

HISTORIA DAS INSTITUIÇÕES
DO
DIREITO ROMANO,
PENINSULAR E PORTUGUÊS

Composto e impresso na Typographia França Amado,
rua Ferreira Borges, 115 — Coimbra.

MARNOCO E SOUZA

Lente da Faculdade da Direito

HISTORIA DAS INSTITUIÇÕES

DIREITO ROMANO, PENINSULAR PORTUGUÊS

PRELEÇÕES FEITAS AO CURSO DO 2.º ANNO JURIDICO DO ANNO DE 1904 A 1905

TERCEIRA EDIÇÃO



COIMBRA

FRANÇA AMADO, EDITOR

1910

PRENOÇÕES

SUMMARIO : — 1. A função organica do direito e as instituições jurídicas. — 2. Evolução das instituições jurídicas. — 3. Leis da evolução jurídica. — 4. Conceito da historia das instituições jurídicas. — 5. Extensão da historia das instituições jurídicas. Theoria de Flach. — 6. A historia das instituições jurídicas e a sociologia jurídica. — 7. Conceito da historia das instituições do direito romano, do direito peninsular e do direito português. — 8. Relações da historia das instituições jurídicas com a historia geral do direito. — 9. Importancia da historia das instituições jurídicas. — 10. Methodos da historia das instituições jurídicas. A) Methodos de investigação: a) Methodo historicamente dicto. — 11. b) Methodo historico-comparativo. — 12. c) Methodo colonial. — 13. d) Methodo ethnographico. — 14. B) Methodos de exposição: a) Methodo chronologico. — 15. b) Methodo monographico. — 16. Systematização classica da historia das instituições jurídicas. — 17. Systematização que adoptamos.

1. A função organica do direito e as instituições jurídicas. — O direito deixou modernamente de ser considerado uma categoria absoluta e abstracta, e entrou no domínio da realidade phenomenica, adquirindo o valor sociologico de ser uma força especifica organizadora das manifestações da vida social.

O direito exerce a sua função organica, como nota Icilio Yanni, estabelecendo uma ordem nas relações humanas, limitando as acções, coordenando-

do-as amas com as outras e subordinando-as aos interesses geraes do grupo. E assim se torna tambem um instrumento de cultura, pois, garantindo as varias manifestações da actividade humana, permite á sociedade elevar-se a fórmias cada vez mais perfectas.

Ha uma certa escola que nega a funcção organica do direito, em nome do predominio do elemento economico na vida social. É certo que a evolução economica determina a evolução jurídica, mas o direito não se encontra de tal modo dependente da vida economica que não consiga moderar-a, regular-a e afastar os seus inconvenientes. É isto o resultado dos phenomenos sociaes exercerem uma reciproca acção modificadora entre si, em virtude da mutua dependencia em que elles se encontram, como funcções do mesmo organismo.

É da funcção orgauica do direito que derivam as instituições jurídicas. O direito, no exercíco desta funcção, tem de regular as relações sociaes que precisam de ser asseguradas por meio da coacção. Estas relações são aquellas, como nota De Greef, que ainda não se encontram sufficientemente incorporadas no organismo moral, ou que, em razão da sua natureza especial, serão sempre submettidas, em caso de violação ou de obscuridade na interpretação, a uma intervenção da força collectiva.

As relações da vida social no todo ou em parte reguladas pelo direito constituem as relações jurídicas.

As diversas relações jurídicas agrupadas em torno de algumas grandes unidades systematicas constituem as instituições jurídicas.

As instituições jurídicas são, na linguagem figurada de Von Ihering, a ossatura do direito, a que

se liga toda a sua substancia composta das regras de direito ¹.

2. Evolução das instituições jurídicas. — As instituições jurídicas não permanecem immutaveis e invariaveis através dos tempos e dos logares, mas soffrem continuas transformações, em harmonia com as condições de existencia e de desinvolvimento da vida social. O complexo destas transformações constitue a evolução das instituições jurídicas.

Facil é de comprehender como se dá a evolução das instituições jurídicas, desde o momento em que se note que as necessidades e as exigencias da vida collectiva variam constantemente. As sociedades humanas assumem varios typos de organização e dentro de cada typo apresentam grãos differentes de desinvolvimento. Ora do diverso modo como se encontra organizada uma sociedade, derivam necessidades e exigencias especiaes, a que o direito se tem de adaptar. Dahi as varias fórmulas que as instituições jurídicas vão revestindo.

A transformação das instituições jurídicas não se pode considerar illimitada, visto haver condições communs e constantes nas diversas fórmulas de organização social, a que deve corresponder uma parte do direito com caracteres de permanencia. Assim, a relação entre os contrahentes pode ser intendida e disciplinada pelo direito do modo mais diverso, desde a fórmula rigorosa dum vinculo obrigando a

¹ De Greef, *Iníroduction à la sociologie*, tom. II, pag. 284; Icilio Vanni, *Lezioni di filosofia dei diritto*, pag. 215; Puglia, *Funzione organica del diritto*, na *Scienza del diritto privato*, tom. III, pag. 57 e seg.; Von Ihering, *L'Esprit du droit romain*, tom. I, pag. 37 e seg.

pessoa do devedor e dando logar à execução pessoal, como no direito romano, até á fôrma duma obrigação patrimonial, incidindo sobre os bens do devedor e não sobre a sua pessoa, como no direito moderno, mas ha de ser sempre elemento permanente e immutavel do direito contractual a obrigação da execução do contracto, sem a qual elle se não pode comprehender.

Não se deve intender a evolução das instituições jurídicas no sentido de que ellas devam atravessar as mesmas phases em todos os povos, como uma successão regular e uniforme. É este, um erro muito commum aos evolucionistas, que, tendo em vista só a unidade, interpretaram a evolução jurídica dum modo exclusivista e inadequado, julgando que todas as instituições têm de passar por phases fataes e preestabelecidas.

Com algumas aneddotas, diz Tarde, sempre as mesmas e constantemente repelidas sobre os Selvagens, admitiu-se a unidade inicial de todas as sociedades, o mesmo estado social e jurídico em todos os povos, concebendo-se depois phases fataes e regularmente repetidas para o desinvolvimento do direito.

Não se pode deixar de combater esta unidade forçada, esta regularidade geometrica introduzida em phenomenos tão complexos e variaveis, como são os phenomenos sociaes. Estudando a historia do direito, verifica-se que certas instituições ou certas phases do desinvolvimento duma instituição são proprias sómente dum ou de alguns povos ou de determinada raça, e não communs às outras raças ou aos outros povos. Ha tambem instituições que se apresentam com caracteres de uniformidade em todos os povos, mesmo nas diversas phases do

seu desenvolvimento, sendo isso devido- á identidade das condições e das necessidades que ellas traduzem, e accidentalmente tambem á influencia da imitação ¹.

3. Leis da evolução jurídica. — Tres são as leis da evolução jurídica formuladas por D'Aguanno: a da tradição; a do ambiente; e a da lacta pelo direito.

a) *Lei da tradição*. — A lei da tradição corresponde nos organismos sociaes á lei da hereditariedade nos organismos individuaes. O organismo juridico dum povo começa por apresentar fórmulas imperfeitas e rudimentares, e vai-se desenvolvendo lenta e gradualmente á custa duma continua sobreposição de elementos sociaes. As transformações, por isso, por que passam as instituições jurídicas, são unicamente parciaes, por mais progressivas que pareçam, visto ellas não se poderem comprehender sem *o substractum* em que venham a enxertar-se os elementos da reforma.

Dabi deriva que as instituições jurídicas vivem em grande parte do passado, encontrando-se, por exemplo, o direito romano em quasi todos os artigos dos codigos modernos, mesmo no codigo civil allemão, apesar do horror que elle manifesta pelo romanismo. O fundo das legislações dos povos modernos é constituído por o patrimonio jurídico accumulado por um grande numero de gerações.

b) *Lei do ambiente*. — O ambiente modifica o organismo social, e por isso, as instituições juridi-

¹ Icilio Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, pag. 228 e seg.; Cogliolo, *Evoluzione del diritto privato*, pag. 26; Tarde, *Transformations du droit*, pag. 165 e seg.

cas que nelle se encontram. E assim se comprehende que em cada povo as instituições jurídicas revistam fórmulas diversas, em correspondencia com as condições do seu estado social.

Se uma legislação se não conformar exactamente com as necessidades da sociedade para que ella foi elaborada, impossível será sustenta-la na prática. De todos é conhecido o insuccesso da tentativa feita no Japão para ahi introduzir o Codigo de Napoleão, que era nessa epocha considerado a legislação mais perfeita do mundo.

Como muito bem diz Gustave Le Bon, o direito é a expressão das necessidades que elle deve reger. O seu valor é, por isso, inteiramente relativo. Leis excellentes para um povo, podem ser más para outro.

c) *Lei da lucta pelo direito.* — Esta lei foi formulada por Von Ihering, que demonstrou que a evolução jurídica implica sempre uma lucta, tanto por parte do individuo, para fazer reconhecer o direito, como por parte do poder civil, para o fazer respeitar. Deste modo, Von Ihering afastou-se da doutrina da escola historica, que sustentava que o direito se desinvolvia, em virtude duma força propria ou immanente, tão suavemente como a linguagem.

Von Ihering, porem, imbuído das idéas hegelianas, considera esta lucta como representando o eterno *werden* da ideia, concepção metaphysica, inteiramente inadmissível. D'Àguanno intende esta lucta, dum modo positivo, concebendo o desinvolvimento historico do direito como um resultado do attrito entre os novos interesses que surgem e os outros que já não são patrimonio da maioria .

¹ D'Àguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pag. 124; Von Ihering, *La lutte pour le droit*, pag. 6 e seg.; Gustave Le Bon, *L'Homme et les societés*, tom. II, pag. 376.

4. Conceito da historia das instituições. — É por as instituições jurídicas estarem sujeitas a transformações, em harmonia com as condições de existencia e de desinvolvimento da vida social, que ha lugar para a historia das instituições.

É difficil determinar precisamente o objecto da historia, desde o momento em que não ha factos historicos pela sua natureza, assim como ha factos biologicos e psychologicos. Parece, porem, que se deveriam considerar factos historicos os factos passados, por opposição aos factos actuaes, que fazem objecto das sciencias descriptivas da humanidade.

Mas ultimamente Seignobos demonstrou brilhantemente que é impossivel sustentar esta opposição na pratica. Ser presente ou passado não é uma differença de character interno, podendo caracterizar a natureza de um facto, é simplesmente uma differença de posição relativamente a um certo observador. A revolução de 1830 é um facto passado para nós, embora presente para as pessoas que a fizeram. Do mesmo modo, a sessão de hontem da camara é já um facto passado. Não ha, pois, factos historicos por sua natureza, ha simplesmente factos historicos por posição. É historico todo o facto que se não pode observar directamente, porque deixou de existir.

Sò a evolução é que pode determinar rigorosamente o objecto da historia. A historia é um instrumento aperfeiçoado e poderoso adaptado ao estado da sciencia social. Ora, o que ha de mais importante na sciencia social é a evolução. É necessaria, diz De Greef, para a observação duma cousa tão extensa, continua, movei e complexa, como a evolução, uma vista de longo alcance, como a historia.

De modo que as instituições jurídicas estudam-se na historia sob o aspecto da sua evolução. E assim DÓS podemos definir a historia das instituições jurídicas como a disciplina que *expõe as transformações por que têm passado as instituições jurídicas e as procura explicar em harmonia com as condições de existencia e desinvolvimento das sociedades.*

E deste modo a historia das instituições jurídicas deixou de ser considerada como o estudo das manifestações de idéas eternas e immutaveis no seio da humanidade, contrariamente ao que se julgava, quando o direito era concebido como uma categoria absoluta e abstracta. Então a missão da historia do direito era descobrir e constatar essas idéas, que se iam definindo com o desinvolvimento das instituições ¹.

5. Extensão da historia das instituições jurídicas. Theoria de Flach. — A historia das instituições tem sido estudada até agora principalmente sob o ponto de vista descriptivo e nacional.

Ultimamente, porem, Flach mostrou que é impossível estudar a historia das instituições dum pais, sem conhecer, pelo menos, nos seus traços geraes a historia das instituições de todos os outros. E, effectivamente, assim como não se pode estudar a historia nacional dum pais sem conhecer as grandes linhas da historia geral da civilização, o mesmo

¹ Seignobos, *La méthode historique appliquée aux sciences sociales*, pag. 2 e seg.; Salvemini, *La storia considerata come scienza*, na *Rivista italiana di sociologia*, tom. VI, pag. 17 e seg.; De Greef, *Introduction à la sociologie*, tom. I, pag. 33; Salvioli, *La nuova fase della storia del dirilto*, na *Rivista di storia e filosofia del dirilto*, vol. I, pag. 3 e seg.

deve acontecer relativamente á historia das instituições, não se podendo fazer o seu estado, sem conhecer a historia das instituições dos diversos paises, DOS seus caracteres fundamentaes.

Se povos da mesma raça, diz Flach, conservam, na sua língua, nas suas tradições, na sua litteratura um fundo commum, depois de seculos de separação profunda, qual será a razão porque elles não hão de conservar tambem nas suas leis restos dum passado afastado ? Como negar tambem que nações vizinhas, involvidas em luctas encarniçadas, successivamente conquistadoras e conquistadas, unidas mais tarde, pelas relações que o commercio, a arte, a cultura intellectual estabelecem entre os homens, tenham exercido uma acção duradoura sobre as leis, umas das outras?

Em harmonia com esta orientação, a historia das instituições transforma-se numa historia da legislação comparada. É, segundo este criterio, que Flach escreveu a sua bella obra *Origines de l'ancienne France* ¹.

6. A historia das instituições jurídicas e a sociologia jurídica. — A função scientifica da historia das instituições jurídicas é differente da função scientifica da sociologia jurídica. A historia das instituições jurídicas tem cumprido a sua missão, desde o momento em que apresenta as transformações destas instituições e as explica em harmonia com as condições de existencia e de desinvolvimento das sociedades.

¹ Alexandre Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques*, pag. 157; Flach, *Les origines de l'ancienne France*, Introd., n.º VI.

A sociologia apodera-se depois dos materiaes accumulados pela historia e procura verificar se entre os factos humanos expostos ha relações de constancia e de permanencia que lhe permitiam formular leis sociaes.

