidade; os maiores de 14 annos, etc. *Altimar. supra a n. 21.*: As Universidades, as Communidades, os Collegios, e Corporações; ou hão de constituir hum Syndico, e Procurador especial para por todos prestar nas suas Causas este juramento; ou aliás cada individuo o ha de prestar por si; *Berlich. supra n. 23.*: O mesmo quanto ao Depoimento nas Causas, de que trata a *Ord. L. 3. T. 53.*, sobre o que se veja *Guerreir. Forens. Q. 99. tot.*, e melhor *Leiser. ad Pandect. Specim. 143. Medit. 5.*; aonde adverte, que a Parte pôde eleger de todos os que hão de depôr pelos mais; com tanto que eleja dos mais piõs, e que tenham melhor sciencia do negocio: E adverte na *Medit. 6.*, que se o Capitulo vè eleitos alguns parciaes amigos da Parte, pôde recusa-los: "*Ceterum si personæ dignitas, vel sexus verecundia vel morbus non patiatur Litigatorem ad Tribunal venire, mittitur aliquis qui juramentum domi Litigantis excipiat, præsertim adversario.*" *Vin. ad §. 2. Inst. de Pien. remer. Litig. sub. n. 1.*

§. 4.

Pelo Direito Romano no d.º *Tit. Cod. de Jurejurand. propt. Calumn.*, devia este juramento prestar-se pessoalmente; e quando algumas das Partes era absentie se expedião Comissões (como entre nós Cartas Precatorias) para as Partes, onde quer que habitassem, jurarem em proprias pessoas, *Authent. Principalis Cod. eod Tit. ubi Brunneinan n. 9. et 13.*

sem que se admittisse tal juramento por Procurador,

§. 5.

O Direito Canonico foi o que inventou depois o poder prestar-se este juramento por Procurador, munido com especial mandato para jurar de calunnia na alma do constituinte *Cap. cum causam 6. xi. de Furam. Calumn., Cap. 3. §. penult. et ult. eod T. in 6.º*: E por este Direito Canonico se passou a admittir este juramento por Procurador, com tanto que fosse especial para esse fim, *Gudelin. de Jur. novissim. Liv. 4. Cap. 8. no fim, Vin. ad §. 1. Inst. de Pen. temer. Litigant. sub. n. 1., Altim. de Nullit. Tom. 2. Rubr. 13. Q. 3. n. 13.*

Nota: Houve DD. que se satisfizerão com que a Procuração para jurar de calunnia seja simples, ainda que se não declare a Causa, ou Demanda, em que se ha de prestar este juramento. Outros porém exigem hum mandato tão especialissimo, que nelle se faça menção da Causa, em que se ha de jurar de calunnia; e o mais he, que se especifiquem os artigos e factos, que se hão de jurar verdadeiros: Deste sentimento são *Vasques Liv. 2. Controv. Cap. 25. a n. 16.*, e outros que referem, *Altim. de Nullit. Tom. 2. Rubr. 11. Q. 26. n. 50. et 54., Perez in Cod. Liv. 2. T. 59. n. 6., Berlich. P. 1. Concl. 31. n. 17.*: Eu ou não admittiria tal juramento por Procurador, que não se admite em algumas Nações, postergado o Direito Canonico, *Stryk. de Caut. Furam. P. 2. Sect. 1. Cap. 4. n. 313.*, dizendo no n. 316. que "*Laudanda talia Statuta, quibus Partes ipsæ jubentur præstare juramentum; qualia in Curia Electo-*

rali Lipsiensi, etc. Conf. Brunneinan. in Auth. In isto Cod. de Jurejurand. propt. Calumn. n. 21.: Ou usaria livremente do arbitrio, que aos Magistrados concede o citado Perez, ut ibi = *Potest tamen judex inspecta qualitate personarum principalium non admittere procuratorem, etiamsi speciale mandatum habeat; sed jubere, ut ipsæ principales personæ hoc juramentum præstent*, Conf. Brunnem. in d. Auth. In isto n. 20. As razões que me movem, são estas: 1.^a ad Fabr. in Cod. Liv. 4. T. 1. Def. 31. ibi = *“ quoniam multo facilius, et audacius absens, et per alium, quam præsens pejeraret. . . . fieri plerumque solet, ut ex jurantis vultu, et titubatione judex perjurium detegat, aut pejerandi proclivem voluntatem*, Outra e 2.^a, a de Berard. Jus Eccles. Tom. 4. P. 1. Diss. 2. Cap. 4. pag. 74. (Edic. de 1778) ibi = *Ast jusjurandum solemne debet semper fieri ab ejus persona, cuius est causa; et recte, etenim cum jusjurandum illud solemne in gravioribus causis indici soleat, interest maximè, ut is, cuius principaliter causa versatur, et monita judicis, et pressas formulas, arrectis auribus, attentoque animo excipiat, ut terreatur gravitate rei, et cautius juret, semper autem à perjurio recedat*, (Confira-se ao diante o §. e o §.) Outra e 3.^a, porque, como diz o Card. de Luc. de Judic. Disc. 25. n. 16. *“ usus (hujus juramenti) transiit in meram ceremoniam seu formalitatem, neque forte datur casus, ut illius præstatio terreat, vel avertat à ceptæ litis prosecutione; quæ propterea ad aliud non servit, nisi ad dan-*

„ *dam occasionem pejerandi, ac illaqueandi*
 „ *animas* „ Hum Procurador jura na alma alhea
 do constituinte; e este, quando fez a Procura-
 ção, não pezou a gravidade do juramento. As
 intenções pias, e os fins de Justiniano (§. 1.)
 não se cumprem; e o Direito Canonico nesta par-
 te foi menos pensado, em quanto aqui admittio
 Procurador: Eu adoptaria o Aresto *apud Peg.*
Tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 8. n. 12.

§. 6.

Pelos mesmos Direitos a Parte que he contu-
 maz em jurar de calunnia (mas qual será ella hoje?)
 sendo Auctor, he rechassado da demanda; sendo
 Réo, he havido por confesso *Cap. 7. §. fin. de*
Juram. Calumn. Van Esp. de Jur. Eccles. P. 3. Tit.
7. Cap. 4. n. 22.; intervindo porém Sentença decla-
 ratoria, *Gloss. ad d. Cap. fin., Conciol. ad Stat.*
Eugub. Liv. 2. Rubr. 10. n. 13., Romaguer. ibidem
n.º 16. 17. Bem que antes que se profira a Sentença
 declaratoria da pena, póde a Parte purgar a contu-
 macia, jurando, *Romaguer. supra a n. 20. Altim.*
supr. n. 31.: Proferida a Sentença, ella he appella-
 vel, = *Repertor. sub Verbo = Juramento de calunnia,*
se o Auctor, etc.

§. 7.

Porém nem a contumacia do Procurador, nem a
 do Tutor, do Syndico, do Economo, ou outro Ad-
 ministrador, em não quererem jurar, prejudica á Par-
 te, ao Menor, etc. *Stryk. de Cautell. Jurament. P.*
2. Sect. 1. Cap. 4. a n. 67. Altim. Tom. 2. Rubr. 13.
Q. 3. n. 28., pelas razões que expõe o citado *Stryk.*

§. 8.

Não são porém obrigados jurar de calunnia (e
 consequentemente, ainda que recusem jurar, não incor-
 rem aquella pena): 1.º, quando aquelle, a quem se

exige este juramento, mostra já o seu bom direito e claro: 2.^o, quando a Questão versa sobre notoriedade de facto: 3.^o, quando a Questão consiste em Direito, *Conciol. ad Statut. Eugub. Liv. 2. Rubr. 10. n. 12.*, *Altimar. de Nullit. Tom. 2. Rubr. 13. Q. 3. a n. 28. et 61.*, e em outros casos que refere *Posth. de Manut. Obs. 81. a n. 4.*: Tambem o Pai não he obrigado jurar de calumnia nas demandas, que trata com filho, *Stryk. Vol. 2. Disp. 3. = De Jure reverentiali ejusque effectibus specialibus, Membr. 7. a n. 11.*, referindo no d. Membr. 7. outras mais pessoas, que pelo direito reverencial não são obrigados jurar de calumnia: *Conf. Berlich. P. 1. Concl. 31. a n. 9. Repertor. sub. Verbo = Juramento de calumnia fazem as partes*, etc.

§. 9.

Se este juramento se não exige em todo o Processo, e tacitamente se remitte, não he por isso nullo o Processo, nem a Sentença, *Lauterbach. de Juram. Calumn. §. 7. thes. 101.*, *Stryk. de cautell. Juram. P. 2. Sect. 1. Cap. 4. n. 59. Altim. Tom. 2. Rubr. 13. Q. 3. n. 6.*: Sim pôde pedir-se em qualquer parte da Causa, *Berlich. P. 1. Concl. 31. n. 34.*; ainda na segunda instancia, e grão da Appellação, *Berlich. supra n. 35.*, et ad omnia *Repertor. sub Verbo = Juramento de calumnia universal*, etc.

§. 10.

Porém elle ha duas especies de Juramento de calumnia, hum *geral*, que se exige no principio da Causa; outro *especial* ou juramento de *malicia*, que se exige em qualquer incidente della; *Van-Esp. de Jur. Eccles. P. 3. Tit. 7. Cap. 4. a n. 10.*, *Stryk. supra a n. 26.*: E he mais frequente exigir o juramento de calumnia *geral* no principio da demanda: Jura o Auctor em primeiro lugar “*Se non calumniandi animo*

„ *licem intendere, sed quod existimet se bonam cau-*
 „ *sam habere,* „ Jura em segundo lugar o Réo “ *Se*
 „ *non dolo malo, aut negotii facessendi causa acto-*
 „ *ri contradicere, sed quod putet, se bona instantia*
 „ *uti, et juste ad inficias ire: Ex constitutionibus*
 „ *Novelis jurant pariter ambo nihil se prorsus dif-*
 „ *ferendi, vel corrumpendi judicii causa fecisse fa-*
 „ *cturosve esse,* „ Ita *Vin. ad §. 1. Instit. de Pæn-*
 „ *temer. litigant. n. 1.* Com outros DD. *Altimar.*
 „ *Tom. 2. Rubr. 13. Q. 3. n. 4.,* envolvendo o jura-
 „ *mento do Auctor e Réo, o formaliza assim “ Quinque*
 „ *continere debet hoc juramentum. Primum, quod*
 „ *credat in agendo, aut respondendo se bonam, et*
 „ *optimam causam sustinere: 2.º, quod interroga-*
 „ *tus non negabit quod veram esse credit: 3.º, quod*
 „ *nullis falsis utetur probationibus: 4.º, quod nul-*
 „ *lam dilationem in fraudem sit petiturus: 5.º,*
 „ *quod pro suæ cause favore neminem muneribus*
 „ *corrumpet,* etc. Confira-se com *Olea, Fragos.,*
 „ *Fermosin.,* e outros o *Repertor.* debaixo da Conclusão = *Juramento de calumnia universal,* etc.

§. II.

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

§. 12.

Eis-aqui o que dispõe os Direitos Romano, e Canonico, e o que delles deduzem os DD., além do muito mais, que elles escreverão na materia sujeita;

e que eu omitto por desnecessario para o meu assumpto, e que mais largamente se pôde vêr em *Silv.* no commentario a esta Ordenação *L. 3. Tit. 43.*

§. 13.

Mas oh tempora! Oh mores! *Baldo*, este grande Juris-Consulto, que viveo pelos annos de 1400, *Gravin. de Origin. et progress. Jur. Civ. tom. 1. Cap. 165.*, já declamou altamente, e em geral contra o juramento de calumnia dizendo “*Quod juramentum calumniae contemnitur, et non aestimatur uno obolo, quia facti sumus contemptores Dei, et Religionis ejus* = Passou cada vez mais a depravação a tanto, que *Marant. de Ordin. Judicior. P. 6. Tit. de Juramento* disse:

„ *Unde ego puto, quod Litigatores nostri temporis potius jurant de calumnia committenda, quam vitanda: Et ideo melius esset, ut ex toto tolleretur a judicio causa vitandi tot perjuriam.* „

A mesma declamação fizeram depois outros DD. com os qua s *Brunneman. na Auth. In isto §. 8. Cod. de Jurament. propt. calumn. n. 56. ibi. =*

„ *Putat enim Imperator ita lites et calumnias minui (quavis nonnulli eas augeri existiment) quia ita Partes sibi persuadebant, se quasi in locis sacris versari, et Deum ipsum judicare. Sed, ó Justiniane, quam spe tua es frustratus! Jam diu conquesti sunt Juris-Consulti hodie potius de committenda jurari, quam de fugienda calumnia; etc.*

Com outros *Stryk. de Caut. Juram. P. 2. Sect. 1. Cap. 4. n. 36. =*

„ *si postmodum, cum vel ipse tristis eventus docet, nostra etate magis de calumnia committenda, quam vitanda juratur.* „

§. 14.

Passarão os bons tempos do Christianismo, em que legislou o Pio Justiniano (§. 1.); tempos em que o temor das penas espirituaes, e temporaes reprimia os perjuros; mas os costumes bons se depravação como ao proposito o *Card. de Luc. de Judic. Disc. 25. a n. 1.*; e por isso conclue no n. 16., *ut ibi =*

„ Adbuc tamen ex rationibus supra initio in-
„ sinuatis, iste usus (juramenti calumniæ) parum
„ commendabiliis videtur, atque pro meo sensu abo-
„ leri deberet; cum transierit in meram ceremo-
„ niam, seu formalitatem; neque forte datur casus,
„ ut illius præstatio terreat, vel avertat a captæ
„ litis prosecutione, quæ propterea ad aliud non
„ servit, nisi ad dandam occasionem pejerandi, ac
„ illaqueandi animas, etc.

§. 15.

Por estas razões o tal juramento de calumnia geral se abrogou na França *Groeneweg. de Legib. abrog. ad Instit. L. 4. T. 16. §. 1.*; e se não encontra no novo Codigo do Processo Civil: Abrogou-se na Saxonia, *Stryk. supra n. 39. Berlich. P. 1. Concl. 31. n. 4. Groenewegen. supra.* Na Geldria, *Gudelin de Jur. noviss. L. 4. C. 8. n. 22.* Na Flandria, e no grande Conselho Melchiniense, *Damboud in Prax. Civil. Cap. 151. n. 30.* Na Alemanha se abrogou por huma Ordenação, subsistindo só o juramento particular de calumnia ou malicia, *Stryk. supra n. 37. No Cod. Judiciar. Civ. do Imperador José II., e no Cod. de Sardenha* tambem se não encontra tal juramento: Na Catalunha foi tambem abrogado *Romaguer. ad Statut. Eugub. Liv. 2. Rubr. 10. n. 25.,* na Rota Romana *Luc. supra a n. 17.,* e em outras Nações *Vin. ad §. 1.º Instit. de Pæn. temer. Litig. n. 4.* E só o juramento particular da malicia

(de quo supra §. 11.) ficou em uso nestas Nações. *Vin. et reliqui DD. supra; quibus adde Van-Esp. de Jur. Eccles. P. 3. Tit. 7. Cap. 4. a n. 10.*

Tambem o Direito Romano exigia, que os Advogados jurassem da propria calumnia na fórma da *L. 2. Cod. de Jurament. propt. calumn.*; juramento, que só prestava em 3.º lugar depois de jurarem o Auctor e o Réo, *Gotofred. d. mesma Lei*: O seu juramento consistia em declararem, que a Causa que patrocinavão era justa; que a tratarião com toda a diligencia; e boa fé; e que deixarião o patrocínio, logo que viessem a conhecer a injustiça da causa, *Perez in Cod. Liv. 2. T. 59. sub. n. 5.; Vin. supra n. 2., Stryk. de cautell. Jurament. P. 2 Sect. 1. Cap. 4. a n. 29.*

§. 17.

Como porém os timoratos, e conscienciosos Advogados, e os mais Sábios tinham por melhor não advogarem, que sacrificarem-se a tal juramento, entrando só Rabolas pouco esrupulosos, *Stryk. supra n. 36.*: Por isso tambem, e por costume geral não só se exonerarão de tal juramento os Procuradores Fiscaes, *Stryk. supra a n. 98.*; aquelles que erão obrigados a patrocinar as causas, *Stryk. a n. 77.*; mas geralmente por uso contrario ao Direito Romano, se absolverão nas Nações os Advogados da obrigação de jurarem da propria calumnia, *Posth. de Manut. Obs. 81. n. 13.; Conciol. ad Stat. Eug. Liv. 2. Rubr. 10. n. 7.; Altimar. Tom. 2. Rubr. 13. Q. 3. a n. 19.; Berlich. P. 1. Conclus. 31. n. 22.*

§. 18.

Em fim o Direito Romano no §. 1. *Instit. de Pæn. temer. Litigant.* só punia o calumniador convencido de perjuro com a condemnação das custas da

demanda, perdas, e damnos; sem que lhe comminas-
se as penas de perjuro, com que o mesmo Direito
Romano aliás punia os perjuros nas causas Civeis. V.
Anton. Math. de Criminib. Liv. 47. Digest. Tit.
16. Cap. 1. n. 6.)

... P A R T E II ...
... Titulos ...
... Especial ...
... Confirmação ...

Confirmação da nossa Ord. L. 3. Tit. 43. com este
Direito Romano e Canonico.
... §. 19.

Se fazemos huma exacta combinação de tudo o dis-
posto na nossa Ordenação debaixo deste Titulo com
o Direito Romano e Canonico, observamos huma in-
teira conformidade, menos no §. fin.; em que nota-
mos comminar ao calumniador a pena de perjuro, que
o Direito Romano não comminava (§. 18.)
Com effeito: Em quanto esta Ord. no principio
manda que o Juiz ex Officio, ou a requerimento das
Partes defira o juramento de calumnia ao Auctor, e
ao Réo, dá a fórma deste juramento; e há por abso-
luto ao Réo, se o Auctor recusa jurar; ou por con-
fesso ao Réo, se se subtraher a jurar sem justa causa;
intervindo porém Sentença declaratoria, he em tudo,
como temos visto conforme com o Direito Romano
e Canonico: E ainda que não especifica, quaes sejam
as causas justas, que excusem de jurar sem renitencia
punivel, e que excusem da pena da contumacia: os
DD. as tem excogitado, quaes as expostas a §. 8.

No §. 1.º, em quanto trata do juramento de calúnia especial ou particular, que os DD. chamão de *malícia*: No §. 2.º, em quanto, que os Procuradores jurem em seu nome de calúnia (senão *ex Officio*) a requerimento das Partes; dando a fôrma desse juramento; e em quanto exige o juramento pessoal das Partes, sendo presentes, têm por fontes os mesmos Direitos. No §. 3.º, em quanto admite Procurador especial, se conforma com o Canonico; e em quanto, sendo absentes as Partes, manda se citem por Precatorias para jurarem de calúnia lá aonde habitão, se conforma com o Romano. Não menos em quanto no §. 5.º manda que jurem os Tutores, e Curadores, ou os Puberes maiores de 12 e 14 annos; como tudo assim temos visto; e dos mesmos Direitos deve receber illustrações.

§. 22.
Só sim: Em quanto no §. fin. determina, que os convencidos em malícia serão accusados e punidos por perjuros; alterou o Direito Romano, que só os punia civilmente com a condemnação das despezas da demanda, perdás, e danos da Parte; e não criminalmente com as penas do perjurio (§. 18.)

Nota: Qual seria a razão, por que o nosso Legislador exacerbou as penas dos que a final se convencem perjuros no juramento, que prestarão de calúnia, comminando-as mais graves, que o Direito Romano? Se me he licito conjecturar a mente do Legislador: eu conjecturo, que elle vio já no seu tempo a relaxação dos costumes, e das consciencias; por isso comminou maior pena aos perjuros, para que o temor delle os subtrahisse de jurar falso, e mover

com calumnia huma demanda injusta: Erro do tempo; porque hoje se assenta, que a gravidade das penas não he a que previne os delictos, Renaz. Elem. Jur. Crimin. Liv. 2. Cap. 14. §. 3.

Parece que esta Ord. §. fin. he antinomica com a do Liv. 3. T. 67, aonde ao convencido em malicia na demanda não impõe a pena do perjuro, mas só o manda condemnar nas custas em dobro, e nas pessoas do outro Litigante; seguindo aqui o §. 2. *Instit. de Pen. temer. Litigantium*, e a *L. eum, qui temere ff. de Judic.*, e parecendo que se esquecco do §. fin. da Ord. L. 3. T. 43.: Parece só podem conciliar-se estas Ordenações, suppondo-se que a do Tit. 67. procede no caso em que não houve juramento de calumnia, e que se remittio (como podia remittir-se, ut §. 9.), e o §. fin. da Ord. L. 3. T. 43. procede; quando houve juramento de calumnia por termo nos autos: Ou se ha de dizer abrogado o d.º §. final, como logo se verá a §. 23.

P A R T E III.

Em quaes Artigos não está entre nós em uso a Ord. L. 3. T. 43., e o em que se deve promover, em quanto por nova Legislação, que imitte as das Nações, se não revogue inteiramente quanto ao juramento geral de calumnia.

Art. §. 22.

Não está em uso 1.º, em quanto manda que os Reos tambem júrem de calumnia, *Repertor. sub. Ver-*
kk

bo = Juramento de calumnia se defere ao Réo, etc. *Not. (e)*. Não está em uso 2.º, em quanto manda que os Procuradores jurem por si de calumnia; como attesta *Peg. Tom. 15.*, obra posthuma á mesma *Ord. n. 13.*, bem como nesta parte não está em uso nas Nações (§. 17.)

§. 23.

Não está em uso 3.º, quanto ás penas de perjuro, que commina o §. final, como attesta o mesmo *Peg. n. 19.* (E attesto eu que tenho prática do foro por mais de 40 annos): Este não uso póde ter plausivel fundamento nos Arestos, que refere *Phæb. P. 1. Decis. 69. n. 11. et 12.*: Porque tendo-se julgado muitas vezes pelos annos de 1590 antes da Compilação Philippina; que só o testemunho falso he neste Reino caso de querella, e não qualquer outro perjuro; em depoimento, juramento de calumnia; em que só ha pena arbitraria e extraordinaria: Por isso he que, não podendo querellar-se pelo juramento falso em depoimento, não havia pé para fundamentar, e com prizão huma accusação criminal: E por isso he que todos os vencedores contra a jurada calumnia se desanimarião de accusar hum perjuro, crime extraordinario sem pena certa; ex *Anton. Math. de Criminib. Lib. 47. T. 16. Cap. 1.*

§. 24.

O Repertor. debaixo da Conclusão = *Juramento de Calumnia a que se faltou*, etc., faz differença entre a calumnia evidentissima, e a duvidosa: Quanto a primeira diz punivel o perjuro em depoimento; citando muitos DD. que assim o distinguem: Porém ao mesmo tempo segue o citado *Phæbo*, que não admitte querella: E assim estamos na mesma razão do uso da dita Ordenação: O certo he que o juramento de calumnia he propriamente juramento de cre-

dulidade, e não de verdade *Vin. ad §. 2. Instit. de Pæn. temer. Litig. Femosin. ad Rubr. de Juram. Calumn. Q. 6. n. 1.º*: E se das penas que pela calumnia impõe o §. 2. *Instit. de Pæn. temer. Litig., e a Ord. L. 3. T. 67.* excusa qualquer opinião, qualquer causa daquellas que referem *Vin. ad d.º §. n. 3. Begnudell. Verbo Sumptus litis =* e outros DD. com os quaes *Silv. d. Ord. L. 3. T. 67. in pr. a n. 30.*, quem se sacrificaria a accusár a pena extraordinaria, e arbitraria sem querella no perjurio em juramento de calumnia, podendo hum Réo accusado exculpar-se com taes pretextos? Esta talvez seja outra razão, porque não está em prática o §. *fin. da Ord.*, de que trato.

Corollario e advertencia aos Magistrados.

Seria para desejar, que assim como nas mais Nações (§. 15.) se tem proscripto do foro pelas razões (a §. 13.) o juramento de calumnia geral, se proscrevesse tambem do foro do nosso Reino, como hum fecundo germen de tantos perjurios. Admiro-me, que o grande Mell. no Liv. 4. T. 19. §. 8., este Doutor tão opposto ao Direito Romano, e ainda ao Canonico forense, suppozesse praticavel em tudo entre nós esta Ord., e não declámasse altamente com a relaxação dos costumes em differença dos antigos Coevos ás primitivas Legislações, Justiniana, e Canonica; que não recorresse ao uso das Nações contra o uso da nossa; e que não ensinasse os Artigos, em que ella está abolida pelo uso contrario: E isto quando aquelle celebre Dr. a cada passo declama contra outras Leis, que não são tão fecundas mais de peccados horriveis como esta.

As intenções dos nossos Legisladores, quanto ao

juramento de calúmnia forão tão pias e santas, como a de Justiniano (§. 1.); mas a depravação e relaxação dos costumes faz hoje impraticaveis tanto estas nossas Leis, como as que forão o seu modello. Em quanto porém nõ novo e tão desejado Codigo se nõ revoga nas partes, em que ainda está em uso (à excepção dos Artigos referidos (§. 22., 23., 24.) eu declamo altamente contra os que exigem o juramento de calúmnia geral, e daquellas pessoas, que se perua-dem jurarão falso; que se evitem exigir tal juramento, temendo a Sentença de *S. Agostinho no Can. 5. Caus. 22. Q. 5. ibi =*

„ *Ille qui hominem ad jurandum provocat, et*
 „ *scit eum falsum esse juraturum, vincit homici-*
 „ *dam. Quia homicida corpus occidit, ille animam:*
 „ *immò duas animas, et ejus, quem jurare provo-*
 „ *cavit et suam Scis verum esse quod dicis, et fal-*
 „ *sum quod ille dicit, et jurare compellis? Ecce ju-*
 „ *rat; ecce perit! Tu quid invenisti? Immo et tu*
 „ *peristi, qui illius morte satiare te voluisti.* „

Eu altamente declamo aos Senhores Magistrados 1.º, que nunca admittão, quanto possivel fôr, juramento de calúmnia por Procurador, tendo em vista as razões ponderadas na Nota ao §. 5., e ainda o caso julgado, que refere *Peg. Tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 8. sub. n. 12.* Declamo 2.º, que comparcendo as proprias Partes a jurar de calúmnia, não defirão este juramento como por fórmula superficial; mas que conformando-se com o *Cod. de Sardamb. Liv 3. T. 14. §. 3.* fação primeiro ao que ha de jurar huma advertencia, que se lembre da reverencia devida a hum tal acto; das penas e dos castigos, com que temporal, e espiritualmente será punido sendo falsario, não sómente pela Justiça humana, mas pela Divina Magestade, a que tudo he conhecido: Este

he tambem o louvavel costume, que attesta *Gmeiner Inst. Jur. Eccles. Sect. 3. §. 658. ibi = Ri-*
„ tum jurandi, quod attinet, si jurant rudiores
„ (de calumnia) præmitti communiter solet avisa-
„ tio de perjurio (id est de gravi perjurii pœna)
„ qua prælecta præscribitur tactura Evangelii, etc.
 Quem jura falso em Juizo offende a Deos, ao Juiz,
 e á Parte; perturba a recta administração da Justiça,
 tira o maior fundamento do Commercio humano, per-
 verte a verdade, e a inteireza dos Tribunaes; *Const.*
tit. do Bisp. do Port. Liv. 5. T. 6. Const. 1.

Declamo aos Senhores Magistrados 3.º, que não
 só expliquem aos jurantes as palavras da *Ord. Liv.*
3. Tit. 43. no principio; mas que lhe fação jurar na
 precisa formalidade das mesmas palavras; o Auctor
„ que n' o move a demanda com tenção maliciosa,
„ mas por entender que tem justa razão para a
„ mover, e prosequir até o fim = (Já disse §.
22. que não está em uso o juramento de calumnia pe-
 lo Réo): E melhor será se lhe fizerem estofar este
 juramento generico, jurando na mais especifica forma-
 lidade, que formalizão os DD. citados no §. 10.

Declamo 4.º, que exijão quanto menos vezes fôr
 possivel o particular juramento de *malicia* nos casos
 indicados no §. 11.: E em fim conclúo com os DD.
 com os quaes o grande *Stryk. de Cautell. Jurament.*
P. 2. Sect. 1. Cap. 4. n. 59. ibi =
„ Judex, ubi deprebenderit, frivole tantum
„ exigi hoc juramentum, illum inhibere debeat, ne
„ supervacaneis juramentis conscientia Partium
„ onerentur, aut Nomen Dei prophanetur, etc.

Oh utinam hæc Deo; et Magistratibus compla-
 ceant, et ne incassum laborarem!

TRACTADO VIII.

Do Juramento Suppletorio, e semiplena prova.

Analyse completa da Ord. Liv. 3. T. 52.

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

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

PRENOÇÃO I.

Origem, introdução e progressos do Juramento Suppletorio.

§. I.

HEinuccio, o incomparavel Heineccio na exercitação = *De lubricitate jurisjurandi Suppletorii* = avançou e se propoz demonstrar estas Proposições: 1.^a, que o juramento suppletorio não tem fundamento no Direito Romano, nem na *L. 31. ff. de jurejur.*, nem na *L. 3. Cod. de Reb. Cred.*, mas só na *gloss. da L. 31. ff. de jurejurand.* * 2.^a, que a semiplena prova tambem não tem fundamento no Direito Romano, nem nelle ha vestigios de tal semiplena prova, mas só foi invento do Direito Canonico: 3.^a, que o juramento enunciado na dita *L. 31.*, ainda quando se entenda do suppletorio, só póde ser praticavel nas causas duvidosas, se as provas de hu-

ma, e outra parte abundão, e o Juiz se vê em perplexidade; e não quando ha só v. g. huma testemunha, ou huma outra semiplena prova: 4.^a, que mesmo repugna a todos os principios do Direito, que alguém seja testemunha na propria causa para se unir com outra; e que a avareza, o pundonor, o capricho, o podem precipitar em perjuro; e que antes deve prevalecer a regra = *Actore non probante Reus absolvitur*: = Tudo isto demonstra *Heineccio* admiravelmente.

* Pelo contrario; que nestas Leis tem fundamento, diz *Stryk. Vol. 8. Disp. 4. C. 2. §. 6.*
§. 2.

Do mesmo sentimento de *Heineccio* são *Thomás nas Notas de uso hodierno ds Pandectas Liv. 22. T. 3.*, *Hubero ao mesmo Tit. Coccey Jus Controv. Liv. 22. T. 3. Q. 3.*, *Fabr. in Cod. L. 4. T. 1. Def. 1. e 4*, e no *Tract. de Error. Pragmat. Decad. 19. Err. 1.*, *Merend. L. 10. Controv. C. 45. n. 21.*

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

§. 4.

Entretanto o certo he, que a opinião da *Glos-*

sa lançou altas raizes , e foi approvada não só pelo Direito Canonico no C. 2. *de Probat.*, mas pelas Legislações das Nações da Europa, como de todas as Províncias da Alemanha attesta *Stryk. de Cautell. Juramentor. P. 3. Sect. 3. C. 6. a n. 9.* No Belgio *Groeneneg. de Legib. abrog. ad L. 3. Cod. de Reb. cred., Voet. et Van-Esp. supra: Na Sardanha pelo moderno Cod. L. 3. T. 14.:* No Imperio da Austria pelo *Cod. do Imperador José II. §. 225.:* Em Eugubio pelo *Statut. Liv. 2. Rubr 13.:* Na França pelo ultimo *Cod. Civ. Art. 1366.:* E neste Reino pela *Ord. L. 3. T. 52.*

PRENOÇÃO II.

Precauções geraes que devem ter em vista os Magistrados para deferirem este Juramento.

§. 5.

He sim arbitrario aos Julgadores deferir ou não este juramento, *Ridolfin. in Prax. Roman Cur. P. 2. C. 4. n. 144., Menoch. de Arbitr. Cas. 160. n. 12., 18., 21.:* Porém justamente adverte *Van-Esp. de Jur. Eccl. P. 3. Tit. 7. Cap. 8. a §. 13. que: "Quid,*
" quid sit de hac Fabri opinione, hoc equidem in-
" dubitatum est, admodum parce, et circumspecte
" hoc jusjurandum á Judice Parti in Supplementum
" probationis deferendum esse: quandoquidem ne-
" gari queat; quin verum sit per hanc juramenti de-
" lationem jurantem in re propria testem adhiberi,
" atque ab ejus juramento causæ decisionem peti.
" Quid enim hinc natum consequi, nisi, ut homines
" parum religiosi, facile spe victoriæ consequendæ
" illecti ad perjuriam inducantur; alii veró perjurii

„ metu deterriti etiam juramentum sibi datum in cau-
 „ sa justa præstare recusantes causa cadant? Unde in
 „ antiquis Wisigothorum Legibus Legitur L. 2. Cap.
 „ 22. = Judex ut bene causam cognoscat, primum
 „ testes interroget, ac deinde scripturas inquirat, ut
 „ veritas possit certius inveniri, ne ad Sacramentum
 „ facile veniatur, etc., et §. 18. et §. 26. = Ra-
 „ rius soleant hodie Judices in Supplementum proba-
 „ tionis alterutri Litigantium juramentum deferre;
 „ quia faciles sunt nonnulli homines ad jurandum
 „ contemptu Religionis; alii perquam timidi metu
 „ Divini Nominis usque ad superstitionem, etc. Con-
 „ cluindo no n. 26. “ Ex his facile intelligitur verissi-
 „ me monere Pragmaticos, per Judices maximo cum
 „ moderamine, et circumspectione hoc juramentum
 „ esse deferendum, eo quod per illud Pars quodam-
 „ modo in propria causa testis constituatur, et spe lu-
 „ cri assequendi, aut damni evitandi ad perjurium
 „ incitetur, et quasi impellatur.

Esta mesma advertencia fazem aos Magis-
 trados os mais famosos Juris-Consultos Vinn.
 Select. L. 1. C. 44. sub. 7. = Tertia = Hei-
 necc. d. Exerc. 15. §. 20. no fim, Stryk. de
 Caut. Juram. P. 3. Sect. 3. C. 6. n. 237. dicen-
 do que “ Hoc juramentum hodie non adeo fre-
 „ quens esse debet, cum refrigescat charitas, et
 „ religio; è contrario avaritia, amorque numi
 „ crescat; ita ut non tuto anceps causa juramento
 „ Litigatoris committi posset, etc.: Não menos
 o filho João Samuel Stryk. Vol. II. Disp. 29.
 = De causis juramentum suppletorium respuen-
 tibus = §. 1.º e 3.º

§. 6.º
 Por estas razões, e pelas muitas limitações, além

dos escrupulosos requisitos, que ao diante veremos, diz o Card. de Luc. de Judic. Disc. 25. n. 10. que „ Rarus in Curia est usus juramenti suppletorii, vel „ quia ob multas limitationes, quas ista regula pati- „ tur, raro ad praxim sit deducibilis; vel quia ob „ rationes supra insinuat mutationis morum, ac „ temporum, nimiaque facilitatis jurandi Tribunalia „ merito hanc speciem probationis parvi pendeant. „ Por isto declama Cavalari. Inst. Jur. Canon. P. 3. C. 2. §. 20. in fin. ut ibi = Cæterum, usus Sacramen- „ ti in Litibus decidendis homines religiosos suppo- „ nit: Ut hinc facile cognoscas, in tanta sæculi cor- „ ruptione & Republica esse, usum Sacramenti Sup- „ pletorii omnino aboleri. „

PRENOÇÃO III.

Requisitos essenciaes, que em geral devem concorrer para ter lugar este juramento.

§. 7.

Conforme o sentimento de Stryk. Vol. 7. Disp. 1. C. 5. a n. 22. que segue o Addicionador de Ferrar. Verb. Juramentum Art. 2. a n. 4., se requer para se deferir este juramento, que concorram *verdade*, *juizo*, e *justiça*: *Verdade*, não se deferindo senão a quem tiver sciencia propria; e não de credulidade: *Juizo*; isto he, que a pessoa, que lia de jurar seja legal, e fidedigna, de que se não possa presumir perjurio: *Justiça*; isto he, que o Juiz o não defira *nisi causa cognita, et perpensa*, tanto pelo que respeita á prova, quanto pelo que respeita á qualidade da causa “ Struy. na Exerc. 17. thes. 43., reduz em geral os requisitos a estes: 1.º, ut simplene proba-

„ tum sit, nec illa probatio per præsumptiones elisa
 „ sit: 2.º, ut is, cui defertur á Judice, probabiliter
 „ sciat veritatem, ac sit persona fidedigni: 3.º, ut
 „ causa sit modica et civilis,„ requisitos, que larga-
 „ mente estofou Muleribidem, Eu porém sigo Heinecc.,
 „ que com Mysing. requer o concurso destas condi-
 „ ções: 1.º, ut simplene probatum sit, eaque proba-
 „ tio vere, ac necessario, non præsumptive conclu-
 „ dat: 2.º, ut ille, cui defertur, veritatem sciat pro-
 „ babiliter per sensum corporeum: 3.º, ut idem sit
 „ vir integræ, exploratæque fidei: 4.º, ut caussa
 „ non sit ardua, vel criminalis, sed modica, et ci-
 „ vilis: 5.º, ut simplena illa probatio præsumptio-
 „ ne quadam dilui, aut elevari non possit: 6.º, de-
 „ nique, ut jusjurandum illud petatur, antequam sit
 „ in causa conclusum. Estes mesmos requisitos fa-
 „ zem precisos Conciol. ad Stat. Eug. L. 21 Rubr. 13.
 „ n. 24. Scop. ad Gratian. Decis. 36. Klengensperg. ad
 „ Instit. L. 4. T. de Action. Q. 64. Todos elles se
 „ deduzem da nossa mysteriosa Ordenação, como vou
 „ a demonstrar, distribuindo-os em outros tantos Capi-
 „ tulos; e tratando em cada hum destes particularmente
 „ cada hum daquelles requisitos.

CAPITULO I.

I. REQUISITO.

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

PRENOÇÕES.

§. 8. Stryk. no Volum. 7. Disp. 1. de *semiplena probatione*, C. 2. §. 2. define a prova semiplena assim = Est actus judicialis, quo rei dubiæ fides aliqua fit „Judici; non tamen tanta, ut jure possit ipsum mo- „vere ad ferendam Sententiam definitivam, nisi ad- „miniculo quodam suffulta sit. “ Elle explica desde o n. 3. todas, e cada huma das partes desta definição: A mesma com a sua exposição segue Mul. ad Struv. Exerc. 28. thes. 5. pag. 171. Col. 1. aos quaes remetto os Leitores.

§. 9.

O mesmo Stryk. no Cap. 3. com outros DD., divide a prova semiplena em semiplena maior, e semiplena menor “ Observandum tamen (continúa no §. 2.) hanc divisionem non esse divisionem specierum, sed tantum distinctionem graduum. Nam semiplena maior, et semiplena minor gradibus saltem inter se distinguuntur: Quod enim semiplena probatio aliquando sit maior, aliquando sit minor, non propterea constituit diversas species., No §. 3. explica que “ Semiplena maior probatio est, quæ

„ fidem plusquam semiplenam, nec tamen plenam,
 „ et perfectam, nisi aliquo minus vehementi admini-
 „ culo adjunctam, Judici facit „: Ahi tabem explica
 os casos, em que se dá a semiplena maior, como: 1.º,
 quando de duas testemunhas huma he legal, outra
 menos legal; ou ha duas illegaes com huma legal:
 2.º, quando com a comparação judicial, que só faz
 semiplena prova, concorrem testemunhas, que tam-
 bem reconhecem a letra: 3.º, quando com huma tes-
 temunha legal, que depõe da verdade do facto, con-
 corre ao menos huma testemunha de confissão extra-
 judicial, et maxime duas, ainda que singulares: por-
 que, constituindo a primeira por si só semiplena pro-
 va, a outra, ou outras adminiculão: E depois no §.
 4. firma estas tres regras especiaes. (Conf. Mul. Exerc.
 28. thes. 5. pag. 173.)

1.º Si semiplena maior ex una probationis specie
 „ resultat, tunc illa quocumque adminiculo minus
 „ vehementi suppletur, v. gr., testis unus omni ex-
 „ ceptione maior de proprio facto sine suo interesse
 „ deponens, concurrentibus indiscriminatim indicis
 „ ad plene probandum aliquid sufficit.

2.º Si semiplena maior ex duabus speciebus, pu-
 „ ta ex semiplena, et semiplena minore conflata est,
 „ tunc non quodvis adminiculum minus vehemens il-
 „ lam perficit, sed illud tantum, quod semiplena mi-
 „ norem, scilicet præsumptionem elevat. Sic liber ju-
 „ rati Mercatoris debitum semiplene probans, cum
 „ teste uno de confessione hujus deponente, qui ali-
 „ qualem inducit præsumptionem, semiplenam maio-
 „ rem efficit probationem, quam non testis de fama
 „ debiti deponens supplet; quia cum teste de confes-
 „ sione testimonium dicente ad semiplenam probatio-
 „ nem conjungi nequit; nam quæ in esse suo sunt im-
 „ perfecta, ad probandum conjungi non possunt. Si-

verò alius testis vel conjectura pro confessione faci-
ciens superveniat, illa semiplena maior fidem con-
sequitur perfectam.

3.ª Semiplena maior in causis parvi præjudicii,
non vero in maximi momenti negotiis, adminiculo
minus vehementi suppletur. Ratio hæc est; quia
duæ semiplenæ probationes in negotiis non arduis
conjunguntur, in arduis autem minime. Nam in
causis magnis cautius est versandum, quia maius
periculum in illis versatur. Adde Cancr. 2. Var-
C. 8. n. 8., aonde diz, que ha prova mais que semi-
plena; ou quando com huma testemunha habil concorre
rem outras defectuosas, ou quando presumpções, etc.

No §. 5.º do mesmo Cap. 3.º diz Stryk. que
Semiplena minor probatio est, quæ ex levioribus
præsumptionibus oritur. Desta os exemplos se po-
dem ver em Berlich. P. I. Concl. 36. a. n. 115.º. Con-
corda em tudo o exposto desde o §. 9.º Mul. ad Struv.
Exerc. 28. thes. 5.º pag. 170. Col. 1.º, pag. 172. no
fim e 173.º. Outo differenças entre a prova plena e
semiplena expoz o mesmo Mulcr pag. 171.

ARTIGO I.

Primeira especie de prova semiplena.

§. II.

Dizemos que he feita meia prova por huma
testemunha sem suspeita, que deponha comprida-
damente do caso, sobre que he a contenda. Estas
são as palavras formaes da nossa Ord. L. 3.ª T. 52.
no principio; e esta he a regra geral, que huma tes-
temunha maior de toda a excepção, depondo inteira-

mente do facto constitue prova semiplena, Stryk, supra C. 4. §. 2., et de Jur. Sens. Diss. I. C. 4. Scop. ad Gratian. Dec. 36. n. 6. Se porém essa testemunha se retracta, ainda ex intervallo, só por isso abate o seu credito, e não pôde o dicto della supprir-se com esse juramento, Bagn. C. 31. n. 352: Para que porém huma testemunha, que se não retracte, possa constituir prova semiplena; o citado Stryk. C. 4. a n. 10. faz preciso o concu so destes requisitos.

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

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

„ 3.º Ut testis ille, citata parte adversa ferat tes-
 „ timonium; testis enim parte non citata examinatus
 „ nullum facit indicium. Quod adeo verum est, ut si
 „ Judex, parte non citata testes recipiat. . . . iterum
 „ testis parte citata examinari debet.

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

„ 5.º Ut de facto principali deponat: Nam testis
 „ omni exceptione maioris dictum non aliter valebit
 „ ad juramentum suppletorium injungendum, quam
 „ si exacte idem deponat, quod jurandum est; sed

„ illud jurandum est; ex quo decisio litis depen-
 „ det.

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

Confira-se o mesmo Stryk. de Jur. Sens. Diss.
 I. Cap. 4. n. 32., Mul. ad Struv Exercit. 28. thes,
 36. pag. 246. Col. 1., onde plagiou a transcripta
 doutrina de Strykio.

§. 12.

„ Hinc (diz Heinec. d. Exerc. 15. §. 22. 23.)
 „ Si ulla suspicio adversus testem militat, aut ejus
 „ testimonium elevat, merito huic probationi nihil
 „ omnino fidei habetur. Cavendum ergo testimonio
 „ hominum, vel ob necessitudinem, atque amicitiam,
 „ vel ob inimicitiam suspectorum, quorum quum
 „ alioquin ratio non facile haberi debet, tum multo
 „ difficilior habebitur à religioso judice, si ipsius Par-
 „ tis jurejurando confirmandum sit. Hinc recte ne-
 „ gant Auctores nostri mulierum jurejurando suo il-
 „ latae dotis, vel constituti dotalitii probationem pos-
 „ se perficere, si pro se fratrem produxit testem, vel
 „ parentes, vel mariti confessione munita sit adversus
 „ creditores, vel agnatos singulari titulo succedentes.
 „ Et quamvis vulgariter adjiciant, nec inhabilem tes-
 „ tem plane esse respuendum, si veritas aliter adpa-
 „ rere non possit; exaeque ratione testem subditum
 „ in causa domini, et civem, vel convicanum ex
 „ universitate in causa universitatis recte produci con-
 „ tendunt: Sed id periculosum esse arbitror, si vel
 „ maxime subdito gratia fiat jurisjurandi Domino
 „ praestiti. Ille enim saepe vindictae metus scrupulum
 „ injicit: huic vel ideo plane nulla fides est, quia
 „ et ipse testis in propria causa est, dum pro uni-

versitate sua testimonium præbet; et universita-
ti.

§. 13.

Por outra parte: Continúa Hein. no §. 23.
Sed fingamus testem, quam quis pro se produxit,
exploratae fidei virum esse; non tamen ob ejus tes-
timonium cuiquam jusjurandum deferendum credi-
derim, si in ipso testimonio, quod dixit, defectus
quidam observetur. Quis enim, le. gr. Suppletorium
decernat, si unus testis rem adseveravit quidem,
at interrogatus rationem scientiæ suæ reddere ne-
quiverit? Vel si idem non de factis in sensus incur-
rentibus, sed de jure ex gr. dominio deposuerit? Vel
si sibi ipsi in circumstantiis quibusdam manifesto
contradixerit? Et quis hoc jusjurandum deferat ob
testem unum, virum quidem honestum sed legiti-
mo modo non interrogatum examinatumque? Hinc
recte a Joan. Strauch. observatum est, jusjurandum
hoc deferendum non esse, si testis juraverit adver-
sario non citato, si non coram Judice competente,
sed vel ab extraneo, vel Notario examinatus. . . .
Quamvis enim horum pleraque parum conferre vi-
deantur ad veracitatem testium: fides tamen fieri de-
bet Judici, qui sæpe ex testium gemitu, sermone
prærupto, vacillante responsione acute colligit,
quantum illis fidei sit tribuendum.

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

Nota: Geralmente as testemunhas podem
ser suspeitas, ou em razão da pessoa, como os
Impuberes, os Escravos, os Cegos, os Surdos
e Mudos; ou relativamente ás pessoas, em fa-
vor de quem, e contra quem jurão; como os

conjunctos em intima amizade; ou parentesco; os inimigos capitaes, os que podem ter commo- do, ou interesse nos seus juramentos, como o Vendedor na causa do Comprador; sendo a de- manda sobre a cousa vendida; o Cedente na do Cessionario, o Tutor na do pupillo, o Procura- dor na do Cliente, ou em razão da reverencia, e obsequio; como os domesticos, os subditos, etc., ou quando, como em causa propria, ainda que com secundario interesse, como nas causas populares que respeitão a cada hum ut singuli (de quo specialiter V. Bagn. C. 42.); o conso- cio; quando se trata de cousa commum, etc. Veção-se Struv. e Mul. Exerc. 28. thes. 38. e seguintes; Barbos. ad Ord. L. 3. T. 55. Concl. 7. Primeir. Linh. do Proc. Crim. a §. 186., Cod. Civ. do Imperador José II: a §. 151.

§. 14.

Quanto ás testemunhas singulares: A singulari- dade ou he *obstativa*, em que se comprehende a *di- versificativa*, ou he *adminiculativa*. A *obstativa* he quando se trata da prova de hum acto em especie não reiteravel; e então as testemunhas singulares ainda provão menos do que huma, porque huma de- bilita o credito da outra, e em consequencia não tem lugar o suppletorio: A *adminiculativa* entra quando se trata de provar hum acto ou genericamente, ou em si reiteravel, como a posse, então jurando huma testemunha, que vio lavar; outra que vio semear; outra colher, ou quando se trata de provar confis- sões repetidas do Devedor em diversos tempos, e ac- tos: E então pôde com esta singularidade cummu- lativa e adminiculativa ter lugar o suppletorio; por- que as testemunhas que depõe com esta singularida- de, constituem semiplena prova, ou mais que semi-

plena, Stryk. d. Disp. I. C. 4. §. 3. Mul. ad Struv. Exerc. 28. pag. 172. Col. 1. et pag. 291.: Concor-
dão ao proposito Scop. ad Gratian. Decis. 36. a n.
44. ibi. =

„ Aut ista testium singularitas est obstativa, vel
„ diversificativa, ubi videlicet testes inter se contra-
„ ria, seu diversa attestantur, et hoc in casu locum
„ obtinent adnotata: aut est adminiculativa, vel cum-
„ mulativa, ut quando ex dictis testibus nulla resul-
„ tat contrarietas, neque factorum diversitas; immo
„ talibus testibus, licet singularibus, coadjuvaretur
„ Actoris intentio; ut si, cum Actor proponeret mu-
„ tuum de decem, testes deponerent de diversis con-
„ fessionibus à debitore diversis locis, aut tempori-
„ bus factis; quia ista singularitas nihil repugnans
„ continet; cum non repugnet, quod de eodem de-
„ bito debitor plures faciat confessiones, neque ex
„ ea factorum diversitas resultat; nam licet deponant
„ de diversis confessionibus, haud tamen ex hoc se-
„ quitur, quod diversa sint debita; cum de uno de-
„ bito diversæ fieri possint probationes, et hoc ca-
„ su; inquit, unus adminiculator alteri deferri potest
„ hujusmodi suppletorium juramentum; immo hoc
„ casu non solum dicti testes ad semiplenam proba-
„ tionem constituendam conjungi possunt, sed etiam
„ et certis casibus ad plenam probationem inducen-
„ dam, etc. O mesmo que Scop. provão admiravel-
„ mente Cancer. 25 Var. Cap. 8. n. 35: Angelis de
„ Confess. Limit. I. a n. 15., conduz Antonell. de Loc.
„ Legal. Liv. 2. Cap. 3. a n. 28.: Outros casos, em que
„ as testemunhas singulares fazem prová, se podem vêr
„ no citado Antonell., em Barbos. ad Ord. L. 3. T.
„ 55. Concl. 3. Fragos. P. I. L. 5. Disp. 13. §. 4.

ARTIGO II.

Segunda espécie de prova semiplena.

§. 15.

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

Nota: Estas Conclusões de Stryk., humas são certas, outras dependem de illustração, outras de censura. He certo que a confissão extrajudicial absente a Parte para constituir semiplena prova deve provar-se por duas testemunhas legaes, cõtestes re, verbis, loco, et tempore; Angel. de Confess. L. 1. Q. 7. Effect. 2. a n. 28., et Limit. 1. a n. 3., Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 7.: Bem que havendo duas tes-

temunhas a depor de confissão extrajudicial, ellas se presumem contestes, e não singulares, ainda que huma não faça menção da outra; e basta, que concordem no substancial da confissão, ainda que discordem no superficial das palavras, Urceol. de Transact. Q. 58. a n. 50. Isto quando se trata da prova de huma só confissão: Tratando-se porém de provar a confissão muitas vezes repetida, e assim allegada, já vimos (§. 14.) que essa repetida confissão se prova por testemunhas singulares, que deponhão de confissões em diversos tempos e lugares: Adde Guerreir. Tr. 4. L. 5. C. 3. n. 9. et 10.: E muito mais facilmente a confissão de hum Crédor, que se diz satisfeito da sua divida; porque em favor da liberação, o muito favoravel; ex L. Arrianus 47. ff. de Oblig. et act., essa confissão do Crédor se prova por testemunhas singulares; Urceol. supra a n. 59. et 62. Angelis de Confess. L. 1. Q. 8. Limit. 8. a n. 1. et 20. Luc. ad Gratian. Cap. 144. n. 7.

Não faz porém genero algum de prova huma unica testemunha; que deponha de confissão extrajudicial; imó nem ainda indicio, ou deponha de tal confissão absente a Parte, como além de Stryk. Conciol. All. 46. n. 21. Angel. de Confess. L. 1. Q. 8. Limit. 1. n. 12. Begnudell. Verb. Confessio n. 19., ou de confissão presente a Parte Luc. ad Gratian. Cap. 14. n. 13.

Toda a confissão para prejudicar deve ser clara, expressa, e insusceptivel de dúbida; e quando duvidoso se deve interpretar quanto possivel fôr em favor do Confitente; Angelis de Confess. L. 1. Q. 3. a n. 1. et 7. Begnudell. Verb.

Confessio a n. 1. Urceol. de Transact. Q. 86.
 a n. 30., Tondut. Civil. Cap. 68. n. 18.: Idem
 Urceol. Forens. Cap. 89. n. 16.

Sendo Verbal, deve conter causa de obriga-
 ção, porque d'outro modo fica indiscreta,
 Angel. supra Q. 7. Effect. 2. a n. 1., menos
 que seja 1.º, feita em instrumento Bagn. C. 3.
 n. 106.: ou 2.º, geminada, ou 3.º, liberatoria,
 ou 4.º, pró *residuo* (resto de contas) ou 5.º,
 em ultima vontade in articulo mortis: ou 6.º,
 por exonezação de consciencia: ou 7.º, em fa-
 vor de causa pia, ou de pessoas miseraveis, An-
 gelis supra a n. 13.: Isto da extrajudicial, por-
 que a judicial he obligatoria sem causa expressa,
 Angelis n. 22.

Se o Confitente he menor, ou outra pessoa
 prohibida de contrahir obrigação, não lhe pre-
 judica a confissão, ainda quando provada, Guer-
 reir. Tr. 4. L. 5. Cap. 3. n. 8., a do marido
 sobre bens de raiz não prejudica á mulher, Guer-
 reir: Tr. 2. L. 6. C. 2. a n. 16., etc. Bem co-
 mmo he imprejudicial qualquer confissão extraju-
 dicial, e confidencial feita a hum amigo, que
 trata a composição, Silv. ad Ord. L. 3. T. 52.
 in pr. n. 69. Guerreir. Tract. 4. Liv. 5. Cap.
 3. n. 11. Luc. ad Gratian. Cap. 144. n.º 9. Em
 fim: "Experientia rerum magistra sæpe docet,
 quod plerumque confessiones, præsertim ex-
 trajudiciales emittuntur sine aliqua animi deli-
 beratione, scilicet joci, aut jactantiæ causa,
 sive studio bene vel male dicendi, sive ipsius
 solæ loquacitatis calore: Ita ut in hujusmodi
 confessionibus sit cum multa circumspectiõne
 procedendum; Judicisque arbitrio valde sit
 deferendum in ponderando facti circumstantias,

etc. Angelis de Confess. Liv. I. Q. 4. n. 23.,
 Posth. Resolut. Civil. 52. n. 19. Fontanell. Decis. 258. n. 31.: O que talvez advertindo o Cod. Civ. do Imperador José II. determinou que “A
 ,, confissão feita extrajudicialmente por huma
 ,, Parte não poderá relevar a Parte adversa da
 ,, obrigação de fazer a prova do facto, a me-
 ,, nos que a confissão não tenha sido feita pela
 ,, Parte á interrogação, ou sobre a pergunta de
 ,, algum, que ella sabia ter interesse de conhecer
 ,, a verdade. ,,

ARTIGO III.

Terceira especie de prova semiplena.

§. 16.

„ He feita meia prova (diz a nossa Ord. L. 3.
 ,, T. 52.) por escriptura privada justificada por com-
 ,, paração de Letras. „ Esta com effeito he a regra,
 que com muitos DD. exorna o citado Stryk. Vol. 7.
 Disp. I. Cap. 4. §. 4. Nesta classe das escripturas
 particulares se comprehendem os escriptos de obriga-
 ções, pactos, ou liberações, feitos por pessoas, cu-
 jos escriptos não tem força de escriptura pública;
 como tem os das pessoas relatadas na Ord. L. 3. T.
 59. §. 15., as Cartas missivas, em que alguém se
 constitue devedor, confessa algum contracto, ou de-
 sobriga a seu devedor; Livros de razão de Nego-
 ciantes, Artifices, Obreiros, Tutores, e quaesquer
 pessoas particulares, e geralmente toda a escriptura,
 que não he escripta por pessoa, que tenha authorida-
 de pública, Moraes de Execut. Liv. 4. Cap. 6. a n.
 4., et Cap. 7. tot., aonde conforme o nosso Direito

faz a distincção das escripturas públicas, e particulares; Conf. Guerreir. Tr. 4. L. 5. C. 3. a n. 34. et 55.: E compendiando tudo o exposto Struv. Exerc. 28. thes. 23. ibi. =

„ Instrumentum seu scriptura privata triplex statuitur: 1.º, Chirographum, sive idiochirum, quod hic in genere vocamus literas de debitis et creditis securitatis causa conscriptas, estque vel obligatorium, ut chirographum in specie sic dictum, quo fatetur debitor sibi creditum. Syngrapha, quæ inter paciscentes in rei fidem conscribitur: huc etiam pertinet Antapocha, qua debitor fatetur se annuas præstationes solvisse, et ita prædium suum esse pensione obnoxium vel liberatorium, ut apocha, qua creditor fatetur debitorem solvisse: 2.º, Epistola: 3.º, Liber, seu codex rationum qui data, et accepta continet: Et quidem confectus, vel 1.º, ratione singularis conditionis, et de re singulari, et nobis propria, ut libri rationum societatis, libri Mercatorum, quo etiam pertinent libri censuales dominorum de præstandis rusticis: Vel 2.º, ratione administrationis rerum alienarum, ut libri Tutorum, Institorum, Præpositorum, etc Vel 3.º, de vulgaribus acceptis, et expensis a quocumque patre familias consignatis. „ Latissime ex professo Gen. de Scriptur. privat. Conf. Mell. L. 4. T. 18. §. 2. et 7.

§. 17.

Devemos considerar as escripturas particulares debaixo de dois pontos de vista: Ou em quanto ellas fazem prova em favor de quem as escreve, e possão fazella: ou em quanto a fazem e possão fazer contra quem as escreve. Quanto á primeira inspecção. He regra geral da L. 7. Cod. de Probat. ibi = Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua

unusquisque sibi ad notatione propria debitorum constituit: Unde neque Fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet, p. Concordia in L. 6. Cod. T. ibi = Rationes defuncti, quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sæpe rescriptum est: Eiusdem juris est, et si in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi significarit.

§. 18.

Esta he a regra: Porém temos huma especial limitação della na Ord. L. 4. T. 32. §. 2.ª onde diz que "Sendo os Amos já fallecidos bastará para prova da paga dos serviços, que os criados pedirem, a declaração que os ditos seus amos fizerem em seus testamentos, ou quaesquer ultimas vontades, ou a relação que nellas fizerem de seus Livros de razão, aonde está assentado; sendo os defunctos Arcebispos, Bispos, etc.: Veja-se Silv. no seu Commentario."

§. 19.

Temos outra limitação; quando qualquer escrevendo em seu favor huma carta, a remette a seu devedor; e este aceitando-a a não protesta: Sobre esta conclusão se veja Silv. á Ord. L. 4. T. 1. no Princ. n. 47. Stryk. Vol. 7. Disp. 1. C. 4. n. 51. et 52. Menoch. de Præsumpt. L. 3. Præs. 65. tot.

O costume universal introduzio outra limitação em favor dos Mercadores sobre o que escrevem nos seus Livros de razão: Com tanto que 1.º, os Mercadores sejam fidedignos, e publicamente acreditados, e bem conceituados: 2.º, os seus Livros sejam formados legalmente, e contenhão escripturação do que

dão, e do que recebem: 3.º, sejam escripturados por sua propria mão, ou por Caixeiros, Guarda Livros, e Institures, que tenham proposto ao negocio debaixo da sua inspecção: 4.º, que tambem sejam escriptos com huma justa ordem sem algum defeito, ou vicio; perdendo todo o credito os jornaes, ou horrões; os confusos e sem ordem, os suspeitos de falsidade em alguma parte delles, os lacerados, ou interlineados, as carregações em que se não expressa o dia, o anno, a causa da divida, Stryk. Us. mod. Lb. 22. T. 14. §. 9., et Vol. 7. Disp. 1. C. 4. §. 5., Ansal. de Commerc. Disc. general Mul. ad Struy. Exerc. 28. thes. 25. Accrescenta Mell. Freir. L. O. T. 8. §. 30. outros requisitos, que censurêi nas Notas a esse §. Outro mais racionavel accrescenta Heinec. Exerc. 15. de Lubricit. Jurisjur. Supplet. §. 24., que o Mercador seja homem de bem; que não tenha já fallido, ou que se não tenha manchado com algum genero de perfidia.

§. 21. O moderno Cod. Civil do Imperador José II. no §. 136. diz assim "Os Livros de contas, ou registros dos Mercadores, devidamente legitimados, como taes, debaixo dos quaes se comprehendem tambem os Fabricantes, farão huma meia prova, se elles são acompanhados das circumstancias seguintes: 1.º, que os artigos tirados do borrão do jornal sejam transcriptos nestas contas, ou registros da mão propria do Mercador, ou por hum Escrevente Guarda Livros de huma fidelidade experimentada, e a isto destinado, e que além disto a mesma parte não seja escripta de diferentes mãos em o mesmo tempo: 2.º, que este registro contenha toda a receita, e toda a despeza do Mercador: 3.º, que o anno, o dia, a pessoa a quem,

„ e porque o credito tem sido feito,ahi seião cla-
 „ ramente expressos: 4.º, que os artigos escriptos
 „ neste registro não respeitem mais que o negocio,
 „ e a conta, sem que ahi seião inseridos objectos
 „ extranhos: 5.º, que o Mercador goze de huma re-
 „ putação inteira, e que não tenha sido já fallido;
 „ e que conste claramente, que não houve já mais do-
 „ lo ou fraude da sua parte;

O tambem moderno Cod. de Sardinia Lib. 2.ª T. 16. C. 4. §. 1. quer que os Livros de Negociantes e Mercadores tanto de grosso, como de retalho seião sellados, rubricados, e com encerramento pelo Chefe, ou por hum dos Juizes do Consulado. No §. 5. descreve a fôrma das escripturações pêlos Negociantes de grosso. E quanto aos de retalho, requer no §. 6., que seião obrigados escrever com fidelidade não sómente a especie, e a quantidade que vendem, mas ainda as qualidades particulares, que podem servir a melhor indicar a bondade e o valor; que se anote o dia, mez e anno da venda, o nome da pessoa, a que as mercadorias tem sido vendidas, ou remetidas com o seu preço; exprimindo, se elle tem sido convencionado ou não, etc. Mas êsses Assentos só podem provar a tradição das mercadorias, a quem as recebe, e não a fiança, mandato, ou ordem d'outra pessoa, se aliunde se não prova o total mandato, ordem ou fiança, Constantin. ad Stat. Urb. Annot. 30. n. 126.; 127. Gait. de Credit. C. 3. T. 3. n. 97. 98.; Gratian. For. Cap. 727. §. 22.

„ Os Livros dos Obreiros, ou Artifices (prose-
 „ gue o mesmo Cod. Civ. da Alemanha §. 138.) fa-
 „ rão igualmente huma meia prova, se elles são
 „ acompanhados das circumstancias seguintes: 1.º,
 „ que o Obreiro goze de huma boa reputação, e

„ em consequencia, se elle tem sido fallido; que el-
 „ le seja provado queahi não tem havido, nem do-
 „ lo nem fraude da sua parte: 2.º, que seu jornal
 „ seja formado em regra: 3.º, que todos os seus cre-
 „ ditos, e as suas dividasahi sejam exactamente re-
 „ feridas: 4.º, que o anno, o dia, a pessoa, que
 „ tem ordenado a obra, aquella a quem, e por quem,
 „ para quem a obra tem sido entregue,ahi sejam
 „ distinctamente exprimidos: 5.º, que os artigos es-
 „ criptos em o jornal sejam relativos á profissão do
 „ Artifice, e derivem por consequencia de alguma
 „ obra feita por elle ou na sua Officina, Conf.
 Heinec. supra sub. §. 24.

„ Quanto aos Livros dos Tutores, e Administra-
 „ dores sobre o que escrevem em seu favor: O citado
 Hein. sub. §. 24. com Mascard. de Probat., e Escor-
 bar de Ratiocin, só os faz acreditar quanto ás
 sommas pequenas, e em si mesmas verosimeis, e despe-
 zas moderadas em alimentos dos Orfãos, etc. Sobre
 o que se veja ex professo o nosso Guerreir. Tr. 4.
 L. 5. C. 3. a n. 55. et Liv. 2. C. 8. Mul. ad Struv.
 Exerc. 17. sub. thes. 43. pag. 1096

„ §. 24. Em fim: Quanto aos Livros de razão dos mais
 „ particulares: os DD. commumente lhes tributão o
 „ favor de constituirem huma semiplena prova, concor-
 „ rendo: 1.º, ser a escripturação em hum Livro bem
 „ organizado; que contenha o que o defuncto dava e
 „ recebia: 2.º, que o defuncto escriptor fosse homem
 „ de boa fama e opinião em gráo preexcellente: 3.º,
 „ que morresse antes de principiada a demanda, Mul.
 „ ad Struv. supra, Stryk. Vol. 7. Disp. 1. C. 4. n.
 „ 37., Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 52. in princ. a n. 17.
 „ ad 21. et ad Ord. L. 4. T. 33. §. 2. n. 10. Reinos.

Obs. 47. n. 9. et seq. Vell. Dissert. 38. a n. 31. Maximé quando concorrem quaesquer presumpções, e adminiculos da verdade, Sabell. §. Liber. n. 12. Semelhantemente, concorrendo os referidos requisitos, constitue semiplena prova a annotação, que se acha no Livro do defuncto, em que declara ter satisfeito alguma divida que devia: Harprectr. Disp. 64. de Solutione conjecturata a n. 233. ad 246. Altim. de Nullit. Tom. 7. Q. 47. n. 316., Confira-se Escobar. de Ratiocin. Cap. 10. a n. 61.: Aqui deve preponderar muito o arbitrio do Julgador, attendendo em todos os referidos casos as circumstancias occorrentes, as presumpções, os adminiculos, etc., como bem e largamente drscorre o Card. de Luc. de Judic. Disc. 30. a n. 16.

§. 25. Considerados debaixo do segundo ponto de vista (§. 17.) os escriptos particulares: Elles para prejudicarem ao Escriptor ou a seus herdeiros, quando não são confessados e reconhecidos por elles, nem comprovados por testemunhas por algum dos modos, que expõe Moraes de Execut. L. 4. C. 7. a n. 3. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. a n. 76., e quando só se trata da comprovação da verdade da letra do Escriptor: Esta comprovação ordinariamenté se costuma fazer por hum de tres modos, ou por todos juntamente, modos, quaes são: 1.º, por simples reconhecimento d'algum Escrivão ou Escrivães: 2.º, por testemunhas que jurão reconhecer propria do Escriptor a letra, de que se trata: 3.º, por huma solemne e judicial comparação de letras. Tratarei pois em particular de cada huma destas diversas especies de provas.

§. 26. Quanto á primeira: Supposto que Mor. de Exec.

L. 4. C. 7. n. 7. no fim diz que “Hodie passim
 ,, videmus Senaturn pro justificatis habere scripturas
 ,, privatas, quibus Tabellionis seu Notarii alicujus
 ,, publici recognitio adjicitur, qua attestetur notam
 ,, sibi esse literam illam debitoris; quia vidit eum
 ,, multoties scribere, nec ultra alia comparatio littera-
 ,, rum desideratur, etc. Com tudo, e com razão de-
 clama contra tal estilo, e taes reconhecimentos Peg.
 Tom. 1. For. Cap. 1. n. 144., e Tom. 6. á Ord.
 L. 1. T. 78. §. 4. n. 8. E na verdade: Se huma so-
 lenne comparação judicial feita por muitos Escri-
 vães, especialmente juramentados, e na presença do
 Magistrado, e com os mais requisitos que logo ve-
 remos, só constitue prova semiplena ex Ord. L. 3.
 T. 52.; como a podem constituir, ainda só semi-
 plena huns taes arbitrarios reconhecimentos? Como
 podem os Escrivães sem temeridade attestar, o que
 não foi feito em sua presença; quando só tem fé no
 que judicialmente presençaão? Valasc. Cons. 89. n.
 1., Cyriac. contr. 634. n. 22., Mathæus de Re
 Crimin. Contr. 76. n. 63.: Esta talvez a razão por-
 que a L. de 20 de Junho de 1774 §. 33. no seu ca-
 so, só manda attender taes reconhecimentos de escri-
 ptos particulares no unico caso, em que os Tabel-
 liães, que os reconhecem, attestem que os virão es-
 crever. E por tanto, para o fim de que tratamos, eu
 não julgaria feita semiplena prova só por taes reco-
 nhecimentos arbitrarios, sem intervir solemne compro-
 vação. §. 27. Pelo que respeita á 2.ª: Attento o stricto rigor
 de Direito, o escripto particular negado não pôde
 dizer-se comprovado verdadeiro portestemunhas, que
 jurem ter perfeito conhecimento da letra do Escri-
 ptor, Constantin. ad Stat. Urb. Annot. 13. Art. 1.
 a n. 92., Peg. 3. For. C. 36. n. 95.

§. 28.

E isto porque, como com muitos DD. adverte o citado Constantin. n. 112. et 113. “ Quia testes
 ,, deponentes habere notam manum ex quo pluries vi-
 ,, derunt scribere illum; de cujus manus recognito-
 ,, ne agitur, possunt faciliter decipi in recognitione
 ,, ob similitudinem litterarum; et characterum, quæ
 ,, possunt facillime adulterari; et quia scribendi for-
 ,, ma in eadem persona indies mutatur, cum aliter in
 ,, adolescentia, aliter in juventute, aliterque in sene-
 ,, ctute scribatur; uno modo scribat sanus, alio infir-
 ,, mus, vel convalescens, vel convalescere incipiens,
 ,, diversimode si prius manus scribentis ab aliquo
 ,, laborioso opere defatigata fuisset, vel quia diver-
 ,, sis calamo, et atramento idem scribens utatur.
 ,, Hinc Judices debent esse cauti, ac valde circumspe-
 ,, cti in admittenda hujusmodi recognitione facta per
 ,, testes habentes notam manum, (et si ex eorum de-
 ,, positionibus non habeatur, quod sint valde infor-
 ,, mati de manu scribentis per eos recognita; et quod
 ,, pro veritate scripturæ non concurrant aliqua admi-
 ,, nicula; quin potius contra eam adsit aliquis odor
 ,, falsitatis, tunc non attenda tali recognitione, non
 ,, debent dare executionem hujusmodi scripturæ.

§. 29.

Por estilo d' alguns Tribunaes da Europa, e es-
 pecialmente da Curia Romana basta o reconhecimen-
 to de testemunhas para constituir huma semiplena, ou
 mais què semiplena prova; como com muitos DD.
 díz o citado Constantin. a n. 94., Gratian. For. C.
 710., Posth. Civil. Res. 14. Luc. de Judic. Disc. 29.
 n. 37.: Porém, e por huma parte justamente adver-
 te o mesmo Constant. n. 102. com outros DD. que
 ,, Conclusio, quod sufficiat recognitio scripturæ pri-
 ,, vatæ facta per testes dicentes habere notam ma-

num, licet non fuerint præsentibus confectioni scripturæ, procedit in literis missivis, literis Cambii, cædulis Mercatorum, et similibus scripturis, quæ solent fieri absente parte, et in quibus non consuevere adhiberi testes; secus in scripturis obligationum, quæ fieri solent præsentibus parte; nam in his sibi imputet ille, qui obtinuit obligationem per apocham, aut scripturam privatam, si non curavit illam habere solemnem cum testibus, Concordão Altim. ad Rovit. L. 2. Obs. 72. n. 63., et L. 3. Obs. 51. n. 2., Ansaldo de Commerc. Disc. geral n. 124., Stryk. Vol. 7. Disp. 1. Cap. 4. a. n. 54. Conf. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 80., et L. 4. T. 1. in pr. n. 49.

Por outra parte: Advertem o mesmo Constantin. n. 103., e o Card. de Luc. supra lá n. 38., que com esse estilo (§. 19.) he preciso que demais a mais concorram algumas extrinsecas presumpções da verdade dos escriptos, não roborados com testemunhas, e das obrigações contheúdas: Confira-se Posth. Civil. resol. 14. n. 15.; adminiculos, que o Card. de Luc. commette ao prudente arbitrio do Julgador, conjunctos com a tal prova do reconhecimento da Letra por testemunhas.

Nota: Se com as testemunhas que reconhecerem a Letra do Escriptor concorrer comparação judicial; neste caso attestão os nossos Valasc. Cons. 167. n. 14., Moraes de Exec. L. 4. C. 7. n. 75. Silv. a Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 75., Peg. Tom. 15. ad Ord. L. 3. T. 25. n. 90. que se faz e prefaz huma prova plena. Eu criticamente (quanto á plenitude da prova) fizera differença entre huma simples subscripção e hu-

ma inteira escripturação: De fórma que facilmente não admittiria comprovação de huma pequena subscripção negada, só pelo simples reconhecimento das testemunhas; e muito menos sendo ellas pessoas idiotas, menos práticas em caracteres de Letras; e só admittiria essa especie de comprovação, concorrendo adminiculos urgentes da verdade da subscripção: E isto por ser mais facil o imitar-se huma breve subscripção, que o todo de huma longa escripturação: E ainda assim com adminiculos só admittiria essa prova tratando-se da comprovação de huma Carta missiva, ou de qualquer escripto, em que *a communiter accidentibus* se não costumão convocar testemunhas; ou quando, tendo-se roborado com ellas algum escripto, ellas são mortas, ellas erão fidedignas, e ao mesmo tempo com o reconhecimento da Letra, ou subscripção do Devedor, se reconhecem tambem os signaes das testemunhas, e com tudo isto concorrem outros adminiculos da verdade. Quando porém se argue falsidade nesses escriptos, e della ha algumas presumpções, eu seria mais escrupuloso em admittir taes provas por via de reconhecimentos de Letras, e muito mais em Causas graves.

§. 31.

Pelo que respeita á 3.^a, isto he, a *comparação de Letras*: O commum dos DD. reputa muito fallivel esta prova, já pelas razões referidas (§. 28.); já porque abundão pessoas habeis, e faceis em imitar Letras, Novell. 73. no Proem. Stryk. Vol. 7. Disp. 1. C. 4. a n. 84. Mell. L. 4. T. 18. §. 12. Not. Coccey Jus Controv. L. 22. T. 3. Q. 9. no Principio: "Verum (continúa Coccey) observatis Legum, requisitis, nihil fallaciæ, nihilque periculi am-

„ plus subest: Unde et in foro frequenter, et cum
 „ summa utilitate, quin et necessitate, adhiberi so-
 „ let. „

Nota: Sendo poucas todas as cautellas, e poucos todos os requisitos, que logo veremos, introduzidos no Direito, não devemos attender Valasc. Cons. 67. n. 15; nem o Senador apud Peg. 3. For. Cap. 36. a n. 109., em quanto dizem que entre nós se não praticão *ad unguem* os requisitos, que por Direito commum são necessários para huma comparação de Letras, pois que pelo contrario todos esses requisitos são precisos: só verificados elles, *nihil periculi amplius subest*, e a nossa Ord. não os dispensa, antes presuppõe necessários, quando á comparação attribue o effeito de fazer prova semiplena.

§. 32.

Para que a judicial comparação produza prova semiplena he preciso que nella concorrão estes requisitos: 1.º, que o Juiz antes de a permittir, observe se a tal escriptura se pôde provar d'outro modo, que não seja pela comparação, que como remedio subsidiario, só he praticavel em total falta d'outro: 2.º, que quem requer a comparação jure, que nem por interesse, inimizade, ou favor, mas só por falta d'outras provas se vê obrigado requerella: 3.º, que demais a mais (sendo lle requerido) jure especialmente de calumnia; e que não ha de obrar que possa mudar a verdade: 4.º, que a comparação se faça por peritos juramentados, que promettão, ainda que só por credulidade, dizer a verdade sem causa de lucro, odio, ou affeição: 5.º, que a Parte seja citada para a comparação: 6.º, que ella se faça perante o Juiz ao mehos por dous peritos os mais versados em Letras: 7.º, que a comparação se faça com combinação

de alguma escriptura, ou escripturas indubitaveis da pessoa, a que se attribue aquella, cujo reconhecimeto se trata; ou que exista em Arquivo público, ou de que a mesma pessoa tenha usado em juizo, e reconhecido por sua propria, ou firmada por tres testemunhas, que no mesmo acto jurem vêr fazer essa outra escriptura, com que faz a comparação: 8.º, que a escriptura, a que se faz a comparação, seja coetanea, e do mesmo tempo da que se pertende comprovar: 9.º, que a escriptura não seja breve, como huma subscripção; mas algum tanto longa, em que se possa fazer maior observação. Todos estes requisitos fazem necessarios os DD., com os quaes Coccey Jus Controv. L. 22. T. 3. Q. 9., Stryk. Vol. 7. Disp. 1. de Semiplena probatione Cap. 4. a n. 89. et de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 1. a n. 69., et de Cautell. Jurament. P. 3. Sect. 3. Cap. 5. a n. 187. Altim. ad Rovit. Liv. 3. Obs. 51. a n. 8. ad 19. Cresp. obs. 17. Begnudell. Verb. Scriptura a n.

Nota: Adverte o citado Stryk. d. Disp. de Semiplen. probat. Cap. 4. a n. 93. que huma comparação assim feita em Carta missiva, ou Livro de Negociante faz por si só plena prova: E geralmente pelo uso das Nações constitue semiplena Stryk. de Caut. Juram. P. 3. Sect. 3. Cap. 5. a n. 189. Cod. do Imperador José II. §. 147., Cod. de Sardanh. L. 3. T. 12. §. 4.

ARTIGO IV.

Quarta especie de prova semiplena.

§. 33.

A nossa Ord. L. 3. T. 52. não só declara ser feita meia prova por qualquer das tres especies, que ficão dilucidadas; mas „*por qualquer outro modo, porque segundo Direito he feita meia prova*„, admitindo assim outras especies de prova semiplena. Ora: Stryk. do Disp. 1. Cap. 4. a n. 77. e depois d'elle Muler ad Strvv. Exerc. 28. thes. 5. pag. 172. Col. 1. dizem ao proposito, ut ibi = Fama consentiens sola nec in civilibus nec in criminalibus id operatur, ut Judice quid sibi sequendum liquere exinde possit; sed alias adjuvat probationes. Unde „*consentiens* dicitur, si scilicet fama cum aliis indiciis consentiat; tunc rei, de qua agitur fidem confirmat. Non tamen nisi semiplene. . . Tunc demum fama semiplene probat. (1.º) Si fama sit constans solida, inconcussa, excellens, non vaga, non levis, non contraria. (2.º) Si ortum habeat á probis honestis, non malevolis personis; nec ab iis, in quos exinde commodum redundaret; alias nihil probat. (3.º) Si fama duobus fidei integræ testibus sit probata. (4.º). Si fama fuerit orta ante litem motam, etc. Confira-se o mesmo Mul. Exerc. 28. thes. 14., aonde para se julgar provada a fama ainda estofa mais os requisitos: Sobre todos Escobar. de Purit. et Nobil. prob. P. 1. Q. 10. et §. 4. Conf. Peg. Tom. 1. ad Ord. pag. 360. n. 9.: O mais seguro, segundo a judiciousa opinião de Ridolfin. in Prax. P. 2. Cap. 4. sub. n. 161., he não deferir o

Suppletorio, quando não ha no Processo outra prova, mais que a simples fama sem outros adminiculos.

ARTIGO V.

Quinta especie de prova semiplena.

§. 34.

„Semiplenæ probationis speciem (diz Strik.
 „supra C. 4. a n. 95.) inducunt præsumptiones....
 „Præsumptio Legis facit plenam probationem; præ-
 „sumptio hominis semiplenam; quia ex varis homi-
 „num motibus nascitur; et fallax esse potest: sed
 „hæc cum grano salis intelligenda sunt: Nam hæc
 „vera sunt intelligendo præsumptionem Legis effi-
 „cacem, et præsumptionem hominis vehementem.
 „Extra hunc verò respectum hæc non procedunt. Le-
 „vior enim præsumptio juris vix probationem pa-
 „rit semiplenam, et multo minus præsumptio ho-
 „minis qualiscumque. Itaque, quæ præsumptiones,
 „et quomodo semiplene probent paucis declarabo.
 „Præsumptiones in *Juris et de Jure, Legis,*
 „et *hominis* dividuntur. Præsumptiones juris et de
 „jure hic excluduntur, ut pote quæ probationem pro-
 „batissimam inducunt. Præsumptiones *Juris* quod
 „attinet, considerandum, an illæ sint tales, ut eas
 „lex, si contrarium non probetur, pro veritate ha-
 „beat; an vero eas leves judicet, et tantum pro ad-
 „miniculo probationis reputet. Priori consideratione
 „præsumptiones Legis claram et evidentem proba-
 „tionem gignunt, quod vero interdum juramentum
 „Suppletorium habeant comitem, fit ob maiorem
 „cautellam, et firmitatem, alias ipsæ stant solidæ et
 „inconcussæ. Posteriori verò respectu præsumptiones

„ juris ob tenuitatem suam (semiplenam veritatis de-
 „ monstrationem operantur, ita ut Suppletorium re-
 „ cipiant juramentum.

„ Præsumptiones tandem hominis præcipue se-
 „ miplenam probationem constituunt. Illarum enim
 „ unicam, si sit vehemens, et alio munita adminicu-
 „ lo semiplene probare tradit. Si illæ vero non
 „ sint vehementes; quamvis singulæ non faciant se-
 „ miplenam probationem, plures tamen conjunctæ il-
 „ lam facere, et juramento suppleri possunt. Ex his
 „ verò præsumptionibus tum demum semiplena resul-
 „ tat probatio, quando plene sunt probatæ, hoc est
 „ per duos testes.

Concordão commumente os DD. que havendo
 presumpções e conjecturas urgentes, que unidas pos-
 são constituir huma semiplena prova, ou sejam pre-
 sumpções de Lei (o que se não dúvida), ou do ho-
 mem; póde deferir-se o Suppletorio: Assim Stryk.
 de Cautell. Jurament. P. 3. Sect. 3. C. 6. n. 105.,
 et 345. Cyriac. Contr. 516. n. 3. Silv. ad Ord. L.
 3. T. 52. in pr. n. 10. Barbos. no Tract. de Probat.
 per jurament. n. 71. et 72. Berlich. P. 1. Conclus.
 54. n. 91. Guerra á Ord. pag. 74. n. 6., Mul. ad
 Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1076. Col. 2. (aon-
 de commettè ao prudente arbitrio do Julgador a for-
 ça probativa das conjecturas) Ridolfin. in Prax. P. 2.
 C. 4. n. 153.: Leyser. ad Pand. Tom. 3: Specim.
 141. Medit. 1. ibi. =

„ Jusjurandum Suppletorium ei, qui probatio-
 „ nes nullas, sed præsumptiones tantum pro se ad-
 „ fert, imponi posse certum est et ab omnibus fere
 „ conceditur. Limitat tamen communem hanc doctri-
 „ nam Mevius P. 5. Dec. 281., putatque ob præ-
 „ sumptiones quidem juris, sed non hominis, jusju-

,, randum Suppletorium decerni posse. At quid opus
 ,, est novas limitationes, quas jura ignorant, et qui-
 ,, bus carere possumus excogitare! Gregorius IX.
 ,, Pontifex in Cap. 36. §. I. ✕ de Jurejurand. præ-
 ,, sumptione pro Actore faciente, Judici permittit,
 ,, inspectis personarum, et causæ circumstantiis Acto-
 ,, ri jusjurandum deferre. Nihil ibi de discrimine in-
 ,, ter præsumptiones juris, et hominis habetur. Res
 ,, libero Judicis arbitrio relinquitur. Cur igitur nos
 ,, illud constringemus? Sæpe præsumptiones hominis
 ,, fortiores sunt longè præsumptionibus juris, et Ju-
 ,, dicem efficacius persuadent, quod infinitis exemplis
 ,, ostendi poterit. Præstat itaque remota ista distin-
 ,, ctiuncula, potestatem Magistratibus in jure datam
 ,, intactam servari, et licentiam decernendi jusjuran-
 ,, dum Suppletorium ex quibuslibet præsumptioni-
 ,, bus illibatam manere. Nos certe ad illam Mevii
 ,, opinionem nos alligari non patimur; verum ubi-
 ,, cumque id æquum et justum videtur, jurejurando
 ,, Suppletorio locum facimus, tamesi præsumptio tan-
 ,, tum hominis adsit.

Nota: A Presumpção Legal he aquella,
 que he unida por huma Lei especial a certos
 actos, ou factos: Cod. Civ. dos Francez. Art.
 1350. D'outro modo Coccey Jus Controv. L.
 22. T. 3. Q. 10. define "*Præsumptio juris
 est quæ fundatur in aliqua regula juris = D'*
 outro modo Struv. Exerc. 28. ,, *Præsumptio ju-
 ris, qua a lege ex probabilibus rationibus ci-
 vilibus circa negotium aliquid inducitur: ac
 ita inductum iidem pro vero habetur usque
 dum probationibus vel præsumptionibus legiti-
 me elidatur* ,, D' outro modo o Repertor. de
 baixo da Conclusão = *Presumpção de serem*

verdadeiros, etc., ut sibi = Præsumptio juris est quando in re dubia jus aliquid præsumit, nihil tamen desuper constituit quod pro jure habeatur.,,

Das presumpções do Direito, ou do que o Direito presume em certos casos, fizeram largos Tractados Alciat. e Menoch. Algumas presumpções frequentes recopilou Mul. ad Struv. Exerc. 28. thes. 18.

A presumpção *Juris et de jure* he aquella em que a Lei, ou em pena, ou por utilidade pública presume, e ao mesmo tempo ha por verdadeiro o que assim presume, sem admittir prova em contrario, Coccey supra. Struv. Thes. 19., Repertor. sup. *Præsumptio juris*; como entre nós os casos da Ord. L. 1. T. 60. §. 3. T. 88. §. 30. L. 4. T. 12., e T. 14. §. 1. T. 66. T. 67. §. 8. Liv. 5. T. 52. §. 10. T. 48. §. 2. Liv. 4. T. 88. §. 14., e T. 81. §. 2., e Liv. 2. T. 27. §. 3., etc.