Por exemplo, emquanto se investiga e expõe a organização que o instituto da família teve num certo pais e num certo tempo e se indicam as condições que determinaram esta organização e as transformações por que ella depois passou, faz-se historia. Mas, se se confrontam entre si as famílias de varios tempos e de varios tomares, a fim de verificar os elementos constantes que nellas ha e assim estabelecer os caracteres desta instituição e formular as leis que têm dominado a sua estrutura e vida, então faz-se sociologia juridica.

De modo que a sociologia jurídica estuda as instituições jurídicas de um modo geral, abstrahindo das condições especiaes das diversas sociedades, e procura determinar os caracteres proprios destas instituições, bem como as suas leis reguladoras ¹.

7. Conceito da historia das instituições de direito romano, do direito peninsular e do direito portugêes. — Não nos cumpre, porem, expôr as instituições do direito de todos os povos, mas unicamente do direito romano, do direito peninsular e do direito portugêes. Por isso, para fazer uma idéa precisa desta cadeira, torna-se necessario restringir a amplitude do conceito da historia das instituições. Essa restricção deriva, como é natural, das noções de

¹ Salvemini, *Rivista italiana de sociologia*, tom. cit., pag. 21 e seg.; René Worms, *L'organisation scientifique de l'histoire*, na *Revue internationale de sociologie*, tom. II, pag. 641 e seg.

direito romano, de direito peninsular e de direito português.

E' facil dar a noção do direito romano e do direito português. O mesmo, porem, não acontece a respeito da noção do direito peninsular, parecendo até inadmissível um direito peninsular contraposto ao direito português, visto o direito português se dever considerar tambem um direito peninsular, constituindo, como constitue, o direito vigente num povo da Península Iberica.

Direito peninsular é evidentemente aquelle que tem vigorado nas varias regiões da Península Iberica. Deste direito, porem, unicamente nos importa aquelle que serviu de precedente historico ao direito português. E' por isso que se contrapõe o direito português ao direito peninsular. Tem de se acompanhar a historia do direito da Península até ao ponto em que começa o direito português.

Deste modo, podemos dar o seguinte conceito da historia das instituições do direito romano, do direito peninsular e do direito português: *a disciplina que expõe as transformações por que passaram as instituições jurídicas da sociedade romana, das sociedades da Península Iberica até d constituição de Portugal, e da sociedade portuguesa, procurando explicá-las, em harmonia com as condições de existencia e de desinvolvimento destas sociedades.*

8. Relações da historia das instituições com a historia geral do direito. — A divisão da historia do direito em historia geral do direito e em historia das instituições do direito é nova. Desde Leibnitz que se costuma dividir a historia do direito em interna e externa.

Hinojosa ainda perfilha a divisão classica, considerando historia externa a historia das fontes do direito em sentido lato, isto è. a exposição das fórmulas por que se revela e realiza o direito, tanto no costume, como na legislação e na sciencia, e historia interna a que estuda a origem, florescimento e decadencia das instituições jurídicas. Intendida deste modo, a divisão classica corresponde perfeitamente á divisão da historia do direito em historia geral do direito e em historia das instituições do direito.

Nem todos os escriptores comprehendem a distincção entre a historia externa e a historia interna deste modo, julgando uns que a historia interna é o proprio direito exposto evolutivamente, e a historia externa a historia dos factos que determinaram essa evolução ou nella influíram, e intendendo outros que a historia interna é a historia das fontes do direito, e a externa a dos factos que a influenciaram, não comprehendendo por isso esta divisão o estudo do proprio direito, deixando-se assim o principal pelo accessorio.

Foi, para evitar todas estas divergencias que se encontram nos escriptores e que se tinham feito sentir profundamente entre nós, que o decreto de 24 de dezembro de 1901 adoptou a nova divisão da historia do direito.

Ha intimas relações entre a historia geral do direito e a historia das instituições do direito, visto a primeira ser o fundamento da segunda, assim como esta é o complemento natural e logico daquella ¹.

¹ Hinojosa, *Historia generale del derecho. espanol*, tom. I, pag. 2; Relatorio da reforma da Faculdade de direito, de 1886, pag. 9 e seg.; Rafael Altamira, *Historia del derecho espanol (Cuestiones preliminares)*, pag. 44 e seg.

9. Importancia da historia das instituições jurídicas. — A importancia da historia das instituições jurídicas só modernamente é que foi reconhecida. Por largo tempo se julgou que esta disciplina não podia ter importancia, nem scientifica, nem pratica.

Não podia ter importancia scientiGca, porque só a philosophia do direito, fundada sobre o estudo da natureza racional do homem, é que constituía a verdadeira sciencia jurídica, devendo como tal inspirar e orientar o legislador. Não podia ter importancia pratica, visto admittir-se que as instituições jurídicas, só pelo facto de serem consagradas pelo legislador, se destacavam, apesar da sua origem tradicional, do passado, para adquirirem uma existencia independente.

O resultado natrnal desta orientação foi o serem considerados os estudos da historia das instituições jurídicas como uma curiosidade scienlifica e um luxo de erudição sem valor algum. A antiga legislação dum pais estudava-se, com um methodo puramente descriptivo, que expunha os diplomas por uma ordem chronologica, desprovida de todo o espirito critico.

O triúmpho do methodo experimental, arruinando a concepção philosophico-metaphysica do direito e levando a considerar as instituições jurídicas como organismos que se desinvolem e transformam em harmonia com as condições sociaes, veio resgatar a historia das instituições do desprezo a que tinha sido votada. Reconheceu-se que se não podia comprehender a natureza das instituições jurídicas sem estudar a fôrma como ellas se constituíram e des-

involveram, e que por isso era na historia das instituições que se encontravam os elementos mais preciosos para a elaboração da verdadeira sciencia jurídica e da verdadeira philosophia do direito. Assim, como o naturalista, diz Papa D'Amico, procura, por meio do estudo nas estratificações e fórmulas vivas, determinar e seguir o processo de desenvolvimento dos organismos, assim o jurista moderno tenta, com a analyse historica, reconstruir as instituições jurídicas e desentranhar dos segredos da evolução a sua verdadeira natureza.

Ao lado da importancia scientifica da historia das instituições jurídicas, foi admittida tambem a importancia pratica desta disciplina, visto não se poder entender o estado actual das instituições jurídicas, sem conhecer as phases que ellas atravessaram no passado, pois o presente, ainda depois das revoluções sociaes mais profundas, liga-se ao passado por vínculos taes, que se não podem quebrar sem o tornar um enigma. E' por isso que Hinojosa affirma ser indubitavel até ao ponto de ter já passado à categoria de verdade universalmente admittida e proclamada, que, para conhecer e applicar com acerto o direito vigente, se torna necessario estudar os seus fundamentos historicos. Cada direito ou legislação particular é parte da vida intellectual do povo em que domina, é o producto de elementos cuja acção se refere a epochas anteriores.

Outra razão da importancia pratica da historia das instituições jurídicas, resulta do facto das reformas a introduzir nos institutos jurídicos se não poderem realizar sem o conhecimento da evolução historica desses institutos, que mostra as tendencias do seu desenvolvimento, as fórmulas que melhor convêm ao espirito dum povo, os defeitos e vícios a

corrigir, e os elementos de organização a conservar e aperfeiçoar.

Não é com o raciocínio puro, diz Salvioli, mas com a historia das legislações passadas, confrontadas com as presentes, que o jurista poderá explicar, reduzir a systema e reformar o direito vigente ¹.

10. Methodos da historia das instituições jurídicas. A) Methodos de investigação: a) Methodo historico propriamente dicto. — Os methodos da historia das instituições jurídicas podem classificar-se em dous grupos:

- A) Methodos de investigação;
- B) Methodos de exposição.

Os methodos de investigação recolhem os materiaes de estudo. Os methodos de exposição coordenam esses materiaes pela fórmula mais logica e systematica.

Os methodos de investigação são os seguintes:

- a) Methodo historico propriamente dicto;
- b) Methodo historico-comparativo;
- c) Methodo colonial;
- d) Methodo ethnographico.

Vejamus rapidamente em que consiste cada um destes methodos.

¹ Alexandre Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, pag. 156 e seg.; Rafael Altamira, *Historia del derecho espanol (Cuestiones preliminares)*, pag. 161; Hinojosa, *Historia general del derecho espanol*, tom. I, pag. 3 e seg.; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 2 e seg.; Papa D'Amico, *L'ordine indiritto scientifico del diritto commerciale*, no *Circulo Giuridico*, tom. 26, pag. 34; Sr. Dr. Pedro Martins, *Historia geral do direito romano, peninsular e português*, pag. 10 e seg., onde o assumpto se encontra proficientemente tractado.

O methodo historico propriamente dicto estuda a historia das instituições jurídicas de cada povo separadamente. E' o methodo seguido pela escola historica, que, considerando como fonte do direito o espirito, o character e a consciencia nacional, foi levada naturalmente a fazer o estudo das instituições jurídicas de cada povo isoladamente.

A escola historica, diz Savigny, quando formula o seu programma, admite que a substancia do direito deriva do passado inteiro duma nação, não duma maneira arbitraria e determinada pelo acaso, mas surgindo das proprias entranhas da nação e da sua historia. Deste modo protestava a escola historica contra as doutrinas da revolução francesa, que, tendo considerado o direito identico em todos os povos, tentou, sem respeito algum pelas differenças de civilização, destruir as autonomias nacionaes e incorporar os povos na Republica e no Imperio.

Parece que a doutrina da escola historica devia leval-a a excluir o direito romano, como um intruso, do estudo da historia das instituições jurídicas dos povos modernos. Mas os sectarios desta escola procuraram cobril-o, como diz Von Ihering, com o manto protector do principio da nacionalidade, mostrando que este direito se tornou o direito dos povos modernos no decurso do tempo. E, apesar da explicação não ser inteiramente satisfactoria, o certo é que a escola historica se cobriu de gloria precisamente na cultura do direito romano ¹.

¹ Ladislas Zaleski, *Le pouvoir et le droit*, pag. 56; Tanon, *L'evolution du droit et la conscience sociale*, pag. 26; Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, tom. I, pag. 4 a Seg.

11. b) Methodo historico-comparativo. — O methodo historico propriamente dicto era muito acanhado e deficiente e por isso foi alargado e transformado, principalmente por obra de Leist, Post, Schrader, Berhhöft, Da reste, etc, no sentido de se abranger na historia das instituições o estado de todos os povos e de todos os tempos. . E, sob a influencia deste methodo, o direito romano foi completamente renovado por uma serie de estudos e de investigações que ampliaram os seus limites até á comprehensão de todo o mundo antigo. O período pre-romano e oriental, foi assim desvendado por uma serie de obras sobre o direito egypcio, assyro-chaldaico, indiano, grego, e hebraico. Foi-se ainda mais longe, ultrapassando os confins historicos e dando uma idéa do direito antes de toda a historia e de toda a civilização, de modo a surprehender as suas origens e a esboçar as suas primitivas fórmulas.

Os proprios escriptores do direito romano, que foram e são os mais entusiasticos defensores do methodo historico classico acabaram por ceder. Tambem elles se convenceram que o grande e glorioso monumento do *Corpus Juris*, este edificio immensamente complicado, para o qual a sua admiração não tem limites, representa o producto lento e natural de aquisições progressivas.

Os sectarios do novo methodo não deixaram de tirar deite todos os resultados aproveitaveis, pois, comparando as fórmulas prehistoricas e historicas do direito com as fórmulas contemporaneas, formularam as leis geraes do desinvolvimento das instituições e construíram uma theoria geral do direito. E' notavel

sobretudo a theoria de Post, defendendo a doutrina de que o direito baseado sobre os princípios moraes não passa dum sonho e duma mera chimera. Cada guerra que acaba por ama conquista, cria para o povo vencido um direito que está em contradicção com a sua morai 1.

18. c) Methodo colonial. — O methodo colonial, devido a Achille Lona, procura fazer desaparecer uma das difficuldades que apresenta o estado das instituições formadas e desinvolvidas em povos, diversos pelos caracteres etimologicos, pelo gráo de civilização, pelas crenças, etc. Por isso, o methodo colonial compara as condições sociaes e economicas das colonias e ds mãe-patria, e procura por esta fórma estudar o desinvolvimento historico das diversas instituições, confrontando povos identicos pela raça, religião, estado mental, e differentes unicamente pela fórma da occupação do territorio. Por conseguinte, em ultima analyse, o methodo colonial basea-se sobre o confronto entre as condições economicas e sociaes das colonias e da mãe-patria.

Este methodo permette explicar phases de evolução economica que, doutro modo, se não podem comprehender. Assim, na Inglaterra do seculo XVII dominava soberanamente o capitalismo, com todas as instituições que o acompanham, a renda, o lucro, o salario, etc Os colonos ingleses, capitalistas e trabalhadores, abandonam a mãe patria, estabelecem-se na America, e fazem surgir nesta parte do mundo uma constituição social inteiramente diffe-

¹ Zaleski, *Le pouvoi et le droit*, pag. 57; Morasso, *L'evoluzione del diritto*, pag. 5; Tarde, *Transformation du droit*, pag. 2 e seg.

rente da capitalista, visto os trabalhadores Dão se sujeitarem ao regimen do salariado, apesar dos offercimentos tentadores dos capitalistas, e preferirem o regimen da exploração livre do solo, em face dos immensos terrenos que podiam occupar e cultivar por conta propria.

Mas, como se explica que homens, com a mesma constituição anthropologica, com o mesmo desenvolvimento intellectual, com as mesmas idéas e tendencias, se encontrem, na mesma epocha, em condições economicas tão diversas? A comparação destas condições da America do seculo xvII com as da Europa primitiva explica satisfatoriamente o facto, mostrando-nos como na Europa primitiva se encontram as mesmas instituições que nos apparecem nas primeiras phases da evolução das colonias, determinadas pelo regimen da terra livre, que torna impossivel uma retribuição especial do capital, em virtude do direito de opção de que goza o trabalhador.

E, se penetrarmos mais profundamente no desenvolvimento das colonias, è facil de vêr que estas reproduzem, por uma fórma abreviada e quasi em escorço, a evolução economica e social da mãe-patria. A escravidão, a servidão, as corporações das artes e officios, o capitalismo, com as consequencias jurídicas que são proprias destas fórmas de organização, tudo isso se succede nas colonias, com um character mais ou menos nitido, mais ou menos perfeito. A evolução das colonias é muito mais rapida do que a da mãe-patria, mas apresenta as mesmas phases, podendo assim esclarecer e elucidar muitos pontos duvidosos da vida jurídica das sociedades I.

¹ Groppali, *Lezioni di sociologia*, pag. 96 e seg.; Loria, *Ana-lisi della proprietá capitalista*, tom. II, pag. 8 e Mg.; Loria,

13. d) Methodo ethnographico. — O methodo ethnographico é aquelle que procura reconstituir a historia das instituições jurídicas por meio do estudo das sociedades selvagens.

Sobre o valor deste methodo ha tres opiniões. Segundo uma delias, seguida, entre outros, por Posada, Lubbock, Kovalewski, ele., o methodo ethnographico é legitimo, em virtude **das** analogias e similhaças que apresentam as sociedades selvagens com as sociedades primitivas. A historia, embora imperfeitamente, dá-nos algumas noticias dos tempos primitivos. Ora, os factos e as instituições que resultam destas noticias encontram-se verificados nas sociedades selvagens. A prehistoria confirma esta conclusão, pois mostra que o homem da idade de pedra é analogo ao selvagem moderno. Por conseguinte, por meio do estudo dos costumes e das instituições dos povos que se consideram selvagens, pode-se fazer uma idéa das fórmas da vida jurídica da humanidade nas primeiras phases da sua existencia.

Segundo outra opinião, seguida por Giddings, Schiattarella, Topinard, etc, o methodo ethnographico não se pode considerar legitimo, visto os selvagens actuaes não serem retardactarios da civilização, mas degenerados da especie humana, em via de extincção. As taras de degenerescencia que Virchow encontrou nos selvagens modernos, as riquezas da sua linguagem, que são vestígios duma civilização extincta, a impossibilidade de estes povos

Importance sociologique da études économiques sur les colonies, nos Annales de l'Institut Internationale de sociologia, vol. IV, pag. 137 e seg.

progredirem, quando abandonados a si mesmos, o facto de elles viverem em regiões relativamente estereis, inhospitas e inacessiveis, para onde os impelliram povos mais fortes, não permitem outra conclusão.

Ora, sendo assim, o estudo das raças selvagens de nada pode servir para a reconstituição das instituições jurídicas primitivas.

Segundo uma terceira opinião, seguida principalmente por Amadori-Virgilio, o methodo ethnographico é legitimo como um processo do methodo historico-comparativo. Não se pode empregar como um methodo independente, mas como um methodo auxiliar, para completar e integrar os resultados do methodo historico-comparativo. Quando o methodo historico-comparativo nos fornece os vestigios das instituições, podemos recorrer aos dados ethnographicos para os desinvolver, completar e esclarecer. Por exemplo, a *coemptio romana* demonstra a existencia duma fórmula de casamento por compra. O methodo ethnographico permite, por meio do estudo das sociedades selvagens, determinar os caracteres desta instituição.

E' esta sem duvida a verdadeira função que se deve attribuir ao methodo ethnographico, quando se queiram evitar os exageros e erros a que este methodo tem conduzido alguns sociologos ¹.

¹ Amadori Virgilio, *Istituto familiare nelle società primordiali*, pag. 26 e seg.; Groppali, *Lezioni di sociologia*, pag. 33 e seg.; Posada, *Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'État*, pag. 29 e seg.; Giddings, *Principes de sociologia*, pag. 190 e seg.; Topinard, *L'anthropologie et la science sociale*, pag. 147 e seg.

14. B) Methodos de exposição: a) o methodo chronologico. — Os methodos de exposição são os seguintes: a) o methodo chronologico; b) o methodo ethnographico.

O methodo chronologico divide a evolução jurídica em períodos e estada o desenvolvimento historico das instituições dentro de cada período. O methodo chronologico costuma a seguir-se no estudo da historia das instituições de direito publico e a rejeitar-se no estado da historia das instituições de direito privado.

Ultimamente, porem, Ciccaglione procurou defender o emprego do methodo chronologico no estado da historia de todas as instituições jurídicas, como o unico legitimo e admissível. Ou se aceita o methodo chronologico e nesse caso deve seguir-se, tanto na historia das instituições do direito publico, como na historia das instituições do direito privado, ou se rejeita e nesse caso não se deve applicar nem á historia das instituições do direito publico, nem á historia das instituições do direito privado.

É impossivel expor as transformações do direito publico sem a divisão em períodos; ora, como as instituições politicas e sociaes exercem uma influencia consideravel sobre as instituições de direito privado, necessario se torna tambem conservar tal divisão na historia destas ultimas instituições.

O methodo chronologico torna mais claro o desenvolvimento do instituto até aos nossos dias, evitando as confusões que facilmente podiam dar-se com a exposição rapida das phases do direito privado, que tem uma evolução mais lenta e menos nítida do que o direito publico. Nem se diga que este methodo

dá origem a repetições, porquanto ellas podem ser facilmente evitadas, estudando em cada período unicamente as transformações experimentadas pela instituição ¹.

15. b) Methodo monographico. — O methodo monographico estuda separadamente e em todo o decurso da sua evolução cada uma das instituições jurídicas. É o methodo que tende a predominar no estudo da historia das instituições do direito privado, sendo seguido por Gierke, Salvioli, Nani, Viollet, etc.

Este methodo harmoniza-se mais intimamente com a natureza especial do processo de desinvolvimento que é proprio de cada uma das manifestações da vida jurídica, e tem a vantagem de nos fazer comprehender a evolução da instituição no seu conjuncto.

A evolução das instituições do direito privado faz-se mais lentamente do que a evolução das instituições de direito publico, e por isso a divisão em períodos da historia daquellas instituições não pode deixar de ser arbitraria e prejudicial. São tambem impossíveis de evitar as repetições com o methodo chronologico, pois torna-se necessario retomar em cada período o fio da evolução de cada uma das instituições jurídicas.

Não deixa, porem, o methodo monographico tambem de ter os seus inconvenientes, emquanto quebra a unidade organica da vida jurídica, impossibilita a vista do conjuncto da historia e difficulta a explica-

¹ Ciccaglione, *Lezioni di storia del diritto italiano*, pag. 7.

ção das influencias reciprocas que se dão entre as diversas instituições 1.

16. A systematização classica da historia das instituições jurídicas. — A systematização classica da historia das instituições jurídicas obedece á divisão do direito em publico e privado, denominando até alguns escriptores, como Edouard Cuq, as instituições de direito publico, instituições politicas, e reservando a denominação de instituições jurídicas para as instituições de direito privado. Esta systematização é viciosa, visto ser falsa a divisão do direito em publico e privado.

Quatro criterios têm sido apresentados para fazer esta divisão: *a)* o sujeito das relações jurídicas ; *o)* o fim das normas reguladoras dessas relações; *c)* as consequencias da violação das regras jurídicas; *d)* a natureza do direito.

Nenhum destes criterios, porem, consegue differenciar os dois ramos do direito, como é facil de demonstrar.

a) Sujeito do direito. — Segundo este criterio, adoptado por Kirchmann, o direito publico tem por sujeito o Estado, o direito privado, o individuo. Este criterio é deficiente, pois, por um lado, o Estado pode ser sujeito de direito privado (num grande numero de relações sobre a propriedade e os contractos), e, por outro, tambem o individuo pode ser sujeito de direito publico (quando o individuo se considera nas suas relações com o Estado).

b) Fim das normas jurídicas. — Segundo este criterio, adoptado, eotre outros escriptores, por

¹ Rafael Altamira, *Historia de derecho espanol (Cuestiones preliminares)*, pag. 158.

D'Aguanno, o direito publico tem por fim a utilidade da sociedade, e o direito privado tem por fim a utilidade dos indivíduos. Este criterio é tambem imperfeito, pois, sendo a sociedade um organismo composto de indivíduos, facil é de ver o que interessa ao individuo não pode deixar de interessar á sociedade, e o que interessa á sociedade não pode deixar de interessar tambem ao individuo, visto os interesses das partes e do todo deverem ser necessariamente correlativos e harmonicos.

Em todas as normas jurídicas, pois, se coordenam os dois interesses: o interesse privado e o interesse publico. É, por isso, que alguns escriptores, como Cogliolo, ainda procuraram sustentar neste campo a distincção entre o direito publico e o privado, considerando publico o que tem por fim directo e immediato a utilidade publica e derivadamente a particular, e privado o que tem por fim directo e immediato a utilidade particular e derivadamente a publica.

Mas nem mesmo, deste modo, se pode sustentar a provecta distincção entre direito publico e privado, visto no direito privado se encontrarem as disposições de ordem publica, que se referem directa e immediatamente á utilidade do Estado.

c) *Consequencias da violação das regras jurídicas.*

— Segundo este criterio, seguido principalmente por Thon, ao direito privado pertencem as normas garantidas por uma acção privada, e ao direito publico as normas asseguradas por uma acção publica.

Este criterio tambem é insufficiente para basear a distincção entre o direito publico e o direito privado, pois, admittido que umas normas são garantidas por uma acção publica e outras por uma acção privada, ainda fica por saber a razão duma tal diferença.

d) *Natureza do direito.* — Segundo o criterio da natureza do direito, o direito publico distingue-se do direito privado por ser um *jus necessarium*, contrariamente a este que é um *jus voluntarium*. E' tambem inadmissível, pois ha muitos direitos privados que têm um caracter de necessidade, como as obrigações provenientes dos delictos e quasi delictos, e ha direitos publicos que não têm um caracter de necessidade, como o voto eleitoral 1.

17. Systematização que adoptamos. — Sendo O direito uma norma reguladora da actividade social, ha de fatalmente adaptar-se ás differentes manifestações desta, devendo, por isso, haver tentas categorias de instituições juridicas, quantas são as funções da sociedade, systematizadas pela classificação sociologica. Mas, como não nos é possível percorrer todas estas instituições, e algumas delias já devem ser conhecidas, visto não se poder fazer a historia das fontes sem a exposição das instituições politicas, restringimos, no plano deste curso, o quadro que naturalmente resulta da classificação sociologica do seguinte modo:

Consideraremos, em primeiro lugar, o sujeito da relação jurídica em si mesmo, estudando a historia da personalidade ou capacidade jurídica. Evidentemente, que não seria possível comprehender os diversos institutos jurídicos sem o conhecimento das

1 D'Aguzzo, *La riforma integrale della legislazione civile na Scienza del diritto privato*, tom. I, pag. 688; Brugi, *Introduzione enciclopedia alle scienze giuridiche e sociali*, pag. 130; Cogliolo, *Filosofo del diritto privato*, pag. 113 e seg.; Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, tom. I, pag. 278; Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, pag. 253 e seg.

normas relativas ao sujeito do direito. Como muito bem diz D'Aguanno, todos os institutos jurídicos assentam sobre a personalidade, não no sentido de que devem ser regulados em vantagem exclusiva do individuo, mas no sentido de que não podem subsistir sem as pessoas, que lhes dão vida, em beneficio do individuo e da sociedade.

Em seguida, estudaremos as instituições do direito economico visto a função economica ser a base de toda a vida social. Não podemos expor todas as instituições do direito economico, porque isso tomar-nos-hia todo o tempo. Preoccupar-nos-hemos principalmente com dous institutos, que têm uma importancia fundamental no organismo juridico — o direito de propriedade e o direito das obrigações. Exporemos o direito das obrigações depois do direito de propriedade, porque as obrigações com raras exceções, têm por fim adquirir a propriedade ou algum direito a ella inherente.

Entraremos, depois, no estudo das instituições do direito familiar, que apparece natural e historicamente depois do direito economico, visto á conservação do individuo se seguir immediatamente a conservação da especie.

Occupará o quarto logar no nosso plano o estudo do direito successorio, que constituo um direito mixto, de character economico e familiar, como intende De Greef, visto se encontrar intimamente connexo com o regimen da propriedade e com a organização da familia.

Este systema é o geralmente seguido na Allèmanha. Mereceu, porém, as criticas acerbas de Antonio Menger, que intende que se deve expor o direito de familia antes do direito de propriedade, visto as instituições familiares constituírem um dos funda-

mentos de toda a sociedade civil, não tendo por fim, como a propriedade, estabelecer um privilégio em favor de certos grupos da população.

Relativamente á propriedade, a maioria da nação tem um interesse passivo, visto este instituto se propôr estabelecer o antagonismo entre possuidores e proletários.

As críticas de Antonio Menger podem até certo ponto admitir-se, quando se tracta da exposição das instituições do direito vigente. O mesmo, porém, não se pode dizer, quando se trata da exposição histórica das instituições jurídicas, em que se torna necessário attender á ordem por que ellas foram apparecendo. E esta ordem impõe a systematização que adoptamos ¹.

¹ De Greef, *Introduction à l'étude de la sociologie*, tom. II, pag. 367; Antonio Menger, *Il diritto civile e il proletariato*, pag. 28 e seg.

PARTE PRIMEIRA

A PERSONALIDADE

CAPITULO I

PESSOAS SEM CAPACIDADE JURIDICA

§1.º

Escravos

SUMMARIO : — 18. Classificação das pessoas sob o aspecto da historia da capacidade jurídica. Doutrina de **Nani**. — **19**. Conceito da escravidão. — 20. Origem historica da escravidão. — 21. A escravidão no direito primitivo. — 22. A escravidão na Hespanha primitiva. — 23. A escravidão romana. Desenvolvimento historico da instituição. — 24. Condição jurídica do escravo. A) Condição jurídica do escravo relativamente ao senhor : a) Quanto á pessoa — 25. b) Quanto a bens. — 26. B) Condição jurídica do escravo relativamente á sociedade. — 27. Influencia do christianismo sobre a condição jurídica do escravo. — 28. Fontes da escravidão. — 29. Fórmias da sua extincção. — 30. A manumissão. — 31. A escravidão entre os germanos. 32. A escravidão goda. Diversas categorias de escravos. 33. Condição jurídica dos escravos. — 34. Fontes da escravidão. — 35. Cessação da escravidão. — 36. Natureza da servidão na Reconquista. Doutrinas de Herculano e Munoz y Romero. — 37. A escravidão neste período. 38. Desenvolvimento historico da escravidão em Portugal. 39. A escravidão nas colonias. — 40. A abolição da escravidão e o regimen do trabalho colonial. — 41. Condição jurídica do escravo entre nós. — 42. Fontes da escravidão e fórmias da sua extincção.