A presumpção do homem diz Coccey supra, que se dá “Quando Judex ex negotii circumstantiis aliquid præsumit,, Concorda Struv. thes. 17.: O mesmo Repertorio a define “Est,, quidam conceptus causatus in mente ex aliqua probabili conjectura, etc. Entre estas presumpções ha differença, em que a presumpção *juris et de jure* não admittre prova em contrario, a menos que não seja por huma confissão da Parte, ou evidencia notoria. Guerreir. Tr. 1. L. 1. C. 4. n. 18., et L. 2. C. 11. a n. 63., Struv. Exerc. 28. thes. 19., Silv. ad Ord. L. 3. T. 66. in pr. a n. 15. Só a presumpção, que he propriamente *juris*, apoiada em alguma Lei, he a que transfere no Adversario a obrigação de

var huma verdade contraria, e não a presumpção do Homem, Coccey supra: E as presumpções, que não são estabelecidas por Lei, são abandonadas ás luzes, e á prudencia do Magistrado, que não admite presumpções, que não sejam graves, precisas, e concordantes, Cod. Civ. dos Francez. Art. 1353: Só quando as presumpções do Homem são tão fortes que constituão plena prova, he que transferem no Contendor a obrigação de provar o contrario, Coccey supra, e então entrão as regras de quibus, Barbos. et Tabor. Thesaur. Locor. Commun. L. 14. Cap. 103. axiom. 10. e seguintes = *Præsumptio specialis potentior est generali* = *Præsumptio sumpta à facto potentior est illa, quæ summitur à non facto* = *Præsumptio negativa fortior est affirmativa* = *Præsumptio illa potentior, quæ juri communi inhaeret* = *Præsumptio naturalis potentior est accidental* = *Præsumptio illa judicatur potentior, quæ benignior* = *Præsumptio illa validior, quæ verisimilitudinem magis convenit* = *Præsumptio una cedit pluribus*, etc.

CAPITULO II.

II. REQUISITO.

*Ut ille cui defertur juramentum veritatem sciat
probabiliter per sensum corporeum.*

§. 36.

„E se o Auctor (diz a nossa Ord.) não he sabe-
dor da cousa, nem tem justa razão de a saber, não
lhe será dado juramento, mas será o Réo absoluto.
Esta he a regra, que exorna Silv. no seu Commenta-
rio n. 32., Conf. Scop. ad Gratian Dec. 36. n. 24.,
e com Mascardo, Costa, e Conciol avança Bagn.
Cap. 31. n. 390. a dizer que “Juramentum Supple-
torium non defertur, nisi ei, qui per corporis sen-
sum veram negotii scientiam habet.” Conf. Stryk.
Us. mod. L. 12. T. 2. sub. §. 37., et de Cautel. Ju-
ram. P. 3. Sect. 3. Cap. 6. a n. 162.

§. 37.

Daqui se infere 1.º, que como por via de regra
todo o herdeiro se presume ignorante dos factos, e
contractos do defuncto, não se lhe defere Suppleto-
rio, Silv. n. 31., Peg. Tom. 7. ad Ord. pag. 595.,
Col. 1. y. *Tertium* = Scop. supra n. 37. Se porém
o herdeiro ou he filho, ou mulher, ou outra pessoa
que tivesse familiar habitação com o defuncto, e se
mostrar verosimilmente informado dos negocios del-
le, nestes casos póde deferir-se-lhe o Suppletorio,
como á contrario sensu se deduz da citada Ord. e
Liv. 3. T. 59. §. 6. e 7.; e assim nestes casos o con-

cedem Conciol. ad Stat. Eug. L. 2. Rubr. 13. n. 18. Barbos. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 2. n. 2. Berlich. P. 1. Concl. 55. n. 11.; França ad Mend. Arest. 28. n. 5. Luc. de Credit. Disc. 148. n. 9. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1097. Col. 2.

§. 38.

Inferre-se 2.º, que se não defere este juramento áquelle, que, não tendo sciencia dos negocios pelos sentidos corporeos; só pôde jurar de credulidade, Stryk. Us. mod. L. 12. T. 2. §. 37. et Jur. Sens. in Proem. n. 33.; et Vol. 7. Disp. 1. C. 5. §. 4. a n. 23. Heinecc. Exerc. 15. de Lubricit. Jurisjur. Supplet. §. 25.: Limitando o mesmo Stryk. Us. mod. supra §. 37. só o caso, em que, tendo-se mandado deferir o Suppletorio ao defuncto, elle se offerecesse a jurar, e morresse antes de jurar, Conf. Berlich. P. 1. Concl. 55. n. 37.

§. 39.

Em contrario, que se possa admittir juramento Suppletorio de credulidade, contendem Samuel de Coccey Jus Controv. Liv. 12. T. 2. Q. 44. ibi =

(1.º) Quia communi praxi ita receptum est, ut super facto alieno etiam de credulitate jurari possit Carpzov..... Et ideo (2.º) Juramenta de credulitate in foro introducta sunt, ut si factum alienum semiplene probatum sit, reliquum suppletur per hoc juramentum: Idque (3.º) communiter testantur DD.... Atque hinc (4.º) hæres Mercatoris defuncti libros juramento credulitatis confirmare, et sic ejus fidem supplere posse, communis praxis docet, Brunem., etc. (E ainda que lembra alguns DD. da opinião contraria, não cede da sua, e com ella conclue ut ibi =) Verum his non obstantibus firma manet nostra Sententia: Postquam enim juramenta credulitatis in foro obtinere, nulla ratio

„ apparet, cur in *judiciali* tantum jurare de credu-
 „ litate liceat; et cur in *necessario* quoque ita jurans
 „ fidem facere sua credulitate, ac inditia pro eo mi-
 „ litantia supplere non possit, etc.

Leyser. ad Pand. Specim. 141. Medit. 6. ibi =

„ Quæstio frequens est in foro, an jusjurandum
 „ Suppletorium de credulitate decerni possit? Hic
 „ iterum Judici libertatem arbitrandi adimunt DD.:
 „ Aliique enim cum Brunnem. in Process. Civil. C.
 „ 23. n. 25., et Stryk. ad Brunnem. Jus Eccles. L.
 „ 3. Cap. 5. §. 5. nullum plane jusjurandum Sup-
 „ pletorium de credulitate agnoscunt; sed doctrinam
 „ eorum, qui id concedunt, periculosam, et verita-
 „ ti juris non consonam dicunt. Alii cum Lauterba-
 „ ch. de Juram. §. 6. n. 94., et Martin. in Process.
 „ Tit. 30. n. 103., admittunt quidem de credulitate
 „ suppletorie juraturum, sed tantum in paucissimis il-
 „ lis causis, in quibus testes super credulitate admit-
 „ tuntur, puta in probatione ætatis et similibus (de
 „ quibus vid. Barbos. ad Ord. L. 3. T. 55., Concl.
 „ 5.) non aliis.

„ At leges nostræ quum jusjurandum Suppleto-
 „ rium decernendum est, non varias interpretum opi-
 „ niones sed personarum, et causæ circumstantias ins-
 „ pici jubent, Cap. 36. §. 1. ✕ de Jurejur. Hæc ve-
 „ rô sæpe tales sunt, ut jusjurandum Suppletorium
 „ de credulitate justissime in quocumque negotio lo-
 „ cum inveniat, Carpzov. Et sic nos sæpe res-
 „ pondimus. Quin aliquando longius etiam progressi
 „ sumus, et jusjurandum Suppletorium de credulitate
 „ decrevimus, tametsi alter meliorem rei notitiam ha-
 „ beret, ac de veritate jurare paratus esset.,,

Nota: O mesmo Stryk. no Tract. de Cau-
 tell. Juram. P. 3. Sect. 3. Cap. 6. a n. 209.,

reassumio huma mais fundamental discussão desta Questão: Ahi referindo os DD. e fundamentos de ambas as opiniões, insiste na primeira (de qua supra §. 38.), assentando que “*potius abstrahendum a tali juramento praesertim in causis pecuniariis alicujus momenti: Siquidem egregie monuit Juris Consultus Besold. . . . quod hoc juramentum hodie non adeo frequens esse debeat, cum refrigescat charitas, et religio, è contrario avaritia, amorque numi crescat, ita ut non tanto anceps causa juramento litigatoris committi possit: (confira-se o §. 5.) quæ sententia etiam fuit Camill. Borrel. . . . adeoque conscientiae suæ Judex optime consullet in eo casu, ubi Actor intentionem suam semiplene probavit, et tamen certam scientiam negotii non habet, Reum absolvendo ab instituta actione.*” Sim refere aqui Stryk. Estatutos de algumas Nações, em que se admite o Suppletorio de credulidade: Porém o citado Hein. §. 25. declama, que esses costumes são exorbitantes, que não devem temerariamente imitar-se, e que são como fabulas contadas aos surdos. Sobre tudo isto João Sam. Stryk. (benemerito filho do Pai) no Vol. II. Disp. de causis juramentum Suppletorium respicientibus §. II., seguindo as opiniões de seu Pai, só admite juramento de credulidade, ou quando nem Auctor, nem Réo tem verdadeira noticia da cousa disputada por sentidos corporeos, ou quando de huma e outra parte são herdeiros, sem que hum tenha mais razão de sciencia, que o outro, porque só nestes casos subsidiariamente, e por ultimo remedio (diz elle) se póde deferir tal juramento Nesta variedade o mais seguro he se-

guir a Letra da nossa Ord. (§. 36.) sem admit-
tir tal juramento de credulidade.

C A P I T U L O III.

III. REQUISITO.

Ut idem sit vir integræ exploratæque fidei.

§. 40.

Nem será dado tal juramento (diz a nossa Ord.) em caso algum ao Actor, posto que faça meia prova, quando elle fôr pessoa torpe e vil, porque não he justo, que por juramento de tal pessoa haja algum de ser condemnado. E bem assim não será dado tal juramento ao Réo, sendo pessoa vil, ainda que houvesse feito meia prova sobre alguma excepção por elle allegada, que lhe fosse recebida: porém em cada hum destes casos para môr abastança será dado juramento á parte contraria, e segundo o seu juramento assim será julgado. Qual seja a pessoa torpe e vil, recebe illustração da Ord. L. 4. T. 90. §. 1. ibi = Infame de infamia de Direito, ou de feito, assim como se fosse reputado entre os bons por vil, e torpe, e de máos costumes por ser bebado taful, ou de outra semelhante torpeza.,

§. 41.

He bem evidente, que estas Ordenações não fallão da vileza das pessoas, como pela commum reputação neste Reino são vis os Porteiros, Quadrilheiros, Carniceiros, Moleiros e semelhantes, mas falla

da vileza da pessoa pela depravação de seus costumes, de fórma que se mesmo hum homem nobre fôr de costumes depravados, este mesmo comprehende a nossa Lei para se lhe não dever deferir o juramento: „ Quum enim vir iurijurando, non jusjurandum viro „ conciliat fidem: Quis quæso ausit ejus religione rem „ committere, cui nulla est religio, nullus pudor, „ nullum generoso incoctum pectus honesto? Hein. d. Exerc. §. 26.

§. 42.

Muitos DD., sem fazerem esta differença, repellirão de jurar Suppletoriamente, e atando, como em hum fasciculo, qualquer pessoa, que não seja Legal maior de toda a excepção, como o Judeo, o Bastardo, a Mulher, o rustico, o não fidedigno, o perjuro, o usurario, o homicida, o infame notado com infamia qualquer que seja de Direito, etc. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 27. Berlich. P. 1. Concl. 54. a n. 67., Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1079., et 1098. Barbos. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 2. n. 3.

§. 43.

Porém, conforme a referida distincção (§. 41.) melhor discorreo Hein. d. Exerc. §. 26., aonde habilita para este juramento mais a hum Judeo, que tem virtudes moraes, que a hum Christão destituido dellas: Mais habilita a hum espurio virtuoso, que a hum Legitimo com vida libertina, concluindo que „ In omnibus his, similibusque potius ad animi indo- „ lem vitamque anteactam, quam ad religionem for- „ tunamque respiciendum esse, vel Papirio Justo (in „ L. 3. §. 2. ff. de Decurion.) Magistro discere po- „ terant DD., si vel maxime experientiæ rationem „ nullam voluissent habere, etc. Conf. Stryk. Vol. II. Disp. 29. §. 8. 9. 10.

Nota: Essas infâmias do Direito Romano não estão hoje em uso, a menos que o infame não fosse incurso nessa pena por Sentença, nem hoje são infames os Porteiros, os Esbirros, Carniceiros, Capadores: Veja-se Mell. L. 2. T. 13. §. fin. o Cod. da Toscana §. 57.: Bem que a nossa Ord. L. 1. Tit. 48. §. 25. L. 4. T. 102. §. 1. L. 1. T. 24. L. 4. T. 90. §. 1. parece, que seguiu as infâmias do Direito Romano; não só se não deve confundir a infâmia *cum levis nota macula*, Boehmer ad Jus ff. Liv. 3. T. 2. §. 10. (aonde declara qual huma qual outra) mas hoje “Cum infâmia famæ, et existimationis nostræ imminutionem contineat, existimatio autem secundum callistratum sit dignitatis inlæsæ status legibus, ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur, L. 5. §. 1. ff. de Extraord. Cogn., apparet exinde, legibus, et moribus conditionem aliquam, aut certum vitæ genus pro turpi reputari posse, quod in se nihil turpitudinis continet; pariterque, quod olim turpe reputatum contraria lege, vel consuetudine ab infâmie macula liberari posse. Quapropter, in æstimanda negotii macula aut turpitudine ad mores Provinciarum præcipue recurrendum, et exinde infâmia dijudicanda,” Stryk. Us. mod. L. 3. T. 2. §. 1. Conf. Addit. ad Ferrar. Verbo Infâmia n. 1. V. Oter. de Offic. Reip. C. 3. a n. 38.

§. 44.

Em summa: O que se requer naquella, que ha de jurar Suppletoriamente, he que seja pessoa legal de inteira fé, e credito, e de que se possa fazer conceito, que só jurará a verdade, Stryk. de Caut. ju-

ram. C. 6. P. 3. Sect. 3. n. 156. ; Pereir. de Revis. C. 8. n. 15. Card. de Luc. de Cred. in Summ. sub. n. 37. aonde diz que “ Non omnis, qui illud juramentum offerat, admittendus est, sed solum qui alterius perjurii, vel infamiae, seu malae vitae suspicionem non patiendo, ita integer probabiliter reputetur, ut pejerandi suspitio absit, quod etiam ex controversae materiae, maiori, vel minori importantia, seu gravitate determinationem recipit, etc.

§. 45.

Não se deve olhar ser varão, ou femea o que ha de jurar Suppletoriamente: Porque supposto alguns DD. olharão as mulheres como hum sexo aváro, com facilidade de jurarem falso; inferindo, que na controversia entre varão e femea se deve deferir o juramento áquelle, e não a esta: Com tudo essa opinião he reprovada com bellas razões por Stryk. de Caut. Juram. P. 3. Sect. 3. a n. 42.: Nem tão pouco, só porque humas testemunhas jurão, que tal rendeiro, Negociante, etc.; tem exigido dellas, ou de outros o que lhe não devião, fica por isso maculado o seu credito, aliundé provado, para deixar de jurar Suppletoriamente, como se vê julgado em França ad Mend. Arest. 74. n. 1. digno de ser visto.

Nota: He hoje maxima recebida, que hum homem não deve ser julgado culpavel, antes que a sua Sentença seja pronunciada; e as Leis não podem priva-lo da sua protecção até que se tenha provado, que elle tem violado as Leis; Introduc. ao Cod. da Russ. §. 184., ainda mesmo que esteja prezo; Mell. L. 5. T. 17. §. 4. n. 7.: Por tanto, e para repellir a qualquer de jurar Suppletoriamente não basta huma infamia vaga v. g. de jurar falso, ou ser falsario em

quanto; como tal, não fôr condemnado por Sentença, assim como não basta para ser reprovado de testemunha, Ord. L. 3. T. 58. §. 5. V. Oter. de Official Cap. 3. sub. n. 38.: Nem pôde imputar-se a alguém o crime, de que já foi absoluto por Sentença, L. 1. Cod. de Sentent. pass; et restitut.

§. 46.

Que o inimigo Capital não pôde ser admittido a jurar Suppletoriamente na Causa que move contra o inimigo, o comprova com alguns DD. Cyriac. Contr. 37. n. 47. et 52.: Bem como o inimigo capital não jura in litem contra o inimigo: Guerreir. Tr. I. L. 4. C. 1. sub. n. 126.: Porque, sendo só habil para jurar Suppletoriamente aquelle, que não poderia ser repulsado de jurar na Causa como testemunha, Stryk. de Caut. Juram. P. 3. Sect. 3. C. 6. n. 129., Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1097. col. 2.: Segue-se que, assim como o inimigo capital he repellido de jurar contra o inimigo em qualidade de testemunha, Ord. L. 3. T. 56. §. 7., da mesma fórma não pôde como parte com seu juramento Suppletorar a prova, que lhe falta. E com razão, porque o inimigo sempre se presume, que maquina com injustiça todo o mal possivel a seu inimigo, Barbos. et Tabor. L. 9. Cap. 78. ax. 2. e 11.

Nota: Supposto que Silv. á Ord. L. 3. T. 52. no Princ. n. 27. admittê com alguns DD. as pessoas suspeitas de perjurio a jurarem Suppletoriamente, quando ha prova mais que tem plena (como nos casos acima referidos §. 9.) ; comtudo he hum erro; que não se deve seguir, porque a Ord. d. Tit. 52. não admittê taes pessoas a jurarem suppletoriamente, ainda que fação.

meia prova, porque (diz a Lei) não he justo que por juramento de tal pessoa haja algum de ser condemnado. Ora, se a tal pessoa tem prova mais que semiplena a seu favor, mas não perfeitamente plena, seria preciso suplementa-la com o juramento; e então por este contra a razão da Lei, em falta de prova plena, viria a ser condemnado o Adversario. Nem Heineccio, nem os dous Stryks nos lugares citados admitirão juramento a taes pessoas, ainda que provem a sua intenção mais que semiplenamente: Ou pois ha prova plena, e não he necessario tal juramento; ou a ha mais que semiplena, mas não plena, e he necessario algum Supplemento; e então o juramento de taes pessoas não póde vir supprir a falta; porque não he justo, como diz a Lei, que por juramento de tal pessoa haja algum de ser condemnado. A regra pois *Actore non probante, etc.*, aqui deve entrar. Confirão-se aqui as razões prenotadas nos §. 5. e 6.

CAPITULO IV.

REQUISITO IV.

Ut causa non sit ardua, vel criminalis, sed modica, et Civilis.

§. II.

E Isto ha lugar (diz a Ord. L. 3. T. 52. Princ. e §. 1.) assim nos feitos civis, como nos crimes civilmente intentados. . . . Porém declaramos que se a quantidade, sobre que he a contenda fosse grande, ou a cousa fosse de grande valia, não ha lugar esta Lei, nem o juramento, de que falla; porque então não provando o autor cumpridamente sua intenção, ou o réo sua excepção, não ha verá vencimento. E póde-se dizer quantidade, ou cousa grande, ou pequena por respeito das pessoas litigantes, que taes pessoas podem ser, que hum marco de prata será grande quantia, e taes, que cem cruzados seria pequena. . . . Como porém ha causas em que se não admíte este juramento, por mais modica que seja, a respeito dos litigantes, a somma ou cousa disputada: Outras graves em si mesmas relativamente ás pessoas litigantes: Outras criminaes civilmente intentadas, tratarei de cada huma dellas em separados Artigos.

ARTIGO I.

Causas, em que ainda que modicas se não admitte este juramento.

§. 48.

Não se defere 1.º, nas Causas, em que ha Provisão com dispensa da Ord. L. 3. T. 59., para se provar o contracto pela prova do Direito cominum, França ad Mend. Ar. 34. n. 7. Peg. Tom. 7. ad Ord. pag. 595. Col. 1. v. Primum = E isto, ou porque toda a dispensa he por natureza; estricta, e inampliavel; Peg. Tom. 2. ad Ord. pag. 39. n. 93., Barboz. Vol. 58.; ou porque a Lei requer escriptura para prova; (ainda que dispensada): E aonde a Lei exige escriptura ou prova equivalente a ella, não tem lugar o tal juramento, Stryk. Vol. 11. Disp. 29. §. 37. Veja-se mais fundamentalmente a minha Analyse da Ord. L. 3. T. 59. na Dissert. V. deste Suplemento.

§. 49.

Não se defere 2.º, no caso da Ord. L. 3. T. 25.; quando o Réo não prova seus embargos perfeitamente nos dez dias, Moraes de Execut. L. 6. Cap. 2. n. 29.: Pois regra geral he = Non admittitur Suppletorium, quando leges exigunt plenam, et apertissimam probationem = Stryk. supra §. 38. Berlich. P. 1. Conclus. 54. n. 31.: E vista a dita Ordenação, ella requer nos dez dias huma prova perfeita, ut ibi = E não provando perfeitamente nos dez dias os Embargos, etc.: Adde Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1099. Col. 2. in med.

§. 50.

Não se defere 3.^o para prova de compensação ; porque como só se pôde oppôr compensação de quantia liquida ; a divida que depende de Suppletorio não he liquida, Stryk. supra §. 40., Berlich. n. 33. Hein. d. Exerc 15. §. 27. (sed declara, ut infra §.)

§. 51.

Não se defere 4.^o sobre a quantidade da divida, senão quando ella está plenamente provada quanto á substancia. Pois ainda que "Juramento creditoris statur quoad quantitatem, quando debiti substantia probatur,, Peg. Tom. I. ad Ord. pag. 52. n. 27., Cyriac. Controv. 347. n. 18. Gratian. For. Cap. 144. n. 45. ; E ainda que se defira sobre a quantidade do emprestimo, quando as testemunhas o jurão, mas não certificão a quantidade, Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 39. Cancer. 2. Var. Cap. 8. ex n. 19., Card. de Luc. nos lugares citados no §. seguinte. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1098. Col. 2. Bem como para prova do salario ex Zacch. de Salar. Q. 100. a n. 57.

§. 52.

Comtudo, para se deferir sobre a quantidade he necessario que a substancia da divida se provê perfeitamente, Plot. de Jurament. §. 361 n. 9., Cost. de Remed. Subsidiar. Remed. 97. n. 8. Scop. ad Gratian. Observ. 36. a n. 30. ubi = Rursus ad effectum ,, hujusmodi requiri erudimur, quod disceptatio, sive ,, controversia super debiti substantia non versatur, ,, sed super quantitate, alioquin secus, cum quantitatatis probatio inanis sit, substantia legitime, et sufficienter non probata : Solum enim datur hujusmodi juramentum circa quantitatis probationem. quando prius de debiti substantia constaret, non autem ,, secus,, Neste sentido falla o Cod. Civ. do Impe-

rador José II. no §. 2230. quando diz = Aquelle que
 ,, tiver (provado) válidamente a sua pertença, mas
 ,, não tiver produzido provas suficientes para fazer
 ,, constar da importância, será no caso de não poder
 ,, fazer estas provas, atendida a natureza, e circum-
 ,, stancias do negocio, será (admitido) a provar por
 ,, hum juramento a quantidade do que lhe compete,
 Concorda o Cod. Civ. dos Francez. Art. 1366.

Nota: Assim o supõe claramente o Card.
 de Luc. de Credit. Disc. 80. n. 14. quando diz
 = Admittitur circa summam, o vel quantitatem
 probata substantia, etc. Et Disc. 128. n. 8.
 ibi = Probata substantia, etc. Et Disc. 148.
 n. 9. ibi = Circa hujusmodi accidentalem proba-
 tionem quantitatis, ubi certa probatio generis
 vel substantiæ accedat, etc. Et de Judic. Disc.
 25. n. 10. ibi = quoties substantia perfecte pro-
 bata sit, etc. Conf. Gratian. For. C. 144. n. 45.
 Barbosa in Castig. ad Ord. L. 4. T. 1. n. 1.
 = quia quantitas, sicut qualitas facilius proba-
 tur, quam substantia = ut apposite Ridolfi in
 Prax. P. 2. C. 4. n. 155. et 156.: Conf. Leyser.
 ad Pand. Specim. 141. Medit. 8. Corol. 4. ibi
 = Cum de debito ipso certo constat, atque sal-
 tem de quantitate debiti dubitatur, ad hanc in-
 vestigandam creditori jusjurandum Suppletorium
 semper fere deferimus, etc.

§. 153.
 Não se defere 5.º no caso, que figura Cance-
 2. Var. C. 8. a. n. 19.; isto he, quando v. g. o A.
 pede huma divida, o R. lhe confessa parte, o A. não
 prova especificamente que a divida pedida seja maior
 que a confessada pelo R.: Porque neste caso, ainda

que o A. prove huma divida na substancia; como esta prova póde verificar-se na parte confessada pelo R., não provando o A. claramente que a divida exceda a parte confessada, não se lhe defere Suppletorio sobre a pretendida maioria: Conf. Plot. de Juram. in Lit. pag. (mihi) 189. et 190., Luc. ad Gratian. C. 143. n. 3., e assim se vê julgado em Franç. ad Mend. Ar. 74. He semelhante o caso, que decide Berlich. P. 1. Concl. 37. n. 10. e 11., aonde *vice versa*: se hum Credor pede huma divida, o R. diz que lhe pagára inteiramente, o Credor confessa que sim pagára o devedor, mas não o todo da divida; neste caso demonstra Berlich. com varios fundamentos, e refere julgado, que confessando o Credor receber a divida mas não toda, fica onerado de provar que só recebeu parte e não toda, aliás deve o R. ser absoluto.

§. 54.
 Não se defere 6.º ao Fiador, que repetindo do Devedor a divida, que diz pagou por elle ao Credor, só prova semiplenamente essa solução; Cap. 2. de Fidejuss., Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1100. Col. 1. Hering. de Fidejussor. C. 20. §. 1. a n. 63., Berlich. P. 1. Concl. 54. n. 39. Ridolfin. in Prax. P. 2. C. 4. sub. n. 161.: Se bem que o mesmo Hering. a n. 65. deixa ao arbitrio prudente do Julgador deferir este juramento ao Fiador, conforme as occorrentes circumstancias.

§. 55.

Não se defere 7.º, quando se trata da prova da ingratição, ou seja pelo Doador contra o Donatario, ou seja pelo herdeiro instituido, quando trata de justificar contra o filho desherdado a causa da desherdação, Mul. ad Struv. supra pag. 1099. Col. 2. in fin. Berlich. supr. n. 35. Barbos. ad Ord. L. 3. T. 52.

in pr. n. 16. Stryk. Vol. II. Disp. 29. §. 21. Rindolfin. supra.

§. 56.

Não se defere 8.^o quando se trata da prova da lesão; Mul. supra, Berlich. n. 92. Stryk. §. 25. Hein. Exerc. 15. §. 27. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 36. Romaguer. ad Stat. Eugub. L. 2. Rubr. 13. n. 30. Porém quando se trata da prova da lesão para o fim de se conceder ao menor a restituição *in integrum*, diz Peg. Tom. II. á Ord. Cap. 255. n. 6. que se póde deferir este juramento.

§. 57.

Não se defere 9.^o quando se trata da prova de interesses, Manoel Barbos. á Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 17. Pedro Barbosa no Tract. á L. 2. P. 1. n. 52. ff. Solut. matr., Valasc. Cons. 107. n. 8. Gam. Dec. 110. n. 16. Moraes de Exec. L. 2. C. 12. sub n. 70. Gall. de Fruct. Disp. 25. art. 2. n. 51. Em contrario estão com outros DD. Guerra á Ord. pag. 73. n. 2. e 4. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1098. Col. 2. Por huma e outra opinião refere muitos DD., Berlich. P. 1. Concl. 54. a n. 60. et 61., aonde segue a segunda.

Nota: Nesta variedade advérte o mesmo Guerra, que antes que o Juiz defira o Suppletorio sobre a quantidade do interesse (cuja substancia sempre se deve suppor provada perfeitamente, ut §. 52.) deve taxar a mesma quantidade por hum prudente, e racional arbitrio; que o jurante não possa exceder: Isto he o que geralmente decidio o Cod. Civ. do Imperador José II. no §. 231., tratando do juramento sobre a quantidade, ut ibi = Mas o juiz deverá sempre na Sentença moderar o montante da per-

tenção em razão de equidade, depois de ter maduramente pezado todas as circumstancias, e tomando sempre neste caso hum mais grande respeito em favor da Parte adversa = Concorda o Cod. Civ. dos Francez. Art. 1396. ibi = O juramento sobre o valor da cousa demandada não póde ser deferido pelo Juiz ao A., senão quando he de outra parte impossivel de provar por outro modo este valor. O Juiz deve mesmo neste caso determinar a somma até a concorrencia da qual o A. será crido sobre seu juramento = E assim, havendo de seguir-se a segunda das ditas opiniões, deve necessariamente intervir primeiro esta taxa de interesses regulada por hum prudente arbitrio do Julgador, e dentro da qual se deva o A. limitar a jurar o seu interesse.

§. 58.

Não se defere 10.º quando se trata da prova da prescripção, Stryk. supra §. 22. Berlich. n. 42. Barbos. n. 18. Muler supra pag. 1100. Col. 2., Heinec. Exerc. 15. §. 27. Bagn. Cap. 31. n. 389. Barbos. in Cap. 2. n. 26. de Probat.

§. 59.

Não se defere 11.º quando se trata de prova de Doação, Mul. ad Struv. supra pag. 1100. Col. 2.

§. 60.

Não se defere 12.º para supprir a prova do dolo, quando este se allega; Barb. ad Ord. L. 3. T. 52. n. 30. Mul. ad Struv. supra pag. 1100. Col. 2. ¶. Neque defertur ubi dolus = Berlich. n. 51.

§. 61.

Não se defere 13.º quando se trata da prova de algum erro de Escrivão, que commettesse no instrumento, Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. no fim; Stryk. supra n. 30. Berlich. n. 52. Cyriac. Con-

tr. 37. n. 51., Hein. §. 28. Ridolfin. in Prax. P. 2. Cap. 4. sub. n. 161.

§. 62.

Não se defere 14.º aquelle que por ira, ou paixão rasga ou queima o escripto de divida, e depois a pede em juizo, porque supposto não perde o direito de a exigir, sempre com tudo fica gravado provar a divida com provas manifestissimas, Stryk. supra §. 31. Barbos. n. 35. Stryk. de Caut. juram. P. 3. Sect. 3. C. 6. n. 160. Berlich. P. 1. Concl. 54. n. 36. Ridolfin. sub d. n. 161.

§. 63.

Não se defere 15.º quando se trata de impugnar e rescindir a Sentença, porque em contrario do julgado se requerem provas plenas, Berlich. P. 1. Concl. 54. n. 38. Barbos. supra n. 25. Mul. ad Struv. Exerc. 17. th. 43. pag. 1100. Col. 1. Heinec. supra §. 28. Ridolfin. sub n. 161. Pereir. de Revision. Cap. 83. n. 32.

§. 64.

Não se defere 16.º quando se trata da prova do impedimento, pelo qual a Appellação se não proseguio no termo Legal, Mul. supra pag. 1100., Barbos. n. 24. Berlich. a n. 32.: O mesmo quando se trata da prova do impedimento em comparecer em juizo ao tempo aprazado, Berlich. n. 65. Stryk. Vol. 11. Disp. 29. §. 39.

§. 65.

Não se defere 17.º sobre a prova do dominio, Berlich. P. 1. Concl. 54. n. 63. Barbos. supra n. 22. et 63. Bagn. Cap. 14. n. 585. Cyriac. Contr. 571. n. 21. Mascard. de Probat. Concl. 537. n. 3. Ridolfin. in Prax. P. 2. Cap. 4. sub n. 161.

§. 66.

Não se defere 18.º (türmatim) quando se tra-

ta de materia usuraria, causa fiscal, excepção de ex-comunhão, prova do costume, prova *ad perpetuam rei memoriam*, recusação de Juiz, prova de ultimas vontades, prova de ameaças contra o Juiz em Syndicancia, Barbos. supra n. 12. 13. 15. 19. 21. 23. 27. 29. 31. 33., Berlich. n. 25. 54. 56. 64. (quanto á prova da recusação dos Juizes, adde Guerreir. de Recusat. L. 6. C. 17. n. 23. Cabed. P. 1. Dec. 45. Pereir. de Revis. Cap. 8. n. 17.) Stryk. d. Disp. 29. §. 17. et 29. Ridolfin. sub n. 161.

§. 67.

Não se defere 19.º quando qualquer propõe em juizo aecção como cessionario de divida, e trata de provar por testemunhas a cessão (na quantia, e casos que permite a Ord. L. 3. T. 59.) porque deve provalla plenamente, e não he admittido a Suppletorio. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1100. Col. 1. Fabr. in Cod. L. 4. T. 29. Def. 13. Berlich. supra a n. 44. Olea de Cess. jur. T. 1. Q. 5. n. 11. Hein. d. Exerc. 15. §. 27. Stryk. d. Disp. 29. §. 35.

§. 68.

Não se defere 20.º aquelle que, podendo provar a sua intenção por muitas testemunhas, a provou por poucas, e apenas semiplenamente, Berlich. n. 66. Stryk. §. 12. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 47. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 37. Barbos in Tract. de Probation. per juram. n. 66., aonde dá em razão "nam tunc insurgit suspicio contra eum, qui uno tantum teste probavit, etc. Stryk. de Cautell. Juram. P. 3. Sect. 3. Cap. 6. n. 159. Scop. ad Gratian. Observ. 36. n. 8. Ridolfin. in Prax. P. 2. C. 4. sub n. 161. ¶. Sexto.

§. 69.

Não se defere 21.º, nos casos em que por Lei

se requer número certo de testemunhas, como na doação causa mortis, no Testamento, na nomeação de Prazo, etc. Berlich. n. 54. Fabr. in Cod. Liv. 4. T. I. Def. 44. Not. 16., Stryk. Vol. II. Disp. 29. §. 36. Ridolfin. supra sub n. 161.

Outros mais casos cummularão Serafin. de Privil. Jurament. Privil. 33. Thusc. Concl. 140. Berlich. d. Concl. 54. Barbos. á Ord. L. 3. T. 52. Constit. do Bisp. do Port. no Regiment. do Auditorio Ecclesiastico. §. 7. n. 3. aonde podem vêr-se: Basta-me referir os expostos, que são os mais frequentes.

ARTIGO II.

Causas graves e arduas, em que se não defere este juramento.

§. 70.

Regra geral “Istud juramentum tantummodo
 „ locum habet in causis civilibus modicis: Cyriac.
 „ Contr. 37. n. 49. et Contr. 562. n. 20. et Contr.
 „ 617. n. 22. Cancer. var. P. 2. C. 8. n. 4. Cresp.
 „ de Valdaur. Obs. 23. n. 217. Conciol. ad Stat.
 „ Eug. L. 2. Rubr. 13. n. 17.; Cardos. Verb. Jura-
 „ mentum n. 14. Non vero locum habet juramentum
 „ Suppletorium in causis magni valoris; in istis nan-
 „ que, si actor plene intentionem suam non proba-
 „ verit, obtinere non potest, Ord. Lib. 3. T. 52. in
 „ fin. princ., Barbos. in Cap. 2. n. 44. de Probat.
 „ Menoch. de Arbitr. L. 2. Cas. 464. n. 4. Cardos.
 „ d. n. 14., Mend. in Prax. P. 2. L. 3. C. 12. n.
 „ 35. Neque etiam juramentum Suppletorium habet

„ locum in causis civilibus arduis, gravibus, et ma-
 „ gni momenti, Pinel. in L. 1. P. 3. n. 50. ¶ Ego
 „ veriore[m] Cod. de Bon. mat., Menoch. de Arbitr.
 „ L. 2. Cas. 190. n. 17., Conciol. supr. n. 13., Ro-
 „ maguer ibidem n. 27., Cardos. d. n. 14. Mantic.
 „ Decis. 6. n. 11., etc. Ita Bagn. Cap. 67. n. 135.
 „ Conf. Ridolfin. in Prax. P. 2. Cap. 4. n. 150.

§. 71.

Deixado o muito que a este respeito discorrerão os DD. sobre quaes são as causas graves em si mesmas, como se pôde vêr em Boehmer. ad Pand. Tom. 2. Exerc. 36. = De causis arduis, et maioribus, Cap. 1. a §. 12.: Elle desde o §. 14., vem a especialisar, que as causas graves se devem estimar *ex conditione personæ, ejusque statu, ex facultatibus, et bonorum copia, vel defectu, ex loco, ex affectione particulari, ex damno irreparabili, ex ratione conscientie*: E accrescenta desde o §. 15., que circumstancias occorrentes, as quaes não podem dinumerar-se, e por isso devem ficar ao arbitrio do Juiz, constituem ardua, e grave a causa, mas especialissimamente o são as circumstancias, as matrimoniaes, as famosas, em que se trata da fama, e da honra, as Ecclesiasticas, as feudaes, as fiscaes, as em que se trata de *universa substantia*, as difficeis, e intrincadas. Ao nosso proposito, Stryk. Vol. 7. Disp. 1. Cap. 5. a n. 32. discorre, ut ibi =

„ Quædam enim causæ privilegiatam hanc pro-
 „ bationem respuunt, et ordinariam probationem de-
 „ siderant. Sic in criminalibus semiplena probatio hoc
 „ effectum, ut accedente juramento, pro plena reputetur, rejicitur, nullaque esse censetur. . . . Sic quoque in matrimonialibus semiplena probatio exulat. . . . Præterea in causis famosis, ubi condemnatus evadit infamis semiplena probatio rejicitur. Hinc in tali-

„ bus causis nunquam ad juramentum necessarium,
 „ existente licet semiplena probatione devenitur, Imo
 „ in omnibus actionibus civilibus, quæ sunt arduæ,
 „ licet semiplene probetur, juramentum suppletorium
 „ cessat. Sunt vero causæ arduæ civiles, pecuniariæ
 „ graves, beneficiales, feudales, causa status, nimi-
 „ rum, an quis sit filius, causæ exhæredationis, alix-
 „ que plures á Judice tales æstimatæ.

§. 72.

O mesmo Boehmer. no Cap. 2. §. 13., Stryk:
 (filho) d. Disp. 29. a §. 13. connumerão entre as cau-
 sas graves e arduas: 1.º, todas as criminaes, em que
 se trata da vida, honra, ou fama: 2.º, as famosas,
 em que sendo condemnado o Réo, fica notado de in-
 famia: 3.º, as matrimoniaes: 4.º, as feudaes: 5.º, as
 em que se trata do estado das pessoas: 6.º, as em
 que se disputa a maior parte dos bens de algum liti-
 gante: 7.º, as de grande momento. Em todos estes
 casos não admittem juramento Suppletorio: Concor-
 dão Heinec. d. Exerc. 15. §. 27. Mul. ad Struv.
 Exerc. 17. thes. 43. pag. 1098. et 199.; aonde em
 compendio prova e illustra o exposto para melhor in-
 telligencia da nossa Ordenação.

Nota: Exceptuadas assim as causas em si
 mesmas arduas, e graves que especialisãm os ci-
 tados DD., resta quanto ás mais em que se tra-
 ta de bens ou dividas indagar quaes sejam as
 grandes, ou de grande valia, em que a nossa
 Ordenação não admittê o Suppletorio. A mes-
 ma Ord. no §. 1. diz, que se pode dizer quan-
 tidade, ou cousa grande, ou pequena por respei-
 to das pessoas litigantes, que taes pessoas po-
 dem ser, que hum marco de prata seria grande
 quantia, e taes, que cem cruzados seria pequena.

Esta Ordenação, que deixou ao arbitrio do Julgador regular a grandeza, ou pequenez da quantidade, ainda nos deixou na incerteza, se a grandeza, ou pequenez se ha de respeitar e regular com relação ao A. ou ao R., ou vice versa, e como não sendo hum e outro iguaes nas fortunas se ha de olhar a quantidade com respeito á opulencia de hum Auctor que pede a divida a hum pobre, ou se com respeito tambem á pobreza do Réo para se dizer a respeito delle grande huma divida, ou somma, que a respeito de outro opulento seria modica. Tal exposição não encontro nos nossos Reinicolas.

Sim vejo Scop. ad Gratian. Decis. 36. n. 28. dizendo = Quæ parva vel magna dicatur causa remittendum est Judicis arbitrio. . . Contingere potest causam inter magnos viros et divites agitari, et tunc causa ducatorum centum modica diceretur, sicuti é converso inter pauperes causa unius bovis, vel suis magna arbitretur, etc. E assim suppõe os termos de ser a causa ou entre ricos ou entre pobres. O grande Boehler. na d. Exerc. 36. De causis arduis Cap. 1. §. 15., tratando ex professo a materia, tambem nos não tira a dúvida, porque deixa a decisão ao arbitrio do Juiz: "Qui in primis ad præjudicium imminens, quod pro circumstantiarum varietate suos habet gradus, respicere debet", Berlich. P. I. Concl. 54. passa com a regra = Quæ sint causæ magnæ; et quæ parvæ, seu modicæ, hoc communiter DD. secundum qualitatem personarum Judicis arbitrio relinquunt = Esta mesma regra firmão os nossos Barbos. de Probat. per juramentum n. 63., Silv. á Ord. L. 3. T. 52. §. I. n. 2. Em Peg.

Tom. 7. ad Ord. pag. 595. vemos, que nesse tempo se arbitrou ser grande a quantidade de 75000000 rs. entre pessoas opulentas. Nada tira a dúvida, que fica occulta na Lei. *Quid ergo dicendum?* Eu olhando correlativos o A. e o R., e que em juizo não deve haver accepção de pessoas, diria com o citado Scopa, que a Ord. suppoz o caso de ser a demanda, ou entre dous ricos, ainda que algum tanto desiguaes em riquezas, ou entre dous pobres, mais ou menos desiguaes em bens: De fórma que se ha de dizer a quantidade, ou cousa grande ou pequena por respeito das pessoas litigantes (isto he de ambos e não de hum delles) que taes podem ser que hum marco de prata seria grande quantia, e taes (no plural) que cem cruzados seria pequena. Mas ainda vejo Leyser. ad Pand. Spec. 141. Med. 3. propondo "*Quid sit causa ardua?*" e dizendo = *Communiter eam definiunt* „ DD. in qua de magna pecuniæ summa, aut „ re magni pretii litigatur. Sed rectius Nevius „ de Juram. P. 3. Cap. II. §. 13. Quæ (in „ quit) ardua hujusmodi et gravis causa sit ju „ dex ex qualitate, et conditione litigantium, „ item loci, aut temporis arbitrabitur. „ E figurando ahi Leyser. a hypothese de hum opulento litigando com pobre; assentou, que huma somma grande a respeito do opulento não era causa ardua, ainda que o fosse a respeito do pobre, e com prova semiplena deferio julgando o Suppletorio ao opulento contra o pobre. Tu veró cogita.

§. 73.

Limitação commumente os DD. a regra geral, dizendo que em todas estas qualidades de causas gra-

ves, e arduas se póde deferir o Suppletorio, quando a prova he maior que semiplena (como as que vimos no §. 9.): Assim Berlich. P. 1. Concl. 54. n. 10. 16. 27. 30. 41. n. 97., Cyriac. Controv. 37. n. 49., Stryk de Cautell. jurament. P. 3. Sect. 3. C. 6. n. 382., et Vol. 7. Disp. 1. C. 5. n. 40., Canc. 2.º var. Cap. 8. n. 7. Luc. ad Gratian. Cap. 144. n. 3. Vinn. Select. L. 1. Cap. 44. in fin. Conciol. ad Stat. Eug. L. 2. Rubr. 13. n. 14. Boehmer. ad Pand. Exerc. 36. Cap. 2. §. 13. Sabell. §. Juramentum n. 6. Ridolfin. in Prax. P. 2. Cap. 4. n. 151.

§. 74.

Porém apezar desta torrente de tantos e tão graves DD., eu noto em contrario a nossa Ord. L. 3. T. 52. no Principio, declarando “Que se a quantidade, sobre que he a contenda fosse grande, ou a coisa fosse de grande valia, não ha lugar esta Lei, nem o juramento de que falla; porque então não provando o auctor compridamente a sua tenção, ou o Réo a sua excepção, não haverá vencimento.” O que reflectindo Barbos. no seu Commentario, rompeo nesta illação “Ex his verbis colligitur, quod plusquam semiplene probaverit, non sit deferendum juramentum in Supplementum probationis; cui enim aliquid deest, non dicitur perfectum: Et ideo videtur exclusa Doctorum resolutio asserentium sufficere, si ultra semiplenam probationem adesset aliqua præsumptio,” Concordão os DD. citados no §. 70. ¶ = Non vero locum habet, etc.: São aqui congruentes as razões da Nota ao §. 46. E se confirma, porque quando a Lei em algum caso exige plena e perfeita prova como a citada Lei nas causas graves, não se admite o Suppletorio, Berlich. supra n. 31. Stryk. Vol. II. Disp. 29. §. 38. Heinec. d. Exerc. 15. §. 27. ¶. Potius = Conf. Moraes de Execut. L. 6. Cap. 2. n. 29.

Nota: O nosso Barbosa de Probation. per jurament. n. 67. et 72. que seguio Silv. á Ord. L. 3. T. 52. in Princ. n. 23. e 24., interpretando a dita Ordenação conforme o erro do seu tempo, disserão, que "Licet verba nostri Textus prima facie videantur repugnare; tamen intelligenda sunt secundum jus commune, ut perfecte dicatur probatum, quando plusquam semiplene probatum sit = Porém huma tal interpretação he hoje reprovada pela L. de 18 de Agosto de 1769: Por outra parte: Se o que dizem estes Reínicos se fundasse em alguma Lei Romana; quem nos certifica que o nosso Legislador se não quizesse apartar dessa Lei? Mas que Lei será ella? Só na glossa teve origem o Suppletorio (§. 1. até 4.), e a glossa he ella Lei? Tem ella mais authoridade, que aquella que antes da L. de 18 de Agosto lhe dava a Ord. L. 3. T. 64.? Bem que a glossa, prova ella tal Proposição? Temos Lei clara a mandar que se a quantidade fôr grande, não ha lugar o juramento, porque então não provando o Auctor cumpridamente a sua tenção, ou o Réo a sua excepção, não haverá vencimento: E que diremos lembrando-nos do odioso de tal juramento ex §. 5. et 6.? Mais deve o Magistrado propender para o não deferir, que para o deferir.

CAPITULO V.

V. REQUISITO.

*Ut Semiplena probatio præsumptione quadam dilui,
aut elevari non possit.*

§. 75.

Este he hum necessario presupposto da nossa Lei, em quanto exige huma illesa semiplena prova: Esta he a regra geral que “Ad hoc ut validè ad hujusmodi juramenti delationem deveniri possit, requiritur, quod talis semiplena probatio per contrarias probationes in aliquo elisa non sit”, Scop. ad Gratian. Dec. 36. n. 26. Conf. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1096. Col. 2. ibi = Quando contra semiplenam probaticnem aliquæ probationes, vel præsumptiones juris, vel hominis illam elidentes, et extenuantes superveniant, et militant, juramentum suppletorium deferendum non est. “Fabr. in Cod. L. 4. T. 1. Def. 44. Berlich. P. 1. Concl. 54. n. 50. Stryk. Vol. 11. Disp. 29. §. 26. ; Ridolfin. in Prax. P. 2. C. 4. n. 158.: Sendo principio geral, que = Modicus defectus impedit semiplenam probationem, imò itiam præsumptio levissima = Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 53. Cancer. 2. var. Cap. 8. n. 29.

§. 76.

Por exemplo: 1.º “Si probes per unum testem, et Adversarius probet contrarium per alium. Licet tuus testis sit fide dignior, et legalior, non tamen

„ tibi defertur juramentum in probationis supplemen-
 „ tum. Nam licet perfecta probatio per aliam
 „ contrariam non elidatur; sed stetur pleniori, et ma-
 „ gis verisimili; tamen imperfecta per aliam etiam
 „ imperfectam eliditur „ Barbos. de Probat. per ju-
 rament. n. 69. 70. 71.

§. 77.

Por exemplo: 2.º Quando se trata de rescindir alguma Sentença, e quando se argue erro, ou falsidade a algum instrumento público; porque contra o impugnante resulta a presumpção de Direito, que aliás assiste á justiça da Sentença, á fé e a verdade do instrumento público; Stryk. Vol. II. Disp. 29. §. 27. Heinec. Exerc. 15. §. 27. Menoch. de Præsumpt. L. I. Q. 83. a n: 2.

§. 78.

Por exemplo: 3.º Reivindica hum Negociante hum fardo assignado com a sua marca, que em huma opinião faz urgente presumpção do seu dominio, Bagn. C. 14. a n. 578., e melhor os Addicionadores de Bolán. de Commerc. terrest. L. I. C. 7. a n. 10. Prova o Réo por huma testemunha ser seu o fardo: Neste caso diz Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1096. Col. 2. que se não defere o Suppletorio ao Réo, ainda que a sua testemunha faz semi-plena prova; porque (diz elle) esta se illide com a contraria presumpção, que induz a marca. Porém eu pelo contrario: Porque a marca na melhor opinião só produz presumpção urgente, ou huma semi-plena prova, que se illide com outra contraria (§. 75.): Se pois o Negociante, que reivindica o fardo; como seu, não tem em seu favor outra prova mais que a semi-plena, que lhe produz a sua marca no fardo: fica certo que a testemunha Legal do Réo, e que prova ser d'elle o fardo, illide aquella presumpção.

Pelo contrario: Se hum diz, e prova por huma testemunha Legal ser seu o fardo, e como Auctor o pertende reivindicar; mas o outro prova o contrario semiplenamente pela impressão da sua marca em tempo habil sem outra presumpção de furto, esta prova illide a contraria. A mesma censura tem Menoch. L. 1. Præsumpt. 83. sub. n. 5. que sem critica seguio Muler.

§. 79.

Por exemplo: 4.º Se o escripto da divida se acha em poder do Devedor, que nem era domestico do Crédor, nem ha presumpções de que o subtrahira; sendo o Devedor homem veridico; concorre neste caso em favor d'elle huma urgente presumpção de que pagou a divida ao Crédor, Harprectr. Disp. 64. de solutione conjecturata a n. 166., Stryk. Us. mod. L. 46. T. 3. §. 5. Struv. Exerc. 47. thes. 76., e presuppuesta esta urgente presumpção capaz de illidir a prova da divida, admittem os DD. o juramento Suppletorio ao Devedor, Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43., Stryk. Vol. 11. Disp. 29. §. 31. Menoch. supra n. 5.

Nota: O mesmo procede quando em favor do Réo se verificão algumas outras urgentes conjecturas de solução; que largamente expoz o citado Harprectr., e outros: Pois ellas illidem qualquer semiplena prova da divida, para em falta da plena se não dever deferir o juramento ao A., mas antes ao R., nos termos que declarão Altim. de Nullit. Tom. 7. Q. 47. n. 327. Nigr. Cyriac. Contr. 516. n. 6.

§. 80.

Por exemplo: 5.º Como a favor do herdeiro, que no nempo Legal fez Inventario, assiste a presump-

ção juridica, que a herança só se compõe dos bens nelle descriptos, e que nenhuns omittio na sua descripção, Portug. de Donat. L. 3. Cap. 16. n. 31., Bagn. Cap. 66. n.; não se defere o Suppletorio contra o herdeiro na acção de sonegados, como se vê julgado em Peg. Tom. 7. á Ord. L. 1. T. 87. §. 9. n. 13.; ou seja porque assistido o herdeiro daquella presumpção, ou seja porque o que accusa os sonegados juraria hum facto, de que não tinha perfeita sciencia.

§. 81.

Por exemplo: 6.º Se se arguem defeitos graves ás testemunhas: Pois que não sendo bastantes muitas illegaes para constituir huma prova semiplena, conforme a opinião de Cancer. 2. Var. Cap. 8. n. 30. et 31., Silv. á Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 3. (bem que o contrario, e que muitas defectuosas constituem prova semiplena; Mul. ad Struv Exerc. 17. thes. 42. no fim); os defeitos oppostos a essas testemunhas as illidem, para nem ainda unidas constituirem semiplena prova.

§. 82.

Por exemplo: 7.º, e geralmente “Huic iuramento locus non est, si id, quod iuramento probandum est, non sit verosimile; si v. g. testis unus deponat de eo quod plane insolitum, et contra naturam actum est: tunc enim insurgit contra ipsum mala quædam præsumptio, quæ facit, ut ad iuramentum hoc non admittatur”, Stryk. Vol. 11. Disp. 29. §. 33.: Hein. d. Exerc. 15. sub. §. 28. ibi = Ex quo sequitur omnino, ut in Supplementum non iuratur si quis vel denique contra verisimilitudinem probare velit, etc. Berlich. P. 1. Concl. 54. n. 73. ibi = Quadragesimo septimo non defertur, quando illud, quod quis vult jurare non est verosimile; pu-

„ ta si unus testis deponit remotum à solito, vel na-
 „ tura actus; et sic deponit aliquid non verisimile,
 „ etc. E isto, porque o que he inverosimil tem ima-
 „ gêm de falsidade, e as testemunhas que depõe hum
 „ inverosimil, tem pelo menos contra si huma presump-
 „ ção de falsas, Barbos. et Tabor. L. 19. Cap. 12. ax.
 „ 5., Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. n. 57., Peg.
 „ Tom. 9. ad Ord. L. 2. T. 53. in rubr. n. 430.,
 „ Barbos. ad Ord. L. 3. T. 52. in pr. sub. n. 38.

CAPITULO VI.

VI REQUISITO.

*Ut jusjurandum illud petatur antequam sit in
 causa conclusum.*

§. 83.

„ SE o Auctor (diz a nossa Ordenação) fez meia
 „ prova da sua acção, ou o Réo da sua excepção, o
 „ Julgador *sendo requerido*, lhe dará o juramento em
 „ ajuda de sua prova,, Concorda o Cod. Civ. do
 „ Imperador José II. §. 226. Parece que a nossa Orde-
 „ nação nesta parte seguiu a opinião de Bartholo como
 „ adverte Silv. ibidem n. 33., ainda que no n. 34. diz
 „ que se subentende requerido pela clausula salutar = Pe-
 „ to jus et justitiam ministrari = Conf. Barbos. ibidem
 „ n. 2. et 3. Pereir. de Revis. C. 83, n. 34.

§. 84.

Se porém attendemos á pratica universal “ Non
 „ tamen præcisæ, et absolutæ necessitatis hæc ipsa

„ petitio est, siquidem ipse Judex, parte etiam non
 „ petente, ex necessitate legis ad impositionem hu-
 „ jus juramenti obligatur, ubi causa aliter quam ex
 „ juramento decidi non potest, Stryk. de Caut. Ju-
 „ ram. P. 3. Sect. 3. C. 6. a n. 22. Heinec. supra §.
 „ 29. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 42. Barbos. á
 „ mesma Ord. n. 2. Scop. ad Gratian. Dec. 36. n. 36 :
 „ Bem que Anton. Fabr. in Cod. L. 4. T. 1. Def. 8.
 „ se levanta contra esta opinião dizendo “ Sive Reo,
 „ sive Actori, qui suam intentionem semiplene tan-
 „ tum probavit, jusjurandum, quod Suppletivum vo-
 „ cant, nonnisi petenti deferendum est. Nec suffi-
 „ ciet, quod jus, et justitiam, ut ex vulgari Advoca-
 „ torum stylo fit, sibi ministrari petierit. Nam sicu-
 „ ti non facile quisquam credendus est jurare velle;
 „ ita nec ad jurandum á Judice invitandus est, pro-
 „ pter periculum perjurii juretur. Solo enim Officio
 „ Judicis defertur, et quidem ei, cujus intentio jam
 „ satis aliunde probata est; quique jusjurandum non
 „ tam petere debeat, quam accipere, Opinião mais
 „ conforme á nossa Ordenação.

§. 85.

Se se seguir esta opinião, como mais conforme
 com a nossa Lei; e com a moderna Legislação da
 Austria (§. 38.), póde comtudo ser requerido o Sup-
 pletorio na Allegação final, Cancer. 2. Var. Cap. 8.
 n. 40.; ou ainda quando a causa está conclusa, ou
 ainda na instancia da Appellação, Hein. d. Exerc.
 15. §. 29. Ridolfin. in Prax. P. 2. Cap. 4. a n. 146.
 Scop. supra n. 35. Cancer. n. 36. Stryk. n. 37.: E
 ainda mesmo se póde pedir em gráo de revista; mas
 só no caso de se ter pedido é negado nas instancias
 inferiores, Pereir. de Revis. Cap. 83. a n. 34.

CAPITULO VII.

Em collisão das provas a qual dos Litigantes se deva deferir o Suppletorio.

§. 86.

A nossa Ordenação tanto permítte deferir-se ao A. que semiplenamente provou a sua intenção; como ao R., que semiplenamente provou a sua excepção. O Commentador Silv. no n. 40. e 41. nos quiz satisfazer só com esta regra: Quando o A. tem a seu favor huma prova, e o R. outra, então o juramento Suppletorio se deve deferir ao R., e não ao A.; porque o Juiz deve propender mais para a absolvição, e porque não provando o A., deve o R. ser absoluto. Conf. Scop. ad Gratian Dec. 36. a. n. 37. Barbos. á mesma Ord. n. 36.: Porém outros DD. melhor distinguirão variedade de casos, como Struv. Exerc. 17. thes. 43. ibi =

„ Et quidem, si uterque et actor et Reus semiplene probaverint, illi defert Judex, pro quo maior est præsumptio veritatis, aut etiam qui hoc in genere validius probaverit.

Ainda melhor Muler ao mesmo Struv. ibi =

„ In rerum circumstantiis Judex ponderare debet quisnam graviorem, et meliorem semiplenam probationem, et maiorem veritatis, et victoriæ præsumptionem pro se habeat; tunc illi juramentum Suppletorium deferendum, sive actor, sive reus sit. Quando pares sunt utrinque probationes, v. gr. si utrinque unus testis omni exceptione maior esset.

productus; tunc Judex ex personæ qualitate, et Legalitate, vel aliis circumstantiis, æstimare debet in quam partem inclinare velit. Si paritas in omnibus inveniatur, id cognitioni Judicis relinquendum. Rectius tamen fecisse videbitur, si reo potius quam actori consulendum, etc. Conf. Berlich. P. 1. Conclus. 53. a n. 19.

Ex professo Stryk. de Cautell. Juram. P. 3. Sect. 3. Cap. 6. a n. 252. =

Ex hætenus prolatis sequitur, quod Judex in eo casu, ubi actor intentionem suam plene probavit; reus vero exceptionem oppositam vix semiplene probavit; ipsi juramentum Suppletorium super exceptione opposita deferre, et actoris plenam probationem præterire nequeat. Siquidem fortior probatio, secundum communem DD. opinionem debiliorem tollit, adeoque si actor plene probavit; reus vero semiplene, ipse reus nihil probasse præsumitur, sed ejus semiplena probatio per plenam actoris absumitur, evertitur, et tota extinguitur. Et quamvis aliqui DD. distinguant inter reprobationem rei, num ea probationi actoris directo contrariaprehendatur; an vero diversa saltem sit, et compatibilis, veluti, si actor quidem creditum plene probaverit per duos testes, reus vero exceptionem solutionis saltem per unum; atque in hoc posteriori casu defendere velint, quod reus omnino admittendus sit ad juramentum Suppletorium, quo casu tamen requirunt, ut probatio sit perfecte semiplena, quæ non ex solis conjecturis elicitur, vel etiam contraria probatione eliditur: Sed priorem negativam tanquam veriorem rationibus, et auctoritatibus propugnavit Berlich. P. 1. Concl. 53. a n. 28.,

O citado Berlich. a n. 25. figura a mesma hypothese, quando o A. prova a sua divida por duas testemunhas, e o R. prova a solução della por huma só testemunha. Neste caso refere duas opiniões; huma, que ao Réo pelo seu favor se deve deferir o Suppletorio sobre a solução; outra negativa, e esta he a que o mesmo Berlich. segue e defende com muitos fundamentos até o n. 32. Se porém a solução se provar com urgentes presumpções, por mais que a verdade da divida se prove, deve o R. jurar Suppletoriamente a solução. (§. 79. Not.)

§. 87.

O mesmo Berlich., o melhor de todos, que tratarão a materia deste Capitulo, e em que os mais beberão; elle distingue e decide estes sete casos.

1.º, Quando o A., ou o R. hum delles provou semiplenamente, e o outro nada, defere-se o juramento ao que provou, e he obrigado recebello, por mais que depois do termo probatorio, querendo deixar de jurar, se offereça a produzir outras provas ut n. 16.

§. 88.

2.º, Se o A. sim provou semiplenamente, mas não tem sciencia do negocio por sentidos corporeos: Então, ainda que com alguns DD. denega este juramento, e com outros o concede; com tudo veja-se o acima exposto desde o §. 36., mas advirta-se, que quanto aos factos domesticos se presume sciencia dos familiares; Barbos. Thesaur. Loc. Comm. L. 17. C. 13. ax. 8.: E se attendemos a Stryk. de Cautell. juram. supra n. 358., elle diz que „Si neuter certam „scientiam habet; tunc super credulitate ei deferen- „dum est hoc juramentum, qui graviolem veritatis, „et honestatis præsumptionem pro se habet. Carpzov. „P. I. C. 23. Def. 8. n. 2.,,

§. 89.

3.º, Quando tanto o A. como o R. provão cada hum semiplenamente a sua intenção, e as provas de hum e outro estão em equilibrio, então diz Berlich. a n. 19. que se deve attender a qualidade, e dignidade das pessoas; de fórma que se huma fôr mais legal, mais honesta, mais rica, mais nobre, etc., e a outra fôr pessoa pobre, abjecta, plebea mal conceituada, se deve deferir o Suppletorio á pessoa mais legal, honesta, etc.

§. 90.

4.º, Se o A. e R. estão em igualdade de provas, e qualidades pessoaes, diz Berlich. n. 20. et 21., que se deve deferir o Suppletorio áquelle, que fôr varão, e não á femea; porque (diz elle n. 20. e 21.) o sexo feminino he mais vario, inconstante, mais avaro, e cubiçoso de dinheiro por natureza. Porém contra esta opinião se levantou Stryk. de Caut. Juram. P. 3. Sect. 3. C. 6. n. 42. e 43., deixando ao prudente arbitrio do Julgador "*Siquidem etiam honestæ foeminæ conscientia sæpius viri scurrilis protervitati prævalebit*," Na mesma censura de Berlich. incorreo Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1097. Col. 1., que tambem em igual paridade de provas, e legalidade de pessoas, sendo a controversia entre homem e mulher, se mostrou desafeiçoado á mulher negando-lhe o Suppletorio.

§. 91.

5.º, Se o A. e R. estão iguaes em provas, dignidade, sexo, e outras qualidades; aqui refere Berlich. a n. 22. tres opiniões; huma, que este he o caso, em que havendo tal paridade se defere o Suppletorio ao Réo; outra, que neste caso, independente de juramento, deve o Réo ser absoluto; outra, e de muito menos DD. (e que eu reprovó) que neste caso po-

de o Juiz gratificar qualquer dos litigantes deferindo o juramento a hum ou outro.

§. 92.

6.º, Este he aquelle mesmo, que seguindo Berlich. expoz Stryk. já transcripto debaixo do §. 86. Finalmente desde o n. 33. figura o caso de estarem os litigantes em igual paralelo; mas a prova semi-plena do Auctor illidida com presumpções contrarias: neste caso conclue, que a nenhum se defere o Suppletorio, e deve o Réo ser absoluto: E ainda que no n. 35. diz, que o Réo neste caso deve pelo menos receber o juramento *purgatorio*; com tudo este juramento não está em uso, antes abrogado na Austria pelo Cod. Civ. §. 226., na Italia Card. de Luc. de Judic. in Summ. sub n. 79., na França pelo Cod. Civ. §. 1367. no fim; e neste Reino Mell. Freir. Liv. 4. T. 19. §. 4.

CAPITULO VIII.

Prática na delação deste juramento.

§. 93.

Muitos Julgadores, Sentenciando a final, condemnão ao Réo, ou o absolvem debaixo da condição de hum ou outro jurarem Suppletoriamente. Esta prática, sim póde sustentar-se nas doutrinas de Cancr. 2. Var. C. 8. n. 37.: A mesma prática suppõe Silv. á Ord. L. no nosso T. n. 45., e ao L. 3. T. 66. §. 4. n. 4., e a segue o Cod. Civil de José II. §. 237.: Porém a fundo ella he duvidosa, attendidas as razões

de Fabr. in Cod. L. 4. T. 1. Def. 1. nas Notas n. 10., que segue Van-Esp. de Jur. Eccles. P. 3. Tit. 7. Cap. 8. n. 23 : He mais conforme á razão e ao Direito a prática de se mandar por Sentença interlocutoria, que antes da definitiva jurem Suppletoriamente o A. ou o R. Mnito mais porque o Adversario pôde oppôr embargos (que a Praxe admite) a essa interlocutoria mostrando nelles, que se não deve deferir o juramento, por qualquer das razões, que tenho ponderado neste Tractado.

§. 94.

Porém a primeira opinião tem claro fundamento na Ord. L. 3. T. 66. §. 4. ut ibi = *E não se deve dar Sentença condicional, salvo se a condição logo fosse cumprida; assi como se o julgador condemnasse o R. no que o actor jurasse que lhe era devido; porque em tal caso poderá dar a dita Sentença condicional*, E, seguida esta Praxe, ainda que a Parte da Sentença assim condemnatoria appelle, a Appellação não suspende a delação do juramento, Cancr supra, Begnudell. Verb. Juramentum n. 81. sem que, deferindo-se elle, se commetta attentado, Lancclott. de Attentat. appellat. pendent. P. 2. Limit. 45., et 43. a n. 13.: Mas deixada a Appellação se pôde embargar.

§. 95.

Quid veró, se aquelle, a que he mandado que jure Suppletoriamente, morre antes de jurar? Silv. a esta Ord. no Princip. n. 49. diz com Cancr, que a morte *habet vim juramenti*: Mas declara admiravelmente Stryk. Vol. 8. Disp. 4. = De morte loco jurisjurandi = Cap. 2. §. 6. e 7. com muitos DD., que isto só se deve entender no caso, em que o defuncto tenha acceitado receber o juramento; e tenha querido jurar, mas a morte o prevenio, e não pôde ju-

rar: Veja-se o Cod. Civ. do Imperador José II. §. 246.

§. 96.

Para se deferir este juramento a huma das Partes he indispensavel citar-se a outra, Silv. á nossa Ord. in Princip. n. 44. com os mais Reinicolas; Conf. Cod. Civ. supra §. 243.: Para se receber por Procurador he necessario mandato especialissimo, Altim. de Nul. lit. Tom. 2. rubr. II. Q. 26. n. 50. et 57.: Bem que o dito Cod. Civ. a §. 238. exige, que se receba pessoalmente, ainda que esteja absente aquelle, a quem se haja de deferir; e justamente, attento o exposto na Dissert. VII. §. 5. na Nota.

§. 97.

Se se trata demanda com Corporação ou Universidade, etc., diz Silv. á nossa Ord. no Principio n. 47. "prædictum juramentum esse deferendum non", solum litiganti nomine proprio, sed etiam alieno, "puta Syndico pro Universitate, æconomio, vel Re-ctori pro Ecclesia, tutori pro pupillo, Curatori pro adulto, si sint informati, alias secus", Supponhamos a demandá com hum Cabido; quem ha de jurar? Todo? Não: Se quem o Cabido eleger; ou se quem a Parte eleger? Veja-se largamente Guerreir. Forens. Q. 99., e o Tract. I. do Juram. de Calumn. §. 3. na cit. Dissert. VII. das deste Supplemento.

§. 98.

Que da Sentença, que não defere este juramento ao Auctor, sendo por elle requerido, compete o remedio de Appellação o diz Silv. á mesma Ord. no Principio n. 42., e diz mais no n. 43., que da interlocutoria, que manda deferir o tal juramento a huma das Partes, póde a outra appellar. Porém eu distinguo; que quando por interlocutoria se denega, ou manda deferir o Suppletorio, compete só Aggravo

no Processo pela generalidade da Ord. L. 3. T. 20. §. 46.: E quando conforme a Praxe (de qua §. 94) se denega, ou manda deferir na Sentença definitiva he caso de Appellação: Esta com effeito he a Praxe.

§. 99.

Bem que; se seguida a outra Praxe, que por Interlocutoria antes da definitiva manda deferir Suppletorio, se não agrava no Acto do Processo dessa interlocutoria, que deferio o Suppletorio, não prejudica, e basta appellar da final, que condemna com attenção a esse juramento, Fabr. in Cod. L. 7. T. 29. Defin. 9., aonde dá bellissimas razões; optime, et omnino videndus Harprectr. Disp. 21. = *De Appellatione á Jurejurando* = a n. 82.

§. 100.

Que a Sentença proferida por este juramento seja retractavel apparecendo depois Documentos, por que se mostre não ser elle verdadeiro, he expresso na Ord. L. 3. T. 52. §. 3. que teve por fonte a L. 31. ff. de Jurejurand.: Se porém he retractavel por prova de testemunhas, varião os DD. Silv. á mesma Ord. com Romaguer., e Barbos. diz. que não: Da mesma opinião são outros, que refere Stryk. us. mod. L. 12. T. 2. §. 40.: Porém o mesmo Stryk. segue com outros o contrario "Merito tamen (diz elle) hic ad „ qualitatem testium respiciendum, an non aliqua „ collusionis, vel subornationis suspicio occurrat, et „ an illorum testium copia ante Sententiam haberi „ non potuerit, „ A Stryk. segue Mell. Freir. L. 4. T. 19. §. 4. na Nota. Tu vero cogita, et....

TRACTADO IX.

Juramento Judicial (vulgarmente juramento na acção d' alma.)

Analyse da Ord. L. 1. T. 49. §. 1. Liv. 3. T. 52. §. 3. Tit. 59. §. 5. e seguintes, e Liv. 4. Tit. 52., Decreto de 10 de Maio de 1790.

„ *Maximum remedium expendendarum litium in*
 „ *usum venit jurisjurandi religio: qua vel ex*
 „ *pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctori-*
 „ *tate Judicis deciduntur controversiæ.*

L. 1. ff. de Jurejurand.

PRENOÇÕES.

§. 1.

NA Rubrica das Pandectas Liv. 12. Tit. 2. se indicação os tres juramentos *voluntario*, *judicial*, e *necessario*: Em geral, o juramento conforme a opinião de Thomas. Jurispr. Divin. L. 2. C. 8. §. 6., e Stryk. de Cautell. Juram. P. 1. Spec. n. 23. “Est
 „ *deliberata Numinis Divini, tanquam testis, et vin-*
 „ *dicis invocatio in assertionis, aut promissionis con-*
 „ *firmationem,* „ Struv. Exerc. 17. thes. 2. o define assim = *Jusjurandum est religiosa alicujus rei adse-*
 „ *veratio legitime facta per invocationem Dei in tes-*
 „ *tem* = Definição, que largamente exorna o Com-
 mentador Mulher. O nosso Mell. L. 4. T. 19. §. 1.

adoptou, e transcreveo de Riege. P. 2. §. 1127. esta definição = Religiosa asseveratio per invocationem Dei, tanquam vindicis, si jurans falsum dixerit,, A mesma definição fez o Addicionador de Ferrar. Verb. *Juramentum*, Art. 1.: outras se podem vêr em Coccey Jus Controv. L. 12. T. 2. Q. 1. e melhor Souz. Prim. Linh. do Proces. Civ. §. Not. 496. 497. 498.

§. 2.

Juramento voluntario he aquelle, que huma Parte defere a outra extrajudicialmente por pacto, e convenção, em que hum deixa no juramento do outro a verdade de qualquer divida, direito, ou acção, que o que defere o juramento diz dever-se-lhe ou pertencer-lhe: O Juramento *judicial* he aquelle (entre nós a *acção d' alma*) que o Auctor defere ao Réo em Juizo por mandato, e authoridade do Julgador. O juramento *necessario* he aquelle, que o Juiz defere a hum dos Litigantes em Supplemento de prova, Silv. ad Ord. L. 3. T. 59. §. 10. a n. 4. Lim. ad Ord. L. 4. T. 51. in Rubr. a n. 2. Mell. L. 4. T. 19. §. 2. 3., Stryk. us. mod. L. 12. T. 2. §. 1. Voet. ad Pand. L. 12. T. 2. n. 7. Struv. Exerc. 17. thes. 27.: Souz. supra Not. 498. 499. 500. 501.

Nota: De todas estas especies de juramentos temos noções na nossa Legislação. Ao *extrajudicial voluntario* faz relação a Ord. L. 3. T. 20. §. 15. ibi = juramentum = e T. 50. no principio, conforme a intelligencia de Silv. ao mesmo T. 50. a n. 30., Barbos. ibidem n. 3.: Porque o tal juramento não só produz acção, mas a excepção, de que tratão estas Ordenações, L. 9. §. 1. ff. de Jurejur. ubi Brunneinan. n. 3.: Do Juramento *judicial* tratão a Ord. L. 1.

T. 49. §. 1. Liv. 3. T. 53. §. 3. T. 59. §. 5.
e Liv. 4. T. 52., e Decret. de 10 de Maio de
1790.

*Differenças entre estes juramentos, e conveniencias
entre elles, quaes o voluntario, e o necessario.*

§. 3.

Coccey Jus Controv. Liv. 12. T. 2. Q. 25. as
expõe compendiariamente nestes termos.

„ Præmittendum hic est *utrumque juramentum*,
„ *quod Pars Parti defert*, instar conventionis, et
„ transactionis esse; hac enim lege quasi transigunt,
„ ut alter juret, L. 2. L. 25. ff. de jurejur., et sic
„ ut conventiones utriusque consensu valeant; adeo
„ ut juramento præstito, non amplius quærat, an
„ debitum, sed an juratum sit: L. 27. ff. de Except.
„ rei jud.

„ Ex utroque jurejurando Prætor dedit actionem
„ in factum L. 28. ff. de jurejur. (ubi utique de *vo-*
„ *luntario* agitur) §. 11. Inst. de Action.; si scili-
„ cet Pars detulit, non si ultro juravit, L. 11. L. 22.
L. 23. de Dol. mal. L. 4. §. 1. De in lit jurand.;
„ quia hic non potest quæri, an juratum sit juxta
„ conventionem; d. §. 11. L. 5. §. 2. L. 9. §. 1.
„ ff. de jurejurand. Quin si ultro se ingerit, suspec-
„ tum se reddit in propria causa, d. L. 21. d. L. 4.

„ At in quibusdam differunt, et quædam sin-
„ gularia *in judiciali* occurrunt: scilicet (1), quod
„ hoc referri possit deferenti: L. 34. §. 6. 7. L. 38.
„ ff. de jurejur.: Secus in *voluntario extrajudiciali*,
„ L. 17. eod. T. Lauterb. pag. 180. (2), Deferens
„ jurat de calumnia, L. 24. §. 7. eod. T. Carpzov.
„ Process. T. 11. Art. 4. n. 26.: Secus in *volunta-*

„ *rio*, Lauterb. pag. 180. (3) *Actio ex jurejuran-*
 „ *do judiciali* quoad omnia similis est ei, quæ ex
 „ re *judicata* oritur: Secus in *actione*, quæ ex *juram-*
 „ *mento judiciali* descendit. Nam extra *judicium* Ju-
 „ dex partes suas non interponit, sed omnia nudo
 „ *consensu* constant.

O nosso Pedro Barbosa no Tract. de Probat.
 per *jurament.*; depois de ter proposto no n. 17. que
 = Pro *regula* constituendum est *juramentum volun-*
 „ *tarium, et judiciali* á pari procederem L. 1. ff. de
 „ *Jur. jurand.* L. 1. Cod. de *Reb. Cred.*, continúa
 desde o n. 18. expondo as diferenças, ut ibi =

„ Prima igitur *differentia* est, quod in *juramento*
 „ *voluntario*, non defertur *juramentum calumniæ*;
 „ et tamen in *juramento judiciali* qui defert illud *ju-*
 „ *ramentum* tenetur de *calumnia* jurare. *Secunda dif-*
 „ *ferentia* inter *prædictum juramentum* est, quod in
 „ *judiciali* *juramento* subintelligitur *tacita illa con-*
 „ *ditio, si ille, cui defertur, in continenti illud*
 „ *suscipiat*, aliàs enim resolvitur *delatio*, et nova
 „ *delatione* opus est: Prout, etsi in *continenti* non
 „ *suscipiat*, et sine nova *delatione* juret, nihil pro-
 „ *derit juramentum*. . . . *Tertia differentia* est, quod
 „ in *juramento conventionali* ex eo solum nascatur
 „ *actio*: L. *Actori* Cod. de *Reb. Cred.* (et etiam ex-
 „ *ceptio Not. ad §. 2.)* et tamen in *judiciali* oportet,
 „ quod post illud *præstitum* sequatur *Judicis*
 „ *Sententia*, ut ex eo agi possit. . . . *Quarta dif-*
 „ *ferentia* est, quod *juramentum conventionale* referri
 „ non potest, quia non est *recedendum á conventio-*
 „ *ne*, L. 17. in *pr. ff. de Jur. jurand.*; et tamen *ju-*
 „ *ramentum judiciali* referri potest. . . . *Quinta dif-*
 „ *ferentia* est, quod *juramentum voluntarium* licite
 „ *recusatur*, etiam sine *causa*. . . . *judiciali* *recusari*
 „ non potest, nec ab *Actore*, nec á *Reo*, imo *recu-*

„ sans habebitur pro confesso, etc. (coincidem nas
 mesmas conveniencias, e differenças, Stryk. us. mod.
 Liv. 12. T. 2. §. 4. Mul. ad Struv. Exerc. 27. thes.
 29. et seq.)

Nota: Supposto que Mello Liv. 4. T. 19.
 §. 2. depois de Stryk. us. mod. Liv. 12. T. 2.
 §. 3. e Thomas. ibidem diz, que o juramento
voluntario extrajudicial he raro no uso hodierno;
 com tudo o mesmo Stryk. diz que “Inte-
 rim non negamus, si quis extra judicium cre-
 ditori jusjurandum detulerit; et ille sibi *tan-*
tum deberi juraverit, postea veró sponte no-
 lit solvere, huic non negandam esse actionem
 ex jurejurando.”

Considerando este juramento *extrajudicial*,
 como especie de Transacção ex L. 2. ff. de Jur.
 jurand., Valeron. de Transact. T. 1. Q. 1. n. 6.
 et 7. Urceol. de Transact. Q. 4. a n. 67.; na-
 da ha que obste a que dentro da quantia de
 600000 rs. do movel, e de 4000 rs. na raiz as
 Partes decidão extrajudicialmente, e sem escri-
 ptura as suas controversias, deixando huma se-
 riamente no juramento da outra a verdade do
 que pertende exigir, ou reivindicar delle. Exce-
 dendo a cousa á dita quantia, nada ha que ob-
 ste, a que convencionem por Escripura, que
 jurando hum delles a verdade, que o outro lhe
 deixa no seu juramento, fique decidida a contro-
 versia; e esse juramento obste para mais se não
 questionar a materia jurada: E huma vez con-
 vencionado assim este juramento deve necessaria-
 mente prestar-se: A nossa Ord. L. 4. T. 73.
 só prohibe o juramento *Promissorio*, e não o
Assertario, e *Declaratorio* (qual este ex Voet.

ad Pand. L. 12. T. 2. n. 7.) como com os mais Reinícolas Lim. á mesma Ord. n. 2.; Barbos. de Probat. per jurament. n. 7.: Nas quantias pois excessivas da taxa da Ord. L. 3. T. 59. podem as Partes em huma Escriptura deferir-se huma a outra este juramento *Assertorio*, e *Declaratorio* da verdade; attestando o Tabellião o que jurou a Parte, a que se deferio. Este e não outro he o juramento enunciado na Ord. L. 3. T. 20. §. 15., e T. 50., como já vimos na Not. ao §. 2.: Esta Ord. o suppõe praticavel. O uso delle seria utilissimo, porque accionando o Crêdor huma simples confissão de divida pela acção da Ord. L. 3. T. 25. se expõe a varias excepções: Pelo contrario, accionando-se huma confissão de divida jurada, esta se equipára á Transação, e Sentença com execução promptissima, e contra ella nem se admite a excepção = *Non numeratae pecuniae* = nem facilmente outra alguma, Barbos. de Probat. per juram. a n. 9. cum seq. omnino videndus; Conf. Moraes de Execut. L. 1. Cap. 4. §. 1. a n. 11. et 26., omnino etiam videndus. Hum não uso não faz abolir o Direito; porque ou provém da indolencia das Partes, ou da ignorancia dos Consulentes: Stryk. us. mod. Discurs. Prælimin. §. 34.: Ah! Se as Escripturas de confissões de dividas assim se praticassem, firmando-se com o permitido juramento *Assertorio*, quantos enredos dos Devedores se evitarião! As limitações se verão no citado Moraes.

Diferenças entre o juramento Judicial, e o Suppletorio.

§. 4.

Tambem o citado Coccey jus contr. L. 12. T. 2. Q. 43. as expõe, ut ibi =

Quomodo juramentum *necessarium* differat á *judiciali*? Resp. Illud (1) valet tanquam pars probationis, et quia probatum, non quia transactum est: Indèque (2) defertur quasi ex judicio Judicis, non Partium. Hinc (3) nec refertur, nec jusjurandum calumniæ præstat; Judici enim, qui defert, nec incumbit probatio, nec is sui causa conditionem jurisjurandi eligit, nec præsumitur in eo calumnia. (4) Appellari quoque inde potest: (5) Datur inde actio directa judicati, quæ omnia secus in *judiciali*. (6) Sententia retractari potest instrumentis noviter repertis; secus, ubi inter partes jurejurando transactum, L. 1. Cod. hoc. tit. excepta causa testamenti, L. fin. Cod. de Reb. Cred. (7) Judex deferre illud potest usque ad Sententiam; quin in ea ipsa, Pars veró usque ad conclusionem in causa.,,

C A P I T U L O I.

Quaes pessoas podem deferir este juramento judicial?

QUaes são as pessoas, que activamente podem deferir, (e a que por consequência se possa referir este juramento) bem compendiou Voet. ad Pand. L. 12. T. 2. n. 8. ibi =

„ Deferre possunt voluntarium, ac giudiciale
 „ omnes liberam habentes rerum administrationem
 „ (a); qualès sunt domini maiorenes, Tutores ac Cu-
 „ radores in causis dubiis pupillorum, minorum fu-
 „ riosorum, et aliorum similium alia probatione des-
 „ titutis, L. 17. §. 1. 2. L. 35. in princ. ff. de Jur.
 „ jurand., Fabr. in Cod. L. 4. T. 1. Defin. 20.,
 „ Carpzov. Defin. For. P. 1. Const. 14. Defin. 12.:
 „ Si modo lis sit de rebus illis, quarum sine decreto
 „ procedit alienatio: nam si de immobilibus, aut
 „ mobilibus, quæ sine decreto alienari nequeunt,
 „ controversia intercedat, non aliter, quam impetrato
 „ primitus decreto Prætoris, jusjurandum per eos de-
 „ ferri posse puto exemplo transactionem, quarum
 „ vice jusjurandum obtinere dicitur, arg. L. 4. Cod.
 „ de Præd. et aliis reb. min. juncta L. 2. ff. de Ju-
 „ rejurand. Anton. Mathæu de Judic. Disp. 10.
 „ thes. II.,

(a) Esta regra geral tem comprovão tambem
 Stryk. us. mod. L. 12. T. 2. §. 4. et 27. Struv.

Exerc. 17. thes. 25., Riege. P. 2. §. 1130. Cod. Civ. do Imperador José II. §. 216.

(b) Confira-se Guerreir. Tr. 4. Liv. 3. C. 10. n. 26. et 27. Harprectr. Disp. 20. n. 84. et 85. Struv. supra, et ibi Muler, aonde amplia ao Pai administrador dos bens do filho: Veja-se Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 26. et 32.

§. 6.

„ Procuratores (continúa Voet.) non aliter re-
 „ cte deferunt, quam si vel speciale ad id mandatum
 „ habeant, vel generale cum libera, vel in rem suam
 „ constituti sunt, „: Undé si ille cui mandatum sim-
 „ pliciter, ut petere, jusjurandum detulerit; nihil
 „ agit L. 17. §. ult. L. 18. L. 19. ff. de Jur. ju-
 „ rand., Carpzov. Def. For. P. 1. Const. 12. Def.
 „ 12.

(c) Conf. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 42., Souz. Prim. Linh. do Process. Civ. Not. 509., Stryk. supra §. 27. Guerreir. n. 71.: Os Procuradores especiaes, e *in rem propriam*, sim os admitte Harprectr. Disp. 20. n. 86. com Lauterbach. e Fabr.: E tambem o Procurador *especialissimo*, mas não o Procurador geral, ut n. 87. et 88.: Que não basta Procurador geral, seguem Rieger. P. 2. §. 1130. Conciol. ad Stat. Eug. Liv. 2. Rubr. 12. n. 20. Cod. de Sardanh. L. 3. T. 14. §. 17. Mul. ad Struv. supra: Berlich. P. 1. Concl. 29. n. 24. 25.: E nisto me aparto do citado Souz., et addo Stryk. us. mod. L. 12. T. 2. §. 127.

„ Defensores Civitatum (ainda falla Voet.), ma-
 „ gistri Societatum, et Collegiorum, ita demum,
 „ si ad id mandato instructi sunt: L. 34. §. 1. ff. eod.
 „ Tit. Non unus ex Cohæredibus cæteris ignorantibus

bus; etiam si de rato cavere paratus sit, ob me-
tum perjurii, si forte post præstitum jusjurandum ab
eo, cui delatum est, cæteri factum cohæredis ra-
tum non habentes, probationes adducant contra id,
quod juratum est, Anton. Fab. in Cod. L. 4. T.
I. Def. 22. (d).

(d) Adde Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 25.
et 27. Guerreir. Tr. 4. L. 3. C. 10. n. 95. Mul.
ad Struv. supra §. Personæ.

§. 8.

„Nullo modo pupilli (accrescenta Voet.) sine
curatoris auctoritate (e); nec prodigi, et similes L.
17. §. 1. L. 35. §. 1. ff. eod. Tit. (f). Nec qui
lapso biennio non numeratæ pecuniæ exceptione
utuntur, L. 14. §. 3. eod. de Non. numer. pecun.
(g): Nec illi qui cum prius detulissent jusjuran-
dum, illud necdum acceptatum revocaverunt pro-
bationibus confisi, L. 11. Cod. de Reb. cred. et
jur. jurand., quales tamen hodie, mediante in in-
regrum restitutione, adhuc ad jusjurandi delationem
admitti notat Groeneweg. ad d. L. 11. (h).