18. Classificação das pessoas sob o aspecto da historia da capacidade jurídica. Doutrina de Nani. — A personalidade ou capacidade jurídica é a susceptibilidade de direitos e obrigações.

A escola metaphysica intendia que tal susceptibilidade pertencia ao homem, considerado em si mesmo,

independentemente da sociedade e do poder social. Esta doutrina da escola metaphysica é uma consequencia logica e necessaria do seu racionalismo abstracto, em virtude do qual o direito é considerado como um attributo do individuo, pertencendo-lhe unicamente por tal ser a sua natureza, independentemente da realidade concreta.

A escola positiva veiu arruinar, pela base, esta theoria, mostrando que o conceito de personalidade não se pode comprehender fóra da sociedade, seguindo até as diversas phases do seu desinvolvimento. E, effectivamente, o homem, abstractamente considerado, não tem direitos a fazer valer e a reclamar, esta necessidade unicamente surge, quando elle se estuda no meio social e nas relações que dahi derivam.

O verdadeiro sujeito do direito, logge de corresponder ao typo abstracto da metaphysica, o qual não passa duma verdadeira phantasia, é variamente determinado pela influencia dos elementos sociaes, apresentando caracteres diversos, conforme os estadios da evolução historica. O direito não pode admittir princípios absolutos, immutaveis, iguaes para todos os povos e para todos os tempos, visto ser uma formação natural, um organismo que se desinvolve e transforma, em harmonia com as condições de existencia das sociedades.

Ora é por a capacidade jurídica não ter um caracter absoluto e immutavel que se podem agrupar historicamente as pessoas em tres classes, como faz Nani: pessoas sem capacidade juridica; pessoas com capacidade jurídica limitada; pessoas com capacidade jurídica privilegiada ¹.

¹ Schiattarella, *Saggio di un concetto scientifico della personalità giurídica*, pag. 149; Giuseppe Cimbali, *Herbert Spencer, Restauratore del diritto naturale*, pag. 10; Auzilloti, *La scuola*

10. Conceito da escravidão. — Na categoria das pessoas que não gozaram de capacidade jurídica encontram-se os escravos e os servos da gleba.

É sabido que a palavra escravos unicamente entrou na terminologia jurídica, quando grande numero de *eslavos*, *sclavi*, foram trazidos como prisioneiros de guerra para a Allemanha e para a França, e vendidos pelos commerciantes christãos, frequentemente, mesmo aos mahometanos.

Antes disto, a palavra adoptada para designar esta categoria de pessoas era a de *serviu*. Mas, como, em seguida ás invasões, o servo melhorou gradualmente de condição, a palavra perdeu a sua significação primitiva. Dahi a opposição que depois se veio a estabelecer entre a *servidão* e a *escravidão*. A escravidão é assim uma palavra nova, designando uma instituição antiga.

E' difficil dar uma noção de escravidão, em virtude das diversas modalidades que a instituição tem apresentado nos povos que a tom admittido. A definição, porem, dada pelos jurisconsultos romanos é a que melhor traduz o character fundamental desta instituição. A escravidão, segundo elles, é uma instituição pela qual uma pessoa, contrariamente à natureza, se torna propriedade duma outra.

O escravo fica inhibido de dispor como quizer, da sua pessoa e dos seus actos, nos limites estabelecidos pelo direito, e por isso não gosa do domínio de si proprio. E' propriedade de outrem ¹,

del diritto naturale nella filosofia giuridica contemporanea, pag. 18; Nani, *Stovia del diritto italiano*, pag. 24 e seg.

¹ Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 295; Fustel de Coulanges, *L'alleu et le domaine rural*, pag. 374 e seg.

20. Origem historica da escravidão em geral. — A origem da escravidão só recentemente é que foi completamente esclarecida. Todos sabem que Aristoteles combateu a opinião daquelles que julgavam ser a escravidão contraria á natureza humana e que apresentavam esta instituição como introduzida pela lei e pela violencia.

A natureza, segundo elle, não cria senão seres desiguaes. Na especie humana, ha indivíduos tão inferiores, naturalmente, aos outros, quanto o corpo é inferior á alma, o animal ao homem. Estes seres são aptos unicamente para os trabalhos manuaes, e, por isso, são justa e naturalmente escravos. De modo que, segundo este modo de ver, a escravidão tiraria a sua origem da propria natureza do homem. Tal opinião, porem, unicamente se pode considerar como um artificio imaginado pela mente do grande philosopho para justificar uma instituição tão profundamente radicada no seio da civilização hellenica.

A esta doutrina que procurava dar á escravidão uma origem natrnal, contrapôs-se outra, que se propôs dar a esta instituição uma origem historica. A escravidão ter-se-hia originado, segundo esta doutrina, como consequencia da guerra e da conquista. O escravo é primeiramente um inimigo vencido, embora depois esta classe social venha a augmentar *em* virtude doutras causas, que fizeram entrar nella os descendentes dos escravos, os devedores adjudicados aos credores, em compensação dos seus debitos, os delinquentes entregues á parte offendida, etc.

Esta opinião, porem, não explica, dum modo sufficientemente claro, o apparecimento da escravidão,

Visto não indicar as causas e os motivos que levaram a transformar o vencido em escravo.

Letourneau procurou preencher a lacuna que apresenta esta doutrina, mostrando as condições em que se verificou esta transformação. Para que surja a idéia da escravidão, diz Letourneau, são necessarias certas condições, que se podem resumir numa só, a possibilidade de tirar do escravo um partido vantajoso. Faltando esta possibilidade, torna-se preferível matar o vencido a escravizal-o. A doutrina de Letourneau, porem, tem um caracter restricto, porquanto não explica o apparecimento da escravidão nas colonias, depois da sua abolição, ha seculos, na Europa.

Os estudos feitos sobre as colonias, mostrando que estas reproduzem, por uma fôrma abreviada, quasi em escorço, a evolução economica da mãe patria, é que vieram ultimamente lançar luz vivíssima sobre a origem da escravidão, resolvendo esta questão dum modo completo. Segundo a nova doutrina, seguida por Loria, a escravidão tem uma causa economica e nesta causa encontra a sua verdadeira explicação. A escravidão apparece-nos como uma condição absolutamente necessaria para desinvolver a producção nos países onde vigora o regimen da economia dissociada e independente. Só por meio da cooperação forçada que envolve a escravidão, é que é então possível obter um lucro, em virtude da impossibilidade do trabalho salariado ¹.

¹ Letourneau, *L'évolution de l'esclavage*, pag. 490 e seg.; D'Agliano, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pag. 175 e seg.; Loria, *Analisi della proprietá capitalista*, tom. II, pag. 17 e seg.

21. A escravidão no direito primitivo. — Não deve admirar por isso que a escravidão não seja uma condição indispensável das sociedades primitivas, havendo até muitas delias que não possuem escravos. E' necessario um certo desenvolvimento economico e social para que possa ter logar a escravidão.

Do contrario, em logar de ser reduzidos á escravidão, os captivos são mortos e devorados, como acontece em algumas raças selvagens, onde as victorias são coroadas e sancionadas por festins cannibalescos. Muitas vezes, porem, são conservados como alimentos de reserva, e utilizados em alguns serviços, enquanto não lhes chega a vez de serem retalhados. Mas este aproveitamento não sanguinario dos captivos unicamente pode triumphar com o desenvolvimento da pastoricia e da agricultura, que permitem descarregar sobre elles certas occupações uteis mas desagradaveis.

Em muitos povos primitivos, o desenvolvimento da escravidão foi contrariado pela condição humilhante da mulher, sujeita aos mais duros trabalhos, podendo o homem arrogar-se sobre ella todos os direitos que depois lhe vieram a pertencer sobre os escravos. As primeiras pessoas reduzidas á escravidão foram ate as mulheres e as creanças, sem dnvida porque ellas eram mais faceis de dominar e guardar do que os captivos do sexo masculino.

E' provavel até, segundo Letourneau, que os primeiros escravos varões tenham sido creanças capturadas com suas mães, e creadas em casa dos captores. Para que os adultos possam ser redu-

zidos à condição de escravos, tornam-se necessarias sociedades numerosas, occupando um territorio assás vasto e dispondo de efficazes meios de coerção.

Com os progressos da agricultura, constituem-se duas categorias de escravos: os domesticos, que participam da vida commum da familia dos senhores ; os ruraes, que passam a maior parte do tempo longe dos senhores, empregados nos campos e na guarda dos rebanhos. A condição destes ultimos era mais precaria, visto serem assimilados aos animaes domesticos, que ainda não se utilizavam como forças mecanicas, sendo todos os trabalhos executados pelas mulheres e pelos escravos, que encontramos frequentemente atrellados á charrua ¹.

22. A escravidão na Hespanha primitiva. — A distincção entre homens livres e escravos existiu no período pre-romano do direito peninsular, como distincção provavelmente commum a todos ou á maior parte dos povos que abrange este período. E' certo que são muito poucos e escassos os testemunhos relativos á escravidão no período pre-romano, mas isto explica-se facilmente pela nenhuma intervenção desta classe nos negocios publicos, proporcionando, assim, raras occasiões aos escripto-res e aos monumentos para ser mencionada.

Ha, porem, alguns testemunhos que tornam indubitavel a existencia da escravidão neste período. Effectivamente, Plinio fallando dos astures, diz que havia entre elles 240:000 homens livres, o que se não pode comprehender sem a existencia da escla-

¹ Letourneau, *L'évolution de l'esclavage*, pag. 491.

vidão. Apiano refere-se aos escravos de Viriato. E' provavel tambem que se refira á escravidão um edicto de Emilio Paulo do anno 189 antes de Christo, que foi encontrado em 4867 numas escavações perto de Cadiz, gravado em bronze. Segundo esse edicto, o proconsul Emilio Paulo decreta que os *servos* (*servei*) dos Hastenses, que habitavam na torre Lascutana, ficassem livres, e manda que continuem a occupar as terras e o oppido que naquelle tempo possuíam. Madwig julga que o edicto se refere á creação duma nova comunidade municipal, com escravos fugitivos da cidade de Hasta, intendendo por elles uma classe de homens identica á classe servil dos romanos.

Segundo Mommsen e Rodriguez Berlanga, os servos dos Hastenses da torre Lascutana não eram verdadeiros escravos, no sentido que esta palavra tinha entre os romanos, mas indivíduos de condição inferior na ordem politica e jurídica, collocados em certa situação de dependencia, semelhante á dos ilotas de Sparta.

Hinojosa, apreciando as divergencias destes escriptores, julga menos engenhoso mas mais verosímil o intender que se trata de verdadeiros escravos publicos ou privados de Hasta, que, por effeito dama dessas revoluções sociaes, tão frequentes na historia da antiguidade, fugiram de Hasta, refugiando-se na torre Lascutana, fazendo-se fortes aqui e recorrendo ao protectorado romano para arrostar com o poder dos seus primitivos senhores.

Havia escravos publicos, propriedade do Estado ou das cidades, e privados, que os seus senhores dedicavam á cultura dos campos, ao trabalho das minas, ao serviço domestico, ás funcções administrativas inferiores, etc. A sua condição jurídica devia

ser tão desgraçada como a de todos os escravos da antiguidade, posto houvesse uma classe delles exclusivamente dedicada á agricultura, que parece ter gosado duma certa liberdade relativa ¹.

23. Desenvolvimento da escravidão entre os romanos. — A escravidão apparece-nos em Roma, desde a fundação da cidade, como consequencia das condições economicas em que os romanos se encontravam. Os romanos' tinham entrado já nesta epocha no periodo agrícola, e a escravidão foi um meio de que elles lançaram mão para obter, DO regimen de economia dissociada e independente que então dominava, a cultura das terras.

A fonte que alimentou primeiramente a escravidão foi a conquista. O prisiomeiro de guerra ficava entregue à completa discricção do captor, que comprehendou a conveniencia de lhe conservar a vida, fazendo o trabalhar em beneficio proprio. Os jurisconsultos romanos procuraram até justificar a escravidão, partindo da sua principal origem. O vencedor, diziam elles, tendo o direito de matar o vencido, tem, com mais forte razão, o direito de o fazer propriedade sua.

Os romanos, no principio, tiveram um numero muito reduzido de escravos. Não conhecendo ainda o systema das grandes explorações agrícolas e levando uma vida simples, os romanos não precisavam evidentemente dum pessoal muito numeroso para a cultura ou para o serviço domestico.

¹ D. Joaquim Costa) *Estudios ibericos*, pag. LXXV e seg.; Hinojosa, *Historia general del derecho espanol*, tom. I, pag. 69 e seg.; Rafael Altamira, *Historia de Espana y de la civilizacion espanola*, tom. I, pag. 60 e seg.

Com o desinvolvimento da grande propriedade e o abandono da cultura directa, com o uso de occupar os escravos em trabalhos industriaes, uso corrente entre os gregos, mas só muito tarde adoptado pelos romanos, e com a expansão do luxo, originando novas necessidades, até então desconhecidas, que a actividade servil satisfazia, o numero dos escravos foi augmentando extraordinariamente, a ponto de, no fim da republica e no começo do imperio, os escravos possuidos por um só senhor atingirem proporções enormes. Plínio falia dum romano do tempo de Augusto, que, apesar das perdas que tinha soffrido com as guerras civis, ainda assim deixou para cima de quatro mil e cem escravos.

Era frequente o numero de escravos possuidos por um só senhor elevar-se a dez mil e a vinte mil ¹

Foi, com o desinvolvimento destas condições, que appareceu, nos ultimos tempos da Republica, o trafico da escravatura, cuja invenção alguns estrangeiros se comprazem em attribuir aos portugueses. Roma converteu-se então num dos principaes mercados de escravos. Este commercio tornou-se tão lucrativo, que personagens elevadas não lhe resistiram, como o austero Gatão, que comprava escravos jovens para os vender depois com grandes interesses*.

24. Condição juridica do escravo. A) Condição jurídica do escravo relativamente ao senhor, (a Quanto à pessoa. — A condição jurídica do escravo romano pode encarar-se sob dois aspectos: relativamente ao

¹ Joachim Marquardt, *La vie privée des romains*, tom. I, pag. 160 e seg.; Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, tom. I, pag. 171 e seg.; Letourneau, *L'évolution de l'esclavage*, pag. 383 e seg.

senhor e relativamente á sociedade. O primeiro aspecto ainda se pode desdobrar em dons, segundo se considera a condição jurídica do escravo quanto á pessoa ou quanto aos bens.

Parece que, primitivamente, o poder que o *pater-familias* tinha sobre os escravos era o mesmo que tinha sobre os filhos — *a manus*. Mas, dentro em breve, diferenciou-se delle, moldando-se pelo domínio que pertencia ao *pater-familias* sobre as cousas inanimadas — *dominica, herilis protestas*. O escravo ficou sendo assim considerado como uma coisa, de que o senhor podia dispor como intendesse.

E' vulgar o dizer-se que a situação do escravo era detestavel na antiga Roma e que esta situação unicamente se modificou com o Imperio, cuja legislação traduz sentimentos muito humanos a respeito deste assumpto. Schweppe chegou mesmo a sustentar que a posição do escravo negro dos tempos modernos era mais suave do que a do escravo da antiga Roma.

Von Ihering, destruiu completamente este prejuizo, mostrando que, na epocha antiga, os usos asseguravam ao escravo uma condição que a legislação nunca lhe pôde garantir posteriormente. Varios factos contribuíram para isto. O escravo da antiga Roma pertencia, geralmente, a um povo vizinho, não apresentando inferioridade ethnica, intellectual ou moral relativamente ao seu senhor, que muitas vezes até excedia, sob o ponto de vista da educação.

Com a expansão das suas conquistas, os romanos começaram a alimentar a escravidão com elementos da Asia e da Africa, augmentando então extraordinariamente a separação entre os senhores e os escravos, visto entre elles se cavar o abysmo que existe entre a civilização e a barbarie. Este estado

de cousas, diz Von Ihering, não sómente devia tornar mais difficil toda a approximação entre senhores e escravos, mas tambem devia desencadear e provocar, por ama fatalidade psychologica, a rudeza e o arbítrio que se podiam encontrar no fundo do character do senhor.

Por outro lado, como a fonte principal da escravidão era a guerra, os romanos não podiam deixar de ter uma certa consideração por qnem tinham encontrado no campo da batalha, como adversario digno de respeito, occupando talvez na sua patria uma posição elevada. E, como se admittia o principio da reciprocidade relativamente ao modo de tractar os prisioneiros de guerra, os romanos estavam profundamente interessados em não proceder para com elles por uma forma cruel e deshumana, que depois lhe podia ser igualmente applicada.

Demais, os escravos, na epocha antiga, eram muito poucos, como vimos, podendo, por isso, o senhor conhecel-os pessoalmente, estar ao corrente das suas aventaras e interessar-se por elles, originando-se assim laços de affeição, que não podiam manifestar-se, quando augmentou o seu numero, a não ser relativamente a alguns que tivessem attraído, por qualquer circumstancia, a attenção do seu senhor.

A tudo isto accrescia a commumidade de trabalho e de vida domestica, não se encontrando o senhor e os escravos em situações inteiramente oppostas, pois todos os dias o trabalho dos campos os reunia e approximava, visto então dominar o systema de cultura directa. E o senhor, que apreciava a capacidade do escravo no trabalho, não podia deixar de o estimar na vida domestica, onde elle era admittido ao culto dos deuses, partilhava das alegrias e desgostos da família e prestava relevantes serviços.

Em presença destas condições, é fácil de ver como a opinião pública se devia insurgir contra a crueldade e a deshumanidade para com os escravos, vendo nellas abusos do poder dominical, tão condemnaveis sob o ponto de vista moral, como sob o ponto de vista do interesse publico, e devendo até o censor pedir contas ao senhor da sua conducta tyrannica. Dava-se, assim, um certo numero de circumstancias que actuavam no sentido de reduzir o poder dominical theoreticamente illimitado a uma pratica racional.

Com a mudança destas circumstancias, em virtude do desinvolvimento do povo romano, a condição dos escravos peora consideravelmente, ficando inteiramente dependentes dos caprichos e da crueldade dos seus senhores, nada havendo que os podesse subtrair ás violencias, à prostituição e á morte.

A historia conserva o nome dum tal Vedius Pollio, amigo de Augusto, que fazia lançar escravos á agua para alimentar os seus peixes !

Sob a influencia da philosophia estoica, que se propôs erguer a natureza humana da sua decadencia, chegando Seneca a defender os escravos e a proclamar o principio da unidade da natureza humana, a legislação intervem no sentido de limitar os excessos do poder dominical.

E' neste movimento que se filiam: a lei Petronia, prohibindo aos senhores expor os escravos no circo para combater com as feras, a não ser a titulo de pena e com auctorização dos magistrados; um edito de Claudio, applicando a pena de homicídio ao senhor que mata o seu escravo enfermo ou doente; um *senatus-consulto* do tempo de Adriano, retirando aos senhores o direito de punir os crimes graves commettidos pelos seus escravos; duas constituições de Antonino rio, uma punindo o senhor que mata um

escravo, como se tivesse morto um cidadão, e outra obrigando por ordem dos magistrados, o senhor a vender o escravo que porventura maltractasse.

Os imperadores justificam estas, e outras restrições impostas ao exercido do poder dominical, com o fundamento de que o interesse do Estado exige que o proprietario não abuse da cousa que lhe pertence.

No fundo, porem, elles inspiravam-se incontestavelmente nas idéas e nos sentimentos de humanidade que nos apparecem nos escriptos dos philosophos estoicos. Os imperadores christãos continuaram este movimento anteriormente iniciado no sentido da protecção physica dos escravos, não modificando, porem, profundamente a sua condição legal ¹.

25. b) Quanto aos bens. — O escravo não podia ter patrimonio, nem creditos, nem dividas, e era um meio de aquisição para o seu senhor, sendo para este o producto do seu trabalho e as liberalidades que recebesse.

Os romanos, porem, admittiram uma instituição que contribuiu profundamente para dar ao escravo um certo grau de independencia economica. Essa instituição foi o peculio, que era um patrimonio que de facto o senhor consentia ao escravo ter como proprio.

À origem delia filia-se no desejo que tiveram os romanos de fazer nascer nos escravos o espirito de

¹ Bry, *Principes de droit romain*, pag. 30 e seg.; Edouard Cnq, *La institutions juridiques des romaint*, tom. I, pag. 166 e seg., tom. II, pag. 127 e seg.; Von Ihering, *l'eSprit du droit romain*, tom. II, pag. 167; Emilio Costa, *Corto di storia del diritto romain*, tom. I, pag. 342 e seg.; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 89.

economia e o amor do lucro, o que evidentemente exigia a participação destes no fructo do seu trabalho. Os primeiros elementos do peculio provinham dos presentes ou antecipações dos senhores, das proprias economias, do dos da mulher, sendo certo que este existia de facto entre os escravos. Depois, o escravo podia desinvolver e augmentar o peculio á custa da sua actividade, considerando-se um grande peculio uma prova evidente de uma notavel capacidade.

A posse do peculio estava garantida de facto ao escravo, visto o retirar-lho, sem motivos justificados, ser considerado pela opinião publica como uma acção infamante.

Em todo o caso, de direito, o peculio era uma parte do patrimonio do senhor, pois pertencia a uma pessoa incapaz de ser sujeito de relações jurídicas.

A funcção principal do peculio era servir como preço de resgate, concedendo o senhor em troca delle a liberdade ao escravo, chegando mesmo a fixar antecipadamente a somma necessaria para este effeito. Alem desta funcção principal, o peculio ainda tinha a vantagem de tornar mais suave a posição do escravo, permittindo-lhe adquirir um vicarius, isto é, um novo escravo que ficava ao seu serviço, e obter certas concessões da parte do senhor, á custa dos bens que entravam neste patrimonio.

Era frequente, mesmo, o senhor abandonar o escravo á sua propria actividade, mediante uma simples participação nos lucros que elle realizasse ¹.

¹ Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, tom. II, pag. 174 e seg.; Emílio Costa, *Corso di istoria del diritto romano*, tom. I, pag. 346 e seg.; Edouard Cuq, *Institutions juridiques des ro-mains*, tom II, pag. 131 e seg.

26. B) Condição jurídica do escravo relativamente á sociedade. — O escravo considerado relativamente á sociedade, umas vezes apparece-nos como ama cousa, outras vezes como uma pessoa, sendo esta contradicção a consequencia da natureza não poder deixar de protestar contra a assimilação do homem a uma cousa, que, em principio, se encontra no direito romano.

O escravo apparece-nos como uma cousa na ordem economica, porque não tinha o direito de propriedade nem podia obrigar-se, nem podia deixar uma successão; na ordem familiar, porque não tinha família, constituindo a sua união uma instituição de facto, quasi sem effeitos jurídicos (*contubernium*); na, ordem moral, porque as violencias commettidas contra filie ficavam impunes, se o senhor não promovesse a sua reparação, como fazia relativamente aos prejuízos que lhe fossem cansados nos animaes ou nos moveis; na ordem judiciaria, porque elle apparecia em juizo como objecto do processo e podia ser submettido á tortura, quando indicado como testemunha, contrariamente ao que acontecia com os homens livres.

O escravo, porem, apparece-nos como pessoa em alguns casos. Na ordem economica, porque, desde os mais recuados tempos, se admittiu o principio de que o escravo podia representar o senhor em alguns actos jurídicos, tornando-o proprietario e credor, não o podendo, porem, tornar devedor, mesmo com o seu consentimento. Esta restricção era a consequencia duma concepção grosseira do interesse do senhor, prejudicial mesmo para este, visto não lhe permittir utilizar o escravo como intermediario, na

vida commercial, onde os lucros não se podem realizar sem compromissos constantes. O direito pretorio veio acabar com esta restricção, permitindo ao escravo obrigar o seu senhor, quando procedesse em harmonia com o seu consentimento.

Na ordem familiar, a personalidade do escravo tambem se manifesta, pois, apesar da união de dois escravos de sexo differente não constituir um verdadeiro casamento, ainda assim não se recusava ao parentesco que dahi derivava o nome de cognatio, nem á mulher o titulo de uxor. Havia quem julgasse que se podia adoptar um escravo, fazendo d'elle um filho, o herdeiro do nome e dos bens da família. A cognatio *servilis* era mesmo tida em consideração para estabelecer os impedimentos ao casamento depois da manumissão.

Na ordem moral, a personalidade de escravo tambem se affirma na punição dos seus crimes e em todas as disposições que nós vimos terem sido estabelecidas no sentido de proteger os escravos contra os maus tractos dos seus senhores. Estas disposições não se comprehenderiam, desde o momento em que ellas não obedecessem á idéa da personalidade dos escravos, visto o direito romano admitir no proprietario duma cousa o jus utendi *et abutendi*.

Na ordem judiciaria, a personalidade do escravo revela-se no facto do escravo poder estar em juizo contra o seu senhor, para obter a emancipação no caso de fideicomisso ou de resgate pelo peculio convencionado, e de poder accusar o seu senhor por ter supprimido um testamento que lhe dava a liberdade e por ter fabricado moeda falsa.

Desde modo, o direito romano não pôde esquecer completamente a personalidade do escravo, admit-

tindo assim princípios em inteira opposição com a sua concepção fundamental, de que era elemento da capacidade jurídica a liberdade. A propria divisão que os romanos faziam das pessoas em pessoas livres e escravas affirma, pelos seus termos, simplesmente, o caracter da personalidade dos escravos ¹.

27. Influencia do christianismo sobre a condição jurídica do escravo. — A influencia que o christianismo exerceu sobre a condição jurídica do escravo, ê ainda boje uma questão historica bastante debattida. Alguns escriptores, como Troplong, attribuem uma acção decisiva ao christianismo, não só nas providencias que foram tomadas no tempo do Imperio para melhorar a condição jurídica do escravo, mas tambem na abolição da escravidão, que julgam ter sido realizada por influencia desta religião. A propria lei Petronia, que se attribue ao tempo de Nero, foi considerada por Troplong como um resultado do movimento das idéas christãs.

Renan submetteu esta opinião a uma analyse critica rigorosa, como as sabia fazer o saudoso auctor da Vie de Jesus, mostrando que o christianismo, com o seu idealismo exaltado, unicamente desinvolveu a tendencia philosophica que já se fazia sentir ha muito nas leis e nos costumes. Essa tendencia era devida à escola estoica, que considerava a escravidão como um abuso, visto ella representar

¹ Bry, *Principes de droit romain*, pag. 32 e seg.; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 92 e seg.; Edouard Cuq, *Institutions juridiques des romains*, tom. I, pag. 167, tom. II pag. 129 e seg.; Brugi, *Instituzioni di diritto privato giustiniano* pag. 51 e seg.

ama violação dos direitos da natureza, e procurava restringi-la por diversos modos.

O christianismo primitivo foi um movimento essencialmente religioso, não atacando o que não se encontrava ligado com a idolatria. Não admira, pois, que nos doutores christãos não appareça a idéa de protestar contra o facto consummado da escravidão, pois isso constituiria um modo de vêr inteiramente contrario ao seu espirito. A terrível sorte dos escravos não os impressionou, visto, por algumas horas que dura a vida, nada importar a condição social do homem.

E' certo que Jesus proclamou o principio de que todos os homens são irmãos, mas Paulo apressou-se a condemnar os que se prevalessem desta maxima para se emancipar dos seus senhores. Disse tambem que vinha resgatar os homens da servidão, mas os Padres da Igreja não deixaram de declarar que isto se deve intender unicamente da servidão do peccado.

O numero de escravos possuídos pela Igreja foi consideravel e a historia prova que elles foram duramente tractados por ella, peorando até muito a sua condição pela difficuldade de alienar os bens que pertenciam ás corporações ecclesiasticas. Os Padres da Igreja faliam da ignominia da escravidão e da baixaza dos escravos, nos mesmos termos em que o faziam os pagãos.

Parece até que, no tempo de Constantino, o favor pela liberdade retrogradou. Se o movimento que parte dos Antoninos tivesse sido continuado na segunda metade do seculo III e no seculo IV, ter-se-hia chegado até á suppressão da escravidão. Quando Justiniano quiz fazer conhecer as poucas garantias de que gosavam os escravos, viu-se ainda obrigado a referir a constituição de Antonino Pio I

E' difficil, pois, sustentar que o espirito do christianismo fizesse opposição decidida á escravidão. Fallava de igualdade, mas era da igualdade perante Deus, não procurando em nenhum tempo realizar esta igualdade na condição dos homens, com prejuizo da organização social.