(e) Harprectr. supra n. 73. Struv. et Mul.
supra, Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 43.
Berlich. n. 32. et 33.

(f) Guerreir. supra n. 90. Harprectr. n.
77. Pereir. Souz. supra Not. 509. Amplia-se ás
mulheres, quando, como neste Reino não po-
dem estar em juizo sem consentimento de seus
maridos, Mul. ad Struv. Exerc. 11. thes. 36.

(g) Guerreir. Tr. 4. L. 3. C. 10. n. 100.
Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 37. Lim. ad Ord.
L. 4. T. 52. in pr. n. 18.

(h) Barbos. de Probat. per juram. a n. 46.,

aonde disputa a interpretação da L. In contractibus Cod. de Non numer. pecun.

§. 9.
 „ Sed nec Servi deferre possunt (ainda prosegu
 „ gue Voet.) ac filii familias L. 20. 21. 22. ff. eod.
 „ Tit. Minores annis 25., si Curatore destituti, il-
 „ lud detulissent adversario, restitutionem petere non
 „ vetabantur, si hoc ipso se captos docerent, L. 9.
 „ §. 3. ff. eod. Tit.: Sed cum hodie minoribus invi-
 „ tis Curatores dantur, consequens est inutilem esse
 „ delationem, quæ á minore sine Curatoris auctorida-
 „ te fit, sic ut nec restitutione opus sit, L. 3. Cod.
 „ de in integr. restit. min. (i).

(i) Harprectr. supra a n. 74.: Läuterbach.
 de Juram. judicial. §. 5. n. 80. in fin.
 §. 10.
 „ Infamem denique (acaba aqui Voet.) injusju-
 „ randum adversario deferre volentem audiendum non
 „ esse ad id, ut adversario imponeret jurandi, vel
 „ referendi necessitatem, variis placet; tum quia ta-
 „ les non amplius metuerunt infamiam ex præjurio
 „ probato irrogandam, qua jam ante ex alia cæpe-
 „ rant causa laborare, arg. L. 35. ff. de Injur., tum
 „ quia sic ei, cui defertur prope adimeretur referen-
 „ di facultas, dum non sine manifesto perjurii imi-
 „ nentis periculo referret infami deferenti. Anton. Fa-
 „ ber. in Cod. L. 4. T. 1. Def. 17. juncta Def. 9.
 „ n. 5., Carpzov. Defin. For. P. 1. Const. 14. Def.
 „ 6. (1).

(1) Guerreir. supra a n. 87. Coccey Jus Con-
 trov. L. 12. T. 2. Q. 33. aonde só limita = in-
 famem in casibus, quibus relatio cessat, ju-
 ramentum deferre posse = Struv. Exerc. 17.

thes. 35. in fin. Sed vide Harprectr. Disp. 51. a n. 1656. ubi in casu speciali Nota et adde: Tudo o exposto a §. 5. comprovão Ridolfin. in Prax. P. 1. Cap. 10. a n. 134., e melhor Berlich. P. 1. Concl. 32., Lim. á Ord. L. 4. Tit. 52. in rubr., aonde copiou Guerreiro. Os Rendeiros podem deixar na alma das Partes, o que venderão para dellas exigirem os respectivos tributos, Artig. das Siz. Cap. 33. A Ord. L. 2. T. 33. §. 33. deixa nos juramentos dos Lavradores a prova da simulação da fraude das Juggadas; Juramento que Peg. ao mesmo T. 33. na rubr. n. 384. diz ser *judicial*. Póde deixar-se no juramento de qualquer o manifesto das suas facultades para a imposição do tributo, Boehm. ad Pand. Exercit. 97. C. 6. §. 11. Hum exemplo temos no Subsidio Litterario: Quem percebe dizimos póde deixar no juramento do Lavrador a quantidade da sua colheita de fructos, Barbos. de Paroch. P. 3. C. 28. §. 1. n. 42. in fin.; bem que o contrario defende Van-Esp. de Jur. Eccles. P. 2. Sect. 4. T. 2. C. 1. n. 23. Veja-se ao diante o Cap. 3.

CAPITULO II.

A quaes pessoas se pôde deferir este juramento.

§. II.

„ **D**Eferitur (diz Voet. ad Pand. Liv. 12. Tit. 2.
 „ n. 9.) omnibus sexus cujusvis, aut ætatis homini-
 „ bus, etiam impuberibus, servis, hæredibus, pro-
 „ curatoribus, defensoribus, de defuncti, aut domi-
 „ ni facto; ad eum effectum, ut ratum firmumque
 „ futurum sit, quod pupillus, procurator, defensor,
 „ aut hæres juraverit, et actio inde, vel exceptio pu-
 „ pillo, hæredi, domino competat, sive in sua, sive
 „ in domini anima per procuratores juratum sit: Cum
 „ æquum visum fuerit custodiri jusjurandum adver-
 „ sus illum, qui contentus eo, cum deferret, fuit;
 „ sibique, quod talibus detulerit, imputare debet,
 „ L. 9. §. 6. L. 25. L. 26. L. 28. §. 1. L. ult. §.
 „ penult. ff. de jurejurand. Neutiquam verò delatio
 „ proficit ad eum finem, ut pupillus, servus, defen-
 „ sor, procurator, hæeres aliique similes vel jurare
 „ cogentur, vel jusjurandum referre, né viderentur
 „ in manifesta hæere turpitudine, caderentque cau-
 „ sa: L. 34. §. 2. 3., Confirção-se Struv. et Mul.
 „ Exerc. 17. thes. 36. Rieg. P. 2. §. 1131.

Nota: Adverte Stryk. us. mod. L. 12. T.
 2. §. 4., que se o menor, ou pupillo jurou em
 seu favor, faz boa a sua condição, e a propria
 culpa o deve imputar, quem lhe deferio o jura-
 mento. Conf. Brunneman. na L. 9. ff. de Jur.

jurand. n. 36.; mas se elle deferio o juramento por inducção ou circumvenção tem o beneficio da restitução, mostrando-se enganado e lezo, d. L. 9. §. 4. ubi Brunneinan. n. 36.

§. 12.

A dúvida maior consiste: Se o herdeiro, ou qualquer outra pessoa pôde ser obrigada a jurar em sua alma o facto do defuncto, ou outro facto alheio, que com elle se não tratou? A regra geral, he que não; e que esta acção de juramento d'alma só he praticavel entre os proprios Contrahentes e sobre o proprio facto, Mell. Liv. 4. T. 9. §. 12., Peg. 1. For. C. 2. n. 19. Guerreir. Tr. 4. L. 3. Cap. 10. a n. 69. 78. et 107., Barbos. de Probation. per jurament. a n. 41., França ad Mend. 1. P. Liv. 3. Cap. 1. n. 73., Silv. ad Ord. Liv. 3. T. 52. §. 3. n. 8. et T. 59. §. 6. n. 3. Lim. de Gabell. pag. 268. n. 8. Peg. Tom. 9 ad Ord. L. 2. T. 33. in rubr. n. 388. Cod. Civ. da França Art. 1359.

§. 13.

Porém a mesma Ord. L. 3. T. 59. §. 6. claramente suppõe, que hum herdeiro pôde ser passivamente demandado por esta acção; e na mão d'elle está, ou jurar a ignorancia, ut ibi = *Se o Réo jurar que tal cousa não tem, nem sabe o que se della fez, etc.*, ou referir o juramento ao Auctor, não querendo jurar essa ignorancia, ut ibi = *E se o Réo não quizer jurar poderá referir o juramento ao Auctor; e, não querendo o Auctor jurar, será o Réo absoluto da demanda.*

§. 14.

Quanto ao que eu penso; parece-me que essa opinião (§. 12.) só procede, quando o herdeiro, ou qualquer outra pessoa he citada para em sua alma jurar com sciencia fisica a verdade de qualquer divi-

da, ou factó, que com elle se não tratasse: Sendo porém citado para jurar de credulidade, diz Voet. supra sub n. 9. "Non iniquum erit in id saltem hæ-
 ,, redi jusjurandum deferri, ut juret, quid de defun-
 ,, cti factó compertum habeat; eo modo quo et Tu-
 ,, toribus pro pupillo in judicio stanribus recte jusju-
 ,, randum á pupillorum adversario deferitur, ut jure-
 ,, jurando exponant, quousque negotium pupilli ipsis
 ,, notum sit, Anton. Fab. Cod. L. 4. T. 1. Defin.
 ,, 20. ,, A mesma differença entre o juramento de
 certeza, e o de credulidade suppõe Mul. ad Struv.
 Exerc. 17. thes. 36. Eneste sentido he que verdadei-
 ramente falla a Ord. citada (§. 13.)

§. 15.

Da fórma pois da citação he que depende ser ou não o herdeiro, ou qualquer outro obrigado jurar o factó do defuncto, ou o alheio: Se he citado para jurar de sciencia fysica, procede a regra do §. 12., e a distincção do §. 13. Se porém he citado para jurar de credulidade o factó alheio, necessariamente ou deve jurar a total ignorancia, ou de credulidade, o que crê ou sabe do factó de que se trata: Note-se a magistral doutrina de Stryk. de Cautell. Juramentor. P. 3. Sect. 2. tot. ibi =

„ Cum veró negotia, et facta, super quibus ju-
 ,, ramenta præstantur, ita sint comparata, ut vel
 ,, *unius partis* (1) *propria sint*, ita ut is solus scien-
 ,, tiam certam, et plenam, aut meliorem habeat:
 ,, Vel (2) *communis*, itaut *uterque litigans* æqua-
 ,, lem notitiam eorum possideat: Vel (3) *aliena*,
 ,, quorum tamen probabilis notitia in aliquo præsu-
 ,, mitur. Hinc primo omnium pro cautella notan-
 ,, dum, ut deferens accurate inquirat in factum, seu
 ,, negotium, super quo juramentum deferre vul; et
 ,, num adversarius certam et plenam ejus scientiam

„ habeat, et tunc deferat *super facto proprio con-*
 „ *troverso*: Vel etiam *utriusque partis communi*,
 „ juramentum judiciale veritatis: in quo jurat pars
 „ ea, cui juramentum delatum est, de veritate certa,
 „ seu quod certo sciat rem se ita, et non aliter ha-
 „ bere, in quo juramento error, et ignorantia omni-
 „ no excluduntur. Quodsi veró super facto tertii
 „ alieno, cujus quamvis certam scientiam pars adver-
 „ sa habere non possit, aliquam tamen notitiam ha-
 „ bere putatur, jurandum sit; tunc *credulitatis* jura-
 „ mentum deferendum erit, ubi jurans saltem de cre-
 „ dulitate, et notitia sua jurat, quod scilicet *credat*,
 „ *et probabiliter sciat* factum, vel negotium se ita,
 „ et non aliter....., Quamvis enim juxta jus civile
 „ commune, et secundum L. II. §. 2. ff. de Action.
 „ rer. amot. L. 34. §. 1. ff. de jurejur. iniquum ha-
 „ betur, ut quis de facto alieno juret, et anceps pe-
 „ riculum perjurii subeat..... In foro tamen Saxo-
 „ nico aliud introductum cum quo concordat
 „ etiam praxis fori Magdeburgici..... Quamvis ve-
 „ ró Textus hi de solis hæredibus loquantur, nihil-
 „ ominus tamen ob identitatem rationis etiam ad alias
 „ personas, quæ de facto alieno jurare debent, opti-
 „ mé applicantur, *sicut ex quotidiana praxi didici*,
 „ etc.

Et a n. 25. ibi =

„ Secundo: Deferens sibi cavere potest, ut eo
 „ in casu, ubi super facto alieno juramentum adver-
 „ sario deferre satagit, rem controversam scientiæ,
 „ et notitiæ adversarii committat. Et in hoc casu
 „ Reus, quamvis ignorantiam prætendat, nihilomi-
 „ nus *vel de credulitate, et probabili scientia, vel*
 „ *etiam de ipsa ignorantia, quod scilicet de facto*
 „ *nullam habeat notitiam, neque de eo quidquam*
 „ *audiverit, jurare tenetur*..... De eo enim fa-

cto, cujus quis habet scientiam, habet etiam conscientiam, qualecumque etiam illud factum sit, sive proprium sit, sive alienum; adeoque juste juramentum defertur per L. 12. Cod. de Reb. cred., et pro confirmanda veritate jurare tenetur etiam quis de eo quod audivit, et credit, Scheneidevin ad §. Item si quis n. 98. Instit. de Action.

Diversa autem sunt inter se juramentum *credulitatis*, et juramentum *ignorantiae*: In illo enim v. g. jurat hæres *se credere* defunctum illud, quod controversum, fecisse, vel non fecisse: In hoc vero jurat, se factum defuncti ignorare, et circa hoc bene monet Mev. P. 1. Decis. III. n. 4. quod non indiscrete, *sed circumspecto Judicis arbitrio* deferendum sit, habito scilicet respectu ad qualitatem rei controversæ et ad verisimilitudinem, aliasque circumstantias.

Potest tamen juramentum hoc *ignorantiae* bona conscientia præstare, æque ille, qui animo dubius est, et æqualiter propendit ad affirmativam, et negativam, quam is, qui veritatem, vel falsitatem rei controversæ simpliciter ignorat, nec indicia, præsumptionem, aut suspicionem aliquam habet, an defunctus illud fecerit. Juramentum autem *credulitatis* dubitans, vel simpliciter ignorans bona conscientia minime præstare potest, etc.

Et a n. 44 ibi =

Ex quo resdõso hæc cautella eruitur, quod in eo casu, ubi Reus juramentum subire, et de *sola credulitate* jurare paratus est, consentiente Actore, ad juramentum admitti possit. Quamvis enim circa modum deferendi juramentum erratum fuerit; tamen error hic propter superveniẽtem mutuatam declarationem, et conventionem Partium corrigi poterit, ut magis ad hanc posteriorem con-

„ventionem pro evitandis novi processus ambagibus,
 „respicendum sit, quam ad priorem erroneam de-
 „lationem.

„Imó, juxta mentem probatissimorum Auctorum,
 „licet de facto alieno, cujus veritatem ignorat Defer-
 „rens, juramentum veritatis sit delatum, et a Reo
 „relatum; tamen Deferentem, cui est relatum, jura-
 „mentum *credulitatis* præstare posse debere, si Ju-
 „dex, quod facere potest, saltem verba juramenti de
 „*credulitate* formaverit, defendunt Bérlich. P. 1.
 „Concl. 32. n. 5. Umn. Disp. 14. thes. 9. n. 82.
 „Menoch. de Arbitr. L. 2. Q. 189. n. 8.; et præ-
 „omnibus Franzk. ad Tit. ff. de Jur. jurand. n. 114.

Tudo isto segue Mul. ad Struv. Exerc. 17.
 thes. 33. pag. 1085., e pag. 1070. com outros
 DD.

§. 16.

Confirma-se o exposto: Porque tambem a Ord.
 L. 3. T. 53. no principio permite requerer Depoi-
 mento sobre Artigos, em que se trata de facto alheio,
 que o Depoente não tem razão de saber: Obriga o
 Depoente que tome as necessarias informações, e que
 deponha conforme a ellas, e quando não possa ser in-
 formado o obriga a que deponha, que não sabe nem
 cre o que no Artigo de facto alheio se contém, e só
 o desobriga de depor de outro modo sobre facto alheio.
 (Confirma-se Michalor. de Position. Cap. 16.) Ordena-
 ção, que, quando se trata de jurar sobre facto alheio
 admite o juramento de sciencia propria, credulidade
 ou ignorancia, e abre melhor a intelligencia da Ord.
 L. 3. T. 59. §. 6. acima ponderada no §. 13., e pa-
 recê que segue o exposto systema dos DD.

§. 17.

He pois erro, que grassa na praxe passar só com a proposição absoluta (§. 12.) *scilicet*, que esta acção só he praticavel entre as proprias Partes, e que ninguem póde ser obrigado a jurar factio alheio: Quando pelo contrario póde por esta mesma acção requerer-se, que qualquer ou jure de credulidade o factio alheio, ou jure a ignorancia total do mesmo factio: A união das duas Ordenações seriamente reflectidas (§. 13. e 16.) assim o persuade. E deve assentar-se, que se póde deferir a qualquer pessoa este juramento judicial sobre factio alheio, não para que jure a verdade fysica delle, mas para que a respeito delle jure de credulidade: Confirrao-se Guerreir. Tract. 4. L. 3. Cap. 10. n. 109., Struv. et Mul. Exercit. 17. thes. 33. Ridolfin. in Prax. P. 1. C. 10. n. 145. Menoch. de Arbitr. L. 2. Cas. 189. n. 7. Brunneman. na L. 34. ff. de Jur. jurand. n. 2. Harprectr. Disp. 51. n. 1655. Lauterbach. de Relat. jurisjurand. thes. 82. n. 10. Scheneidevin. ad §. 11. Instit. de Act. a n. 89., Cod. Civ. do Imperador José II. §. 220.

Nota: He erro, que muitas vezes tenho visto, repellirem os Magistrados desta acção; só porque o Réo diz não ser obrigado a jurar o factio alheio; quando aliás, ainda que fosse citado para jurar a verdade fysica, póde o Auctor variar para independente de nova citação, exigir do Réo o juramento de credulidade, ou de ignorancia, como já vimos com o transcripto Strykio: E se o juramento se defere a hum conjugue, a hum filho, a hum herdeiro, que habitavão com o defuncto, ainda menos póde ser repellido desta acção o Actor, porque nestes se presume sciencia, Guerreir. supra n. 31. et 80.,

Michalor. de Possit. Cap. 16. a n. 5. Conciol.
ad Stat. Eug. L. 2. Rubr. 13. n. 17. e Rubr.
12. n. 7.

CAPITULO III.

*Em quaes acções ou negocios he praticavel no jura-
mento Judicial no principio da demanda.*

§. 18.

Locum habet hæc jurisjurandi delatio in omni-
bus causis, seu actionibus civilibus, sive persona-
libus, sive realibus, sive rei persecutoriis, sive pæ-
nalibus; atque etiam in ipsis causis infamantibus,
veluti, si furti, vel de vi bonorum raptorum, vel
injuriarum agatur *civiliter*. . . . Sed etiam in po-
pularibus actionibus usum invenit. . . . Nec non in
quæstione, an mulier prægnans sit, nec ne ad id ut
ventris nomine in possessionem mittatur, si se præ-
gnantem juret, aut possessio ei denegetur, si adver-
sarius juret eam ex defuncto marito prægnantem
non esse, non ut partui noceatur. In disceptatione
quoque utrum sponsalia contracta fuerint. * In cri-
minalibus causis jurisjurandi relatio merito repro-
batur. Voet. ad Pand. L. 12. T. 2. n. 10. Stryk.
us. mod. eod. T. §. 29. Struv. et Mul. Exerc. 17.
thes. 39. Rieg. P. 2. §. 1132. Domat. pag. 221. art.
3. Guerreir. Tr. 4. L. 3. C. 10. n. 11. et 35.: Tu-
do o exposto se comprehende na generalidade da
Ord. L. 4. T. 52. ibi = Em todo o contracto de
qualquer qualidade que seja, onde fôr deixado

em juramento da parte, qualquer cousa, sobre que for contenda, etc. Com a mesma generalidade se vê concebido o Cod. Civ. dos Francezes Art. 1358. ibi = O juramento *Decisorio* pôde ser deferido sobre qualquer especie de contestação que seja.

III. O JURAMENTO

* Supposto que Stryk. supra §. 30., e Muller fazião differença entre a delação deste juramento sobre os esponsaes, ou sobre o matrimonio, admittindo-o sobre a verdade daquelles e não deste; com tudo hoje a nossa Lei de 6 de Outubro de 1784, prohibe, que promessas, pactos, e convenções esponsalicias não possam deixar-se no juramento daquelles, que as negarem, revogada para este fim a Ord. L. 3. T. 59. §. 5. 11. e 21. e Liv. 4. T. 19. Tambem neste Reino se não defere este juramento nos casos, em que a Escriptura he necessaria para substancia do contracto, como nos casos da Ord. L. 4. T. 19., Silv. ibidem n. 5. et ad Ord. L. 3. T. 59. §. 4. n. 9. Vide Moraes de Exec. L. 4. C. 4. a n. 25. §. 19.

Com especialidade: Quando o Réo he demandado por hum instrumento liquido, que tem execução prompta, pôde deixar no juramento do Auctor a sua defeza, e esta prova he admissivel; como prova *in continenti*; Coccey jus Controv. L. 12. T. 2. Q. 34. Stryk. ibidem §. 23.: O que entre nós pôde ser praticavel na acção de assignação de dez dias; de fórma que dentro delles pôde o Réo embargar, e deixar a verdade de seus embargos no juramento judicial do Auctor. E se sendo a divida contrahida por escriptura pública não tiver o Réo outra, com que prove a solução, mas só huma quitação particular, pôde nos

dez dias praticar-se o remedio da Ord. L. 3. T. 59. §. 10. com a exposição de Silv. *ibidem*, e de Moraes de Exec. L. 6. Cap. 2. n. 28. ¶. Secundò limitatur. O mesmo se pôde praticar nos embargos á execução da Sentença.

Quando porém se pratica o §. 20. He quasi nunca praticado, sendo hem especial e providente o caso da L. fin. Cod. de Fideicommiss., e do §. fin. Inst. de Fideicommissar. hæredi. Se hum Testador em particular sem outras provas recomenda pessoalmente a seu herdeiro algum fideicommissio universal, ou particular, ou algum Legado, e o herdeiro nega esta vontade do Testador, pôde deferir-se-lhe este juramento judicial sobre a verdade do que o defuncto lhe recomendou sem escriptura, e sem testemunhas, e he obrigado precisamente a jurar, tendo neste caso lugar proprio a acção, de que tratámos. Harprectr. Disp. 51. De Remedio L. ult. Cod. de Fideicom. a n. 1511. Lauterbach. de Jurament. judicial §. 5. n. 86., et Disp. de Relatione juramenti thes. 84. Conf. Voet. ad Pand. Liv 12. T. 2. sub n. 12. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 33. pag. 1085. Col.: Os requisitos necesarios para ser praticavel este remedio se podem vêr no citado Harprectr.

Nota: Outros casos especiaes se podem vêr acima na Nota ao §. 10.

CAPITULO IV.

Quando possa ser praticavel este juramento judicial lá no progresso de qualquer demanda, que se principiou a tratar ordinariamente, ou summariamente: E em que conjunctura della?

§. 21.

He notavel nesta Questão a variedade de opiniões: Huns DD. assentão, que a Causa só se póde deixar no juramento do R. (ou o R. a excepção no juramento do A.) até o termo probatorio; ou no termo probatorio mesmo, ainda quando a dilação se reforme; tenham ou não tenham o Auctor ou Réo provado as suas intenções, mas não depois de abertas já e públicas as inquirições, Barboza (Pedro) de Probat. per juram. sub n. 42. Barbosa (Agostinho) na L. 11. Cod. de Reb. cred. n. 4., Boehmer. ad Pand. Exerc. 47. = *De probatione per delationem juramenti* = a §. 19. Fabr. in Cod. Liv. 4. T. 1. Def. 28., Sentit. Stryk. us. mod. Liv. 12. T. 2. §. 21., Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 12.

§. 22.

Pelo contrario, Samuel de Coccey jus Controv. L. 12. T. 2. Q. 24. defende affirmativamente a questão = *An juramentum ab eo deferri possit, qui nihil probavit?* = Na Questão 25. defende affirmativamente a outra absoluta e illimitada ao termo probatorio, ut ibi = *An actor qui probationem suscipit, et in ea defecit, convolare ad juramenti dela-*

„ tionem possit? Affirmatur: Nam nihil impedit;
 „ quominus pluribus probationibus successive uti pos-
 „ sit Ubi tamen bene notandum, non licere
 „ actori simul, et intentionem probare, et juramen-
 „ tum deferre; quia juramenti delatio non locum ha-
 „ bet nisi deficienti ordinaria probatione. „

§. 23.

Arnold. Vin. Select. L. 2. Cap. 42. propondo
 esta Questão = An jusjurandum judiciale recusari
 „ possit delatum ab Actore, qui nihil probavit? =
 Depois de expôr a opinião negativa, e seus funda-
 mentos, resolve ut ibi = Cæterum ego contrariam
 „ Sententiam sequi malo; nimirum jure publico per-
 „ missum esse Actori, etiam si nihil probaverit; Reo
 „ deferre jusjurandum judiciale, qui id aut subire aut
 „ referre cogatur . . . est communis; et recepta Sen-
 „ tentia.

Voet. ad Pand. L. 12. T. 2. n. 11. et 12. ibi =
 „ Nihil autem interest in causis civilibus, an
 „ actor an reus sit, qui jusjurandum hoc deferat,
 „ cum uterque id possit, non modo ante, sed post
 „ litem contestatam. Usque ad Sententiam L. 12.
 „ Cod. de reb. cred., etiam si jam ulteriori fuerit re-
 „ nuntiatum probationum productioni, atque etiam
 „ ex publicatione testificationum didicerint litigantes
 „ quod minus probatum sit. „

Comprova Voet. a sua opinião com muitos Tex-
 tos e razões, e cita como sequazes della Mascard.,
 Thesaur., Christin., Cujac, Zoz., Perez, Car-
 pzoj., e outros mais. A mesma opinião referindo ou-
 tros muitos seguem Harprectr. Disp. 20. n. 289. et
 Disp. 51. a n. 1553, attestando que esta opinião he
 a mais benigna, verdadeira, commua, e recebida;
 Conf. Rieg. P. 2. §. 1133. Scop. ad Gratian. Decis.
 121. n. 5. Struv. Exerc. 17. thes. 32. Brunneinan.

na L. II. Cod. de Reb. cred. a n. 20., Guerreir. Tr. 4. L. 3. Cap. 10. a n. 6., Barbos. de Probat. per juram. n. 52. no fim.

Nota: Prescindamos de se deferir este juramento antes do termo probatorio; entre nós parece superflua esta disputa, huma vez que no termo probatorio se pôde requerer o Depoimento pelo A. ou R. (se depois do dito termo, *varii varia dixerunt*, Silv. ad Ord. L. 3. T. 53. §. 13. a n. 37., França ad Mend. P. 1. L. 3. C. 12. n. 85., Moraes Liv. 6. Cap. 3. n. 5. Arauj. de Perfect. Advocat. Decis. 5.): E he mais interessante requerer o Depoimento, do que deixar a Decisão no juramento: Porque se a Parte se propõe jurar falso, tanto jurará falso depondo, como deixando-se-lhe a decisão da Causa no seu juramento: E depondo ha esta differença, que se não attende o que ella jura em seu favor. (Bem que os Reínicos que assim o dizem se devem entender com as distincções expostas no Tract. 4.º) Se porém não se lhe pedio Depoimento no termo probatorio, então se poderá recorrer á melhor opinião dos DD. citados (§. 22. 23.); porque se se lhe tiver pedido depoimento, e elle tiver deposto, não he jámais obrigado receber o juramento de que tratamos, Nigr. Cyriac. Controv. 38. tot.: Bem como a Parte, que huma vez depoz aos Artigos, não he obrigado depor a elles segunda vez, Ord. L. 3. T. 53. §. 12. Sobre a qual se veja o Assento de 22. de Maio de 1783.

§. 24.

Porém depois da Sentença final já não pôde deferir-se tal juramento, Guerreir. supra n. 70., judi-

catum Peg. 2. For. Cap. 15. pag. 1033. Col. 2. et 1034., nem depois de haver Transacção, Urceol. de Transact. Q. 70. a n. 93., Posth. Civil. Resol. 147. a n. 9.

Nota: Está introduzido na praxe, que quando qualquer litigante no progresso da demanda quer deixar a decisão della no juramento da outra parte, o deve assignar por termo por ser prejudicial; fundando-se esta praxe na Ord. L. 1. T. 24. §. 19. 20. 21., e sendo sobre bens de raiz deverá intervir a mulher.

CAPITULO V.

Citação para esta acção: Quando o A. e R. tem ou não obrigação de comparecer em pessoa, e se cumprem comparecendo por Procurador; ou quando?

§. 25.

Convém todos os nossos Reínicos, que para esta acção não póde fazer-se a citação por Edictos, França ad Mend. P. 1. L. 3. Cap. 1. n. 74. Bagn. Cap. 35. n. 8. Phæb. P. 1. Art. 32. Mell. Liv. 4. T. 9. §. 12. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 9. E citando-se o Réo por Edictos, ainda que não compareça, se não desere juramento ao Auctor em contumacia do Réo, Vanguerv. P. 1. Cap. 6. n. 21. et Cap. 11. n. 24., França supra n. 75.

§. 26.

Esta citação se pode fazer por carta do Escri

vão dando o Official fé da entrega, França ad Mend. Ar. 57., mas não por Porteiro, excedendo a divida mil reis, Ord. L. 1. T. 49. §. 1.: Obsta porém a Ord. L. 3. T. 53. §. 13., e T. 59. §. 5., que parece permittem indistinctamente a citação por Porteiro: Sobre a combinação destas Ordenações trabalhou Peg. For. Cap. 2., que finalmente seguirão Silv. á Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 14., e Mell. L. 4. T. 9. §. 12. na Nota: Mas seria para desejar que se proscrevesse do foro o uso de se fazerem taes citações para esta acção por Porteiros, Jurados, Ventenarios, e outros taes, que as mais das vezes não sabem ler, nem exprimir a fórma da citação, intimar a comminação, e com ella o prejuizo e perigo no caso de nao comparecer, etc.: Isto ainda se não remedeia com a espera do citado a segunda audiencia; porque ou não poderia ser o Réo citado para a primeira, e falsa essa citação; ou a citação para a primeira seria feita sem aquellas precisas declarações. Veja-se Pint. Ribeir. Relaç. 3. n. 123. e o mesmo Peg. a n. 8.

§. 27.

Tem sido varias as praxes sobre a ordem do processo desta acção: Eu deixo de as referir e respectivos julgados; porque tudo suffocou o Decreto de 10 de Maio de 1790, ut ibi.

„ Sendo informada, que nas acções d' alma pa-
 „ ra haver de se condemnar pelo juramento do Au-
 „ ctor se podião excusar as segundas citações, de que
 „ faz menção a Ord. L. 1. T. 49. §. 1., antes que
 „ pelo contrario se fazião impraticaveis as sobredi-
 „ tas segundas citações, tanto assim, que sem ellas
 „ se tem procedido sempre no foro em grande utili-
 „ dade de Meus Vassallos, e boa expedição das Par-
 „ tes: Sou servida que daqui em diante em todos os
 „ Auditorios deste Reino se observe a prática, que

„ se acha authorisada pelo Decreto de 15 de Junho
 „ de 1758., para effeito de que não podendo ne-
 „ nhuns Réos ser condemnados á revelia pelos jura-
 „ mentos dos Auctores logo na primeira audiencia,
 „ sem que sejam esperados até a segunda, o possão
 „ com tudo ser não comparecendo em nenhuma del-
 „ las, sem que sejam citados de novo; visto ter-lhes
 „ sido logo declarado, que a Parte os manda citar
 „ para deixar o caso no seu juramento. E que o mes-
 „ mo se observe, ainda que as quantias sejam modi-
 „ cas, etc.

§. 28.

Se o Réo he citado para comparecer a jurar em propria pessoa não satisfaz mandando Procurador; maximé estando o Réo no lugar do Juizo, e se está fóra do Juizo deve ser citado por Precatorio, que compareça pessoalmente, e assim o deve cumprir: Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 17. et 18. et 19. França ad Mend. P. 1. L. 3. Cap. 1. n. 77. 78. Brunnem. na L. 12. Cod. de Reb. Credit. n. 42.: Mas o Auctor, que assim fez citar o R., deve tambem comparecer em propria pessoa para jurar, se o juramento se lhe referir, Silv. supra n. 20.; França n. 79. Repertor. sub. Verb. = *citado póde ser hum para que appareça em prova*, etc. O que porém se limita no Clerigo: Peg. tom. 13. ad Ord. L. 3. Tit. 7. in princ. n. 10.

§. 29.

Sendo porém illustres as pessoas citadas para vir a juizo pessoalmente receber, ou referir o juramento, não são obrigados comparecer presencialmente, como refere julgado o citado *Repertor*. De fórma que ou hão de ser admittidas por Procurador, ainda que citados para comparecer em pessoa; ou se ha de mandar Commissario a sua casa, ou dar-lhe huma p[er]t[ur]

cular audiência, L. 15. ff. de Jur. jurand., Stryk. us. mod. L. 12. T. 2. §. 28. Perez in Cod. L. 4. T. 1. n. 17. Cod. de Sardanh. Liv. 3. T. 14. §. 19. Peg. Tom. 6. For. Cap. 144. n. 8. Brunneman. na L. 12. Cod. de Réb. cred. n. 46., et his non citatis doctissimus Pereir. Souz. Prim. Linh. do Process. Civ. Not. 509., aonde amplia aos impedidos por doença (de quib. infra) e adverte, que devem obter para isso do Juiz da Audiencia Despacho de admissão.

Nota: A praxe de admittir Procurador aos Réos, quando não são citados para comparecerem pessoalmente, ou ainda aos Auctores para jurarem as dividas nas almas de seus Constituintes; esta praxe he exposta aos inconvenientes; que vio, e que attesta França ad Mend. P. 1. Liv. 3. Cap. 1. n. 80. Tenho visto alguns persuadidos, que jurar falso por Procurador sem tocar os Evangelhos não he perjurio: E que erro! Por tanto (á unica excepção dos Illustres privilegiados) o Juiz não deverá no meu arbitrio; admittir aqui Procurador nem ao Auctor nem ao Réo: Quando com Procuração venha Certidão de doença, não deve facilmente acreditar Certidões de Medicos e Cirurgiões, como recommenda França supra, e já antes o advertirão Peg. tom. 13. ad Ord. L. 3. T. 9. §. 10. n. 6., Cardos. Verb. Impedimentum n. 4.: E certificado da doença com outras provas, ou deve espaçar tempo, ou ir, ou mandar a casa do enfermo deferir-lhe pessoalmente o juramento deferido, ou referido: Esta he a praxe da Saxonia, por mais especiaes que sejam os Procuradores; Brunneman. supra n. 42.: Esta he a moderna Legislação de Sardanha no seu Cod. Liv. 3. T. 14. §. 18. (confira-se o Tract. 1. a §. 5.)

Ah! E que perjuros e roubos se evitarão neste caso, se os nossos Magistrados fizessem aos que se apresentam para jurarem as exhortações recommendadas pelo dito Cod. Liv. 3. T. 14. §. 3.º Elle determina, que o Juiz “Será obrigado de lhe fazer huma forte exhortação, e lembrança da reverencia devida a hum tal acto, e das penas e castigo, com que será punido, jurando falso, pela justiça Divina e humana.” Não se verião tantos perjuros se este juramento se deferisse com a solemnidade, e formalidade que determina o mesmo Cod. §. 4.º, isto he que “depois daquella forte exhortação se accendão duas luzes; e a Parte, que deve jurar, estando de joelhos, porá as mãos sobre os Santos Evangelhos, e neste estado elle recitará de alta voz: Eu F. tomo por testemunha ao Todo poderoso meu Creador, e meu Deos, que he a suprema verdade, em como (aqui referirá a verdade do facto questionado.) E se eu minto, eu rogo ao Senhor, que não me ajude, nem me dê salvação, nem alguma consolação; mas que logo logo me envie hum tão repentino e milagroso castigo, como enviou a *Ananias*, e *Zafira* sua mulher por terem mentido ao Espirito Santo; ou que me faça passar o resto da minha vida em perpetuas calamidades, e miserias, enviando sobre mim a sua horrivel maldição, e sobre quanto me pertence a fim de que todos tomem exemplo sobre mim de não mentir mais a sua Divina Magestade, e de ter mais temor a seus justos castigos.

§. 30.

Se o Réo logo na primeira audiencia compare

ce em propria pessoa, e requer se lhe conceda espaço para se deliberar sobre o que ha de jurar, ou sobre referir o juramento ao Auctor, se lhe deve conceder por tempo racionavel segundo as circumstancias do negocio, Ridolfin. in Prax. P. 1. Cap. 10. n. 162. Vanguerv. P. 2. Cep. 1. n. 44., Peg. 2. For. Cap. 15. pag. 1035. aonde assim refere julgado; Voet. ad Pand. Liv. 12. T. 2. sub. n. 16., Struv. Exerc. 17. thes. 33. Brunneinan. na L. 34. §. 1. ff. de jur. jurand., e na L. 12. n. 25. Cod. de Reb. cred. Guerreir. Tr. 4. Liv. 3. Cap. 10. n. 72. 73.: E bem que Barbos. de Probation: per jurament. n. 26. distingue entre o caso de se pedir tempo para deliberar, se se ha de jurar; ou para deliberar, como ha de jurar, denegando espaço no primeiro caso, e concedendo-o no segundo, com tudo isto he huma mera subtiliza.

§. 31.

Se o R. não comparece na primeira audiencia he esperado uecessariamente á segunda, ou a divida seja grande ou pequena. (§. 27.) Se o Réo não comparece na segunda, defere o Juiz o juramento ao Auctor, ou em pena da contumacia do Réo, ou como que se o Réo o referisse ao Auctor, Barbos. de Probat. per jurament. n. 32. ibi = Si quis citatus non comparet „ ad jurandum, non poterit Judex eum habere pro „ confesso, quasi nolit jurare, cum refertur possit. „ Sed debet Pars, Judice deferente jurare, quasi contumax illud referat, juxta regulam L. De ætate 7. „ §. Qui tacuit ff. de Interrog. Et ita quotidie fieri videmus. „ Este he o sentimento do Cod. Civ. do Imperador José II. §. 223. 224.: Bem que no sentimento de outros basta só a contumacia do Réo para se haver por confesso, e convencido, Harprectr. Disp. 51. a n. 1834., em pena de contumacia Estatut. de Eugub. Liv. 2. Rubr. 12. Rieg. P. 2. §.

1139.; conduz o Simile dos Artigos das Sisas Cap. 33. §. 1.

Nota: Para que qualquer se julgue contumaz em comparecer, e responder em juizo, e para se haver por confesso, ou para se suppôr que quiz que em sua contumacia se deferisse o juramento ao Auctor, he necessario esta comminação, (que os Escrivães peritos escrevem nos Mandados) que com ella se decrete e execute a citação na propria pessoa: Veja-se Boehmer. Exerc. 24. = de *Contumacia non respondentis* = Cap. 1. a §. 13. A nossa Ord. L. 3. T. 53. §. 13., quanto ao Depoimento requer que se cite a Parte pelo Escrivão, ou Tabellião do feito para que deponha; e que, se não depozer, será havido por confesso: E que diversa razão entre a citação para o Depoimento, e para o juramento d'alma? He portanto indispensavel a comminação, e que esta se intime explicitamente ao R. Acresce: Se a Ord. Liv. 1. T. 49. §. 1. no seu caso prohibia a primeira citação em comminação, não a dispensava na segunda citação. E se esta segunda citação he desnecessaria á vista do novo Decreto (§. 27.) fica sendo necessaria na primeira citação; veja-se o Senador apud Peg. tom. 13. á Ord. L. 3. T. 1. §. 5. debaixo do n. 37., e confira-se o Simile, de quo Moraes de Execut. L. 4. Cap. 9. n. 30.

CAPITULO VI.

*Se nesta acção pôde o Réo citado oppôr
Declinatoria.*

§. 32.

EU vejo a L. 35. §. 2. ff. de Jur. jurand. decidindo = Qui non compelluntur Romæ judicium accipere, nec jurare compellendi sunt = E a nota de Gotofred. ibi = Exceptionem fori habens nec respondere interrogationi Judicis, nec positionibus adversarii = Eu vejo seguida sem dúvida a letra desta Lei por Voet. ad Pand. Liv. 12. T. 2. sub n. 15., por Lauterbach. Disp. de Domicilio thes. 71. n. 278., por Harprectr. Disp. 51. n. 1582. por Luc. Ferrar. Verb. Jurament. Art. 2. n. 36., e Ridolfin. in Prax. P. 1. C. 10. n. 139.

§. 33.

Mas nos nossos Reinicolas eu vejo huma notavel contradicção e variedade de Arestos: Mend. P. 1. L. 3. C. 1. n. 11., e ahi França n. 86. referem variedade de Arestos; e o grande Mell. L. 4. T. 9. §. 12. passou sem crítica com essa opinião: Em contrario, que nesta acção tem lugar a *Declinatoria fori* seguem Cost. ad Caminh. Annot. 40. n. 27.; Arouc. na L. 8. §. 1. de Rer. divis. n. 82., (aonde fortemente ataca Mendes) Guerreir. de Privileg. Cap. 18. n. 73. et Tract. 4. L. 3. C. 10. n. 73. et Forens. Q. 23.

§. 34.

Nesta variedade de opiniões devemos necessariamente seguir a que admite *Declinatoria*: 1.º, porque

nesta acção ha Auctor, Réo, e Juiz, e a dita L. 35. ff. de Jur. jurand., que he expressa, he subsidiaria em falta de Lei Patria: maximé quando: 2.º, se conforma com os Principios Elementares da nossa Legislação; segundo os quaes em demanda, em que ha Auctor, Réo, e Juiz, deve o Auctor seguir o foro do Réo Ord. L. 3. T. 5. §. 1., e 3. e T. 11: Princ., Assent. 3. de 23 de Novembro de 1769: E assim o vemos seguido in judicando apud Peg. tom. 13. ad. Ord. L. 3. T. 1. §. 5. n. 37.

Nota: Que erro mais crasso, como dizer-se que o demandado nesta acção he o proprio Juiz que se julga a si mesmo, condemnando-se, ou absolvendo-se, e que por isso não póde declinar a Jurisdicção do que o fez citar? Quantas dúvidas, que dependão da jurisdicção de hum Magistrado, e da sua decisão não occorrem nesta acção? Podem ser tantas quantos os paragrafos deste Tractado: E quem he o que regula a sua decisão? São as Partes? Quem ordena a fórmula dos juramentos? Quem ha de julgar, se o Auctor póde ou não usár desta acção; se ella he ou não competente; se o Réo he ou não obrigado jurar, ou referir o juramento; em que casos póde ou não referir-se, etc.? Quem ha de deferir á Appellação nos casos, em que aqui se admite, e se verão no Cap. 10.? Depois do juramento deve haver Sentença condemnatoria, ou absolutoria L. 34. ff. de jur. jurand.: E quem a ha de proferir? He cegueira não advertir a Ord. L. 1. T. 49. §. 1. L. 3. T. 52. §. 3., e T. 59. §. 5. Que iniquidade levar qualquer arrastado a terras remotas para ahi jurar, ou vér jurar? Os Corregedores são os que mais se ar-

rogão a arrancár dos seus domicilios, ainda em Terras onde ha Juizes de Fóra, as Partes de qualquer lugar para irem jurar no seu juizo: Já pelo Desembargo do Paço por Provisão de 7 de Janeiro de 1807 inhibio ao Corregedor d' Aveiro para não conhecer de acções d'alma dos domiciliarios em Terras, aonde ha Juizes de Fóra, e o que reprehendeo por não admittir as declinatorias nesta acção.

Eu não nego que, se o citado não comparece perante hum Julgador (que não seja absolutamente incompetente, e improrogavel), he visto prorogar a sua jurisdicção ex Silv. ad Ord. L. 3. T. 49. §. 2. n. 44.: Porém se citado para esta acção comparece, e declina a Jurisdicção, he summa injustiça rejeitar-lhe a Declinatoria.

CAPITULO VII.

Obrigaçãõ precisa do Réo, ou de receber, ou de referir ao Auctor o juramento, sobre o que elle propõe: Casos em que o Réo pôde recusar o juramento: Casos em que deve precisamente jurar, e não pôde referillo ao Auctor.

§. 35.

Manifestæ turpitudinis et confessionis est noisfe nec jusjurandum referre,, L. 38. ff. de Jur. jurand. Pro confesso est, qui nec jurat, nec jusjurandum refert, Synopsis Basil. 12. T. 5. Cap. 35., non tamen habetur pro confesso nisi secuta fuerit super hoc Sententia L. 29. ff. de Jur. Fisc., Gotofred. nas Notas á mesma Lei. A nossa Ord. L. 3. T. 59. §. 5. constitue os Réos nesta mesma obrigaçãõ de jurar, ou referir o juramento, ut ibi = E se o citado não quizer jurar, e recusar o juramento, e o Auctor jurar que o Réo lhe he obrigado naquillo que lhe demanda, o Juiz condemne ao Réo por Sentença no em que o Auctor jurar, que o Réo lhe he obrigado pagar: pois o Réo, em cujo juramento o Auctor o deixava, não quiz jurar, etc. Et §. 6. ibi = E se o Réo não quizer jurar, poderá referir o juramento ao Auctor,, Concorda o Cod. Civ. da França Art. 1361.

§. 36.

Porém esta regra não he sem limitações. "Interdum tamen juramentum recusari potest, puta ratione deferentis, L. 17. §. 1. et ult., L. 26. ff.

„ de jurejurand., *ejus cui defertur*, L. 34. §. 2. 3.
 „ eod. Tit., *loci ubi defertur*, L. 35. eod. Tit.,
 „ *actionis, super qua defertur*, L. 16. eod. Tit.,
 „ *exemptionis propositæ*, L. 14. §. 3. Cod. de Non
 „ numer. pec., *ignorantiæ et erroris*, L. 34. ff. de
 „ jur. jurand., *metus perjurii*, L. 18. eod. Tit., *da-*
 „ *mini actoris*, L. 30. eod. Tit., *qualitatis, ac mo-*
 „ *di delati juramenti*, L. 34. §. 5. et penult. eod.
 „ T. Cuilibet liberrimum est recusare juramen-
 „ tum, si causas habeat non jurandi; hæc autem ma-
 „ nifestæ turpitudinis esse, si cum nullam recusandi
 „ juramenti causam habeas, jurare nolis. „ Assim
 Gothofred. na exposição da L. 38. de Jur. jurand.
 Estas Compendiárias limitações são as que passo a es-
 tofar.

SECÇÃO I.

*Casos, em que o Réo não pôde ser constrangido nem
 a jurar, nem a referir o juramento ao Auctor.*

PPrimeiro caso: Este he o em que a verdade dos
 Esponsaes contrahidos sem Escriptura pública se dei-
 xa no juramento do Esposo refractario; pois que ex-
 pressamente o prohibe a L. de 6 de Outubro de 1784
 (§. 18. Not.):

§. 38. Quando se deixa no juramento
 do R. hum contracto, em que na conformidade da
 Ord. Liv. 4. Tit. 19. se requer a Escriptura *pro su-*
stantia: Pois tambem se não pôde deixar no jura-
 mento do Réo a verdade desse contracto, que antes

da Escripura he nullo; e em que pôde haver arrependimento, Cald. de Empt. Cap. 19. n. 27. Silv. ad Ord. L. 3. T. 59. §. 4. n. 9. et Liv. 4. T. 19. §. 2. n. 10.

§. 39.

Terceiro caso: Se o Réo oppõe logo a Declinatoria fóri não he obrigado a jurar nesse juizo, nem referir o juramento (§. 32. 33. 34.): E se o Réo agrava da rejeição da Declinatoria, este agravo, ainda que de instrumento, suspende a Jurisdição do Juiz, Silv. ad Ord. L. 3. T. 20. §. 9. n. 30. Repertor. sub Verb. = *Aggravo ordinariamente não suspende* = Assent. de 23 de Março de 1786 na Collec. N. 291.: E se o Juiz procede *ad ulteriora* deferindo juramento ao Auctor, depois de interposto o agravo, commette attentado, Cortead. Decis. 22. n. 11. et 30.

§. 40.

Quarto caso: Se o Réo foi citado para comparecer pessoalmente, e o Auctor não compareceo na propria pessoa, não he obrigado o Réo a jurar, nem referir o juramento ao Procurador do Auctor, ainda que seja Procurador especial (§. 28.)

§. 41.

Quinto caso: Ainda quando o Réo não foi citado para comparecer pessoalmente, não he obrigado jurar nem referir o juramento, se o Procurador do Auctor se não mostra munido de hum legitimo e especial mandato para o deferir ao Réo, ou para o receber sendo-lhe pelo Réo referido (§. 6.): Adde Altim. de Nullit. Tom. 2. rubr. 11. Q. 36. n. 50., signanter Ridolfin, in Prax. P. 1. Cap. 10. n. 136. Cod. de Sardanh. L. 3. T. 14. §. 17.

§. 42.

Sexto caso: Se algum he citado para em sua al-

ma jurar de sciencia fysica hum facto alheio (§. 12.): Porque só póde ser obrigado a jurar de credulidade, ou a jurar a ignorancia desse facto, (§. 13. 14. 15.) Ridolfin. in Prax. supra n. 144. et 145. optime Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 19. et 20. Schencidevin. ad §. 11. Instit. de Action., menos que conforme a doutrina de Stryk. transcripto debaixo do §. 15., na mesma audiencia se não varie para o juramento de credulidade.

§. 43. Septimo caso: Se depois do Depoimento na Causa summaria, ou ordinaria, lhe deixa o Auctor a decisão no seu juramento judicial: Porque tambem neste caso não he obrigado recebe-lo, nem referi-lo: Barbos. de Probat. per juramentum n. 42. §. = Tamen si depôsuit articulis = Struv. Exerc. 17. thes. 23., Cyriac. Controv. 38. Conciol. ad Stat. Eugub. L. 2. Rubr. 12. n. 14.: E menos depois da Sentença, Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 11.

§. 44. Oitavo caso: Não he o Réo obrigado receber, nem referir o juramento, se o Auctor, sendo requerido, não jura primeiro de calumnia em como sem ella, e sem animo de vexar ao Réo com este juramento o exige delle, e por ser verdade o que pede, que elle jure, Vin. Selectar. Liv. 1. Cap. 42. §. Notum est enim = Voet. ad Pand. Liv. 12. T. 2. n. 15., Harprectr. Disp. 51. a n. 1515., Struv. Exerc. 17. thes. 23.; Lauterbäch. de Juram. judic. n. 78. Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 16., Ridolfin. in Prax. P. 1. Cap. 10. n. 153., L. ult. Cod. de Reb. cred.

§. 45. Nono caso: Se o Auctor já primeira vez fez citar ao Réo para esta acção; e, querendo o Réo jurar, lhe revogou a delação do juramento, não póde se-

gunda vez reiterar a mesma acção; e, reiterando-a, nem o Réo he obrigado jurar, nem deferir-lhe o juramento, Harprectr. Disp. 51. n. 1576., et Disp. 20. a n. 279. Laurerb. de Juram. judic. n. 85., Berlich. supra n. 17. Struv. Exerc. 17. thes. 23., Guerreir. tr. 4. Liv. 3. Cap. 10. n. 63., Cod. de Sardanh. L. 3. T. 14. §. 16. L. 11. Cod. de Reb. cred.

§. 46.

Décimo caso: Se o que propõe esta acção he por exemplo huma mulher casada, que não pôde estar em juizo sem authoridade do marido, ex Ord. L. 3. T. 47. ubi Silv. p. 8., nem pôde deferir o juramento, nem o Réo he obrigado recebe-lo, ou referi-lo, L. 35. §. 1. ff. de jur. jurand., Harprectr. supra a n. 1577: Não assim nos casos, em que a mulher pôde estar em juizo sem authoridade do marido, casos que referem. Silv. supra a n. 10. Guerreir. Tract. 2. Liv. 6. Cap. 12. a n. 116., França ad Mend. P. 1. Liv. 1. Cap. 3. a n. 20.: e geralmente em todos os mais casos referidos no Cap. 1. em que qualquer não pôde ser admittido a deferir este juramento, tambem o Réo não he obrigado recebe-lo, nem referi-lo, ex DD. ibi citatis.

§. 47.

Undécimo caso: Se o Réo já tem provado a sua intenção na Causa pendente, não pôde o Auctor deixar no seu juramento a decisão della, e nem he obrigado recebe-lo, nem referi-lo, Ridolfin. supra n. 150. Guerreir. supra n. 83. et 101., Voet. ad Pand. L. 12. T. 2. sub. n. 15. Barbos. de Probat. per jurament. n. 47., Conciol. ad Stat. Eug. Liv. 2. Rubr. 12. n. 10. Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 30.

§. 48.

Duodécimo caso: Hum Comprador, que pôde ter regresso a demandar o Vendedor pelo direito da

evicção, não pôde ser obrigado a jurar, nem referir o juramento; porque aliás, recebendo-o ou referindo-o, e ficando por este modo condemnado, perderia o direito da evicção, Guerreir. supra n. 103. Ridolfin. n.º 149. Mangil. de Eviction. Q. 199. Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 36. Conf. Stryk. us. mod. L. 21. T. 2. §. 24.

§. 49.

Decimo terceiro caso: Ha homens tão tímidos e reverentes á religião do juramento, que tem por melhor perder o que se lhe manda que elles jurem, do que subir e receber o juramento. Para occorrer pois. ou á surpresa de algum que com injustiça exija de tal homem hum juramento judicial, ou áquelle temor, e ainda porque he digno de louvor aquelle, que evita jurar, e recorre a outras provas, mais por causa de religião, que por remor-os da propria consciencia, e não menos porque geralmente todo o juramento he hum remedio subsidiario: Por estas e outras razões os DD. fundados na L. 71. ff. de reivind. na L. fin Cod. de Reb. cred.; e no Direito Canónico no Cap. 2. de Probat., juntas as razões da L. 8. ff. de condit. Instit., e da L. 21. Cod. de Fid. Instrument. tem assentado uniformemente, que o Réo pôde deixar de jurar, e não he obrigado referir o juramento ao Auctor, huma vez que se offereça a verificar a verdade com provas de Documentos ou testemunhas.

§. 50.

Assim o comprovão Voet. ad Pand. Liv. 12. T. 2. n. 15., Brunneinan. á dita L. 30. n. 10, Fabr. in Cod. Liv. 4. T. 1. Def. 3., Harprectr. Disp. 51. a n. 1603., Struv. et Mnl. Exerc. 17. thes. 33. expresso, Stryk. de Cautell. Testam. P. 3. Sect. 2. Cap. 3. tot.: Assim he estabelecido pelo Direito da

Saxonia, pelo Magdeburgico, da Lubeca, Anhaltino, etc., que refere o mesmo Stryk, accrescentando no n. 18. que “Ratio hujus concessionis æquissima est, quod quoniam actori liberum est, an probationem per testes, et documenta instituere, an veró ad extraordinariam scilicet delationem juramenti confugere velit: Ita et hæc libertas Reo concedenda, ut electionem habeat qua probationis specie circa suam ipsius defensionem uti velit: Unde et jure laudatur is, qui religione magis, quam conscientia motus ad probationes confugit: Imó prudenter aget is, qui cum liquidas probationes se habere videt, per quas victoriam litis sibi parare potest, incerto deferentis perjurio causam non committit, etc. Imó (accrescenta Harprectr. n. 1264.) cum juramentum, saltem subsidiarium remedium sit, quod demum in defectum aliarum probationum regulariter locum sortiri debet, sic, ut non aliter quam id summa poscat necessitas, jurandum sit... Consequens est Reum, si ad alias ordinarias probationes provocet, modis omnibus audiendum esse, et male, tanquam recusantem, condemnari, etc. Conf. Carpzov. Defin. for. P. 1. Const. 14. Def. 14. Zoz. ad Pand. T. de Jurejur. n. 41., Coccey Jus Controv. Liv. 12. T. 2. Q. 23., Berlich. P. 1. Concl. 32. a n. 21., Conciol. ad Stat. Eug. Liv. 2. Rubr. 12. n. 2.: Idem Brunnem. in L. 9. Cod. de Reb. Cred. n. 20. 21.

§. 51.

Esta providencia, porque tão justa e racionavel, adoptou, e fez praticavel o Imperador José II. no seu Cod. Civ. §. 217., e 218. ibi = Se aquelle, ao qual o juramento Decisorio tiver sido deferido, se offerece para segurar a sua consciencia, a huma contra prova legitima, elle deverá ser admittido

„ por Sentença a produzi-la; mas se depois a prova
 „ produzida se acha insufficiente, ou defectuosa, elle
 „ não poderá mais aceitar o juramento que lhe tem
 „ sido offerecido. Se aquelle, a quem o juramento
 „ Decisorio tiver sido deferido, não offerece no pro-
 „ cesso provás legitimas para affiançar a sua conscien-
 „ cia, elle deverá ser condemnado alternativamente,
 „ ou a aceitar o juramento, ou bem referi-lo áquel-
 „ le, que o oppõe. O juramento referido deverá acei-
 „ tar-se sem excepção. „ Este com effeito era o uso
 do Foro da Austria, que antes havia attestado Rie-
 ger, P. 2. §. 1314.

Nota: Esta prática he digna de ser ado-
 ptada pelo que fica demonstrado (§. 49. 50.):
 A falta de lição de bons Livros, e do uso das
 Nações, he a causa de os Juizes obrigarem pré-
 cisamente que o Réo, ou jure, ou refira o jura-
 mento ao Auctor. Alguns, depois de o conde-
 mnar, admittindo-lhe as qualidades (que aliás
 lhe não podem reprovar por via de regra ex
 Ord. L. 4. T. 52.) ainda contra a fórma desta
 Lei, que as admitte sem prova da verdade del-
 las, os obrigão a provallas em dez dias. Tal
 praxe he reprovavel como opposta áquella Lei
 (veja-se ao diante o Cap. 9.): E huma vez
 que o Réo rectise jurar, ou referir o juramento,
 e se offereça provar a verdade contraria do que
 se lhe propõe, que jure, deve ser admittido a
 essa prova, sem que primeiro seja obrigado ju-
 rar, ou referir o juramento. Da parte do Juiz
 está unicamente abreviar-lhe o tempo, por exem-
 plo até dez dias, como no caso da Ord. L. 3.
 T. 25., e comminar-lhe que, não provando den-
 tro delles, se referirá o juramento ao Auctor,

ex Stryk. supra a. n. 13., et in us. mod. Liv. 12. T. 2. §. 25., onde limita este tempo a oito dias.

§. 52.

Admittido pois ao Réo escrupuloso este recurso, e assignado termo para prova de sua defeza, elle deve no prefixo termo propolla e provalla por escripto, testemunhas, ou Documentos, Stryk. supra a n. 18., advertindo desde o n. 58. que “Peracta,, hac probatione, hanc porro cautellam adhibeat pro-,, ducens, ne admittat adversarium ad probationem,, contrariam; quamvis enim regulariter probatio, et,, reprobatio se invicem respiciant, et hæc ipsa ad-,, mittantur; aliud tamen in hac probatione pro exo-,, neranda conscientia obtinet: *Siquidem ea in locum,, juramenti præstandi subrogatur*: Cum veró con-,, tra juramentum ab Actore delatum, et Reo præ-,, titum actor nullam reprobationem habeat, sed ju-,, ramentum ex delatione actoris præstitum finem liti,, imponat, ita ut amplius nihil quærat, quam an,, juratum sit.... Utique ex natura surrogatorum se-,, quitur quod probatio pro exoneranda conscientia,, *tanquam subrogatum juramenti judicialis ejus,, naturam habeat; adeoque reprobationem contra-,, riam non admittat*. Quod de Jure Saxonico indu-,, bium est.,,

§. 53.

Porém o Réo demandado não tem tal regresso a essa prova, depois que humã vez accitou jurar, Coccey Jus Controv. L. 12. T. 2. Q. 28. v. At aliud est, et Q. 30. Stryk. de Cautell. Jurament. P. 3. Sect. 2. a n. 87. Quid veró, se o Réo nos dez dias não provou plenamente a sua intenção? Se não provou mais que semiplenamente, não póde pertender Suppletorio, Stryk. supra a n. 68., e deve precisamen-

te subir ao juramento judicial Decisorio, que ainda tem regresso para o aceitar, Coccey supra Q. 29.; Stryk. us. mod. L. 12. T. 2. sub. §. 25. Só se dúvida se ainda o póde referir ao Auctor? Não são conformes Stryk., e Coccey citados: Mas o mesmo Stryk. de Caut. juram. P. 3. Sect. 2. Cap. 3. a n. 82. com Brun-
neman., Lauterb., e Carpzov. assenta que “Is qui
„ defensionem conscientiae suscepit, in probatione ve-
„ ró succubuit, postmodum ad relationem juramenti
„ pervenire non possit. „ O Cod. Civ. do Imperador
José II. transcripto no §. 51., remove esta collisão
de opiniões, e tira a dúvida.

Nota: Poderá objectar-se que o exposto desde o §. 49. (ainda que aliás bem racionavel) se não póde accommodar á praxe do nosso Reino; e muito menos as doutrinas transcriptas nos §§. 52. e 53.; Pois que a nossa Ord. L. 3. T. 30. juncto o T. 20. manda proceder ordinariamente em todas as causas sobre bens de raiz, e 1000 rs. nas dividas, e móveis; e admittida a praxe da Alemanha se frustrava indirectamente a nossa Legislação, huma vez que conforme essas doutrinas, justificando o Réo plenam nte a sua defeza, lhe ficaria esta subrogada em lugar de juramento, com a mesma força, sem mais replica do Auctor: Por outra parte hum Réo indus-
trioso, prevalecendo-se dessas doutrinas, se faria hypocrita, affectaria religião, e temor ao juramento para ser admittido por tal modo a huma defeza, que justificasse, subrogada em lugar de juramento, e ser absoluto sem mais replica do Auctor.

As razões desses DD. adoptadas em Legislações, parecem fortes: O difficil será encontrar

o Magistrado hum homem tal sem hypocrisia, qual os Alemães excusão de jurar. Persuadido o Juiz da sua verdadeira religião, será racionavel admittir-lhe a escusa de jurar, ou referir, e admittir-lhe essa justificação, não para o fim de lhe ficar subrogada em lugar de juramento, e com a força d'elle, sem mais replica do Auctor; mas e tão sómente para o fim de o dispensar do rigor de jurar ou referir o juramento; remettendo depois a disputa á via plenaria com replica e tréplica conforme a nossa Legislação, e praxe. Assim combinaria eu e amoldaria, debaixo desta distincção, essa praxe da Alemanha com a nossa.

SECCÃO II.

Supposta a obrigação do Auctor em aceitar a relação que o Réo lhe faz do juramento, em quaes casos não seja o Auctor obrigado jurar, e precisamente deva jurar o Réo.

§. 54.

SE o Réo, não querendo jurar, refere ao Auctor o juramento, para que elle jure ser verdade o que propõe, e que pede; he por via de regra o Auctor obrigado aceitar e jurar sob pena de ser o Réo absoluto. Nesta obrigação o constituem todos os Direitos, o Romano, o das Nações, que refere Stryk. de Caut. juram. P. 3. Sect. 3. Cap. 2., e a nossa Ord. L. 3. T. 59. §. 6. Tanto assim que, se o Réo refere o juramento ao Auctor, não pôde este variar, dizendo,

que quer de outro modo provar a sua intenção (como aliás os DD. permitem ao Réo, ut a §. 49)

„ Nam (1) hanc viam ipse elegit, adeoque eam vitare nequit; (2) qui defert juramentum alteri, concedit facultatem illud vel præstandi, vel referendi,

„ L. 34. §. 7. ff. de Jur. jurand.: Si ergo alter refert, ex suo consensu illud acceptare tenetur, neque amplius poenitere potest: Atque hæc est Sententia Lauterb. Mev. Heig. etc

„ Ita Coccey Jus Controv. L. 12. T. 2. Q. 32. Conf. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thea. 33. in fin., Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 59. Ferraris Verb. Juramentum Art. 2. a n. 33.

§. 55.

Pela mesma fórma que o Auctor propoz ao Réo para este jurar, he o A. obrigado jurar na mesma precisão, quando o Réo lhe refere o juramento: Esta he a regra do §. 7. da L. 34. ff. de jur. jurand., e da L. 12 Cod. de Reb. Cred., Stryk. supra n. 16.

„ Non semper autem consonans est per omnia referri jusjurandum, quale defertur: forsitan ex diversitate rerum, vel personarum, quibusdam emergentibus, quæ varietatem inducunt: Ideoque, si quid tale incidit, officio judicis conceptio hujusmodi jusjurandi terminetur, d. L. 34. §. 8., Gotofred. ibidem “Jusjurandum uti defertur, non per omnia ita refertur. Itaque Judex hujusmodi quæstionem definit, Synops. Basil. Ex causa potest juramentum referri aliter, quam delatum sit. Officio Judicis relati jurisjurandi forma concipitur, etc. Optimé Fabr. in Cod. Liv. 4. T. 1. Def. 10. Nestas vistas o Cod. Civ. do Imperador José II. no §. 221. determinou que “O Juiz deverá por Sentença determinar e prescrever exactamente a fórmula do juramento, e quando entre as circumstancias, sobre as

„ quaes huma parte quizer deferir a outra o juramen-
 „ to decisorio, houver algumas, que sejam evidente-
 „ mente extranhas ao objecto da causa; o Juiz não
 „ poderá ter a ellas algum respeito, mas elle deverá
 „ omitillas; ainda quando a parte adversa se tivesse
 „ encarregado do juramento sem contradicção. „

§. 56.

Não hé porém o Auctor obrigado a aceitar a re-
 lação do juramento; mas deve o Réo precisamente
 jurar nos seguintes casos.

Primeiro, quando o Réo a principio aceitou ju-
 rar; porque, répugnando depois o Auctor, não pó-
 de mais variar, nem referir-lhe o juramento, Voet. ad
 Pand. Liv. 12. T. 2. n. 14.

§. 57.

Segundo: Geralmente em todo o caso, em que
 o Réo referente tem por facto proprio mais sciencia
 do negocio, não póde referir o juramento ao Auctor,
 que se allega com menos sciencia d'elle, e ignorancia
 mais verosimil, Stryk. de Caut. Juram. P. 3. Sect. 2.
 Cap. 2. a n. 35. et a n. 60., et in us. mod. L. 12.
 T. 2. §. 24. Voet. ibid n. 14. Mul. ad Struv. Exerc.
 17. pag. 1085. Col. 1., Brunnem. na L. 9, Cod. de
 Reb. cred. a n. 10., Coccey Jus Controv. L. 12. T.
 2. Q. 39., Cod. Civil da França Art. 1362., e con-
 duz a Ord. L. 3. T. 59. §. 7.

§. 58.

Por exemplo 1.º, No caso da Ord. L. 3. T.
 59. §. 7.: Semelhantemente 2.º, no caso da L. 11. §.
 1. 3. da L. 12., e da L. 13. ff. de Action. rer.
 amot, Voet., et Stryk. supra. Da mesma fórma 3.º,
 no caso da L. fin. Cod. Commun. de Fideicom. (de
 que tractei no §. 20.); caso, em que não póde o
 herdeiro referir o juramento ao Legatario, ou fidei-
 commissario, para obrigar a que jure o fideicommis-
 ccc

so, ou Legado, que o Testador fóra do Testamento lhe deixou, e recommendou, Struv. supra pag. 1085. Col. 2. Stryk. de Cautell. Testam. P. 3. Sect. 2. Cap. 2. a n. 66. latissime ex professo Härprectr. Disp. 51. a n. 1687. Mas desde o n. 1715. distingue entre o caso de o Auctor ter sciencia ou ignorancia provavel da particular disposição do Testador commettida ao herdeiro; de fórma que no primeiro membro da distincção admite que o Réo possa referir o juramento ao Auctor; no segundo não.

§. 59.

Se porém o juramento, que o Auctor defere ao Réo he de credulidade, ou de ignorancia, como nos casos acima expostos desde o §. 14., póde o Réo referir ao Auctor o mesmo juramento de credulidade, e de ignorancia, Muler ad Struv. Exerc. 17. thes. 33. pag. 1085. Col. 1. post med.

Confira-se sobre tudo Luc. Ferrar. Verb. Juramentum Art. 2. n. 36.

CAPITULO VIII.

*Em quaes circumstancias póde ou não o Auctor re-
vogar a delação do juramento, e remover a ac-
ção d'alma para Libello.*

§. 60.

NÃO ha cousa mais frequente no Foro como re-
moverem os Auctores as acções d'alma para Libello
quando vem os Réos animosos a jurar, ainda mesmo
antes de declararem o que querem jurar. Não ha pon-
to de prática, em que eu tenha visto procederem os
Advogados, e Ministros com mais erro: Essa remo-
ção da acção tem original fundamento na L. 11. Cod.
de Reb. Cred., e nesta Lei a prática que estabeleceu
Mend. P. 1. Liv. 3. Cap. 1. n. 9., e no seu Paiz
sustentou Leiser. ad Pandect. Spec. 138. Medit. 1. e
2. : Porém aquella Lei he susceptivel de tantas inter-
pretações não attingidas por Mendez, quantas se po-
dem vêr em Harprectr. Dissert. 20., aonde ex profes-
so trata = *De Revocatione juramenti delati* =

§. 61.

Na Sardanha, aonde este juramento se defere
com as solemnidades, que já vimos (§. 29. está re-
movida todá a dúvida pelo Codigó desta Nação Liv.
3. T. 14. §. 2. ut ibi = A Parte, que tiver offereci-
do juramento, poderá revogallo, ainda quando
aquelle, que o tiver accitado, estivesse sobre o
ponto de o prestar, e se achasse já de joelhos com
as luzes accezas; com tanto que o acto do juramen-
to não estivesse começado: E se julgará que o es-

„ tá logo que a Parte tiver posto as mãos sobre os
 „ Santos Evangelhos. „ Se a formalidade, com que
 na Sardanha se defere este juramento, se adoptasse por
 modello, e se praticasse no nosso Reino, cessava toda
 a dúvida sobre a L. II. Cod. de Reb. cred., e
 tudo quanto sobre ella tem discorrido os DD. Porém
 em quanto não vejo adoptada e praticada aquella for-
 malidade, sou obrigado succar de Harprectro, e ou-
 tros algumas doutrinas, que convenção o inveterado
 erro.

§. 62.

Eis-aqui a Letra da L. II. Cod. de Reb. cred.
 = Siquis autem Sacramentum intulerit, et hoc
 „ revocare maluerit; licere quidem ei hoc facere, et
 „ alias probationes, si voluerit præstare: ita tamen
 „ ut hujusmodi licentia usque ad litis tantummodo
 „ terminum ei præstetur. Post definitivam autem Sen-
 „ tentiam, quæ provocatione suspensa non sit, vel
 „ quæ postquam fuerit appellatum, corroborata fue-
 „ rit: nullo modo revocare juramentum, et iterum
 „ ad probationem venire cui quam concedimus. „

§. 63.

Quanto tem variado os DD. sobre a interpreta-
 ção desta Lei (que o nosso Mendez suppoz sem dú-
 vida, e em que firmou a sua prática) póde vêr-se no
 Commentario de Brunnemano, e no citado Harprectr:
 Esta Lei suppõe demanda, e Sentença sobre ella, e
 só até o fim della permite, mas não depois da Sen-
 tença, revogar a delação do juramento. Mas que de-
 manda seria essa, que a Lei suppoz? Gotofredo nas
 suas Notas diz, ser demanda, em que se controver-
 ta, e decida, se se deve ou não prestar tal juramen-
 to; ut ibi = Jusjurandum delatum, nec dum præsti-
 „ tum is, qui detulit, revocare potest quousque Sen-
 „ tentia lata fuerit, quæ jusjurandum præstare jubeat:

„ Igitur non post Sententiam, a qua non appellavit,
 „ non denique post Sententiam ab appellationis judi-
 „ ce confirmatam, Synops. Basil. hoc. Tit. Cap.
 „ 50. „ Conf. Coccey Jus controuv. L. 12. T. 2.
 Q. 26.

§. 64.

Ainda modernamente na Sardanha se fórma processo. O A apresenta a fórmula, em que quer jure o R. A este se dá vista por 24 horas para deliberar, se o aceita, e outras 24 horas para fazer reflexões sobre a maneira de jurar: Permite-se oppôr que não he obrigado jurar, e manda-se, que esta objecção se decida em outo dias, como se vê no mesmo Cod. L. 3. T. 14. O Cod. Civ. do Imperador José II., supõe tambem haver processo antes do effectivo juramento, e manda que o Juiz por Sentença determine exactamente a fórmula delle: Que o que fôr condemnado por Sentença a aceitar, ou referir o juramento decisorio, deverá no termo de tres dias, depois que esta Sentença passar em julgado, apresentar em juizo a sua declaração por escripto, em que aceita, ou refere o juramento: Se o aceita, assigna-lhe o Juiz dia para o prestar, e se o não presta não he mais admittido: Se o refere ao Auctor, se lhe assignão tres dias para o prestar com a comminação de se haver por confesso.

§. 65.

Se no nosso Reino se praticassem estas fórmulas, facil e clara seria a applicação da dita L. II. Cod. de Reb. credit., e acção d'alma se poderia remover para Libello quousque Sententia lata fuerit, quæ jusjurant tum præstare jubeat. Mas neste Reino não se formalisção assim os Processos. Se o R. citado não comparece na primeira audiencia, se espera á segunda: Se comparece na primeira, ou segunda, ac-

cusada a citação; logo sem mais nada os Juizes, que presidem, ouvem verbalmente as Partes, e passam a deferir o juramento ao R. quando elle quer jurar; se o A. não remove a acção, ou ao A. se o R. lho refere. Então he que o A., se vê o R. animoso a jurar, remove a acção d'alma para Libello, e para elle varia, pagando as custas. Isto he o mais frequente e quotidiano.

§. 66.

Porém; que erro mais opposto á genuina intelligencia da dita Lei, em que Mendez estabelecêo a sua prática? Seja muito embora pelo estilo do nosso Reino Verbal, e Summarissima esta acção (que não devia ser tanto, attentas as cautellas com que se procede nas Nações): O certo he 1.º, que quando o Juiz quer dar juramento ao Réo he esta sua determinação quasi huma Sentença, que authorisa a delação; e que manda jure o Réo; como parece das palavras da Ord. L. 3. T. 52. §. 3. ibi = de consentimento e authoridade do Julgador: O certo he 2.º, que logo que o Réo se offerece a jurar, já tem accetado a delação do juramento; e em taes circumstancias *jam res non est integra*, e já o A. não póde revogar a delação do juramento (menos que não concorrão causas justissimas que logo se verão.): E o contrario he erro.

§. 67.

Prova-se o exposto 1.º, com a doutrina de Coccey Jus contr. L. 2. T. 2. Q. 26., aonde propondo esta Questão = An Auctor juramentum Réo delatum, revocare possit =? Resolve, ut ibi = Distinguedum; an res integra sit, an non: Illo casu revocari potest, non hoc: Res autem integra esse dicitur, quando (1) auctor reo juramentum detulit, et hic juramentum locum non habere contendit: hoc

„ casu Actor antequam Sententia desuper feratur,
 „ illud revocare potest, per text. in L. II. hoc. Tit.
 „ ibi = Siquis Sacramentum intulerit, et hoc revo-
 „ care maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias
 „ probationes, si voluerit, præstare; ita tamen, ut
 „ hujusmodi licentia usque ad litem (quæ scilicet su-
 „ per delatione juramenti, et an illa locum habeat,
 „ orta est) tantummodo terminum ei præstetur, etc.:
 „ (2) quando Adversarius nondum accepit juramen-
 „ tum, neque ratione præstationes se declaravit.

„ Neutro enim casu jus quæsitum est alteri, ne-
 „ gotium adhuc est imperfectum; et cum juramenti
 „ delatio sit species transactionis, non potest effe-
 „ ctum habere nisi uterque consentiat, id est, nisi
 „ alter acceptet, vel per Sententiam id ei injunga-
 „ tur.

„ Non ergò amplius res integra est, si Reus vel
 „ acceptavit juramentum delatum, vel per Sententiam
 „ id ei injunctum sit: tunc enim consensere, et quasi
 „ transigere Partes, ut litem mediante juramento delato,
 „ et acceptato, perimatur, expediaturque, quo ipso
 „ acceptanti jus delatum juramentum præstandi, eoque
 „ litem expediendi partium voluntate est quæsitum,
 „ quod deferentis poenitentia ei auferri nequit: Atque
 „ hinc in d. L. II. expresse dicitur, quod juramento
 „ per Sententiam injuncto deferens illud revocare non
 „ possit. Eadem verò ratio est, si is, cui delatum
 „ est, illud ultrò acceptaverit, Brunneinan. Pro-
 „ cess. Civ. Cap. 23. n. 12. Carpzov. P. I. Cap. 12.
 „ Def. 3. et 4., etc.

Comprova-se 2.º com a doutrina de Stryk. de
 Caut. Juram. P. 3. Sect. 3. Cap. 1. a n. 57. ibi =
 „ Si igitur juraturus apprehendat, se juramen-
 „ tum á Parte delatum, atque per Sententiam Judi-
 „ cis approbatum salva conscientia præstare posse,

„ moram non nectet, sed pro cautella ipsis a DD.
 „ inculcatur, ut juramentum statim acceptet, vel an-
 „ te Sententiam Judicis interlocutoriam.... Hac cau-
 „ tella providere sibi poterit is, cui juramentum de-
 „ latum est, si metuat deferentem juramentum revo-
 „ caturum; ut post factam hanc acceptationem de-
 „ ferentem pœnitere, aut is juramentum delatum re-
 „ vocare non possit. Quoniam hæc ipsa delatio, et
 „ acceptatio juramenti ad quasi contractus pertinet,
 „ et per eam in judicio inter Partes quasi contrahi-
 „ tur, ut postmodum utrique Parti pœnitentiæ locus
 „ non detur; etc.

Comprova-se 3.º, com a doutrina de Mul. ad
 Struv. Exerc. 17. thes. 33. pag. 1084. Col. 1.º in
 fin. ibi =

„ Si juramentum delatum est pure acceptatum;
 „ non est integrum deferenti illud revocare. Hinc pro
 „ cautella est, ut ille, cui juramentum delatum est,
 „ ut si metuat, ne forte revocetur, statim acceptet
 „ delationem..... Si acceptatio juramenti non est
 „ pura, sed conditionalis, vel sub modo (v. g. si
 „ quis acceptando se paratum ad jurandum ostende-
 „ rit, modo distinctius proposuerit auctor, qua de re
 „ jurari velit) revocare deferenti erit integrum; etc.

Assim 4.º, e ex professo Harprectr. Disp. 20.
 = *De recusatione juramenti delati* = a n. 162.
 ibi =

„ Quod si verò delatio jurisjurandi ulterius pro-
 „ cesserit, et illud vel (1) ab eo, cui delatum est,
 „ sit acceptatum: vel (2) a Judice per Sententiam in-
 „ terlocutoriam præstari injunctum, et approbatum;
 „ vel (3) ab eo, cui delatum est juramentum judicia-
 „ le, deferenti ab ipso fuerit relatum: tum passim
 „ DD. ita loqui videmus, quod nulla amplius revo-
 „ catio locum obtineat. Juramenti enim acceptatio-

„ nem, sive susceptionem revocandi licentiam exclu-
 „ dere, disserte tradit gravissimus Jazon..... Atque
 „ pro hac Sententia, quod nempe juramentum a Par-
 „ te susceptum revocare, et ad probationes ordina-
 „ rias recurrere non liceat, etiam anno 1625 Juris-
 „ Consultos Lipsienses respondisse; recenset Brec-
 „ man..... quod et sequitur Brunneinan..... Ex eo
 „ quia (1) paria sunt recipere juramentum, vel in
 „ continenti jurare..... Sicuti itaque præstito jureju-
 „ rando, is, qui detulit illud, pænitere non potest..
 „ Ita nec juramento acceptato, cum acceptatum pro
 „ præstito habeatur: (2) Ex eo quod, sicuti promit-
 „ tens stare juramento, sive dicto alterius non po-
 „ test hanc suam promissionem, etiam ante declara-
 „ tionem Adversario revocare..... Ita multo minus
 „ deferens juramentum delatum, et acceptatum revo-
 „ candi jus habet, cum in judicio quasi contrahatur..
 „ Et hoc ipsum argumentum etiam ex eo concluden-
 „ tius videtur, quod ex delatione jurisjurandi ei, cui
 „ delatum est, fortius jus acquiritur, quam ei, cui
 „ talis promissio facta..... Imo si juramentum jam
 „ fuerit acceptatum, usque adeo facultatem pæniten-
 „ di excludit Scheneidevin..... ut si deferens illud
 „ revocet, juramentum acceptatum pro remisso habe-
 „ ri, et perinde reputari dicat, ac si esset juratum...
 „ Ex quo etiam illud a DD. traditur, quod delatio
 „ juramenti non copulative quidem, attamen alterna-
 „ tive has duas recipiat condiciones, ut aut statim
 „ præstetur, aut statim acceptetur... Quod denique
 „ relato jurejurando, nulla amplius revocatio locum
 „ obtineat, statuit Mey... Heig... Domini Lipsien-
 „ ses, etc.

Assim 5.º, Struv. Exerc. 17. thes. 38. ibi =
 „ Deferens juramentum, antequam altera Pars
 „ juramenti delationem acceptaverit, revocare eam
 ddd

„ potest, et ordinariis probationibus uti. Postquam
 „ veró jurandi conditionem Reus suscepit, vel etiam
 „ per Sententiam, quæ transiit in rem judicatam, ut
 „ delatum præstet juramentum ipsi impositum, haud
 „ licebit revocare. . . . Per juramenti nanque dilatio-
 „ nem, et acceptationem quasi transactum videtur in-
 „ ter Partes, ut per juramentum lis decidatur: Non
 „ potest igitur eo casu pænitere actor, etc. (1) §. 68.

Em fim 6.º, o moderno Cod. Civ. dos Francez.
 Art. 1364. ibi =

„ A Parte, que tem deferido, ou referido o jura-
 „ mento, não póde mais retractar-se, quando o Ad-
 „ versario tem declarado, que elle está prompto a
 „ receber este juramento. Em outras Nações ha Leis
 „ semelhantes a estas Leis, que refere Leyser. ad Pan-
 „ dect. Specim. 138. Medit. 3.

§. 68.

Só sim, sobrevindo ao Auctor justa causa antes
 de aceitar pelo Réo o juramento, e antes de jurar,
 poderá o Auctor revogar a delação, e remover esta
 acção para Libello ordinario. Nisto concordão todos
 os DD. Berlich. P. 1. Concl. 32. n. 3. ibi =

„ Atque hæc revocatio juramenti semper locum
 „ habet, etiam absque justa causa, modo à Parte,
 „ cui delatum est, non sit acceptatum; aliàs si fuerit
 „ acceptatum, illud non licet revocare absque justa
 „ causa.

Barbos. na L. II. Cod. de Reb. Cred. n. 3.
 ibi =

„ Postquam hujusmodi juramenti delatio fuerit
 „ acceptata, deferens non potest delationem revoca-
 „ re, nisi ex justa causa, Lauterbach. de Relation. ju-
 „ rament. thes. 101. n. 4. ibi =

„ Undé nec deferens delatum, et acceptatum
 „ nuda sua pænitentia revocare potest nisi subsit jus-

, ta revocationis causa Joan. . . . Anton. ab Eccles. Observat. For. Pedemont. 71. n. 1., e com innumereis DD. ex professo Harprectr. supra a. n. 169. Conf. Struv. Exerc. 38. in fin., Mul. ad eund. Exerc. 33. pag. 1084. Col. 1. in fin., Fabr. in Cod. Liv. 4. T. 1. Def. 22. Brunneinan. in L. 11. Cod. de Reb. cred. a. n. 9., Stryk. Vol. 11. Disp. 24. a §. 11. §. 69.

O exposto procede, ainda quando o Réo accetando o juramento pede espaço para deliberar sobre a fórma, em que o ha de prestar: Porque nem ainda neste caso pôde revogar-se sem justa causa a delação do juramento, Ridolfin. in Prax. P. 1. Cap. 10. n. 164. ibi = Sed si Reus in continenti acceperit obligationem, et petierit aliquam brevem dilationem ad jurandum, non poterit revocari, nisi ex justa causa, et re integra, Conf. Scheneidevin. ad §. 11. Instit. de Act. n. 80. Brunneinan. de Process. Civil. Cap. 23. n. 12. Harprectr. d. Disp. 20. a n. 181.: Não assim, se o Reo disser, *quero deliberar se jurarei, ou não*; porque então, e em quanto não deliberará jurar, pôde remover-se a acção, e só não pôde remover-se, se acceta o juramento, e diz = *quero reflectir sobre o modo por que hei de jurar* = Barbos. de Probat. per juram. n. 26., Scheneidevin. supra n. 80. ibi =

, Ubi defertur juramentum in judicio præsente, Judge, Pars debet esse cauta, ut non dicat = *Domine Judex volo deliberare; utrum velim jurare nec ne; ideo peto assignari terminum ad deliberandum* = Nam hoc modo deferenti licium est pænitere, et dicat, se paratum esse jurare, sed velle deliberare, quid; et quomodo jurare velit.,

§. 70.

Quaes sejam as justas causas supervenientes, que justifiquem ao Auctor para revogar a delação do juramento depois de aceite pelo Réo? Os DD. as reduzem a estas: (1.^a) Se depois de deferido pelo A., e aceite pelo R. o juramento, mas no intervallo antes de deferido, sobrevem ao A. novas provas de testemunhas, ou documentos, Lauterbach. de jurament. necessar. §. 6. n. 97., Fabr. in Cod. L. 4. T. 1. Def. 22., Cost. de Reintegr. Dist. 75. n. 6., Harpr. Disp. 20. a n. 45. Berlich. P. 1. Concl. 32. in. 3. Ridolfin. supra n. 165. Mul. ad Struv. Exerc. 17. pag. 1084. col. 1. in fin. (2.^a) Se o A. se propõe mostrar e mostra hum imminente perigo de perjurio no R. com huma evidente suspeita, de que o Juiz (e ainda ex Officio) se persuada, Lauterb. de Juram. judicial. §. 5. n. 88. et §. 6. n. 97., et de Relation. Juris-jurand. thes. 101. n. 10., Muler ad Struv. Exerc. 17. thes. 33. pag. 1084. Col. 2. ibi = Si deferens statim docere possit pejeraturum eum, cui juramentum delatum est, a delatione juramenti recepta recedere licet; sed metum perjurii criminari haud sufficit, etc. (3.^a) Se depois da delação do juramento o Réo, e antes delle o receber, lhe sobrevier infamia, que o inhabilite recebello, Barbos. in L. 11. n. 3. Cod. de Reb. cred. Harpectr. supra a n. 50.: (4.^a) Se depois de deferido, e aceite pelo R., mas antes de recebido o juramento sobrevier entre elle e o A. capital inimizade, Harpr. n. 53. Conf. Cyriac. Contr. 37. a n. 46.