Ultimamente, porem, alguns escriptores, como Emílio Costa, tambem procuraram annullar a influencia benefica da philosophia estoica sobre o melhoramento da condição do escravo, attribuindo esse melhoramento unica e exclusivamente á acção das condições economicas. O movimento das idéas da escola estoica não se comprehenderia sem a existencia dum meio economico favoravel. Mas dahi não se pode concluir que a philosophia estoica não tivesse uma influencia profunda sobre a modificação do estado jurídico do escravo. As idéas, as doutrinas e as crenças são determinadas pelos factores economicos, mas não deixam de ter influencia propria no desinvolvimento social e politico I,

28. Fontes da escravidão. — A escravidão em Roma tinha duas causas: A) o nascimento; B) certos factos posteriores.

A) *Nascimento*. — Eram escravos os indivíduos que nasciam de mulher escrava. No direito antigo,

¹ Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil da romains*, pag. 149 e seg.; Belime, *Philosophie du droit*, tom II, pag. 29 e seg.; Emilio Costa, *Corto di storia del diritto romano*, tom. I, pag. 347 (not. 11); Renan, *Maré Aurèle et la fin du monde antique*, pag. 605 e seg.; Wallon., *Histoire de l'esclavage dam l'antiquité*, tom. III pag. 420 e seg.; Paul Allard, *Études d'histoire et d'archéologie*, pag. 4 seg.

applicava-se este principio, com todo o rigor, considerando-se escravo o que nascesse de mulher escrava no momento do parto, qualquer que tivesse sido a sua condição no período da gestação, pois só no momento do parto é que o filho adquiria existência distincta. Este principio, porem, foi modificado em favor da liberdade, considerando-se livres os filhos que nascessem de mulher que tivesse sido livre em qualquer momento do período da gestação.

B) *Certos factos posteriores*. — As causas de escravidão posteriores ao nascimento podiam ser: a) do direito das gentes; b) do direito civil.

a) *Causas do direito das gentes*. — **Por** direito das gentes, só uma cansa determinava a perda da liberdade— o captivo. Segundo o direito internacional antigo, a guerra quebrava todas as relações jurídicas entre os belligerantes, e, por isso, estes consideravam-se como privados de personalidade e como objectos de occupação. Daqui derivava que os prisioneiros de guerra ficavam sendo escravos. Este principio era reciproco de modo que se tornavam escravos, tanto os cidadãos romanos que cahiam nas mãos do inimigo, como os inimigos que eram feitos prisioneiros dos romanos.

O captivo, como fonte da escravidão, exigia duas condições: devia tractar-se duma guerra entre nações e não duma lucta com piratas ou salteadores; a guerra devia ser legalmente declarada (*justum bellum*), não sendo necessaria esta condição senão relativamente aos povos que entravam na esphera das relações de Roma, visto, com respeito aos barbaros, o estado de guerra ser o estado normal.

b) *Causas do direito civil*. — Relativamente á perda da liberdade por causas do direito civil, torna-se

necessario distinguir: a) o direito antigo.; B) o direito recente.

a) *Segundo o direito antigo*, tornavam-se escravos *jure civili*: 1.º) os que se recusavam a fazer-se inscrever no censo; 2.º) os que se fartavam ao serviço militar; 3.º) os que, noventa dias depois da condenção, não pagavam ao seu credor; 4.º) os que fossem surprehendidos em flagrante delicto de furto (*fur manifestus*).

Em todos estes casos, o direito romano, orientando-se pela idêa elevada de que o individuo, uma vez livre em Roma, não devia ahi ser escravo, só permittia a escravidão no estrangeiro, estabelecendo até que no caso de venda, a venda se realizasse trans *Tiberim*, isto é, na Etruria. Estas causas da escravidão desapareceram, as duas primeiras com a snppressão do censo no tempo de Vespasiano e com o recrutamento voluntario no tempo do imperio, a terceira com desuso, e a ultima com a sua eliminação pelo pretor.

B) *Segundo o direito recente*, eram causas da perda da liberdade: 1.º) a condemção *ad metallum* (trabalho das minas) e *ad bestias* (aos animaes ferozes), tendo depois Constantino abrogado a condemção *ad bestias* e Justiniano abolido este effeito da condemção *ad metallum*; 2.º) o facto da mulher livre manter relações com o escravo doutrem, apesar da prohibição do senhor, visto em tal caso ella se tornar escrava deste, em virtude do *senatus-consulto* Claudiano, abrogado depois por Justiniano; 3.º) a ingratição do liberto, que permittia ao patrono reclamar perante o magistrado a sua reducção á escravidão, quando os actos fossem suficientemente graves para motivar essa reclamação; 4.º) o facto do homem livre se fazer vender como escravo por um supposto

senhor, afim de partilhar com o seu cúmplice o preço da venda, pois, em tal caso, não era admitida a acção de reclamação de liberdade ¹.

20. Formas da sua extincção. — A escravidão podia extinguir-se: A) por vontade do senhor; B) sem a vontade do senhor.

A) *Por vontade do senhor*, a escravidão extinguia-se pela manumissão, que dentro em breve estudaremos dum modo especial.

B) *Sem a vontade do senhor*, a escravidão podia extinguir-se: a) em virtude do *jus postliminii*; b) e em virtude de disposições legais e especiais.

a) *Em virtude do jus postliminii*, os prisioneiros de guerra que chegavam a subtrahir-se ao captivo e conseguiam penetrar no território romano recuperavam a liberdade. Eram-lhes restituídos, com effeito retroactivo, todos os direitos activos e passivos que tinham antes de ter caído no poder do inimigo, julgando-se que nunca os tinham perdido. O *postliminium*, a principio, fundava-se simplesmente na idéa de que as leis estrangeiras e suas consequências se consideravam não existentes para a cidade. Só mais tarde é que appareceu a lei *Cornelia*, com a ficção de que o captivo que recuperava a liberdade se julgava nunca a ter perdido. A interpretação benigna desta lei levou até a considerar os mortos no captivo como mortos no momento de serem aprisionados, isto é, no pleno exercício dos seus direitos.

¹ Serafini, *Instituzioni di diritto romano*, vol. I, pag. 123 e seg.; Bry, *Principes de droit romain*, pag. 27 e seg.; Girard, *Mmanuel élémentaire de droit romain*, pag. 95; Eugène Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, pag. 61 e seg.

b) *Em virtude de disposições legais especiaes*, extinguia-se a escravidão, em varios casos, entre os quaes indicaremos: o da escrava que era prostituída por quem a tinha comprado com a condição de a não prostituir; o do escravo que denunciava o homicida do proprio senhor; o do escravo que se adquiria com a condição de ser emancipado num certo termo, se, chegado esse termo, não era emancipado, etc. 1.

30. Manumissão. — A manumissão é o acto jurídico pelo qual o senhor concede ao escravo a liberdade ou o domínio de si proprio. Chamava-se *manumissio*, porque significava a renuncia do senhor ao poder que tinha sobre o escravo, que primitivamente se denominava — *manus*. Gomo no antigo direito havia uma só especie de domínio, o dominio civil (*dominium ex jure Quiritium*) e este, quando recaia sobre *res Mancipi*, em que se comprehendiam os escravos, só se podia transferir validamente por um modo solemne, dahi resultou que a manumissão, para ser juridicamente efficaz, devia realizar-se por uma forma solemne.

A) *Formas da manumissão*. — As formas solemnes da manumissão eram tres: *per vindictam*; *per censum*, e *per testamentum*.

a) *Manumissio per vindictam*. — A manumissão *per vindictam* era uma symbolica reivindicação da propriedade. O senhor e o escravo compareciam perante o pretor; ahi, um amigo, *adsertor in libertatem*, tocando o escravo com uma vara, affirmava

¹ Serafini, *Instituzioni di diritto romano*, tom. I, pag. 127; Bry, *Principes de droit romain*, pag. 33 e seg.; Edouard Cuq, *Institutions juridiques det romains*, tom. I, pag. 572 e seg.

que este era livre; o senhor não o contradizia e o magistrado concedia ao escravo a liberdade. Assim, a manumissão do escravo *per vindictam* correspondia à *in jure cessio*, em que se creava um direito novo, parecendo sancionar um direito anterior. O simbolismo que acompanhava a *manumissio per vindictam* foi-se esbatendo, como aconteceu em todos os actos jurídicos, não persistindo desta forma de processo senão a apresentação do escravo ao magistrado e a concessão por parte deste da liberdade.

b) *Manumissio per censum*. — A manumissão *per censum* consistia na apresentação do escravo pelo senhor ao censor, para que este o fizesse inscrever nos registos do censo como cidadão romano. Esta forma de manumissão, que unicamente podia ter lugar de cinco em cinco annos, desapareceu com a supressão da instituição do censo por Vespasiano.

c) *Manumissio per testamentum*. — O testador podia manumittir o escravo, instituindo-o herdeiro. Originariamente, para que esta manumissão fosse valida exigia-se uma declaração de liberdade. Justiniano, porem, estabeleceu que a simples instituição de herdeiro implicava sempre a manumissão. O testador podia, alem disso, manumittir o escravo com uma disposição a titulo particular, concedendo-lhe directamente a liberdade ou encarregando o herdeiro de o manumittir. Neste ultimo caso, para que o escravo obtivesse a liberdade, tornava-se necessario que o herdeiro o manumittisse, podendo, porem, o escravo obriga-lo a isso, attribuindo até Justiniano á sentença que reconhecia o direito deste o effeito juridico da manumissão. O escravo manumittido directamente pelo testador tornava-se liberto de si proprio e chamava-se *libertus orcinus*, visto o seu senhor estar no

inferno (*Orcus*); o manumittido por intermedio do herdeiro ficava sendo liberto deste.

Constantino introduziu ainda uma nova forma solemne da manumissão — *manumissio in ecclesia, in sacrosanctis ecclesis* — feita na Igreja perante os ecclesiasticos.

As manumissões solemnes eram as unicas capazes de transferir para o manumittido o pleno domínio civil de si mesmo, isto é, a liberdade e a qualidade de cidadão. Se o senhor usasse de uma forma menos solemne, escrevendo, por exemplo, ao escravo uma carta na qual o declarasse livre (*per epistolam*), ou manifestando a sua vontade por meio duma simples declaração feita na presença de amigos (*inter amicus*), ou permittindo ao escravo assentar-se á sua mesa (*inter «pulas, per mensam*), o escravo não adquiria o dominio de si proprio, mas permanecia juridicamente escravo, obtendo uma mera liberdade de facto, embora, depois o direito pretorio sancionasse este estado, impedindo que o senhor pudesse reduzil-o de novo à escravidão. Isto era uma consequencia logica do systema do direito romano, pois as *res mancipi* unicamente se podiam transferir por um acto solemne. O mesmo acontecia, quando se fazia uso das fórmulas solemnes da manumissão, mas esta era realizada por quem não tinha a propriedade sobre o escravo, visto ninguem poder transferir para outrem o dominio que não tem. Os meios particulares de manumittir foram assimilados por Justiniano aos modos solemnes, produzindo, por isso, os mesmos effeitos jurídicos.

B) *Effeitos da manumissão*. — Segundo o antigo direito, os escravos manumittidos por quem tinha o dominio e com as formalidades estabelecidas pela lei, tornavam-se livres e cidadãos, os outros ficavam

sendo escravos. Havia neste tempo uma só especie de liberdade, a liberdade plena, assim como havia uma só especie de dominio, o domínio civil. Com a introdução doutra especie de dominio, o dominio do direito das gentes, conhecido pelo nome de *in bonis esse* ou dominio bonitario, não podia deixar de se admittir uma duplice liberdade, visto esta não ser segundo a concepção romana, mais do que o dominio de si proprio. Foi a esta orientação que obedeceu a lei Junia Norbana, promulgada, sem duvida, no tempo de Augusto, estabelecendo que os escravos manumittidos sem as fórmulas sollemnes, e os manumittidos com as fórmulas sollemnes por quem tinha sobre elles unicamente o dominio bonitario, isto é, adquirido por simples tradição, ficassem assimillados aos latinos das colonias, sendo livres de direito, mas não cidadãos. Estes libertinos foram chamados latinos jnnianos.

A lei Aelia Sentia (757) creou uma terceira especie de libertinos, os dediticios, que eram constituídos pelos manumittidos, que, durante a escravidão, tinham soffrido castigos infamantes. Não se consideravam estes libertinos dignos de ser cidadãos ou latinos, e por isso a lei assimilou-os aos peregrinos dediticios, que, depois de vencidos, se entregavam á discricção, com todos os seus bens. Estes libertinos gosavam da peor das liberdades, *pessima libertas*. Estas differenças, nos effeitos da manumissão, desapareceram no tempo de Justiniano, que attribuiu a este acto o mesmo resultado juridico — a liberdade legal com o direito de cidade.

C) *Restricções ao direito de manumissão.* — A liberdade de manumissão que pertencia ao senhor deu origem a varios inconvenientes, visto ao lado duma população ingenua dizimada por guerras civis, a

classe dos libertinos ir augmentando continuamente de numero, espalhando no seio da sociedade elementos de perturbação e de corrupção. As leis Aelia Sentia e Fufia Canina (dum anno incerto do reinado de Augusto) propuseram-se remediar estes inconvenientes, restringindo a liberdade que tinha o senhor de manumittir.

A lei Aelia Sentia feriu de nullidade a manumissão feita por um senhor menor de vinte annos, a não ser que houvesse um motivo legítimo, prohibiu a manumissão realizada com o fim de defraudar os credores, oppôs-se á manumissão do escravo, sem motivo justificado, antes de elle ter attingido a idade de trinta annos, considerando-o, no caso de ella se realizar, libertino latino, e creou, como vimos, a classe dos libertinos dediticios.

A lei Fufia Caninia restringiu as manumissões testamentarias, com o fim de acabar com o abuso frequente do senhor dar a liberdade por testamento a todos os seus escravos, embora elles não fossem dignos deste beneficio, prejudicando os herdeiros, que, deste modo, ficavam privados duma parte consideravel da fortuna. Esta lei estabeleceu, por isso, que o senhor não pudesse manumittir por testamento senão uma quota parte do numero de escravos e nunca mais de cem. Estas restricções desapareceram no tempo de Justiniano, que unicamente conservou a necessidade da justa causa para a manumissão feita pelo senhor menor de vinte annos, e a nullidade da manumissão realizada com o fim de defraudar os credores ¹.

¹ Bonfante, *Instituzioni di diritto romano*, pag. 36; Serafim, *Instituzioni di diritto romano*, tom. I, pag. 127; Eugéne Petit, *Traité èlémentaire de droit romain*, pag. 72 e seg.

31. A escravidão entre os germanos. — A escravidão apparece-nos tambem entre os germanos, como uma instituição muito antiga, a que fazem referencia os primeiros documentos historicos relativos a este povo. Os escravos, porem, não deviam ser muito numerosos, visto as condições da agricultura destes tempos, em que era desconhecida a cultura intensiva, não exigir grande quantidade de trabalhadores.

A condição dos escravos era menos dura entre os germanos, do que entre os romanos. Os senhores germanos tinham o direito de vida e de morte sobre os escravos, mas Tacito mostra como elles procediam com brandura no exercicio deste direito. Se algumas vezes matavam um escravo, era num impeto de ira, como quem tirava vingança dum inimigo, e não por applicação de fria e cruel disciplina, como acontecia em Roma.

Os escravos eram empregados entre os germanos, mais na cultura dos campos, do que nos serviços domesticos. Aquelles que eram empregados na cultura dos campos tinham um domicilio independente e cultivavam a terra para si, sendo obrigados a pagar simplesmente uma prestação em fructos. Esta circumstancia suavizava a escravidão consideravelmente, visto o escravo fazer seus os fructos que excediam a prestação que tinha de pagar ao senhor, embora tudo o que elle possuísse tivesse depois de ser entregue pela sua morte ao proprietario da terra.

A escravidão tinha por fontes: o *nascimento*, seguindo os que nasciam duma escrava a condição da mãe, embora o pae fosse um homem livre; a *guerra*, sendo os prisioneiros de guerra reduzidos á escravi-

dão; a *voluntaria entrega ou oblação*, podendo mu homem livre offerecer-se como escravo, quer directamente, quer indirectamente como garantia dama obrigação, sendo desta causa da escravidão que discorre Tacito a proposito do jogo.

Podia-se sahir da escravidão mediante a manumissão, que era solemne ou menos solemne. A primeira, que tinha logar, armando o escravo na assemblêa geral dos homens livres (*concilium*), dava completa liberdade ao manumittido. A segunda era feita sem intervenção da assemblêa geral dos homens livres, mas com a cooperação dos membros capazes da familia, e elevava o manumittido á condição de liberto, dando-lhe uma liberdade muito restricta e limitada ¹.

38. A escravidão goda. Diversas categorias de escravos. — No periodo goda continua a distincção entre homens livres e escravos. Os escravos conservaram a mesma denominação romana — *servi* — bem como os senhores — *domini*. Havia, porem, diferentes categorias de escravos: a) *Escravos idoneos*. — São os escravos que, pela sua habilidade industrial, mereciam maior consideração. É por isso que estes escravos eram um pouco mais favorecidos na applicação das penas, permittindo-se até ao senhor algumas vezes remir, com a composição, o castigo corporal do idoneo.

¹ Ciccaglione, *Lezion di diritto italiano*, tom. I, pag. 58 e seg.; Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 83 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las institucionet sociales de la Espana goda*, tora. I, pag. 476 e seg.; Hinojosa, *Historia general del derecho espanol*, tom. I, pag. 333.

b) *Escravos inferiores*. — São os escravos que, pela sua inabilidade; não mereciam tamanha consideração, como os anteriores. São denominados no código visigótico *vis, infimos e rusticos*. Daqui deduziu Herculano que os escravos inferiores deviam **ser** os operários rurais. Parece, porém, que a palavra *rustico* não pode ter este alcance, pois o código visigótico, não só distingue a ancilla *idonea* da *inferior*, quando tracta das escravas domésticas (liv. III, tit. IV, l. 15), mas também ordena que se tenha em conta o artificio, a idade, e a utilidade do escravo para determinar o seu mérito (liv. III, tit. I, l. 4).

c) *Escravos fiscaes*. — Eram escravos a quem se confiavam os cargos de exactores da fazenda e de administradores dos bens do príncipe. Chamavam-se *servi fiscales* e *família fisci*. Podiam occupar não só funções inferiores no paço, mas dignidades elevadas, e tinham o direito de possuir, embora com domínio imperfeito, terras e escravos ínfimos (*mancipia*), que rigorosamente pertenciam, como elles, ao fisco. E, se não podiam alienar estes bens livremente, podiam ainda assim vendê-los a outro servo fiscal — *conservo* — applicando o seu producto em benefício das igrejas e dos institutos de caridade.

d) *Escravos da Igreja*. — Herculano intende que na legislação visigoda não ha disposições que auctorizem a considerar, como uma categoria distincta, os escravos da Igreja e do clero. As disposições dos concílios relativas ás famílias ecclesiasticas (phrased com que em especial se designavam os escravos da Igreja), diz Herculano, são disposições particulares da Igreja e não leis civis; nem se vê, nessas regras do proceder entre o clero e os servos que lhe pertenciam, condições diversas das que

regulavam os direitos e deveres entre os senhores particulares e os seus escravos; e, se, em relação á sociedade civil e ao poder politico, elles gosavam de algumas exempções, estas não representavam um privilegio seu, mas referiam-se á immuniidade da corporação sacerdotal a que eram sujeitos.

Gama Barros afasta-se da opinião do illustre historiador e, a nosso ver, com razão. Efectivamente, o código wisigothico estabelece regras especiaes para os bens da Igreja, as quaes não podiam deixar de se applicar aos escravos delia, como entrando naquelles bens. Dahi deriva que o código wisigothico não pode deixar de auctorizar a admissão duma classe especial de escravos, constituída pelos escravos da Igreja.

Accresce que no concilio III de Toledo, S89, aquelle em que Reccaredo abjurou o arianismo, se prohibiu, canon 21, que os escravos das Igrejas, dos bispos ou do clero em geral fossem empregados em quaesquer trabalhos, publicos ou particulares, pelos juizes ou exactores publicos, e se determinou que só pudessem ser occupados no serviço dos seus donos e da Igreja. Parece lambem que as famílias ecclesiasticas não eram obrigadas a concorrer para o serviço militar, salvo em caso de invasão repentina para se repellir logo, de prompto, a entrada dos inimigos. Os escravos da Igreja tambem não podiam ser emancipados senão em harmonia com as condições estabelecidas nos canones, que prohibiam as manumissões que não fossem compensadas, em servos ou em outros valores, pela fórmula que elles prescreviam.

Tudo isto demonstra que a condição dos escravos da Igreja era differente da dos outros escravos, o

que auctoriza a admissão duma categoria especial para elles 1.

33. Condição jurídica dos escravos. — Herculano, occupando-se da condição jurídica dos escravos neste período do direito peninsular, sustentou que os escravos godos se distinguiam dos romanos em serem considerados como pessoas civis, visto o código visigothico os denominar sempre pessoas.

Esta doutrina do grande historiador tambem não parece exacta, pois no código visigothico ha só tres leis, das muitas que tractam dos escravos, que lhes chamam *personae*, a lei 18, do liv. v, tit. IV — *serviles personae* — a lei 18, do liv. IX, tit. I — *provilis interdum servi persona* — a lei 9, do liv. XII, tit. II — *quamvis humilis servilisque persona*. E, em todas estas leis, a expressão *persona* não designa o homem que tem capacidade jurídica, mas sim o homem que está sujeito á condição servil, visto tal expressão se encontrar sempre modificada pelos termos *servus* e *servilis*.

Se o argumento de Herculano tivesse valor, então deveríamos admittir que os escravos entre os romanos tambem eram pessoas, visto elles nos monumentos legislativos serem chamados do mesmo modo *personae*. Esta conclusão briga, porem, com a propria doutrina de Herculano. A expressão apparece assim nestes monumentos com a significação de *homem* e é tambem do mesmo modo que nós a devemos intender no código visigothico.

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 235, e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 256 e seg.; Sr. Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 45 e seg.

Como diz Munoz y Romero, para que os escravos pudessem ser considerados como pessoas e não como cousas, tornava-se necessario que elles não pudessem ser vendidos como os animaes. A expressão, por isso, ainda que não houvesse outros elementos de interpretação, tinha só por esta razão de ser intendida em sentido diverso, do que lhe attribue Herculano. Os escravos entre os wisigodos não só podiam ser objecto de venda, mas tambem de doação, troca e herança.

Se não se póde admittir a differença tão profunda que Herculano pretendeu estabelecer entre a escravidão goda e a escravidão romana, nem por isso se pode deixar de reconhecer a superioridade da condição legal do escravo godo sobre o escravo romano.

Sob o ponto de vista da pessoa, não só não se permittia castigar o escravo com pena de morte, infligindo-se punição rigorosa ao senhor que, de qualquer modo, mutilasse o escravo sem intervenção do magistrado (cod. wis., liv. VI, tit. v, l. 13), mas tambem se sancionou o principio de que a escravidão se podia prescrever, em diametral opposição com a doutrina do direito romano, em face da qual a escravidão era tão imprescriptivel como a liberdade.

O escravo fugitivo commettia, segundo este direito, o furto de sua propria pessoa e não podia invocar a usucapião ou a prescripção de longo tempo para adquirir a liberdade. A *Lex Antiqua Wisigothorum*, segundo o Palimpsesto da Corbie, reconheceu, pelo contrario, que não podiam ser reduzidos á escravidão os escravos fugitivos que não tivessem sido recuperados pelos seus senhores durante cinquenta annos. Esta lei passou para o codigo wisigothico, onde se reconheceu, alem disso, a prescripção da

liberdade por trinta annos para aquelle que vivia como ingenuo durante este tempo, sem contradicção alguma (cod. wis., liv. III, tit. II, 1. 3 e 7).

Sob o ponto de vista economico, o escravo podia alienar as cousas de pequena valia que entravam no peculio, sem consentimento do senhor, reconhecendo-se por isso relativamente a estas cousas um verdadeiro direito de propriedade (cod. wis., liv. v, tit. IV, 1. 13). A *Lex Antiqua Wisigothorum* deixava suspensa a compra feita pelo escravo sem conhecimento do senhor, ficando, por isso, ao arbitrio deste confirmá-la ou revogá-la. Esta lei, porem, não passou para o codigo wisigothico. O escravo godo tinha, alem disso, o direito de successão quanto á metade dos bens adquiridos pelo libertino que fosse seu parente, desde o momento em que este não determinasse o contrario (cod. wis., liv. v, tit. VII, 1.13).

Sob o ponto de vista familiar, os wisigodos admittiram a regra de que o consorcio entre escravos de donos diversos não podia ter logar sem o consentimento destes, mas o codigo wisigothico estabeleceu uma excepção expressa a esta regra, deixando subsistir o vinculo matrimonial, quando algum dos senhores deixava passar um anno sem separar o casal (cod. wis., liv. x, tit. I, 1. 17). Havia assim um certo respeito pela indissolubilidade do casamento, embora ainda se chame contubernio á união dos escravos, como faziam os romanos (cod. wis., liv. x, tit. I, 1. 17).

Sob o aspecto moral, apparecem muitas disposições, accusando uma certa consideração pelo escravo. Entre ellas, deve-se mencionar a de dar fé ás declarações dos escravos para se provar a derradeira vontade de homens livres (cod. wis., liv. II, tit. v, 1. 12). Assim, a pessoa que, encon-

trando-se em viagem ou no exercito, não pudesse escrever as suas ultimas disposições e não tivesse consigo homens livres, podia communicá-las a servos cuja fidelidade fosse attestada pelo sacerdote e pelo magistrado.

Sob o aspecto judiciario, havia casos em que os escravos podiam testemunhar livremente, como quando se tractava do homicídio e não havia pessoas livres que pudessem esclarecer o factó, exigindo-se, porem, que o individuo admittido a depôr estivesse exempto de culpa e não fosse de extrema indigencia (cod. wis., liv. II, tit. IV, 1. 9). O direito de recorrer á tortura para extorquir o testemunho do escravo, encontrava-se bastante limitado (cod. wis., liv. III, tit. IV, 1. 10 e 13; liv. IV, tit. I, 1. 3; liv. VI, tit. I, 1. 3; liv. VII, tit. VI, I. 1).

Sob o aspecto administrativo, o melhoramento da condição do escravo affirma-se principalmente no factó dos escravos fazerem parte do exercito ás ordens do senhor. As leis de Wamba obrigam a todos que devem ir nas expedições militares a levarem consigo a decima parte dos proprios escravos armados e equipados (cod. wis., liv. IX, tit. II, 1. 9). Nem se diga que esta pratica se encontra unicamente nos ultimos tempos da monarchia goda, porquanto ha outras leis, que no codigo wisigothico têm a epigrapha de antigas, e algumas disposições do Palimpsesto da Corbie que fallam de escravos no exercito, donde parece deduzir-se que desde os tempos de Eurico, os escravos serviam no exercito ás ordens dos seus senhores.

Besta agora averiguar quaes foram as causas que produziram este melhoramento da condição legal do escravo entre os wisigodos. Alguns escriptores attribuem este melhoramento á influencia do chris-

tianismo. Mas, as razões que já apresentamos a respeito deste assumpto, continuam a não nos permittir adoptar tal doutrina. A condição do escravo no código wisigothico é ainda bem dura, apesar do predomínio do clero neste código ser bem manifesto. Se a Igreja tivesse feito decidida opposição á escravidão, a influencia que ella teve entre os wisigodos devia ter determinado a abolição desta instituição. Os escravos da Igreja eram duramente tractados, como demonstra o canon 15 do concilio de Aferida, de 666, que reconhece que alguns presbyteros imputando as suas doenças e meficios dos escravos das Igrejas, os punham a tormento e maltratavam com grande impiedade.

Herculano attribue o melhoramento da condição legal do escravo godo á influencia das ideias germanicas. É esta, sem duvida, a doutrina que nos parece mais acceitavel, desde o momento em que, como vimos, a condição do escravo entre os germanos era muito menos dura do que entre os romanos, tendo até estes povos um elevado conceito da personalidade humana. Era, pois, natural que as idéas germanicas suavizassem o estado legal do escravo entre os wisigodos ¹.