§. 71:

Porém eu não posso comprehender como esta superveniencia de causas, e as causas mesmas possam justificar-se (e he preciso que se justifiquem ex Harpr. a n. 194. et ex Stryk. Vol. II. Disp. 24. §. 11.) no nosso Reino, e na nossa praxe, aonde se não fór-

gra da L. 39. off. de Legib. Quod non ratione in-
 troductum, sed errore primum, deinde consuetudi-
 ne obtinuit, et sicut in aliis similibus non obtinet.
 E da L. 14. off. de T. Quod contra rationem juris
 preceptum est, non est producendum ad consequen-
 tias.

Nota: A nossa praxe pôde só admittir-se
 quando o Réo não aceita o juramento offeren-
 do; conjunctura que em que nada ha que obste,
 e que se remove a acção d'alma para Libello,
 Harprectr. supra n. 153. E depois de actual-
 mente prestado, se posta pelo Réo as mãos so-
 bre os Evangelhos, nem ainda com justificação
 dessas supervenientes causas (§. 70.) pôde remo-
 ver-se a acção, Harprectr. a n. 206. et 264. §.
 73.

Quanto ao caso, em que o Réo refere o jura-
 mento ao Auctor, procede o mesmo, que vem de se
 expôr: Porque depois de o Auctor aceitar a relação
 do juramento, e se offerer a jurar, já o Réo não
 pôde revogar a mesma relação, Harprectr. supra
 n. 206. Lauterb. de Relation. jurisjur. thes. 102.
 Zœz. ad Cod. L. 4. T. 1. Q. 7. Perez ibidem n.
 27. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 38. Coccey
 jus Conrov. L. 22. T. 2. Q. 30. Só sim pôde re-
 vogar essa relação pelas causas referidas (§. 70.), sen-
 do supervenientes, e antes ignoradas, Harprectr. a
 n. 224. et 232. Coccey supra: Porém tal revogação
 por essas causas he impraticavel no nosso Summaris-
 simo (§. 71.)

Nota: Exterminado assim o erro da nossa
 praxe, só fica applicavel a doutrina de Mend.
 P. I. L. 3. C. 1. n. 9. que se guio Silva á Ord.

L. 3. T. 52. §. 3. n. 231, e a doutrina de Harprectr. supra a n. 86. ad 94. para o caso, em que o Procurador remova a acção antes de aceitar pelo Réo o juramento; caso em que he necessario mandato especial para desistir da acção. Porém depois de aceite pelo Réo o juramento, por mais que o Procurador tenha mandato especial para remover a acção, he frustrado quando nem ainda ao Constituinte he permitido.

§. 74.

Nada ha que obste a que o Auctor remitta o juramento ao Réo quando lho defere; ou o Réo ao Auctor, quando este lho refere, Harprectr. Disp. 20. a n. 308.: E esta remissão fica tendo o mesmo effeito de juramento, L. 6. ff. de Jur. jurand. Domat. LL. Civ. pag. 222. Art. 8. Voet. ad Pand. Liv. 12. Tit. 2. n. 23.: Não podem porém o pupillo, e o tutor remittir o tal juramento, Brunne-man. na L. 1. Cod. de Reb. cred. a n. 18., e na L. 6. ff. de Jur. jurand.

Nota: Conforme S. Agost. no Can. 6. caus. 22. Q. 5., aquelle que prevê que o Adversario jurará falso, e lhe defere o juramento, commette dois homicidios espirituaes, hum da alma daquelle a quem defere o juramento, e outro da propria. Porém este lugar de S. Agostinho; que ao proposito applicou Heinec. Exercit. de Lubricitar. Juris jurand. Supplet. in fin., tem a interpretação bellissima de Leyser. ad Pand. Specim. 36. Medit. 6., Conf. Stryk. Vol. II. Disp. 24. a §. 26.

Nota etiam: A vista do exposto neste Capitulo se vê que foi concizo além do justo o doutissimo Pereira e Souza. Prim. Linh. do Process. Civil, quando na Nota 509. só passou com es-

Esta conclusão = A Parte, que defere o juramento, pode revogar este deferimento *em quanto a outra Parte o não aceita*, L. II. Cod. de Reb. cred. Mull. ad Siruv. Exerc. 17. thes. 33. nota (e) Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 41., etc.

CAPITULO IX.

Quando, e em que casos a confissão em juramento judicial se deve aceitar com qualidade, ou quando esta se possa aqui scindir, e rejeitar (quid sit no Suppletorio.)

§. 75.

Diz a Ord. Liv. 4. Tit. 52. = Em todo o tracto de qualquer qualidade, que seja, onde fôr deixado em juramento da Parte qualquer cousa, sobre que fôr contenda, a Parte, que jurar, confessar que o que lhe he deixado em seu juramento he verdade, e pozer alguma qualidade, que conclua não ser obrigado ao porque he demandado, ou ao porque o querem obrigar, posto que a tal qualidade seja separada do que se lhe demanda; aquelle, que jurou, seja crido em todo na dita qualidade para não ser obrigado. Assi como, se hum homem demandasse outro, que lhe emprestara dez cruzados, e por não ter prova, ou por a não querer dar, o deixasse em seu juramento, e o demandado jurar, que he verdade, que lhos emprestou, mas que depois lhos pagou; neste caso, e em ou-

„ tros taes, será crido que lhos pagou, posto que ou-
 „ tra prova não dê nem tenha. „

§. 76.

Exornão esta Ord. Lim. no seu Commentario, Perceir. Dec. 68. Phæb. Ar. 60., Moraes L. 4. Cap. 9. n. 49. Cabed. I. P. Dec. 34. Cald. de Empt. Cap. 19. n. 28. et 33., Guerreir. Tr. 4. Liv. 3. C. 10. n. 12., Mell. Freir. Liv. 4. T. 20. §. 4., e melhor Pedro Barbos. no Tract. de Probat. per jurament. ca n. 54.: Ella he especial neste juramento; e quanto á confissão feita em Depoimento, se verá o exposto no seguinte Tract. 4.

§. 77.

Os nossos Reínicos dizem ser esta a razão da dita Ord: “ Quia Jurans tunc constituitur tanquam
 „ Judex, L. i. ff. quar. rer. act. non det., et ideo su-
 „ per pertinentibus ad causam principalem, et ab ea
 „ descendentibus potuit jurando judicare omnia, et
 „ quia jurantis fides electa est: Unde hac ratione,
 „ vel totum debet improbari, vel approbari; nam
 „ idem in Sententia recipitur. „ Este he o raciocinio de Barbos. supra n. 56:

D’outro modo Cabed. P. I. Dec. 34. sub n. 2.
 „ Quia tale juramentum litis decisorium habet vim
 „ transactionis, et maiorem auctoritatem quam res
 „ judicata L. 2. ff. de Jur. jur., et valet ut Senten-
 „ tia lata per veras probationes, L. Nam postea §.
 „ Si donetur ff. eod. Tit.; imó sicuti lata contra con-
 „ fessum; L. Post rem ff. de re judicat: Unde sicu-
 „ ti in contractu transactionis, et in Sententia potest,
 „ et debet adjici ratio, et qualitas concludens justi-
 „ tiam ipsius; ita et in juramento ejusmodi licet ad-
 „ jicere causam, et qualitatem, quæ concludat juran-
 „ tem non esse debitorem; et ideo etiam super tali
 „ qualitate standum est juramento „ Lim. no Com-

ment. á mesma Ord. n. 5. accrescenta que "Pars
 ,, deferens alteri juramentum judiciale tacite censetur
 ,, permittere etiam super connexis jurari.," Moraes
 Livro 4.º Cap. 9.º n. 49. diz = Quando aliquid relin-
 ,, quitur sub juramento, totum committitur arbitrio
 ,, jurantis; et ideo creditur etiam qualitati separa-
 ,, tæ.," *et sic videtur in aliis locis, et sic in 3.º et 4.º*
to. Passemos aos Estrangeiros: Stryk. Vol. 7. Disp.
 28. Cap. 1. §. 5. no fim dá esta razão = Unus alteri
 ,, deferendo videtur confiteri id; de quo adversarius
 ,, juxta delationem sit juraturus = e no §. 7. = Com-
 paratur transactioni, etiam in connexis, etc. Conf.
 Valeron. de Transact. T. 1. Q. 1. a n. 6.

Nota: Tal he a variedade de razões, que
 a Lei não exprime: Seção, quaes forem: O que
 mais tenho notado na praxe he que sendo a Lei
 tão clara, ainda no caso, que por exemplo figu-
 rará; se hum Réo nesse caso figurado jura com a
 mesma qualidade, que pagou, e ha Ministros que assi-
 gnão dez dias aos Réos para provarem a quali-
 dade do pagamento; e, se o não provão, os con-
 demnãõ; ou subsiste a condemnação antedecen-
 tado: E isto quando a Lei manda se attenda esta
 qualidade sem outra prova.

78. *et sic in aliis locis, et sic in 3.º et 4.º*
 Como porém a citada Ordenação só manda at-
 tender a qualidade, *que conclua não ser o Réo obri-*
gado ao por que he demandado; o que bem advertio
 Cabed. supra n. 16. ibi = Non satis erit jurare cum
 ,, qualitate, quæ præcise jurantem non concludat ob-
 ,, ligatum non esse.," Et n. 17. "Causam, sive qua-
 ,, litatem adjectam juramento non sufficere (ait) si
 ,, ambigua sit, nec præcise concludat jurantem esse
 ,, liberatum.," Et n. 18. "Causa indifferens, quia

„ non concludit, jurantem omnino liberatum illum
 „ non extusat, Conf. Guerreir. Tr. 4. L. 3. Cap.
 IO n. 13. ibi = *Dummodo qualitas concludat, ju-*
 „ *rantem non esse debitorem, alias qualitati non*
 „ *creditur.* „

§. 79.

Segue-se 1.º, que justamente apud Cabedo. Decis. 34. foi condemnado hum Colono, que, deixando-se-lhe no juramento a pensão devida, a confessou, mas com as qualidades de ser lesivo o contracto do arrendamento, e ter havido esterilidade: E isto porque nenhuma destas qualidades era em si mesma necessariamente concludente de não ser obrigado, como bem raciocinou Cabedo.

§. 80.

Segue-se 2.º, que justamente limita ou declara esta Ord. Barbos. de Probat. per juramentum sub n. 25. “Quando qualitas tangit negotium, de quo agitur: ut si jurem te mihi fecisse pactum de illis non petendis, vel me tibi solvisse: nam si jures me debere tibi alia centum ex causa mutui, vel ex alia causa; cum ista negotia sint separata, et diversa, et ex diversis causis contracta ad diversos effectus, et unum nullo modo tangit aliud; tunc etiam juramentum separari potest: Quod satis est ex mente illius ordinationis.

§. 81.

Segue-se 3.º, que se qualquer citado para jurar a verdade de hum contracto, de que se não fez Escripura pública, usando do remedio da Ord. Liv. 3. T. 59. §. 5., elle jurar a verdade do mesmo contracto; mas disser que foi lesivo, usurario, doloso, etc. sem declarar especificamente a razão provavel, por que foi lesivo, usurario, doloso, etc., tal qualidde não se attende (ad instar do caso, e razões de Cabedo)

porque assim abstractamente não conclue não ser o Réo obrigado; não se especificando o em que consistio a lesão, a usura, etc.; porque entre tanto está toda a presumpção juridica pela justiça do preço contra a lesão, contra a usura, contra o dolo; em quanto esta presumpção se não illide com provas adventicias extrinsecas e contrarias, que sejam convincentes.

§. 82.

Segue-se 4.º, (e ad instar do caso que figura Barbosa), que se a qualidade fôr extravagante, desparatada, e extranha do caso, de que se pede o juramento, não deve attender-se como quando o Réo contrapõe ao que se requer, que elle jure, outra coisa, direito, ou acção, a que suppõe ser-lhe obrigado o Auctor, e em que não possa haver juridica compensação de huma coisa a outra, nos termos da Ord. L. 4. T. 78.: O mesmo, e geralmente procede “quan-”, *dò qualitas habet præsumptionem contra se*, *Conciol. ad Stat. Eug. L. 2. Rubr. 12. n. 2.*

Nota: Tenho visto alguns Juizes peccar em outro extremo admittindo ao Réo em seu juramento toda a qualidade, por mais extranha, e diversa que seja do negocio, de que se trata, e absolvendo-o sem advertirem nas mysteriosas palavras da Ordenação, que só manda respeitar a qualidade que conclua não ser o Réo obrigado ao porque he demandado; e não qualidades estranhas, remotas do negocio, inconcludentes, nem contraposições de dividas e acções, em que segundo a Lei, e Direito se não admitte compensação, etc.

§. 83.

Segue-se 5.º, que como esta Ordenação requer huma qualidade que conclua não ser o Réo obrigado

ao porque he demandado, não deve o Juiz admittir hum juramento, que visivelmente seja capcioso com restricções mentaes; porque taes juramentos são de testaveis, em effeito mentiras palleadas; reprovados por todas as Leis Divinas, e Naturaes; e hum juramento tal não cumpre com o que a nossa Lei, e semelhantes exigem, Stryk. de Cautell. jurament. P. 2. Sect. 3. Cap. I. a n. 14.: E mesmo he do Officio do Juiz repellir de jurar aquelle, que pelas occorrentes circumstancias se conhece que quer jurar falso, Stryk. Vol. II. Disp. 24. = *De Officio judicis circa pejuraturum*, etc.

Nota: "Generatim verò (adverte o mesmo Stryk. §. 23.) Judicis Officium in eo consistit, ut licet non adeo sit convictus, alterum, cui juramentum delatum est, falso esse juraturum; nihilominus tamen, quia semper dubium adest, Juraturum sedulo edoceat, in quonam vis juramenti consistat, et quænam pænæ illos expectent, qui Nomen Domini in vanum assumunt, imó qui per præstationem juramenti Deum Omnipotentem vindicem perfidiae suæ expectant. Equidem in plerisque judiciis ejusmodi admonitio præstationem juramenti præcedit: Sed dolendum est multos Judices inhærere suæ formulæ consuetæ; cum tamen in illa admonitione Judex, si accurate procedere debet, omnes circumstantias, quæ forsan contra juraturum militant, ex actis diligenter eruere, earumque recensione conscientiam Juraturi tangere deberet. Qual he o que assim o cumpre neste Reino! Quão bella he a prática de Sardanha! Mas o que recomendo aos Ministros he que ponderem serianamente as res-

jurisdições mentaes, com que muitos jurão, tão re-
 tões provadas, como se pôde vêr na magistral cen-
 sura de Lucio Ferraris Verb. Juramentum Art. 1.
 §. 13., Van-Esp. de Jur. Eccles. P. 3. T.
 9. Cap. 2. a n. 42., apposite Coccey Jus Con-
 trov. L. 12. T. 2. Q. 4.

CAPITULO X.

*Quando, e em que casos se admite Appellação
 ou dos incidentes, ou da Sentença final
 nesta acção.*

§. 84.

NEsta acção ha Sentenças interlocutorias sobre os
 incidentes de dever o Réo jurar, ou referir o jura-
 mento, sobre declinatorias, etc., como suppõe a L.
 11. Cod. de Reb. Créd., e a nossa Ord. L. 3. T. 52.
 §. 3., e melhor as Leis de Sardenha e Alemanha já
 referidas a §. 61.: E ha tambem Sentenças definiti-
 vas, que absolvem ou condemnão, como he bem no-
 tavel a L. 34. §. 9. ff. de Jur. jurand., e o suppõe a
 Ord. L. 3. T. 59. §. 5., e seguintes.

§. 85.

Que erros os mais grosseiros não tenho notado
 em alguns Juizes; os quaes, por mais que os Réos
 compareçam, oppondo declinatorias, ou arguindo,
 que a acção he incompetente; ou que não são obri-
 gados jurar, nem referir o juramento, etc. Elles tudo
 desprezão, procedem arbitrariamente, ex abrupto: Se
 os Réos aggravão, ou appellão, tudo desprezão, e

passão a deferir ao A. o juramento; como em contumacia: E se as Causas não excedem as suas alçadas; aqui mais e mais se erigem arbitros de Direito, sem Lei; sem regra. Não, Senhores, não deve ser assim; mas (limitado só o caso de caber a Causa na sua alçada, oem que não se aggravando nem appellando de Ordenação não guardada, tem as rédeas mais soltas) a Appellação se deve admitir ou rejeitar nos casos, que passo a especificar.

86. *Primo. Si hoc iuramentum ab Actore vel Reo bona fide delatum, et hæc delatio per iudicalem interlocutoriam confirmata; sicque ejus præstatio adversæ Parti inuncta fuerit; hic neque deferenti, neque ejus adversario appellare conceditur. Non Parti deferenti, quia liberum ei fuit Adversario suo hoc iuramentum deferre, vel non; neque Judex rei aliquod sua interlocutoria gravamen intulit, sed ipse hanc viam ultro elegit. Sed nec ei, cui hoc iuramentum delatum, et a Judice impositum, ab hac ipsa Sententia appellare est integrum, cum electio ei competat, utrum illud præstare, an referre velit, et per ipsam hujus iuramenti delationem neque deferens aliquam injuriam inferat. neque aliquod ad ipsum gravamen redundat; sed de hoc ipso potius gratulari sibi debeat, quod in propria causa ipse testis, et iudex a deferente sit constitutus, ut proprio ipsius testimonio, et Sententia quodammodo se ipsum absolvat, vere, vel ad id quod præten dit, adversarium condemnare queat. Ita ex professo Harprectr. Disp. 21. = De Appellatione à Jurejurando = a. n. 17. Conf. Peg. 2. For. Cap. 15. n. 126. Silv. ad Ord. Liv. 3. T. 52. §. 3. n. 46. Alfim. de Nullit. Tom. 1. Rubr. 5. Q. 34. Salgad. de Reg. Prot. P. 2. C.*

I. a n. 165., Conciol. ad Stat. Eug. L. 2. Rubr. 13. n. 3. et 22.

§. 87. Segundo: Se nos casos em que o Auctor pôde revogar a delação do juramento, e remover a acção (Cap. 8.), o Juiz lhe despreza essa revogação, e passa a deferir o juramento ao Réo, pôde o Auctor appellar dessa Sentença; para que o Juiz da segunda instancia conheça e julgue, se a delação do juramento foi justamente revogada, Harprectr. supra n. 21.: Bem como, se o Auctor deixa a Decisão no juramento do Réo, e não tendo este justa causa para o recusar, o Juiz o não quer deferir, compete ao A. o remédio da Appellação, Salgad. supra n. 169.

§. 88. Terceiro: Se o R. refere o juramento ao Auctor, e o Auctor recusa jurar por alguma das causas expostas a §. 54., mas o Juiz lhas despreza, e passa a condemnallo como contumaz em jurar; então pôde appellar para no Juizo superior se julgar se teve ou não causa justa de recusar o juramento referido pelo Réo, Harprectr. supra a n. 65., Conciol. ad Stat. Eugub. Liv. 2. Rubr. 12. n. 4. Scacc. de Appellat. Q. 17. Limit. 34. n. 5.

§. 89. Quarto: Se depois de o Auctor offerecer o juramento ao Réo, este o refere ao Auctor, e o Auctor se subtraher a jurar, dizendo que quer recorrer a' provas da sua intenção: Neste caso como o Auctor não tem aquelle favor, que aliás he concedido aos Réos, e fica demonstrado a §. 49., se o Juiz nega ao Auctor o regresso ás provas, depois de o Réo lhe referir o juramento, não o agrava; nem o Auctor pôde appellar, Harprectr. supra a n. 62., Riddolfin. in Prax. P. 1. Cap. 10. n. 170., Altimar. su-

pra n. 8. Brunneman. in L. 12. Cod. de Reb. cred. n. 18. et 19.

§. 90.

Quinto: Se o Réo comparece e contende que a acção he incompetente; ou que nem he obrigado jurar, nem referir o juramento, por algum dos fundamentos expostos, Cap. 1. 2. 3. 4. e 7.; e o Juiz lhe despreza a contradicção, passando em sua contumacia a querer deferir o juramento ao Auctor; ou se obrigar o Réo a que jure; pôde o Réo appellar desta rejeição das suas razões, ou fundamentos para o juizo superior, Harprectr. supra n. 58. Ridolfin. n. 172., Guerreir. Tract. 4. Liv. 3. Cap. 10. a n. 22. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 3. n. 47. Conciol. ad Stat. Eug. Liv. 2. rubr. 12. n. 4. Peg. 2. For. Cap. 15. n. 127. §. In qua varietate = Altimar. de Null. tom. 1. rubr. 5. Q. 34. n. 9. Salgad. de Reg. Prot. P. 2. Cap. 1. n. 168.

§. 91.

Sexto: O mais duvidoso he: Se o Réo, em cuja contumacia o Juiz deferio o juramento ao Auctor, e o condemnou, pôde ou não appellar? O nosso Guerreir. Tr. 4. L. 3. Cap. 10. n. 20. só denega a Appellação quando o juramento he deferido pelo Auctor ao Réo, ou por este áquelle, que são os termos proprios, em que se verificão as doutrinas referidas (§. 86.); mas não quando o Juiz defere ao Auctor o juramento em ausencia, e contumacia do Réo por não comparecer em juizo.

Na verdade: esta opinião de Guerreiro he bem plausivel, porque essas razões (§. 86.), a que acrescento outras de Harprectr. supra a n. 25., e as da L. 12. §. 3. ff. de Reb. cred.: Estas razões, digo, pelas quaes se denega a Ap-

Appellação ao Auctor quando deferido o juramento
 ao Réo, ou a este quando o refere (aquellê; to-
 das ellas cessão, quando o Juiz em contumacia
 sup e ausencia do Réo deferir o juramento ao Au-
 ctor. A nossa Ord. mesma Liv. 3. Tit. 52. §. 3.
 não em quanto denega revogar-se o juramento judi-
 cial por meio de provas, ainda instrumentarias,
 e em tempo supervenientes (Ordenação de que Silva e ou-
 tros inferem denegado o remedio da Appellação);
 e por ella suppõe clarissimamente o caso em que a Sen-
 tença fosse dada por bem do juramento judicial;
 e em que he dado pelo Juiz da huma das Partes a re-
 sistência da outra, de consentimento e autho-
 ridade do Julgador; ou por huma parte a outra
 sendo approvando o Julgador; sendo esta Ord. talvez
 em vista da L. 12. §. 3. ff. de Reb. credit. com
 outras mais braçoês deduzidas d'outras Leis. Não
 comprehendo porém a nossa Ordenação o caso
 contrario de ser deferido ao Auctor o juramento
 em ausencia e contumacia do Réo sem sua ex-
 pressa, ou tácita approvação; caso em que o
 G. Guérreir. n. 57. limita a mesma Ordenação pa-
 ra não poder ser retractavel e convencido o juramento
 com Documentos. (V. infra §. 200.)
 Deferir-se juramento ao Auctor em absen-
 tancia, e contumacia do Réo: ou he por effeito de
 o ser pena da contumacia, ou por huma presuppôção
 de que o contumaz quiz referir o juramento ao
 Auctor. Mas, se como pena de contumacia, não
 priva ao Réo da faculdade de defeza expondo
 as causas, que o excusem da contumacia, e da
 sua pena, ex Barbos. det. Tab. Thesaur. Loc.
 Commun. Liv. 3. Cap. 134. ax. 18. entenden-
 do-se neste sentido a doutrina de Portug. de Do-
 nat. Liv. 3. Cap. 30. sub. n. 52., Scilicet, que

a Sentença contumacial não passa em julgado.
 Se como presupposição de que quiz referir o ju-
 ramento ao Auctor; isto he huma presumpção,
 que admittê prova em contrario. O contumaz
 verdadeiro não appella, o ficto sim; Barbos. su-
 pra p.º ax. 3.º. Aquelle que em presença do Juiz,
 e do Auctor he contumaz em jurar, ou em re-
 ferir o juramento, he contumaz verdadeiro, que
 ob não pôde appellar neste caso; L. Delata Cod. de
 ob. Reb. credit. Altimar. Tom. 1.º rubr. 25.º Q. 34.
 n.º 7. Mas quando em ausencia do Réo se defe-
 re o juramento ao Auctor, he elle contumaz só
 ficto, que pôde appellar. No juizo da Appel-
 lação, e superior instancia tem os Appellantes
 aquellas amplas liberdades de allegar, e provar
 de novo, que lhe concede a Ord. L. 3.º T. 83.º
 Ora, no juizo da Appellação pôde o Appellante
 por huma parte purgar a contumacia por algum
 dos modos, que expõe Barbos. et Tabor. L. 3.º
 Cap. 134. Ax. 18.º et 21.º, e com os que reco-
 pillou Boehmer. ad Pand. Exerc. 24.º Cap. 1.º §.
 23.º ubi — Unde apparet, non respondentem va-
 riis exceptionibus se tueri posse; né in contu-
 maciæ poenam incidat. Huc pertinet (1) exce-
 ptio termini nimis angusti; si modo in Lego-
 Provinciali hic determinatus sit; (2) Citatio-
 nis non recte insinuatæ, vel non factæ insi-
 nuationis; (3) vitiosæ citationis; (4) Legitimo-
 rum impedimentorum; (5) fori incompetentis;
 vel alterius declinatoriæ; quodsum etiam spo-
 lii; et Laudationis pertinent; (6) feriarum; (7)
 deficientis accusationis; (8) termini circumdu-
 ctæ; vel quæ sunt aliæ hujus generis exceptio-
 nes. Por outra parte purgada assim a contuma-
 cia, pôde o Réo na Appellação passar a arguir,

ou a incompetência da acção, ou que não era obrigado jurar, ou referir o juramento, ou que deve ser admittido a jurar, etc. Portanto, se o Réo não póde appellar, quando o Juiz defere o juramento a huma das Partes a requerimento da outra, e que em juizo se defere por huma parte a outra com authoridade do Julgador; porque lhe obstão as razões ponderadas (§. 86.); tudo cessa quando em ausencia, e contumacia do Réo se defere o juramento ao Auctor; e então no juizo superior, excusando a contumacia, póde mostrar a sua justiça. A opinião pois de Guerreir. referida no §. 91. (ainda que por elle não fundamentada) he sustentavel.

§. 92.

Septimo (e comprobatorio do 6.º): He hum Réo citado para juizo incompetente: Manda a esse Juizo Procurador para oppôr a incompetencia; mas sem faculdade de jurar: Rejeita-lhe o Juiz a incompetencia: Deixa o Procurador de aggravar (e suspensivamente, como aqui permite o Direito ut Cap. 6.º). Passa o Julgador ex abrupto a deferir o juramento ao Auctor, visto que o Réo não mandou Procurador sufficiente para jurar; e condemna ao Réo pelo juramento do Auctor: Appella o Procurador do Réo: Deve receber-se-lhe a Appellação, e na superior instancia he attendido pelo Acordão, e Tenções que transcrevêo Peg. Tom. 13. ad Ord. L. 3. T. 1. §. 5. n. 37. aonde, annullando-se a condemnação, se mandou disputar a incompetencia verbalmente opposita pelo Procurador.

§. 93.

Oitavo (e mais comprobatorio do 6.º): Se hum Auctor, depois de experimentar contra si huma Sentença em juizo ordinario, demanda sobre a mes-

ma cousa ao Réo por acção d' alma, e não comparecendo o Réo he condemnado em contumacia por juramento do Auctor; esse juramento e Sentença condemnatoria, carecendo dos regulares effeitos, he retractavel por meio de embargos, e appellação, como se vê julgado, e confirmado em Peg. tom. 2. For. Cap. 15. pag. 1034. Col. 1.

§. 94.

Nono (e comprobatorio do 6. 7. e 8.): He hum Réo citado, comparece por Procurador: Oppõe-se-lhe, que não tem as qualidades da Ord. L. 3. T. 29., e T. 59. §. 15., para fazer Procuração por sua mão, e he por isso abandonado o Procurador de jurar pelo Réo. Passa o Juiz a deferir o juramento ao Auctor, sem dar espaço ao Réo para mandar Procurador com mandato Legal, e condemna ao Réo: Appella este, e he attendido retractando-se o juramento do Auctor assim deferido a elle em contumacia do Réo, porque naquellas circumstancias não houve contumacia formal: Assim se vê julgado em Peg. Tom. 2. For. Cap. 15. pag. 1034. Col. 2., e pag. 1035. Col. 1.: O mais se pôde vêr em Harprectr. Disp. 21. = *De Appellatione à Jurejurando* =

CAPITULO XI.

Efeitos juridicos da Sentença nesta acção: Casos em que elles cessão: Quando aproveita, ou não prejudica a Terceiro.

§. 95.

Primero effeito: O juramento judicial he especie de transacção; tem força; imó maior força de cousa julgada, ainda independente de Sentença do Juiz; depois deste juramento já se não disputa mais a verdade da divida jurada, nem pôde retractar-se por instrumentos ainda de novo apparecidos, por mais que convenção o perjurio; como largamente comprovão Voet. ad Pand. L. 12. T. 2. n. 17. et 25., Repertor. de baixo da Conclusão = *Juramento judicial he quando,* etc. Guerreir. Tr. 4. Liv. 3. C. 10. a n. 1. Peg. 1. For. Cap. 2. n. 56. Conciol. ad Stat. Eug. Liv. 2. Rubr. 12. n. 23. Domat. LL. Civ. pag. 222. Art. 12., optimé Urceol. de Transact. Q. 4. a n. 68. Ord. L. 3. T. 52. §. 3. e 4. *

* Analyse da Ord. L. 3. Tit. 52. §. 3. e 4.

§. 96.

He de precisa necessidade analysar aqui esta Ordenação: Ella bem reflectida procede strictamente no caso,, Se a Sentença fosse dada por bem do juramento judicial, *que he dado pelo Juiz a huma das Partes a requerimento d'outra,* ou por bem do juramento, *que se desse em juizo por huma*

,, Parte a outra de consentimento e auctoridade do
 ,, Julgador A razão he, porque no juramento
 ,, judicial pôde ser imputado a Parte, que deo o ju-
 ,, ramento a outra de auctoridade do Julgador, ou
 ,, consentio ser-lhe dado pelo Juiz, pelo qual foi a
 ,, dita Sentença dada No caso em que o Auctor
 ,, por não ter Escriptura deixar a demanda no ju-
 ,, ramento do Réo, e por seu juramento fôr absolu-
 ,, to, aindaque depois o Auctor faça escripturas
 ,, públicas, etc. Isto mesmo no caso da repugnancia
 ,, pessoal do Réo em não jurar suppõe a Ord. L.
 ,, 3. T. 59. §. 5. e 6. o juramento que se fez
 ,, §. 97. e o consentio que se fez
 ,, He bem manifesto nesta Ordenação, que só fi-
 ,, gura o caso de se deferir o juramento por huma Par-
 ,, te a outra em juizo, ou o Juiz a huma por expresso
 ,, consentimento da outra: A sua bem expressa razão
 ,, he porque pôde ser imputada a Parte que deo em ju-
 ,, zo o juramento a outra, ou consentio que o Juiz lho
 ,, deferisse, ou confiar na verdade delle: outras razões
 ,, exhibe o nosso Barbo. no Tract. de Probation per
 ,, jurament. n. 94. ibi =
 ,, Et probatur ratione, quia juramentum habet
 ,, vim Sententiæ L. 56. de Re judic.; et sic non de-
 ,, bet regulariter fieri rescisio propter instrumenta de
 ,, novo reperta: Item habet vim transactionis L. 1.
 ,, et 2. ff. de Jurejur.; quæ transactio etiam non res-
 ,, cinditur propter instrumenta de novo reperta L. 19.
 ,, Cod. de Transact.: Et propter hoc duplex vincu-
 ,, lum non permittitur retractatio, etiam per restitu-
 ,, tionem in integrum, arg. Cap. 1. de Freg. et
 ,, pac. Confirmatur etiam, quia hoc casu non potest
 ,, agi de perjurio, L. 1. Cod. de Reb. cred., L. Si
 ,, adversus de Except. Ergo nec debet permitti hæc
 ,, retractatio per restitutionem in integrum, nè sic de-

„tegatur perjurium, arg. Cap. Cum quid de Reg.
 „Jur. in 6.º Ac ita licet Sententia per se sola res-
 „cindi possit per instrumenta de novo reperta, me-
 „diante restitutione in integrum, pariter et transa-
 „ctio. . . . Tamen, si hæc duo conjunguntur, nul-
 „lo modo est licita retractatio, et est de mente Ord.
 „L. 3. T. 52. §. 3. „ Confirma-se o Repertor. de-
 baixo da Conclusão = *Juramento judicial he quan-
 do, etc. ¶ Ratio.* =

§. 98.

Ora, quando o Réo não comparece, e o Juiz defere em sua contumacia o juramento ao Auctor, cessão as intrinsecas e expressas razões da Ord.; porque neste caso, nem o Réo deferio o juramento ao Auctor em juizo, nem consentio que o Juiz lho deferisse. Equiparado o Juramento judicial a transacção (fundamento intrinseco da Ord.) ex L. 2. ff. de Jur. jurand.; e sendo a transacção hum contracto consensual, mal pôde dizer-se, que hum Réo que não compareceo em juizo, deferio o juramento, ou consentio que o Juiz o deferisse, e que assim transigisse com o Adversario: E mal pôde dizer-se este caso comprehendido na dita Ordenação, que só decide o proprio caso, em que huma Parte defere em juizo o juramento a outra, ou consente que o Juiz lho defira.

§. 99.

Já vimos (§. 31. e Not.) o quanto duvidoso he; Se o Réo que não comparece, se ha por confesso; como em pena da contumacia; ou se não comparecendo he visto consentir que o Auctor jure: Seja o que fôr; o certo he, que tudo são ficções do Direito, e não são confissões expressas e positivas. Angelis de Confess. L. 2. Q. 32. n. 8. Parex. de Instrum. edit. T. 8. Res. 2. n. 32. Hum Réo tal não he contumaz verdadeiro, e daquelles a que a Ord.

L. 3. T. 79. §. 3. prohibe o regresso da Appellação, antes lha permite (confira-se a grande Nota ao §. 91.); E por tanto a dita Ord. L. 3. T. 52. §. 3. que procede no caso unico já figurado (§. 96.); e em que só procedem as razões expostas (§. 97.); não se pôde dizer que comprehende o caso ficto e diverso de não comparecer o Réo, e deferir o Juiz em sua contumacia o juramento ao Auctor, ou como pena, ou como presumpção de ser essa a vontade do Réo. He preciso no sentimento de Barbosa (§. 97.) que *hæc duo jungantur*, deferir-se por huma das Partes o juramento á outra em juizo; ou o Juiz a requerimento de huma; e sobre isto Sentença: Só assim *propter duplex vinculum non permittitur retractatio*. Toda a Lei cessa, quando se não identifica o caso nella figurado e decidido, Barbos. et Tab. Liv. 14. Cap. 104. Ax. 3. §. 100.

Por estas razões os DD. justamente fazem differença entre o caso de ser o juramento judicial deferido por huma Parte á outra, e entre o caso de ser deferido pelo Juiz em contumacia; de fórma que no primeiro, presuppondo-se entre elles huma transacção, he ir retractavel ainda por Documentos de novo apparecidos; não assim no segundo caso, em que não se pôde figurar tal transacção, Coccey jus. controv. L. 12. T. 2. Q. 42. §. Excipiuntur = Barbos. de Probat. per juram. n. 94. Urceol. de Transact. Q. 93. n. 17. et 18. Trentacinq. Liv. 3. Var. Tit. de Transact. Resol. 1. n. 7. Guerreir. Tract. 4. Liv. 3. Cap. 10. n. 50. et 51. Berlich. P. 1. Concl. 35. n. 15. Tiraquell. de Retract. Linag. §. 4. gloss. 1. n. 12. et n. 30.

§. 101. E muito mais; Se os instrumentos de novo ap-
ggg

parecidos estivessem supprimidos por dolo e fraude do Adversario, Voet. ad Pand. L. 12. T. 2. sub. n. 25.: Bem como a transacção (a que este juramento deferido por hum a parte a outra se equipára) se retracta por Documentos de novo, que a Parte havia dolosamente subtrahido, Coccey supra; Urceol. de Transact. Q. 93. a n. 14., Vin. de Transact. Cap. 8. sub. n. 6.

§. 102. No primeiro caso de ser deferido o juramento em juizo por hum a Parte a outra, ou pelo Juiz a hum de consentimento d'outro; determina a mesma Ord. que: "Se depois se mostrar alguma Escripura publica sem vicio, e sem suspeita, pela qual couberidamente se mostre o juramento ser falso. o fãção saber ao Rei, para sabida a verdade ordenar o que sobre isso se ha de fazer por bem da Justiça das Partes., Porém como póde jámais ser praticavel este remedio? Se nesse caso a Sentença proferida por tal juramento não póde retractar-se, ainda que depois appareção Escripturas publicas; se contra tal Sentença se não admittem com este fundamento Embargos, como poderá verificar-se verem os Juizes as Escripturas, para com ellas fazerem ex Officio relação ao Rei? E quando as veção, qual será o que tenha esse zelo?"

Nota 1.ª O Direito Romano, fonte desta Ordenação está abrogado pelo uso das Nações, e este perjurio he punivel, independente de recurso ao Rei, Groeneweg. de Legib. abrogat. ad L. 1. Cod. de Reb. cred. et jurejur. Entre nós em Phæb. Decis. 69. n. 7. vemos exemplos de se conceder Provizão para querella neste caso; Veja-se Peg. Tom. 9. ad Ord. Liv. 2. T.

33. in Rubr. n. 386. No caso porém da Ord.
 L. 3. T. 59. §. 10. não he necessario Provisão
 para se poder accusar o perjuro. Nota 2. Se o juramento he deferido ao
 Auctor em contumacia do Réo, deve o Juiz, at-
 tento o exposto a §. 96. ser facil em admittir ao
 Réo provas contra esse juramento, ou por Es-
 cripturas, ou ainda testemunhas Legaes; e ma-
 ximé, se o Réo exculpar a contumacia por al-
 guma das causas referidas na Nota ao §. 91.
 §. 103. Segundo effeito: Este he o que expõe Voet. ad
 Pand. Liv. 12. Tit. 2. n. 18. ubi = "Si jus solum
 jurejurando actor asseruerit, in factum actionem
 ex jurejurando, vel subsequuta judiciali condemna-
 tione, utilem rei judicatae actionem habet
 Quamvis de cætero hæc actio sit tantum adjecti-
 tia qualitatis actionis pristinae in rem, vel in perso-
 nam; sic ut in eam illa veniant, quæ vel publicia-
 na actione, vel reivindicacione, vel petitione hæ-
 reditatis, vel empti judicio, aliove simili; acto-
 rem consequi oportere generaliter actionis cujusque
 natura declarat; sive de re principali, sive de ac-
 cessionibus, usuris, fructibus, aliisque quæstio
 sit Undè et actionem pristinam neque no-
 vat, neque tollit jusjurandum, sed magis actioni
 pristinae hanc adjicit in factum actionem. Ut
 proinde *impropiè* jusjurandum ad novationis spe-
 ciem referatur. Confirção-se Stryk. Us. mod. L.
 12. T. 2. §. 16. Struv. Exerc. 11. thes. 49. et 50.
 Brunneinan. na L. 26. Cod. de Jur. jurand. n. 6.: Em
 contrario, que este juramento innova a antiga acção,
 Veja-se Coccey Jus Controv. L. 12. T. 2. Q. 22.

§. 104. Terceiro effeito: "Verum, uti jusjurandum ad
 ,, Partis delationem, aut relationem interpositum
 ,, Juranti tum ad excipiendum, tum ad agendum pro-
 ,, dest; lita quoque eidem nocet; ac actio inde utilis
 ,, ex æquitate adversus eum datur; quoties id jure-
 ,, jurando complexus est, quod implicat; atque in-
 ,, volvit ipsius Jurantis obligationem. Qua ratione,
 ,, si quis juraverit, vendidisse me ei rem aureis cen-
 ,, tum, non minus ipse utili actione venditi ex jure-
 ,, jurando ad pretium consequendum conveniri potest;
 ,, ac ipse empti actione ex jurejurando ad rem tra-
 ,, dendam Idemque dicemus; si Societatem se
 ,, fecisse juravit Et si juraverit, se ob decem
 ,, pignori dedisse fundum, non modò a pignoratitia
 ,, actione; seu pignoris repetitione; depellendus erit,
 ,, donec decem, velut debita, solverit; Sed et ex ju-
 ,, rejurando suo ipsum ad decem conveniri posse ma-
 ,, gis probatum fuit, etc. Voet. supra n. 19.

§. 105. Quarto effeito: "Si Reus juraverit se non debe-
 ,, re, fidejussori quoque jusjurandum prodest; et vice
 ,, versa, si præstitum à fidejussore jusjurandum Reo
 ,, principali proficiet; si modo fidejussor in rem jura-
 ,, verit *non deberi*; nam si de sua tantum persona ju-
 ,, raverit, quod *nempe fidejussor non sit*; aut quid
 ,, simile, reo principali nulla inde Liberatio contin-
 ,, git Unoquoque reo debendi jurante se non
 ,, debere, jurisjurandi exceptio alteri reo debendi dan-
 ,, da videtur quod jusjurandum loco solutio-
 ,, nis est; dummodo et hic in rem juratum fuerit.
 ,, Quemadmodum ex adverso in duobus stipulandi
 ,, reis ab altero delatum jusjurandum, etiam alteri
 ,, nocebit, quominus petat, sive socii sint, sive non . . .
 ,, Etsi enim pactum de non petendo ab uno reorum

„ credendi cum debitore factum non obsit alteri sti-
 „ pulandi reo; aliud tamen in jurejurando placuit . .
 „ quin et acceptilationis, novationis, et delegationis
 „ quandam speciem jurejurando comprehensam vi-
 „ deri posse, illudque loco solutionis cedere, in lo-
 „ cum solutionis succedere placuit Diversum
 „ tamen dicendum erit, si unus ex pluribus debendi
 „ reis jusjurandum Creditori detulerit, isque sibi de-
 „ beri juraverit; quippe quo casu tantum adversus de-
 „ ferentem, non item alterum debendi reum actionem
 „ in factum ex jurejurando jurans habere potest; cum
 „ res inter alios judicata, aut jurata aliis non gra-
 „ vet; nec hic eadem quæ in Superiore casu ratio
 „ sit., Ita Voet. ad Pand. Liv. 12. T. 2. n. 21.
 Brunnem. in L. 28, ff. de Jurejurand. Guerrer. Tra-
 ct. 4. Liv. 3. Cap. 10. a. n. 57. Domat. LL. Civ.
 pag. 222. Art. 15., Valerón. de Transact. T. 2. Q.
 8. n. 12. Conciol. ad Stat. Eugub. Liv. 2. rubr. 12.
 33., Cod. Civil dos Francez. Art. 1365, ubi optime;
 et his non citatis novissime Pereir. Souz. Primeir.
 Linh. do Process. Civ. Not. 511. : > Quotios effeitos se
 podem vêr no citado Guerreiro.

*Casos em que se restringem ou cessão os effeitos
 deste juramento.*

§. 106.

Restringe-se e limita-se 1. “Uti res inter alios
 „ acta, vel judicata; *Sic inter alios jurata* aliis non
 „ nocent Quo fundamento, si petitor jurave-
 „ rit, possessore deferente; *rem suam esse*, danda
 „ ei actio dumtaxat adversus illum; qui jusjurandum
 „ detulit, eos, qui in ejus Locum successerunt; con-
 „ tra alios ei jurisjurandi prærogativa nihil prodest . .

„ Aut si quis *hæreditatem suam esse juraverit*, non
 „ proficiet ei jusjurandum præstitum, alio, quam qui
 „ detulerit, hæreditatis respondente, vel petente, sed
 „ ex integro probare debet, se hæredem esse, Voet.
 supra n. 20., Pereir. e Souz. supra Not. 511. Por
 isto he que este juramento *quoad alios* admittê pro-
 va em contrario, Lim. de Gabell. pag. 229. n. 28.,
 Domat. LL. Civ. pag. 222. Art. 16., Silv. ad Ord.
 L. 3. T. 52. §. 3. n. 38. §. 107.

Restringem-se 2.º, porque “ *Strictam quoque*
 „ *jusjurandum quam maximè recipit interpretationem*,
 Brunneman. in L. 9. ff. de Jur. jur. n. 6. Voet su-
 pra n. 22., aonde se podem vêr outros exemplos.

§. 108.
 Por outra parte 3.º. Sendo certo que este jura-
 mento só produz seus effeitos, *si ritè præstitum sit*,
 Voet. supra n. 17.; elles cessão geralmente quando
 nesta acção se não procede *ritè et rectè*, *sed nulli-
 ter*, caso em que nunca tal Sentença passa em julga-
 do, Peg. 1. For. Cap. 2. n. 59.

§. 109.

Especialmente cessa 4.º, o effeito deste juramen-
 to, se depois de o Auctor jurar, que o Réo lhe de-
 ve, o Réo outra vez deferindo-lhe o Auctor o jura-
 mento jurar que não deve, ou *vice versa*; porque
 prefere o ultimo dos juramentos * L. 28. in fin., L.
 29. ff. de Jur. jur. Voet. n. 26. E cessa tambem
 quando se jura sobre se dever huma cousa, que ha-
 via perecido sem culpa do possuidor, L. 30. §. 1. ff.
 eod. Tit.

* Mas isto se entende nos juramentos ex-
 trajudiciaes, Brunneman. na L. 28. n. 14.

§. 110.

5.º, Varião os DD. na questão: Se confessando o Réo, ou o Auctor que jurára falso, cessa o effeito desse juramento, Veirão-se Harprectr. Disp. 21. a n. 33. Guerreir. Tr. 4. Liv. 3. Cap. 10. n. 88.; aonde assenta que se retracta e perde o effeito o juramento judicial por huma confissão contraria e posterior: Conf. Berlich. P. 1. Concl. 35. n. 11. Tondut. Civil. Cap. 177. n. 14.

§. 111.

6.º, O Menor que sem authoridade de Curador deferio o juramento ao Adversario, mostrando-se enganado e lezo, tem restituição contra o mesmo juramento para ser retractado, L. 9. §. 4. ff. de Jur. jur., ubi Brunneman. n. 36. Guerreir. Tr. 3. L. 5. Cap. 11. n. 59., et Tract. 4. Liv. 3. Cap. 10. n. 94. A si proprio deve imputar o que recebeu o juramento deferido pelo menor, não o repellindo (como podia repellir, ut §. 11.) da acção: E muito mais se depois de deferido o juramento pelo menor lhe sobrevierão Documentos convincentes do perjuro, Utecol. de Transact. Q. 93. n. 23.: E da mesma fórma, se o juramento foi deferido contra o menor em sua contumacia, gosa do beneficio da restituição, Guerreir. Tr. 3.º L. 5. Cap. 11. n. 40. et 41.

§. 112.

Em fim 7.º, Se o Réo outra vez demandado não oppoz a excepção que produz o juramento, pôde válidamente proferir-se Sentença contra elle, Brunne-
man. na L. 9. ff. de Jurejurand. n. 17.: Bem como aquelle que não oppoz a cousa julgada por excepção, e tacitamente consente na disputa da questão principal, he visto renunciar a cousa julgada, Peg. Tom. 7.º for. Cap. 253. n. 84.

CAPITULO XII.

Embargos oppostos á execução, da Sentença proferida nesta acção.

§. 113.

DEVemos distinguir os Embargos fundados em factos, que tivessem origem depois da Sentença; ou que tivessem origem antecedente; ou fundados em nullidade do processo; que precedeo á condemnação. Podemos reduzir á classe dos primeiros os Embargos de solução, compensação, novação, transacção, remissão, e semelhantes: Estes que tem origem depois do juramento, e da Sentença, e que se não oppõe directamente a ella, são admissiveis; mas com esta distincção que, se logo se mostrão provados por algum Documento, fazem suspender a execução; não assim se dependem de provas de testemunhas, porque se devem receber sem suspensão da execução, conforme o Assento na Coll. 3. á Ord. L. 3. T. 87. Mell. Liv. 4. Tit. 22 §. 15.

§. 114.

Quanto porém aos segundos: Ou nelles se allegão factos antecedentes á condemnação, ou nullidades do Processo: Se se allegão factos antecedentes á condemnação, como solução, compensação, etc., eu faria esta distincção: Ou o Réo compareço em juizo, e ou referio o juramento ao Auctor, ou, não querendo jurar, se deferio ao Auctor em sua presença; e nestes casos, assim como não pode jámais apellar (§. 86.) também não embargar, nem ainda

com pretexto de Documentos de novo apparecidos (§. 86.)

Nota: Não deixa porém de ser duvidoso: Se omitindo o Réo oppôr nesse acto compensação; a pôde oppôr na execução com suspensão, ou sem ella? Faz dúvida o exposto no §. 80., aonde; que huma tal compensação seria qualida- de rejeitavel: Logo não deve ficar sem o reme- dio de a oppôr competentemente na execução. Por outra parte: Ainda mesmo aquelle que con- fessa huma divida simplesmente, pôde depòis op- pôr compensação; e pagando sem a oppôr, pôde repetir o que assim lhe devia o seu Crêdor, Ber- nersan. de Compensat. Cap. 5. Q. 2. Gratian. for. Cap. 356. n. 42. Rocc. Select. Cap. 155. n. 11. (Bem que em contrario dizem outros que o que confessa a divida não pôde depois oppôr compen- sação, Ansal. de Commerc. Disc. 45. n. 25. Altim. de Nullit. Tom. 7. Q. 45. n. 19.; opi- niões que se devem conciliar com Bersan. supra Cap. 1.): Logo, e a fortiori pôde embargar a execução com esta materia: Por outra parte, he commum distincção dos DD. que em todo o caso se pôde oppôr compensação na execução, quan- do não tivesse sido opposta e reprovada na Causa principal.

§. 115.

Ou o Réo não compareceo em juizo, e o Au- ctor jurou á sua revelia; e então, ou elle pôde ex- culpar a contumacia por algum dos modos expostos na Nota ao §. 91., e nesse caso assim como poderia appellar (§. 91.) tambem lhe fica salvo embargar a execução com materia relevante, exculpando com esta a contumacia: E isto com suspensão, ou sem ella, conforme a distincção do §. 113.

Nota: Muitas vezes recorrem os Réos ao fundamento de não terem sido citados. Esta negativa não póde verificar-se d'outro modo que não seja o exposto por Bagn. Cap. 2. a n. 41.; isto he, requerendo-se que o Official declare o dia, sitio, e hora, em que citou o Réo; e, feita essa declaração, provar a negativa coarctada. D'outro modo prevalece a fé do Official, Bagn. supra a n. 21.

§. 116.

Se na execução se allegão nullidades do Processo; então, sendo simples e nuas não se attendem neste caso por estilo dos Tribunaes; e só commulando-se com as nullidades a verdade contraria ao juramento, Peg. 1. For. Cap. 2. n. 27., et Tom. 2. For. Cap. 15. pag. 1032. Col. 2., et 1033., et Tom. 6. Forens. Cap. 145. tot., França ad Mend. Ar. 57.

§. 117.

Não são porém nuas as nullidades expostas desde o §. 92. até 94.: E se com ellas se embarga a execução devem ser attendidas, como já o forão nos Arestos ali referidos; em ordem a que, revogado o juramento, a que desordenadamente se procedeo, seja o R., ou absoluto, ou admittido a jurar.

TRACTADO X.

*Juramento em Depoimento. Quando he ou não re-
peitavel a qualidade da confissão feita em
Depoimento?*

Analyse da Ordenação L. 3. T. 53. §. 9. nas pala-
vras = "*Porque o Depoimento foi introduzido para*
,, que pela confissão feita por elle aos artigos, se-
,, ja a parte relevada de dar a elles prova. ,, =

E Questão:

Quando deve attender-se ou rejeitar-se a qualidade,
com que o Depoente reveste a sua confissão?

ARTIGO I.

*O que a este respeito tem discorrido os nossos
Reinicolos.*

§. I.

O Primeiro de todos (que eu saiba) foi Caldas no
Tractado de Emption. C. 19. no fim do num. 29.
aonde, depois de tratar do caso do Juramento Judi-
cial, especializado na Ordenação L. 4. T. 52. que
diz ser correctoria do Direito Commum, vem a de-
cidir, que se deve restringir ao seu proprio caso;
,, non vero porrigitur ad confessionem factam in posi-
,, tionibus, in qua Jus commune observandum est,
,, quod praxis observat.,, Gabriel Pereira (filho de

Caldas) na Decisão 68. faz a mesma distincção, e no num. 5. positivamente diz que: “In juramento
 ,, veritatis, quod a Parte exigitur in depositionibus
 ,, ad articulos qualitati juratæ non creditur, quia in
 ,, eo solum creditur Parti in iis, quæ contra ipsam
 ,, faciunt.” Mënd. na 2. p. L. 3. C. 12. n. 42. já
 seguiu Pereira: A estes Silva ad Ord. L. 3. T. 53.
 §. 9. n. 8., e a Pereira o Senador apud França ad
 Mënd. arest. 49. n. 4., e a todos seguiu cegamente
 sem critica Mell. Freir. L. 4. T. 20. §. 4. (Cabedo
 e Febo, que além daquelles, cita Mello, e fallão em
 casos diversos.)

§. 2.

Pelo contrario Barbosa ad Ord. L. 3. T. 53.
 no Princ. n. 2. e Moraes de Execut. L. 4. C. 9. a
 n. 49. (pondo de parte o juramento judicial de que
 trata a Ord. L. 4. T. 52.) não passam com essa pro-
 posição absoluta; mas fazem esta distincção: “Si di-
 ,, cat se solvisse, aut creditorem ei fecisse pactum
 ,, de non petendo; quoniam, cum qualitas confessio-
 ,, ni adjecta est, talisque ex post facto post debitum
 ,, contractum intercesserit, est omnino separabilis,
 ,, potestque Creditor admissa simplici debitoris con-
 ,, fessione, qualitatem reprobare; quod secus est,
 ,, quando qualitas in eodem actu intercessit, ut si di-
 ,, cat debitor: Confiteor te mihi mutuum dedisse cen-
 ,, tum tali die solvenda, aut tali pacto, seu conditio-
 ,, ne Gloss. . . . quam sequitur Barthol. . . . Cum ergo
 ,, qualitas solutionis, seu pacti de non petendo sit
 ,, separata, ex post factoque intercesserit remanet
 ,, pura recognitio, etc., (et n. 50.) “Cum vero
 ,, qualitas admixta talis est quod ipsi contractui ad-
 ,, fuit; veluti si fateatur obligationem intercessisse,
 ,, sed cum pacto aliquo, die, vel conditione, quo
 ,, eventu tenetur Creditor, aut totam confessionem

„ approbare, aut totam réprobare, juxta doctrinam
 „ Gloss. in L. Siquidem, C. de exception., etc. „
 (Veja-se o que se exporá a §. 25.) Confirma-se Rieg-
 ger p. 2. §. 1058, Lauterbach. de Confession. §. 55.
 et 58. Gmeiner. Inst. Eccles. Sect. 3. §. 616. Schol. 2.

ARTIGO II.

*He erro, e mesmo contra a generalidade e espirito
 da nossa Ordenação, applicar absolutamente em
 todo o caso aquella regra (§. 1.) e ainda aquella
 distincção (§. 2.) na sua generalidade.*

§. 3.

Os Depoimentos não tem fundamento algum nas
 Leis Romanas; forão inventados pelo costume de al-
 gumas Nações, costume que adoptou, e approvou o
 Direito Canonico, e depois se propagou universal-
 mente, e introduzidos como diz a Clementina Sæpe
 de verbor. signif. “Quia positiones ad faciliorem ex-
 „ petitionem litium præpter partium confessiones et
 „ articulos ad clariorem probationem usus longævus
 „ in causis admittit: Nos usum hujusmodi observari
 „ volentes, etc. Stryk. us. mod. L. II. T. II. a
 §. 39. Michalor. de Posit. C. I. 2. et 3. Diferem es-
 tes Depoimentos das interrogações praticadas entre os
 Romanos, que trata o Digesto L. I. T. I. “Quod
 „ interrogationes istæ pertinerent ad præparatoria ju-
 „ dici, ut constaret cum quo agendum esset, ne ju-
 „ dicium redderetur illusorium. Positiones vero adhi-
 „ bentur probationis promovendæ causa, ut per has
 „ eliciatur confessio Rei, et intentio actoris probe-

„ tur.,: Stryk. et Michalor. supra; et ad omnia Constantin. ad Statut. Urb. Annot. 8. art. 1. a n. 1.

§. 4.

Este he pois o sentido, em que o nosso Sabio Legislador fallou, quando disse que: “O Depoimento „ foi introduzido para que pela confissão feita por „ elle aos artigos, seja a parte relevada de dar a el- „ les prova. „ Não tendo pois fundamento em alguma Lei Romana, mas só no costume approved pelo Direito Canonico, e depois pelas Nações (§. 3.) Segue-se 1.º que he erro dos Reinicolos buscarem no Direito Romano regras para decidirem das confissões feitas em Depoimentos: 2.º que estas confissões feitas em Depoimentos nada tem, nem devem ter de peculiar e especial, differente de todas as mais confissões juridicas; mas devem decidir-se pelas regras geraes, e racionaveis de todas as mais confissões judiciaes: 3.º que neste mysterio he que falla a Lei, quando diz que a confissão feita em Depoimento releva de outra prova; isto he, huma confissão pura, simples, discreta, clara, indubitavel, etc.; que segundo as regras commuas possa e deva prejudicar ao Confitente, e não distingue a Lei confissões qualificadas para se aceitarem rejeitadas as qualidades. Os DD. mesmos não fazem differença das confissões qualificadas feitas em ou fóra de Depoimento, juradas ou não juradas: Confundem todas debaixo das mesmas regras e distincções.

Póde fazer-se em contrario argumento com a Ord. L. 4. T. 52. que tratando do juramento judicial diz, que se a Parte que jurar confessar o que lhe he deixado em seu juramento ser verdade, e pozer alguma qualidade que conclua não ser obrigado ao porque he demandado, posto

que a qualidade seja separada do que se lhe demanda, aquelle que jurou seja crido em toda dita qualidade para não ser obrigado: Assim como se hum homem demandasse outro, que lhe emprestara dez cruzados, e por não ter prova, ou por a não querer dar, o deixasse em seu juramento, e o demandado jurar, que he verdade que lhos emprestou, mas que depois lhos pagou, neste caso e em outros taes será crido que lhos pagou, posto que outra prova não dê nem tenha.

Póde pois argumentar-se, que especializando o Legislador só o juramento Judicial (vulgo o juramento d'alma) para nelle se attenderem as qualidades da confissão, ainda que não connexas, mas ainda que sejam separadas (note-se a distincção dos DD. citados §. 2.) he visto determinar o contrario, e que se não attendão taes qualidades nas mais confissões juradas, como he o Depoimento.

Porém este argumento facilmente se dissolve, se vamos indagar as fontes, a razão, e o que teve em vista o Legislador na dita Ordenação: Pois que 1.º no caso do juramento judicial, aquelle a que se permite jurar fica constituido como Juiz para decidir o principal e o conexo, como raciocina Barboza de Probat. per jurament. n. 56. coincide Mend. p. 1. L. 3. C. 12. n. 15., ou como discorre Caldas p. 1. Dec. 34. n. 2. o tal juramento tem força de transacção, e maior authoridade que a cousa julgada; e consequentemente, assim como na transacção e Sentença se póde accrescentar a qualidade que conclue a sua justiça, assim neste juramento; etc.: ou, como diz Lim. á mesma Ordenação,

que a Parte deferindo á outra este juramento he visto permittir-lhe que ella jure sobre as circumstancias connexas: Concordão nestes pensamentos Stryk. Vol. 7. Disp. 28. C. 1. §. 5. Coccey Jus Contr. L. 12. T. 2. Q. 29.: Ou como diz Moraes L. 4. C. 9. sub n. 49.: “Quando aliquid „ relinquitur sub juramento totum committitur „ arbitrio Jurantis; est ideo creditur etiam qualis- „ tati separatæ, etc. „ Confira-se Valer. de Transact. T. 1. Q. 1. a n. 6.: Em fim Barbos. á mesma Ord. diz que: “Deferens juramentum „ videtur tacite confiteri illud quod pars jurave- „ rit: „ Assim tambem Stryk. supra §. 5. ibi: „ Unus alteri deferendo videtur confiteri id, de „ quo adversarius juxta delationem sit delaturus, „ etc.

2.º O nosso Legislador périto nas opiniões da Glossa, e nas doutrinas de Bartholo, Baldo, etc. Elle vio a distincção que fizeram a Glossa e Bartholo já referidos (§. 2.): Elle que na Ord. L. 3. T. 64. mandava observar em falta de Lei a Patria as doutrinas da Glossa e Bartholo, vio que pelas especiaes razões proprias do juramento judicial (Resp. 1.º); cessava nestas confissões essa distincção: Por isso he que para não obstar essa doutrina, a que havia attribuido authoridade declarou no dito T. 52. mysteriosamente que naquelle juramento se attenda a confissão qualificada, posto que a qualidade seja separada: Veja-se Phebo p. 2. arest. 60. y. Sed quia, et y. Contrarium: Elle vio a doutrina da Glossa, de Bald. e de outros antigos referidos por Moraes L. 4. C. 9. n. 49. Conforme a qual, aquelle que em Juizo confessar ter recebido hum mutuo, mas havella satisfeito, he condemnado, e

se lhe assignão dez dias para prova da solução: Por isto he que, e para no caso do juramento d'alma não ser praticavel esta doutrina, disse o Legislador mysteriosamente neste caso, e em outros taes será crido que lhe pagou, posto que outra prova não dê nem tenha.

Attentas pois estas razões intrinsecas da Ord. L. 4. T. 52. não póde com a sua especialidade fazer-se argumento, para nas mais confissões judiciais juradas se não acreditarem as qualidades: E subsistem os tres Consectarios que deduzi, e expuz no §. 4.

3.^o Em muitas Nações, o que entre nós he articulado do A. ou R. a que se depõe, são lá, e se chamão posições: Estas consistem em huma allegação de factos, que em qualquer parte do Juizo huma das Partes propõe, e requer que a outra deponha sobre elles, debaixo da pena de se haver por confesso: Em muitas Nações os Estatutos mandão, que as Partes deponhão simples e cathegoricamente, sem se apartar do allegado, e proposto facto, prescrevendo a fórma precisa de deporem: Veja-se o Cap. 68. dos Estatutos de Roma, que commentou Constantin. annot. 8. O Estatuto de Eugub. L. 2. Rub. 6. que commentou Conciol.: Vejão-se os que refere Michalor. de Position., e os modernos Codigos de Saboya L. 3. T. 15. §. 8. 9. 12.; o do procedimento Civil da França §. 324. e seguintes. Daqui nascé reprovarem alguns DD. toda a qualidade, que na resposta á posição se aparta da simplicidade d'elle: Ora, a nossa Ord. L. 3. T. 52. he em tudo isto differente; ella não admitte taes posições em qualquer parte do Juizo; os Artigos de Libello, contrariedade, replica, ou

treplica são os a que se depõe, e só no termo probatorio: Ella não dá fôrma precisa, nem ás posições, nem ás respostas aos Artigos, como nessas Nações; e parece que deixa o livre arbitrio de se depôr com toda a franqueza, e com toda a declaração sobre qualquer Artigo; o que os nossos nunca advertirão. E que erro, como dizer Cald. de Emption. C. 19. n. 29. in fin. et 30. que quanto á confissão em Depoimento (em differença do caso da Ord. L. 4. T. 52.) se deve observar o Direito commum? Que Direito commum he esse, vendo-se o exposto no §. 3.?

ARTIGO III.

Casos especiaes, em que se deve ou não deve dividir a qualidade da confissão feita em Depoimento.

§. 5.

Antes que me proponha ao detalhe, e diversificação da variedade de casos, devo 1.º advertir a natureza de qualquer confissão qualificada, considerada em si mesma: 2.º a pessoa que depõe e confessa com qualidades: 3.º (seja qual for o Depoente) a natureza da qualidade; e então, ou ella he em si connexa, e admniculada, e assistida de alguma presumpção de Direito; ou ella a tem contra si que lhe resista: 4.º quando á qualidade não assiste nem resiste o Direito: 5.º nos casos em que se attende ou não attende, sempre fica salva a prova sobre ella; ou ao Confitente, se a qualidade se lhe não attende; ou ao Adversario contra a qualidade, se ella se attende.

SECCÃO I.

Natureza de qualquer confissão qualificada.

§. 6.

A Natureza de toda a confissão judicial he nas Causas Civeis ser individua, e a qualificada não poder scindir-se, acceitando-se em parte, e reprovando-se em parte; com tanto que a confissão seja qualificada in continenti: Angel. de confession. L. 3. Q. II. n. 1. 2. 3. et n. 31. aonde cita muitos DD. Fabr. in Cod. L. 7. T. 24. Def. 1. Stryk. Us. mod. L. 42. T. 2. §. 9. v. At vero.

§. 7.

Esta proposição firmou por Lei na França o seu Codigo L. 3. T. 2. Sec. 4. Hum dos Cidadãos que proposerão esta Lei disse, que “ não seria justo que
 ,, o Adversario daquelle que faz a confissão, se aproveitasse da declaração no que lhe he favoravel, sem
 ,, conceder a mesma fé ao que lhe he desfavoravel.
 ,, A confissão não póde ser dividida contra o que a
 ,, faz: “ Outro disse: ,, Se he justo e regular que a
 ,, confissão judicial faça plena fé contra aquelle que
 ,, a fez, he igualmente justo e regular (em todas as
 ,, materias Civís) que a confissão não possa ser dividida contra elle: “ Outro discorreo assim: ,, Não
 ,, se póde dividir contra elle; logo que se faz a Confissão de hum Titulo he preciso tomallo precisamente tal qual elle he. ,, Accrescenta Voet. ad Pandect. L. 42. T. 2. sub. n. 3. esta razão: “ Cum

„ iniquum sit commoda quidem admittere, repudia-
 „ re vero onera eidem cohærentia. „

SECÇÃO II.

*Deve considerar-se a pessoa que depõe e confessa
 com qualidade.*

§. 8.

O Nosso Barbo. ad Ord. L. 3. T. 53. in princ.
 n. 2. com Menoch. e outros adverte: „ Judicem ex
 „ æquitate respensionem qualificatam posse admitte-
 „ re pro personæ respondentis qualitate, utpote in
 „ idiota et rustico; qui cum non noverint quid sit
 „ simpliciter, vel qualificate respondere, eorum res-
 „ ponsio, ita ut profertur, recipienda est „ Concor-
 da com o Card. de Luc. e Anton. ab Eccles. Const-
 tantin. ad Statut. Urb. Annot. 8. art. 1. n. 141. 147.
 et 175. Michalor. de Positionib. C. 42. n. 7. Angel.
 de Confess. L. 3. Q. 11. n. 11.

Supposto que alguns DD. permitem que os
 rusticos, e mulheres, menores e outras pessoas
 idiotas deponhão com assistencia de Advogados;
 não deve o Juiz ser facil em lho admittir, e me-
 nos vendo-os sagazes, e inquiridos sobre factos
 proprios: Nem aos Advogados he permittido
 em salva consciencia aconselhar as Partes como
 deverão depôr; para se não prejudicarem com
 as suas confissões: Veja-se Constantin. ad Statut.
 Urb. Annot. 8. art. 1. a n. 201.

SECCÃO III.

*Deve attender-se a qualidade, que em si mesma he
verosimil, e natural, ainda que se não prove.*

§. 9.

HE huma regra geral, que a confissão no Depoi-
mento qualificada ou limitada, se deve attender com
a sua qualidade, quando esta em si mesma he vero-
simil; ou se assim o persuadir a natureza do nego-
cio, de que se trata, Ménoch. de arbitr. Cas. 251. n.
10. Michalor. de Posit. C. 42. n. 8. Constantin. ad
Statut. Urb. annot. 8. art. 1. n. 143. 144. Conduz o
Card. de Luc. de Judic. Disc. 23. sub. n. 26.

§. 10.

He outra regra: Se a qualidade, com que se re-
veste a condição não tem contra si resistencia de al-
guma presumpção juridica; mas antes assistencia del-
la, não deve scindir-se e dividir-se, mas attender-se
a qualidade; Cyriac. Contr. 505. n. 34. Constantin.
ad Statut. Urb. Annot. 8. art. 1. n. 145. Card. de
Luc. supra.

*Consectarios de alguns casos praticos, que se
deduzem destas regras geraes.*

§. II.

297130 0

Primeiro: Este (e pôde ser outro semelhante)
he o que como Juiz decidio Constantin. ad Statut.
Urb. Annot. 8. Art. 1. n. 174. et 175. ibi: "Se-

„ cunda circumstantia est, quia versamur in confessione
 „ ne qualificata, facta ab Artifice, persona rudi, et
 „ idiota, qui omni (sinceritate) coram me Primo col-
 „ laterali respondidit positionibus fatendo servitium,
 „ ac debitum, sed quod illud solverat partim in pe-
 „ cunia, et partim in rebus suæ artis, de quibus non
 „ reportaverat quietantiam, unde qualitas solutio-
 „ nis habebat magnam verisimilitudinem, et præsum-
 „ ptionem pro se, cum non sit verisimile, quod
 „ pauper artifex famulus qui vivit ex suo artificio,
 „ per plures annos deserviat sine satisfactione merce-
 „ dis, præcipue dum idem Aldoardus, qui petebat
 „ mercedem pro justificatione sui crediti, ultra di-
 „ ctam qualificatam confessionem, nihil habebat in
 „ actis, quo casu omne intrat arbitrium; ut a con-
 „ fessione debiti non dividatur qualitas solutionis,
 „ etc. b. 200. §. 12. ubi et de aliis.

Segundo: Se hum Réo demandado por divida,
 ou outra cousa, confessada o recebimento; mas se ex-
 onera dizendo, que pagára a divida, ou entregára a
 cousa: Se com esta qualidde concorrem algumas cir-
 cumstancias admniculativas da verdade; ou jurídica
 presumpção de solução; se deve attender a qualida-
 de, Cyriac. Contr. 505. a n. 34. et 58.

As conjecturas da solução recopillou ex pro-
 fesso Harprectr. Disp. 64. Altim. tom. 7. Q. 47.
 a n. 306. Conciol. all. 8. et all. 11. Constantin.
 ad Statut. Urb. Annot. 48. Stryk. Us. mod. L.
 46. T. 3. Guerreir. Tr. 2. L. 8. C. 6. a n. 50.
 e outros.

§. 13.
 Terceiro, e geral: Quando a qualidde, com que
 o Depoente reveste a sua confissão he assistida de al-

guma presumpção do Direito, que presuma a qualidade mesma. Mas quem referiria aqui toda a variedade de casos, e todas as presumpções de Direito, que a cada hum podessem ser applicados? Seria preciso recopillar hum Alciato, hum Menochio de Præsumptionibus, e outros muitos.

Não omitto porém o caso: Se a mulher confessar que consentio no contracto do marido, mas com medo reverencial; como este se presume he attendida a qualidade, Angel. de confession. L. 3. Q. 11. n. 80. (Outro se pôde vêr na limitação da Nota ao §.) O mesmo milita em todos os casos, em que o medo reverencial se presume; (de quo Vide Altim. tom. 3. Q. 14.) porque confessando o acto mas com a qualidade de ser feito com medo, se não deve separar esta presumida qualidade: E em todos os casos em que a qualidade juncta a confissão mostra nullo o acto, Posth. de Manut. Obs. 83. sub. n. 63. Rot. post Cens. Dec. 113. n. 7. Begnuedell. Verbo = Confessio = n. 22. como v. gr. se se confessa a venda, mas que a mulher não conveio, ou não se pagou siza, etc. Adde Sabell. §. Confessio = n. 61. ¶ = Quod possit. §. 14.

Quarto: Quando o que depõe sobre a verdade de hum contracto accrescenta em qualidade circumstancias, que são como naturaes delle: Por exemplo: depondo da verdade de huma venda accrescenta, que fôra portal preço; de hum arrendamento por tal pensão, et sic de cæteris; Michalor. de Positionib. C. 42. n. 8.

§. 15. Quinto: Como qualquer que compra ou paga dividas se presume que comprou ou pagou, com dinheiro seu, e não alheio, Michalor. de Fratrib. p. 2. C. 9. Altim. tom 7. Q. 47. n. 428.: Segue-se que se alguém confessar que comprou ou pagou com seu dinheiro, não deve dividir-se a qualidade, que he assistida da presumpção do Direito: Semelhantes presumpções, que adnniculem as qualidades das confissões que se podem vêr em Menoch. L. 3. Præs. 46., bem como aquelle que contrahe, ou adquire se presume com o proprio dinheiro, e não com alheio; para si, e não para outro; que paga em seu nome, e não no alheio, etc.

Seria nunca acabar se me propozesse indicar todas as presumpções do Direito, com que se podem conformar as qualidades das confissões, para se não poderem aceitar estas, reprovadas aquellas.

S E C Ç Ã O IV.

Não deve attender-se, mas scindir-se e separar-se a qualidade, quando esta encontra alguma presumpção do Direito que lhe resiste,

§. 16.

HE regra geral, que se rejeita e separa a qualidade com que se reveste a confissão, quando esta qualidade tem contra si alguma presumpção do Di-

reito, Angel. de Confess. L. 3. Q. II. n. 78. Posth. de Manut. Obs. 83. sub n. 63. Constantin. ad Statut. Urb. Annot. 8. art. 1. n. 146. ampliando no n. 147. „ etiam si qualitas confessionis adjecta habens præsumptionem juris contra se esset unica oratione concepta; nam adhuc rejecta qualitate, firma remanet „ confessio, ac si simpliciter facta fuisset: „ Idem Constantin. n. 167. Begnudell. Verbo = Confessio = n. 23. Michalor. de Posit. C. 59. n. 10. Posth. de Manut. Obs. 83. n. 63. ¶. Quamvis secus = Posth. de Manut. Obs. 83. sub n. 63. ¶. Quamvis secus = Sabell. §. confessio = n. 61. ¶. Quod quando = Cald. de Emption. C. 19. n. 36. Stryk. Us. mod. L. 42. T. 2. §. 9. ¶. 2.º Riegger. p. 2. §. 1058. Lauterbach. de Confess. §. 58. Gmein Instit. Ecclesiast. Sect. 3. §. 616. Scol. 2.

Consectarios especiaes desta Regra.

§. 17.

Primeiro: Este he o que propõe e decide Angel. de Confessionib. L. 3. Q. II. n. 79. ibi: “ Siquis „ confiteatur se non subscripsisse scripturam, nisi sub „ spe futuræ numerationis: elapso tempore opponendi hanc exceptionem confessio dividi poterit, et „ confessus erit condemnandus qualitate rejecta, cum „ repugnet juris præsumptio: „ Confirma-se Begnudell. Verbo = Confessio = sub n. 23. ibi: “ Idem dic de „ dicente, se scripturam scripsisse non animo se obligandi, qui animus non se obligandi, etc., a confitente probari deberet. „

Com effeito contra hum tal está a presumpção da nossa Ordenação L. 4. T. 51.

§. 18.

Segundo: Este he o que propõe e decide o mesmo Angel. n. 82. et γ . Idem = ibi: "Si Lucius
 ,, appellet, et confiteatur Lelium detentorem, occupa-
 ,, patoremque intrusum domus sejanæ: hujusmodi
 ,, confessio importat duo: possessionem cum injusti-
 ,, tia, seu intrusione; et hæc dicitur confessio quali-
 ,, ficata. Unde cum intrusionis qualitas sit contra ju-
 ,, ris præsumptionem, poterit rejici, et in alia parte
 ,, acceptari, eritque hæc confessio ad manuentio-
 ,, nem sufficiens: Cum ex sola confessione Partis no-
 ,, minantis alium detentorem, occupatoremque intru-
 ,, sum, probetur possessio satis ad dictam manuten-
 ,, tionem obtinendam..... Idemque procederet,
 ,, si diceret Adversarium possidere jure familiarita-
 ,, tis..... etiamsi talis confessio appareat ex Libel-
 ,, lo, petitione, monitorio, præcepto, vel citatione,
 ,, aut commissione, etc.," Confirma-se Constantin. ad
 Statut. Urb. Annot. 8. art. 1. n. 153. ibi: "Infer-
 ,, tur ex prædictis, quod confessio possessionis cum
 ,, qualitate spoli, vel quod sit jure familiaritatis,
 ,, dividitur, et acceptatur respectu possessionis, reje-
 ,, cta qualitate spoli, ac familiaritatis; ex quo pos-
 ,, sessio præsumitur justa, et vera, et sic dictæ qua-
 ,, litates spoli, et familiaritatis habent præsumptio-
 ,, nem juris contra se.," Sabell. §. Confessio = sub
 n. 61. et §. = Possessio = sub n. 27. Begnudell. Ver-
 bo = Confessio = sub n. 23. Gratian. for. C. 339. a
 n. 17.

Com effeito: Essa posse confessada tem a
 presumpção de justa, L. 51. ff. pro socio. Val-
 ler. de Transact. T. 4. Q. 1. n. 23. Barbos. Tab.
 L. 14. C. 71. axiom. 9.: Em nome e por Di-
 reito proprio, e não em nome alheio, nem por

direito de familiaridade; Barbos. et Tab. supra ax. 2. Por tanto esta presumpção resiste a essas qualidades; a menos que as circumstancias concurrentes não adinniculem a qualidade; como nos casos em que a posse se presume jure familiaritatis, casos que recopilou Stryk. vol. 2. Disp. 6. C. 3.

§. 19.

Terceiro: Se algum diz que jurara ou promettera por zombaria, e sem animo de cumprir; attende-se a confissão, rejeitada a qualidade; Begnudell. Verbo = Confessio = sub n. 23.

§. 20.

Quarto: Se huma mulher confessa ter recebido taes joias, e declara que as perdera; como contra ella resiste a presumpção, que o que huma vez foi senhor e possuidor, sempre se presume possuir, em quanto não prova o contrario, L. 16. C. de Probationib. Ord. L. 3. T. 53. §. 3. Contra o que diz perdera huma cousa que lhe foi entregue, se presume a perda por sua culpa, L. 5. C. de Pignorat. action., em quanto não prova hum caso fortuito, L. 8. C. eod tit. ubi Brunneman. Por tanto se aceita a confissão simples, rejeitada a qualidade, Begnudell. Verbo = Confessio = sub n. 23.

§. 21.

Quinto: E semelhantemente; aquelle que confessa ter recebido de outro hum penhor, hum deposito, hum empréstimo, etc., e depondo diz que o recebera, mas que o perdeu, ou lho furtarão, se deve aceitar a confissão simples, rejeitada a qualidade; em quanto não prova o caso fortuito da perda ou furto; porque contra o tal sempre está a presumpção da culpa, l. 27. §. 3. ff. pro soc. L. 3. §. 1. ff. de Offic. Præfect. Vigil. Brunneman. supra, Peg. 1.

for. C. 3. a n. 66.: E procede a regra geral de qua
§. 16.

§. 22.

Sexto: Estando a presumpção juridica, que o Devedor que deve ao Credor diversas dividas, se presume que o que lhe pagou era para ser imputado na divida mais dura; divide-se a confissão do Devedor quando a qualifica com resistencia desta presumpção, Gratian. for. C. 224. n. 86. et C. 339. n. 27.

§. 23.

Septimo: Aquelle, a quem forão consignadas algumas arvores que estavam verdes, se depois confessa recebellas, mas que seccas, attende-se a confissão, rejeitada a qualidade, Gratian. C. 339. n. 20.: Também aquelle que confessa disfructar alguma terra, mas que lhe não produzira os fructos costumados, obsta-lhe á qualidade a presumpção, de qua Moraes L. 3. C. 4. n. 61. Pacion. de Locat. C. 19. a n. 165. Signanter Cabed. Dec. 34.

§. 24.

Oitavo: A mulher que foi casada por contracto, e na morte do marido confessa ter dinheiro, mas ser seu; não he acreditada na qualidade, porque lhe resiste a presumpção de o ter adquirido dos bens do marido, Veja-se Stryk. us. mod. L. 24. T. 1. a §. 12.

Nota vero: "Si qualitas sit talis, quæ faci-
,, ciat; ut quod actum videtur actum non sit,
,, vel actum nullum reddat; tunc etiamsi sit con-
,, tra juris præsumptionem dividi non debet."
Posth. de Manut. Obs. 83. sub n. 63. Rot. post
cens. de censib. Dec. 113. n. 7.

S E C Ç A O V.

Quid? Quando a presumpção do Direito, ou a verosimilhança, nem assistem, nem resistem ás qualidades, com que se revestem as confissões feitas em Depoimentos.

§. 25.

Este he hum caso neutro, que figura Constantin. ad Statut. Urb. Annot. 8. art. 1. n. 149.: Aqui he que os DD. se dividem em opiniões; e aqui he que ha maior difficuldade em resolvello.

As confissões feitas em Artigos não duvida Cald. de Emption. C. 19. n. 33. que não podem dividir-se e aceitar-se em parte, e reprovar-se em outra.

§. 26.

Não se duvida entre os DD. que: “Si plura capita, seu facta separata confessio contineat; tunc dividi poterit, et acceptari in parte, quæ facit contra confitentem et in alia parte respui,” Angel. de Confess. L. 3. Q. II. n. 90. “Et ad hoc ut dicantur diversa facta sufficit quod contineant diversa tempora,” Rot. post Cens. de Censib. Dec. 113. n. 10. Surd. Dec. 258. n. 2. in fin. Sed declara cum Angel. L. 3. Q. II. n. 95. in fin. Michalor. de Position. C. 59. n. 16. ibi: “Ex quibus concludendum erit, ea solum dici debere separata, quæ nihil commune habent, nec dependent, nec facta sunt causa primæ obligationis, nec ipsum modificant, non perimunt, nec tollunt.,” Begnudell. Verbo = Con-

fessio = sub n. 22 ibi: "Idem dic si continet plu-
 ,, ra facta; sed invicem connexa, sive sit probata
 ,, implicite et sub una verborum structura, vel ora-
 ,, tione, sive explicita sub duplici oratione. ,, Aliter
 no caso que refere Stryk. Us. mod. L. 42. T. 2. §.
 9. ¶. Casus primus = ibi: "Casus primus est, si
 ,, confessio diversa capitula continet, quæ non sunt
 ,, cohærentia, sed dividua, ut si fateor, me ex mu-
 ,, tuo tibi obligatum, sed te ex alio capite mihi vi-
 ,, cissim obligatum esse adjicio. Talis confessio quoad
 ,, unum capitulum acceptari, quoad alterum vero re-
 ,, pudiari potest. ,,

§. 27.

Tambem se não duvida, que se o Credor pede
 100, e o Devedor confessa dever só 50; pôde accei-
 tar-se a confissão dos 50, e proseguir a demanda pe-
 los 50 negados, Angel. de confess. L. 3. Q. 11. n.
 84. et a n. 86. Luc. ad Gratian. C. 339. n. 14. Posth.
 de Manut. Obs. 83. n. 63. prope fin. ¶. = Præterea
 = Cald. de Emption. C. 19. n. 35.

§. 28.

Concordão tambem os DD. que se não deve di-
 vidir a qualidade quando esta foi connexa no acto
 confessado: Como quando o Auctor pede 100 que o
 Réo lhe promettera, e o Réo confessando a sua pro-
 messa diz, que sim a fizera, mas com a condição de
 o Auctor lhe dar tal e tal cousa: Como quando o
 Auctor diz que emprestara ao Réo tantos alqueires de
 pão, e o Réo promettera restituir-lho até tal tempo:
 Se o Réo confessando o recebimento declara, que
 promettera resitullo ou o seu valor: Como quando
 o Auctor pede 1000 rs. de empréstimo, e o Réo o
 confessa; mas que o Auctor lhe espaçara logo no mes-
 mo ac o o pagamento até tal tempo: Em todos estes
 e semelhantes casos não deve dividir-se a qualidade

da confissão; mas ou aceitar-se toda com a qualidade, ou reprovar-se toda.

Assim os DD. já citados no §. 2.º: Assim Michabor. de Posit. C. 59. a n. 5. ad 15. Begnudell. Verbo = Confessio = n. 24.º: Assim se deduz a contrario sensu da Ord. L. 4. T. 52. aonde no seu caso especial, e o que era mais duvidoso admite a qualidade posto que seja separada; logo nos mais casos, em que não entrão as razões desta Lei. (Nota ao §. 4.) se admite e não separa a qualidade ou condição, com que se confessa feito o contrario: Confira-se Angel. de Confess. L. 3. Q. 11. n. 95. Cald. de Emption. C. 19. n. 31. Voet. ad Pandect. L. 42. T. 2. sub n. 5. ¶. = Qua ratione. =

§. 29.

Da mesma fórma convém os DD. quando a qualidade he connexa, e inclue em si alguma condição, ainda que tacita, que não póde dividir-se a qualidade; como quando qualquer Socio, Administrador, Tutor, etc., confessa ter recebido o capital, com, ou sem qualidade alguma; esta confissão tem implicita a qualidade e condição, dummodo rationes prius præstentur, Angel. de Confess. L. 3. Q. 11. n. 14. Guerreir. Tr. 4. L. 2. C. 9. n. 9. Peg. 1.º for. C. 3. n. 738. Idem Guerreir. L. 5. C. 6. a n. 27.º: Limitando só o caso que refere julgado o mesmo Guerreir. d. C. 6. n. 73.

§. 30.

O mais duvidoso he, quando por exemplo, hum Depoente perguntado se teve na sua mão alguma coisa confessa que sim; mas que a restituiu ao Agente, ou de seu mandato a outra pessoa; quando perguntado se recebeu o emprestimo, responde que sim, mas

que o pagou e restituiu; ou que o Credor depois (e não no acto em que ha diversa razão e Direito, ut §.) lhe espacou a paga, ou lhe perdoou a divida: Nestes e semelhantes casos se dividem os DD. em opiniões: Huns contendem ser inseparavel a qualidade: Assim Cyriac. Contr. 35. a n. 23. et Contr. 505. a n. 34. Sabell. resol. post Summ. C. 17. n. 23. et §. Confessio = n. 61. Cald. de Emption. C. 29. n. 31. 32. 33. et 36. Posth. Civil. C. 66. a n. 8. Surd. Dec. 258. com muitos ex professo Angel. de Confess. L. 3. Q. II. a n. 4. ad 8. ibi: "Intellige secundo, quando sub unica oratione est concepta confessio, vel qualitas contineatur sub eadem periodo, et sub structura verborum, et reguletur ab eodem verbo, quo ipsamet confessio, nec habeat contra se probationem, seu juris præsumptionem, at potius stet pro ipsa qualitate; etiamsi concepta sit confessio cum dictione, sed. Et casus esse potest, si quis confiteatur, habuisse rem, sed illam restituisse. Vel interrogatus respondeat habui rem, sed illam alteri restitui de ejus ordine; sive habui rem, sed ipsi restitui, aut si respondeat. Mutuum recepi, sed restitui. Talis enim sic confitens liberari debet, quia dicta confessio dividi nequit. . . . Et est ratio, quia qualificata confessio dicitur restricta sub unica oratione, et continere unum capitulum, dum continet unum factum, et facti qualitatem, et capitula dicuntur connexa, dum in confessione experimuntur plura facta, quorum unum qualificat aliud, quamquam interponatur dicta dictio, sed, adversa iva, ut supra exemplificavi. . . . Et tunc causa, aut qualitas confessioni inhærens, nec habens contra se juris præsumptionem, nec continens facta diverso tempore implenda, separari non potest a confessione, sed debet in totum acceptari,

,, donèc doceatur de contrario. ,, etc. Et n. 95. ibi:
 ,, Quicquid autem dicit Part. in dicto §. et idem quæ-
 ,, rit. in fine capitula scilicet esse diversa, quando
 ,, continent ea, quæ fuerunt diversis temporibus fa-
 ,, cta, non procedit, dum facta quidem sunt diverso
 ,, tempore, sed ex eadem causa ad eundem effectum,
 ,, et unum tendit ad qualificationem vel peremptio-
 ,, nem alterius; nam tunc dicuntur connexa, non au-
 ,, tem diversa, et separata. Et regulare est, quod ubi
 ,, multæ obligationes reflectuntur in idem factum,
 ,, et se invicem respiciunt; unaque obligatio facta est
 ,, contemplatione alterius; dicuntur connexæ et non
 ,, separatæ; et consequenter si fateor mutuum, sed
 ,, addo quantitatem mutuam restituisse, vel fuisse
 ,, compensatam, vel appositum fuisse pactum de non
 ,, petendo: debet hæc confessio in totum acceptari,
 ,, vel in totum rejici; cum hæc dicantur connexa,
 ,, si non ratione temporis, saltem ratione ejusdem
 ,, causæ, quia diversitas temporis dici nequit hanc
 ,, tollere connexitatem: Siquidem ad connexitatem
 ,, inducendum sufficit unum ab altero descendere,,
 etc.

§. 31.

Pela mesma opinião cita muitos DD. Constan-
 tin. ad Statut. Urb. Annot. 8. art. 1. n. 169. Con-
 vém os citados no §. 2. na primeira parte da distinc-
 ção: A mesma opinião segue ex professo Michalor.
 de Positionib. C. 59. desde o n. 12. até o fim ibi:
 ,, Sed Boer. loco citato num. 19. tenet etiam hoc ca-
 ,, su dici posse, confessionem continere connexa: cum
 ,, illa qualitas proveniat a prima traditione, seu cau-
 ,, sa primæ obligationis sit facta, et unum veniat ad
 ,, determinationem alterius; hanc opinionem maxi-
 ,, mam dicit continere æquitatem, et Boerium sequi-
 ,, tur Menoch. dict. cas. 93. sub. n. 21. et 22. qui

„ existimat, nullam adesse differentiam, an illa qua-
 „ litas fuerit apposita tempore primæ obligationis,
 „ vel postea ex aliquo intervallo; unde si ego fateor
 „ mutuum; sed addo, quantitatem mutuam resti-
 „ tuisse; vel fuisse compensatam, vel appositum fuis-
 „ se pactum de non petendo, debet hæc confessio in
 „ totum acceptari, vel in totum rejici; connexa enim
 „ hæc dicuntur, si non ratione temporis, saltem ra-
 „ tione ejusdem causæ: nec temporis diversitas po-
 „ test dici hanc tolerare connexitatem Ad in-
 „ cluendam enim connexitatem sufficit unum ab alte-
 „ ro descendere Unde cum solutio, compensa-
 „ tio, seu pactum de non petendo fuerit appositum
 „ causa primæ obligationis, hæc dicuntur cum ipsa
 „ obligatione connexa, licet uno tempore fuerit facta
 „ obligatio; alia solutio, compensatio, vel pactum
 „ de non petendo; secundum opinionem Boer. et
 „ Menoch. loco citato, et sequitur Surd. in dict. dec.
 „ 258. n. 10. qui appellat inanem distinctionem,
 „ quod qualitas adjecta eodem tempore, vel diverso
 „ eveniret, dummodo proveniret ex eadem causa, et
 „ unum tendat ad qualificationem, vel peremptionem
 „ alterius, et n. 11. subjungit, regulare esse, ut quan-
 „ do plures obligationes reflectuntur in idem factum,
 „ et se invicem respiciunt; et una est facta contem-
 „ platione alterius, dicantur connexæ, non autem se-
 „ paratæ, Roland. Cons. 69. n. 44. Lib. 4. Osasc.
 „ dec. 99. n. 29. unde cum solutio, restitutio, com-
 „ pensatio, seu pactum de non petendo respiciant
 „ primam obligationem, dicuntur connexa, quam
 „ connexitatem temporis diversitas non impedit, ut
 „ per ipsum loco citato n. 12. et 13. ad ipsam enim
 „ inducendam consideratur solum aptitudo, ut ita lo-
 „ quar, ad tollendam ipsam obligationem; an nem-
 „ pe qualitas adjecta confessioni sit talis, ut, si vera

„ esset, perimeret, modificaret, vel tolleret pri-
 „ mam obligationem: quia stante connexitate, con-
 „ fessio non potest pro parte acceptari, et pro parte
 „ rejici. Quæ omnia circa connexitatem, loquens de
 „ partitis librorum, sequitur Rota in dec. 388. ubi
 „ n. 2. dicitur, annexas illas dici debere partitas,
 „ quarum una tendit ad extinctionem, vel qualifica-
 „ tionem, vel peremptionem alterius,, etc.

§. 32.

A razão desta opinião a substancia tambem.
 Constantin. supra n. 170. et 171. ibi: “Pro cuius
 „ opinionis fundamento eam adducunt rationem, quod
 „ licet qualitas solutionis importet diversum factum,
 „ et tempus, cum tendat ad peremptionem contra-
 „ ctus facti diversi, ac diverso tempore in esse pro-
 „ ducti, tamen cum sit qualitas respiciens, et peri-
 „ mens obligationem dicitur connexa cum obligatio-
 „ ne contracta ex causa mutui, vel alterius contra-
 „ ctus, licet emanaverit prioritare ordinis, ac tem-
 „ poris, confessio super obligatione, et postea illa
 „ super solutione ac obligationis distractu, nec cessat
 „ connexio ex dictione adversativa sed, dum illa ap-
 „ posita est in eadem oratione, et eodem tempore,
 „ et propterea qualitas solutionis licet expressa cum
 „ tali dictione sed non potest scindi, nec rejici, ple-
 „ ne, et præcise Reminal,, etc.

§. 33.

Porém a contraria opinião, além dos DD. cita-
 dos no §. 2. sustentão Begnudell. Verbo = Confes-
 sio = n. 25. ibi: “Confessio vero continens plura
 „ facta diversa, et separata, non vero connexa, quo-
 „ rum unum aliud non qualificat: uti, confiteor, nec
 „ tibi debere centum ex mutuo, sed tu mihi debes
 „ alia centum ex empto; vel fateor mutuam, sed
 „ illud solvi, potest dividi, et acceptari rejecta qua-

„ litate DD. cit. Neto cons. 31. et 365. sive fiat
 „ uno verborum contextu, sive duplici; nam certe
 „ illa compensationis, vel solutionis qualitas confes-
 „ sioni adjecta non reddit illud v. g. mutuum nul-
 „ lum ab initio, quin potius illud præsupponit vali-
 „ dum, ut privatio habitum ad tex. in L. decem. ff.
 „ de V. O. L. Titio ususfructus. ff. de condit. et de-
 „ monstr. Bal. in L. licet num. 2. in fin. C. Loca-
 „ ti et ad hoc ut dicantur facta diversa, sufficit,
 „ quod contineant diversa tempora. Surd. decis. 258.
 „ n. 2. in fin. et ideo Rota in decis. 113. n. 6. post
 „ cens. de censib. acceptavit confessionem census, re-
 „ jecta qualitate extinctionis in confessione apposita,
 „ quidquid aliqui dicant apud Michalor. de posit. d.
 „ C. 59. a n. 13. vide etiam Maresc. d. Cap. 45.
 „ Limita, si confessio incipiat a negatione: tunc
 „ enim non potest dividi, sive fiat una sive duplici
 „ constructione, Maresc. et DD. cit. v. g. dicendo:
 „ nego me habuisse centum, et si habui, solvi. Mi-
 „ chalor. d. c. 59. n. 3. Cum vero confessio quali-
 „ ficata dividi non potest, actor admittitur ad pro-
 „ bandum contra qualitatem: et in omnibus casibus,
 „ in quibus confessio scindi non potest, Judex habet
 „ arbitrium illam dividendi ex præsumptionibus. Ab.
 „ in cap. bonæ. 2. de postul. Præl. „ Stryk. us.
 „ mod. L. 42. T. 2. §. 9. ¶. Huc pertinet = Voet.
 „ ad Pandect. L. 42. T. 2. num. 5. ¶. Diversum =
 „ ibi: “Diversum esset, si confessione contineantur
 „ connexa ea, quæ non eodem, sed alio tempore
 „ gesta sunt; et quidem talia, quibus non opitulatur,
 „ sed magis obstat juris præsumptio: veluti si quis fa-
 „ teatur, se primo pure debuisse, sed postea condi-
 „ tionem obligationi fuisse appositam; vel se debere,
 „ se debuisse, vel solvisse, aut pactum de non pe-
 „ tendo fuisse interpositum: recte etenim hoc casu ab

„ eo, qui debitum confessus est, probatio solutionis
 „ exigitur, aut conditionis adjectæ. „

§. 34.

Por esta opinião refere Constantin. supr. n. 164.
 outros muitos DD. e as razões delles, ut ibi: “Pro
 „ qua opinione tentanda eam adducunt rationem,
 „ quod talis confessio sic qualitate concepta conti-
 „ net duo facta diversa, et diverso tempore remana-
 „ ta, cum obligatio sit contractus, et solutio sit dis-
 „ tractus, et sic non versamur in connexis, sed sepa-
 „ rabilibus, ob quam connexitatem tanrum confessio
 „ non scinditur, secus quando qualitas est separabi-
 „ lis. „ E só limita o mesmo Constantin. no n. 157.
 et 158. esta opinião, quando o Depoente depõe as-
 sim, ut ibi: “Sed secunda opinio retinenda est,
 „ quando quis fassus fuit debitum cum qualitate so-
 „ lutionis, dicendo credit, et solvisse, aliàs non cre-
 „ dit, ut ponitur, neque ad effectum ad quem poni-
 „ tur, tali namque casu ex dictis verbis aliàs non cre-
 „ dit, confessio remanet individua ex clara voluntate
 „ respondentis, qui noluit fateri debitum, nisi cum
 „ qualitate solutionis, ut observant Michalor... Cy-
 „ riac..... qui idem firmant, si confessioni qualifi-
 „ catæ addita sint verba non aliàs aliter, nec alio
 „ modo, et ita non semel judicavi etiam in terminis
 „ statuti nostri hic mandantis simpliciter, et explici-
 „ te responderi, nam tali casu versamur in negatio-
 „ ne præcisa ad formam statuti in casum non acce-
 „ ptæ qualitatæ ob verba addita, aliàs non credit,
 „ vel credit et solvisse, et non alio modo, Boer. dec.
 „ 243. n. 11. et hoc facilius procedit quando talis
 „ responsio facta fuit ab Artifice, vel persona idiota,
 „ Camulcul. decis. Bonon. 150. n. 2. „

§. 35.

Tal he a variedade de opiniões nesta Questão

(a §. 25.) vide todas na materia sujeita a mais duvidosa : huma e outra opinião tem nem seu apoio muitos e graves DD. ; huma e outra decisões de Tribunaes, como assevera o mesmo Constantin. n. 173. : Confessa que cessa a segunda, ou quando o Depoimento he formalizado com a restricção do §. antecedente ; ou quando nos termos da primeira concorrem algumas circumstancias admniculativas da verdade da qualidade separada, e que interveio em diverso tempo : E assim he que Constantino as concilia.

SECÇÃO VI.

Quando a qualidade da confissão não he separavel, e ou se deve aceitar toda individua, ou rejeitar-se toda, póde o Adversario propor-se á prova da mesma qualidade que lhe fica incumbindo.

Vice versa :

Quando a qualidade da confissão he separavel, póde o Confiteute incumbir-se da prova da mesma qualidade, para ser attendida.

§. 36.

Esta proposição he seguida por todos os DD. Angel. de Confess. L. 3. Q. 11. n. 91. Gratian. for. C. 339. n. 32. Pacion. de Probat. L. 1. C. 25. n. 27. Posth. de Manut. obs. 83. n. 63. prope fin. ¶ Et idem generaliter = Begnudell. Verbo = Confessio = sub. n. 25. ¶ Cum vero = Assim no que confessa com qualidade (fallo no caso que seja e de-

va ser separavel) o suppõe os Reinicolas, com os quaes Si v. ad Ord. L. 3. T. 53. §. 9. n. 8. nas palavras " nisi aliunde probetur.," Sabell. §. = Confessio = sub. n. 61. Stryk. us. mod. L. 42. T. 2. §. 9. no fim. livio in an. p. 110. u. 110. in fine. o. 110. in fine.

Corollario e conciliação geral de tudo o exposto, com séria e prudente reflexão.

§. 37. A nossa Lei he simples, geral e indistincta quando diz = " Porque o Depoimento foi introduzido, , para que pela confissão feita por elle aos artigos, , seja a parte relevada de dar a elles prova. , = Ella suppõe huma confissão pura e indubitavel para relevar de prova: O caso da Ord. L. 4. T. 52. tem razões diversas; e as doutrinas dos DD. que tratão das confissões qualificadas devem ser applicaveis ás feitas em Depoimentos, para illustração da nossa Lei; (Not. ao §. 4.) Na mesma variedade de casos, distincções, e subdistincções que tenho exposto, reconheço, que nada ha de firme; mas que admittir ou uão a confissão qualificada he muito arbitrario ao Juiz, segundo as concorrentes circumstancias de facto; como bem ponderarão Menoch. de Arbitr. Cas. 95. Begnudell. Verbo = Confessio = sub. n. 25. §. Cum vero = Angel. de Confess. L. 3. Q. 11. n. 10. et 11. ibi: " Attamen quia magna est dubitatio, quod , vere dicatur connexum, has distinctiones non ita , absoluto sequendas esse, concludit idem Grivell. , d. decis. 12. n. 25. et 26. Sed in hoc aliquid judicis arbitrio tribuendum sit, qui inspicere debeat , qualitatem facti, et personæ respondentis, et præsertim agatur de modica quantitate, vel sit emissa

33 confessionem rusticorum simplicium, et minime astuto,
 33 aut a viro eximia probitatis, et integritatis, qui ve-
 33 rissimiliter non esset falsum quidpiam allegaturus,
 33 etc. Card. de Luc. de Judic. Disc. 23. sub. n. 26. ibi:
 33 In altero autem casu confessionis in civilibus, una
 33 opinio, simpliciter, ac indefinite divisionem negat,
 33 quodque confessio individua rit; Altera vero dis-
 33 tinguuit, an qualitati resistat, necne juris præsum-
 33 ptio, ut in casu resistentiæ intret divisio, atque re-
 33 jici possit qualitas, secus autem, ubi hæc non ur-
 33 geat: Verius tamen pro meo sensu videtur, ut ista
 33 facti potius quæstio decidenda sit, quæ probeinde,
 33 certam, ac in generali regulam, cuiuscumque casui
 33 applicabilem non recipiat, sed pro singulorum ca-
 33 suum circumstantiis prudenti, ac recto, beneque re-
 33 gulari iudicis arbitrio, non autem ex illo affectio-
 33 nis, et voluntatis, quæstio decidi debeat; conside-
 33 rando potissime qualitatem confitentis, et si an sin-
 33 ceritati, vel captioni adjecta qualitas referri merea-
 33 tur. Sive an substantiæ, seu veritatis debiti confes-
 33 sio nuda sit, vel potius aliorum habeat adminicu-
 33 lorum fomentum: Ideoque clarus videtur error cum
 33 solis generalitatibus juxta pragmaticum stilum pro-
 33 cedere, cum potius ratiocinativæ partes circa pon-
 33 derationem circumstantiarum, in hoc præcipue vi-
 33 deantur. Contemporaneum tamen debet esse quali-
 33 tas: Nihil enim refert, ut quis post confessionem
 33 jam pure emissam, adjiciat qualitatem, cum tunc
 33 in nulla consideratione habeatur, dum tollere non
 33 valet effectum jam ex ea consummatum. *Nov. Domat. Loix Civil. L. 3. T. 6. Sect. 5. art. 9.*
 33 ibi: "As respostas daquelles, a quem o Juiz tem de-
 33 cretado o depoimento sobre os factos allegados pe-
 33 las suas partes, não são decisorios em seu favor;
 33 o que respondem não faz prova por elles, nem im-

„ pede o effeito das provas contrarias. Mas he da
 „ prudencia do Juiz que depende o effeito que devem
 „ ter as respostas para fazer conhecer a verdade dos
 „ fructos, de que se tracta.,,

§. 38.

Ainda mesmo na confissão do crime com qualidade, diz Voet. ad Pandect. L. 42. T. 2. sub. n. 5. ibi: “Multum interim hic providi atque circumspecti iudicis arbitrio relinquendum videtur, ut ex rerum atque personarum circumstantiis aestimet, utrum divisio confessionis admittenda sit, nec ne.,,

§. 39.

Na mutua collisão de circumstancias que me fizessem hesitar e vacillar sobre rejeitar ou não a qualidade, eu não a rejeitaria, e obrigaria á Parte adversa, ou aceitar ou reprovar no seu todo a confissão com a qualidade, ou a se provar o contrario (Secção 6.) Pois que 1.º toda a razão sustenta a individualidade da confissão qualificada nas materias Civis; (§. 6. 7.) e desta regra não se deve o Julgador apartar facilmente, senão quando veja huma sua limitação demonstrada, que faça cessar a regra.

§. 40.

2.º Se o Depoente he rustico e idiota, deve respeitar-se a qualidade: (§. 8.) Se he homem bom, sincero, consciencioso, se deve suppor que elle em tudo jurou a verdade, e que não se quiz expor a jurar falso, negando absolutamente, e teve por melhor dizer a verdade toda e exculpar-se: Se he homem máo, então ou nega absolutamente, ou usa de capciosidades e restricções mentaes, que em effeito vem a ser hum juramento falso.

Seria preciso sacrificar hum depoente, ou

a entregar-se em seu depoimento jurando, e confessando com qualidade que lhe seja rejeitavel, não tendo prova da mesma qualidade. Alguns DD. tem defendido, que pedindo hum todo em parte verdadeiro, e em parte falso, se póde com juramento negar tudo; outros pelo contrario: Vê-jão-se os que refere Constantin. ad Statut. Urb. annot. 8. art. 2. a n. 304. Alguns sustentarão que o que recebeu o mutuo, que havia pago em segredo, póde jurar absolutamente que o não recebeu, Barbos. ad Ord. L. 3. T. 58. in princ. n. 3. *Ÿ*. Luc. de Gratian. C. 109. Outros inventarão varias fórmulas de depôr sem prejuizo, e em segura consciencia, como se póde vêr em Michalor. de Posit. C. 44. et 49. Cald. de Empt. C. 19. n. 29. et 30. onde expõe outras. Porém tudo restricções mentaes hoje reprovadas em todo o juramento, como juramentos falsos: Vê-jão-se Van-Espen. de Jur. Eccles. p. 3. T. 9. C. 2. a n. 42. Coccey Jus Contr. L. 12. T. 2. Q. 4. e optimamente a censura dos Theologos Romanos a Luc. Ferrar. Verbo = Juramentum = art. 1. ad n. 13.: E quem certifica ao Juiz, que o que depoz sinceramente com qualidade, não quiz proferir ao seu interesse o jurar sem taes restricções mentaes, e falsamente, e antes expor-se ao perigo de perder a causa, que jurar falso?

TRACTADO XI.

Do Juramento in litem.

Analyse da Ord. L. 3. T. 52. §. 5. e T. 86. §. 16.

*Multa non audemus, quia difficilia; quæ quidem
ideo sunt difficilia, quia non audemus.*

Senec. Epist. 104.

PRENOÇÃO.

O Objecto deste Juramento he a demanda = *Lis* =
sive res in Judicium deducta = Corporal ou incor-
poral, móvel ou immovel, *Mull. ad Struv. Exerc.*
17. thes. 93. Not. e. “*Lis hic rem controversam*
significat, et jurare in litem est, jurare in æsti-
mationem rei, seu quanti rem controversam quis
æstimet,” *Stryk. vol. 12. Disp. 1. C. 5. n. 67.*
Gerard. Nood. ad Pandect. L. 12. T. 3. post princ.
Est autem jurare in litem, rem in judicium de-
ductam jurejurando æstimare. Inde jusjurandum
in litem est, jurata rei, qua de agitur æstima-
tio. Lis in proposito est res in judicium deducta.”
Conf. Mull. ad Struv. Exerc. 17. thes. 57.

CAPITULO I.

Do Uso do Juramento in litem.

Eis-aqui o que diz Mell. L. 4. T. 19. na Nota: "In Gallia, et Belgio hoc jusjurandum moribus sublatum asserit Groenevegenen. de Legib. abrog. h. t.: et recte quidem: nam judices non ex actoris voto, et jurejurando, quod suspectum est in propria causa, sed ex bono et æquo id quod interest æstimare debent. Accedit quod hæc doctrina non satis clare, et dilucido, prout necessarium erat, legibus nostris definita reperitur: et satis confusa, et perplexa, quæ in jure Romano habentur: itaque caute hoc jusjurandum a judice deferendum; adeoque rei æstimatio ex liquidis aliis argumentis, et probationum non suspectis modis facienda est."

§. 1.

Em todo este contexto não ha huma palavra, que não fosse ou menos pensada; ou que não exhiba o odio que Mello professava ao Direito Romano; (a que aliàs era averso) que nos he subsidiario em falta de Lei Patria, quando fundado em boa razão, Estatut. da Univers. L. 2. T. 5. C. 2. §. 19. maximè quando observado em algum artigo no uso das Nações, Estatut. S. L. T. C. §. E de que as nossas Leis Patrias, que o tiverão em algum artigo por fonte, recebem illustração, Estatut. L. T. C. S.

§. 2.

O Juramento in litem estava em uso na Alemanha quando escreveu Stryk. us. mod. Pand. L. 12.

T. 3. §. 1. e em outras Nações; ibidem Stryk. de Cautell. Juram. p. 3. Sect. 3. C. 3. a §. 392.

§. 3.

O moderno Codigo Civ. do Imper. José II. no §. 227. admitte este juramento nos casos que refere, e em semelhantes. Tambem o moderno Cod. Frederic. L. 2. T. 4. art. 2. §. 49. no fim (na acção ad exhibendum) e em outros casos, na p. 2. L. 2. T. 4. art. 1. §. 27. ✕. Mais si le Posseur = : Em outro caso na p. 1. L. 3. T. 9. art. 1. §. 7. pag. 354. et L. 3. T. 9. art. 4. §. 33.: Em outro caso, p. 1. L. 3. T. 9. art. 7. §. 51. no fim.

§. 4.

Neste Reino temos a Ord. L. 3. T. 52. §. 5. que em hum caso admitte o juramento in litem; e a do L. 3. T. 86. §. 16. que em outro caso admitte o mesmo juramento sobre a afeição da cousa. Se passamos ao exame dos Arestos: Vemos em Peg. 3.º for. C. 24. a n. 40., praticado este juramento contra o contumaz em exhibir hum Testamento: No tom. 6. for. C. 210. a n. 37. contra hum Estalajadeiro, a que se entregou huma arca fechada, e depois appareceu roubada: No tom. 7. for. C. 243. n. 4. contra hum que occultou bens da mulher casada, de cuja quantidade e estimação não constava: No tom. 5. for. C. 81. n. 64. contra hum doloso no inventario que fez: No tom. 5. C. 89. a n. 5. contra hum que usou e abusou dos penhores: No tom. 1. ad Ord. pag. 353. n. 7. contra o que prestou contas menos exactas: No tom. 7. á Ord. pag. 19. n. 57. contra o que não fez inventario, casos todos em que pelo Direito Romano se defere este juramento, como ao diante se verá.

§. 5.

No Belgio não está tão absolutamente abolido

este juramento, como diz Mello; porqueahi ainda se defere no caso das circumstancias que diz o Nacional Voet. ad Pandect. L. 12. T. 3. n. 8. ibi: „
 „ Sed nostris et aliorum moribus hoc iusjurandum in litem affectionis (não falla do da verdade, e estimação) vix amplius obtinet; et solent plerumque Judices ex bono et æquo ipsi dijudicare, atque statuere, nisi ob ignoratas negotii circumstantias id ipsis possibile vix sit, quo casu vel præmissa taxatione iusjurandum convenienter juri Romano, etiamnum deferri potest; vel etiam Actori simpliciter permitti, ut ipse suum interesse declaret, ac firmet jurejurando, ut in id condemnatio sequatur; maxime si Reus sit contumax, etc.

E na França se admite o juramento in litem, senão sobre a affeição da cousa, mas o da verdade sobre o valor della, pelo moderno Codigo Civil L. 3. T. 2. Sec. 5. §. 2. art. 268. (Edicção de 1808) ibi. =

„ O Juramento sobre o valor da cousa demandada não póde ser deferido pelo Juiz ao Auctor senão quando he d'outra parte impossivel de provar d' outro modo este valor. O Juiz deve mesmo neste caso determinar a sômma até a concorrência, da qual o Auctor será crido sobre o seu juramento. „

CAPITULO II.

Fundamento justo deste juramento : Definição delle : Divisão de duas especies : Em que circumstancias tem lugar o da afeição ; e em quaes o da verdade do valor : Suas differenças.

SECÇÃO I.

Fundamento da Justiça deste Juramento.

§. 6.

„ Hoc ipsum juramentum partim ex æquitate in-
 „ troductum fuit, quæ non patitur rem suam alicui
 „ invito per violentiam, justo etiam pretio auferri,
 „ L. 70. ff. de verbor. signif., cum potius ex æqui-
 „ tate ei satisfaciendum sit, qui invitus re sua carere
 „ compellitur, L. 9. ff. rer. amotar. (Conf. Ord. L.
 „ 4. T. 11. Lei de 9 de Julho de 1773.) Partim ex
 „ necessitate cum sæpius rei ablatae, vel injuste re-
 „ tentæ et occultatae æstimatio aliunde probari non
 „ possit; adeoque læso permittitur rem suam plùris
 „ æstimare, ut alterius dolus, culpa, vel contumacia
 „ simul puniatur, L. 5. §. 4. L. 8. et ult. ff. de in-
 „ lit. jur., Stryk. de Cautel. Juram. p. 3. Sec. 3.
 „ C. 3. a n. 4. et in us. mod. L. 12. T. 3. §. 1. Voet.
 „ ad Pandect. L. 12. T. 3. n. 2. ¶ Iniquum enim =
 „ Coccey Jus Controv. L. 12. T. 3. Q. 4. Stryk. (fi-

lho) Vol. 12. Disp. 1. C. 5. a n. 69. Gerard. Nood
ad Pandect. L. 12. T. 3. sub. 7. = Est autem. =

SECCÃO II.

Definição deste Juramento.

§. 7.

BOehmer. ad Jus ffior. L. 12. T. 3. n. 1. o define assim: "Juramentum in litem, in quo permittitur actori, giudice deferente, rem quam petit, aestimare, quæ dolo, vel culpa alterius restitui non potest: Voet. ad Pandect. eod. tit. n. 1. define assim: "Juramentum in litem generaliter consideratum, est, quo propter dolum, aut culpam adversarii, non restituentis, aut exhibentis, aut solventis aliquis rem suam, aut sibi debitam aestimet. Com Struv. Exerc. 17. thes. 58.; que segue, o define Stryk. de Cautell. Juram. supra n. 10. ibi: "Definitionem hujus juramenti ex Struvio hanc subsumimus, quod sit tale juramentum, quo propter intervenientem dolum et culpam adversarii, rem ad se non pertinentem non restituentis, aut non exhibentis, Judice deferente, Actor rem suam, mediante juramento aestimat, tanti sibi haberi: Roldfin. in Prax. p. 3. C. 2. n. 151.: Per jurisjurandi religionem judicis taxatione interveniente, aestimationis rei controversæ ab actore facta declaratio.,"

Bastava reflectir Mello esta definição, não nominal ab ethymologia, mas ab essentia et substantia rei, naturam rei plene indicans, et ma-

nifestans, et ejus brevis et circumspecta explicatio: Definição de tão graves DD., bastava, digo, reflectilla; para se abster de dizer que esta materia Satis confusa et perplexa; quando a mesma definição está mostrando em compendio os casos em que deve, ou não deve admittir-se este Juramento: Se reflectisse o que do subsidiario do Direito Romano, ou para supprir os casos omissos nas Leis Patrias, ou para illustrallas com as daquelle Direito, que forão suas fontes, disserão os Estatutos da Universidade (§. 1.) não romperia em dizer: "Hæc doctrina non satis
 ,, clare, et dilucide, prout necessarium erat,
 ,, legibus nostris definita reperitur,, porque o
 omissio, ou o menos claro nas Leis Patrias he
 supprivel, e illustravel pelas Romanas.

S E C Ç Ã O III.

Divisão deste Juramento em duas especies: exposição de cada huma dellas.

§. 8.

HUjus Juramenti tres species constituit Henric. Pering. in Comment. in Jus Canon. 1.º Veritatis: 2.º Affectionis: et 3.º quod præstatur super interesse singulari, quod ipsum juramentum interesse singularis extra rem appellat Beustius ad rubr. ff. de jurejur. n. 141. Scheneidvinn. ad §. II. n. 33. et ad §. 21. Instit. de action. Putamus tamen sufficere communem divisionem, secundum quam juramentum hoc vel veritatis, vel affectionis est; ad quod

„ ipsum affectionis juramentum, etiam tertium, quod
 „ super interesse singulari præstatur, referri potest.,
 Stryk. de Caut. Jur. supra. a. n. 11. Nesta distincção
 e divisão do Juramento in litem concorda o commum
 dos DD. Voet. ad Pandect. L. 12. T. 3. n. 1. Stryk.
 ad eund. T. §. 2. Boehmer. ibid. n. 2. Ridolfin. su-
 pra a n. 152.

§. 9.

„ Describitur vero juramentum in litem verita-
 „ tis, quod sit tale juramentum, quo res in judicium
 „ deducta, quæ ex culpa, vel negligentia adversarii
 „ interit aut deterior facta est, ab actore jubente Ju-
 „ dice, æstimatur, quanti ipsius revera interest, rem
 „ sibi non res itui., Stryk. sup. p. 3. Sec. 3. C. 3.
 n. 14. Voet. S. n. 1. Boehmer. n. 2. Mull. ad Struv.
 Exerc. 17. thes. 68. “ Veritatis dicitur illud quod
 „ præstatur super vero et communi alicujus rei valo-
 „ re, Ridolfin. in Prax. p. 3. C. 2. n. 155.

§. 10.

„ Juramentum affectionis vero describitur, quod
 „ sit tale juramentum, per quod actor jubente judi-
 „ ce, non solum rei, quæ propter dolum, et contu-
 „ maciam adversarii ipsi abest, verum pretium, sed
 „ etiam damnum, quo afficitur propter hoc, quod
 „ invitus hac de re carere cogatur, æstimat. “ Stryk.
 sup. n. 15. Voet. sup. n. 4. ibi: “ Affectionis jura-
 „ mentum in litem est, cum ob dolum (sub quo de
 „ lata culpa continetur) aut contumaciam adversarii
 „ non res ituentis res in judicium deducta, æstimatur
 „ ab actore ultra verum rei pretium, pro singulari
 „ in rem affectione. Iniquum enim visum fuit,
 „ dominum sine facto suo aliena malitia, privari do-
 „ minio rei suæ, et non consequi ultra verum pretium
 „ rerum illarum, in quas peculiaris potest cadere af-
 „ fectio, quasque apud alium existentes magno re-

„ dempturus esset, aut a se possessas, non nisi plu-
 „ rimi fuisset venditurus. „ Conf. Ridolfin. supr. n.
 154.

Na primeira especie deste juramento proce-
 de a Ord. L. 3. T. 52. §. 5.: Na segunda a Ord.
 L. 3. T. 86. §. 16.: A equidade da segunda se
 confirma com a L. de 9. de Julho de 1773 aonde,
 ainda quando qualquer pela causa pública he obri-
 gado vender seus bens (caso mais urgente) lhe
 manda a Lei compensar a coacção com mais
 huma terça parte do valor: E quanto mais sendo
 o Auctor obrigado a carecer da sua cousa, não
 por causa pública, mas por hum dolo, culpa,
 e contumacia do Réo condemnado em lha resti-
 tuir.

§. II.

„ Quamvis vero (continua o citado Stryk. a n.
 „ 16) Carpzov. cum quo facit Struv. sup.
 „ thes. 59. docuerint quod hodiernis moribus differen-
 „ tia inter juramentum veritatis et affectionis in judi-
 „ cando non multum attendatur, sed saltem in judi-
 „ cis arbitrio resideat, num juramentum veritatis;
 „ num vero affectionis imponere velit actori: Cum
 „ pace tamen tantorum virorum ab ipsorum opinione
 „ recedimus. Siquidem distinctio ipsa non solum fun-
 „ damentum suum habet in L. 8. ff. de in lit. jur.
 „ ibi Juris-Consultus distincte loquitur in verbis =
 „ quanti res est, an quanti juratum, etc. Ubi prio-
 „ ra verba quanti res est, de juramento veritatis; se-
 „ quentia vero quanti juratum est, de juramento af-
 „ fectionis accipimus: Ita ut per prius vera rei æsti-
 „ matio probetur, per posteriora vero illa ex arbitrio
 „ actoris constituatur ad puniendum dolum et contu-
 „ maciam rei, et in solatium actoris, qui re sua ca-
 „ rere cogitur. Cum igitur hæ ipsæ æstimationes in-

„ ter se multum differant, et juramentum veritatis,
 „ saltem propter culpam vel negligentiam; affectio-
 „ nis vero propter solum dolum, vel ob contuma-
 „ ciam Reo convento imponatur; adeoque ipsa jura-
 „ menta ex diversis causis proveniant; utique sua
 „ sponte fluit, diversa juramenta inter se esse, adeo-
 „ que arbitrio judicis absoluto nequiquam relinqui, an
 „ hoc vel illud imponere actori velit..... Accedit,
 „ quod res in litem deductæ varii generis sunt: Quæ-
 „ dam enim ita sunt comparatæ, ut in eas specialis
 „ affectio cadere possit: Iniquus ergo esset Judex
 „ quando actorem ad juramentum veritatis ablegare
 „ vellet, cum per hoc saltem veram æstimationem
 „ impetraret; cum tamen re sua invitus carere cogat-
 „ tur. Reus vero qui forte etiam affectionem ad rem
 „ petitam habet; ex dolo et contumacia sua commo-
 „ dum sentiret, quod utrumque æquitas non permit-
 „ tit., etc.

Confira-se a No'a ao §. 10., e que neste
 sentido o nosso Legislador teve como diversos o
 juramento de verdade, e o de afeição: Em ou-
 tras Nações Stryk. supra n. 29.

S E C Ç Ã O IV.

Quando deva deferir-se o juramento de verdade; quando o de afeição; Que requisitos devão concorrer para se deferir hum ou outro juramento. Diferença entre ambos.

§. 12.

O Juramento de verdade, diz Stryk. Us. mod. L. 12. T. 3. §. 11. "Tunc adhibetur, si nullus in adversario dolus, sed propter culpam tantum res amissa sit; hinc non attenditur hic quanti rem pro affectione æstimaverit actor, sed quanti verum ejus pretium fuerit.", (Conf. Ridolfin. S. n. 155.) Accrescenta o mesmo Stryk. "Quamvis hoc juramentum veritatis multi ex hoc Titulo expulsum cupiant; attamen omnino retinendum est, cum usum in foro habeat maximum: Si enim res perierit per culpam, cujus pretium nec testibus notum, nec Judici, nec reo forte, nec hi actori super ejus æstimatione deferat juramentum; necessitas ipsa hoc exigit, ut tandem actor de vera æstimatione juret:., Id. Stryk. de Cautell. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 147. vidend.

§. 13.

De fórma que, em differença do Juramento de afeição, o Juramento da verdade se refere ao Actor sobre o verdadeiro valor da cousa; e valor commum; quando no Réo concorreo culpa mais leve; maxime si aliunde æstimatio haberi non possit; (como nos casos que refere Stryk. S.) Boehmer. ad Jus

ffor. L. 12. T. 3. n. 2. Thomaz. Dis. Affection. in res fung. non cadent. C. 3. §. 3. 4. 5. Struv. Exerc. 17. thes. 68. Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sect. 3. C. 3. a n. 34. a n. 132. et 144. Coccey Jus Contr. L. 12. T. 3. Q. 6. Barbos. et Tabor. L. 9. C. 131. axiom. 12.

Se basta culpa in omittendo, Veja-se Parex. de Instrum. Edit. T. 8. res. 1. a n. 26. Em summa; a mora, a culpa ainda leve, o interito da cousa occasionão este juramento, Struv. Exerc. 17. thes. 68. et 69. et ibi Mull. Notæ.

§. 14. Pelo contrario para se deferir o Juramento de afecção he necessario 1.º que concorra dolo da parte do Réo demandado, L. 2. §. fin. ff. de in lit. jur. L. 68. ff. de reivind., e contumacia em restituír a cousa demandada, L. 1. e 8. ff. de in lit. jur. Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. a n. 96. Boehmer. sup. n. 2. et 6. Voet. ad Pand. L. 12. T. 3. n. 2. Barbos. et Tab. sup. ax. 12. Ridolfin. in Prax. p. 3. C. 2. a n. 157.

§. 15. Adverte porém o mesmo Stryk. a n. 99. que „ Dolus et contumacia non indigent probatione, ubi „ ad traditionem, vel exhibitionem reus conventus, „ et ad hanc ipsam perficiendam per Judicem conde- „ mnatus non obtemperat judicato, vel jussui judicis, „ cum tamen possit, vel etiam per dolum rem peti- „ tam amoverit, vel dixerit quod interierit. „

Este he o sentimento da Ord. L. 3. T. 86. §. 16. aonde admite este juramento ainda sem prova do dolo e contumacia; presumindo-o só porque o Réo, pendente a demanda, maliciosa-

mente (isto he sem casualidade ou causa necessaria) deixou de possuir a cousa julgada: O mesmo se occulta, e não quer entregar, etc.

§. 16.

Entra aqui a grande quistão tratada pelo citado Stryk. a n. 100.: "An ob latam culpam vel dolum præsumptum etiam hoc juramentum affectionis imponi poterit,?" Pela negativa cita muitos: Porém pela affirmativa, que segue, cita muitos a n. 116. qui docent, quod etiam ob dolum præsumptum juramentum hoc deferendum sit, puta, si Reus rem desierit dolose, ut eam amplius non possideat, vel etiam ubi ex ipsius culpa lata factum sit quominus facultatem restituendi habeat.... inputet enim sibi jussus restituere, quod jussui Judicis non paruerit, adeoque contemptus judicis pœnam Luat.... Cum igitur sub appellatione doli culpa lata contineatur, L. 2. C. de in lit. jur. junct. L. 1. C. quand. ex fact. tutor. affirmativam opinionem approbamus. Aliter dissentientes DD. conciliare voluit Struv. Exerc. 17. thes. 65. ubi distinguit, an ratione peculiaris contractus quid præstandum sit, aut extra contractum. Posteriori casu dicit ob latam culpam non esse locum juramento in litem, in priori vero hoc admittendum. Sed hanc limitationem aliis judicandam relinquimus., Vide Parex. de Instrum. Edit. T. 8. res. 1. a n. 23. 26. et 29.

§. 17.

Accrescenta o mesmo Stryk. a n. 136. que Consideratur dolus, sive ab initio obligationis contractæ adfuerit, quando Reus rem de præsentibus possidet, et tamen eam restituere nonvult..... Dolus etiam est, non solvere id, quod quis posset et deberet; et generaliter in dolo versari dicitur, qui non facit et restituit, quod facere et restituere

„ tenetur; sive ex post facto supervenerit, veluti si
 „ Reus dolo desiit possidere, vel ex culpa ipsius fa-
 „ ctum fuit, quominus facultatem habeat restituendi,
 „ etc. Veja-se Ridolfin. in prax. p. 3. C. 2. a n. 164.
 aonde presume doloso tambem ao Administrador, que
 não fez nem exhibe livro de razão; o Commodatar-
 rio que não entrega a cousa; todo o que despreza o
 mandato do Juiz, etc.

§. 18.

He necessario 2.º para se praticar o juramento
 da verdade “ut respiciat Judex an non rei petitæ ve-
 „ ra æstimatio per testes vel instrumenta probari pos-
 „ sit. Siquidem hæc media probandi æstimationem
 „ ordinaria excludunt remedium extraordinarium, ip-
 „ sum videlicet juramentum in litem.” Stryk dict.
 C. 3. n. 132. Bagn. Dec. 12. n. 1. (Veja-se Not. ao
 §. 58. ubi limitatur) Conf. Voet. ad Pandect. L. 12.
 T. 3. n. 4. E que a divida ou obrigação seja certa
 na substancia, Bagn. Dec. 12. n. 1. et 7. Ansald. de
 Commerc. Disc. 73. n. 25.

§. 19.

Adverte porém o mesmo Stryk. a n. 139. que
 „ Probationis difficultas tunc adesse videtur, ubi res
 „ petita ad oculum demonstrari non potest; vel quia
 „ non amplius extat in rerum natura, sed plane in-
 „ teritum passa est ex dolo, vel culpa adversarii; vel
 „ quia dolose occultatur, vel amota fuit, ut appare-
 „ re non possit, licet adhuc in rerum natura extet,
 „ etc. Ridolfin. p. 3. C. 2. a n. 197. aonde limita in
 actionibus bonæ fidei, in quibus ob solum dolum po-
 test Jurari, etiamsi non adsit difficultas probationis.

§. 20.

Depois do exposto a §. he facil de decidir com
 Coccey Jus Contr. L. 12. T. 3. Q. 6., esta Questão
 que elle propõe, e decide, ut ibi: “Quomodo dif-

„ferat juramentum in litem extraordinarium a jura-
 „mento in litem ordinario, sive affectionis? Resp.
 „In eo, quod hoc pæna doli; illud vero loco rei
 „sit: Unde 1.º illud præstatur etiam ob culpam le-
 „vem, quin levissimam, quia loco rei est, quæ ex
 „culpa non restituitur: 2.º æstimatur ibi res, cuius
 „quantitas apparet; at in posteriori affectus, quia
 „quantitas non apparet: 3.º illud locum habet etiam
 „contra hæredes, quia non est pæna doli: 4.º Lo-
 „cum habet etiam in contrariis, neque enim hic re-
 „quiritur, ut res nostra fuerit, ut in præcedenti; sed
 „quia id quod interest lis vindicatur, id quoque æs-
 „timari debet, quod fit hoc juramento: Unde 6.º
 „in omnibus negotiis, etiam empto, tutela, etc.
 „obtinet, secus ac in juramento in litem affectionis,,
 „etc. Outras razões de differença entre estes Juramen-
 „tos e o decisivo se veção em Guerreir. tr. 1. L. 4. C.
 „I. a n. 102.

CAPITULO III.

Sobre quaes especies de bens se póde deferir este Juramento: Em que qualidade de acções.

SECÇÃO I.

Em que especie de bens.

§. 21.

QUANTO ao Juramento de afeição, diz Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 122. que "Tam
 „ Judex quam Pars respiciat, an res petita, super
 „ cujus æstimatione in litem jurandum est, ita est
 „ comparata, ut in eam vel ex ipsa natura rei, vel
 „ propter accidens superveniens extra ipsam, affectio
 „ aliqua cadere possit; ita ut ob ejus denegatam tra
 „ ditionem, vel exhibitionem ejus Actor dânum
 „ passus fuerit: „ Huma vez que a causa da afei
 ção se prove, Boehmer. ad Jus ffior. L. 12. T. 3. n.
 3., e que a cousa não entregue seja sem dúvida de
 vida, Rocc. Sollectar. C. 143. n. 40. Ansaldo. de
 Commerc. Disc. 73. n. 25. Fontan. Dec.

§. 22.

O celebre Thomazio na Disp. = De Pret. af
 fection. in res fungibil. non cadente = C. 3. §. 32.
 33. 34. admittindo este juramento ainda nas questões
 de cousas incorporaes, o não admite nos bens immo
 veis, nem nos moveis, que são fungiveis (quaes se

reputão o dinheiro, o pão, o vinho, o azeite, e tudo o que consiste em pezo, numero e medida; de que não pôde usar-se sem consumo da substancia, Vicat. Verbo = Res = y. = Res quædam = Peireir. Elucidar n. 739.) : A Thomazio segue (como sempre costuma por ser igualmente acerrimo inimigo do Direito Rom) Mell. Freir. no §. citado. Hum vaso de prata se connumera entre as cousas fungiveis, para não ter lugar o juramento de afeição, huma vez que o Réo offereça outro do mesmo feitio e pezo, Fabr. in Cod. L. 5. T. 32. Def. 2.

§. 23.

Porém, e quanto aos immoveis (em que Thomazio não admite o Juramento in Lit. de afeição) errou Thomaz. porque conforme a L. 1. §. 15. ff. Siquid in fraud. patron., com a interpretação e lugares parallelos que cita Gothefredo, pôde dar-se afeição em hum immovel, ou em razão da opportunidade; ou em razão da contiguidade a outro, ou da vizinhança; ou de ser hum predio estimavel dos passados; o que bem se comprova com a L. 22. C. de Admnistr. Tutor. Outros casos, em que se considera particular afeição da cousa, recopilou Guerreir. Tr. 1. L. 4. C. 1. n. 98.

§. 24.

Pôde salvar-se Thomazio com a ponderação de que o immovel, que o condemnado não quer restituir, pôde arrancar-se-lhe do poder, ainda com a mão militar, L. 68. ff. de reivind. L. 36. ff. de Liber. Caus. Bynkerhoek, L. 3. Obs. C. 14., e arrancada e restituída assim ao senhor, cessa o juramento de afeição; Porém eu noto, que comprehendendo a nossa Ord. L. 3. T. 86. toda a cousa julgada, sem differença do movel ou immovel, que o demandado alie ou, deixa ao arbitrio do vencedor proceder contra o ter-

ceiro possuidor (provada a sciencia do litigio) ou requer o Juramento de afeição contra o vencido. Se pois a cousa immovel alienada, e que não seja facil reivindicar do terceiro possuidor, por se não poder provar nelle a sciencia do litigio, não vejo que não possa jurar-se de afeição nos casos que relatão as citadas Leis Romanas.

§. 25.

Quanto aos dinheiros, que já vimos se connumerão entre os fungiveis (§. 22.) tambem nelles pôde haver afeição; como se os dinheiros depositados erão moedas, v. g. entre nós de 24 D rs. ou de 12 D 800 rs. que são hoje rarissimas, Stryk. Us. mod. L. 12. T. 3. §. 2. et de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 126. Veja-se Nood. ad Pand. L. 12. T. 3. §. Nec difficile = Tambem em Livros raros pôde dar-se juramento de afeição, Stryk. Us. mod. sup. §. 6. et de Caut. Jur. n. 124. No dinheiro depositado; no caso de Nood. supra.

§. 26.

Quanto aos moveis não fungiveis, não duvida Thomazio: e pôde verificar-se o caso em hum Cabeça de Casal, que vendo-os avaliados no inventario em preços modicos não quer entregallos, para lucrar o maior valor, offerecendo-se á estimacão: O mesmo digo dos fructos adjudicados no inventario se fossem avaliados em preços diminutos, e não estando consumidos não quer entregallos em especie, sendo doloso e contumaz na entrega que lhe he possível (requisitos necessarios para este juramento ut §. 14.): Porque deve pelo juramento estimar-se na sua contumacia o lucro cessante, ou damno emergente, Boehmer. ad Jus ffior. L. 11. T. 3. sub. n. 2. (conf. o §. 51.)

Ainda que alguns dizem que re amplius

non extante, só se defere o de verdade, e não de afeição, Ridolfin. p. 3. C. 2. n. 216., por que sobre a cousa prompta não ha afeição; vide tamen eund. Ridolfin. n. 164. Plot. §. 25. n. 2., e observa que hoje está tirada a differença das acções, ut §. 27.

SECÇÃO II.

Em que qualidade de acções.

§. 27.

Não se duvidou jámais com a L. 5. ff. de in lit. jur. que este juramento de afeição tem lugar em todas as acções bonæ fidei, (quaes as que relata o §. 28. Inst. de action) e nas que tem semelhante natureza, que refere Struv. Exerc. 46. thes. 71., e nas acções arbitrarías que refere Stryk. de Caut. Juram. p. 3. Sec. 3. C. 3. a n. 53. Nas acções stricti juris o negarão muitos DD. ex Stryk. sup. a n. 71.: Porém hoje que recessit ab aula a differença entre as acções bon. fid. e strict. jur. Mell. L. 4. T. 2. §. 4., he certo ser praticavel em todas este Juramento. Thomaz. sup. C. 3. §. 24. Boehmer. ad Pand. L. 12. T. 3. n. 5. Stryk. Us. mod. eod. tit. §. 6. et de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. a n. 85., e hum por todos o filho João Samuel Stryk. Vol. 12. Disp. 2. C. 1. a n. 48. ibi: "Maius dubium subesse videtur circa
 ,, juramentum in litem affectionis, quod nec hodie
 ,, in stricti juris judiciis admittendum esse, sed tan-
 ,, tum juramentum in litem veritatis, statuunt non
 ,, pauci. Sed hæc sententia ex ipso jure Romano du-

„bia adhuc habet non pauca: Siquidem 1.º nondum
 „satis expeditum est, an distinctio in juramentum
 „in litem veritatis et affectionis plane sit fundata in
 „jure Romano, cum juramentum in litem veræ æsti-
 „mationis opponatur in L. 2. §. 1. ff. de jur. jur.
 „in lit. Item in L. 8. eod. ibi = quanti res est,
 „an quanti in litem juratum fuerit = Ut etiam non
 „dubitaverit Huber. ad T. de jurejur. in lit. §. 1. et
 „6. asserere ex jure Romano tantum juramentum in
 „litem affectionis, non vero juramentum in litem ve-
 „ritatis probari posse. Deinceps 2.º etiam in Judiciis
 „stricti Juris interdum locum habere juramentum
 „affectionis, scilicet ubi species debetur, ea que pe-
 „riit et mora facta est, ex L. 5. §. ult. d. loc. probat
 „idem Huber. cit. loc. §. 3.: Sed 3.º quidquid
 „sit de jure Civili, de usu fori res dubia satis est ex
 „testimonio etiam ipsius Carpozovii. Is autem p. 1.
 „Const. 23. def. 19. n. 9. asserit arbitrio judicis re-
 „linqui juramentum hoc sive affectionis, sive verita-
 „tis, deferendum existimet. Et postea n. 11. perspi-
 „cuae satis mentem suam de hac distinctione subjicit
 „his verbis = Ex quo fit ut hodie non solum in
 „omnibus sive in rem, sive in personam actionibus,
 „quibus res restituitur, sed etiam in stricti juris ju-
 „diciis arbitrariis, et non arbitrariis, ex causa justa
 „et sufficiente in litem juratur. Consentit omnino
 „Schilter. Exerc. 22. §. 55. ubi §. 56. rationem ad-
 „dit, quod subtilis judiciorum differentia, quia alia
 „bonæ fidei, alia stricti juris a simplici Germaniæ
 „jurisprudencia abscedat, etc.

„Longe de nós hoje o que em contrario, e
 „sustentando ainda a antiquada differença dis-
 „córreo Corcey J. Contr. L. 12. T. 3. Q. 15. e dis-
 „córreo outros muitos.

CAPITULO IV.

Dinumerão-se alguns casos mais frequentes, em que verificados os requisitos (a §. 14.) se deva deferir o juramento de afeição; ou na falta dos requisitos necesarios para este, o da verdade sobre a estimação da cousa.

§. 28.

P Rimeiro caso: No do Espolio contra o Espoliador tem lugar este juramento de estimação do damno que elle tiver soffrido, Cod. Civil do Imper. José II. §. 227. Plot. de Juram. in lit. §. 46. n. 2. et 3. Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 66. Fontanell. Dec. 300. onde figura o caso do espolio dos moveis de huma casa subtrahidos de noite; e admite este juramento tanto sobre a quantidade dos moveis, como do valor delles; porque (diz Fontanell) aqui se verifica o dolo, que resulta do facto espoliativo; e a impossibilidade da prova, por ser occulto o espolio, e ninguem podia vêr os bens furtados e seu valor, etc. Concorda na Conclusão geral Guerreir. tr. 1. L. 4. C. 1. a. n. 74. et 75. et a. n. 85.: Amplia-se em todos os interdotos Adpiscendæ, e retinendæ; Stryk. sup. n. 56. Struv. Exerc. 17. thes. 63. Amplia-se ao Colono que findo o tempo do arrendamento não restitue a cousa arrendada, Plot. sup. §. 13.

Se entre os bens espoliados se comprehendem alguns em que se desse afeição (como nos casos dos §§. 22. 23. 25.) terá lugar juntamen-

te o juramento de afeição, Stryk. Us. mod. L. 12. T. 3. §. 12.

Sobre tudo o exposto neste caso veja-se largamente Plot. de Juram. in Lit. §. 3. 4 et 46. E que perdas e damnos proximos ou remotos se comprehendão na condemnação do Espoliador, Veja-se Ansal. de Commerc. Disc. 64. Ferreir. de Nov. oper. L. 5. Disc. 10. a n. 8.

§. 29.

Segundo caso: Tem lugar o juramento in Lit. contra aquelle, que ou não exhibe a cousa, que pela acção ad exhibendum (de qua Peg. 3. for. C. 24. et 25.) se lhe pede, e sendo condemnado que a exhiba he contumaz em a exhibir, L. 5. ff. de in Lit. jur. L. 3. §. 2. ff. ad exhib. Stryk. sup. n. 58. Cod. Frederic. p. 2. L. 2. T. 4. art. 2. §. 49. no fim, ex professo Plot. de Jur. in Lit. §. 23. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 63. pag. 1118. Ridolfin. in Prax. p. 3. C. 2. n. 184.

§. 30.

Mas semelhantemente contra aquelle, que provando-se ter em seu poder algum Documento, em que a Parte tem interesse, e sendo condemnado a exhibillo, he contumaz, tem lugar o juramento in Lit. pelo interesse, Stryk. sup. n. 58. Peg. 3. for. C. 24. a n. 40. ad 75. Plot. sup. §. 23. a n. 3. (limita cum Bagn. Dec. 12. n. 6.) O mesmo contra os Escrivães (que são obrigados guardar as Escripturas), Guerr. tr. 1. L. 4. C. 1. n. 82. Sed vide optime distinguentem Perez. de Instr. Edit. T. 8. res 1. a n. 21. Semelhantemente compete contra os que furtão ou rasgão Documentos, Plot. sup. n. 4. Guerreir. sup. n. 82.: Porque he crime como de furto, Veja Raynald. Crim. L. 2. C. 18. §. 2. Neste caso basta a prova da existencia, e a contumacia sem outra prova

da quantidade do interesse: Veja-se Leyzer Spec. 146. med. 1.

§. 31.

Terceiro caso: Se consta genericamente que algum Cabeça de Casal sobnegou bens em hum Inventario; mas não consta, nem pôde constar especificamente da sua quantidade e valor, constando aliás da occultação dolosa tem lugar o juramento in Lit. Valsc. de Part. C. 8. n. 36. et 37. Peg. tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 9. n. 73.: O que se confirma com os similes, de quib. Guer. tr. 1. L. 4. C. 1. n. 70. 71. et n. 86. ȳ. = Et expillantem hereditatem jacentem = Conf. Plot. sup. §. 15. Bagn. C. 66. n. 362. Veja-se Reinos. obs. 47. n. 36.

§. 32.

Quarto caso: Se huma mulher furtou ao marido móveis, que ou poz em poder de terceiro, ou divorciando-se e separando-se levou consigo, compete ao marido a acção rerum amotarum, ou contra esse terceiro, ou contra a mulher; e provada a subtracção, se não consta da quantidade, sobre a quantidade mesma e seu valor se defere o juramento in Lit. ao marido, Plot. §. 24. n. 6. Veja-se Peg. 7. for. C. 243. ubi judicat. L. 8. §. 1. ff. rer. amot. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 63. pag. 1118. Col.

§. 33.

Quinto caso: Se se usa contra o Ladrão da condição furtiva (de qua actione Solan. Cap. 26. n. 17.) Srryk. sup. n. 65. Conf. Guerr. sup. n. 85. et a n. 93. aonde que também contra os auxiliadores e receptadores, Conf. Arouc. all. 67. n. 17. o que bem se comprova com a Ord. L. 3. T. 52. §. 5.: o citado Arouc. equipara para este fim ao Ladrão aquelle que scientemente recebeu dinheiro que lhe não era devido, como falso Credor; e para ficar responsavel

a todo o interesse pelo juramento in Lit. Amplia-se ainda que a coisa tenha perecido no Ladrão por caso fortuito, Cod. Frederic. tom. 2. pag. 78. O mesmo procede contra o que recebeu o indebitum com sciencia de que se lhe não devia, porque se equipara a Ladrão, e tem lugar contra elle o juramento in Lit. pelos interesses, perdas e damnos, Arouc. all. 77. a n. 13.

§. 34.

Sexto caso: Tem lugar o juramento in Lit. na acção do Deposito, L. 1. §. 26. L. 5. ff. Depos., isto he, quando o Depositario he doloso e contumaz em restituir a coisa depositada, Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 51. Guerr. tr. 1. L. 4. C. 1. n. 87. Scob. de ration. C. 25. n. 19. id Guerr. tr. 4. L. 6. C. 8. n. 6. Plot. §. 10. Se se entregar huma arca fechada com chave ao Depositario satisfaz restituindo-a assim; e se o Depositario diz que fôra aberta com chave adulterina, deve provar o quanto antes lá tinha, e cessa aqui o juramento Peg. 1.º for. C. 3. n. 338.

Entre nós se procede executivamente e com prisão contra o Depositario ou seja judicial, ex Ord. L. 4. T. 49. §. 1. ou por contracto, Ord. L. 4. T. 76. §. 5. Constando do deposito por Escriptura, de quo Moraes L. 1. C. 4. §. 1. a n. 78. Peg. 1.º for. C. 3. an. 95. Em qualquer caso que seja doloso e contumaz em o restituir procedem as citadas Doutrinas §. 34. e he retido depois do juramento, Guerreir. tr. 4. L. 2. C. 8. n. 38.

§. 35.

Septimo caso: Defere-se contra os Estalajadeiros, Depositarios, Almocreves, e Marinheiros, a

que se entregou alguma arca, vasilha, fardo, etc., fechado; e ou o não restitue assim, ou aberto; porque pelo que faltar se defere ao roubado este juramento, Guerr. tr. 1. L. 4. C. 1. a n. 78. Peg. 1.º for. C. 3. a n. 334. et tom. 6. for. C. 210. a n. 37. Oter. de Official Reip. p. 2. C. 17. n. 38. transcrevendo no n. 39. huma notavel Lei de Hespanha. Veja-se largamente Plot. §. 10. Ridolfin. p. 3. C. 2. a n. 191.

As circumstancias que he necessario verificar-se para ter lugar neste caso o juramento se veção nos citados Peg. e Guerreir. e em Plot. e Ridolfin. n. 193.

§. 36.

Oitavo caso: Pelo Direito Rom. na L. 7. ff. de Admn. Tut. tem lugar este juramento contra o Tutor que sem fazer Inventario se entregou da Tutella, Stryk. us. mod. L. 12. T. 3. §. 8. Guerr. tr. 3. L. C. n. Porém neste Reino a obrigação de fazer Inventario he do Juiz dos Orfãos, Ord. L. 1. T. 88. e pelo Inventario mesmo deve fazer a entrega ao Tutor, Ord. L. 4. T. 102. princ.: Portanto parece que não he imputavel esta omissão ao Tutor. Se porém o Juiz foi omisso em fazer o Inventario, e qualquer parente sem elle se arrogou a ser Pro-Tutor e administrador dos bens do orfão, procederá contra elle a disposição do Direito Rom., porque nos taes Pro-Tutores milita o mesmo Direito que nos Tutores, Veja-se Cod. Frederic. P. 1. L. 3. art. 3., e o celebre caso apud Stryk. us. mod. L. 12. T. 3. §. 8. E se o Tutor dirigio o Inventario judicial, mas nelle se portou com alguma fraude, entra a regra do Cod. Freder. p. 1. L. 3. T. 9. art. 1. §. 7. pag. 354. X. Mais = ibi: "O Tutor he responsavel pelas suas fraudes; isto he, fica obrigado indemnizar o pupi-

„ lo de tudo o que maliciosamente fez em seu pre-
 „ juizo, e responder por todos os damnos e interes-
 „ ses que o menor e seu curador poderem verificar
 „ pelo juramento in Litem: et §. 9. Veja-se Plot. §.
 5. a n. 37. et §. 9.

§. 37.

Ainda que pelo Direito Romano tambem o Tu-
 tor era obrigado fazer Livro para prestar contas, sob
 pena de juramento in Lit. Cancr. 1.º Var. C. 7. n.
 100. Guerreir. tr. 4. L. 2. C. 8. L. 6. C. 1. n. 30.,
 com tudo atesta o mesmo Guerreir. tr. 4. L. 2. C.
 9. a n. 24. que neste Reino não se costuma, nem são
 os Tutores obrigados fazer Livros; porque pelo In-
 ventario se lhe tomão contas: Conf. Plot. S.

§. 38.

Se porém os Tutores não prestão contas, ou as
 prestão desordenadas, intrincadas e imperfeitas, tem
 contra elles lugar o juramento in Lit. Peg. 1.º for.
 C. 3. a n. 701. et tom. 1. ad Ord. pag. 353. n. 7.
 et 12. Geralmente em que casos compete o juramen-
 to in Lit. contra o Tutor pelas suas culpas, omis-
 sões, e malversões. Veja-se Plot. de Jur. in Lit. §.
 5. ubi Latissime.

§. 39.

Nono caso: Tem lugar este Juramento contra
 o Socio que he doloso, e mal versado na Sociedade;
 e se provão as malversões, que ex professo propoz
 Felic. de Societ. C. 20. a n. 18. ibi: “ Igitur veris-
 „ simum est, Socium de dolo teneri; et cum de do-
 „ lo teneatur, contra eum alteri Socio ad proban-
 „ dum expensa, damna et interesse deferatur juramen-
 „ tum in Litem. Et licet regulariter deferatur duo-
 „ bus concurrentibus, nempe dolo, et probationis
 „ difficultate (conf. §. et §.) tamen quia Socie-
 „ tas est bonæ fidei contractus, juramentum istud

„ præstabit Socius contra Socium dolosum, etiamsi
 „ non adsit difficultas probationis. Et præsta-
 „ tur contra dolosum in omittendo, quia venit ex na-
 „ tura actionis. „

„ Et quod contra Socium dolosum alteri Socio
 „ detur juramentum in Litem datur exemplum in So-
 „ cio, qui librum non confecit. (*) Datur exem-
 „ plum in Socio, qui habuit pecunias ad mercan-
 „ dum, et cum eis mercatus non fuit, quia poterit
 „ contra eum in Litem jurari, cum ut supra dixi,
 „ dolus in eo præsumitur, qui id non facit, quod fa-
 „ cere debet. „

„ Datur etiam exemplum in Socio expendente
 „ pecunias Societatis ultra usum destinatum, quia id
 „ dolo facere dicitur, et tenetur ad interesse proban-
 „ dum juramento alterius Socii: etiam expendente
 „ non in totum, sed in parte. „

„ Similiter datur exemplum, si unus ex Sociis
 „ captam crumenam, vasiliam, domum, hórreum,
 „ cellam vinariam, et similia clausa absque presentia
 „ alterius Socii, sive testium aperit, dicitur esse in
 „ dolo, et datur contra eum jur. in Lit. super quan-
 „ titate, quæ in dictis locis reperiebatur. „

„ Et datur exemplum in Socio, qui per falla-
 „ ciam dolove malo amovit rem communem, vel ce-
 „ landi animo contrectavit. Et quod dicitur, Socium
 „ a dolo excusari, si aliquid faciat in re communi,
 „ ratione juris, quod in illa habet, procedit regula,
 „ si Socius re communi usus fuerit ad usum destina-
 „ tum; sed non procedit, si tota re communi usus
 „ fuerit, excedendo terminos, qui Societati conve-
 „ niunt, quia tunc cessat præsumptio insurgens ra-
 „ tione juris quod in re habet. Verum potest etiam
 „ excessus aliquando excusari, ne in Socio præsuma-
 „ tur dolus, nempe, quando aliqua legitima causa

1, motus id fecit, ut si pro salvanda parte sua totam
 ,, rem per vim occupavit, paratus alteram partem So-
 ,, cio consignare: Sed ita demum a tali excessu So-
 ,, cius excusabitur, si probet ad ita faciendum a di-
 ,, cta causa inductum fuisse., Confirma-se sobre tudo
 Plot. de Jur. in Lit. §. 13.

(*) Em Zach. de Salar. post Tract. Dec.
 46. vemos deferido o juramento in Lit. contra
 hum Socio, que só exhibio hum Liberculo com
 diversa inscripção sem dia, mez e anno em que
 fôra feito, sem se comprovar aliunde o que elle
 continha; só com carregação das despezas, sem
 alguma da receita; e geralmente vicioso; vicios
 e defeitos que presumião doloso o Socio: Conf.
 Peg. tom. 1. ad Ord. pag. 353. a n. 7.

§. 40.

Decimo caso: Compete o juramento in Lit. con-
 tra o Crédor, que recebendo hum certo penhor, quer
 entregar outro diverso; ou usou com damnificação do
 penhor mesmo. Guerreir. tr. 1. L. 4. C. 1. sub. n. 87.,
 porque usando do penhor commette furto, Plot. §.
 12. n. 2. Em Peg. 5.º for. C. 89. a n. 5. vemos que
 empenhando hum a seu Crédor certas peças de prata,
 ainda com esta clausula = o qual as poderá desfazer
 não lhe pagando os juros nos tempos devidos = o
 Crédor vendêo algum dos penhores de prata por au-
 thoridade propria, e foi condemnado pelo juramento
 in Lit. de affeição na sua estimação, precedendo in-
 formação e taxa pelo Juiz. O mesmo procede quan-
 do o Crédor alienou o penhor, sem observar as sole-
 mnidades lègaes; ou (tendo faculdade de o vender)
 se o vende por preço vil, ou por favor; e pôde o
 devedor jurar contra elle in Lit. sobre a estimação do
 penhor; damnos e interesses, Plot. §. 12. n. 5. O

mesmo quando o Crédor (paga a divida ou depositada) não restituio o penhor, e diz que se perdeu sem sua culpa, não he attendido (ainda que o queira jurar) sem o provar; e como se repute doloso, tem lugar o jur. in Lit. sobre o valor (que commumente excede a divida) damnos e interesses, Plot. sup. n. 13.

§. 41.

Undecimo caso: Defere-se o Juramento in Lit. contra o Procurador, ou quando não executou o mandato para o fim que o recebeu; ou quando he moroso em entregar o que em execução do mandato recebeu; ou quando colluiu com Adversario, e se deixou corromper; ou quando converteo em seus usos o dinheiro recebido; ou quando não entregou ao Mandante as Escripturas que delle confiou, etc., juramento pelo qual se obtem todos os interesses, Veja-se ex pro esso Plot. de Jur. in Lit. §. 16. Conf. Golin. de Procur. p. 5. C. 4. Contra o que se fingio Procurador falso, com Mandato falso, e que exige alguma cousa; Plot. §. 16. n. 6.

O Procurador está responsavel a contas, Guerr. tr. 4. L. 1. C. 2. n. 28. et ultra ibi citatus Golin. sup. n. 30.: Se nellas fôr convencido, he consequente soffrer o juramento in Lit.

§. 42.

Duodecimo caso: O negocio gestor deve soffrer contra si este juramento quando se convence doloso; como, se fez hum Livro de razão desordenado, e sem toda a receita; se se ingerio na administração com animo de depredar e roubar; animo que se collige, se em algum tempo, ou no das contas (que he obrigado prestar, ex Guerreir. sup. tr. 4. L. 1. C. 2.

n.) he convencido de supprimir alguma cousa; ou he contumaz em dar contas, ou se converteo os bens do Senhor em seu uso (isto he quanto aos bens que constar que lhe forão á mão), Plot. §. 18. Conf. Altim. tom. 3. Q. 6. Sec. 3. a n. 48. Guerreir. tr. 4. L. 6. C. 3. Sed Vid. Coccey Jus Contr. L. 12. T. 3. Q. 4. ¶. Male. quoque =

§. 43.

I Decimo terceiro caso: Quanto ao Commodato activa e passivamente: Eis-aqui o Discurso de Plot. §. 19. ibi: "Commodati actio est bonæ fidei. Jurari igitur in Litem poterit per commandantem contra commodatarium, qui rem accepit in commodatum, et non restituit eum dolo malo, vel quia illam alienavit, aut quia allegat se amississe, et non probat amissionem absque ejus dolo malo factam; vel quia aliter dolo malo fuit versatus commodatarius in re commodata; nam tunc contra eum jurari poterit in Litem, etiam affectionis, nedum veritatis per commodantem, ex cujus juramento probabitur pretium rei nedum commune, verum etiam singulare secundum affectionem commodantis, et probantur etiam ejus damna expensæ, ac interesse contra ipsum commodatarium."

Commodatarius si utatur re commodata; puta, equo ad alium usum quam ad eum pro quo accepit, vel ad alium locum, vel in longius tempus quam acceperit, vel si alii commodaverit, dicitur committere furtum, et esse in dolo, et tenetur pœna furti. Ergo contra eum poterit juvari in Litem per commodantem, qui ex ipso juramento probabit ejus damnum, expensas ac interesse, et pretium rei, et deteriorationem ejusdem rei. Fallit quando commodatarius præmissa fecit, credens dominum permissurum si intelligeret."

„ Vasa vitiosa scienter commodans, vel locans,
 „ aut vendens si infusum vinum vel oleum, corru-
 „ ptum effusumve est, tenetur, et dicitur in dolo...
 „ Idem ubi quis scienter animal morbosum commo-
 „ davit, vel locavit, seu vendidit, aut pignori dede-
 „ rit, quia dicitur esse in dolo, et tenetur, L. pen.
 „ ff. commod. Ergo potest contra eum ex quolibet
 „ ex dictis casibus jurari in Litem, probando damna,
 „ expensas et interesse ex ipso juramento., Conf.
 Guerr. tr. 1. L. 4. C. 1. n. 117.

§. 44.

Decimo quarto caso: No contracto de locação e condução de predios defere-se este juramento ou ao Arrendatario contra o Senhorio, ou vice versa nestes casos: Ao Arrendatario contra o Senhorio 1.º quando o Senhorio durante o tempo do arrendamento vende o predio arrendado; porque como fica responsavel ao Arrendatario pelos interesses, L. qui fundum. 35. ff. Locat. Silv. ad Ord. L. 4. T. 9. in princ. n. 6., estes se liquidão pelo juramento in Lit. reputando-se doloso o Senhorio, que na venda não salvou o Arrendamento, Plot. §. 4. n. 81. tetigit Guerreir. tr. 1. L. 4. C. 1. n. 90. 2.º quando o Senhorio depois de contractar o Arrendamento de certa cousa, e por certa pensão, não quer fazer tradição da cousa ao Arrendatario; procedendo a este respeito o mesmo que no Vendedor (de quo infra §. 48.) que não quer fazer tradição da cousa vendida; Plot. d. n. 81. L. Scienti. §. 1. ff. Locat. Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. §. 5. sub n. 11. 3.º quando o Senhorio expulsou despoticamente ao Arrendatario porque o expolia; ex Peg. 7. for. C. 226. n. 51., e contra o Senhorio lhe compete a acção de espolio; Pacion. de Locat. C. 28. a n. 22., e em consequencia lhe está o Senhorio responsavel por todos os danos; Pacion. sup. a n. 25.,

he consequente ter aqui lugar o juramento in Lit. conforme a regra geral do §. 27. et signer Boehmer. ad Pandect. Exerc. 52. C. 4. §. 23.

Pelo contrario o Senhorio póde jurar in Litem seus interesses contra o Arrendatario 1.º se sendo Colono parciario levantou e levou (maxime clandestinamente) os fructos sem chamar o Senhorio á partilha, porque se presume doloso sem excusa, Plot. de Jur. in Lit. §. 4. n. 16. Cyriac. Contr. 89. n. 6. Pacion. de Locat. C. 33. a n. 21., bem que declara n. 23. „ Quod non transit sine difficultate, si fructus colligit bona fide, quia duo requiruntur ad hoc, ut locus sit dicto juramento, nempe dolus ex parte ejus contra quem defertur, et difficultas probationis ex parte ejus cui defertur ex dolo illo causata. „

Veja-se o meu Trat. da Colonia parciaria a §. 2.ª A nossa Ord. L. 4. T. 45. §. 4. dá a providencia do arbitramento das Terras por louvados, e comina a pena do dobro. Ora, o juramento in Litem he hum remedio subsidiario, quando não he possível com certeza outra prova. E assim cessa aqui, havendo no especifico caso o remedio da Lei, e por elle huma prova possívelmente certa.

§. 46. „ Insuper contra conductorem, bubuleum, Colonum partiarium, aut operarium, qui promisit mihi operari, aut agros colere, vel bona vineata, aut prativa ordinare, et ejus dolo malo non coluit, nec ordinavit; et contra quemlibet operarium, qui mihi operas suas locavit, et dolo malo non præstitit, possum jurare in Litem et juramento meo contra ipsum probabuntur damna, expensa ac interesse

meum. Nec tenetur probare dominus non esse cul-
tum, sed colonus, vel operarius debet probare se
coluisse arbitrio boni viri., Plot. §. 4. n. 81.

§. 47.
3.º Se o Colono findo o tempo do Arrendamen-
to não quer restituir a coisa arrendada commette es-
polio, Silv. ad Ord. L. 3. T. 30. §. fin. n. e pro-
cede a regra do §. 28. Veja-se Guerreir. tr. i. L. 4.
C. 1. n. 89.
§. 48.

Decimo quinto caso: Quanto ao Vendedor, que
depois que receber o preço da venda não entrega a
coisa vendida, e he accionado: Supposto que muitos
DD. só concedem o juramento in Lit. áquelle que pe-
de restituição de coisa de que tem o dominio, e o
Comprador antes da tradição o não adquire, Silv. ad
Ord. L. 3. T. 52. §. 5. n. 12. Coccey Jus Contr.
L. 12. T. 3. Q. 4. in fin. plures apud Mul. ad Struv.
Exerc. 17. thes. 64., com tudo em contrario estão
os mais graves DD. e Tradadistas, como Ploto §. 4.
a. n. 58. Tabor. Dis. = De in Lit. jur. = thes. 46.
aonde responde ás objecções contrarias: Esta mesma
opinião como mais seguida (e contra o mesmo Struv.
que segue a primeira) sustenta o citado Muller: Con-
corda nesta segunda opinião com outros Stryk. de
Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 51.

§. 49.
Decimo sexto caso: No Legado passa ipso jure
o dominio na morte do Testador ao Legatario, por
via da regra (quando se não verifica alguma das li-
mitações que refere Bagn. C. 17.): Consequentemen-
te quando as limitações se não verificão, compete
reivindicação ao Legatario contra o herdeiro, Bagn.
sup. n. 17. et 276.: Se pois o herdeiro fôr doloso e
contumaz em restituir o Legado ao Legatario, entra

a regra, de que este juramento se defere (intervindo os requisitos) em todo o caso em que compete reivindicação; Struv. Exerc. 17. thes. 63. et signanter cum Menoch. Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 51. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 63. Not. y.

Ainda que a L. 6. ff. de in Lit. jur. parece dizer o contrario, he porque (Gotofred. ibidem) equipara a acção ex testamento á ex stipulatu, que era stricti juris, em que conforme o Direito Romano não se dava tal juramento. Sed vid. §. 27.

§. 50.
Decimo septimo caso: Quanto ao Jur. in Lit. nas acções confessoria e negatoria, em que concedem Stryk. sup. n. 56. Struv. Exerc. 17. thes. 63. Se o Libello na confessoria conclue na fórmula em que deve concluir, segundo o Direito e fórmula que expõe Scheneidevin. ad §. æque. 2. Instit. de Action. sub T. de Confess. action. n. 26. isto he (além do mais) que o Réo seja condemnado por si, e seus Successores para o futuro não impedir mais ao Auctor no uso da servidão; e que preste sufficiente caução de o não molestar, nem turbar jámais, com a cominação de danos e interesses; se o Libello na negatoria se formaliza, como diz o cit. Scheneidevin., concluindo (além do mais) que o Réo seja condemnado por si e seus Successores de não turbar jámais no futuro ao A. com tal servidão na liberdade do seu predio, com interesses, perdas e danos; se, digo, assim se formalisam os Libellos, e o Réo he condemnado (como deve ser) em prestar a pedida caução, (ex Mul. ad Struv. supra), entra a disposição da L. 7. in fin. ff. Si servit. vindic. a admittir o juramento in Lit., se o Réo he conumaz em caucionar, exornat Brunnem. in lit. L. n. 4.

§. 51. Decimo oitavo caso: Sendo certo que este juramento se admite na petição de herança, Stryk. sup. n. 56. Struv. thes. 63. ex L. 26. §. 10. ff. de pet. hered. segue-se que “Potest heres mediante juramento aestimare res hereditarias, contra eum qui dolo desiit possidere, sed et jurari potest contra eum, qui adhuc possidet, sed per contumaciam res hereditarias restituere recusat.” Brunnem. in d. L. 26. §. 29. ff. her. pet. Mul. ad Struv. sup. (Veja-se §. 26.)

§. 52. Decimo nono caso, e comprehensivo de muitos: Estes são os que em summa comprehende o Codigo Civ. do Imper. José II. C. 20. §. 227. e 228. ibi: “Se alguém tem usado de violencia contra outro sem ser auctorizado; se tem alienado, deixado perecer, ou deteriorar huma cousa que sabia pertencer a outro, ou pelo menos que hum terceiro a pertendia; se tem estado em mora de consignar, remetter, ou executar no tempo e lugar prefinido, o que sabia dever consignar, remetter, ou executar; em todos estes casos a Parte adversa deverá ser admittida ao juramento de estimação do damno que tiver soffrido.”

Aquelle que fôr admittido a este juramento, terá direito de jurar todo o interesse que lhe resultaria de ter recebido a cousa a tempo; ou elle consista em lucro cessante, ou em damno emergente.”

Esta Legislação 1.^o não faz differença (a abrogada differença, ut §. 21.) entre as acções bonæ fidei e stricti juris: 2.^o comprehende expressamente o caso do espolio (de quo §.); talco caso da Ord. L. 3. T. 86. §. 18. e muitos

mais dos que tenho referido: 3.º em todos os casos que comprehende na sua generalidade, presume doloso o espoliador, o que aliena, o deixa perecer ou deteriorar a coisa que possui, e sabe pertencer a outro; o moroso em consignar, remetter, ou entregar a coisa no ponto nomeado, ou no tempo prefinido, e que sabia dever consignar, remetter, ou executar. A opinião que se satisfaz com o dolo presumido (e aqui pela mora) ut §. vii. he aqui adoptada: 4.º não exige necessariamente nestes casos os requisitos da contumacia (de quo §. 27) pois o suppõe per æquipollens, pelos factos, e pela mora nos casos que refere: Em fim 5.º o juramento que admite he o in Lit. pelos damnos, interesses e perdas: 6.º a generalidade desta Legislação comprova muitos dos casos que tenho referido.

Aqui parece adoptada a Doutrina de Plot. §. 27. ibi: "Etiam propter solam *moram*, sicuti ob dolum, potest contra *morosum* debitorem, vel alium *morosum* jurari in Litem per creditorem, vel alium actorem, cui esset facta mora, et probatur ex ipso juramento rei estimatio, et damnum, ac interesse creditoris, vel actoris, cui est facta mora; veluti si debeat mihi animalia, et res in mora ea dandi, et moriantur, vel modo non apparent, certe de pretio ipsorum animalium et meo interesse fiet probatio contra te; ex ipso juramento in Litem in actionibus stricti juris; quia tunc concurrit ipsa mora, et difficultas probationis ex quo animalia sunt mortua; vel non apparent; (Conf. Stryk. de Caut. Jur. p. 13. Sec. 3. Ca. 3. a. n. 71. et 87.) Et in actionibus bonæ fidei ob solam

moram absque difficultate probationis jurari
 potest in Litem contra morosum, veluti, si
 ex causa dotis, vel depositi, vel venditionis,
 aut ex causa locationis, vel Societatis, vel ex
 alia causa, seu actione bonæ fidei debeas mi-
 hi certa die, puta prima mensis Augusti,
 pecunias, granum, vel fundum, et non tra-
 das mihi ea ipsa die præcisa, quo casu per
 lapsum diei, aut interpellationis constitueris in
 mora (Veja-se Barbos. in L. Si mora 10. ff.
 Solut. matr. Guerreir. tr. 4. L. 2. C. 11. a n.
 49.) certe per lapsum diei, aut interpellatio-
 nem constitutus in mora, et possum con-
 tracte ob ipsam moram jurare in Litem super
 pretio rei, damno fructibus, aut interesse meo.
 Mora enim in re danda aut tradenda, aut res-
 tituenda, quæ dari, aut tradi, vel restitui de-
 bent, dicitur dolus, saltem in omittendo: Er-
 go ob ipsam moram potest jurari in Litem.
 Declarando no §. 28. n. 2. "que isto não pro-
 cede contra dolosum in omittendo, qui non
 tenetur originaliter jure actionis, et sic non
 est obligatus, nec præcessit obligatio, sed so-
 lum tenetur ex Officio Judicis nobili nulli actio-
 ni servienti, etc. Conf. Guerr. tr. 1. L. 4. C.
 11. n. 92. Fallit (continua Plot. d. §. 271) quan-
 do mora esset sine dolo, quia tunc propter il-
 lam non potest jurari in Litem; puta si ob
 paupertatem superventam, vel alium casum
 fortuitum non potuit solvere, quia tunc non
 posset ob moram non dolosum in Litem ju-
 rari.
 Outros casos que excusão da mora, e assim
 do dolo, Veja-se Pacion. de Locat. C. 37. n.

84. Portug. L. I. prælud. 2. §. 1. ann. 104.
Stryk. vol. Disp. 8. Barbosa et Tabor Verbo

— Mora — §. 53.
Vigessimo caso, e comprehensivo de outros:
Sendo certo que “ Circa actiones ex debito prove-
nientes notandum; quod et in iis juramentum in
Litem locum inveniat, si saltem civiliter et pecu-
ninarie agatur, et ad poenam pecuniariam Fisco ap-
plicandam. ” Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C.
3. n. 93. Sendo certo que o interesse civil se póde
pedir juntamente com a accusação criminal; de quo
Veja-se Solan. Cog. 26. et 27. Occorrem muitos cas-
os em que procedendo-se criminalmente tem lugar este
juramento.

§. 54.
Por exemplo 1.º Se se accusa o arranco ou tur-
bação de marcos: “ Probata existentia et difficientia,
vel alteratione, tum intrat præsumptio contra vici-
num, et quatenus non possit identificari locus loci
datur contra motores juramentum in Litem: Jura-
mentum non solum datur pro damnis, et interesse,
sed etiam ad probationem loci. ” Raynald. obs.
Crim. L. 2. C. 15. §. 7. n. 66. 67. 68. Seraph. de
Privil. Jur. Priv. 31. n. 106. Mont. de Finib. C. 69.
Conciol ad Stat. Eugub. L. 6. rubr. 14. n. 4. Myler
de Lap. termin. C. 15. §. 21. optime Plot. §. 45. sub
n. 2. ampliando a tudo o que não sendo pedra servia
de demarcação, Raynald. sup. tetigit Guerr. tr. 1.
L. 4. C. 1. sub n. 92.

§. 55.
Por exemplo 2.º A nossa Ord. L. 5. T. 118.
castiga o calumniador fazendo-o condemnavel em to-
do o damno e perda, que o Réo em razão da que-
rella e accusação recebeu (de quo Veja-se Peg. 4. for.

C. 64. et n. 29.) com tanto que na Sentença absoluta se salve direito ao Réo para repetir estas perdas e damnos, Solan. Cog. 7. sub. n. 57. Veja-se Repertor. debaixo da conclusão = custias paga o denunciador, etc. = Querella se alguém a der maliciosamente, etc. Franç. ad Mend. ar. 26.

§. 56.

Se pois se verifica o disposto na dita Ord., e ha reserva de direito quando precisa; tem lugar o juramento in Lit. sobre as perdas e damnos, Plot. §. 58. a n. 3. Guerr. tr. 1. L. 4. C. 1. n.

Que perdas e damnos se comprehendão em tal condemnação; Veja-se Fontanell. Decreto 97. Ansalde de Commerc. Disc. 64. Plot. sup. n. 6. et 7. Veja-se o meu Tratado dos damnos e suas provas, a §.

§. 57.

For exemplo 3.º “Vulnerans aliquem, vel offendens armis, vel baculis, aut lapide, seu pugnis, vel alio modo; sive in rixa, vel alio modo, etiam quod vulneratus, aut offensus non moriatur, teneatur non solum ad expensas curationis, tam respectu medicorum, quam medicinarum, servitorum infirmi, et aliarum expensarum curationis; verum etiam teneatur ad æstimationem operarum amissarum pro temporibus et diebus, quibus vulneratus vel offensus stetit in lecto, vel etiam extra lectum, sed propter ipsam offensionem vel vulnus operari non potuit: Et ulterius vulnerans, vel offendens teneatur ad omnia alia damna damni emergentis passim per vulneratum vel offensum, tam intrinseca quam extrinseca sequuta ob dictum vulnus, seu offensionem: Et ubi offensus, vel vulneratus erat solitus lucrari, et ob ipsum vulnus, seu offensionem ipsam

„ non potuit lucrari; tenetur ipse vulnerans, vel of-
 „ fendens ad solvendum ipsi offenso aut vulnerato ip-
 „ sum lucrum cessans, et hoc tam respectu temporis
 „ preteriti quam futuri. Et si ex vulneribus aut per-
 „ cussionibus, vel offensionibus illatis corpus vel mem-
 „ brum remansit debilitatum, aut mutilatum, vel
 „ inutile, vel pigrum, et non ita promptum, prout
 „ erat primo, aut oculus obcæcatus; tunc vulnerans
 „ vel offendens tenetur ad omnia damna intrinseca,
 „ et extrinseca; expensas curationis, et interesse, et
 „ ad omnia damna damni emergentis, et lucri ces-
 „ santis dicti vulnerati, vel offensi. et patris, matris,
 „ uxoris ac liberorum, et pauperum aliorum quos
 „ sustentabat, et ad æstimationem ejus operarum
 „ amissarum pro tempore preterito post ipsum vul-
 „ nus illatum, vel offensionem factam, et in futurum
 „ amittendarum, sive stetit, sive stet in lecto, sive
 „ non occasione præmissa, computando tempora fu-
 „ tura, secundum L. Hereditatum ff. ad Leg. Fal-
 „ cid. „ Ita Plot. n. 42. n. 10. et 11. Veja-se Stryk-
 „ us. mod. L. 9. T. 3. §. 4. e o meu Tract. dos Da-
 „ mnos Cap. a §. E por tanto (continúa Plot. n.
 „ 12.) “Præmissæ expensæ curationis et operæ am-
 „ sæ, ac amittendæ, damna et lucra cessantia; et
 „ interesse vulnerati, vel offensi probantur ex solo
 „ juramento in Litem, præstando per vulneratum,
 „ vel offensum contra vulnerantem dolo malo; vel
 „ offendentem dolo malo, etc. Limita porém Plot.
 „ no n. 14. quando a offensa foi em necessaria defeza,
 „ ou quando casual sem dolo.

§. 58.

Por exemplo 4.º “Occidens vel vulnerans Servos
 „ meos vel equos meos, pecudes meas, vel boves
 „ meos, vel alia animalia mea, vel eisdem offendens,
 „ tenetur ad expensas curationis, et ipsorum pretium;

„ad damnum intrinsecum et extrinsecum, et lucrum
 „cessans ad æstimationem operarum amissarum, ac
 „amittendarum, et ad interesse cicatricum, et defor-
 „mationem: Ergo contra ipsum occidentem dolo
 „malo, vel vulnerantem præmissa dolo malo, vel
 „ejus dolo malo offendentem, jurare potero in litem,
 „probando ex ipso solo juramento prædictas expen-
 „sas curationis, pretium præmissorum Servorum, ac
 „animalium, interesse cicatricum, et deformationis,
 „et operas amissas et amitendas, et omnia alia da-
 „mna mea, lucri cessantis et damni emergentis, et
 „interesse meum., Plot. §. 42. n. 13. Adverte po-
 „rém o mesmo Plot. n. 15. que “Judex ex Officio
 „posset, supplere æstimando expensas curationis,
 „pretium ipsorum servorum, aut animalium, damna
 „aut interesse; operas amissas et amitendas, homi-
 „nis etiam liberi occisi, vel vulnerati, et interesse
 „heredum, et aliorum quos sustentabat, etiamsi
 „nihil probatum esset per Partem etiamsi non posset
 „jurari in Litem, puta, si dolus occidendo vel vul-
 „nerando non intervenisset, ubi constaret judici præ-
 „missa de jure deberi prout debentur.,

§. 59.

Geralmente diz o Estatuto de Eugubio L. 2.
 Rubr. II. “Si quis dolose damnum intulerit, furto,
 „turbatione expulsiva, sive violentia inquietativa,
 „spolio vel quolibet alio genere turbationis, vel da-
 „mni; nec Actor damnum illatum tempore invasio-
 „nis, sive etiam interesse passum probare possit:
 „Volumus, si talis quantitas contra nolentem aliter
 „probari non possit; quod admittatur probatio per
 „juramentum Actoris, eique stari debere quoad ip-
 „sam quantitatem damni, et interesse.....? Judex
 „tamen semper personarum, et negotii qualitate di-

„ligenter inspecta hujusmodi damna ac interesse taxare, ac moderare possit; et debeat. „

Parecem adoptadas neste Estatuto as Doutrinas de Plot. §. 46. n. 2. ibi: “Et ipsam damna, expensæ rerum turbatarum, vel spoliatarum æstimatio, quantitas, valor, et qualitas et fructus rerum spoliatarum, vel turbatarum, et ipsorum fructuum quantitas, qualitas et æstimatio, et impensæ ac interesse, et damna intrinseca et extrinseca passa per spoliatum, vel turbatum; et alia omnia in quibus spoliator vel turbator debet condemnari, probabuntur ex solo juramento in Litem præstando per spoliatum, vel turbatum contra turbatorem sive spoliatorem suum, seu eum qui spolium, vel turbationem ejus nomine factamve ratificavit. „ (Conf. Conciol. ad Stat. Eug. L. 2. rubr. II: n. 10.)

„Et hoc procedit sive spolium vel turbatio ipsa facta fuerit per vim, sive clam, sive clandestine Et procedunt præmissa contra omnem spoliatorem, sive turbatorem, sive fuerit turbatio, sive violentia expulsiva, sive oblativa, sive turbativa, sive compulsiva, sive inquietativa, sive alia quævis violentia, vel turbatio; quia jurari poterit in Litem contra ipsum spoliatorem, vel turbantem: Et sive per vim, sive clam spolium, vel turbatio factum, vel facta fuerit, contra spoliantem vel turbantem vi, vel clam poterit jurari in Litem. „

Et ubi spolium, vel turbatio fit per vim; dicitur semper adesse dolum malum: Et item dolus etiam absque vi præsumitur in eo, qui novam possessionem occupat, quam alias non possideret, et etiamsi non probetur scientia possessionis alienæ. „ Conf. Stryk. us. mod. L. 12. T. 3: §. 12.

Limita porém Plot. a n. 4. esta regra: 1.º “quotiescumque spoliatio vel turbatio facta fuit cum li-

„centia et auctoritate judicis, etiam nulla; quia ta-
 „lis licentia et auctoritas Judicis data alicui ingre-
 „diendi possessionem excusat a dolo, et pœnis tur-
 „batae possessionis. „ Sed vide Boehmer. ad Pan-
 „dect. Exerc. 23. C. 1. §. 13., aonde diz em contra-
 „rio, ut ibi: „Sine judice etiam procedere dicitur,
 „qui non judicialiter jus sibi reddendum existimat,
 „licet apparenter judiciali ope usus fuerit; quia fa-
 „ctum hoc judicis magis spoliū est via facti non
 „juris; imo facimus mere privatum. Suppono autem
 „i. Judicem ita procedere a parte imploratū, ut
 „de facto procedat, quia se implorans in dolo est,
 „et ita fecisse intelligitur, quod per alium licet ve-
 „lamine justitiæ. „

„Secundo fallit (proseque Plot. n. 5.) quo-
 „tiescumque spoliator vel turbator possessionis ha-
 „beat titulum anteriorem ac eodem auctore, a quo
 „spoliatus vel turbatus prætendit habere titulum, et
 „idem spoliator, vel turbator habebat nedum ipsum
 „titulum, verum etiam possessionem tempore ante-
 „riorem ex constituto, vel precario, vel alio modo;
 „nam tunc ipse spoliator non tenetur ad pœnam tur-
 „batae possessionis, et non dicitur in dolo, nec po-
 „test contra eum de jure communi in Litem jurari. „

„Tertio fallit (Plot. n. 6.) quotiescumque spo-
 „liator, seu turbator ex aliqua causa justa, vel in-
 „justa seu colorata excusari possit a dolo; puta si
 „ignorabat, rem quam acquisivit a Sempronio pos-
 „sideri a Titio; et turbavit eundem Titium posses-
 „sione, „ etc. Podem aqui applicar-se outras limita-
 „ções das que refere Lim. ad Ord. L. 4. T. 58.

„Affine est (juramento in Litem) jura-
 „mentum Zenonianum, de quo in L. 9. Cod.
 „unde vi. . . . quod postmodum Pontifices in jus

„ canon retulerunt, Veja-se C. fin. ✕ de his
 „ quæ vi metusve caus. Est autem juramentum
 „ illud Sacramentum in Litem veritatis, quo
 „ vim passus, si non poterit singula quæ perdi-
 „ dit, comprobare, taxatione a Juce facta pro
 „ personarum atque negotii qualitate, res abre-
 „ ptas, atque invasas, et damna tempore impe-
 „ tus data manifestat ac existimat. Intro-
 „ ductum est ob difficultatem probationis, et in
 „ odium delinquentis, quæ duo, ut huic juramen-
 „ to locus sit, copulative adesse debent. . . . Li-
 „ quido probanda est vis, nisi delicti probatio
 „ difficilis sit ex natura rei. ubi per testes
 „ singula, quæ perdidit, potest quis probare,
 „ non est ad juramentum admittendus, cum hoc
 „ juramentum sit exorbitans. Ubi probata fuit
 „ Rei conventi violentia ad hoc ut detur huic
 „ Sacramento locus ad probandum res amissas
 „ damna, ac interesse, non requiritur probatio
 „ difficultatis, sed satis probata dicitur difficul-
 „ tas, quando probata vi conventi, allegatur res
 „ particulares non extare, vel non apparere, vel
 „ non posse oculis demonstrari, quod allegare
 „ sufficit absque alia probatione difficultatis pro-
 „ bationis. „ etc.

§. 60.

Estes são os casos mais frequentes no foro: Ous-
 tros menos frequentes se podem vêr no citado Ploto,
 e em Guerreir. tr. I. L. 4. C. I. aonde fez huma in-
 digesta miscelanea, sem ordem, sem methodo, e sem
 critica alguma.

CAPITULO V.

A que qualidade de pessoas se póde deferir este Juramento, e contra quaes não póde deferir-se.

§. 61.

HE regra geral, que a este juramento se admite toda a pessoa, ou seja Senhor, ou quasi Senhor da cousa, Conciol. ad Statut. Eugub. L. 2. rubr. 11. n. 1.

§. 62.

Defere-se 1.^o ao Procurador; com tanto que seja assistido de hum especial mandato do Senhor da demanda, e informação d'elle para jurar in Lit. Altim. tom. 2. rubr. 11. Q. 26. n. 57., e mesmo o mandato expresse a quantia que ha de jurar, Plot. §. 32. n. 5. Mul. ad Struv. Exerc. 12. thes. 61. Stryk. de Cautell. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 281. 282. 283.

§. 63.

Defere-se 2.^o ao Cessionario, quando se propõe bem instruido, e informado pelo cedente; Olea de Cess. Jur. T. 6. in miscellan. a n. 5. (quidquid dicat Mull. 1.) Guerreir. tr. 1. L. 4. C. 1. n. 49.

§. 64.

Defere-se 3.^o ao herdeiro, que se mostra ou presume bem informado do facto do defuncto, Olea sup. n. 10. juncto no 4; Stryk. sup. a n. 302. Guerreir. sup. a n. 47. Fontan. Dec. 300. a n. 19. E se o defuncto morreu depois de mandado jurar, a morte suppre o juramento, Mul. sup. pag. 1115. in fin. Stryk. a n. 297. Fontanell. a n. 13. E quando se presuma

bem informado. Veja-se Guerreir. a n. 121. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1097. Col. 2. Fontan. S.^a a n. 19. Berlich. p. 1. Conclus. 55. Ridolfin. in Prax. p. 3. C. 2. a n. 200.

§. 65.

Entra aqui a dúvida: Se nos casos em que admite o juramento de afeição (de quib. §.) se o Cessionario ou herdeiro devem jurar da afeição do cedente, ou do antecessor, se da sua propria? O citado Olea n. 11. com Noalis de Transmis. Cas. 54. n. 15. assenta que deve jurar das suas proprias afeições, Conf. Mul. ad Struv. sup. pag. 1115. Col. 2. Stryk. S.^a n. 303. aonde ainda admite o juramento de credulidade ao herdeiro.

§. 66.

Defere-se 4.^o ao Tutor nas causas do menor; mas o Tutor deve jurar nesta fórma = Quod si minorum conditionem sustinerent re tanti carere nolent = Mul. sup. pag. 1115. Col. 1. in fin., ainda que o Tutor seja mãe, Stryk. sup. a n. 285. Se porém elle pôde ser obrigado jurar. Veja-se Stryk. us. mod. L. 12. T. 3. §. 7. Se a mãe Tutora. Veja-se Voët. ad Pandect. L. 12. T. 3. n. 3.

§. 67.

Defere-se 5.^o ao Syndico em nome da Universidade que o constituo, Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 284. Sed. Veja-se eund. Stryk. p. 2. Sec. 1. C. 4. a n. 432. aonde diz ser prática elege-rem-se tres ou quatro ex Senioribus do Collegio ou Universidade para jurarem; e que presumptivamente tenham sciencia da cousa. Confira-se a nossa Prática em caso semelhante apud Guerreir. for. Q. 99. Quid no Successor na dignidade, ou no Procurador Fiscal? Veja-se Guerreir. tr. 1. L. 4. C. 1. a n. 50.

§. 68. Fazem os DD. hum grande Catalogo de pessoas, a que pelos seus pessoaes defeitos se não defere este juramento, como o impubere, o furioso, o que não pôde ser testemunha, o infiel, o herege, o fallido de bens, o infame com infamia de facto ou de direito, o condemnado por delicto, ou dolo, o espurio, o blasfemo, o usurario, o prejuro, ainda que emendado, o pobre, o inimigo capital, o mal reputado, que não seja maior de toda a excepção, o contra o qual resulta alguma presumpção de Direito, aquelle a que o Juiz parecer, o invasor da cousa alhea, o em si contradictorio, o excommungado, o de cujo perjurio se pôde recear, o que fórma Libello inepto, etc. Veja-se Guerr. tr. 1. L. 4. C. 1. n. 126. Conciol. ad Stat. Eugub. L. 2. rubr. 11. n. 3. Ridolfin. in Prax. p. 3. C. 2. a n. 213.

§. 69.

Semelhante Catalogo fazem destas pessoas, para não poderem jurar suppletoriamente Berlich. p. 1. Conclus. 54. a n. 67. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 43. pag. 1097. Stryk. vol. 11. Disp. 29. §. 8. 9. 10. 11. Veja-se porem a justa censura no meu Tract. do Juramento Suppletorio a §. 42. que aqui he applicavel.

§. 70.

Resta: Contra quaes Pessoas não pôde deferir-se este Juramento? Temos visto no Cap. IV. os especiaes casos, em que contra essas pessoas devedoras pelo damno ou maleficio se defere o Juramento in Lit.: Só restão as seguintes dúvidas:

§. 71.

Primeira: Se compete contra o herdeiro do damnificante? Esta questão decide ex professo Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. a n. 336. ibi: "Sed

„ quid sentiendum de hæredibus? Plane ex dolo de-
 „ functi etiam in hæredem actionem ad exhibendum
 „ dari si hæreditas ex facto defuncti locupletior fa-
 „ cta fuit, puta quia pretium rei est consecutus de-
 „ functus, L. de eo §. fin. L. Si ad exhib. ff. ad
 „ exhib. Vel etiam ubi hæres rem petitam possidere
 „ cœpit, eamque exhibere, vel restituere detrectat,
 „ contra ipsum tanquam possessorem in Litem jurari
 „ posse in dubium est. Quod si vero hæres neque pos-
 „ sideat rem petitam, neque locupletior ex facto
 „ amotionis, vel occultationis defuncti factus sit,
 „ contra ipsum in Litem jurari non potest; sufficit
 „ enim hæredem non lucrari, non etiam damnum su-
 „ bire.

„ Probare igitur Auctor ante omnia tenetur rem
 „ petitam ad hæredem pervenisse, eumque exinde lo-
 „ cupletiozem factum fuisse; et tunc demum in Li em
 „ juramentum pro re nata conceditur actori, qui no-
 „ titiam certam rei ablatae habet; secus vero si Actor
 „ in probatione succubuerit, Reum hæredem absol-
 „ vat Judex. Nisi lis fuerit contestata cum defuncto,
 „ aut ipse hæres in dolo vel lata culpa versetur.,,
 Conf. Guerr. tr. I. L. 4. C. I. n. 72. et 73. Ansaldo
 de Commerc. Disc. 73. n. 21. Advertindo, que nem
 contra o Fiador, nem contra o Coherdeiro não dolo-
 so, nem contra o Socio não doloso, mas só contra
 o immediato doloso; Conf. Ridolfin. p. 3. C. 2. a
 n. 189. Veja-se ad omnia Voet. ad Pandect. L. 12.
 T. 3. n. 4.

§. 72.

Segunda: Quando e em que casos se defere con-
 tra o Tutor que administrou mal? Veja-se Guerreir.
 tr. I. L. 4. C. I. a n. 24. ad 43 onde commulou
 16. casos, em que se defere contra o Tutor; am-
 pliando no n. 60. e seguintes contra a mái Tutora

(maxime se passa a segundas nupcias, Stryk. S.^a n. 348.) e contra todos os Pro-Tutores e Administradores do menor: Limitando no n. 123. no Pai Legítimo Administrador (de quo etiam. Veja-se Stryk vol. 2. Disp. 3. membr. 7. et 8.) exceptuando no n. 112. em varios casos aos Tutores, Ridolfin. p. 3. C. 2.

CAPITULO VI.

O que se deve praticar pelas Partes e pelo Julgador para se deferir este Juramento.

§. 73.

Este Juramento deve requerer-se pela Parte; ou seja que peça o Juramento in Lit. de afeição, ou que peça o de verdade. Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. a n. 216., mas depois das provas dos requisitos necessários, existencia da cousa, etc. Fontan. Dec. 300. Ansal. de Com. Disc. 73. a n. 25.: Mas o contumaz em exhibir o Documento, deve sofrer o Juramento in Litem, ainda que o A. não prove a quantidade do interesse; Leyser. ad Pand. Specim. 146. Medit. 1.

§. 74.

Se o Juiz sem se lhe requerer o manda deferir á Parte, e ella escrupulosa, na consciencia não quer jurar, quid juris? Não póde ser obrigado; contentando-se com o recurso a outras provas, ou sujeitando a decisão ao arbitrio do Juiz, Stryk. us. mod. L. 12. T. 3. §. 4. et de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 213. Leyser. S.^a medit. 4. Se porém o Juiz neste

caso, ou absolver ao Réo, ou o condemnar em pouco póde o Auctor appellar, Harpretr. Disp. 21. n. 135.

§. 75.

Quid vero, se estando provados os requisitos, a Parte requer o Juramento, e o Juiz não lho queira deferir? Póde e deve agravar, ou (pelo Direito Rom.) appellar, Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 234. Guerreir. tr. I. L. 4. C. I. n. 114. optime Harpretr. Disp. 21. a n. 132.

§. 76.

Pelo contrario: Se da Sentença que manda deferir ao Auctor este juramento compete ou não ao Réo a appellação? A Questão he assaz opinativa, como se póde vêr em Harpretr. Disp. 21. = De Appellatione a Jurejurando = a n. 120. ad 125.: Elle distingue que da Sentença que manda deferir simplesmente o juramento não ha appellação da parte do Réo, porque o gravame he reparavel na definitiva: Da Sentença porém que não só defere o juramento mas logo taxa a quantidade que o Auctor ha de jurar, se póde appellar, Veja-se Guerreir. tr. I. L. 4. C. I. a n. 112. Conf. Ridolfin: in Prax. p. 3. C. 2. a n. 214.

No nosso Reino da Sentença que manda deferir Suppletorio só ha agravo do Processo; porque o gravame póde reparar-se na definitiva, ou appellando-se della: E assim sem distincção na Questão proposta.

§. 77.

Aplanado assim o Processo para se deferir o Jur. in Lit., antes de elle deferido, ou seja caso em que verificados os requisitos, tenha lugar o de afeição, ou de verdade, deve o Auctor (provados os antecedentes requisitos) exhibir em Juizo. "Legalem speci-

„ ficationem, vel liquidationem, in qua rei petitæ
 „ æstimationem atque interesse suum pro re nata, vel
 „ verum, vel affectionis, quod scilicet debito modo
 „ restitutio vel exhibitio facta non érat, specificè ex-
 „ primat, simulque moderationem hujus liquidationis
 „ petat. „ Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n.
 238. Sentit. Struv. Exerc. 17. thes. 67.

§. 78.

He notavel a variedade dos DD. sobre o quanto o Juiz póde moderar o juramento do Auctor., Struv. S.^o demonstra que taxando primeiro o Juiz, e jurando o A. conforme a taxa, não póde mais moderarse; e deve o Réo ser condemnado no taxado e jurado. Se porém o Auctor jurou antes da moderação pelo Juiz, póde este moderar o juramento.

§. 79.

Porém eu sigo o que diz Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. n. 249. “Quod taxatio Judicis juramentum in Litem præcedere debeat, tam in juramento affectionis quam veritatis, L. 4. §. jurare h. t. L. 18. ff. de jur. jur. Richer. Dec. 58. ex satis ponderosa ratione, ne scilicet otiose juretur. Ubi enim actor prius per juramentum certam summam æstimavit, quam deinde Judex minuere vellet, procul dubio Actoris juramentum vanum esset, a quo Christianus merito abhorret, ne venerandum nomen Dei in vanum assumatur. „ Id. Stryk. us. mod. L. 12. T. 3. §. 10. in fin. O Cod. Civ. dos Francezes L. 3. T. 2. Sec. 5. §. 2. no fim, se conforma com esta opinião.

A nossa Ord. L. 3. T. 86. §. 16. está em contrario; porque quanto ao juramento da verdade manda que o Juiz taxará a valia com conselho de pessoas, que tenham disso bom conheci-

juramento, e poderá o Vencedor jurar até a dita taxa e mais não. E quanto ao juramento de afecção, diz que jurará sobre a dita afecção; e depois do juramento pôde o Juiz taxallo, e segundo a dita taxação assim condemnará o Réo: O Cod. Civ. do Imp. José II. §. 229. admite o juramento de afecção antes, e depois a moderação do Juiz: O Estatut. de Eugub. L. 2. rubrica. II. coincide no mesmo. Se olhamos Menoch. e com elle Begnudell. Verbo = Juramentum. = n. 89. vemos huma conformidade destes DD. com a nossa Lei; isto he, que antes do juramento da verdade taxa primeiro o Juiz, e o Auctor jura; no da afecção jura o Auctor, e modera depois o Juiz. A mesma distincção segue Ridolfin. p. 3. C. 2. a n. 206. que a taxa precede ao juramento da verdade, e a moderação do Juiz ao juramento de afecção: E a essa razão que dá o transcripto Stryk. (§. 79.) responde que “Tunc non arguitur iudex de perjurio si iudex minus taxet, quam fuerit juratum, sed potius jurantis affectio immoderata detegitur; et ita intelligendi sunt DD. contra conclusionem supra firmatam tenentes, etc. Tu cogita: Eu nunca deixaria de seguir a Strykio: Veja-se porém Leys. ad Pand. Spec. 146. Med. 3. aonde concilia a L. 68. ff. de reicind. com a L. 4. §. 2. ff. de in lit. jurand. §. 80. T. 2. p. 100.

Seja como fôr; ou se siga a Praxe, que recommenda Stryk., ou se siga a ordem da nossa Lei, e semelhantes (§. 79.) o certo he 1.º que sim o Juiz deverá moderar na Sentença o juramento aos termos da equidade, mas (como adverte o Citado Codice Civ. do Imp. José II. §. 229.) “tomando sempre

„ hum maior respeito a favor daquelle, que tem soffri-
 „ do o danino, e depois o admittirá a jurar a som-
 „ ma moderada,,: Conf. Luc. de Judic. Disc. 25. sub
 n. 13. ʒ. “Licet subjecta materia exigat aliquam ma-
 „ jorem facilitatem contra eos, contra quos illi lo-
 „ cum esse disponit.,,

§. 81.

O certo he 2.º que supposto na L. 4. §. 3. h. t. e na L. 68. ff. de reivind. se permitta jurar de af-
 feição in infinitum; com tudo “Infiniti vocabulum in
 „ Legibus allegatis accipiendum est pro indefenito
 „ aliquo pretii, quod simplum, duplum, et triplum
 „ veri pretii excedere potest. Judex modum jurandi
 „ statuere potest, ne in immensum affectionis æstima-
 „ tio extendatur secundum L. 4. §. 2. ff. h. t. præ-
 „ via tamen causæ cognitione, in qua instituenda
 „ Judex audire debet rationes immoderatae affectionis
 „ ab Actore, easque perpendere, quousque attenden-
 „ dae sunt nec ne; et nunc interesse affectionis ratio-
 „ nabile, et cum utilitate aliqua conjunctum sit; in
 „ qua cognitione ubi Judex ex actis et circumstantiis
 „ deprehendit vanas, et futes esse causas affectionis,
 „ quas Actor allegat; puta quod forte dicat, annu-
 „ lum ab Amasia sibi donatum se mille thaleris æs-
 „ timare, cum tamen vix 30 thalerorum æstima-
 „ tionem habeat, Judex certe eas admittere non opus
 „ habet, sed ipse taxare potest absque juramento,,:
 Ita Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. a n. 242.
 et in us. mod. Pand. L. 12. T. 2. §. 10. Sobre a
 conciliação das ditas LL. Veja-se tambem Leis. ad
 Pand. Spec. 146.

Veja-se aqui os exemplos, em que se dá
 afeição, referidos pelos DD. citados no §. 21.

até 26. e Luc. Ferrar. Verbo = Juramentum =
n. Fabr. in Cod. Def. 2. L. 5. T. 32.

§. 82.

Seguindo-se que o Juiz deve taxar antes do Juramento, o Despacho deve ser nesta fórma: = Condemnamus Reum in talem quantitatem, quam nostra hac sententia taxamus, et pro qua Juramentum in Litem deferimus = Ita Ansald. de Com. Disc. 73. n. 25. "Si tamen Judex satis commode aestimationem,, facere possit, non recte veritatis jusjurandum in Lit. ,, Actori defert.," Voet. ad Pand. L. 12. T. 3. sub n. 1. Não deve porém taxar o interesse além do dobro da estimação da cousa, Plot. §. 50. n. 25. aonde comprehende ambos os juramentos de verdade e afeição; Conf. Pacion. de Locat. C. 12. n. 29. Sed Veja-se Fontan. Dec. 537. 538., e melhor Brunnem. na L. unic. Cod. de Sent. quæ pro eo quod interest: A Ploto assim indistinctamente segue Ridolfin. p. 3. C. 2. n. 217.: Porém Brunnem. n. 17. diz, que essa L. unica (em que se fundão) não procede no juramento de afeição, nem no da verdade. Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 66.

§. 83.

E como a nossa Lei L. 3. T. 86. §. 16. quanto ao juramento de verdade manda, que o Juiz antes da taxa tome conselho de pessoas, que tenham da cousa bom conhecimento (suppondo-a existente) deve proceder na conformidade das Doutrinas terminantes de Fontanell Dec. 300. a n. 6., e do Simile de quo Valasc. Cons. 43. n. quando nos Autos não haja alguma outra prova, Veja-se Ansald. S. Deve citar-se a Parte para vêr jurar in Lit. Ridolfin. p. 3. C. 20. n. 207., e feita assim a taxa sobre o juramento de verdade, seguindo-se este deve na fórma delle

ser. o Réo condemnado, 2^o dict. Ord. Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sect. 3. C. 3. n. 255.

O remedio da nossa Lei só pôde ser praticavel quando a cousa estimanda existe, ou esses consultados pelo Juiz podessem ter conhecimento della: Quando porém pelo contrario não resta outro remedio mais que o juramento de verdade, sem outra taxa do Juiz, ou de afeição com moderação. Veja-se os DD. citados §. 12. e 13. Isto não advertio Mel. no lugar que acatou bo de impugnar: (A mesma Ord. suppõe o caso, e existencia, e possibilidade de se estimar a causa, etc. Veja-se o mesmo Fontanell. a n. 9., e acrescenta-se Mul. ad Struv. Exerc. 17. thes. 68. ubi: "Unde hoc juramentum a quibusdam vocatur juramentum necessitatis; quia Judex sine delatione ejus non potest aestimare rem peremptam. . . . Re non amplius extante difficultis est aestimationis probatio, etc.

§. 184. Restão só duas Questões: 1.^a Se deferido este juramento, resta Appellação? 2.^a Se este juramento admite prova em contrario? Quanto á 1.^a Harprectr. Disp. 21. a n. 126. refere duas opiniões; huma que não se pôde appellar da Sentença que depois da taxa ou moderação, e depois do juramento condemna ao Réo; outra que tal Sentença he appellavel, o que confirma com muitas razões, e a segue com outros muitos DD. Adde Vinn. Sellectar. L. 1. C. 46. prop. fin. Conf. Ridolfin. p. 3. C. 2. a n. 227. A 1.^a opinião (que foi originalmente de Bartholo) segue com algumas limitações Begnudell. Verbo = Juramentum = mem. 93. mas he reprovada por Harprectr. supra.

Quanto á 2.^a §. 85.

Quanto á 2.^a Que este juramento ainda precedendo a taxa e a Sentença admitte prova em contrario; e por ella se possa revogar, assenta a melhor opinião, Harprectr. sup: a un. 130. Stryk. de Caut. Jur. p. 3. Sec. 3. C. 3. a n. 379. et 389. citando muitos DD. Struv. Exerc. 17. thes. 67. Guerreir. r. I. L. 4. C. 1. n. 111. Por exemplo: "Si probatlo-
 ,, nibus evidentibus, et instrumentis postea repertis,
 ,, vel possessorem dolo malo possidere non desiisse,
 ,, vel justam retinendæ rei causam habuisse, vel pe-
 ,, titorem (in reivindicatiouè) dominum haud fuisse
 ,, doceatur; liberum est Judici Reum, adversus quem
 ,, juratum est, vel in totum absolvere, vel minoris
 ,, condemnare. In totum quidem, si totius rei domi-
 ,, num petitorum non fuisse, vel totam rem dolo non
 ,, desiisse [possidere; vel eandem non contumaciter
 ,, retinuisse, sed ejus retinendæ justam habuisse cau-
 ,, sam appareat, Minoris vero his omnibus in parte
 ,, rei petitæ concurrentibus." Ita Mul. ad Struv.
 Exerc. 17. thes. 67 pag. 31123. Col. 2. Conf. Vinn.
 L. 1. S. 1. C. 15. Magna causa est = Conciol.
 ad Statut. Eugub. L. 2. rubr. 11. a n. 9. Voet. ad
 Pandect. L. 12. T. 3. n. 6.

T R A C T A D O X H.

Praxe do Juramento aos Taverneiros, Padeiras, e Carniceiros, na fórma da Ordenação L. 4.

T. 18.

Diz esta Orden: " O Carniceiro que der carne fiada a alguma pessoa, ou Padeira pão, ou Taverneiro vinho, e demandarem em Juizo seus devedores a que as ditas cousas fiarão, posto que não tenham testemunhas por que possam provar as dividas, avemos por bem que sejam cridos por seu juramento, com tanto que a divida não passe de mil reis. * Porém se o Carniceiro, Padeira ou Taverneiro se calar por hum anno contado do derradeiro dia que deixou de dar carne, pão, ou vinho fiado a seu devedor, sem nunca mais requerer a paga a quem o fiou, sendo elles ambos no lugar, e não tendo legitimo impedimento porque o não podesse requerer, não sejam cridos por seu juramento em quantidade alguma, mas poderão demandar o que somente provarem. E neste caso valerá a prova de hum testemunha, ou a confissão da parte, posto que seja fóra do Juizo, e em ausencia da outra parte, ou outra qualquer semelhante prova em a quantidade dos ditos mil reis. "

* Hoje três mil reis, segundo a nova Lei ou Alvará de 16 de Setembro de 1814.

§. I.

A razão desta Lei (que não dá Silva) pode consistir na necessidade e utilidade pública; na difficul-

dade de fazer huma obrigação, ou chamar testemunhas para divida de hum pão, de hum quartilho de vinho, de hum arratel de carne; e porque quem o compra a credito approva a pessoa do Taverneiro, Carniceiro, Padeiro, para o carregar na sua lembrança, ex Stryk. Vol. 7. Disp. 1. C. 4. a n. 39. et us. mod. L. 22. T. 4. §. 7. É ainda que Silva á mesma Ord. n. 2. a entende. “Si tales personæ fuerint bonæ famæ; aliter si fuerint infames non stabitur eorum juramento:”. Esta declaração he irrisoria, porque nem o summario desta acção do Taverneiro permite tal disputa; nem a Lei soffre tal declaração, antes a reprova, não podendo deixar de ter em vista o quanto taes pessoas são pobres e abjectas; a quantia em que lhe permite o Juramento he modica, e as razões intrinsecas da Lei prevalecem a essa limitação de Silva.

§. 2.

O nosso Gomes no Manual P. 1. C. 16. a n. 40. tem a Praxe de propor esta acção: Barbos. á mesma Ord. n. 2. a entende “probando prius se dedisse aliquid, summa tamen juramento probabitur:”, Silv. á mesma Ord. diz que “is qui aliquid earum rerum petit prius debet probare se esse Tabernarium, vel macellarium, aut panificum, et dedisse vinum, panem, vel carnem iis a quibus petit.”

§. 3.

Porém todas estas intelligencias do Manual de Barbosa e de Silva, se reprovárão pelo eximio Senador João Alves da Costa na Nota transcripta no Reportor. debaixo da conclusão = Juramento dos Carniceiros, etc. ibi: “Debet constare prius esse Tabernarius et dedisse vinum, carnes, et panes, quia solum quantitas juratur: Sed contrarium servat Praxis, quia tam super quantitate, quam super facto

„jurant hæ personæ; et ita videtur esse Legis men-
tem.”

§. 4.

Já antes deste Senador, o memoravel Thomé Pinheiro da Veiga nas suas Notas manuscriptas, de que tenho hum exemplar a toda a Ordenação, diz á dita Ord. “Intellige probato debito, scilicet se dedisse
„aliquid, quia tunc probatur summa cum Juramen-
„to, Barbos. hic n. 2. Sed ego non acquiesco huic
„opinionem; quia alias in aliis personis probato debi-
„to alicujus rei statur juramento Partis super quanti-
„tate, et ita nihil de novo disponderet hæc ordina-
„tio.”

§. 5.

Por tanto a verdadeira Prática deve ser, requerer-se em nome do Taverneiro, Padeiro, Carniceiro, que o devedor se cite para o vêr jurar (e não para jurar ou vêr jurar, como nas acções d' alma) se em qualidade de Carniceiro, Taverneiro ou Padeiro que he, lhe comprou vinho, carne, ou pão fiado, por huma vez, ou vezes na sua taverna; açougue ou casa até quantia de tanto (que não exceda mil reis) e que estas compras forão a menos de anno.

§. 6.

Cita-se o Réo nesta fórmula: ainda que compareça, sempre o Juramento se defere ao Taverneiro, Padeiro ou Carniceiro, salvo o direito ao Réo para provar o contrario: Porque todos os DD. são uniformes, em que este Juramento admite prova em contrario, Silv. á mesma Ord. n. 6. O Senador João Alves da Costa na Nota transcripta pelo Repertorio supra, Barbos. á mesma Ord. n. 3., maxime advertindo-se, que esta Ordenação não prohibe a prova em contrario, como no Juramento d' alma no L. 3. T. 52. §. 3.: E ainda que Silva n. 7. lhe não admit-

te prova em contrario; sendo a quantia minima, *attenta personarum qualitate*, etc., não admitte tal distincção.

§. 7.º
E como esta Ordem limita a mil reis o credito do Juramento do Taverneiro, Carniceiro e Padeiro: Segue-se que não pode elle scindir e dividir a divida maior, pedindo na fórma exposta (§. 5.º) que seja admittido a jurar até mil reis. *Olea de Cession. Jur. T. 3.º Q. 12.º a. n. 20. Thom. Valasco all. 72.º n. 136.º* E segue-se que, se v. gr. hoje hum Taverneiro demandar dentro do anno algum devedor por mil reis, não póde jámais á manhã demandallo por outro tanto, e se o demandar terá o Réo justa razão de se oppor ao Juramento.

Não admitto a limitação de Silva no 4.º em quanto diz: "*Si summæ separatae sint ex prædictis causis, et nullâ excedat quantitatem millium terentiorum; tunc enim non conjunguntur, sed in qualibet ex illis juramentum præstatur;*" Porque a Lei não soffre tal limitação; nem em tal caso se verifica a razão intrinseca (§. 1.º) que especialisa esta qualidade de pessoas; para jurarem até mil reis.

§. 8.º
Como esta Ordenação limita o Privilegio a hum anno, estando ambos no lugar, e não havendo legitimo impedimento; isto não he por via de prescripção, mas por via de presumpção de solução, como advente Sily. no 8.º *Huna Ord. de Luiz XII. de França do anno de 1612 limitou a seis mezes a prescripção de taes dividas;* Porquendiz Dumoulin. no Tract. de usuro Q. 22.º, e en com elles o Conselheiro Bigot Preameneu nos seus motivos sobre o Codigo Civil

L. 3. T. 20. “Este genero de prescripção foi estabelecido sobre presumpções de pagamento, que resultão da necessidade que os Credores desta classe tem de serem promptamente pagos; do habito em que se está de pagar estas dividas sem longo retardamento; e mesmo sem exigir quitação, e em fim sobre os exemplos muitas vezes repetidos de devedores, e sobre tudo de seus herdeiros, obrigados em semelhante caso a pagar muitas vezes.,,

§. 9.

Por isto he que a nossa Lei, vendo obstar, se não huma formal prescripção, ao menos esta presumpção (§. 8.) contra as taes Pessoas que dentro em hum anno não demandão dividas modicas, os obriga a que exijão ordinariamente sem tal privilegio o que sómente provarem: E ainda que lhe admitta passado o anno prova por huma testemunha, ou confissão extrajudicial absente a Parte, ou outra qualquer semelhante prova, este favor he só em a quantia dos ditos mil reis: Porque teve o Legislador em vista, que sobre quantias minimas (maxime sendo estas de algum modo privilegiadas em todo o tempo ut §. 1.) se acredita huma testemunha, Repertór. sub Verbo = testemunha humta, etc. He porém necessario que essa testemunha seja maior de toda a excepção, Silv. ad eand. Ordin. n. 13. in fin., e a confissão extrajudicial seja provada por testemunhas contestes, Silv. ad Ord. L. 3. T. 52. in princ. n. 7.: Bem que muitos DD. as admittem singulares com singularidade admniculativa, quando se allegão confissões repetidas, Cancer 2.º Variar. Cap. 8. n. 35. Angel. de Confession. L. 1. Q. 8. Limit. 1. n. 15.

§. 10.

Como o Juramento do Carniceiro, Padeiro e Taverneiro dentro do anno admite prova convincente

TRACTADO XIII.

Dos Contractos com Juramento.

Analyse da Ord. L. 1. T. 78. §. 13. Liv. 4. T. 73.
 T. 70. §. 13. e 4. junto o Regimento do Desembargo do Paço §. 187.

CAPITULO II.

*Razão da Ord. L. 1. T. 78. §. 13., e Liv. 4. T. 73.
 Quaes juramentos ella prohibe nas Escripturas:
 e dispensa della pelo Desembargo do Paço.*

NOs antigos Seculos era frequentissimo, e mesmo formulario costumado dos Tabelliães roborarem todos os contractos; e estipulações com juramento *Promisorio* dos Contrahentes. Não havia contracto nem pacto entre pessoas particulares, ou públicas, que se não confirmasse com este juramento. Monarc. na L. 8. Cod. de Episcop. aud., Puffend. de J. N. et G. Cap. 2. §. 19.: Esta a razão porque os Papas passarão a declarar no Cap. 13. de Jud. e no Cap. 3. de For. competent. in 6., que pertencião ao juizo Ecclesiastico todas as Causas sobre contractos ou pactos jurados, nem que se tratasse da sua observancia, Fleury. Disc. 7. sobr. a Hist. Eccles.; Van-Esp. de

Jur. Eccles. Tom. 4. P. 3. T. 1. Cap. 2. a n. 23.,
Rieg. Inst. Jurispr. Eccl. P. 2. a §. 799.

§. 2.

Na Alemanha nos Comícios de Norimberga transcriptos em Rieg. sup. a §. 799. que tambem menciona Gmeiner. Inst. J. E. Sect. 3. §. 526. foi este hum dos cem gravames representados ao Papa, com que o Direito Canonico attentava a Jurisdição Civil. Neste Artigo de Direito Público firmou depois o mesmo Gmein. esta Proposição = Juramentum negotiis civilibus adjectum non est ratio sufficiens ea ad forum Ecclesiasticum protrahendi. =

§. 3.

Os nossos Legisladores forão mais prudentes: Elles tendo na mão a facil providencia julgarão desnecessaria huma tal queixa ao Papa: O meio indirecto de prohibir e annullar todos os contractos firmados com juramento *Promissório* fazia cessar toda a controversia: ElRei o Senhor D. Diniz foi o primeiro, que a este respeito fez huma Lei como refere Leão na sua Chron., Lei que se incorporou na Ord. Affonsin. Liv. 4. T. 6., depois a Manoelin. L. 4. T. 3., e depois á actual Philippina. Em Castella, Valencia, Sardenha, França, e Condado de Borgonha, ha Leis semelhantes á nossa, como refere Cortead. Decis. 169. n. 44., em Milão, em Bolonha, Catalunha, Parma, Mantua, e outras Nações. Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 2. Cap. 32. a n. 148.

Nota: Houve Lisongeiros da Curia Romana, que tentarão persuadir, que os Summos Imperantes não tinham Poder para estabelecer semelhantes Leis, prohibitivas dos contractos jurados, e annullativas delles: Porém forão justamente convencidos por Egid. na L. Ex hoc ju-

re ff. de Just. e Jur. P. 2. Cap. 13. Claus. 8. n. 11. et 12. Pereir. de Man-Reg. Cap. 18. a n. 4. Portug. de Donat. L. 1. Prælu. 2. §. 4. a n. 19. Stryk. us. mod. Liv. 2. T. 14. §. 16, e com inimicos e Cortead. Decis. 169. n. 47, e com outros muitos DD. Torr. de Pact. futur. Succession. Liv. 2. Cap. 33. a n. 141.

§. 4.

Com effeito: Que a sua intrinseca razão he esta; para que com o pretexto do juramento se não attrahissem todas as causas Civis ao Juizo Ecclesiastico, o julgarão os nossos Reinicolas, Egid. supra n. 10. Pereir. de Man-Reg. Cap. 18., aonde refere a chamada Concordata de El Rei o Senhor D. Diniz, Conf. Valasc. Cons. 99. Gam. Decis. 247. Barbos. na L. 1. P. 1. a n. 74. ff. de Solut. matr. Moraes de Execut. Liv. 1. Cap. 4. §. 1. n. 15. Peg. ad Ord. L. 1. T. 78. §. 13. n. 2.

Nota: Bem que o Codigo Affonsino Liv. 4. T. 6. exprime em razão desta original Lei, que a sua prohibição teve por fim occorrer a perjuros, de que o resultado seria ficarem infames muitos Vassallos, e como taes incapazes, e impossibilitados para o Serviço do Rei, e da Republica: Comtudo posso dizer afoutamente, que esta razão só foi suasoria, e que a arcana e verdadeira foi a referida no §. 4. Porque como nos advertem os Estatutos da Univers. Liv. 2. T. 6. Cap. 6. §. 22., os Legisladores com plena advertencia, consummada prudencia, e muito de proposito, por assim convir mais ao bem público, occultão muitas vezes nas Leis as verdadeiras razões, de que se moverão para estabelecer as; e muitas vezes as razões, que os Legis-

ladores dão nas Leis apenas chegado a ser suaso-
rias.

O Senhor D. Manoel na sua Ord. L. 4.
T. 3. já omittio essa razão, como desnecessa-
ria, usando do seu Poder Legislativo e absoluto,
que nesta materia sustentão a todos os Soberanos
os DD. citados (Not. ao §. 3.), e da mesma
fôrma se compilou na Filippina L. 4. T. 73.
e Liv. 1. T. 78. §. 13.

§. 5.
He porém bem claro na mesma Ord. que ella
só prohibe o juramento *Promissorio* de futuro para
que os Leigos não sejam obrigados pelo Juizo Eccle-
siastico á observancia do mesmo juramento; mas não
prohibe o juramento *Assertorio*, em que qualquer em
Escriptura pública assevere e firme com juramento ser
verdadeira a divida, que confessa, o contracto que faz,
etc.: Esta he a intelligencia commum dos nossos Rei-
nicolas referidos no §. 4., e muito bem Lim. no
Commentario ao d. T. 73. n. 2. 3. 4., e o mesmo
Moraes de Exec. L. 2. Cap. 19. n. 29. Oliv. de For.
Eccles. P. 1. Q. 30. et 31. Barbos. 1.^a P. L. 1. n.
80. ff. Solut. matr.

Nota: Já no Tractado terceiro sobre o Ju-
ramento judicial na Nota ao §. 3. adverti o uso
que livremente se póde fazer do Juramento *As-
sertorio* nos contractos; e remissivamente mos-
trei as utilidades, que resultão dos contractos ju-
rados para a promptissima execução das Escri-
pturas; e occorrer ás chicanas e intrigas dos de-
mandados por ellas. Tambem na minha Dissert.
3.^a sobre a caução juratoria (impressa com ou-
tras em Lisboa no anno de 1808 na Typografia
Lacerdina) mostrei praticavel a caução jurato-

requeria, apesar do Aresto referido pelo Repertor. Ao debaixo da Conclusão = Juramento, ou promettimento de boa fé, etc.

Para dispensar desta Ord. L. 4. T. 73, a que he paralela a do Liv. I. T. 78. §. 13, está concedido o Poder ao Tribunal Palatino no seu Regimento §. 87., ut ibi = Para que os Tabelliães possam pôr juramentos nas Escripturas, sem incorrerem em pena, sem embargo da Ordenação. Eu tenho visto concedidas facilmente muitas dispensas desta Lei.

Nota: Parecem superfluas hoje estas dispensas depois de se verem as declamações dos Sábios Publicistas, que refiro na dita Dissertação na Nota ao §. 4., os quaes mostram abrogadas (sobre menos justas) essas Decretaes que em razão do juramento fazião privativo o Juizo Ecclesiastico para o conhecimento dos actos e contractos jurados; e doutrinas que persuadem cessar e dever cessar hoje a razão desta Ordenação. Porém apesar de tudo ella subsiste e reina, bem como a outra que dá ao Tribunal Palatino o poder de dispensar (bem entendido, que com justa causa, que pressuppõe toda a dispensa). Quanto a mim hum dos mysterios, porque hoje, que raião mais claras luzes, subsistem ainda estas Ordenações, huma a prohibir os contractos jurados, outra a permittir a sua dispensa; e o não se taxar aos Tabelliães o livre arbitrio de admittirem o juramento em todos os contractos: Consiste, digo, em se não franquear a porta aos idiotas Tabelliães de admittirem e escreverem juramentos em todos os actos e contractos, ainda os mais ridiculos, os mais fraudulentos, os mais nullos,

ou contra os bons costumes, etc. Sendo depois hum fecundo Seminario de demandas sobre os effeitos ou não effeitos dos contractos jurados. Por isto he (a meu vêr) que subsiste hoje a Lei prohibitiva, e a Lei que permite a sua dispensa, para que o Tribunal em tudo supriime só dispense a Lei em casos em que particulares, e justas circumstancias fundamentem as mesmas dispensas: Na Hespanha aonde ha semelhantes Leis, quaes a L. 23. T. 25. Liv. 4. Recopil., e a L. 11. e 12. Tit. 1. se prohibe com mais especialidade, que se jurem os contractos, que para serem válidos não precisão de ser confirmados com juramento, L. 11. e 12. Tit. 1. Liv. 4. Recopil. Bovadilh. in Polit. Liv. 2. Cap. 19. n. 7. Esta talvez a razão porque neste Reino só se impetrão Provisões de dispensa para se jurarem os pactos Successorios, que só podem ser válidos, sendo confirmados por juramento; e nunca vi Provisões de dispensa para se jurarem os contractos, que aliás valem sem juramento.

CAPITULO II.

Analyse da Ord. L. 4. T. 70. §. 3. e 4. Direitos Civil e Canonico, que teve em vista o nosso Legislador., quando (ainda que para outro fim) es-creveo o conteido naquelles §§. 3. e 4.

PRENOÇÃO.

§. 7.

Ainda que o nosso Legislador collocou estes §§. debaixo do Titulo = *Das penas convencionaes e judiciaes, e interesses, em que casos se podem levar* =; com tudo era preciso decidir positivamente os diversos casos, que figurou nos §§. 3. e 4., e a validade ou nullidade delles; para ao seu proposito deduzir como deduzio, que dos nullos, e inconfirmaveis com juramento se não pôde exigir no caso da contra-venção a pena convencionada; e que pelo contrario se pôde exigir dos contractos, que sendo nullos pelo Direito Civil, são confirmaveis, e ficão válidos com juramento conforme o Direito Canonico.

Nota: Supposto pareção fugitivos do objecto estes §§., com tudo para o projecto do Legislador e de que tratava debaixo da rubrica, decidio definitivamente quaes nullos, e inconfirmaveis com juramento; isto he, os especificados no §. 3. dizendo a respeito delles "*porque tars contractos são assi illicitos, e por Direito.*"

„ reprovados que não podem por juramento ser
 „ confirmados. „ E inferindo desta decisão pre-
 suppositiva para o seu propósito = *E por conse-
 quente as penas em elles postas se não podem
 pedir nem demandar* = No. 6.º especificou ou-
 tros contractos, que supposto sejam contra Direi-
 to Romano, podem ser confirmados com jura-
 mento, segundo o Direito Canonico: E quanto
 a estes, infero ao seu proposito que = *bem se pó-
 de pedir e levar a pena promettida, se se não
 cumprirem* = : E assim he bem claro que o Le-
 gislador aqui definiu decisivamente, quaes os con-
 tractos nullos, quaes os válidos entre todos os
 que figurou, ainda que para o outro diverso ob-
 jecto de que tratava; e isto como hum antece-
 dente necessario para decidir em quaes delles,
 sendo nullos, se não podia exigir a pena; e em
 quaes sendo válidos se póde ella exigir.
 Não devemos suppor o nosso Legislador
 tão ocioso que quizesse propor-se fazer humas
 distincções taes sem algum mysterio; e se não
 houvessem de ser praticaveis neste Reino, ainda
 quando se não tratasse das penas convencionaes.
 Sim via o Legislador a Ord. L. 4.ª T. 73.ª, que
 ia a compilar da Manoel na L. 4.ª T. 3.ª, e
 que prohibia os contractos jurados; mas ao mes-
 mo tempo tinha em vista o §. 87.º do Regimen-
 to do Tribunal Palatino (anterior á publicação
 da mesma Ord. Filippina) que permitia dispen-
 sar com causa o d. T. 73.ª: Por isto he que nos
 §§. 3.º e 4.º do T. 70.º fez aquellas distincções
 para nos contractos confirmaveis por juramento
 se exigir a pena; quando a dita Ord. Tit. 73.
 se dispensasse pelo Tribunal para se confirmarem
 com juramento esses contractos: Esta a natural

conciliação: E não devemos suppor nem ociosos e superfluos os ditos §§. 3. e 4., nem antinomicos totalmente com o Tit. 73.: O que não advertio o Sr. João Gouvêa Pint. no seu Tract. dos Testamentos. Cap. 21., e por isso discordeo de outro modo o que ahí lemos: Tambem o Ill.º Mello no Liv. 3. Tit. 5. §. 36. na Nota (com entranhavel odio ao Direito Romano, que não póde tolerat adoptado aqui, junta a limitação do Canonico pelo nosso Legislador) extravagancou em outros discursos sem attingir esta conciliação da nossa Legislação, sem se accingir a ella, e sem discorrer conforme a ella, que em quanto não revogada se deve necessariamente seguir conforme a precisa distincção dos seus casos; quaes os seguintes.

SECÇÃO I.

Primeiro caso figurado no §. 3. que não he confirmavel com juramento.

§. 8.

ENtre os casos, que este §. 3. figura por Direito reprovados de maneira, que por juramento não possam ser confirmados, hum delles he este = *Se algum homem promettesse a outro sobre certa pena, de o fazer herdeiro em parte ou em todo* = As Lers Romanas, que annullão este pacto, e as razões da sua nullidade, se estofão largamente por Stryk. de Success. ab intestat. Diss. 8. Cap. 12. a §. 18.: E

que a pena convencionada neste contracto he igualmente nulla, e não póde exigir-se, o prova o mesmo Stryk. §. 26. com a L. Stipulatio 61. ff. de Verb. oblig., e outros DD.: E melhor x professo Torr. de Pact. futur. Succession Liv. I. Cap. 2. e 3., aonde expõe as genuinas razões comorine o Direito Romano. No Cap. 5. defende com a mais commum opinião, que este pacto não póde confirmar-se e validar-se com juramento (com o que se conformou a nossa Ord.): No Cap. 6. trata a Questão = *An valeat pactum nostrum quando non est de tota Successione, sed de quota, vel de re particulari* = E ainda que propõe variedade de Leis e opiniões; segue, que não he válido nem ainda sobre parte da herança: Opinião adoptada na nossa Lei ibi = de o fazer herdeiro *em parte*; ou em todo, etc.: Eis-aqui o Direito Romano, que neste primeiro figurado caso adoptou positivamente o nosso Legislador: Confira-se com outros DD. o Repertor. debaixo da conclusão = Pacto sobre herança de homem vivo =.

Segundo caso figurado no §. 3. que não he confirmavel com juramento.

§. 9.

„Ou lhe fizesse Doação entre vivos sobre certa pena de todos os seus bens moveis, e de raiz, direitos, e acções havidos, e por haver não reservando delles para si cousa alguma.„ No Direito Romano não ha Lei clara, e expressa que annulle huma Doação assim universal sem reserva alguma para testar: Os DD. por tanto se dividirão em dous grandes esquadrões, e cada hum fundado em razões diversas; huns defendendo a nullidade, outros a validade

de tal doação; como se pôde vêr em Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 3. Cap. 5. Stryk: de Success. ab intest. Dissert. 8. Cap. 12. §. 30., et in us. modern. Liv. 39. T. 5. §. 9. Voet. ad eund. tit. sub. n. 10., o mesmo Stryk: de Caut. Contract. Sect. 3. Cap. 9. §. 4. Portug. de Donat. L. 1. Prælund. 2. §. 7. a n. 28.

§. 10.

Bartholo na L. Stipulatio hoc modo n. 5. ff. de Verb. obligat., foi o primeiro a defender a nullidade da doação assim formalisada: E como o nosso Legislador venerava a sua authoridade Ord. L. 13. T. 64.: Por isto foi, que seguio a sua opinião; e apesar de ser a contraria mais fundamentada, devemos cegamente seguir a nossa Lei, em quanto ella se não revoga: Tambem Barthol., na dita L. *Stipulatio* foi o primeiro a dizer, que huma doação tal se não confirma com juramento, e por isso o vemos seguido nesta Ordenação: E ainda que deveriamos seguir o contrario pelas gênuinas razões dos DD. oppostos a Bartholo, ex Torre supra a n. 33. Jul. Capon. de Pact. Q. 28., devemos seguir cegamente a Ordenação, que adoptou aqui a doutrina de Bartholo; connumerando esta doação entre os contractos nullos, e que se não podem revalidar com juramento, nem consequentemente se pôde pedir a pena convencionada: Eis-aqui a opinião, que neste 2.º caso adoptou o nosso Legislador: As ampliações desta opinião se veção em Portug. L. 1. Præl. 2. §. 7. a n. 29.

§. 11.

Como porém a nossa Ord. só annulla a doação (1) *entre vivos*, (2) de todos os bens moveis e raiz, direitos e acções havidos e por haver, não reservando delles para si cousa alguma; e requer o concurso de todos estes requisitos para se julgar nulla a doa-

ção; he consequente 1.^o; que não comprehende a doação *causa mortis*; Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 3. Cap. 5. n. 132. E ainda que Gomez á L. 60. Taur. n. 5. seguiu o contrario, e foi reprovado por Molin. de Primog. L. 2. Cap. 10. n. 14., e só procede a sua doutrina, quando a doação *causa mortis* he roborada com o pacto *de non revocando*, ou com circumstancias que a metamorfozeem em doação *inter vivos* Torr. supra n. 134. Conf. Moraes de Exec. L. 2. C. 19. n. 19.

§. 12.

He consequente 2.^o, que se alguém doar simplesmente todos os seus bens, sem expressão dos futuros; subsiste válida a doação, Moraes supra n. 17. Reinos. obs. 41. n. 15. Torr. de Pact. futur. Success. L. 3. Cap. 5. n. 67.; ampliando no n. 68., ainda que se reserve alguma porção delles; porque nem por isso se julgaõ doados os futuros.

§. 13.

He consequente 3.^o, que se o Doador doar todos os seus bens moveis e raiz presentês e futuros sem comprehender Direitos e acções na doação; ella subsiste válida; porque não fica universal, não comprehendendo os Direitos, e acções que lhe ficão, e são 3.^o especie de bens, Moraes supra n. 18. Reinos. a n. 9. plené Torr. de Pact. supra a n. 55. Portug. de Donat. L. 1. Prælud. 2. §. 7. n. 70. et 71. “De clara tamen prædictam resolutionem, ut habeat locum, cum eo casu, quo donans habebat aliqua jura, et actiones, et quidem non parvi valoris, de quibus testari possit, valebit donatio: Secus veró si nulla habeat jura, vel erant parvi valoris, quippe tunc donatio nulla erit.” Portug. n; 72. Reinos. n. 12. Torr. supra n. 60. Bem que no n. 61. refere opinião contraria; ainda que o Doador careça de Direitos,

e acções; porque se não as tinha nem as comprehendendo, basta para não ser universal a doação não as comprehender, e ficar com possibilidade de as adquirir.

§. 14.

He consequente 4.º, que não he universal e nulla a doação, quando o Doador reserva para si o usufructo; com tanto que o usufructo reservado seja tão pingue que, sobejando-lhe do necessario alimento; possa com o resto d'elle superlucrar cousa racional, de que haja de testar. Moraes n. 15. Torre supra a n. 105. Portug. supra a n. 67.: E isto ainda que o Doador reservando hum pingue usufructo, com cujo sobejo podia adquirir bens de que testasse, consumma todo o usufructo prodigamente, porque neste caso subsiste válida a doação, Torr. n. 107. Fontan. de Pact. nupt. claus. 4. gloss. 22. n. II. et 12.: A quem porém incumbe, se ao Doador, se ao Donatario a prova do excessivo do usufructo? Varião os DD. apud Torr. supra a n. 108.

Nota: Por mais universal que seja humadão comprehensiva dos bens presentes e futuros, com reserva de usufructo; tudo quanto o Doador adquire depois com o usufructo reservado, e que sobeja de seus necessarios alimentos, se não comprehende na doação dos bens futuros, e vem a pertencer ao herdeiro da reserva, ou aos herdeiros ab intestato, se della não dispõe o Doador, Peg. 3. For. Cap. 32. a n. 31. ad 45.

Na França por hum Ordenação de Luiz XV. do mez de Fevereiro de 1731, foi prohibido doar os bens futuros; e isto pelas razões, que pondera João Baptist. Furgol. no seu Commentario. No nosso Reino se não ha prohibição directa, a ha indirecta: Porque os bens doados

não se avaliaão no processo da insinuação para se pagar ao Rei o hum por cento do seu valor na fórma do Regimento de 11 de Abril de 1661.: A insinuação só póde subsistir nos bens doados, e que entrarão na avaliação, e de que se pagou á Coroa o tributo do hum por cento do seu valor como se nota no fim do mesmo Regimento. Ora, como os bens de futuro contingente não entrarão nessa avaliação; Como pois poderá subsistir nelles a doação sem insinuação?

§. 15. He consequente 5.º, e por argumento a contrario sensu da Ord. L. 4. T. 70. §. 3. nas palavras = *não reservando delles para si cousa alguma* =; que havendo reserva para testar, não fica universal a doação, e subsiste válida a doação, Moraes de Execut. Liv. 2. Cap. 19. n. 16. Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 3. Cap. 5. a n. 80.: Varião os DD. sobre qual e quanta deva ser esta reserva, apud Moraes et Torr. supra: Porém nessa variedade prevalece, *ea est amplectenda opinio, quæ remittit arbitrio Judicis, qualis summa sit sufficiens ad donationem convalidandam, qualis non; quod arbitrium regulari debet juxta qualitatem personæ, et quantitatem patrimonii donantis*, Assim como o nosso Gam. Dec. 348. n. 4., com Fontanell., Fabr., e outros o citado Torr. n. 85.; accrescentando exemplificativamente que *Præcipue validitas, vel invaliditas donationis ex eo pendet; an summa reservata talis sit, ut verisimiliter inducat aliquem ad hæreditatem accipiendam.*

Nota 1.ª Se logo no mesmo Instrumento se faz doação irrevogavel da reserva, fica nullo o cobramento de ambas as doações, Torr. n. 101.: Se da

reserva se faz doação depois e ex intervallo; he nulla a doação da reserva, mas subsiste válida a doação em que a reserva competente se fez. Torr. n. 97. menos que a seguinte doação da reserva se faça ao primeiro donatário; porque entra aqui a presumpção de surpresa, Torr. n. 101. et 102.

Nota 2.^a Vale a clausula, que se o Doador não testar da reserva ficará ao Doador. Altim. de Nullit. tom. 5. Q. 32. n. 864.: Porém como a quantidade reservada não entrou no calculo da avaliação dos bens para a computação do hum por cento para a Coroa, por isso não pôde subsistir essa condicional doação da reserva aonde he necessaria a insinuação, se a quantidade da reserva não entrou naquelle calculo do valor dos bens doados: Eu já impetrei e obtive insinuação de huma grande reserva feita em doação que havia sido insinuada; offerecendo-me pagar os novos direitos proporcionados á mesma reserva.

Nota 3.^a: Quid, se o Doador reserva para testar *o que bem lhe parecer*? Varii varia dixerunt: Veja-se Gam. Dec. 185. Luc. de Fidei-comm. Disc. 139. n. 4. et 6. Torr. supra n. 103. et 104. Tondut. Civil. Cap. 102. n. 5. Solan. Cog. 58. a n. 26. Guerreir. forens. Q. 19.

Nota 4.^a: O mesmo que fica dito com ampliações, e limitações procede quanto á doação da terça feita por quem tem descendentes, ou ascendentes: Veja-se Portug. de Donat. Liv. 1. Prælund. 2. §. 7. a n. 55. com os mais DD. Reimicolas, e Guerreir. Tract. 2. Liv. 5. Cap. 2. a n. 10.

Terceiro caso figurado no §. 3. da mesma Ord. L. 4. T. 70., que tambem não he confirmavel com juramento.

§. 16.

„ Ou fosse feito contracto sobre a herança de
 „ pessoa viva, porque aquelle, que não devia ser seu
 „ herdeiro, o seja sobre certa pena; porque taes con-
 „ tractos (comprehende este, e os dous precedentes)
 „ são assi illicitos e por direito reprovados, que não
 „ podem por juramento ser confirmados. E por con-
 „ sequente as penas em elles postas se não podem pe-
 „ dir nem demandar. „ (Estas ultimas palavras com-
 „ provão a Nota ao §. 7.) Confira-se o Repertor. de-
 „ baixo da Conclusão = Pacto feito entre dous, etc.

§. 17.

Ha pactos Successorios *Adquisitivos* de futuras heranças, e *renunciativos* dellas. Entre os *Adquisitivos*, hum delles he o que figura esta Ord. nas transcriptas palavras. A sua nullidade tem fundamento na L. *Stipulatio hoc modo concepta* 61. ff. de Verb. obligat. ibi = *Stipulatio hoc modo concepta, si heredes me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est hæc stipulatio.* „ Concorda a L. *Cum duobus* 52. §. 9. ff. Pro soc. L. *fin.* ff. de suis et Legit. L. 15. Cod. de Pact. Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 1. Cap. 2. Stryk. de Success. ab intestat. Diss. 8. Cap. 12. a §. 23.: As razões da nullidade deste pacto *Adquisitivo* se podem vêr nos citados Torr., e Stryk. (isto he segundo o Direito Romano aqui adoptado pelo nosso Legislador): E acrescenta o mesmo Stryk. §. 27. que hum tal pacto nem ainda produz obrigação natural.

mo de Hum tal pacto como este, nem se pôde roborar com comminação de pena, Stryk. supra §. 24. et 26. ; nem com juramento, como largamente defende o mesmo Torr. Liv. 1. Cap. 5., contra a opinião contraria: Eis-aqui o Direito Romano, e opiniões antigas, com que se conformou o nosso Legislador nas transcriptas palavras (§. 16.): *E isto quovis modo sit conceptum tale pactum, sive contineat pactum, sive donationem, vel aliam quamlibet obligationem,* Torr. Cap. 3.: E não só quando o pacto assenta sobre toda a herança, mas sobre quota della, como 3.^a 4.^a 5.^a parte, Torr. Cap. 6. n. 5.: Quid. se o pacto fôr só sobre huma cousa certa da herança, que qualquer se obrigue deixar ao Paciscente? He questão bem opinativa, que se pôde vêr em Torr. Cap. 6. a n. 8. aonde defende por melhor opinião, que ainda mesmo he nullo o pacto de deixar ao Paciscente huma cousa certa da herança: Esta mesma opinião segue Stryk. de Success. ab intestat. Diss. 8. Cap. 12. §. 20., et ad omnia Net de Testament. Liv. 2. T. 13. tot. Urceol. For. Cap. 98.

Nota: As razões, com que as Leis Romanas annullarão estes semelhantes pactos, são verdadeiramente Romanas, como se pôde vêr no mesmo Stryk. d. Cap. 12. tot., e no Volum. 11. Disp. 26. de Testament. Conjug. Reciproc. a §. 42. ad. §. 70.: Por isso que são menos sólidas e naturaes, diz o mesmo Stryk. de Success. ab intestat. Diss. 8. Cap. 12. §. 36., *Valorem et justitiam pactorum Successoriorum non ex jure Romano, sed moribus, locorumque stabilis repetendum*, etc. Mas como a nossa Lei adoptou aqui o Direito Romano; em quan-

to ella se não revoga, deve cegamente, e com todá a reverencia seguir-se nesta parte; e só em falta de Lei Patria nos, he permittido recorrer ao uso hodierno das Nações: por mais que sabemos que não oppõe ao Direito Divino, Stryk. d. Diss. 8. Cap. 14. §. 4. nem ao Natural, Stryk. d. Diss. Cap. 13. §. 3 e 4.

SECÇÃO II.

Pactos Successorios confirmaveis com juramento.

PRENOÇÃO.

§. 19.

O §. 4. da nossa Ord., nos suppõe “*contractos taes que posto que sejam contra direito * podem ser confirmados por juramento ***”, e (nestes) *po-*
der-se-ha levar a pena entre os Contrahentes pos-
ta, se o contracto não fôr cumprido por aquelle,
que prometteo de o cumprir.,”

* Isto se verifica mais propriamente nos pactos *negativos* e *renunciativos* das Successões; os quaes conforme o Direito Romano não são licitos ou validos; tanto pelo que os DD. deduzem da L. 13., 18., 94. de Acquir. hæred. L. 174. §. 1. ff. de Reg. jur. L. 15. §. 1. ff. Ad L. Falcid. L. 35. Cod. de Inofficios. testam. L. ult. ff. de suis et Legit. hæred. L. 3. Cod. de Collat.; quanto pela razão „Successionem esse

Juris publici, quod pactis privatorum mutari nequit, d. L. ult. ff. de suis et Legit. L. 15. §. 1. ff. Ad Falcid. L. 3. Cod. de Collat. Assim ex professo com os mais DD. Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 12. §. 3.º. Junto §. 2. E ainda que os Pactos Successorios são em geral reprovados por outras mais razões, que referem Stryk. d. §. 2. e Torr. de Pact. futur. sup. Success. Liv. 1. Cap. 2.: Comtudo só aquella razão he a unica adequada a prohibir os pactos Successorios *negativos*, e *renunciativos*, como bem demonstra o mesmo Stryk. d. Cap. 12. a §. 39., e concorda Torr. supr. a n. 11. com os melhores DD.

Os pactos *adquisitivos*, de que fallei desde o §. 18. nem com juramento se convalidão; estes *negativos*, e *renunciativos*: sim são confirmaveis pelo Direito Canonico no Cap. *Quamvis* de Pact. in 6.º Stryk. d. Cap. 12. §. 2. no fim, porque conformes com o Direito Natural Stryk. d. Diss. 8. Cap. 13. §. 9. Latissime Idem Stryk. Diss. 8. C. 10. a §. 18., optimé Castilh. L. 3. Controv. Cap. 9. a n. 6.

Primeiro caso expresso no dito §. 4. confirmavel com juramento.

§. 20.

„ Se fosse feito contracto entre dous ou mais,
 „ que esperavão ser herdeiros por morte de algum,
 „ que ainda seja vivo, que por sua morte algum
 „ delles não herdasse em sua herança: „ Ou esta
 Ordenação se ha de entender do pacto jurado sobre
 a futura herança de pessoa incerta: Ou, a entender-se

do pacto jurado sobre herança de pessoa certa, se lia de entender, intervindo o consentimento dessa terceira Pessoa certa: D'outro modo he incoherente.

§. 21.

Pois O pacto sobre herança de pessoa incerta he valido em direito, independente de consentimento dessa pessoa incerta, conforme as LL. DD. e razões que refere, e expõe Stryk. de Success. ab intestat. Dissert. 8. Cap. 2. a §. 5.: E por isso que muito seja confirmavel por juramento?

§. 22.

Porém o pacto sobre a herança de pessoa viva e certa sem consentimento dessa pessoa he tão nullo, que nem ainda com juramento se pôde confirmar, como bem demonstra o mesmo Stryk. a §. 6. Torr. de Pact. fut. Success. Liv. 1. Cap. 15. et 17. Jul. Capon. de Pact. Q. 51.: Para que pois não digamos que a Lei seguiu huma opinião absurda conforme o Direito Romano, devemos assentar, que só faz confirmavel com juramento o pacto sobre a herança de pessoa certa e viva, quando ella consente nesse pacto; porque então subsiste valido, e ainda sem juramento conforme alguns DD., Torr. de Pact. L. 3. Cap. 29. Stryk. de Success. ab intestat. Dissert. 8. Cap. 2. §. 19. plures apud. Peg. 6. for. Cap. 130. n. 84.: E por mais que intervenha juramento entre os Paccionantes sempre he nullo, não intervindo o consentimento da pessoa certa e viva, Urceol. For. Cap. 98. a n. 24.: Assim neste Reino o vemos julgado em Peg. 3. For. Cap. 34. a n. 414. Portug. de Donat. Liv. 3. C. 31. a n. 57. Idem Stryk. us. mod. L. 2. T. 14. §. 14.

§. 23.

He nullo este pacto sobre herança futura de pessoa certa, não intervindo o consentimento della, ou se faça entre filhos, entre cognados, entre estranhos;

ou sobre o todo, ou sobre parte da herança, ou de cousa particular; seja qual fôr o pacto, ou adquisitivo, ou conservativo, ou renunciativo, ou se trate de dividir ou doar, ou hypothecar essa herança futura; ou seja qualquer outro contracto, que sobre ella se faça, ou d'ella se disponha já em Testamento; etc., como tudo ex professo prova Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 2. a §. 9. Portug. supra a n. 59.

Nota: Da mesma fórma a venda da herança futura de pessoa viva, sem intervir o seu consentimento, he nulla, e inconfirmavel com juramento; e tanto que, se o que a vende succede depois nella, fica indigno, e se applica ao Fisco; Silv. ad Ord. L. 4. T. 1. in rubr. Art. 7. supra n. 94. Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 31. a n. 59. Não assim, *in pacto de quocumque fideicommissio, vel maioratu super ipsius Successione, quia etiam in vita possessoris valida, erit conventio absque possessoris consensu*, como com Gam. Phæb., e outros Portug. n. 63. Da mesma fórma, *Spes succedendi in fideicommissio de facto etiam vivente eo, qui post mortem fuit gravatus restitue-*

re, vendi potest; quia est jam radicata, et non est de hereditate viventis sed mortui, nec succeditur gravato, sed gravanti, Silv. supra n. 102. Gam. Dec. 92. Latissime Torr. de Pact. futur. Success. L. 1. C. 23. Aquella pena porém só procede quando os Paciscentes são os mais proximos á pessoa, sobre cuja herança pacificação: Se forem remotos, o seu pacto não prejudica á Successão dos mais proximos; Stryk. §. 25.

Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 31. a n. 59. Não assim, *in pacto de quocumque fideicommissio, vel maioratu super ipsius Successione, quia etiam in vita possessoris valida, erit conventio absque possessoris consensu*, como com Gam. Phæb., e outros Portug. n. 63. Da mesma fórma, *Spes succedendi in fideicommissio de facto etiam vivente eo, qui post mortem fuit gravatus restitue-*

re, vendi potest; quia est jam radicata, et non est de hereditate viventis sed mortui, nec succeditur gravato, sed gravanti, Silv. supra n. 102. Gam. Dec. 92. Latissime Torr. de Pact. futur. Success. L. 1. C. 23. Aquella pena porém só procede quando os Paciscentes são os mais proximos á pessoa, sobre cuja herança pacificação: Se forem remotos, o seu pacto não prejudica á Successão dos mais proximos; Stryk. §. 25.

ob no, qnator ob omi §. 24. obot o gndes no
 An valeat pactum de hæreditate ejus cujus mors
 incerta? O citado Stryk. Diss. 8. Cap. 2. §. 17.
 distingue assim = Si paciscentes credunt tertium ad-
 huc vivum, aut nescire nequeunt, pactum tale
 omnino nullum est, et depositioni hujus legis sub-
 jacet. Si veró ignorant, aut dubitant de vita, aut
 morte tertii, pactum quidem non valet; pœna ta-
 men (§. 23. Not) ob cessantem turpitudinis, et
 captandæ mortis ratiõnem hoc casu cessat.... Idem
 est, si tertium revera mortuum esse putant, quam-
 vis rex justa et probabili causa qui tamen tempore
 pacti adhuc vivit: Neque his duobus casibus pa-
 ctum convalidatur, si tertius post illud conditum
 decedat. Si tamen tertius, quem paciscentes jam
 decessisse justè crediderunt, tempore pacti revera
 mortuus sit pactum valebit, secus si paciscentes
 clancularie contra depositionem L. ult. Cod. de
 Pact. paciscantur. Conf. Portug. supra n. 60.
 Conf. Jul. Capon. de Pact. Q. 49.

Nota: Quid sobre o contracto ou partilha
 dos bens do absente? O mesmo Stryk. §. 18. de-
 cide da mesma fórma, ainda que o absente passe
 a 70. annos: Porém veja-se a minha Dissertação
 sobre a Curadoria e Successão dos bens dos Ab-
 sentes a §. 10.

§. 25. Vale porém este pacto sobre Successão de pessoa
 certa, consentindo ella: Este consentimento póde ser
 expresso ou ainda só tacito, Sola autem scientia ter-
 tii cum taciturnitate conjuncta, si scilicet ille tan-
 tum sciat paciscentes inconsulto se pactum fecisse,
 consensum non infert, sed necesse est, ut paciscen-
 tes eum de pacto hoc certiores reddiderint, ex

„ quo deinde, nisi contradicat, consensisse præsumi-
 „ tur; nec nuda asseveratio paciscentium sufficit, sed
 „ probari debet consensus tertii. Exindi et illud
 „ fluit, si tertius talis sit, qui lege, aut natura con-
 „ sentire nequeat, ex gr. furiosus, prodigus; tunc
 „ pactum de hæreditate ejus inñitum nullum esse, nec
 „ obligationem producere, etiam si consenserit, quia
 „ nulla ejus voluntas; pœna tamen tunc cessabit. Mi-
 „ nor tamen consensum suum pacto tali valide imper-
 „ tit, etiam sine curatore, aut eo invito, Stryk. d.
 Diss. 8. Cap. 2. §. 21. Conf. Castilh. L. 3. Contr.
 Cap. 9. tot., e melhor Torr. de Pact. futur. Success.
 L. 1. Cap. 29. a n. 70., aonde; que não só basta o
 consentimento tacito, mas que este se induz pela pre-
 sença do Terceiro sem sua contradicção, citando mui-
 tos os DD. contra outros referidos n. 69. Conf. Jul.
 Capon. de Pact. Q. 48. n. 14.

§. 26.

Se este consentimento deve intervir presentaneo-
 no mesmo pacto, ou se basta subsequente ex interval-
 lo? Varião os DD.; O mesmo Stryk. §. 20. assenta
 com a melhor opinião que basta que o terceiro preste
 depois o seu consentimento. „ *Cæterum* (declara
 Stryk.) *accedent consensu tertii, pactum non valet*
 „ *ut extunc, sed saltem, ut exnunc.* „ Conduz o
 Principio geral, de quo Hontalb. de Jur. Superv. tom.
 1. Q. 1. a n. 11. Esta mesma opinião seguirão Surd.,
 Fabr., Barbos, Merlin., Cancer, Jul. Capon., e ou-
 tros muitos que cita Torr. de Pact. Liv. 1. Cap. 29.
 a n. 15.: Elle porém desde o n. 34. defende a con-
 trária, que exige o simultaneo consentimento do Ter-
 ceiro, e só no n. 43. a limita. „ Quando in conven-
 „ tione paciscentes reservassent consensum illius de
 „ cujus hæreditate agitur; nan tunc videtur esse fa-
 „ cta sub conditione, si ipse præstabit assensum, et

„dependebit usque ad assensum supervenientem „
 „etc. non usque multumque ad assensum supervenientem „

„hujus §. 27. „
 „Se o Terceiro sobre cuja herança se fez o pacto,
 „consentio delle, diz o mesmo Stryk. §. 22. „ Con-
 „sensus ejus præstiti non alium esse effectum, quam
 „ut justitiam pacto tribuat. . . . Patet ergo pactum
 „hoc exitum plane nullum sortiri, nisi post mortem
 „tertii, vel ex lege, vel ex testamento paciscentes,
 „aut unus, saltem ex illis, jus succedendi habeant, qua-
 „le pactum hoc non tribuit; quia sub hac conditio-
 „ne pactum fit, si ad hæreditatem paciscentes voca-
 „ti fuerint; quæ conditio in esse nihil ponit, et con-
 „sensus non disponit, aut delationem intendit, nec
 „paciscentibus jus acquirit, sed pacti executionem,
 „conditione existente tantum permittit, et nullo mo-
 „do pro testamento habetur. Toto ergo cælo fal-
 „luntur Petr. Gregor. . . . Herm. Vultes, aliique, qui
 „consensum tertii vim ultimæ voluntatis, aut dona-
 „tionis mortis causa habere sibi persuadent, ex qua
 „paciscentes succederent, etc.: De forma que se huns
 „extranhos ou remotos paccionarem sobre a herança do
 „Terceiro com consentimento delle, e elle morrer in-
 „testado, succedem seus consanguineos, e não os Pa-
 „ciscentes, que pelo pacto não adquirirão direito al-
 „gum, Torr. de Pact. Liv. 3. Cap. 29. a n. 96.

„§. 28. „
 „In ordine verò ad paciscentes ipsos effectus
 „hujus pacti, rite scilicet formati, iste est, quod
 „delatam hæreditatem juxta pacta conventa dividere;
 „et communicare sint devincti; nec unus invito alte-
 „ro ab eo discedere possit; quin et hæredes pacis-
 „centium ad observantiam hujus pacti obligantur,
 „ac pro reali, non personali habendum est. In spe-
 „cie, quoad jus agendi producit hoc pactum actio-

„nem, qua unus paciscentium contra alterum expe-
 „ritur, ad hoc ut hæreditatem delatam juxta conven-
 „tionis legem dividat, ac communicet, pactumve
 „observet. „ Ita Stryk. supra Cap. 2. §. 23. optime
 Torr. de Pact. futur. Succession. Liv. 1. Cap. 29. n.

51. §. 29.

Extingue-se este pacto, ainda que jurado pelos
 Paciscentes, e consentido por aquelle, sobre cuja he-
 rança se celebrou, quando este revogou expressamen-
 te o mesmo seu consentimento, ut *lato calamo* Stryk.
 supra §. 26. : Extingue-se tambem quando o Tercei-
 ro, ainda só tacitamente revoga o seu consentimento,
 Stryk. §. 27. “ *Si scilicet contra pacti formam, et*
 „ *tenorem, aut inter vivos disponat, aut ultima*
 „ *voluntate paciscentes aliter, quam ab iis conven-*
 „ *tum, hæredes scribat, aut alios plane, ipsis præ-*
 „ *teritis, instituat, etc.* Confirraõ-se Castilh. Liv.
 3. Controv. Cap. 9. a n. 2. et n. 6. plene. Torr. de
 Pact futur. Success. L. 1. Cap. 29. a n. 20. : Decla-
 rando no n. 23. que “ *In dubio tamen non præsumi-*
 „ *tur hæc voluntatis mutatio.* „

§. 30.

Quid verò, se o Terceiro, que consentio no pa-
 cto sobre sua herança, firmar com juramento o seu
 consentimento: Se poderá revogallo? O mesmo Stryk.
 debaixo do §. 26. propõe duas opiniões, huma affir-
 mativa, outra negativa, e resolve que a primeira con-
 forme o Direito Civil he verdadeira; a segunda con-
 forme o Direito Canonico, e julga que esta se deve
 seguir no foro da consciencia. Portug. de Donat. Liv.
 3. Cap. 31. n. 62. com outros DD. segue, que o Ter-
 ceiro pôde revogar o seu consentimento, ainda quan-
 do jurado: Esta mesma opinião contra Covarruv. se-
 guio Hermosilli, na L. 13. gloss. 2. T. 5. P. 5. n.

4., e magistralmente ex professo Torr. de Pact. futur. Success. L. 1. Cap. 29. a n. 54., e o mesmo Stryk. de Cautell. Testam. C. 24. §. 4.: Bem que com Sanchez, e Jul. Capon. não pôde negar no n. 36. que restando o consentimento jurado pecca como perjuro: No que coincide o citado Strykio: De outro modo distingue Stryk. us. mod. L. 2. T. 14. sub §. 17. ut ibi =

„ Quod si veró ipse tertius jurato consenserit,
 „ an resilire possit, æque variant? Et puto separan-
 „ dos esse casus: Si dixerit: *Juro me in hoc pactum*
 „ *consentire*; adhuc discedere valebit, cum juramen-
 „ tum sequatur naturam actus. Aliud, si dixerit: *Ju-*
 „ *ro me consentire, nec me unquam illum consen-*
 „ *sum revocare velle*: Hoc casu pænitere non pos-
 „ set, utut facultatem testandi amitteret; testamen-
 „ tum enim ut faciat nulla lege obstringetur.

*Segundo caso exemplificado no dito §. 4. confirmavel
 com juramento.*

§. 31.

„ Ou se algum delles fizer convença com aquel-
 „ le, de cuja herança se trata porque não possa her-
 „ dar nella. „ Aqui figura o Legislador hum pacto
negativo, e *renunciativo* da futura herança prohibido
 pelo Direito Romano na L. fin. ff. de suis et legit.
 hæred. na L. 3. Cod. de Collation. na L. 35. §. 1.
 Cod. de Inofficios. testam., Alv. a Cost. in Aquil.
 August. P. 1. Cap. 3. a §. 24.: He porém confirma-
 vel com juramento pelo Direito Canonico, no Cap.
 Quamvis 2.º de Pact. in 6.º, juramento, que para
 ser valida a renuncia se requer pro forma, e não pô-
 de remittir-se por convenção das Partes, Stryk. de

Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10. §. 18., menos que não seja remittido por Lei ou costume; que sem juramento convallidem taes renuncias, aindaque não juradas, Stryk. supra §. 23.

Nota: Não confundamos aqui a renuncia da herança futura com a da já deferida, que tem diversos Direitos e effeitos. Wesel. de Connub. bon. Soc. Tr. 2. C. 6. n. 66. Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10. §. 8. Torr. de Pact. fut. Success. L. 2. C. 1.

§. 32.

„ Ideo veró (diz Stryk. §. 19.) ad *renuntiatio-*
 „ *num* substantiam DD. corporale juramentum pro
 „ forma requirunt; quia renuntiationes Jure Civili
 „ improbatæ ab ipsis creduntur; itaque subsistere
 „ nullo modo possunt, nisi juramentum accesserit....
 „ Jure Canonico juramentum per se vim obligandi
 „ habet, servandumque est, etsi accedat actui jure
 „ Civili invalido; modo is non sit contra jus naturæ
 „ et Gentium, nec directo redundet in Reipublicæ
 „ aut Tertii detrimentum.,

Nota: Por costume de algumas Nações as renuncias, que fazem as filhas dotadas, valem sem juramento, como com os Estatutos e DD. das mesmas Nações Wesel. de Connub. bon. Societ. Tr. 2. Cap. 6. n. 8., maxime entre Pessoas Illustres. Alv. a Cost. in Aquil. August. P. 1. Cap. 3. a n. 31. et Cap. 4. a n. 13.: E com juramento em todas as Nações, Stryk. supra §. 6. Quando a filha renuncia *integra accepta legitima*, he opinativo, se vale a renuncia sem juramento: Vid. Torr. Liv. 2. Cap. 7.

§. 33.

A hypothese, que suppõe as transcriptas palavras da Ord., he quando hum filho ou filha, herdeiros necessarios do Pai ou Mãi, renuncião as heranças futuras delles, e o favor delles: Porque como diz o cit. Stryk. Diss. 8. Cap. 10. §. 13. "*Hæ quidem renuntiationes, quæ de futura ac. viventis hereditate fiunt, latius patent, nec à filiabus tantum, ut verba d. C. Quamvis de Pact. in sexto habent, sed et a masculis quandoque fiunt.*" Et quidem (diz o mesmo Stryk. §. 49.) *Patri de quo nullum est dubium propter expressum Text. in Cap. Quamvis: (2) Matri, cui de hereditate ejus renuntiatio fieri quoque potest; et quidem facilius * quoniam hic nullum potestatis vinculum obstat, ut in patre.*"

iburgildo * Costumão alguns Pais emancipar primeiro os filhos para obterem delles estas renunciacias de futuras legitimas, a exemplo do caso, que refere Pon. Cap. 11. a n. 57.: Hoje quando os filhos ou filhas entrão em Religiões não são necessarias aquellas renunciacias, que antigamente se praticavão para excluir da futura Successão os Mosteiros, de quib. Pon. Cap. 2. a n. 24. Valasc. de Partit. Cap. 16., porque nem os Religiosos, nem os seus Mosteiros jámais succedem depois da L. de 9 de Setembro de 1769. A razão por que pelo Direito Romano não podia celebrar-se contracto entre Pai e filho, era esta; porque o Pai e filho se reputavão huma e a mesma pessoa, e quasi huma voz; e o que o filho adquiria o adquiria ao Pai: Por isso era necessario huma emancipação geral, e não particular para hum acto, Stryk. de Caut. Contract.

He porém precisa huma expressa renun-
 -cia da legitima, Wesel. infra n. 22., ou tão uni-
 -versal que a comprehenda, Stryk. §. 62. Porém
 a renuncia relativa á legitima herdanda do Pai
 não comprehende a herdanda da Mãe, ou irmãos
 quando especialmente se não renuncião, ainda
 que depois os irmãos, a quem o renunciante suc-
 cede, venhão a herdar do Pai a legitima renun-
 ciada, Stryk. §. 71. Wesel. infra n. 108.: Não
 comprehende tambem a renuncia da legitima a
 Successão do Prazo, ou do Fideicomisso, em que
 o renunciante deveria succeder; nem o direito de
 pedir alimentos; nem os bens dos filhos do pri-
 meiro matrimonio irmãos germanos do renunciante,
 a quem o Pai succedeo, e que por morte
 d'elle havião de passar em todo ou em parte para
 o renunciante, (Conf. Wesel. de Connub. bo-
 nor. Soc. Tr. 2. C. 6. n. 112. Barry de Success.
 L. 18. T. 1. n. 14.) a menos que de tudo isto
 não haja huma especial renunciação, ou huma
 provavel conjectura de que a intenção do filho
 ou filha renunciante foi comprehender tudo,
 Stryk. supra a §. 67. ad 70., e quando na re-
 nuncia de legitima ou herança se comprehendão
 os bens de Prazos. Veja-se o meu Tract. do Dir.
 Emphyt. a §. 506.: Quando a renuncia geral
 comprehende tudo isto, Veja-se Peg. Tom. 6.
 Forens. Cap. 130. a n. 13. ad n. 19.
 ** Procede o mesmo Wesel. d. Cap. 6. n. 14.
 §. 35.
 „ Quia vero sunt aliquæ viæ juris, per quas,
 „ etiam renuntiata futura hæreditate, et cum jura-
 „ mento, datur nihilominus renuntianti ad eam re-
 „ gressus; quas omnes ponunt. Cagnol. Menoch.,
 „ etc. Sic multipliciter limitantes. Text. in Cap.

„ Quamvis pactum ; in illis omnibus per contrarium
 „ admittentur renuntiantes ad petitiones hæreditatis
 „ parentum, tanquam hæredes, non obstantibus re-
 „ nuntiationibus antea factis, Valasc. de Partit. Cap.
 16. sub n. 53. Conf. Peg. 6. For. Cap. 13. n. 83.
 Eu me proponho a demonstração individual, e dos
 casos mais frequentes, em que cessa a renuncia jura-
 da feita em favor dos Pais; ou pela revogação do
 mesmo Pai, ou por nullidades da renuncia mesma
 lesão enormissima della, etc.

Quando cessa a renuncia pela revogação do Pai.

§. 36.

„ Tollitur renuntiatio 1.º, mutuo Paciscentium
 „ consensu, accedente nimirum restitutione accepto-
 „ rum ab utraque parte, si quid præstitum fuerit,
 „ ut quælibet alia transactio, aut conventio, Stryk
 de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10. §. 105. Conf.
 Wesel. supra n. 74.

§. 37.

„ Tollitur 2.º, Patris voluntate contraria seu re-
 „ vocatione, ac remissione. Si tamen filia non
 „ obstante Patris remissione renuntiationem implere
 „ velit, nequaquam impediri poterit; cum condona-
 „ tio illa nullam filiaë necessitatem acquirendæ hære-
 „ ditatis imponere, aut beneficium abstinendi illi adi-
 „ mere valeat. „ Stryk. supra §. 106. „ aonde de tu-
 do dá as mais genuinas razões, optime etiam ex pro-
 fesso Torr. de Pact. fut. Success. Liv. 2. Cap. 4. a
 n. 2. Gom. in L. 22. Taur. n. 31.

§. 38.

„ Remittere autem (prosegue Stryk. §. 107.)
 „ Pater hanc renuntiationem filiaë potest, etiam si

55 juramentum accesserit. . . . nec perjurium hoc casu
 56 filiae metuendum; nec absolutio a juramento neces-
 57 saria est. (Tambem Stryk. comprova estas The-
 ses com bellissimas razões) ainda que a filha renun-
 ciasse a Successão testamentaria, como contra Cyriac.
 e outros firma o citado Wesel. a n. 121. Harprectr.
 Disp. 84. a n. 69. et a n. 84. et n. 100. *od obsequerit alio §. 39. sob tova*
 58 59 Cæterum (continua Stryk. §. 108.) de hac
 60 voluntate Patris contraria, sive remissione ejus scien-
 61 dum est, eam esse, vel apertam, vel tacitam. A-
 62 perta est remissio, quando Pater renuntiationem fi-
 63 liae, expressa ejus mentione facta, remittit; quod
 64 fit non solum actu aliquo inter vivos, sed etiam
 65 ultima voluntate, si testamento renuntiationem no-
 66 minatim aboleat; testamento intellige, non tantum
 67 valido, sed et imperfecto: nam et imperfectum Pa-
 68 tris voluntatem satis declarat; licet quoad hæredis
 69 institutionem non subsistat. Conf. Wesel. de Con-
 70 nub. bon. Soc. Tr. 2. C. 6. n. 125. Torr. supra a
 71 n. 3. Peg. tom. 6. for. Cap. 130. n. 64.: E a filha
 faz perpetuamente seu, o que o Pai lhe deixou, Har-
 prectr. supra a n. 337. *Tollunt a. . . .*
 72 §. 40. *non . . .*
 73 Tacita remissio (Stryk. §. 109.) ex aliis con-
 74 jecturis inducitur, quæ itidem tam actu inter vivos,
 75 quam ultima voluntate fit; nam quælibet voluntas
 76 hic sufficit. Et hæc tacita remissio etiam quoad
 77 juramentum procedit, quæ ex actu, conventioni ju-
 78 ratae contrario; ab illo, in cujus favorem juratum
 79 fuit, gesto colligitur. Unde si Pater filiam renun-
 80 tiantem simpliciter instituat, eo ipso juramentum,
 81 ac renuntiationem, nulla quamvis ejus mentione
 82 facta, tacite filiae remittere censetur. Sicque jus
 83 Successionis ex nova causa supervenit, ad quod ju-

ramentum non extenditur, uti DD. communiter
concludunt, etc.: Confira-se com muitos DD. Peg.
Tom. 16. for. Cap. 130. n. 64. Wesel. de Connubial.
bonor. Societ. Tr. 2. Cap. 6. a n. 120., et Cap. 14.
a n. 40., et 49. et a n. 54. Ou seja em Testamento
solemne, ou menos solemne, ou em doação, ou em
favor da filha, ou dos netos, Harpr. Disp. 74. a
n. 103.

§. 41.
Non tamen hæc institutio (ainda falla Stryk.
no §. 110.) à Parte facta pro revocatione et remis-
sione renuntiationis indistincte et universaliter ha-
benda est, nisi institutionem illam hac intentione
factam fuisse ex evidentissimis conjecturis appa-
reat; quando quidem mutatio voluntatis regulariter
non præsumitur. Quid enim si testamentum ante
conditum, et postea demum renuntiatio filiae facta
sit? Hic certe si Pater eo testamento decesserit,
nulla mutatio voluntatis exinde colligi poterit, sed
potius præsumendum est, Patrem ideo renuntiatio-
nem recepisse, ne filia contra voluntatem ejus in
testamento significatam succederet; (o contrario
defende e segue Torr. L. 2. C. 14. a n. 50., e Har-
pr. Disp. 74. a n. 116.) Se o Pai deixou algum le-
gado á filha renunciante, não se infere que abrogas-
se a renuncia da filha. Wesel. supra n. 131. 132.
Stryk. supra §. 112. no fim.

§. 42.

„ Quid porro (ainda falla Stryk. §. 111.) si fi-
lia expresse Successioni etiam testamentariæ renun-
tiaverit? Hic certe sola institutio filiae remissionem
nequaquam inducet, cum alias verba Paciscentium,
qui Successionem tam ab intestato, quam testamen-
tariam manifesto respexerunt, plane superflua, et
sine virtute operandi forent: Neque attendi hic po-

,, terit distinctio Kellenb. Q. 31. n. 59. ante vel post
 ,, renuntiationem conditum fuerit testamentum, quæ
 ,, ad casum præcedentem tantum pertinet; ast hic si-
 ,, ne expressa revocatione nulla voluntatis mutatio ex
 ,, testamento colligitur. Ex his etiam sequitur, insti-
 ,, tutionem ultra partem expressam regulariter non
 ,, extendi, nec remissionem generalem operari: Unde
 ,, et filia in dote instituta saltem ad Supplementum
 ,, legitimæ agere, non integram portionem ab intes-
 ,, tato vindicare potest. Confir-se Wesel. citado
 nos §§. 38. e 41. §. 43.
 ,, Quæ de institutione §. 109. (aqui §. 40.)
 ,, diximus (ainda continúa Stryk. §. 112.) ea et si-
 ,, militer in substitutione obtinent; nam et remissa
 ,, tunc intelligitur renuntiatio, si pater filiam filii
 ,, substituerit, Fabr.... ita ut hoc casu non tantum
 ,, ad paternam, sed etiam ad fraternam Successio-
 ,, nem, cui, patre stipulante, etiam renuntiaverat,
 ,, vi hujus fideicommissi admittatur; nisi frater renun-
 ,, tiationem illam, et ipse postea acceptaverit, sicque
 ,, res non sit amplius integra; Faber, etc. Confir-se
 com outros DD. Wesel. supra a n. 123.

*Outros efeitos favoraveis ao filho renunciante, con-
 sequentes da revogação do Pai; ainda em pre-
 juizo de 3.º*

§. 44.
 ,, Ampliatur autem Sententia de remissione Patris
 ,, §. 106. (aqui §. 37.) proposita, 1.º, ut locum
 ,, habeat non tantum in renuntiatione formali, et so-
 ,, lemni quæ verbis de præsentis fit, sed etiam in mi-
 ,, nus solemni, quæ verbis de futuro facta est *; quia

„ hoc pactum non potest plus operari quam solemnis
 „ renuntiatio; unde remissione patris interveniente fi-
 „ lia ad implementum ejus non tenetur. „ Stryk. d.
 Diss. 8. Cap. 10. §. 113.

A renuncia de futuro, de que aqui fal-
 -ou da Stryk. he a de que havia tratado no mesmo
 -asil Cap. §. 12. *“cum tantum* promissio de renun-
 -tio „ tiando intercedit, quæ quidem promissio „ si
 „ jurata fuerit, pro ipsa renuntiatione habetur,
 „ ac exclusionem á Successione operatur. „ Con-
 : stituta se Wesel. de Connub. bon. Societ. Tr. 2. C.
 6. n. 25. contra outros DD.: Porém em contra-
 rio que a promessa de renunciar não he renun-
 -cia, ainda que jurada „ disputa Torr. de Pact.
 L. 2. C. 37. a n. 26.

§. 45.
 „ Ampliatur (z.) sive renuntiatio generaliter,
 „ sive in specie in favorem certarum personarum fa-
 „ cta sit; nam et his invito, ac dissentientibus pater
 „ renuntiationem revocare et filia remittere potest.
 „ Nam favor illarum personarum secundario tantum,
 „ et in consequentiam intenditur, nec jus ipsis hoc
 „ pacto quæsitum fuit, sed patri tantum renuntiatio-
 „ nem recipienti, quod ad eos non pertinet. quam-
 „ diu ille superstes est, sed demum, si Successio,
 „ patre in ea voluntate decedente, ipsis deferatur: un-
 „ de si is illud remiserit, nemini injuriam facit, et
 „ deficiente ita conditione, jus ipsum deficit. Ita
 Stryk. supra §. 114. optime et ex professo Torr.
 de Pact. futur. Success. Liv. 2. Cap. 4. a n. 50 Har-
 preter. Disp. 74. a n. 162. et a n. 172. cum seq.,
 et a n. 213. et a n. 256. et a n. 264. 267. 274.:
 O mesmo quando a filha renunciar os bens da Mãe
 sem differença, Harpreter. a n. 221.

§. 46. „Ampliatur (3.^o) ob eandem rationem, sive renuntiatio patri ipsi, sive, eo consentiente, fratribus facta fuerit. . . . Hæc tamen procedunt re adhuc integra. Nam si v. g. Pater vivus bona fratribus cesserit, atque dominos eorum ipsos effecerit; tunc propter jus ipsis hoc modo quæsitum, ac deficiens patris dominium revocationi ejus in fraudem, et detrimentum illorum invitis ipsis non amplius erit locus; aut renuntiatio facta sit de fraterna hæreditate, Stryk. supra §. 115., Conf. Harprectr. d. Disp. 74. a n. 454. Sed vide Torr. supra: Os Irmãos porém lhe podem remittir a renuncia em favor delles, Harprectr. a n. 234. et a n. 249.

§. 47. „Ampliatur (4.^o) sive filia generaliter, sive in specie tam Successioni ab intestato, quam ex testamento renuntiaverit. hanc enim non aliter accipiunt, aut admittunt DD., quam si intelligatur de Successione contra voluntatem Patris; non vero secundum ejus voluntatem: Unde et hoc sensu Successioni ex testamento renuntiari valide posse negant; patremque nihilominus posse juramentum filiae per institutionem remittetre statuunt. . . . Sed cum Sententia hæc a me rejecta fuerit *, nec hic eam meam fecerim. Nec patris remissio hic filiam jurare posse videtur; cum vis renuntiationis, neutriquam hoc casu à patris voluntate pendeat; aut ejus favorem unice respiciat, sed potius in vim simplicis repudiationis, et abdicationis valeat. „ Ita Stryk. §. 116.

* O mesmo Stryk. n. §. 61. havia firmado „Nec minus vim suam exserit renuntiatio, si pater testatus decesserit, et renuntiationem in testamento non revocaverit. Quando quidem

renuntiatio et ab intestato, et contra testamen-
 tum fieri dicitur; et pater in utrumque casum
 renuntiatione filiae sibi prospexisse videtur, un-
 de et filia praeteriri potest. Hoc minus dubii
 habet, si filia Successioni tam ex testamento
 quam contra testamentum, adeoque simplici-
 ter omni omnino Successioni renuntiaverit,
 etc. O contrario, ainda que a filha renunciasse
 com juramento a Successão por testamento, que
 o Pai a possa instituir; o defende com muitos
 DD: e melhores fundamentos, Torr. de Pact. L.
 C. 14. a n. 55.: ainda mesmo que a renun-
 cia fosse em contemplação dos irmãos, consen-
 tida pelo Pai, póde instituir a filha, salvas as
 legítimas dos irmãos, Torre supra a n. 70.:
 Com esta opinião concorda Harprectr. Disp. 74.
 a n. 122. com muitos DD.

*Quando cessa a renuncia e ha regresso á legitima
 por outras causas independentes da revogação
 do Pai.*

PRIMEIRO-CASO.

*Se não intervem Dote, a que a renuncia seja corres-
 pectiva: Variedade de opiniões.*

§. 48.

Eis-aqui o discurso de Abrahão Wesel. de Con-
 nubial. bon. Societat. Cap. 6. de Successionum renun-
 tiatione a n. 27., que por ser Livro muito raro, (e
 em tudo raro) transcrevo para os que delle carecem:
 Medium renuntiandi est Dotis datio, vel pro-
 missio; nulla enim dote constituta renuntiatio irrita

„ est, Gail. . . . Molin. . . . Gregor. Tholosan. . . . Ro-
 „ bert. . . . Chenu. . . . Christin. . . . D'epesses. . . .
 „ Stokmans. . . . Nec exigimus præcise a patre filiam
 „ dotatam esse; sufficit vel avum dotem potrexisse:
 „ Si enim avus contemplatione patris dotaverit, perin-
 „ de est ac si pater dotasset. Favorabilis nempe hu-
 „ jusmodi mos exclusorius est, qui in marium libero-
 „ rum utilitatem, familiæque operæ eos Odignitatem
 „ tuendam, ac longius propagandam vergit. Ita
 „ Bald. . . . Argentr. . . . Choppin. . . . Quod et mul-
 „ torum constitutionibus cautum est, ut apud Burbo-
 „ nios. . . . Pictones. . . . Illi sane audiendi non sunt,
 „ qui etiam nullo dato, vel promisso, renunciationem
 „ sustinent, quasi non ob accepta, sed propter ma-
 „ ritationem, Sacramenti que venerationem, quod
 „ sancte servandum est, excludatur filia. Inter quos
 „ sunt Covarruv. in d. Cap. Quamvis pactum §. 2.
 „ n. 7. , Gutterr. ibidem verb. = *Dote contenta* =
 „ n. 1. , Daub. ibidem n. 81. , Vasques d. §. 18. n.
 „ 131. , Gomez ad L. Faur. 22. n. 7. *Contra-*
 „ *rium* = Argentr. d. Art. 224. gloss. 4. n. 2. Kel-
 „ lenb. d. Tr. Q. 42. n. 27. Mev. d. T. 1. n. 66. ,
 „ Zoez. ad Pandect. Tit. de Pact. n. 38.

„ Et enim Bonifacius vim istam exclusoriam non
 „ constituit in solo jurejurando, verum in dote data,
 „ quam filia, consentiente sponso accipit, futuræ hæ-
 „ reditatis vice, facta promissione, se ista Dote con-
 „ tentam fore, in cuius sigillum adjicitur Sacramen-
 „ ti vinculum. Itaque hunc rei non recte adaptaveris
 „ ca, quæ de vi jurisjurandi tradit Grotius, quod si
 „ quis volens jurare obligare se noluerit, non eo mi-
 „ nus obligatur, quia obligatio à juramento insepa-
 „ rabilis, et effectus ejus necessarius. Ea enim Sen-
 „ tentia tum vera est, ubi adest fundamentum, obli-

,, gandi; non ubi conditio tacite quaedam subest,
 ,, vel quam ipsa negotii natura aperte indicat.
 ,, Fieri namque non potest, ut contractus alio-
 ,, quin nullus confirmetur jurejurando, nisi juxta eas
 ,, conditiones, et formas, quas lex ipsa præscribit,
 ,, quæ prima induxit, ut jurisjurandi ea sit vis, et
 ,, potestas, ut filia renuntiatrice acceptæ doti acquies-
 ,, cere debeat. Alias enim pactum illum non solum
 ,, foret contra leges, sed etiam sine causa: evidens
 ,, autem est adversus agentem ex tali pacto dan-
 ,, dam esse doli exceptionem, quæ jure competit,
 ,, quoties agitur ex stipulatione sine causa interposita
 ,, L. 2. §. 3. ff. de Dol. mal. except.
 ,, Quid, quod vel ipsa Bonifacii constitutio re-
 ,, jiciat jusjurandum vi vel dolo extortum? Quia ra-
 ,, tione videas et illos interpretes, qui aliquid momen-
 ,, ti in religionis vinculo constituerunt, præsumpsisse
 ,, dolo jusjurandum esse extortum, si enormissima læ-
 ,, sio intervenerit. Quæ autem gravior læsio animo
 ,, concipi potest, quam ubi nihil prorsus pater filiæ
 ,, dederit? Quanto minus proderit jurisjurandi consi-
 ,, deratio in iis locis, ubi vel omisso ejusdem vincu-
 ,, lo valida est, super futura parentum Successione,
 ,, filiæ renuntiatio (Not. ad §. 31.) accepta, vel
 ,, promissa dote facta. Quod nam ergo inibi firma-
 ,, mentum renuntiationis supponi potest abjecta ab
 ,, ista stipulatione jurisjurandi auctoritate? Prorsus
 ,, nullum. Nam quod Argentæus regerit, exclusio-
 ,, nis causam in solo matrimonio esse, nec alio fini
 ,, dotem esse repertam, quam ob matrimonium, in
 ,, eo vehementer fallitur. Non enim dos tantum da-
 ,, tur ad nuptias conciliandas, sed etiam, ut mulier
 ,, melius á marito habeatur, commodiusque matrimo-
 ,, nii onera sustineri possint.

„ Igitur redeundum erit ad nostrum principium
 „ absque dote constitutæ, quæ hæreditariæ portionis
 „ loco cedit, renunciationem futuræ Successionis inu-
 „ tilem esse. Quæ cum ita sint, iniquaquam assenti-
 „ tiendum est iis, qui hoc casu renuncianti solam do-
 „ tis petitionem superesse docent, quasi ea separa-
 „ tam rationem à Successione habeat. Inter quos Mi-
 „ chalar. de Fratr. P. 3. Cap. 12. n. 87. Seraphin.
 „ de Juram. Confirmat. Privil. 21. n. 129. Castilh. L.
 „ 3. quotid. Conrov. Cap. 2. n. 69. Barry de Suc-
 „ cession. d. T. 25. n. 2. Mev. d. T. 1. n. 66. 68.
 „ Tulden. ad Tit. Cod. de Inut. stipul. n. 5. Cum
 „ contra inutilis plane renuntiatio filix illæsum reli-
 „ querit jus legitimarum hæreditatum, una cum cæ-
 „ teris liberis erciscundarum. Ita DD. pro nostra ne-
 „ gante Sententia supra adducti.

„ § 1049. *Em contrario*, on grande Stryk. de Success. ab
 „ intestat. Diss. 8. Cap. 10. §. 24., referendo as mes-
 „ mas opiniões oppositas, vem a seguir a que impugna
 „ e ataca Wesel., ut ibi =

„ Ad formam renunciationis accidentalem referri
 „ debet Dotatio filix renunciantis, Cap. Quamvis de
 „ Pact. in sexto ibi = *Dote contenta* = ubi DD. Si-
 „ quidem renuntiatio etiam plane nulla accepta dote
 „ fieri potest, factaque hoc modo subsistit. Quod
 „ quamvis negent DD. in Cap. *Quamvis*, quorum
 „ Catalogum ac rationes refert ibi Nat. a. n. 36.,
 „ Gail. L. 2. Observ. 147. n. 13., Petr. Gregor.
 „ Tholos. Syntagm. L. 41. Cap. 12. n. 6. 7., An-
 „ ton. Fab. de Error. Pragmat. Dec. 12. Err. 2. et
 „ Decad. 13. Err. 7. Bachov. ad Treutl. Vol. 1. D.
 „ 13. tit. 14.

„ Rectius tamen affirmant, post Imol. et Gemin.
 „ Covarr. in d. C. Quamvis P. 3. §. 2. n. 6., alii-

que quos recenset, et sequitur Jo. Dauth. ibid. n.
 81. Hartm. Pist. P. 4. Q. 6. a n. 21., Mev. ad
 Jus Lubec. P. 2. T. 1. n. 66. Giphani. Tract. de
 Renunt. Cap. 2. pag. 53. Fachin. L. 3. Contr. 24.
 Bræul. de renunt. Caus. 4. Cap. 6. n. 6. Kellemb.
 Q. 42. n. 13. et 27.
 Quorum Sententiam quoque nostram facimus.
 Ratio siquidem exclusionis non in dotis numeratio-
 ne, sed in juramento ponitur ad evitandum salutis
 æternæ dispendium, quæ etiam stringit filiam, quæ
 nullam dotem accepit Mev. . . . Nec filia hoc casu
 læsa multo minus quasi contra L. 2. ff. de Jur.
 Dot., dotem ita careret, ac conditionem nubendi
 amitteret, dici potest: nam conditionem jam inve-
 nit renuncians; nec quid si sponsus sola virgine sit
 contentus? Nec dos est de substantiali nuptiarum,
 nec datio ejus juris naturalis aut absolutæ necessita-
 tis, sed juris tantum positivi. Præterea dotis peti-
 tio, non obstante renunciatione filiæ, nihilominus
 salva, et integra manet, nisi donandi animo renun-
 tiaverit. . . . Gallerat. . . . qui tamen juri dotem
 petendi, nequidem juramento accedente, renuntiari
 posse statuit. Non obstat Cap. Quamvis ibi = do-
 tata = Aut enim dicendum, facti narrationem ver-
 bo isto, non juris dispositionem contineri, Kel-
 lenb. d. Q. 42. n. 43., aut ibi patri saltem imponi
 necessitatem dotem filiæ numerandi, non autem huic
 eam accipiendi, quæ beneficio huic pro se intro-
 ducto renunciare potest. A mesma opinião segue
 com muitos Cost. Aquil. August. L. 3. C. 13. a n.
 13. Peg. tom. 6. for. Cap. 130. n. 79.

Nota: Tal he a variedade de opiniões, e
 opiniões de cada huma: A selecção da melhor he
 muito arbitraria. Quanto a mim o fundamento
 bbbb

da segunda; scilicet, que sempre fica salvo o direito de pedir o dote he plausivel, porque renunciada com juramento pela filha a legitima, e futura Successão, não se entende renunciado o diverso direito de exigir dote, quando este expressamente se não renuncia, Cyriac. Contr. 295. Tondur. Civil. Cap. 57. a n. 25. Torr. de Pact. futur. Succes. Liv. 2. Cap. 21., nem se subentendem renunciados os precisos alimentos, e ainda da que expressamente se renunciem he nulla a renuncia, Torr. supra a n. 12. latissime Solan. Cog. 9. a n. 196.: Ora: obtendo a filha, que renunciou a futura legitima, hum competente dote, fica assás providenciada: Porque esse dote, que o Pai, apezar da renuncia fica obrigado a assignar-lhe, deve ser hum dote competente *secundum conditionem et facultatem patris, dignitatem sponsi, et numerum liberorum ipsius patris*, Bagn. Cap. 12. n. 5. Cald. For. L. 11. Q. 18. n. 6. Card. de Luc. de dot. in summ. a n. 169. Stryk. de Succes. ab intest. Diss. 7. Cap. 10. §. 125. Wesel. supra a n. 45.: Não he de necessidade que se proporcione á legitima, porque Licet dos in locum legitimæ succedere dicatur, id tamen comparate et respective saltem inq; fit; quippe, quod filia non per modum divisionis, sed provisionis solvitur, ut proprium habeat patrimonium; proprie autem dos legitima non est, nec filia propter dotem excluditur, sed propter renuntiationem., Stryk. supra §. 26.: Bem queq; tenetur pater congruenter filiam dotare, etiam ultra legitimam, si ipsa legitima sufficiens non sit ad dotem congruam et constituendam attenta qualitate personæ, Bagn. Cap. 12. n. 7. Barbos. in L. 1. P. 4. n. 11. ff.

solut. matr.: Se a filha renuncia a Successão paterna, materna, e fraterna; só dos bens do Pai, e não da mãe ou irmãos se lhe deve assignar esse dote, Stryk. §. 34. Providenciada assim a filha que renunciou, fica quasi inutil a discussão das duas opiniões §. 47. e 48. Só sim se a filha renunciou sem dote, e o Pai falleceo intestado, tem a filha regresso á legitima, Torr. de Pact. Liv. 2. C. 14. a n. 27. et 32.

SEGUNDO CASO.

Se o Dote, em correspondencia ao qual se fez a renuncia, ou se não paga em vida do Pai, ou se transferio o pagamento para depois da morte d'elle.

§. 49.

Eis-aqui duas causas, pelas quaes cessa a renuncia, e a filha tem regresso á sua legitima: Magistralmente assim o comprova Wesel. de Connubial. Bonor. Societ. P. 2. Tr. 2. Cap. 6. de Successionum renunciatione a n. 70. ibi =

„ Oportet quoque hanc dotem non solum cau-
 „ tam promissamque, sed etiam ante obitum pater-
 „ num vere adnumeratum esse, aliàs filia erit admit-
 „ tendá, perinde ac si nulla renuntiatio intervenerit:
 „ Ita Chassan. . . . Choppin. Delommeau . . . Giurb. . .
 „ Ruremundenses. . . . Adeo ut hæreditatis renuntia-
 „ tio, dote, in die paternæ mortis pactæ, viribus non
 „ subsistat. Reipublicæ enim interest mulieres dotari
 „ præsentí pecunia, solidumque consequi, quo ma-
 „ turius nubant ac liberis civitas repleatur; L. 1. ff.
 „ solut. matr. L. 18. ff. de Reb. auctor. Jud. poss.

„ Dos itidem filia alimentis destinatur, à quibus
 „ suducenda mora omnisque cunctatio: quanto minus
 „ ergo dos, cujus numeratio in diem paterni obitus
 „ rejicitur, efficax fuerit ad puellæ renuntiationem fir-
 „ mandam, stabiliendamque? quamdiu enim pendet
 „ dotis conditio dotata filia non dicitur. L. I. §. *sub*
 „ *conditione* ff. de Collat. dot. Itaque perinde est,
 „ nullam dotem pro dubia futuræ hæreditatis spe esse
 „ cautam, vel in tempus certæ, nuncque delatæ hæ-
 „ reditatis esse collatam, arg L. 41. §. 2. ff. de Le-
 „ gat. 1.: Qua ratione, nihil morante præfacto pa-
 „ cto de condicia æris summa, patre mortuo, pen-
 „ sitanda, filiam in sua Successionum jura revocarunt
 „ Conscripti Patres apud Choppin.... Charond....
 „ Peleum....

„ Hinc de ea facti specie quæsitum est. Filia in
 „ contractu matrimonii Successioni Patris, tum vivi,
 „ renunciavit. Pater paulo post, nuptiis nondum cele-
 „ bratis, neque dote soluta decessit, obstat ne illa
 „ renunciatio quominus ea filia ad hæreditatem pater-
 „ nam admitti debeat? Proponit dubitanter, sed non
 „ definit hanc quæstionem *Louetius*.... Negativæ
 „ Sententiæ hæc suffragatur ratio, quod post renun-
 „ ciationem non amplius res sit integra, conventio
 „ que sola efficere videatur, ut renunciatrici filia non
 „ sit dandus regressus: quam opinionem tuentur Nat-
 „ ta ad Cap. *Quamvis* n. 203, Molin. Sur les Const.
 „ d. Auvergne Chap. 12. §. 37. Choppin. ad Paris.
 „ d. T. 5. n. 12.; Barry de Succes. d. T. 25. n. 43.
 „ Plurimorum tamen calculis placuit, nihil fa-
 „ cere renuntiationem, quominus filia ad paterna bo-
 „ na admittatur. Tabulæ enim nuptiales ad tempus
 „ consummati matrimonii referri debent, ipso autem
 „ nuptiarum, et consummati matrimonii tempore de-
 „ lata jam erat, et acquisita patris Successio: defe-

rendas verò solummodo ; non quæsiras hæreditates
 continere posse renunciationem , traditum supra est.
 Pro hac Sententia stant Molinæus sibi contrarius
 sur les const. de Bourbon Chap. 25. art. 315. Ro-
 bert. Rer. judic. d. Cap. 4. Monarc. ad L. 3. ff.
 de Minor. et ad Tit. Cod. si advers. dot. Brodeau
 sur Louet. d. Arr. 118. Delommeau au d. art. 241.
 D'Espicques d. T. des Succes. n. 48. ; quod et
 apud Avernos constitutum est.

Verum non displicet aliorum distinctio , ut si
 matrimonium secutum sit , renunciatio firma ma-
 neat , cum pater satisfecerit officio suo , quæsitæ fi-
 liæ matrimonii conditione , et constituta dotè , li-
 cet ejus solutionem præverterit præmatura , et re-
 pentina patris mors. Si vero sponsus nuptiis nun-
 cium miserit , vel si aliquo casu per jus accidat ,
 ne nubat filia , redeat ea ad legitimarum hæredita-
 tum jura perinde ac si nulla renunciatio interven-
 rit. Argent. ad Cons. Brittan. Automn. ad
 Burdeg. etc.

TERCEIRO CASO ; E COMPREHENSIVO DE MUITOS.

*Quando ha regresso ás Legitimas por falta de im-
 complemento das condições , dos modos causas ou
 finaes , promessas com que se obteve a re-
 nuncia , etc.*

§. 150. Regra geral = Tollitur renuntiatio ob defectum
 conditionis suspensivæ utilis , quæ pactum dissol-
 vit , et non purificata conditione , sub qua facta est
 renunciatio evanescit , Stryk. de Succes. ab intest.
 Diss. 8. C. 10. §. 130. Torr. de Pact. futur. Succes.

Liv. 2, Cap. 32. a n. 40.; Por exemplo “Si diser-
 ,, tis verbis exclusoria filiae stipulatio concepta sit hac
 ,, condicione, ut ni ad præstitutum diem solvatur pe-
 ,, cunia dotalis, renuntiatio futuræ Successionis irrita
 ,, sit, resque redacta ad eum statum in quo foret,
 ,, citra renunciationem; eo casu certe non soluta ad
 ,, diem dote, illæsa manebunt filiae legitimarum Suc-
 ,, cessionum jura; nec enim ista tam conditio est,
 ,, quam conventio.,” Wesel. de Connubial. bon. So-
 ciet. Tr. 2. Cap. 6. de Successionum renunciatione
 n. 75.

§. 51. Não assim, se sem expressa condição de ficar
 sem effeito a renúncia se o dote se não pagasse até
 certo dia; se espæça o pagamento delle até certo dia;
 passado o tempo confidenciado, sem aquella condição
 expressa, só ha acção para pedir a satisfação do do-
 te, ainda que no pagamento haja mora que o Pai pô-
 de purgar; e não ha acção para cessar a renúncia, e
 ter regresso aos bens renunciados, Wesel. supra a n.
 86.: Bem como “Si dos renuntianti promissa stato
 ,, tempore non solvatur, filia ad rescindendam renun-
 ,, ciationem agere non potest, sed ad id quod inte-
 ,, rest. Nam hæc dotis promissio conditionem non
 ,, infert, sed saltem modum: Et renuntiatio facta pro
 ,, certo pretio, non sub conditione, sed sub modo fa-
 ,, cta intelligitur,” Stryk. supra §. 153.

§. 52.

Da mesma fórma “Ob implementum non secu-
 ,, tum, non ad rescissionem contractus, sed potius ad
 ,, implendum illum, aut, salvo manente contractu sal-
 ,, tem ad id quod interest agitur..... Hanc Senten-
 ,, tiam vulgo limitant, si conventio contineat causam
 ,, finalem, et præcipuam, sine qua alter non fuerat
 ,, contracturus, qua non secuta ad rescissionem agi

„posse asserunt Sed rectius hanc limitationem
 „rejjcit Brunneman post Cujac, Jetc. Ita Stryk.
 supra §. 152.

§. 53.

„Semelhantemente “Si Legatum, aut hæredi-
 „tas renuncianti promissa, illi non fuerit relicta: Et
 „si enim renunciationem juratam filiæ hoc casu non
 „obesse, nec eam obligare velint nonnulli, verior
 „tamen hoc casu contraria Sententia Nam talis
 „causa, sive conditio inutilis est, et pro non adjecta
 „habetur, pacto de cætero nihilominus valente. Brun-
 „neman Idem est, si sola spe hæreditatis Colla-
 „teralis alicujus, aut Legati renunciatio facta, et
 „spes illa non secuta fuerit. Cæterum si saltem Le-
 „gatum, aut fideicommissum promissum fuerit, nec
 „in testamento tamen relictum, tunc deceptum pos-
 „se agere adversus hæredes testatoris ad id præstan-
 „dum, Statuit Bargal. de Dol. etc.: Ita Stryk. su-
 „pra §. 150.

§. 54.

„Quanto ad modo, com que se faz a renuncia.
 O mesmo Stryk. §. 130. diz = Diversum vero est
 „in defectu modi, quod tanquam accidens aliquod,
 „contractum, aut conventionem sub illo imitam non
 „resolvit, aut tollit, nec alteri parti facultatem re-
 „tractandi dat, nisi quando modus ad formam ipsius
 „conventionis, aut ad causam finalem, et sic ad sub-
 „stantiam ejus pertinet, quamvis in ultimis volun-
 „tatibus secus. Nam conventio sub modo imita pura
 „est, et perfecta, ac statim obligat, nec modus ob-
 „ligationem suspendit, aut conditionem facit.,,

Nota: Qual seja a disposição *condicional*;
 qual a *modal* em que differem a *condição* e o
modo; qual o modo *impulsivo*, qual o *final*,

QUARTO CASO.

Regresso aos bens renunciados, por fallecerem primeiro as Pessoas, em cuja primaria contemplação se fez a renuncia.

§. 55.

He regra geral estabelecida com muitos DD. por Peg. 6.^o For. Cap. 130. a n. 33. que "*Quando renuntiatio est personalis, si personæ contemplatæ deficiunt, patre superstite, qui postmodum intestatus decedat, renuncians ei succedit, quasi cesset tunc causa, per quam se ipsum proprio excluderat pacto. Renuntiatio enim non trahitur ad jus de novo superveniens: Et deficientibus personis contemplatis, revertuntur bona ad renunciantem, quasi ex nova Successione*", Conf. Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10. sub §. 118.

§. 56.

„ Ponamus filiam in gratiam omnium liberorum renuntiasse; fato functis omnibus ante patrem, restituitur ex suis Legibus adeundæ parentum hæreditatis, Covarruv.... Marant.... Argentr.... Gomez.... Seraphin.... Bordeau.... D'Espeisses.... Mev.... Ruremundens.... Non enim verosimile est, patrem, qui filiam adegit ad renunciandum, ei tam male affectum fuisse, ut eandem vel aliis cognatis postpositam voluerit, Covarruv..... Vasq.... Gomez.... Charond.... Faber.... Cancer.... D'Espeisses.... Si verò pater istius renuntiationis commodum pro se, suisque Successoribus quibuscumque stipulatus fuerit, jam nullus præsumptioni locus relinquitur; nec proinde dubitationi,

„ quin non solum pro filiabus, sicut et masculis, sed
 „ etiam pro extraneis hæredibus stipulatus videatur,
 „ cum hæredum appellatone etiam extranei conti-
 „ neantur L. II. Cod. de hæred. instit. Chassan....
 „ Faber.... Automne.... Kellenb.... D'Espeisses,
 etc.: Ita Wesel. de Connub. Bonor. Societ. Tr. 2.
 Cap. 6. de Successionum renuntiatione n. 101. 102.
 103. Stryk. sub §. 92. Conf. Peg. tom. 6. Forens.
 Cap. 130. n. 38.: Quando porém a renuncia he só
 em favor ao primogenito da casa, morto este em vi-
 da do Pai, he a filha admittida á herança do Pai com
 os mais irmãos, ou se o primogenito fôr desherdado,
 Wesel. d. Cap. 6. n. 88. et 89. (conferindo porém o
 dote Wesel. n. 90.) ou se o primogenito não foi her-
 deiro do Pai, Wesel. n. 98.

§. 57.

„ Si vero pater præmoriatur filia renuncianti,
 „ ac cæteris, nemo dubitat, quin per fratres excluda-
 „ tur, adeo ut perpetuo exclusiva remaneat; etiam
 „ quando patre defuncto subsequatur mors aliorum,
 „ quasi mortuo parente, relictis aliis filiis, omnis spes
 „ ejus, quam renuntiavit, extinguitur. Ita Peg. tom.
 6. For. Cap. 130. n. 37. Wesel. supra n. 90.

Nota: Supposto que Peg. Tom. 6. Forens.
 Cap. 130. n. 36. diz com Cutel. de Donat. que
 se a renuncia fôr feita em correspectividade de
 dote recebido, ainda que morrão as pessoas con-
 templadas, não cessa a tal renuncia; com tudo
 o contrario e mais solidamente diz Stryk. d. Dis-
 8. C. 10. §. 124. limitando-se só "*nisi renun-
 ciatio simpliciter, et verbis perpetuam exclu-
 sionem manifeste inferentibus facta fuerit* (ve-
 ja-se a Not. ao §. 58.: "Et quantumcumque
 concurrant clausulæ renuntiationis realitatem præ-

se ferentes, si tamen expresse vel tacite insertæ legantur vel certæ personæ, vel certæ causæ renuntiationis, sed ad certum tempus duraturæ; tunc realitas non est perpetua quoadusque personæ vel causæ duraverint, Harprectr. Disp. 73. a n. 136. Rocc. Select. Cap. 5.

§. 58.

Se a renuncia da filha he feita em contemplação do filho mais velho, ou dos filhos machos, morrendo estes em vida do Pai, tem a filha regresso ás legítimas renunciadas; menos que delles não fiquem filhos; e a menos que a renuncia não seja, pela energia das suas palavras, prejudicial á renunciante e seus filhos, é totalmente extinctiva de todo o futuro direito e regresso, Stryk de Success. ab intestat. Diss. 8. Cap. 10. a §. 118. Wesel. supra a n. 81: Sendo feita a favor dos irmãos varões, morto hum delles sem filhos; accresce a porção da renunciante aos vivos, e não entra no lugar do morto, Stryk. supra §. 94. et §. 120. Wesel. supra n. 85.: E está *in pendent* o regresso da filha até que morrão todos os varões; e extinctos todos tem então regresso ás legítimas renunciadas, como com Fabr., Covarruv., Michalor. de Fratr. Andreol., Fontanell., Tulden., e outros o citado Wesel. n. 86. e 87., Stryk. supra §. 95., e entretanto a filha renunciante transmite a seus herdeiros esta esperança do regresso, no caso da morte dos contemplados, Stryk. d. §. 95.

Nota 1.ª O primogenito que sobrevive ao Pai, em favor do qual se faz a renuncia, se for herdeiro do Pai, e na partilha ficar com a legítima da irmã renunciante, deve nella conferir o dote, que a mesma recebeu, quando em favor d'elle fez a renuncia, como com Coquill.

Choppin.... Charoud.... Mainard., etc., o citado Wesel. n. 107.: Assim como a mesma filha, quando por falta do unico contemplado morto em vida do Pai, vem á partilha, Wesel. supra n. 90., o que ainda mais convence de erro a opinião de Peg. referida na Not. ao §. 57.

Nota 2.ª Se o primogenito, em cuja estric-ta contemplação a irmã renunciou a sua legitima, morre sem filhos depois do Pai, e depois de adquirir a legitima renunciada em seu favor pela irmã, não póde legalla a terceiro em Testamento, Wesel. n. 93., nem doalla entre vivos sem necessaria causa de meritos do Donatario, Wesel. n. 94.: Se a vendeo, e com o preço comprou outros bens, ficão estes subrogados, Wesel. n. 96.: Se vendeo com lesão, tem a irmã renunciante acção de lesão, Wesel. n. 95., et ad omnia Stryk. d. §. 95.

§. 59.

Se a renuncia feita em favor de qualquer dos irmãos aproveita aos mais não contemplados nella? Torr. de Pact. futur. Succes. Liv. 2. Cap. 11. propõe esta Questão; refere razões e DD. por huma e outra parte, e no n. 22. distingue, que se a irmã abdicou de si a herança, e logo a renunciou em favor de hum irmão, morto este, não se amplia a favor dos mais: Se a renuncia foi *abdicativa* simples *ad nullius favorem interposita*; *ut extinctiva*, ainda que está em favor de hum irmão; nestes casos se communica aos mais: Mas não aos de outro matrimonio, Torr. supra Cap. 12. tot.: Nem aos naturaes, ainda legitimados por rescripto, filhos dos irmãos, Stryk. d. Diss. 8. C. 10. a §. 89.

Nota: Quando a renuncia se diga *abdicati-*

va, translativa, ou extinctiva, Veja-se Peg. Tom. 6. for. Cap. 130. a n. 21., aonde transcreve o Card. de Luc. de renunciat. Disc. 1.

§. 60.

Na mesma Questão (§. 59.): o mesmo Stryk. §. 88. se expende assim: “*Quid vero, si renunciatio non ipsi patri, sed uni fratrum de hæreditate patris, eo consentiente facta? Et hæc reliquis etiam proderit, nisi specialiter in gratiam hujus solius facta sit. . . . nam pars renunciata non accrescit personæ, sed portioni, id est toti hæreditati, et per juramentum omnibus jus quæritur, etiam absentibus. Talis tamen renunciatio ultra fratres, et eorum descendentes ad collaterales non extenditur.*”
 No §. 92: “*De his collateralibus sciendum, renunciationem ipsis tunc prodesse ad excludendam filiam, si illa in renuntiatione sua id vel specialiter expressit, vel conjectura probabilis adsit, puta si simpliciter renunciavit, vel in favorem familiæ, fratribus non extantibus, et pater pro se, ac hæredibus suis renuntiationem recipit.*”

Nota: Na variedade destas opiniões (§. 59. et 60.) eu não seguiria a de Torre; porque essas palavras technicas *abdicativa, translativa, extinctiva*, com que o Card. de Luca, Torre, e Pegas fazem varias distincções, são palavras, que não entendem nem seus effeitos as Partes, os Notarios, e nem ainda muitos Juristas. Eu seguiria huma simplicidade natural. Se a renuncia fosse feita *specialiter in gratiam unius solius fratris*, por alguma particular predilecção da irmã renunciante, por serviços e obsequios de que ella natural e antidora'mente lhe fosse credora, etc.; eu restringiria só a esse irmão a re-

nuncia, e morto elle sem filhos, concederia o regresso á renunciante, ou seus herdeiros, excluidos os mais irmãos; a menos que a renuncia não fosse concebida em palavras sem equivoco algum; aptas a excluir-se em todo o caso que acontecesse: Eu sigo a regra do Stricto e inampliavel de taes renunciás.

QUINTO CASO.

Quando na renuncia interveio dolo.

§. 61.

„ Tollitur renunciatio, etiam juramento roborata, si dolo malo ex proposito quoad substantialia promissionis fuerit elicita, adeoque dolus causam renunciationi dederit. . . . Dolus siquidem verum consensum impedit, ut proinde ob defectum illius, nec in ordinem ad deum, nec ad hominem obligatio ex tali juramento oriatur, sed potius ipso jure nulla sit promissio. De errore renunciantis circa substantiam vel causam promissionis, idem, quod de dolo dictum, obtinet; nec ob defectum consensus juramentum tale filiam stringit. „ Ita Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10 §. 128.: Tal dolo porém, tal erro não se presumem, sem que se provem; Stryk. supra §. 129.: E quando por principios geraes se presume o dolo veja-se Altim. de Nullit. tom. 3. Q. 11.: Veja-se largamente Jul. Capon. de Pact. Q. 59.

Nota: Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 2. Cap. 28. segue o mesmo; mas adverte com Kellenb. e outros DD., que no Pai não he facil

presumir-se dolo; aliter nos irmãos e consanguíneos. No n. 9. com Pist.; Jul. Capon. de Pact., de Gallerat. diz, que neste caso não he necessaria a absolvição do juramento, e que só por cautella se deve impetrar. Adverte porém Stryk. §. 129. no fim que “Etsi initio dolo, aut errore renunciatio facta sit, si postea à renunciante denuo ratificetur, ac si vitium remissione decepti, seu ejus, cujus interest, purgetur.” Mas para se dar huma ratificação, que revalide o acto nullo, he preciso se verifiquem as circumstancias, de quib. Peg. 1. For. Cap. 5. pag. 439. Moraes de Execut. L. 5. Cap. 5. a n. 34. Conciol. Forens. Alleg. 60. a n. 22.

SEXTO CASO.

Quando para a renuncia interveio violencia e medo, persuasões, etc.

§. 62.

He principio certo, que a renuncia he nulla quando extorquida por incussão de medo; quando por assiduas, e sollicitas persuasões; quando por blandicias fraudulentas e dolosas, Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10. §. 125. 126. 127. Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 2. Cap. 27. Não basta porém o medo reverencial, sem intervirem ameaços e pancadas, ou lesão, e que se provem, porque aliás se não presumem, Wesel. de Connub. honor. Societ. Tr. 2. Cap. 6. n. 26. Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 2. Cap. 27.: Se aqui he necessaria absolvição do juramento, he opinativo, como se vê em Torr. n. 55. e seguintes; mas segue, que provado o medo não he

necessaria a absolvição do juramento *ad effectum agendi in judicio*: E sem dũvida quando a filha he accionada, não precisa de relaxação do juramento para oppôr a excepção do pacto invalido por causa da violencia e do medo, Stryk. d. §. 125. in fine; ad omnia Alv. a Cost. in Aquil. August. Liv. 3. Cap. 6. tot. omnino videndus, Capon. de Pact. Q. 58.

Geralmente como se prova o medo justo para rescindir ou annullar os contractos, Vejaõ-se os DD., com os quaes Altim. de Nullit. tom. 3. Q. 14. ubi non plus ultra Signanter. Capon. supra. Porém raro será o caso em que entre a disputa da nullidade da renuncia por causa de medo; porque commummente taes renunciães se fazem em Capitulos matrimoniaes, precedendo tractados em presença dos esposos, Pais, e amigos. Joan. Alv. a Cost. Aquil. August. L. 3. Cap. 6. a n. 10. Só sim, se hum Pai emmarciar o filho ou filha para delle obter huma tal renuncia na fórma que fica advertido na Nota ao §. 33. poderá entrar esta Questão.

SEPTIMO CASO.

Se he nulla a renuncia jurada, se ha regresso as legitimas renunciadas, só porque a filha renunciante não foi cerciorada das faculdades do Pai, respectiva congruência do dote, e dos futuros effeitos da mesma renuncia.

§. 63.

Esta Questão he gravissima, e tem urgentissimas razões por huma e outra parte, maxime quando o renunciante he mulher e menor: o grande Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. C. 10. §. 36. defende a validade sem essa cercioração: Seu benemerito filho João Samuel Stryk. no Vol. 12. Disp. 15. *De Certificatione Jurium renuntiandorum* Cap. 3. a n. 60. defende a nullidade. Torr. de Pact. futur. Success. L. 2. Cap. 30., propondo ex professo a mesma questão, refere em grandes números os DD. que seguem as duas opiniões oppositas, e as respectivas razões dellas: Por fim vem a seguir a primeira opinião, que sustenta a validade da renuncia dos bens futuros; e só requer cercioração, quando a filha renuncia alguma herança já deferida, e cuja importancia ella poderia ignorar.

OUTAVO CASO.

Se he nulla a renuncia, e ha regresso á herança renunciada, se não interveio insinuação.

§. 64.

Que a renuncia da futura Successão paterna vale sem insinuação, assentão os DD., com os quaes Stryk. de Success. ab intestat. Diss. 8. Cap. 10. §. 38., e Torr. de Pact. futur. Succession. Liv. 2. Cap. 31. tot.: A razão que dá Stryk. he esta “quia re-
 „nuntiatio non est proprie donatio; nec hæreditas
 „nondum quæsita in bonis nostris computatur; et
 „licet vera donatio esset, quod tamen negatur, in-
 „sinuari tamen minime deberet per tradita D. Brun-
 „neman. ad L. 23. ff. de Donat. n. 6., nisi lege
 „municipali aliter caveatur.” A razão que dá Tor.
 supra n. 36., he esta “quia ibi agitur de jure quæ-
 „rendo nondum delato, et incerto, quod potest ob-
 „venire, et non obvenire renuntianti: Pendet enim
 „à futuro eventu, quod filia supervivat personæ,
 „de cujus bonis agitur, ac ex voluntate tertii, cujus
 „bona sperantur: Propterea, cum hujusmodi spes
 „vana dicatur, nec sit in bonis nostris, renuntiatio,
 „tanquam quidem inceitum, insinuationem non requi-
 „rit.” Hum e outro citão por esta resolução mui-
 tos e graves DD.

Quid vero na renuncia, ou cessão da herança já deferida? Veja-se com distincção de casos a minha especial Dissertação sobre as insinuações.

NONO CASO.

Se he nulla a renuncia jurada feita por menor de 25 annos sem intervenção de Curador, e Decreto judicial: E em consequencia se tem ou não regresso á herança renunciada.

§. 65.

Que a filia pubere póde renunciar a futura Successão do Pai com juramento, aindaque seja menor de 25 annos, sem necessidade de intervenção de Curador, e Decreto judicial, o demonstrou largamente Stryk. de Succession. ab intest. Diss. 3. Cap. 10. §. 44. 45. 47.: Nem aqui ha o beneficio da restituição, Cost. Aquil. August. Liv. 3. Cap. 5. tot. Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 2. Cap. 32. a. n. 10. Jul. Capon. de Pact. Q. 57. Conf. Guerreir. tr. 3. L. 5. Cap. 11. n. 237. Wesel. de Connub. bon. Societ. Tr. 2. Cap. 6. n. 63.

Nota: Bem como a menor se não restitue contra o pacto dotal, quando renunciou a communhão universal em vista de algum dote, ou arrhas constituídas pelo marido, Peg. tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 19. n. 12.

DECIMO CASO.

*Se se revoga pelo nascimento dos filhos da renun-
ciante; e se em consequencia ha regresso.*

§. 66.

Resolutivamente respondo que não: Stryk. de
Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10. § 146., aonde
expõe bellissimas razões, Cost. Aquil. August. Liv.
3. Cap. 7. Peg. Tom. 6. forens. Cap. 130. n. 75.
Porém Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 2. Cap.
29. distingue assim no n. 9. "*Aut agimus de puella*
renuntiante ob dotem sibi traditam, vel promissam,
ut plerumque fieri solet, ut eo casu est ve-
rior opinio contraria, scilicet, quod per nativita-
tem posthumi non rescindatur renuntiatio, et per
consequens non habeat locum dispositio d. L. si
unquam, etc. Confira-se Jul. Capon. de Pact. Q.
56.

§. 67.

Si verò (continua Torr. a. n. 28.) de renun-
tiatione agitur, quæ non sit inita a puella ob do-
tem datam; sed vel à masculino, vel à femina, nul-
la habita consideratione ad nuptias contrahendas,
est distinguendum: An renuntiatio gratis facta
sit nullo recepto in excambium; vel sit inita ali-
quo recepto. Hoc secundo casu absque dubitatione
tenendum est renuntiationem subsistere, etiam si
liberi nascantur renuntianti.

Primo vero casu, ubi agitur de renuntiatione
gratis interposita, et non causa matrimonii
contrahendi, quæstio habet undique suas difficul-
*tates. **

* Apezar das difficuldades que expõe, e a que responde, vem a assentar com muitos DD. no n. 39. "*per supervenientiam liberorum revocari renuntiationes futuræ Successionis; dummodo in actu renuntiationis non sit cogitatum de filiis; nec sermo de renuntiatione facta ob causam. Hæc opinio mihi videtur verior,* etc.

UNDECIMO CASO.

Se pela lesão enormissima, e com ella pelo beneficio da restituição, se pôde annullar a renuncia, e haver depois regresso ás heranças renunciadas?

§. 68.

Esta Questão he das mais espinhosas, que ha na materia sujeita. O grande Strykio, que se propoz tratalla ex professo na Obra de Success. ab intestat. Diss. 8. Cap. 10. desde o §. 137., depois de sujeitar com huma opinião esta renuncia á lesão enormissima; sustenta a contraria opinião, que aqui exclue toda a lesão desde o §. 135., e sustenta a sua mesma opinião (e de outros) com nove fundamentos; respondendo aos contrarios desde o §. 137., limitando-a sómente no §. 136. "*nisi cum lesione aliæ circumstantiæ concurrant.*", E isto seja, ou não menor a filha que renunciou. Tratando tambem a mesma Questão ex professo Wesel. de Connub. Bonor. Societ. Tr. 2. Cap. 6. = De Pacticia futurarum Successionum renuntiatione = Elle desde o n. 60. se expende assim em breves palavras, ut ibi =

„Ex præcedentibus liquet nec læsionem filiæ in

„ *dote data* attendi posse, sola incertitudinis ac du-
 „ bii eventus, consideratione: Constat namque pa-
 „ ctiones omnes quæcumque tam jacturæ quam lucri
 „ incertitudinem continent, firmissimo jure valere,
 „ nec ullo læsionis prætextu impugnari posse. L. 2.
 „ L. 8. Cod. de rescind. vend. L. 12. Cod. de Inof-
 „ fic. testam. Quemadmodum enim post constitutæ
 „ dotis solutionem, accessio ad parentum patrimo-
 „ nium fieri potest; ita è contra multa contingere
 „ possunt, quæ paternas divitias, et facultates aut
 „ diminuant, aut in totum evertant. *Quæ sunt divi-
 „ tiæ, quas non egestas, et fames, et mendicitas
 „ à tergo sequatur?* inquit Senec. de tranquillit.
 „ anim. Cap. 12. *Ludit de suis Fortuna muneribus,
 „ et quæ dedit, aufert, et quæ abstulit, red-
 „ dit:* Idem Senec. L. 5. Contr. 1. Jam autem jure
 „ constitutum est, ut si post factam renuntiationem
 „ facultatibus labatur parens, nihil omnino ejus, quod
 „ dotis nomine accepit, filia restituere necesse habeat.
 „ L. ult. ff. de Dot. Collat. L. 4. Cod. de Collat.
 „ (conf. Ord. Liv. 4. T. 97. §. 3. et 4.) Itaque
 „ injuste petet filia id, cujus contrarium non sit pos-
 „ tulatura.

O nosso grande Senador João Alves da Costa na
 sua *Aquila Augusta* Liv. 3. Cap. 3. a n. 4. susten-
 tou magistralmente a mesma opinião, ut ibi =

„ Generale vero est circa jus sic remotum, à fu-
 „ turoque pendens eventu læsionem non esse, Meno-
 „ ch. . . . Seacc. . . . Barbos. . . . Cyriac. . . . Nogue-
 „ rol. . . . Pautell. . . . Mant. . . . Olea. . . . Valeron. . .
 „ Leotard. . . . Fagnan. . . . Multa enim possunt acci-
 „ dere, ut paternæ divitiæ vel minuantur, aut in to-
 „ tum evertantur; imò, et Regna amittuntur. *Quid
 „ non timendum felicibus putas?* interrogat Senec.
 „ L. 1. contr. 1., multa ad intentum considerans Lib.

„ 2. contr. 1. et L. 5. contr. 1. Mutantur Vices fe-
 „ llicitatis humanæ, luditque de suis Fortuna muneribus.
 „ Ille Cressus inter Reges opulentissimus ad tor-
 „ menta post tergum vincitis manibus ductus est. His,
 „ et aliis, in renunciationibus Successionum paterna-
 „ rum nullam læsionem adesse probat Galliæ fami-
 „ geratus Robert. L. 2. rer. judicat. Cap. 4., idem-
 „ que statuunt Castilh., Molin. de Primog. . . . Pan-
 „ cirolla. . . . Cancer. . . . Mantic. de Tacit. . . . Amat.
 „ var. . . . Anton. Faber. . . . Ramon. . . . Fontanell.
 „ Ponte. . . . Cutell. de Donat. . . . Noguerol. . . . Bar-
 „ bos. . . . Ciarlin. . . . Quod indubium est, quando
 „ congrua dote filia fuit collocata.,

„ Fateor tamen aliquos esse qui in renuntiatione
 „ Successionis læsionem admittunt: Sed ipsi non lo-
 „ quuntur quando omnia supra considerata concur-
 „ runt; et præterea moventur ratione; quæ sane in
 „ nostris terminis cæssat; nam ideo, dicunt illi, læ-
 „ sioni subjaci similes renuntiationes, quia ultra re-
 „ nuntiantium sit mentem præsumptam, in tantæ pos-
 „ tea repertæ hæreditatis abdicationem venire voluis-
 „ se. Nos vero non versamur circa præsumptionem
 „ mentis renuntiantium ignotam Successionem.
 „ Quando autem certa, et deliberata scientia similis
 „ fit renuntiatio excluditur læsio etiam ab adversariæ
 „ opinionis sectatoribus. Ancharran. . . . Pector. . . .
 „ Gallerat. de Renunciat. . . . Botiler. . . . Torr. de
 „ Pact. . . . Cum enim prædictæ renuntiationes in fa-
 „ vorem etiam proximiorum translativæ factæ essent,
 „ vim donationis censentur habere, etc.

§. 69.

Accrescenta o mesmo Senador Costa desde o n.
 12., que “conveniando in hisce renuntiationibus læ-
 „ sionem dari posse: De facto tamen nullam dari
 „ cum utriusque opinionis DD. resolvimus. Tunc

„ enim læsionem admittunt, quando dos neque con-
 „ grua, neque competens est; ita ut juxta congruen-
 „ tiam dotis, et non ullo respectu ad bona renuntia-
 „ ta computanda sit prædicta læsio in opinione eam
 „ admittentium, Michal. de Fratr. 3. P. Cap. 12.
 „ n. 90. Amat. L. 1. Res. 23. n. 3.: Non enim læ-
 „ sas mulieres, competentes habentes dotationes jura
 „ volunt; neque utilitati publicæ necessarium judi-
 „ candum magnas opes mulieres habere. Lycurgum
 „ dotium opulentiam rejicisse tradit Alian.... Aris-
 „ totel.... reprehendit Lacedæmonios, qui dotibus
 „ magnis filias locupletarent. Solon Athenis magnas,
 „ et opulentas prohibuit, Plutarch. in Solon.... Ro-
 „ mæ Voconia lege vetebatur, nequis mulierem, et-
 „ si ea filia esset supra quadrantem faceret hæredem
 „ Cicer..... apudque plures Nationes uxores sine ul-
 „ lis dotibus accipiebantur, ut erudite ostendit Amay.
 etc.

§. 70.

„ Tota igitur erit investigatio circa congruen-
 „ tiam Dotium..... Cum alioquin sufficeret solitas
 „ fuisse quantitates pollicitas, ut læsio nulla esset,
 „ Cuman.... Mantic.... Fontanell... Noguerol...
 „ Neque autem ex adverso probatur, aut probabitur
 „ incongruas, minusque competentes illas fuisse do-
 „ tes, quas tamen in dubio congruas judicandas di-
 „ cunt ipsius læsionis defensores, Merlin..... Thes-
 „ saur.... Fontanell.... Giurb..... Botiler... No-
 „ guerol... Quod maxime tunc affirmant, quando,
 „ ut in casu nostro, dotata filia in Patrum manibus
 „ renuntiarunt, ut amplius de læsione non sit tunc
 „ tractandum ex amore, quo majorem nullum agnos-
 „ cunt jura Merlin. de legitim... Torr. de Pact....
 „ Noguerol.... Tiraquell.... Ramon... et apud
 „ omnes observatum ait Argentæus ad Consuetud.

„ Britan.... Potest enim Pater dotem minorem legi-
 „ titimæ dare Hodiern.... vel maiorem Cyriac....
 „ quin ad Supplementum actio detur, Peregrin....
 etc.

§. 71.

O Tractadista Torr. de Pact. futur. Success. Liv. 2. Cap. 26. profundou mais altamente a Questão com as opiniões de todos os Escriptores até o seu tempo: Elle no n. 2.º refere os DD., que seguirão a opinião negativa (de qua §. 67. 68. 69.), e os fundamentos della até o n. 28. Desde o n. 29. refere os DD. que seguirão a affirmativa, e os fundamentos della, á qual accede no n. 35. proseguindo desde o n. 36. até 48., a ponderar varios fundamentos confirmantes da opinião affirmativa, que segue.

§. 72.

Assentando Torr. a n. 49. que na renuncia jurada só se attende huma lesão enormissima, bem que desde o n. 79. faz differença entre o menor, e o maior lesos; áquellé concede a enorme, maxime se a renuncia foi a favor do Pai, em que se presume medo reverencial; ao maior a enormissima, ainda que a renuncia fosse jurada; e com esta distincção, apezar das opiniões contrarias, passa desde o n. 86. até 98.

§. 73.

Desde o n. 57. suscita a Questão: Se para regular a lesão se devem olhar as faculdades do Pai ao tempo da renuncia; se ao tempo da morte: Aquí caretou as varias opiniões, e seus respectivos fundamentos. Não omittio a distincção, que alguns fizeram da renuncia com relação ao dote, ou com relação á legitima: Porém confutada ainda esta distincção seguiu e firmou no n. 72., que ou a renuncia jurada fosse com respeito ao dote, ou a futura legitima; se deve regular a lesão pelas faculdades do Pai no tem-

po da renuncia; no que concordão o já transcripto Weselio (§. 67.) e Stryk. supra d. Diss. 8. Cap. 10. sub §. 142. com muitos DD. "*Nec tollunt renun-*
tiationem auctæ postea patris facultates, ob quas
renuntiatio filia non rescinditur; sed nec ad Sup-
plementum actio illi conceditur." Ita cum Covarruv. Dauth: ... Boer. ... Hillig, ad Donell. Kellenb. Zoez ... Fabr. Ziegl. Mev. Pistor. Carpzov. et aliis Stryk. supra §. 147.

§. 74.

Prosegue o mesmo Torr. a n. 105. propondo a Questão "*An renuntiationes factæ à puellis ob-*
dotem valeant rescindi pretextu læsionis enor-
missimæ?" Desde o n. 106. refere os DD. que seguem a affirmativa, e estofa os seus fundamentos: Desde o n. 112. a contraria e suas razões: Elle no n. 117. concilia huma e outra opinião assim:

"*Vel sumus in renuntiatione facta à puellis in-*
manibus patris de hæreditate, et Successione ipsius
patris tantum ob dotem datam, vel promissam;
Et hoc casu arbitror non esse de læsione in ipsa
dote tractandum, quamquam dos fuerit de legitima
minor, vel in medietate, vel in triplo etc. (com o que se comprova a opinião do Senador Costa §. 67. e 68., e Torr. exhibe as mesmas, e outras mais razões por esta opinião.)

§. 75.

Porém o mesmo Torr. desde o n. 124. a limita assim: "*Prædicta tamen sunt intelligenda cum grano*
salis, videlicet, si filia viro condigno fuit nupta,
et diviti secundum qualitatem, et conditionem ejus-
dem; et sic ubi non constat patrem malitiose se-
gessisse, et tam parvam dotem dedisse filia, ut
omnino esset incongrua, et non convenientia puel-
lis ejusdem qualitatis; vel ob illius fædam avari-

„ tiam; vel ad meliorandam alteram filiam, eandem-
 „ met filiam renuntiantem collocasset apud virum vi-
 „ lioris conditionis:

„ Si autem aliter, vel per manifestas probatio-
 „ nes, vel per urgentes conjecturas appareret, scili-
 „ cet, parvitatem dotis provenisse á malitia paterna,
 „ nempe, ne se a divitiis spoliaret, vel magnam con-
 „ stitueret dotem alteri filiaë, et sic collocasset filiam
 „ renuntiantem apud maritum ei imparem; eo casu
 „ certum est, quod renuntiatione non obstante, po-
 „ terit renuntians habere regressum ad bona paterna,
 „ ac si renuntiatio interposita non esset. „

„ Stat igitur omnis difficultas, an congruè sit
 „ dotata, et verò condigno nupta, nec nè; primo ca-
 „ su non est ab opinione primo loco allata disceden-
 „ dum; quod renuntiationes juratæ non possint res-
 „ cindi à fæmellis dotatis, etiam attentæ læsione;
 „ dummodo non sit adeo excessiva læsio, per quam
 „ dolus manifeste deprehendatur in patre. Secundo
 „ vero casu annullari valeant. Imo perpensis DD. al-
 „ legationibus in materia, apparet hanc distinctionem
 „ fuisse ab omnibus approbatam; nam plerique de
 „ congrua dotatione mentionem faciunt, potius quam
 „ læsione, dum asserunt, quod ubi mulier est con-
 „ gruenter dotata, renuntiatio non possit rescindi
 „ prætextu læsionis, etiamsi dos minor sit quam
 „ legitima. Non vero procedit conclusio, quando ap-
 „ paret de dotis incongruitate. . . . Et in specie DD.;
 „ qui magis enixe defendunt læsionem non esse atten-
 „ dendam in renuntiatione jurata, nihilominus con-
 „ veniunt in hac distinctione, quod si constat de in-
 „ congrua dotatione, et quod filia, non sit verò con-
 „ digno nupta, rescindatur renuntiatio. „

„ §. 76. „

„ Ainda o mesmo Torr. depois de varias opiniões,

faz no n. 153. esta distincção: “Ego tamen existimo, quod prædicta jura procedant, ubi tractatur de renuntiatione facta à masculino, quia si est læsus, in sua legitima potest renuntiationem annullare. Quando vero sumus in fæmina renuntiante, neque ratione legitimæ, nec totius Successionis est calculanda læsio, sed tantum est inspicienda ipsa dos ejusque congruentia; ita ut licet mulier respectu legitimæ portionis posset dici enormissime læsa; si tamen respectu congruæ dotis enormissima læsio non intervenerit, valet omnino renuntiatio (coincide a opinião de Costa transcripto nos §§. 68. e 69.)”

§. 77.

Se porém a filha foi dotada com bens do Pai, e relativamente a elles, e qualidade de sua pessoa e do esposo renunciou não só a herança do Pai, mas da mãe, irmãos, etc., neste caso, e quanto a mim com razão, assentão graves DD., que apesar de tal ampla renuncia póde depois aspirar a essas outras heranças, queixando-se, relativamente a ellas, enormissimamente lesa; como com muitos DD. o mesmo Torr. n. 110. ibi =

„Eo magis supradicta Conclusio procedit in casu quo non solum fæmina renuntians fuerit læsa, ultra dimidiam, sed etiam in totum fuerit læsa; ut v. g. mulier, quæ fuit dotata de bonis paternis tantum, renuntiat non solum Successioni ipsius patris, sed hæreditati matris, avi, avunculi, etc.; eo enim casu, cum nihil sit consequuta de bonis maternis avitis, et aliis in renuntiatione expressis, vere dicitur læsa in totum; propterea, renuntiatione non obstante, ad renuntiationem maternam, avitam et erit admittenda. . . . Satis impium, et iniquum est, quod filia pro una dote recepta re-

„ nuntiet pluribus hæreditatibus... non solum jure
 „ Civili sancitum est, sed etiam omnium DD. con-
 „ sensu firmatum, non excludi filiam renuntiationis
 „ pacto, nisi a Successione ejus, qui de suis faculta-
 „ tibus dotem dederit... hoc est de mente omnium
 „ in legali scientia peritorum.,,

Nota: Esta doutrina porém não parece tão sólida como se inculca: Porque Stryk. de Success. ab intest. Dissert. 8. Cap. 10. §. 34., mostra, que o dote se deve constituir só dos bens do Pai, e não da mãe, Avós, tios, e irmãos, cujas futuras heranças também se renuncião, e a cujas pessoas era livre preterir a renunciante. E se elles não erão obrigados dotar, e podião preterir a renunciante, sendo muito eventual a Successão ab intestato a elles; he bem consequente que a lesão no dote se não deve regular com respeito ás Successões delles comprehendidas na renuncição.

§. 78.

Admittida em alguns dos ditos casos á lesão; se ella he enorme procede o Libello com a alternativa da Ord. L. 4. T. 13., e se he enormissima, procede pela total nullidade ex Stryk. supra a §. 140. Torr. a n. 169.

Sobre a mesma Questão, além dos DD. citados se podem vêr os que remissivamente cita Peg. Tom. 6. For. Cap. 130. n. 81.

DUODECIMO CASO.

Morrendo a filha renunciante em vida do Pai, se os netos filhos della tem regresso á herança do Avô sem lhe obstar a renuncia da mãe.

§. 79.

Esta Questão he tambem das mais graves e opinativas: O nosso Peg. Tom. 6. for. Cap. 130. a n. 85. propoz opiniões, conforme as quaes a renuncia da mãe morta, ella antes do Pai não prejudica aos netos; ainda que a mãe renunciasse em correspectividade de dote recebido; ainda que renunciasse por si e seus herdeiros, e que podem os netos aspirar á Successão do Avô: Concorda, e com outros mais DD. Guerreit. Tract. 2. L. 1. Cap. 10. n. 46: Porém o mesmo Peg. desde n. 96. cummula os DD. da opinião contraria; maxime quando a filha renunciante foi dotada, e sem dúvida se a filha renunciante sobreviveo ao Pai, até o n. 109.: Concorda com outros DD. o Senador João Alz. da Cost. Aquil. August. L. 3. Cap. 7. a n. 26.: com outros muitos segue esta segunda opinião Wesel. de Conn. bon. soc. Tr. 2. C. 6. n. 134.: Por esta opinião refere muitos DD. e Decisões Harprectr. Disp. 74. a n. 53.

§. 80.

Se a filha sobreviveo ao Pai; sem dúvida prejudica a sua renuncia aos filhos della, Stryk. de Success. ab intest. Diss. 8. Cap. 10. a §. 72. Wesel de Connub. bon. Soc. Tract. 2. Cap. 6. n. 144.: Se porém a filha morreo em vida do Pai; aqui entra a variedade de opiniões: Que neste caso a renuncia da filha não obsta aos netos para que aspirem á herança do

Avô, o prova com muitos, e graves DD. o mesmo Stryk. no §. 76.: Porém no §. 77. outros. Nesta variedade, elle no §. 78. segue o partido, e favor dos netos, ainda mesmo que a mãe renunciasse satisfeita com dote: Se porém a mãe renunciou por si e seus herdeiros, delibera Stryk. no §. 79. com varias distincções, ut ibi =

„ Quid vero si filia expresse *pro se et heredi-*
 „ *bis suis* renunciavit; an ne tunc liberi ex ea nati,
 „ si vivo patre decesserit, à Successione avi excludan-
 „ tur, ita ut conditione per mortem avi existente ma-
 „ tris factum, abstentionem scilicet præstare tenean-
 „ tur? Ita quidem vult Kellenb.... Sed negativam
 „ communiter tenent DD. quos allegat Berlich....
 „ quam etiam post Fabr.... et Pistor.... amplecti-
 „ tur Carpzov..., quia renunciatio matris pro hære-
 „ dibus in eundem casum, et sub eadem conditione
 „ facta intelligitur, sub qua ipsa renunciavit; ea ita-
 „ que viva matre non existente, non potuit obligatio
 „ ad hæredes descendere, Marant.....

„ Cæterum affirmativam Sententiam Carpzov. et
 „ Fab. admittunt eo casu, si mater liberorum jus no-
 „ minatim in stipulationem deduxerit, et remisserit,
 „ expresse ita paciscendo, liberos suos Successionem
 „ avi nunquam petituros; tunc siquidem liberi si ma-
 „ tris suæ hæredes facti fuerint, renunciationi mater-
 „ næ stare, ejusque factum præstare tenetur. Illi au-
 „ tem liberi, qui à matris Successione abstinerunt,
 „ aut alias exclusi fuerunt, renunciatione matris tali-
 „ ter facta non obligantur, sed ad Successionem avi,
 „ ea non obstante, admittuntur. Priori tamen casu ad-
 „ huc distinguendum est, matris renunciatio valida
 „ sit, an non. Nam in renunciatione valida decisio
 „ antea proposita recte se habet; in invalida autem
 „ ac de jure nulla non procedit, etc.

§. 81.

Ainda no §. 83. questiona Stryk.: "Sed quid
 „ juris hoc casu in hæreditate Collateralium, si filia
 „ et his simul renuntiaverit; an et tunc, si filia ante
 „ istos, v. g. fratres, sorores decesserit, liberi ejus
 „ ad horum Successionem admittentur? Affirmat ob
 „ eandem rationem Anton. Fab. in Cod. L. 2. T. 3.
 „ Def. 1. ubi ampliat, etsi liberi hi matris hæredes
 „ facti fuerint, et Kellenb. Q. 33. a n. 53., qui hanc
 „ opinionem eo casu propugnat, si hi descendentes
 „ matris suæ Successioni ipsi renuntiaverint.

„ Cæterum dissentit. Dn. Herold.... Nam re-
 „ præsentatio hæc, ab illa, quæ in descendentes
 „ obtinet, longe differt, nec ultra fratrum filios ex-
 „ tenditur: Unde nec cum fratribus defuncti ad que-
 „ relam inofficiosi fratrum liberi admittuntur, quæ
 „ nec ipsis competit; quamvis soli sint.... Insuper,
 „ cum hæreditas Collateralium non simpliciter, sed
 „ tantum secundum quid debeatur, fraterque sororem,
 „ et vice versa tam expresse, quam nuda præteritio-
 „ ne excludere queat; renunciatio autem quoad re-
 „ cipientem etiam vim ultimæ voluntatis obtineat;
 „ Inde merito filiæ renunciatio liberis ex illa descen-
 „ dentibus nocebit, etiamsi illa ante fratrem intesta-
 „ tum (nam si testatus moriatur, res plane dubio ca-
 „ ret) decedat., Confir-se o Senador Cost. na Aquil.
 August. L. 3. Cap. 7. n. 28.

§. 82.

Passemos ao Tractadista Torr. de Pact. futur.
 Success. Liv. 2. Cap. 24.: Elle desde o n. 4. firma
 por certa a conclusão; que sobrevivendo a mãe re-
 nunciante ao Pai, e sendo os filhos herdeiros della,
 a sua renuncia lhes prejudica. Mas neste mesmo ca-
 so; se os filhos não são herdeiros da mãe, e pelas
 proprias pessoas querem aspirar á Successão do Avô,

distingue tres casos: 1.º, quando os filhos da renunciante pertendem a Successão do Avó juntamente com seus tios: 2.º, quando concorrem á Successão do Avó com outros netos do filho morto antes d'elle: 3.º, quando morre o Pai, em cujo favor a filha renunciou, sem outros descendentes de filhos predefunctos; mas só a filha que renunciou, e filhos desta, e outros Collateraes.

§. 83. Primo casu (continúa Torr.) quando cum avunculis ad Successionem avi venire volunt nepotes ex filia, certum est, de consensu omnium DD., quod non admittuntur: Nam superexistencia matris renuntiantis eis obest, (o que assim comprova n. 5. e 6. com muitos e graves DD.)

§. 84. Secundo casu, quando liberi renuntiantis volunt succedere in bonis avi insimul cum aliis nepotibus ex præmortuo filio; magis communis opinio DD. est, quod renunciatio matris illis non obest: Siquidem cum concurrant ad avi Successionem cum personis æqualis gradus, ita, ut matris personam, sive gradum sub ingredi non indigeant, dubium non est, quin, matre per renuntiationem exclusa, filii ex ea orti per Successorium Edictum cum sobrinis Succederunt, (o que assim comprova com varios DD. a n. 7.) limitando só no n. 14., ubi apparet, fuisse renunciatum favore masculorum, qui supervivant; nam eo casu hi admittuntur, non filii renuntiantis.

§. 85. Tertio casu, videlicet, quando nepotes petunt hæreditatem avi, non existentibus avunculis, vel aliis nepotibus sed agnatis transversalibus de linea collateralis; magis communis opinio est, quod

„ non obstante matris renuntiatione, ad hæreditatem
 „ avi per Successorium Edictum venire possunt, pe-
 „ nitus exclusis collateralibus agnatis, non obstante,
 „ quod filia renuntians dotem receperit, ac patri su-
 „ pervixerit. „ (O que assim comprova largamente
 desde o n. 15. até 27. confutando os DD. contrarios
 e suas razões.)

§. 86.

Quando porém a filha renunciante morreo em
 vida do Pai; neste caso contra huma opinião, que ex-
 clue da Successão do Avó os netos filhos d'elle, fir-
 ma o mesmo Torr. n. 34. com innumeraveis DD. es-
 ta Conclusão “ Sed revera, his non obstantibus, con-
 „ trarium verum est secundum opinionem communis-
 „ simam; scilicet, quod liberi renuntiantis succedant
 „ in bonis avi, in casu, quo mater renuntians præ-
 „ cedat, renuntiatione non obstante, „ (o que Torre
 comprova desde o n. 35. até o n. 54. com varios
 fundamentos, convencendo as objecções contrarias.

§. 87.

Amplia o mesmo Torre esta Conclusão com as
 melhores opiniões e mais sólidas razões desde o n.
 54. até 65. ainda ao caso em que os filhos da prede-
 functa mãe renunciante concorrão com tios á Succes-
 são do Avó. E amplia desde o n. 66., contra outros
 DD. que, não obstante a renúnciação da mãe prede-
 functa, podem os filhos della aspirar tambem á Suc-
 cessão ab intestato dos tios.

§. 88.

Resta ainda a dúvida: “ An nepotes possint ad
 „ avi Successionem venire, ubi mater præmorta pro-
 „ missit pro se *et hæredibus* non contravenire; et ipsi-
 „ met nepotes matris sunt hæredes? „ Esta Questão
 suscita Torr. n. 77.; e propõe variedade de opiniões;
 huma a defender que tal renúncia não prejudica aos

netos; outra pelo contrario; E depois de ponderar os fundamentos de ambas; diz no n. 100. "Prima
 ,, ramen Sententia mihi videtur magis vera, nempe
 ,, quod renuntiatio filiae pro se, et heredibus facta,
 ,, non praëjudicet nepotibus, quantumvis heredibus
 ,, matris renuntiantis. ,, Desde o n. 101. passa a
 comprovar esta sua opinião até o n. 113. respondendo ás objecções contrarias desde o n. 114. até o n.
 135., e amplia a mesma resolução desde o n. 136.,
 ainda quando a mãe na renuncia faz menção de filhos,
 e herdeiros renunciando em nome delles; e ainda
 quando a mãe se obrigou á evicção.

§. 89.

Ainda aqui occorre outra dúvida suscitada por
 Torr. n. 143. "An hæc procedant, ubi mater re-
 ,, nuntians declaravit expresse se esse contentam,
 ,, et satisfactam de habita portione dotis, legitimæ
 ,, vel alterius rei sibi traditæ in actu renuntiationis?
 ,, Elle desde o n. 144. expende a opinião, que
 nestas circumstancias abandona os netos, e suas razões
 até o n. 155.: Porém no n. 156. firma com muitos e
 graves DD. esta resolução; ut ibi: "Etiam quando
 ,, liberi parte aliqua, vel filiae dote accepta, renun-
 ,, tiarunt; iis ante patrem decedentibus hæc renun-
 ,, tiationem nepotibus haud obesse, quo minus avo
 ,, proprio jure succedant. ,, O que tambem compro-
 va, respondendo ás objecções contrarias desde o n.
 156. até 173.; ampliando no n. 174. ainda mesmo
 que o Avó exclua os netos da filha renunciante
 com o pretexto da renuncia della; porque podem con-
 tratabular o seu Testamento: Confirma-se Harprectr.
 Disp. 74. n. 48. E conclue o mesmo Torr. a n. 194.
 ut ibi =

,, Firmatum est igitur quod nullo pacto renun-
 ,, tiatio matris præmortuæ liberis ejus obstat, quin

possint. avo succedere; sive simplex sit renuntiatio,
 sive facta pro se, et hæredibus; sive dote reten-
 ta. . . . Licet in renuntiatione *pactum de non pe-*
tendo, vel alia etiam clausula in forma amplis-
sima addita fuerit, non potest nepotibus esse ob-
 staculum. . . . etiam si maritus, vel alios fidem suam
 interposuisset, quod neque renuntians, neque hæ-
 redes ejus quicquam de hæreditate illa petaturi
 sunt cum indemnitate promissione, nam quilibet
 quicquam promittit, accedit principali obligationi re-
 nuntiantis: Propterea illa promissio eandem recipit
 conditionem, et interpretationem quam principalis
 contractus, etc.: Assim tambem depois de varias
 opiniões conclue Wesel. infra citat. a n. 140.

Se os netos neste caso são obrigados con-
 ferir o dote recebido pela mãe; disputa Torr.
 supra a n. 175. como questão opinativa; e se
 inclina que devem conferi-lo: Com muitos DD.
 assim o firma Wesel. de Connub. bon. Societ.
 Tr. 2. Cap. 6. n. 145. Conf. Fabr. in Cod. T.
 de Pact. Def. 2. et 16. Amat. var. resol. 23. n.
 4. Fontanell. de Pact. claus. 9. gloss. un. P. 1.
 n. 62. et 63.: O mais que aqui falta póde ver-
 se nos DD. citados, e nos milhares, que elles ci-

CAPITULO III.

Quando necessaria á filha renunciante a absolvição do juramento ad agendum in judicio.

§. 90.

Esta absolvição não he necessaria, nem no caso em que o Pai remitte á filha o juramento (§. 38.); nem no caso em que oppõe o medo por excepção (§. 62.); nem nos casos, em que a renuncia por si mesma cessou por fallecerem primeiro as pessoas, em cuja contemplação ella se fez: Quando porém a renunciante argue a renuncia com o fundamento da lesão enormissima he Questão opinativa, como se vê em Torr. de Pact. futur. Succession. Liv. 2. Cap. 26. a n. 172. Stryk. de Success. ab intestat. Diss. 8. Cap. 10. §. 145.: Porém Torr. ainda que reconhece a maior probabilidade da opinião, que não exige absolvição do tal juramento, assenta no n. 176., que por cautella se requeira primeiro essa absolvição: Que o juramento não liga aos herdeiros, he sem dúvida, Torr. supra n. 178. Moraes de Execut. L. 1. C. 4. §. 1. n. 29. et 30. quem vide: Distingue Begnud. Verb. Juram. n. 21. que só obriga ao herdeiro quanto á observancia do contracto. Adde Ferrar. V. Juram. Art. 2. n. 21. et ibi Addit. n. 26.

§. 91.

Perante qual Juizo se deva impetrar a absolvição do juramento? O citado Stryk. n. §. 125. diz com muitos DD. “Quæ juramenti relaxatio, non à Judice Ecclesiastico, sed à Supremo Magistratu

„ Politico fieri solet, concessa nempe agendi facultate, Ord. Camer. P. 2. T. 24., e Constit. Elector. Saxon. 36. P. 2. etc.: O Publicista Gmeiner. P. 2. §. 524. 528. sustentou que o juramento não pôde attrahir a questão ao Juizo Ecclesiastico; O nosso Peg. tom. 1. ad. Ord. pag. 225. n. 23. e 24., comprova, e refere julgado que o Juiz Secular “ potest cogere partem, cujus favore juratum est, ut relaxet juramentum, et illud remittat sub certa pœna, et si non obediat, cum exequi in pœna comminata (conf. Stryk. us. mod. L. 4. T. 4. sub. §. 16.): Et ad hoc sufficit allegatio causæ urgentis et justæ, licet statim non probetur; adeo quod non est necessaria citatio adversarii ad relaxationem obtinendam; quia tunc solum petitur absolutio, et relaxatio juramenti adhibiti in contractu, dumtaxat ad effectum agendi, et non simul ad rescindendam obligationem contractus jurati. „

§. 92. Porém a mais fundamentada opinião segue, que a absolvição do Juramento *ad effectum agendi* se deve impetrar no Juizo Ecclesiastico, Cortead. Decis. 185. a n.º 19.; aonde explica que 1.º, se requer algum conhecimento de causa provavel sobre a injustiça do contracto, conforme huma opinião; mas conforme outra basta huma simples narrativa de causa justa: 2.º, que ainda que huma opinião faz precisa a citação de Parte, outra opinião a dispensa (isto he quando só se trata da absolvição *ad effectum agendi*); mas 3.º, he preciso, que esta absolvição se peça antes de se propôr a acção em juizo; porque aliás obsta ao Agente a excepção do juramento e perjurio, ex Cortead. a n.º 1.º, e este perjurio já he mais difficil de dispensar; Cortead. a n.º 45. O mais se veja no mesmo Cortead., e DD. que cita.

Confira-se tambem João Frederico Rhetio entre as Obras de Stryk. Vol. 9. Disp. 16. de Absolutione Cap. 2. a n.º 10. cum seq., e Jul. Capon. de Pact. Q. 61. tot. et a n.º 13., aonde tambem firma que para se obter a absolvição ad effectum agendi não he necessaria citação de Parte.

CAPITULO IV.

Quanto aos mais contractos jurados: Effeitos do juramento nelles, etc.

§. 93.

JA' vimos (§. 5.) que a nossa Lei não prohibe o juramento *Assertorio*: Se com este firma o Devedor a verdade da divida, tem a Escriptura execução prompta, Moraes de Execut. Liv. 1. Cap. 4. §. 1. n. 11.: E o Devedor não pôde oppôr a excepção de simulação do contracto, nem a excepção = *Non numerata pecunia*, Moraes supra n.º 26. Menos que não implore a absolvição do juramento: Não confirma porém o contracto simulado, senão quando se jurou expressamente *omnia et singula contenta in instrumento esse vera*, Begnud. Verb. Juram. n. 19.

§. 94.

Quanto ao *Promissorio* he bem certo, que com elle se não pôde neste Reino firmar contracto algum; só obtendo-se Provisão de dispensa da Lei: O mais frequente he impetrar-se só para se firmarem com juramento os Pactos Successorios, de que fallei no Cap. precedente. Mas se com causa se pedir essa dispensa para se firmarem os mais contractos com juramento

Promissorio não dúvido se conceda pela generalidade do §. 87. do Regimento do Desembargó do Paço.

§. 95. Se o contracto jurado foi enormissimamente lesivo, não obriga conforme a mais commum opinião; porque elle não obriga aonde falta o plénó consentimento; não obriga quando intervem dolo da parte do Adversario; ora: onde intervem tal lesão, se presume de huma parte erro, ou ignorancia, e da outra se presume dolo (quidquid dicant alii) Begnudell. Verb. Juramentum n. 23.: Barbos. Vot. 62. n. 15. et 16. Nogueroi. All. 34. n. 17. et 18.

§. 96.

O mesmo procede na transacção firmada com juramento que, sendo lesiva em notavel quantidade além da ametade se annulla sem embargo de ser jurada, Valeron. de Transact. T. 6. Q. 2. n. 50. et 51. Barbos. Vot. 76. n. 106. et 107. Urceol. de Transact. Q. 94. n. 25.

Como poréu se deva provar a lesão na transacção: Veja-se Urceol. supra a n. 32. Rot. Roman. in Collect. ad Card. de Luc. Liv. 7. de Donat. Decis. 24., e os mais DD. com os quaes Peg. tom. 7. ad Ord. L. 1. T. 87. §. 4. sub n. 104. et tom. 7. For. Cap. 139. n. 81. Castilh. Liv. 8. de Aliment. Cap. 36. §. 2. n. 81.

§. 97.

O juramento interposto pelo menor no contracto que celebra o revalida por mais defectuoso que elle seja das precisas solemnidades; e obsta a que goze do beneficio da restituição, ex Auth. Sacramenta puberum, Cod. Si advers. vendition.: Authentica, que tem lugar nas doações e quaesquer outros contractos do menor, Brunneinan. ibidem n. 4., nas fianças em que

o menor se obriga com juramento, Hering. de Fidejuss. Cap. 7. n. 103.: Authentica geralmente recebida, Stryk. us. mod. Liv. 4. T. 4. sub §. 14. Gutierr. de Juram. Confirmat. in Comment. ad d. Auth. n. 12. Cald. in L. Si Curatorem Verb. *Minoribus* n. 2. et 4. Begnudell. Verb. Juram. n. 4. Egid. na L. Ex hoc jure ff. de Just. et jur. P. 2. Cap. 13. claus. 8. sub. n. 2.º

§. 98.

Porém se o menor foi enormissimamente leso no contracto que firmou com juramento, obtida a absolvição d'elle, he attendido e soccorrido como qualquer outro maior; Stryk. supra §. 15. Brunneman. in d. Auth. n. 10: O mesmo quanto á fiança jurada; porque se o menor ficou enormissimamente leso por não poder repetir do devedor insolvavel o que por elle pagou ao Credor, como largamente demonstrou Noguerol. Alleg. 34. a n.º 13.

§. 99.

Ha huns actos absolutamente nullos, porque contra os bons costumes; ou porque prohibidos pelas Leis Civís, e Canonicas em beneficio público, Brunneman. in Auth. Sacramenta puberum Cod. Si adversus Venditionem n. 6. "Actus absolutè prohibiti per juramentum confirmari nequeunt, propterea quod positi si non sunt in arbitrio paciscentium, nec sunt pactis privatorum tolli, præsertim si continent speciem delicti. Idque non solum de iis actibus intelligendum, qui juri Divino, vel naturæ sunt contrarii; sed et quos jus Canonicum vel Civile absolutè prohibuit utilitatis publicæ gratia." Addit ad Luc. Ferrar. Verb. Juramentum n. 6. 7. 8 Sabell. §. Juramentum n. 25. et 28. Egid. na L. Ex hoc jure §. de Just. et jur. P. 2. Cap. 13. Claus. 8. n. 1. et per tot.; aonde exemplifica alguns casos:

E mais copiosamente Jul. Capon. de Pact. Q. 65. ubi quando pactum dicatur contra bonos mores, et juramento confirmetur.

§. 100.

Ha outros actos, para cuja validade as Leis prescrevem certas solemnidades; por cujo defecto são nullos, sem que seja arbitrario aos Contrahentes contractar validamente sem as prescriptas solemnidades: Estes sim são confirmaveis por juramento, e o juramento suppre o defeito das solemnidades omissas, Sertzer. de Jurament. Liv. 1. Cap. 25. n. 117. Addit. ad Ferrar. supra n. 13. e 14.: *Sed declara multifariam cum* Sabell. §. Juramentum a n. 24.

§. 101.

Por exemplo 1.º, a transacção sobre questões do Testamento, que se celebra sem se lêr o mesmo Testamento, he nulla. * Ella se convalida intervindo juramento na transacção, Addit. ad Ferrar. supra n. 113., e outros que refere Urceol. de Transact. Q. 47. n. 43.: Porém o mesmo Urceol. a n. 35. refere opinião contraria, que segue; menos que com o juramento se não renuncie expressamente a L. De his 6. ff. de Transact.; não bastando ainda huma renuncia geral *de omni legum auxilio*: Confira-se e veja se Valeron. de Transact. Tit. 3. Q. 4. a n. 50.

* Nota: Sobre a interpretação da dita L. 6. ff. de Transact.; e má collocação de hum retallio do Juris Consulto debaixo daquelle Tit., e consequente erro de muitos interpretes, se podem vêr Samuel de Coccey Jus Controv. Liv. 29. T. 3. Q. 3., e os muitos que refere Ekard. Hermeneut. Jur. Civ. Diss. 5. §. 172. e 173.

§. 102.

Por exemplo 2.º, sendo nulla a transacção sobre

alimentos devidos por Testamento, não intervindo nella auctoridade judicial, L. 8. §. Oratio ff. de Transact.; plenissime Solan. Cog. 9. a n.º 163.; ella se confirma intervindo juramento; bem que sobre isto ha a variedade de opiniões; que refere Urceol. de Transact. Q. 49. a n.º 13. Valeron. de Transact. T. 3. Q. 3. a n.º 40.

§. 103.

Por exemplo 3.º, a mulher que não he obrigada por fiança ainda que renuncie o beneficio do Sen. Consulto Velleiano; ella jurando o contracto fica obrigada; maxime se tem outro abonador, e se o resultado da fiança não foi ficar indotada, Urceol. Forens. Cap. 28. a n.º 18.

§. 104.

Por exemplo 4.º, sendo inalienaveis os bens dotaes se a mulher consente na alienação, e firma com juramento o seu consentimento, subsiste a alienação delles, Jul. Capon. de Dot. ad L. 1. ff. Solut. matr. Q. 5. n.º 13. Barbos. ibidem n.º 70. in fin. et 5. P. L. 1. ff. Solut. matr. a n.º 51., aonde faz huma bellissima distincção.

§. 105.

Por exemplo 5.º, sendo compensavel com a divida em termos habeis outra, que ao Devedor devesse antecedentemente seu Credor: se a divida, que se contrahe, he jurada, não se póde compensar com outra antecedente, que o Credor devesse a esse devedor, Bersan. de Compensat. Cap. 2. Q. 2. n.º 6.

§. 106.

Por exemplo 6.º, a doação, que entre marido e mulher he nulla, se confirma com juramento, Egid. na L. Ex hoc jure ff. de Just. et jur. P. 2. Cap. 13. Claus. 8. n.º 2.º

Suspendo o discurso; porque taes casos se-
rão impraticaveis neste Reino, huma vez que não
haja dispensa da Lei para se jurarem os contra-
ctos; que mais frequentemente se dispensa, e
só para se jurarem os pactos Successorios, talvez
pelas razões expostas na Nota ao §. 7.

TRACTADO XIV.

Das Vistorias.

Supplemento ás segundas Linhas desde a Not: 538.
até a Nota 542., e á Nota 534.

„ *Ortum suum traxit inspectio ocularis a tempore.*
„ *quo controversiæ ceperunt.* „

Barb. et Tab. Thesaur. Locor. Commun. lb. 9.

Cap. 93. ax. 3.

„ *Ad Officium de finibus cognoscentis pertinet,*
„ *mentores mittere, et per eos dirimere ipsam*
„ *finium questionem, ut æquum est, si ita res*
„ *exigit, oculisque suis subjectis locis,* „

L. 8. §. 1. ff. Fin. regundor.

PREFACIO.

Não ha principio mais trivial no Foro, como ser a Vistoria huma prova superlativa, a melhor do Mundo; e superior a todas as provas, convincente das feitas por testemunhas, por Documentos, e ainda capaz de destruir huma Sentença passada em julgado; como com Barboz., Parex., Gratian., Cyriac., Valánzuell., Conciol., Cancer., Mend., Cardoz., Cortead., e outros muitos Bagn. Cap. 31. n. 241., Pegtom. 6. ad Ord. L. 1. T. 68. §. 24. n. 106. et tom. 4. for. Cap. 53. n. 13. Stryk; de Jur. sens. Diss. 1.

Cap. 3. n. 1.º e 2.º et 8. Posth. de Manut. Obs. 19. n. 72. optiné Berlich. p. 1. Concl. 47. a n. 14. ad n. 23. Idem Stryk. Vol. 12. Disp. 6. Cap. 2. §. 31. et Vol. 3. Disp. 17. Cap. 4. n. 24., et Vol. 8. Disp. 16. Cap. 3. a n. 80.

Portanto he hum digno objecto do breve e Compendiario Tractado Pratico, a que me proponho em beneficio dos Principiantes.

ARTIGO I. De Vistoria

Definição da Vistoria em geral: Palavras synonymas: Decreta-se pelo Juiz a requerimento de algum dos Litigantes, ou ex Officio: Decretando-se ex officio se he inapellavel a Sentença? Em quaes conjuncturas do Processo se póde conceder?

§. I.

A inspecção ocular, vulgo *Vistoria*, diz Mul. ad Struv. Exerc. 28. tom. 4. pag. 84. Col. 2. *Est actus judicialis, quo Judici de re dubia, vel facta controverso, per illius aspectum * rem se ita, et non aliter habere, demonstratur.*

* Parece se deve proscreever o abuso de da-
obrem os Magistrados Commissões e Advogados,
e outras Pessoas para em seu nome irem fazer
as Vistorias, e lucrar para los Magistrados os
Salarios: Pois que 1.º, o Juiz que ha de senten-
ciar a causa deve ir instruir-se observando ocu-
larmente o objecto, e todas as circumstancias del-
le; porque nunca o pintado figura bem o vivo;
e póde o Commissario ser omisso em algumas
circumstancias, que fação variar o Direito. 2.º

A Lei de 7 de Janeiro de 1750 que arbitrou a toda a Jerarquia de Ministros os respectivos Salarios das Vistorias, respeitou a pessoal assistencia d'elles, e a industria das suas Pessoas: E quando assim, não pôde haver Commissão ou Delegação, Fragoz. de Regimin. Reip. p. 1. L. 4. Disp. 10. n. 119. junctis iis quæ Barboz. et Tabor. L. 14. Cap. 43. ax. 4.: E se bem que o Codigo Civil do Imperador José II. §. 203. parece permite Commissarios para as Vistorias; o Cod. de Sardenha L. 3. T. 13. §. 7. e 11. no caso do legitimo impedimento do Senador, que conhece da causa, só permite a Commissão a algum Subalterno Juiz: E o citado Muler ad Struv. pag. 185. Col. 1. firma que "*Ipse Judex ocularem inspectionem debet suscipere, et expedire... Cognoscere ipsum etiam Judicem oportet... Judicis presentia requiritur, etc.*"

§. 2. Continúa o citado Muler dizendo "*vocatur ocularis inspectio etiam aspectus in L. 32. ff. de Minorib. L. 3. Cod. si minor se major dixer. Præsens aspectus in L. 3. Cod. de Canon. frumentar. Localis inquisitio in L. 4. pr. ff. de Damn. infect., ut notat Gothofred.: Indagatio in L. fin. Cod. quand. tut. vel Curat. ess. aesin. A Doctolibus varia accepit nomina: Experimentum oculare, intuitiva probatio, demonstratio ocularis: Probatio perspectiva.*"

§. 3. "*Ocularis inspectio (continúa Muler) decernitur, vel ex officio Judicis, quando Judex ex omnibus circumstantiis perspicit, rem ita postulare, ex gr., cum ipsi sine oculari inspectione de*

„*qualitate loci non constet: Vel decernitur ad ins-*
 „*tantiam Partis; quando a Partibus, ut fiat,*
 „*supplicatur. . . . Inspectionem hanc plerumque per*
 „*interlocutoriam decernit Jdex* „ Conf. Sam.
 Stryk. de Jur. Sens. Dissert. I. Cap. 2. n. 2. Barboz.
 et Tabor. Liv. 9. Cap. 93. sax. 4. Brunneman. de
 Process. Civil. Cap. 22. n. 5. Berlich. p. I. Concl.
 47. n. 3.

§. 4.º
 Se o Juiz decreta ex officio a Vistoria para sua
 melhor instrução dos factos controversos, dizem Va-
 leron. de Transact. T. 3. Q. 1. n. 23. e Guerreir.
 Tr. 3. L. 5. Cap. 3. n. 100. que não compete con-
 tra este arbitrio do Juiz remedio algum de Appella-
 ção: Concorda Boehmer. ad Pand. Exerc. 5. Cap. 2.
 §. 3. no fim com Lyncker. de Gravamin. extrajudicial
 Cap. 3. p. 3. §. 3. n. 3. E se o Juiz denega a Vis-
 toria ao que a requer, offerecendo-se ás despezas del-
 la, diz Arouc. na L. 8. ff. de Stat. homin. n. 2. in
 fin., que lhe commette injustiça, citando Menoch.,
 Gail., Surd. e outros.

Bem que o Cod. Civ. do Imperador José
 II. §. 203. parece permittir aggravo do Despa-
 cho que manda proceder a Vistoria; tendo de-
 terminado nos §§. 201. e 202., que não deve
 proceder a ella senão por necessidade, etc.: E
 bem que o Cod. de Sardenha L. 3. T. 13. §.
 1. faz responsavel pela restituição dos Salarios o
 Juiz, que sem huma necessidade precisa procede
 a Vistoria; comtudo entre nós de taes Despa-
 chos parece competente só o Aggravo no Acto
 do Processo, attenta a generalidade da Ord. L.
 3. tit. 20. §. 46.

§. 5.

He a Vistoria huma das especies de prova, que por via de regra só pôde fazer-se depois da contestação da Lide em termo probatorio, Muler ad Struv. Exerc. 28. pag. 185. Col. 1. Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 2. n. 5.: Porém continúa Stryk. n. 7. dizendo: "*Si lis quidem est in iudicium deducta, sed nondum contestata, inspectio interdum sibi vindicat locum: Exemplum in vulnerato, et atroci injuria affecto: Item in novi operis nuntiatione.... quia hic inspectio petitur, ut inde constet qualis, vel in quantum actio sit intentanda*", Conf. Guerreir. tr. 4. L. 5. Cap. 3. n. 16.: É geralmente o Cod. Civ. do Imperador José II. §. 202. o permite quando o objecto pôde mudar de forma antes da Litis contestação.

Podem-se figurar muitos outros casos, em que seja necessaria Vistoria ainda mesmo antes do ingresso da Lide, e *ad perpetuam rei memoriam*; como v. g. examinando-se o damno feito em hum animal, em huma escrava, e em qualquer cousa que possa variar de estado no progresso da demanda, (a) Cod. Civ. do Imperador José II. §. 202. Na nunciação de nova obra, he praticavel para dois fins; hum para ficar descripto o estado em que se acha a obra ao tempo da nunciação, e isto em ordem a se demolir depois por via de attentado tudo quanto se continuar a edificar depois da nunciação: Esta he com effeito a praxe, fazer-se a descripção do estado do edificio para o dito fim, Ferreir. de Nov. oper. L. 6. Disc. 1. n. 9. 10. 11., Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 1. n. 63.: Outro para mostrar a injustiça da nunciação, ou para a decisão final;

ou para se não restituir o que se superedificou, Veja-se Constantin. ad Stat. urb. Annot. 42. a n. 17.: Também nas mercearias se pôde fazer Vistoria quando a Parte requer antes de prova, Peg. tom. 1. ad Ord. pag. 329. n. 70. ubi judicatum: E no edificio ruinoso e estado d'elle ao principio que se pede a caução de *damno infecto*, etc. (Veja-se infra §. 18.)

§. 6.

Depois do termo probatorio, e finda a dilação assignada para prova, ainda se pôde requerer Vistoria; nas allegações finaes, na conclusão da causa, na instancia da appellação, e no Juizo da execução; ut ad Satietaem comprobant Bagn. Cap. 31. a n. 242. Guer. cir. Tr. 4. L. 5. Cap. 3. n. 17. Berlich. p. 1. Conclus. 47. a n. 14. ad 32. Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 2. a n. 8. Muler ad Struv. Exerc. 28. pag. 185. Col. 1. *Constantin. ad Statut. urb.* Annot. 42. a n. 27.

§. 7.

Porém esta generalidade deve limitar-se nas causas de força, nas quaes, passada a peremptoria dilação que determina a Ord. L. 3. tit. 48. §. 2., se não pôde mais requerer Vistoria, como refere julgado Peg. de Interdict. Cap. 11. sub n. 672. (ainda que com abuso da dita Ord. e deste Aresto tenho visto muitas vezes praticado o contrario): Também nas causas de assignação de 10 dias, depois de assignados elles, e tendo passado, se não pôde jámais requerer Vistoria para prova dos Embargos; attentas as doutrinas de Moraes de Execut. L. 6. Cap. 3.

Ainda que Altimar. de Nullit. Sentent. tom. 2. rubr. 12. Q. 23. n. 105. admite a Vistoria na causa de espolio, e Posth. de Manut. obs.

19. a n. 70 a admite nas causas da manutenção; devem entender-se em termos habeis, e procedendo-se a ella dentro da dilação unica e pre-emptoria que em taes causas assigna a Ord. L. 3. T. 48. §. 2.: Bem que Fontanell. Decis. 382. a n. 16. expõe variedade de sentimentos, e indistinctamente admite Gob. de Aquis Q. 10. n. 42. a Vistoria para prova da posse, isto he, havendo vestigios della, porque aliás a posse não póde ser objecto presente da vista dos Louvados. Veja-se infra §. 9.

ARTIGO II.

Quando se deva escusar a Vistoria, e casos em que he necessaria, e em alguns indispensavelmente.

Casos em que geralmente se deve denegar.

§. 8.

Primeira regra geral: A menos que a Vistoria não seja requerida por ambas as Partes, ou por huma dellas, que sem repetição no caso do vencimento se obrigue ás custas e despezas, não se deve proceder a Vistoria sem huma necessidade precisa, que de outro modo se não possa supprir, Cod. de Sardanha L. 3. T. 13. §. 1. Cod. Civ. do Imperador José II. §. 201. Card. de Luc. de Judic. Disc. 42. n. 3. Stryk. de Jnr. Sens. Dissert. 1. Cap. 2. n. 2. Fontanell. Decis. 382. n. 1. e 2. Muler ad Struv. Exerc. 28. pag. 185. Col. 1. in pr. Ferreir. de Nov. oper. L. 6. Disc. 11. n. 9. Constantin. ad Statut. urb. Annot. 42. n. 42.

He a Vistoria hum remedio subsidiario , Cost. de Remed. subsidiar. remed. 101.: E por isso, que muito se deva só proceder a ella quando pelas provas do Processo se não póde decidir a causa? Tal e tão subsidiario hé o recurso a arbitradores, que só he praticavel quando *aliunde*, e por outro modo se não póde conhecer a verdade, Guerreir. Tr. 4. L. 8. Cap. 9. n. 2. et 85.

§. 9.

Segunda regra geral: "*Non est faciendus accusus, nec admittenda hujusmodi probatio, ubi agitur de re, seu de possessione, in qua nihil ex oculari inspectione percipi possit*," Posth. de Manut. obs. 101. n. 5.: Concorda Stryk. supra n. 4. dizendo: "*Attendat Judex an res talis sit que in oculos commode incurrat; in illis enim rebus saltem adhibetur ocularis inspectio, quorum judicium dependet ex sensu*," Card. de Luc. de Judic. Disc. 24. n. 7. ibi "*Ea tamen procedit in iis, que solo sensu corporeo à quocumque percipiuntur: Sensus autem in iis, in quibus operatio intellectus intret, quodque rei veritas diversa esse possit ab eo, quod ipsa facies vel apparentia ostendit, etc.*:" Como quando a face do lugar tem variado, Altimar. de Nullit. Sentent. tom. 2. rubr. 12. Q. 23. n. 109. ibi: "*Visitatio loci non est concedenda, quando res non est integra, scilicet quando facies rei est mutata*," Veja-se Cost. Tract. de Reintegr. Distinct. 37. n. 3. Ferreir. de Nov. oper. L. 6. Disc. 11. n. 9. Constantin. ad Stat. urb. Annot. 42. n. 37.

Muitas vezes, ainda que a face do lugar tenha variado em parte, sempre ficão alguns res-

tos, ou vestígios do antigo estado; como em servidões nos casos, que expoz o Card. de Luc. de Servitut. Disc. 3., e no que se vê em Pacichell. de Distant. post Tract. Dec. 15.: E como a servidão antiga se prova também por presumpções, conjecturas, adminiculos, de Luc. et Pachichell. supra Peg. 5. For. Cap. 90. a n. 9.: Por tanto se ainda restão alguns vestígios, e sobre elles se requer Vistoria, não pôde negar-se; e sobre elles se vê praticada apud Pacichell. supra sub n. 3. et 4. Costa supra n. 6. omnino videndus: Quando se trata da servidão de aguas diz Guerreir. for. Q. 39. n. 22. que nada vale a Vistotia "*quando questio est, an aque debean-*
tur; sed quando controversia est, utrum eo-
dem modo, quo debentur, de illis utitur."
 Conf. Peg. 7. For. Cap. 241. sub n. 30.

§. 10.

Terceira regra geral: "*Debet Judex examinare,*
 „ *si utilitas, et importantia causæ est tam modica,*
 „ *ut plus importantent expensæ faciendæ in Visura,*
 „ *quam potest esse dicta utilitas; tunc enim non*
 „ *esset concedenda..... Quod fundatur in regula*
 „ *generali, non esse faciendum id, in quo plus ex-*
 „ *penderetur, quam de commodo percipitur,*" Fontanell. Dec. 382. n. 4. 5. 6. *ubi judicatum.*

Eu a admitiria em causa modica, se a Parte que a requer se obrigasse a não repetir as custas, ainda que seja vencedor, Cod de Sardan. L. 3. T. 13. §. 1., renunciando o Direito de as repetir do vencido, de quo Peg. Tom. 1. ad Ord. pag. 329. n. 70. *ubi judicatum*: Isto não adverte o commum dos Magistrados que procedem a Vistorias inúteis, e em casos que bastava

mo e irem Louvados ao sitió sem maiores despezas; e abuso contra o qual altamente declama Fontanell. Decis. 382. n. 28.

Casos em que he praticavel a inspecção ocular, e em alguns indispensavel.

§. II.

Primeiro caso, e bem frequente: Quando se trata da prova do valor da cousa vendida para decidir a controversia se interveio lesão enorme, ou enormissima na venda (e semelhantemente nos mais contractos em que a Ord. L. 4. tit. 13. §. 6. admittê o remedio da lesão): Neste caso a prática admittê inspecção ocular pelo Juiz com Louvados peritos, Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 3. n. 7. Cod. Civ. do Imperador José II. §. 215. Fontanell. Dec. 382. a n. 7. Cod. Judiciario dos Francezes Art. 41.

§. 12.

Como porém os valores intrinsecos das cousas varião, e se presumem variados, conforme huns DD. de 3. em 3., e conforme outros de 10 em 10 annos, Guerreir. Tr. 1. L. 1. Cap. 11. a n. 35. ad n. 41.: E não pôde no caso da lesão fazer-se argumento do valor presente para o do tempo do contracto, ainda que não tenha sido bemfeitorizado o predio, Fabr. in Cod. L. 4. Tit. 30. Defin. 19. ubi optime.

§. 13.

Por isto, e como a lesão se deve respeitar segundo o jusio valor da cousa no tempo do contracto, Ord. L. 4. T. 13., e esse tempo não he presente á vista dos Louvados, assentão muitos DD. que passados 10 annos he impraticavel a Vistoria para prova da lesão, Pacion. de Locat. Cap. 19. a n. 68. Cy-

riac. Contr. 61. n. 4. Posth. de subhastat. post Tractat. Decis. 53. n. 4. et 5. Sabell. §. Peritiã n. 12. Altimar. de Nullitat. tom. 6. Q. 37. pag. 87. Col. 1. ¶. Periti possunt = Constantin. ad Stat. urb. Annot. 46. a n. 75. et 244. : E só admittem estes DD. a prova do justo valor por peritos no antigo tempo do contracto, quando nesse tempo já tivessem idade e capacidade para arbitrar valores das cousas respectivas aos seus officios, e quando fossem na causa produzidos como testemunhas; caso em que devem depôr do justo e commum valor nesse tempo, e com razão de dicto como aliã devem depôr as mais testemunhas; tendo então em paralelo de outras preferencia em credito, Sabell. S. n. 12. junto n. 1. ¶. *Quod ubi agitur* = optime Constantin. supra a n. 73. ad 79. Pacion. supra n. 75.

§. 14.

Em contrario está Fontanell. Decis. 382. desde o n. 7. até o 14., defendendo que se os peritos no tempo do contracto já tinham idade competente, pericia, e conhecimento da cousa, que faz o objecto da disputa, e depozerem do tempo do contracto, ainda inferindo do presente para o preterito, calculando as alterações dos valores, elles ficão acreditáveis com preferencia a outras provas; attestando Fontanella, que assim o vira muitas vezes praticado.

Na Prática tenho visto seguida a opinião de Fontanella, debaixo de duas condições: 1.ª, que os peritos já o fossem no tempo do contracto com idade e pericia para avaliar os predios, e delles tivessem conhecimento nesse tempo, como he necessario, Sabell. S.ª Conciol. Alleg. 65. Olea de Cession. Jur. post Tract. Decis. 70. n. 9. et 10. Angelis de Impens. et Meliorat. Art.

6. n. 43. : 2.^a, que com razões de dicto depo-
nhão do valor da cousa em ambos os tempos;
no do contracto, e no presente; caso em que
he indispensavel que assignem razão de dicto co-
mo testemunhas, Conciol. supra n. 21. Stryk.
de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 3. n. 7. Tondut.
Civil. Cap. 106. n. 31. Card. de Luc. de Judic.
Disc. 33. n. 34. : As circumstancias que os Lou-
vados devem respeitar para estimar o justo valor
da cousa, estão largamente expostas no meu
Tractado das Avaliações: Podem vêr-se Const-
tant. ad Stat. urb. Annot. 46. Altim. tom 6. Q.
37. Hermosth. a pagin. 783., e a douta Me-
moria sobre a avaliação dos bens de Prazo.

§. 15.

Segundo caso: Quando se trata de Edifícios,
cujas novas obras se nunciarão, se vê frequentemente
praticada a Vistoria nos muitos Arestos, que deixou
transcriptos Peg. Tom. 6. ad Ord. L. 1. T. 68.,
aonde se não encontra hum, que se não decidisse por
meio de Vistorias: Sobre servidões rusticas, e urba-
nas já vimos na Nota ao §. 9. os casos, em que po-
dem ser praticaveis; Adde Muler ad Struv. Exerc.
28. pag. 186. Col. 2., bem como na Nota ao §. 5.
quando nas nunciações para os outros dois fins.

§. 16.

Terceiro caso: Por varios modos os marcos ter-
minaes são objectos de demandas; ou porque se ar-
rancão L. 1. et 2. ff. de Termin. mot.; ou porque
se movem, e transplantão em outro sitio, ou escure-
cem, ou confundem L. 3. ff. Cod. tit.: E em todos
estes casos he indispensavel a Vistoria, pela terminan-
te L. 8. ff. fin. regund. Stryk. de Jur. Sens. Dissert.
1. Cap. 1. a n. 11. et 15. Voet. ad Pandect. L. 10.
tit. 1. n. 9. Cod. Judic. dos Francezes Art. 41.: Ou-

tras vezes sobre a existencia e legitimidade de alguns marcos, ou públicos ou particulares; observando, se os públicos têm algumas inscripções; e se os particulares se mostram cravados de antigo com pedras, que o vulgo chama testemunhas, Stryk. supra a n. 12.: Confirrao-se ao proposito Pacichell. de Distant. Cap. 1. Membr. 2. Conciol. ad Stat. Eugub. L. 6. rubr. 43. Leit. Fin. regundor. Peg. 5. For. Cap. 83. et tom. 6. Cap. 223. Colleg. Argentorat. ad lit. 21. L. 47. ff. de Termin. mot. Stryk. us. mod. L. 10. Tit. 1. Voet. et Struv. ibidem: Pois que o breve deste Tractado me não permittê digressões sobre toda a matéria, que póde ser objecto de huma Vistoria, e me satisfaço com remissão aos DD. que largamente a tratão: Confira-se tambem Raynald. Crimin. L. 2. Cap. 15. §. 7. com os mais que cita.

§. 17.

Quarto caso: Quando se tracta de verificar confins e identidades de prédios, diz Pacichell. de Distant. Cap. 4. Membr. 3. n. 48. que "*pluribus modis probari possunt, quorum omnium superlativum gradum obtinere solet accessus Judicis, et ocularis loci inspectio, etc.*": E que circumstancias e provas se devão respeitar para se verificarem os confins, e as identidades dos prédios, Vejão-se Pacichell. supra, Leit. fin. regund. Altim. de Nullit. tom. 4. Q. 15. a n.º 143. Valenzuell. Cons. 100. Cald. de Empt. Cap. 21. Peg. de Maiorat. Cap. 6. a n. 234. ad n. 286. com os mais que estês referem.

§. 18.

Quinto caso: Quando se pede a caução de *damno infecto*: "*Dum enim vicinus à vicino propter ruinosa[m] domum imminens periculum pertinet, cit, atque hoc nomine cautionem ab eo petit, item necessarium est, ut oculis ruinosam domus*

„usurpetur, et qua ex parte periculum immineat,
 „videatur; illud enim ex inspectione ruinosa sta-
 „tim apparebit, ut si ventrem faciat paries vici-
 „ni, vel procumbat in ejusdem ades, aut locum
 „L. 17. ff. si servit. vindicet. et sic pro ratione
 „periculi, et damni, quod dari possit, cautionis
 „quantitas a Judice determinabitur. Quæ
 „omnia localem exigunt inquisitionem, id est ocu-
 „larem inspectionem L. 4. ff. de damn. infect., etc.
 Ita Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 1. n. 64.
 Conf. Mul. ad Struv. Exerc. 28. pag. 186. Col. 2.

A prática de obter e executar esta caução
 se póde vêr na minha Diss. 2. sobre os Precei-
 tos Cominatorios manuscripta, e no meu ultimo
 Tractado dos Remedios possessorios a §. 155.

§. 19.

Sexto caso: “*Obtinet quoque ocularis inspectio*
 „*in puncto liquidationis expensarum, et meliora-*
 „*tionis; expensæ enim per rei evidentiam proban-*
 „*tur, deque meliorationibus constare accuratius*
 „*non potest, quam si prædium melioratum oculis*
 „*inspiciatur, et exinde ejusdem æstimatio fiat ab*
 „*illis, qui rerum æstimandarum peritiam habent;*
 „*quæ communis Judiciorum nostrorum praxis est:*
 „*Nam testimonium visus et hoc in casu excellen-*
 „*tius est omni alia probatione. . . . Et sic in Ca-*
 „*mera Electorali pronuntiatum. . . . Circa expensas*
 „*alias idem procedit. An enim voluptuariæ illæ*
 „*sint, an utiles, an necessariæ, id omnino Judici*
 „*perpendendum optime. Hæ ipsæ enim pro diversi-*
 „*tate malæ, vel bonæ fidei possessoris veniunt res-*
 „*tituendæ L. 38. ff. de reivind. Alia ratione au-*
 „*tem, nisi oculari inspectione, certior reddi de iis*
 „*Judex nequit; immo nec opus est alia probatio-*

„ne, cum res sit expresse in oculos incurrens. Hic
 „tamen observandum; quod non omnes expensæ in
 „oculos incurrant, vel ex inspectione dignosci pos-
 „sint, quæ tamen nihilominus restituendæ, sed sub
 „hac distinctione: Aut quis expensas repetit ex le-
 „ge contractus, aut saltem ob ipsam rei meliora-
 „tionem. Priori casu ex gr. si conductor impensas
 „fecerit, etiam illæ restituendæ, quæ in oculos non
 „amplius incurrunnt, ut quæ pro advectione tra-
 „bium, lignorum, aliarumque rerum solutâ, quæ
 „in operarios impensa cæter. Posteriori casu me-
 „liorationis in oculos incurrentis saltem ratio ha-
 „betur, et præsens utilitas sola consideratur, non
 „attento quantis impensis res ab initio extracta.
 Ita Stryk. de Jur. Sens. Diss. 1. Cap. 1. n. 75., 76,
 77. Conf. Mul. ad Struv. Exerc. 28. pag. 186.
 Col. 2.

Concorda com outros DD. Francisco de Angelis
 no Tractado de Impens. et Meliorationib. Art. 6. n.
 46., declarando porém, ut ibi =

„Impensarum et melioramentorum æstimatio
 „feri etiam potest à Judice ex officio et per ocula-
 „rem inspectionem et loci evidentiam. . . . probato
 „tamen ibidem statu antiquo. . . . Pro incunda
 „melioramentorum æstimatione multum prudentis
 „Judicis arbitrium versatur. „

§. 20.

„Pari ratione (continua Stryk. n. 78.) de de-
 „teriorationibus sentiendum. Etenim nec illæ ali-
 „ter nisi per accuratam inspectionem, cognosci
 „possunt: Omnes siquidem circumstantiæ in diju-
 „dicandis deteriorationibus inspiciendæ, cum et
 „interdum ratione diversi respectus meliorata res
 „deteriorata dici possit. . . . Quod si ergo una pars
 „melioratum esse prædium, altera pars idem dete-

„rioratum esse dicat, Judex per ocularem inspe-
 „ctionem negotium componere debet, ita scilicet,
 „ut sequatur verisimiliorem probationem. „

Seria nunca acabar, se me propozesse compendiar o que de diversas especies de bemfeitorias feitas por diversas qualidades de Possuidores, e sobre o modo de estimar humas e outras escreverão Garcia de Expensis, Angelis de Impensis, et Meliorationibus, Peg. tom. 1. ad Ord. in Proem. gloss. 43. Guerreir. Tr. 2. L. 3. Cap. 8. Amat. var. resol. 14., e outros muitos. Só sim quanto a este 6.º caso sou obrigado a advertir; que, segundo a prática deste Reino, por mais que huma das Partes no principio da liquidação queira que, evitando-se Artigos e provas d'ellês, se passe logo o arbitramento por Louvados; e Vistoria sobre as bemfeitorias, não he attendido, a menos que ambas as Partes não convenhão neste antecipado procedimento: E, não convindo nelle, só depois das provas por testemunhas, e na variedade ou inconcludencia dellas he que se recorre a arbitradores, como remedio subsidiario: Veão-se Silv. ad Ord. L. 3. T. 86. §. 2. a. n.º 6., e junctamente Guerreir. Tr. 4. L. 8. Cap. 9. n. 2., 3., 4., e 85.: Neste sentido falla ao proposito Peg. tom. 1. á Ord. pag. 52. a n.º 29. quando diz “*Etsi melioramentorum*
 „*estimatio non fuerit probata per testes, aut*
 „*modum supra relatam, tunc fieri potest per*
 „*Judicem ex Officio, aut per rei evidentiam*
 „*subjiciendo rem oculis, ac se de melioramen-*
 „*tis info. mando; aut per arbitros peritos à*
 „*Partibus electos; quia hic est legitimus, et*
 „*præcipuus modus melioramenta probandi, etc.*”

§. 21.º: he entre nós expressa a Ord. L. 5. tit. 86. §. 1.º: sobre os incendios casuaes, ou por acinte, como se provão, e quem he responsavel aos damnos, Vejão-se Lubler. de Incend., Stryk. vol. 1 Disp. 8. de incendio casuali = Pacion. de Locat. Cap. 30., etc.

§. 22.º: Oitavo caso: Procede-se a Vistoria para estimar o damno causado por animaes nas arvores, searas, ou pastos alheios, Carpov. p. 4. Cap. 27. D. 1. n. 8. Mul. ad. Struv. supra Cod. Judiciar. dos Francezes. Art. 41.: Como porém se devão estimar estes damnos, se pelo estado presente, se pela esperança da producção futura, e com respeito ao dubio evento; he questão, que largamente tratei no Opusculo dos damnos e sua estimação; e Veja-se Peg. Tom. 5. ad Ord. pag. 159. n. 4. Conciol. ad Statut. Eugub. L. 6. rubr. 10. n. 10. Scop. ad Gratian. Obs. 57. Sabell. §. Damnum n. 7. Oter. de Pasc. públ. Cap. 13. a n. 5. Pacichell. de Distant. Cap. 6. Membr. 8. n. 11. E melhor a distincção de Bonden. ad Oter. de Pasc. d. Cap. 13. n. 6. e 7., e largamente demonstrei no meu Tractado dos damnos e sua estimação.

Entre as Vistorias (além das referidas) connumerão o citado Stryk. d.º Cap. 1. Mul. d. Exerc. 28. e Berlich. p. 1. Concl. 47. n.º 5. Id. Stryk. vol. 12. Disp. 6. Cap. 2. §, 32. Scilicet.: 1.º, os exames e corpos de delicto; ou sejião em ferimentos, cadaveres, furtos, infanticidios,

propinação de veneno, etc.: 2.º, a inspecção se o parto he maduro e vital: 3.º, a inspecção sobre a virgindade, a corrupção della; a prenhez: 4.º, a prova da idade pela inspecção da Pessoa (prova que admite a nossa Ord. L. 2.º tit. 54): 5.º, o exame sobre alguma falsidade de escriptura: 6.º, a comparação de letras: 7.º, o exame dos mendicantes que fingem enfermidades: 8.º sobre os viveres que se expõe a vender-se, se são corruptos; ou carnes de animaes morbidos, etc. Em todos estes casos se faz inspecção desses objectos, e são propriamente inspecções oculares esses exames: mas entre nós nunca jámais se denominarão *Vistorias*; mas unicamente *exames*, escrevendo-se como Autos de *Exames*, e não como Autos de *Vistorias*: E attento este commum uso, parece-me que as Leis Patrias, que assignão aos Magistrados os salarios das *Vistorias*, se devem entender das que entre nós se denominão taes, e se fazem nos oito casos, que aqui se referidos; e não devem entender-se dos *exames* nestes casos substanciados nesta Nota, e ainda que *lato modo Vistorias*. A prática do Foro assim o tem interpretado, não exigindo nestes exames os Magistrados os salarios das *Vistorias*, mas outros mais modicos, fazendo-se estes exames commumenté em suas casas, menos os dos Homicidios conforme o Assento de 20 de Novembro de 1770 na Collecção delles N. 242.

ARTIGO III.

Com que qualidade de Peritos se devem fazer estas
 Vistorias: Fôrma da eleição delles, segundo
 a Praxe.

§. 23.

„Pro diversitate objecti diversi etiam adbi-
 „bendi sunt Artifices. An vulnus sit lethale; an
 „morbus sit Sonticus; an venenum propinatum sit
 „malum, mortisque causam dederit, etc., recur-
 „rendum est ad Medicos: . . . De modo agri judi-
 „cant mensores. De ædificiis judicant Architecti.
 „De picturis pictores, etc. Muler ad Struv. Exerc.
 28. pag. 185.: Conf. Guerreir. Tr. 4. L. 5. Cap. 9.
 a n. 15. ibi = Sive à Partibus, sive à Judice eli-
 „gantur semper periti respectu illius rei ad quam
 „eliguntur, sunt eligendi; et illi dicuntur, qui
 „de se dici bene habuerunt in arte sua. Peritus
 „autem in unaquaque arte accipiendus est, secun-
 „dum speciem artis, et non secundum genus: Ne-
 „que enim peritus clavorum erit peritus ensium,
 „aut selopetorum, eo quod utrique sint fabri fer-
 „rarii. . . . Et hoc tauto magis, quando artes es-
 „sent disparis generis. . . . Peritus molendini non
 „probat in bis, quæ super molendino pertinent ad
 „fabrum murarium. . . . Similiter in subalternis
 „eos qui in inferiori arte sunt magistri, in Su-
 „periori nequaquam probare, etc. Stryk. de Jur.
 Sens. Dissert. I. Cap. 2. a n. 40. ibi =
 „Si ocularis inspectio adhiberi debeat, sem-
 „per ejusmodi Artifices adhibendi, qui illam ar-
 „tem profitentur, vel rem de qua quæritur omnium

„optime intelligunt. Et sic peritiores cæteris præ-
 „ferendi. Deinde ex illis præferendi, qui recepti in
 „matricula, et Collegio Artificum. Assumendi au-
 „tem Artifices pro ratione objecti inspiciendi. Si-
 „cut enim de vulneribus Medici judicant; ita si
 „ruinosa domus inspiciendã ad Architectos recur-
 „rendum. Si ex inspectione literarum comparatio
 „manus instituenda, Scribæ et Notarii adhibendi,
 „Si res aliqua vendenda, ac ita ex inspectione æs-
 „timanda; itidem hujus rei peritissimi adisci
 „solent. Pari modo et rusticis creditur, si super
 „rebus ad agriculturam pertinentibus controversia
 „sit, etc.

§. 24.

Este he o systema adoptado na nossa Legislação: A Lei de 20 de Junho de 1774 no §. II. mandou, que para a avaliação dos Predios rusticos se elegessem pelas Camaras Fazendeiros de honra, verdade; e consciencia; e homens para as avaliações dos Predios urbanos com distincção dos respectivos Officios necessarios para a construcção delles. O Alvará de 25 de Agosto do mesmo anno no §. 29. mandou que as Camaras nomeem Avaliadores dos mais prácticos e peritos, que houver, segundo a qualidade dos bens que hão de avaliar: E que para as avaliações dos Predios rusticos e urbanos nomeem tambem Avaliadores dos mais prácticos e intelligentes: O Alvará de 10 de Outubro de 1754 debaixo do Titulo = *Juizes de Fóra e Orfãos* = havia advertido que os Avaliadores devem ser vizinhos do lugar ou sitio aonde estão os bens: porque tem razão para melhor saber o valor e estimação delles: Confira-se o Cod. Judiciar. dos Francezes, Art. 42.

§. 25.

Havendo Louvados peritos da materia sujeita

eleitos do Público, não se devem nomear outros pelas Partes, Cod. Civ. do Imperador José II. §. 203. no fim; Guerr. Tr. 1. L. 1. Cap. 11. a n. 6. e Tract. 4. L. 5. Cap. 9. n. 1., a menos que não sejam suspeitos; pois que podem recusar-se pelas mesmas causas, por que se reprovão as testemunhas, Cod. Civ. supra §. 205. Guerreir. Tr. 1. L. 1. Cap. 11. n. 9. et 15. et de Recusationib. L. 3. Cap. 16. n. 18.

§. 26. Se porém ou não houver Peritos eleitos pela Camara, ou forem suspeitos; em tal caso devem as Partes louvar-se, e a praxe he nomear cada hum tres; e dos tres, que hum nomea aceita o outro hum delles, e sendo algum das Partes contumaz em se louvar, louva-se o Juiz, Peg. tom. 1. ad Ord. pag. 53. a n. 33. Guerreir. Tr. 4. L. 5. Cap. 9. n. 9., 10., 11.: Depois de eleitos pelas Partes não podem recusar-se sem nova e superveniente causa, Valasc. de Partit. Cap. 9. n. 25. Guerreir. Tr. 1. L. 1. Cap. 11. n. 15. Silv. ad Ord. L. 3. T. 17. §. 1. a n. 6. videntur se discordão; deve haver segunda louvação e eleição; nomeando cada huma das Partes tres Louvados, e dos seis escolhe o Juiz hum delles para decidir a discordia dos primeiros, como attesta por praxe Guerreir. Tr. 4. L. 5. Cap. 9. n. 32.: E este terceiro necessariamente deve concordar com hum dos votos discordantes, Ord. L. 3. T. 17. §. 2. ubi Silv. reliquos DD. congerit.

§. 27.

Duvida-se: Se estes Arbitradores, que não são eleitos do Público podem ser constrangidos a aceitar o Compromisso? Silv. á Ord. L. 3. T. 17. §. 1. n. 4. com Mend., e Surd., diz, que não. Da mesma opinião he Valasc. de Partit. Cap. 9. n. 3., e o supõe o Cod. Judiciar. dos Francezes Art. 316. Em

contrario; que podem ser constrangidos pelo Magistrado; defende com boas razões, e varios DD. Guerreir. Tr. 1. L. 1. Cap. 11. n. 12., e 13.; razões a que accrescento, que todo o homem nasce para a Sociedade, e tem obrigação de ser util quanto em si estiver, etc.: se bem que o mesmo Guerreir. depois no Tract. 4. L. 5. Cap. 9. n. 22., e 23. distingue, que antes de accitarem não podem ser compellidos, e só depois de accitarem não podem jámais recusar, e podem ser compellidos, e mesmo com prizão: Isto he o que segue o citado Cod. Art. 316. §. 28.

Estes Louvados não he preciso, que prestem juramento, se já são eleitos do Público, e jurarão em geral cumprir os deveres do seu ministerio; mas não sendo eleitos do Público, e sendo-o pelas Partes, elles devem ser juramentados, e tambem o terceiro eleito no caso da discordia, Guerreir. Tr. 4. L. 5. Cap. 9. a n. 25.; a menos que as Partes lhes não dispensem o Juramento, Peg. tom. 1. ad Ord. pag. 53. n. 39., de quo vide Guerreir. Tr. 1. L. 1. Cap. 8. a n. 19.

ARTIGO IV.

Prática antecedente, concomitante, e subsequente ao acto da Vistoria.

§. 29.

He indispensavelmente preciso citarem-se as Partes para em dia certo assistirem á Vistoria, e fazerem ahi seus requerimentos com a comminação de se proceder á sua revelia, Cod. Civ. do Imperador José II. §. 203. Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 5. a

n. 35. Altimar. de Nullit. tom. 2. rubr. 12. Q. 23.
 n. 98. (e. Q. 7.) tot. Brunneman. na L. 8. ff. Fin. re-
 gund. a n. 9. Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap.
 2. n. II. et 12. (aonde diz, que omitindo-se esta
 citação he nulla a Vistoria). Id. Stryk. vol. 8. Disp.
 16. Cap. 3. n. 85. Oter. de Officialib. Reipubl. Cap.
 21. n. 10. Posth. de manu. observ. 101. n. 8. : sen-
 do porém contumaz alguma das Partes, e não com-
 parecendo, justamente se procede sem nullidade, Cod.
 Civ. supra §. 207. Cod. de Sardenha L. 3. T. 13.
 §. 5. Card. de Luc. de Judic. Discurs. 24. n. 2. e
 he texto bem notavel na L. 3. Cod. Fin. regund. Cod.
 Judiciar. dos Francez. Art. 41. e Art. 297.

No acto da Vistoria devem ouvir-se, e atten-
 der-se os requerimentos das Partes, Card. de Luc.
 supra : Cod. Civ. supra §. 209. *ibi* = *Durante a*
inspecção ocular será livre ás Partes fazer aos
Peritos as advertências, e observações que lhe
parecerem, e julgarem necessarias. Cod. Judi-
 ciar. dos Francezes Art. 317.

Póde duvidar-se ; se no acto da Vistoria se
 podem perguntar testemunhas, visto terem sido cita-
 das ás Partes? se se podem juntar informadores
 além dos Peritos eleitos?

Quanto á 1.ª dúvida: Se a Vistoria se faz no
 termo probatorio, e as Partes querem produzir testemu-
 nhas, como testemunhas no sitio da contenta, e no
 mesmo acto da Vistoria em segredo, nada ha que obs-
 te: mas se as inquirições já estão abertas e publicas, e
 a Vistoria se requer depois, he muito duvidoso pode-
 rem admitir-se attentas as razões, que por huma
 e outra parte (e variedade de Arestos) pondera Fon-
 tanell. Decis. 381. tot. ; nunca erraria totalmente o

Magistrado, que em tal caso admite no sitio outras testemunhas, ou que as repellisse: O Cod. Judiciar. Franc. Art. 38. diz: “*Em todos os casos, onde a vista do lugar pôde ser util para a intelligencia dos depoimentos, e especialmente nas acções de ar- rancamento de marcos, usurpações de terras, ar- vores, prados, valados, tapumes, entreprezas sobre o curso das agoas, o Juiz se transporta- rá, se lhe parecer necessario, ao lugar, e orde- nará, que as testemunhas abi sejam pergunta- das.*”

Quanto á 2.^a: Eu vejo no Aresto transcripto por Peg. tom. 7. For. Cap. 241. sub n. 62. pag. 331. Col. 1.^a, admittidos informadores em que as Par- tes convierão no acto da Vistoria. O Cardeal de Luc. de Judic. Discurs. 24. n. 2. os admite no *Foris- sine* = E tenho visto esta pratica seguida por mui- tos Magistrados: ella com effeito pôde sustentar-se com as razões, que expõe o citado Fontanell. Dec. 381. desde o n. 9. e no n. 27. aonde podem vêr- se; et *maxime* no caso, que figura Stryk. de Jur. Sens. Diss. 1.^a Cap. 2. n. 11. e 12.

§. 33. Se os Louvados devem assignar razões de dicto, e dos seus arbitramentos; he outro objecto de dúvi- da: Alguns DD. dão c. edito v. l. as simples asserções dos Peritos, ainda que não as fundamentem com ra- zões de dicto, Gratian. for. Cap. 600. a n. 21. Pos- th. Civil. resol. 124. a n. 13. Silv. Vad. Ord. L. 4. Tit. 1. in rubr. Art. 4. n. 32.

§. 34. Porém eis-aqui o bello discurso de Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 3.^a a n. 3. ibi = “*An autem id operetur, visus, ut persona, quæ*

rem oculis inspexit, et ex hac inspectione iudicium
 suum exponit, non obligetur ad reddendam ratio-
 nem, quare ita sentiat? Hoc ipsum distinguendo
 resolvimus. Aut non petita relationis ratio, ab il-
 lo, cui ocularis inspectio commissa, aut petita. Si
 ratio quare ita sentiat Artifex, a Iudice non petita,
 nec ille proprio motu eam reddere tenetur. Quan-
 do enim testis super dependentibus à peritia artis
 suæ deponit, et principalis depositio est de re sen-
 su perceptibili, licet in quantitate apprehensionis
 adhibeatur iudicium intellectus, attamen valet di-
 ctum sine ratione expressa. Et alias in his, quæ
 organo oculi corporalis percipiuntur, sufficit dictum
 testis nudum sine addita ratione. Si vero a Iudice
 ratio petita, utique Artifex illam reddere obliga-
 tur: Et id præsertim eo casu, si causa, propter
 quam inspectio instituitur, non statim in oculos in-
 currat; sed per indicia tantummodo sensibus obvia,
 aliquid intellectu colligendum; ut si virginitas pro-
 banda; si graviditas demonstranda, utique de eo
 ex indiciis tantummodo constabit, ex quibus dein-
 de in intellectu formandum conclusum. Et hac in
 parte verum illud canonum assectum = manus ob-
 stetricum fallitur, nec non et oculus = Cap. cau-
 sam matrimoni X de Probat., Cap. Nec aliqua
 Cap. 27. Q. 1. Rationes itaque hic adducendæ, quæ
 ipsas commoverint ad hoc vel illud asserendum; si-
 cut et alias omnis testis ad id obligatus de re ma-
 gis in intellectu, quam sensu consistente. Sic si ra-
 tione ætatis persona inspicienda, non statim fides
 adhibenda asserenti illam tot vel tot annorum esse,
 nisi et rationem reddat; etc. Pari ratione si Iudex
 mittat quosdam, qui adhibita oculari inspectione
 æstiment certum prædium; tunc si hi referant æs-
 timationem tot vel tot thalerorum esse, non credi-

„ ipsis nisi dicti sui rationem reddant; castimatio
 „ enim rei magis ad iudicium pertinet, quam ad sen-
 „ sum corporis: Unde causa quare sibi tanti res aesti-
 „ manda videtur, omnino exprimenda, ut inde Judi-
 „ ci constare possit, quantum relationi ipsius tribuen-
 „ dum. „

Concordão Conciol. For. All. 64. n. 21. Fon-
 dut. Civil. P. 2. Cap. 106. n. 31, e o Card. de Luc.
 de Judic. Disc. 33. n. 34.

§. 35. Seria para desejar, que neste Reino se adoptasse
 a prática que estabeleceu o Imperador José II. no Co-
 digo Civil §. 213. ubi = *O Juiz deverá fazer lo-
 „ go ás Partes lectura da relação dos Peritos, an-
 „ tes que ás Partes se retirem do lugar, e em que
 „ se fez a Vistoria, e se abi se acha alguma obs-
 „ curidade ou outro defeito, elle o fará corrigir
 „ logo.* „ Se assim se praticasse, se evitarião segun-
 das e terceiras Vistorias, que por isso mesmo prohibe
 o citado Cod. §. 214. no fim.

§. 36. Feita assim, e subscripta a Vistoria; se respeitamos
 a praxe ou estilo escripto por Peg. tom. 4. ad
 Ord. pag. 131. Col. 2. n. 8. elle diz = *Vistoria
 não se dá della vista ás partes, e sem isso se ajun-
 ta* = O mesmo Peg. no tom. 1. á Ord. pag. 132.
 n. 70. disse = *De inspectione oculorum non datur
 Cópia Partibus nisi Judicibus ita videatur, sed
 cum illa sunt acta conclusa et sic servat styllus,
 et ita iudicatum fuit* = Tenho visto que alguns
 Magistrados mandão dar vista ás Partes para alle-
 garem de Direito sobre as Vistorias, como novas pro-
 vas, quando são feitas depois de abertas e públicas
 as inquirições: O que he racionavel, e póde fundar-
 se na doutrina de Barboz. e Tab. L. 9. Cap. 93. ax.

6: ubi = *Inspectione oculari facta, non statim de-
 ,, super fertur Sententia; sed cum illa sit loco at-
 ,, testatorum, Partibus relinquenda est cause de-
 ,, ductio* ,, Adde Brunneman in L. 8. ff. fin. regund.
 n. 10. Stryk. vol. 8. Disp. 16. Cap. 3. n. 86. viden-
 dus. Se porém a Vistoria se faz no termo probato-
 rio costuma deíxar-se em segredo com os depoimen-
 tos das testemunhas, e de tudo se dá vista ás Partes
 para as allegações finaes; tempo em que lhe fica li-
 vre arguirem os erros, e requererem segunda, como
 passo a demonstrar no seguinte Artigo.

Que se possa embargar qualquer Vistoria
 e se suppõe praticado no Acordão transcripto por
 Peg. tom. 6. ad Ord. pag. 27. n. 45., e se es-
 tá praticando quotidianamente, arguindo-se os
 erros, paixões, ou seducções dos louvados; e is-
 to em ordem a se proceder a segunda Vistoria,
 como ao diante se verá no Artigo 5.º

ARTIGO V.

*Se se pôde conceder segunda e terceira Vistorias na
 mesma Causa; e sobre o mesmo objecto?*

§. 37.

Se neste Reino se adoptasse a prática estabele-
 cida pelo Imperador José II. (§. 34.), ficaria super-
 flua a disputa desta Questão: Porém em quanto se
 não adopta, sou obrigado ao exame della.

Houve DD. sustentando "*quod accessus Judi-
 ,, cis ad locum differentie cum peritis non debet
 ,, concedi postquam ipse alias semel, atque iterum
 ,, accesserit; cum accessus de sui natura repeti non*

„*possit, nisi forte per modum revisionis allegato*
 „*errore. Atque hoc est intelligendum etiamsi ac-*
 „*cessum petens offerat illum peragere propriis sum-*
 „*ptibus, absque spe repetendi illam refectionem.* „

Assim Pácichell. de Distant. Cap. 4. n. 50. e 51.:
 Fontanell. Decis. 282. a n. 22. diz que raras vezes
 viram conceder 2.^a Vistoria, e que facilmente a viram
 denegar.

Esta opinião tem plausibilidade, porque

sendo a Vistoria hum arbitramento de Louvados;
 a nossa Ord. L. 3. tit. 17. §. 2., só admite se-
 gundo; allegando-se erro do primeiro, ut ibi
 = *recontando a razão do seu agravo*, etc.,
 et §. 5. ibi = *Se alguma della se sentir ag-*
rada, etc.

§. 38.

Outros DD. só admittem 2.^a Vistoria, ou quan-
 do na primeira se não fez huma completa averigua-
 ção de todas as circumstancias; ou quando na relação
 dos Louvados houve alguma contradicção, Ferreir.
 de Nov. oper. L. 6. Disc. 11. n. 9.: O Cod. Judi-
 ciar. dos Francezes Art. 322, permite ao Juiz man-
 dar proceder a 2.^a *ex officio*, quando a 1.^a não he
 exacta por outros Louvados, podendo exigir dos da
 1.^a os indicios e informações que lhe parecerem con-
 venientes.

§. 39.

Outros absolutamente defendem ser concessivel a
 2.^a Vistoria *expensis petentis*, e que não pôde dene-
 gar-se-lhe, Ferreir. de Nov. oper. L. 2. Disc. 14. n.
 22. Brunneinan. na L. 8. ff. Fin. regúnd. n. 9. Ber-
 lich. P. I. Concl. 47. n. 38.

Com effeito notamos neste Reino praticar

das 2.^a e 3.^a Vistoria, como se observa em Peg. tom. 4. For. Cap. 53. n. 13., e no tom. 7. For. Cap. 241. pag. 304. Col. 1., et pag. 305. Col. 2. in fin., pag. 310. Col. 1., e no tom. 6. ad Ord. pag. 26. Col. 1. et pag. 41. n. 36. et alib. passim: Eu as tenho visto conceder repetidas no mesmo Processo, ou seja para de novo se examinarem circumstancias omissas na primeira Vistoria, ou seja para corrigir erros demonstrados: Porque com effeito os votos dos Peritos admittem prova em contrario por outros, como se deduz do Alvará de 14 de Outubro de 1773, e terminantemente Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 11. Cap. 3. a n. 10. cum seq. *omnino videndus.* §. 40.

Se bem que, sendo notoria e visivelmente errado o arbitramento dos Louvados, nem ainda he necessaria segunda Vistoria para corrigir o seu erro: Porque o Juiz não he obrigado seguir cegamente hum errado arbitramento dos Louvados, e pôde corrigillo julgando o contrario. Oter. de Official. Reipubl. p. 2. Cap. 21. n. 27. Ferreir. de Nov. oper. L. 2. Disc. 13. n. 19. et 22. Sabell. §. Pericia sub n. 7. Pacion. de Locat. Cap. 34. §. 5. n. 95. et 96. Altimar. de Nullit. tom. 6. Q. 37. pag. 86. *¶ Judex*, et pag. 87. Col. 2. *¶ Verum si Judex* = Cod. Judiciar. dos Francezes Art. 323.

ARTIGO VI.º
 Quem deve contribuir com as despesas e salarios para as Vistorias?

Senon Juiz ex officio manda proceder a Vistoria; devem as despesas ser pagas oportunos e os Litigantes; e mas o vencedor repete depois do vencido a parte que assim contribue. Solan. Cog. 157. n. 18. Met. 19. (ainda que hum das Partes o contradiga) Altimar. de Nullit. tom. 2. rubr. 12. Q. 23. n. 100. Stryk. de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 2.º n. 45.

Se hum das Partes requer a Vistoria, deve preparar todos os salarios e pagallos. Berlich. P. II. Concl. 47. n. 37. Stryk. supra n. 45. Fontanell. Decis. 381. n. 26. (Mas a final, sendo vencedor, repete estas custas, Solan. Cog. 15. n. 15. Met. 16.) Cohf. Berlich. P. I. Concl. 47. n. 37. Stryk. vol. 8. Disp. 16. Cap. 3. n. 92. Cod. Judicial. dos Francezes Art. 301.

Se requerida por hum das Partes, a outra quer assistir a ella, se se louva, se nella requer sua Justica, deve pagar ametade, Fontanell. Decis. 382. n. 27.

Se os Magistrados, aos quaes na fórma do §. 45. do Regimento do Desembargo do Paço se commette o conhecimento de algumas Causas, podem executar suas Sentenças fora dos seus Territorios, e se a tanto se extendem as suas Commissões, etc.

Supplemento á Nota 572. das segundas Linhas, e á Nota 29.

EM mais de 30 annos que sou versado no Foro, tenho observado que homens Sábios não podem fixamente assentar; se os Juizes, a que pelo §. 45. do Regimento do Desembargo do Paço se commette o conhecimento de algumas Causas, são propriamente Delegados do Principe, ou Commissarios; e se a sua jurisdicção he delegada, ou suscitada? Na verdade a Questão, que faz o objecto da presente Dissertação, depende desta precisa separação e prenoção; porque varia essencialmente a resolução, decidindo-se ser delegada, suscitada, ou commissaria a sua jurisdicção: E não he tão facil como ha pouco ex abrupto decidio hum Juiz de Fora.

Com effeito: Se os Magistrados, aos quaes pelo d. §. 45. se commette o conhecimento da Causa, são propriamente Delegados do Principe; então assenta a mais commua resolução dos DD., segundo o Direito Canónico, e ainda Civil, que elles podem executar

as proprias Sentenças, que passam em julgado, com tanto que as executem dentro de hum anno, Stryk. vol. 5. Disp. 1. de Delegato Principis Cap. 3. a n. 100. Brunneman. de Process. Civil. Cap. 29. n. 8. Perez in Cod. Tit. de Execut. rejudic. n. 3. Fragoz. de Regimin. Reip. P. 1. Liv. 4. Disp. 10. §. 1. a n. 126. Ridolfin. in prax. P. 1. Cap. 13. n. 630. Silv. ad Ord. L. 3. T. 86. in princip. n. 45. Altim. de Nullit. Sent. Rubr. 10. Q. 17. a n. 19.

§. 3. Outros DD. pelo contrario dizem, que a jurisdicção do Juiz Delegado indistinctamente finalisa pela sua Sentença; que elle não a pôde executar, e que precisamente deve tratar-se a execução no competente foro e Juizo ordinario do domicilio do condemnado: Assim os muitos DD. que refere o citado Altim. n. 18., e o nosso Moraes de Execut. L. 6. Cap. 11. n. 9., sem hesitação o segue, equiparando as Sentenças dos Juizes Arbitros, que elles não podem executar, como suppõe a Ord. L. 3. T. 16. §. 2. com as dos Juizes Delegados; e resolvendo, que em hums e outros se extingue a sua jurisdicção pela Sentença, e não podem jámais executalla.

§. 4. Se não são propriamente Delegados, mas a sua jurisdicção he só suscitada, e ampliada no seu proprio territorio para conhecer de Causa de pessoas, que lhe não são subditos; então ficamos na regra geral, que não podem executar as suas Sentenças no territorio alheio, em que estão os bens do condemnado, Moraes L. 6. Cap. 11. a n. 4. Conf. infra §. 8.

§. 5. Se são propriamente Commissarios; então a jurisdicção se extingue pela sua Sentença, e ao Ordinario do lugar fica competindo a execução, Gail. L. 1.

Obs. 1. n. 53. Stryk. vol. 5. Disp. 1. de Delegat. Princip. Cap. 1. n. 21, ibi = Commissarius Sententiam à se latam exequi nequit, sed executio ejus ad Superiorem spectat: nam statim postquam Commissarius pronuntiavit, functus est officio suo, et ordinario executionem relinquit, etc. Idem Stryk. vol. 7. Disp. 29. *De clausulis Commissionum* = Cap. 1. a n. 82., eonde expando as differenças dos *Delegados*, e *Commissarios*, diz, ut ibi = An Commissarii et Delegati inter se differant? Commissarios facultate exequendi destitui, quod tamen Delegati facere possunt, etc. Id. Stryk. us. mod. L. 1. T. 21. sub §. 4. ¶. *Quamvis hodie.* =

§. 6.

Taes na materia sujeita, segundo os Direitos Canonico, e Civil, são as differenças das jurisdicções para o ponto que tratamos da execução das Sentenças: Devemos pois, antes de passarmos ao systema moderno da nossa Legislação, indagar conforme os mesmos Direitos: 1.º, qual he propriamente a jurisdicção *ordinaria*: 2.º, qual a *delegada*, e então: 3.º, qual a *suscitada*, especialmente: 4.º, qual o *Delegado do Principe*: 5.º, qual segundo os Romanos era a *jurisdicção Mandada*: E depois destas prenoções, passarei a indagar, segundo o nosso Direito Patrio: 1.º, qual destas Jurisdicções he a que se deve subentender concedida pelo d.º §. 45.: Ou 2.º, se he mais propriamente huma Avocação de Causa de hum Juizo para outro: E em todo o caso: 3.º, se a jurisdicção se extingue ou não pela Sentença: Em consequencia: 4.º, se o tal Magistrado pôde ou não executalla fóra do seu territorio. *Faxit Deus!*

§. 7.

O *Juiz ordinario*, diz o nosso Guerreir. de Recusat. L. 5. Cap. 5. n. 3. "Ut sit ille, qui pro-

„ priam jurisdictionem à lege circa causarum univer-
 „ sitatem exercet; vel ille, qui propriam jurisdic-
 „ tionem habet ex sua persona, „ Consonat. Ord. L. 1.
 „ F. 65. ubi Peg. : *Juiz Delegado*, define o mesmo
 „ Guerreir. n. 4. “Judex delegatus est, cui, vel ad
 „ causam cognoscendam, vel definiendam, aut exe-
 „ quendam, vel in totum à lege, vel a Principe,
 „ mandata vel data est jurisdiction, nihil proprium
 „ habens, sed totum à Mandante recognoscens, „ *E*
 „ *jurisdicção suscitada* ou excitada diz o mesmo Guer-
 „ reir. n. 8. que se verifica “quando Princeps, vel Su-
 „ perior potestatem habens excitat, ac movet jurisdic-
 „ tionem Judicis ordinarii, dando ei potestatem co-
 „ gnoscendi ultra casus, de quibus tanquam ordina-
 „ rius tantum cognoscere poterat habitâ ratione ad
 „ jurisdictionem ordinariam, vel ordinariæ compara-
 „ tam, etc. Advertindo no n. 10. e 11. que “In
 „ tali casu Judex manet etiam ordinarius, quoad cau-
 „ sam ei commissam per jurisdictionem excitatam;
 „ nam Commissio, seu delegatio non efficit, ut Ju-
 „ dex ordinarius dicatur delegatus, sed excitat tan-
 „ tummodo jurisdictionem. . . . Princeps committendo
 „ Judici ordinario causam, non videtur delegare, sed
 „ excitare jurisdictionem, etc.

§. 8. Em consequência he bem evidente que o Juiz,
 aliás ordinario, a quem a jurisdicção se suscita para
 o conhecimento de alguma Causa, que lhe não per-
 tencia, só fica exercendo a jurisdicção ordinaria den-
 tro dos limites do seu territorio, porque aliás sem
 expressa Faculdade do Tribunal Palatino (como sup-
 põem o §. 86. do seu Regimento); não pôde ir fa-
 zer acto jurisdiccional fóra do proprio territorio, em
 differença do Juiz Delegado, Fragoz. de Regim. Reip.
 P. 1. L. 4. Disp. 10. §. n. 100. in fin. ibi = Illud

hic addi potest, quando jurisdictionis delegatur, potest
Judicem ordinarium limites suae jurisdictionis ordi-
nariae transilire: Secus vero, quando procedit tan-
quam ordinarius; *etiamsi excitetur per literas*
Principis.

Só pois resta examinar, em que circumstancias a
jurisdição se entenda *delegada*, ou só *suscitada*?
O mesmo Guerreir. em 24. e 25. se explica assim
constituindo esta geral distincção = Quando ex ver-
bis, et modo loquendi potest colligi Delegantem
habuisse respectum ad personam delegatam, dele-
gatio est personalis, et ex ea ordinarius efficitur de-
legatus: quando vero respectus non habetur ad per-
sonam, sed ad officium, seu dignitatem, jurisdi-
ctio non censetur pure delegata, sed tantum exci-
tata, et suscitata, et ex ea ordinarius non efficitur
delegatus = Conf. Fragoz. S. n. 100. E como
com muitos DD. adverte Peg. tom. 5. ad Ord. L. 1.
T. 65. in princ. n. 16. “quod quando Judici ordi-
nario aliquid praecipitur, debet Commissio inter-
pretari, ut non censeatur aliquam jurisdictionem de-
legatam ei tribuere, sed ordinariam excitare, nisi
aliud manifeste apparuerit.” Optime et omnino
videndus Bovadilh. Lin. Polit. L. 2. Cap. 21. an. 25.
et 30.

A: jurisdição *Mandada*, de que trata o Direito
Romano nas Pandect. L. 1. T. 21. expirou com os
Magistrados dos Romanos, se acreditamos Schilter.
Exerc. 5. ad ff. thes. 22. ibi = Cum ratio mandandae
jurisdictionis ex more majorum apud Romanos in-
valuerit, ita cum his et illam expirasse, ut hodie-
nis moribus vix actum vix quidem is, cujus juris-
dictio mandata dici possit, existat.” Aliter Stryk.

us. mod. L. 1. T. 21. §. 3. onde conclue "quod
 Commissarii hodierni ita dati, ut nomine commit-
 tentis causam Sententia sua plene componant, sint
 mandatarii jurisdictionis; et hinc illa, quæ his Ju-
 re Romano competunt, non esse deneganda.," Es-
 ta discordia compõe o celebre Thomaz. Not. de us.
 hod. ad Pand. L. 2. tit. 1. pag. 40. dizendo "Quam-
 vis enim verum sit, aliquando Commissionis teno-
 ri inseri, ut Commissarii possint Sententia causas
 derimere; tamen propterea eorum jurisdictio nec
 propria est ex stillo Juris Romani, quia *Commissa-
 rii* eam non habent ex Jure Magistratus, nec man-
 data, quia habent à Principe; Judex enim manda-
 tarius Principis est paradoxon Juris Romani, et
 cui a Principe data est jurisdictio, is proprium ha-
 bet. Neque terminus *mandata* jurisdictionis occur-
 rit in L. 5. Cod. de Judic. ad quam provocant,
 etc.

§. II.

Finalmente: *Commissarios*, quaes erão segundo
 os costumes, e Leis dos Romanos? *varii varia di-
 xerunt*, Stryk. vol. 7. Disp. 29. de *clausula Com-
 missionum* Cap. 1., vindo a concluir a n. 122. se-
 gundo o uso hodierno, ut ibi = Decerni vero ut
 plurimum solent Commissarii ad concordiam et jus-
 titiam, ita ut ante omnia concordiam promoveant,
 si vero hæc recusetur, tunc secundum justitiæ re-
 gulas causam dirimant: Ac potestas eorum non
 amplissima est, sed secundum commissionem, et
 quidem strictissime, ac ad amissim omnia perage-
 re debent, ut alias juris est notissimi. Dantur vero
 nonnulli vel ad simplicem causæ cognitionem, hoc
 est ut ea explorata desuper referant, qui modus
 est maxime in usu alii etiam ut votum adjungant
 suum; Alii ut etiam Sententiam superadant, adeo-

que totam causam decident: Alii denique ut etiam Sententiam suam exequantur, si commissio decreta sit cum clausula = remota appellatione = Sic quoque ex Commissionis formula dependet modus procedendi, sæpe enim committi solet causa expedienda de plano, etc. Omitto as diferenças entre todas estas especies de jurisdicção, que podem vêr-se em Stryk. nos lugares citados, e em Fragoz. supra.

§. 12.

Depois destas prènoções segundo os Direitos Romano, Canonico, e uso das Nações, passemos ao systema da nossa Legislação. O §. 45. de que tratamos se explica por esta frase = *Provisões* para os Corregedores. . . . Juizes de fóra *poderem conhecer de alguns feitos ou causas*, quando as partes allegarem razões para isso; e isto pedindo *as taes Comissões* a pessoa menos poderosa. . . . e estando o Julgador a que se as taes causas commetterem dentro de dez legoas. . . . E não se concederão as ditas *Provisões*. . . . para se levar alguma Parte de fóra ao lugar aonde morar o que pedir a *Comissão*: E as ditas *Comissões* se não concederão para Ouvidores de terras de Senhores, etc. Em outros semelhantes casos usa das mesmas palavras o Legislador na Ord. L. 1. T. 1. §. 24. ibi = os feitos que lhe estiverem *commettidos*. . . . fazendo o Regedor *Comissão* a Desembargador que officio outro não tenha = L. 1. T. 6. §. 9. ibi = Desembargador, a quem *commettermos* algum feito = L. 1. T. 2. §. 7. ibi = *Committerá* os feitos, etc. et tit. 4. §. 4. ibi = fará as *Comissões* a outros Desembargadores. . . . quando houver de fazer a *Comissão*, etc. Não se notando huma só palavra expressiva de *Delegação*: Só a de *Comissão*, de que a propriedade e effeito; he o que já vimos (§. 5. e

§. 11.) Concorda a Ord. L. 2. T. 43. in princ. ibi = o Julgador ou *Commissario* a que (a Provisão) fôr apresentada, etc.

§. 13.

Depois da extincção do Imperio Romano, estas Commissões de causas, não são jámais Delegações, e Mandatos de jurisdicções; são de nova e diversa natureza, huma regalia do Principe para fazer avocar causas competentes ao conhecimento de hum Juiz, e commettellas a outro; tendo hoje outro nome de *avocação de causas*; como largamente prova Castilhoim. 7. Controv. Cap. 41. a n. 120. ibi = *Item*, „*evocandi* ad se omnes causas tam incipientas, „quam inceptas, et pendentés coram ordinariis in „quacumque parte judicii, et in quocumque statu, „*aliisque committere*, et delegare competit regibus „ratione maioræ, seu regalæ, estque Jus regale Super „preum, etc.

§. 14.

He repugnante a toda a razão, e a toda a equidade, que qualquer pessoa seja arrancado violento do juizo do seu domicilio em primeira instancia para ir litigar em outro; como declama Mell. Freir. L. 4. T. 7. §. 32. na Nota; optime Boehmer. ad Pandect. Exerc. 56. §. 1 e 2., aonde admiravelmente expõe os prejuizos, e inconvenientes que resultão do contrario: Bem os teve em vista a Ord. L. 1. T. 65. §. 18. em quanto manda “ a todos os Juizes e „Justiças..... que de feitos conhecerem, que não „remettão feito algum..... a outro algum superior, „sem nosso especial Mandado, mas processem os feitos e dêem nelles Sentença final..... salvo nos casos, que lhes expressamente mandarmos, etc. E por isto he que no Liv. 3. T. 11. se manda que qualquer só possa ser demandado no seu Juizo, e a Ord.

L. 3. T. 20. §. 9. e T. 49., permite a declinatoria do foro, etc. A menos que ou a natureza da causa, ou o privilegio especial das Pessoas (de quib. Mell. d. §. 32.) não sejam mais forçosos para cessar em geral o favor dos réos, (se bem que contra taes privilegios declama Mello.)

§. 15.

Póde ser que hum Auctor careça de algum daquelles privilegios, mas que concorram as urgentes causas, que faz precisas o nosso §. 45. O Legislador pois permite em falta de privilegio, e pelas mesmas causas, que hum menos poderoso leve a diverso Juizo o mais poderoso debaixo das circumstancias, que requer o mesmo §. 45.: Mas bem reflectido elle, ou he huma dispensa das mais Ordenações referidas e outras, ou contém hum novo privilegio concedido ao menos poderoso contra o mais poderoso, ou hum attributo da regalia do Summo Imperante. Se se considera como *Dispensa* das Ordenações, he huma Graça estricta por natureza Barboz. vot. 58. Peg. tom. 2. ad Ord. pag. 39. n. 93.: O mesmo se olha como *Privilegio*, Boehmer. ad Pand. Exerc. 14. = *de Finib. privilegiorum regundis* = Stryk. vol. 4. Disp. 24. *De privilegiorum interpretatione* = Se como *Commissão*, já vimos no §. 11. a sua indole, e natureza: se finalmente, como *avocação* de causa de hum para outro Juizo; estas avocatorias, ainda que dependentes do Real Poder, e arbitrio (§. 13.) são odiosissimas, offensivas das Partes, prejudiciaes á Republica, de huma strictissima interpretação, como bem advertem Castilh. tom. 7. Cap. 41. n. 123. Bovadilh. in Politic. L. 2. Cap. 16. a n.º 100. *omnino videndus*; Pondut. de Prævent. p. 1. Cap. 7. a n.º 7. Cyriac. Contr. §15. Salgad. de Supplicat. p. 2. Cap. 31. n.º 90.; Fontanell. Decis. 522. Hev. Volant. in

Cur. Filip. L. I. Cap. 9. n. 6. Addentes ibidem n.º 4. optime Fabr. in Cod. L. 3. T. I. Def. 1.: E nos termos de nosso mesmo §. 45., assim o disse Peg. ibidem n.º 18. tom. 2. et tom. 7. ad Ord. ad Regim. Senat. Palat. Cap. 35. sub. n. 2. *Et hujusmodi rescripta sunt limitanda.* =

§. 16.

Eis-aqui a formalidade com que costumão conceder-se as referidas Provisões = Faço saber a vós Juiz de Fóra de N. que; etc. "*Hei por bem ordenar-vos, que tomeis conhecimento da causa de que se trata, e que ouvidas as Partes, a determineis com Justiça, dando appellação e agravo, nos casos; em que couber para Juizo competente, e havendo autos vos serão levados no estado em que se acharem; cumprindo-se esta Provisão como nella se contém.*"

Tal he o antigo Formulário, com que na conformidade do dito §. 45. se passam estas Provisões: E por mais que se requeira que o Juiz de Fóra conheça tambem da execução (como muitas vezes tenho requerido) nunca se excede este Formulario, ficando nós na intelligencia de que taes rescriptos não se concedem *ultra solitum*, e na regra = *Princeps unum concedendo de duobus petitis videtur alterum denegare*, Altrograd. L. I. Cons. 2. n. 36. Sabell. §. Princeps. n. 22.: Quando assim a Commissão (ainda Delegação) he restricta para o conhecimento a é a definitiva, expira, proferida esta, Silv. ad Ord. L. 3. Tit. 66. §. 6. n. 26.

§. 17.

Nota-se 1.º, neste Formulario de taes Provisões, que nellas se não encontra huma só palavra expressiva de *Delegação* ou equipolente daquellas, que a significação, e que expõe Fragoz. P. I. L. 4. Disp. 10.

§. 1. Bovadilh. in Polit. L. 2. Cap. 21. a n.º 27., e só se manda ao Juiz de Fóra, Corregedor, ou Provedor que conheça da mencionada causa dando appellação, e agravo, etc. E não se podendo dizer *Delegado do Principe*, cessa a opinião prenotada no §. 1. que permite ao Delegado do Principe executar a propria Sentença: Bem que ainda aqui ha a distincção, de qua Silv. ad Ord. L. 3. T. 66. §. 6. n.º 26. et 27.

§. 18.

Nota-se 2.º, que commettida assim a causa a hum Corregedor ou Juiz de Fóra, não *nomine persone*, mas *nomine Officii et dignitatis* (tanto assim que passa o conhecimento a seu Successor) e sem outra alguma expressão, fica a sua jurisdicção sendo propriamente *suscitada*, e não *delegada* (§. 7., 8., 9.) E por isso, não podendo exceder os limites do seu territorio sem outra expressa Graça (§. 8.), não pôde executar a sua Sentença em bens que estejam fóra do seu territorio, e necessariamente deve deprecar o Juizo em que está a pessoa, e em que estão os bens do condemnado (§. 4.)

§. 19.

Nota-se 3.º, que estas Provisões não alterão as alçadas, nem os salarios, nem a ordem e fórma do procedimento regular, e mandão dar appellações e agravos para os Juizes aliás competentes dos mesmos Magistrados, quando conhecessem como ordinarios das causas dos seus territorios, etc. E por isso á fortiori, he suscitada, e não delegada a sua jurisdicção. DD. S.º §. 17. Guerreir. de Récus. L. 5. Cap. 5. a n.º 13., e as consequencias são as mesmas (§. 4., 17., 18.)

§. 20.

Nota-se 4.º, que quanto ao Poder de executar esses Magistrados as suas Sentenças, nada di-

zem as Provisões, nem expressamente llic. concedem tal jurisdicção para esse fim: E necessariamente deve interpretar-se, que a jurisdicção commettida expirou pela Sentença, e que não pôde já mais executalla: Interpretação, que se faz provavel, e provada com as seguintes razões.

Primeira: Porque assim o faz interpretar a natureza strictissima destas Graças, ou se considerem como *Dispensas, Privilegios, Commissões, ou avocações de causas* (§. 14. 15., juncto o §. 11.): E na figura de *Commissarios* (pálavras com que na materia sujeita se explica o nosso Legislador §. 12.); não podem executar as próprias Sentenças (§. 5.): O que bem se evidencêa com os outros casos referidos nas Ordenações citadas no §. 12., nos quaes nunca já mais esses Desembargadores, a quem o Rei, ou em seu nome o Regedor commettem os Feitos, executão as próprias Sentenças.

Segunda: Porque consideradas estas Provisões, como avocatorias de causas (§. 13. et 15.); he bem notavel o §. 23. da Ord. L. 1. T. 58., aonde tratando o Legislador de casos semelhantes, de que os Corregedores fóra dos Juizos dos domicilios podem conhecer por acção nova, ou avocatorios, diz que os *processarão, e determinarão finalmente conforme sua alçada*: E a praxe de julgar tem interpretado, que esta jurisdicção se não amplia ás execuções, que devem necessariamente fazer-se no domicilio do réo condemnado; Guerreir. For. Q. 82. pá. n. 11.

§. 23.

Terceira: Porque a instancia da causa termina pela Sentença final, tanto assim, que expira o mandato ao Procurador constituido para essa demanda, Ord.

L. 3. T. 27. in princ. A execução da Sentença he hum Juizo novo, em que se requer nova citação, Ord. L. 3. T. 86. in pr. Tit. 9. §. 12. in fin. Tit. 76. §. 2. L. 2. T. 53. §. 1. Moraes de Execut. L. 6. Cap. 1. n. 22. Bem como a liquidação he hum Juizo novo, em que tambem se requer nova citação, Moraes S. n. 57. Guerreir. Tr. 4. L. 8. Cap. 9. n. 9., tanto assim que para a execução e liquidação não basta citar-se o Procurador, Moraes n. 23., não sendo elle tal, que podesse ser citado no começo da demanda como com os mais reinicolas concilia Silv. ad Ord. L. 3. T. 86. in pr. n. 63. E daqui vem a ser indispensavel fazer-se no Juizo do condemnado a execução, ainda que a Sentença que se executa seja proferida na Supplicação, ou pelo Corregedor do Cível da Corte, como com os mais reinicolas prova Silv. ad Ord. L. 3. T. 86. in princ. n. 16., sobre o que refere hum antigo Assento, Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 105. n. 705. *ibi = Sentenças dadas pelos Corregedores da Corte, ou Desembargadores dos agravos entre pessoas, que não podem trazer seus contendores á Corte, se não podem executar, nem liquidar no dito Juizo, etc.* Conf. Guerreir. Tract. 4. L. 8. Cap. 9. n. 5.

§. 24.

He verdade que a execução e liquidação se pôde fazer pelo Juiz mesmo que proferio a Sentença, quando o que a obtem em seu favor he hum daquelles, que gozão de privilegio pessoal, e especial como as viúvas, orfãos, e os mais que refere Mell. L. 4. T. 7. §. 32., como assim limitão os citados Silv. a n. 17. et 39. Guerreir. a n. 6. Mas para este fim he necessario hum Privilegio tal, qual tem expresso essas Pessoas: só a respeito dellas se limita a regra, de qua §. 23.: E como estas Provisões não a limitão,

nem facultão aos Commissarios, executar suas Sentenças = Regulæ in dubio inhærendum est, donec contrarium sive exceptio probetur, etc. Barböz. et Tabor. L. 16. Cap. 131. ax. 7.º, maxime attenda a stricta natureza de taes Commissões; e o odioso dellas (§. 15.): O simile do Juiz Arbitro, de quo Silv. ad Ord. L. 3. T. 66. §. 6. n. 14., não he para desprezar.

Quarta: Figure-se appellada huma Sentença deste Commissario, e confirmada ou revogada na Relação: Elle *functus est officio suo*; a Comissão acabou pela Sentença appellada, e a jurisdicção se devolve na causa ao Superior: Quem hade pois executar a Sentença da Relação contra o condemnado de territorio diverso? O Commissario? Porque titulo? Pelo de Commissario? A Comissão acabou pela Sentença, de que se appellou, e acabou o conhecimento, que se lhe commetteo da Causa até dar appellação e agravo. A execução da Sentença da Relação já he hum Juizo novo e diverso (§. 23.) Como pôde pois hum tal Commissario executar a Sentença sua, ou da Relação, sem nova Comissão? Nunca o pude comprehendere: E por isso sempre costumei impetrar nova Provisão para a execução das Sentenças.

Nota: Pelo menos não he a decisão tão facil, e sem dúvida, como suppoz hum certo Julgador, rejeitando in limine, como calumniosa, hum excepção de incompetencia, que se lhe oppoz, querendo executar em diverso territorio huma Sentença, que proferio como Commissario por huma tal Provisão, sem nem ainda ao menos ouvir as Partes.