34. Fontes da escravidão. — As causas da escravidão entre os wisigodos eram: A) o nascimento; B) certos factos posteriores.

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 254 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 37 e seg.; Munoz y Romero, *Del Estado de las personas en los reinos de Asturias y Léon*, pag. 51 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 247 e seg.

A) *Nascimento*. — O filho seguia a condição dos paes, e, se não fossem ambos escravos, a do progenitor, que a tinha peor (cod. wis., Mv. x, tit. I, l. 17). Foi, sem duvida, o interesse do senhor que levou o direito wisigothico a admittir esta doutrina, inteiramente opposta ao systema do direito romano. Exceptuava-se porem, o caso do senhor proceder de má fé, apresentando como livre quem era escravo, no intuito de lhe obter casamento como pessoa livre, a fim de depois fazer valer os direitos de senhor sobre a prole nascida deste consorcio.

B) *Certos factos posterior*. — Os factos posteriores ao nascimento que originavam a escravidão podiam ser: a) do direito das gentes; b) do direito civil; c) do direito penal.

a) *Causas do direito das gentes*. — As causas do direito das gentes que podiam originar a escravidão, reduziam-se ao captivo, visto o prisioneiro de guerra ficar inteiramente á disposição do vencedor. Neste ponto não se afastaram os wisigodos da doutrina do direito romano, não se comprehendendo então outro modo de regular as relações entre vencedores e vencidos. Não faltam, porém, factos que accusam excepções a esta regra tão rigorosa, mostrando a generosidade com que ás vezes procediam os vencedores para com os vencidos.

b) *Causas do direito civil*. — As causas do direito civil que originavam a escravidão eram: a) o casamento e união sexual; B) o consentimento voluntario.

a) *Casamento e união sexual*. — O casamento e a união sexual determinavam a escravidão nos seguintes casos: 1) Casamento da mulher na ausencia do marido, sem ter a certeza da sua morte, se elle voltasse, pois tanto a mulher como o segundo marido eram entregues ao primeiro, que os podia

vender ou fazer delles o que quizesse (liv. III, tit. II, 1. 6); 2) União da mulher livre com escravo ou liberto seus proprios, pois ambos eram açoutados e queimados, a não ser que ella se refugiasse em logar sagrado, visto em tal caso ficar sendo escrava da pessoa a quem o rei a quizesse dar (cod. wis., liv. III tit. II, I. 2); 3) União duma pessoa livre com um escravo, desde o momento em que reincidissem tres vezes, depois do magistrado ter procedido á sua separação, visto neste caso o consorte de condição livre passar a ser escravo do senhor do consorte servil (cod. wis., liv. III, tit. II, 1. 3). Do mesmo modo, a liberta que se unia a escravo alheio se não se separava delle, depois de tres intimações feitas perante tres testemunhas pelo dono, ficava reduzida á condição de escravo do mesmo dono. O mesmo acontecia ao liberto que se ligava á escrava doutrem (cod. wis., liv. u, 1. 4).

(3) *Consentimento voluntario*. — O homem livre tinha o direito de vender a propria liberdade, podendo, em todo o tempo, remil-a, restituindo o preço recebido (cod. wis., liv, v, tit. IV, 1. 10).

c) *Causas do direito penal*. — O codigo visigothico impõe, em muitos casos, a escravidão como pena do delido. É o que se dá a respeito do rapto, adulterio ou estupro (cod. wis., liv. III, tit. III I. 1 e 2; liv. III, tit. IV, I. 1 a 3, 5, 9, 14); da invasão armada em casa alheia (liv. vi, tit. iv, 1. 2); do testemunho falso (liv. II, tit. iv, 1. 6); da venda da pessoa livre contra a vontade desta (liv. v, tit. iv, 1. 11); da insolvencia do devedor ou do criminoso (liv. v, tit. vi, 1. 5; liv. vii, tit. I, 1. 5); do abandono da mulher, casando o marido com outra (liv. III, tit. II, 1. 6); das consultas de adivinhos (liv. viI, tit. II, I. 1); da falsificação da moeda

(liv. vn, tit. vi, 1. 2); da falta de cumprimento dos deveres cívicos em defesa do rei ou do reino (liv. ix, tit. II, I. 8 e 9); da accusação falsa de certos crimes *capitales* (liv. vi, tit. I, 1. 2).

Gama Barros apresenta ainda como causa da escravidão entre os godos o abuso da força, mas esta não é uma causa legal da escravidão, visto o código visigótico procurar reprimir tal abuso por diversas maneiras (cod., liv. v, tit. 4, 1. 11) ¹.

35. Cessação da escravidão. — A escravidão extingui-se: A) por vontade do senhor; B) sem a vontade do senhor.

A) *Por vontade do senhor*, a escravidão extingui-se pela manumissão. A manumissão era de duas espécies: absoluta e condicional. Absoluta, quando o senhor não impunha ao liberto nenhuma condição ou obrigação de serviço, ficando, por isso, elle com uma liberdade completa. Era a única admittida pela Igreja para se poder entrar nas ordens clericas. A manumissão condicional era aquella em que o senhor estabelecia restricções á liberdade do liberto. Uma das condições que ordinariamente se impunham, era a do liberto não poder alienar o *peculio servil*, sendo, portanto, nullos todos os contractos feitos sobre elle, sem consentimento do patrono. A falta do cumprimento de qualquer destas condições repunha o liberto na situação primitiva (cod. wis., liv. v, tit. vii, *passim*).

As fórmulas da manumissão do direito romano em parte conservam-se e em parte modificam-se. É por

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, vol. II, pag. 33 e seg.; Violette, *Histoire du droit civil français*, pag. 296 e seg.

isso que a manumissão se podia effectuar por escripto especial, verbalmente, na presença de testemunhas, ou por testamento. No caso da manumissão por escripto especial, deviam intervir no instrumento duas ou tres testemunhas. Se a manumissão era verbal, parece que se tornava indispensavel ou a presença dum sacerdote ou diacono, ou de duas ou tres testemunhas, devendo depois reduzir-se a escripto o acto. Se a manumissão era por testamento, esta tinha de ser comprovada por tres ou cinco testemunhas, dentro do praso de seis meses (cod. wis., liv. v, lit. VII, l. 1, 2, 9, 44 e 15).

B) *Sem a vontade do senhor*, a escravidão extinguiu-se, em virtude de disposição de lei, nos seguintes casos:

a) *Tortura injusta*. — O escravo que, depois de soffrer a tortura, era reconhecido sem culpa, mas ficava invalido, passava á condição de liberto, sob o patrocínio do dono, recebendo este do accusador a indemnização correspondente (cod. wis., liv. VI, tit. I, l. 4);

b) *Remissão*. — O ingenuo que se sujeitava por contracto á escravidão, podia remi-la em Lodo o tempo (cod. wis., liv. v, tit. IV, l. 10);

c) *Regresso á patria*. — O escravo vendido para fóra do reino e que depois voltava à patria ficava livre (cod. wis., liv. IX, tit. I, l. 10);

d) *Prescripção*. — O escravo fugitivo podia adquirir a liberdade por prescripção de cincoenta annos (cod. wis., liv. X, tit. II, l. 2 e 7);

e) *Condição de escravo dos judeus*. — A legislação excepcional contra os judeus dava em muitos casos a liberdade aos seus escravos, proibindo até Sisebutus e Ervigius que os judeus tivessem por qualquer modo escravos christãos (cod. wis., liv. XII, tit. II,

l. 11, 13 e 14; liv. xii, tit. iii, l. 12 e 18; liv. xii, tit. ii, l. 14 e tit. iii, l. 12) ¹.

38. Natureza da servidão na Reconquista. Doutrina de Herculano e Munoz y Romero. — A servidão entre os mosarabes devia conservar a mesma natureza que tinha entre os godos antes da conquista, visto não ser provavel que esta instituição da sociedade civil se alterasse quando todas as outras persistiam. Aconteceu o mesmo na reacção asturiana ? Eis um dos problemas que mais largamente tem sido discutido.

Alexandre Herculano intende que a servidão se distinguiu na Reconquista por estar vinculada ao solo, revestindo por isso o character da adscrição á gleba. Escravos propriamente taes eram unicamente os arabes prisioneiros de guerra. Herculano fundamenta a sua opinião no estudo dos acontecimentos políticos e sociaes da epocha, que deveriam produzir, como consequencia necessaria, a transformação da escravidão originaria, isto é, bispano-goda, na servidão da gleba.

Era impossivel na monarchia neo-goda a escravidão originaria. Os senhores, levando os escravos armados ao combate, sem crença, sem ardor, sem interesses moraes, ou materiaes que defender, como nos tempos gothicos, seria um facto que não poderia, de modo algum, dar em resultado a fundação e o engradecimento da monarchia de Oviedo. A transformação do escravo em servo da gleba impunha-se

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tomo II, pag. 47 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tomo III pag. 257 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tomo IV, pag. 223.

como meio de o interessar na prosperidade do Estado nascente e de afronxar os ínstinctos de emancipação, que se deveriam tornar tanto mais energicos, quanto a opressão e os vexames fossem mais violentos e menos sancionados pelas antigas instituições, agora imperfeitamente observadas ou totalmente esquecidas.

É certo que os cbronistas affirmam que Affonso II restabelecera as instituições gotbicas no civil e no ecclesiastico, mas daqui nada se pode concluir a respeito da escravidão originaria no período neogodo. Existe uma doação de Affonso II á sé de Oviedo em que, depois de varios bens de raiz e ornamentos ecclesiasticos, se incluem os servos destinados ao culto, que por aquelle acto concede á cathedral. Entre estes, encontram-se ura presbytero, um diacono, muitos que se denominam clerigos, o ultimo dos quaes declara o rei que houvera por compra. Afora estes dôa muitos servos seculares adquiridos de diversas pessoas. Estatue-se naquelle diploma que, se algum fugir ou negar obediencia á igreja, o prendam e obriguem por força a servir-a.

Outro diploma expedido poucos dias depois vem até certo ponto illustrar o anterior. Todos esses servos que parecem unidos ás propriedades doadas á cathedral, são chamados famílias de ambos os sexos; e acerca delles se confirma a determinação do primeiro, isto é, que sejam compellidos pela força a conservarem-se no serviço e obediencia da igreja. Assim, se, por um lado, a servidão parece completa nesta epocha, por outro, como explicar a existencia de sacerdotes, diaconos e clerigos escravos comprados a particulares e doados pelo rei á igreja, contradicção flagrante não só com a Indole, mas com a letra da legislação wisigothica e com os antigos canones?

Não indica isto que a especie de organização que D. Affonso II introduzia nos seus Estados, a pouco mais se estendera do que a regularizar o poder temporal e o episcopado, ficando ainda em grande parte incerta a condição das classes inferiores? O que nós vemos nestes documentos e noutros analogos é que essas familias de servos abrangiam todos os colonos forçados sujeitos á solução de censos especiaes e á de serviços pessoaes mais ou menos oppressivos, impostos nas terras que lhes eram distribuídas, e que as propriedades concedidas á sé de Oviedo eram aquellas em que elles viviam e que agricultavam ou deviam de futuro agricultural.

Não se encontra entre milhares de documentos de compras e vendas ou antes de escambo, porque a isto se reduziam a maior partes deites, um unico em que um ou mais desses servos *originales* ou *de creatione* sejam exclusivamente trocados por propriedades, por alfaías, por animaes ou por generos, como acontece com os servos mouros. Nos contractos de transmissão em que elles figuram como objecto de contracto, achamo-los sempre vinculados com as villas, com as decanias, com a terra emfim. Todos os monumentos conspiram em nos apresentar os servos confundidos com os adscriptos, de cuja existencia especial e distincta não encontramos, aliás, nenhum vestígio.

A doutrina de Herculano foi combatida por Munoz y Homero, que, na *Collección de fueros municipales*, tinha seguido a opinião geralmente admittida a respeito do character da servidão na Reconquista, — de que a servidão neste período da evolução do direito peninsular continuou, dum modo analogo, ao que era entre os godos. Segundo Munoz y Romero, a opinião de Herculano não se conforma com a afirmação

que o mesmo escriptor faz de que o serviço dos senhores e dos nobres era prestado por membros das famílias adscriptas. Se os homens e famílias podiam, contra a sua vontade, ser separados da gleba onde estavam estabelecidos, para o serviço domestico, não podem chamar-se adscriptos, porque esta expressão traz consigo a idéa da inamovibilidade do colono da terra que cultiva.

Munoz y Romero não se contentou com a refutação da doutrina de Herculano feita por esta fórmula indirecta, pois apresenta uma serie de factos que, em seu entender, resultam dos documentos e caracterizam a condição do escravo. Estes factos consistem na venda, doação e troca dos indivíduos sem dependencia dum contracto acerca do solo em que elles *habitam*: em serem arrebatados nas guerras privadas os colonos de herdades privilegiadas ou nobres, ou ecclesiasticas, reduzidos á escravidão dos raptos e vendidos por estes como escravos; na entrega dos servos christãos aos sarracenos como preço de resgate de nobres captivos; em exercerem os servos os diversos misteres do serviço domestico e os officios mecanicos, sendo parte de taes misteres incompatíveis com o cultivo do solo; em viverem alguns nos coutos de igrejas e mosteiros obrigados a serviços geraes, isto é, a quaesquer que lhes mandassem fazer.

Alexandre Herculano não deixou a critica da sua doutrina sem resposta, publicando em 1858 um notavel estudo sobre o estado das classes servas na Península, desde o VIII até ao XII seculo. Desfaz completamente a incoherencia que lhe attribue Munoz y Romero, mostrando que não ha a impossibilidade de accumular os trabalhos da vida rural com os industriaes e mecanicos ou com os serviços pessoaes

feitos a outro individuo. Entre as nações onde o progresso das industrias fez predominar quasi exclusivamente o principio economico da divisão do trabalho, effectivamente não se dá tal associação: o official mecanico, o operario fabril, o creado domestico não associa de ordinario a occupação a que se entregou com o grangeio dos campos. Mas, assim como a divisão e subdivisão dos misteres se vae multiplicando com o desinvolvimento industrial, assim quanto mais atrazado se acha um povo, mais o homem varia de occupações, porque é obrigado a variar e porque justamente a imperfeição das industrias, a simplicidade e a grosseria dos artefactos favorecem a accumulção e a variedade das occupações individuaes.

Munoz y Homero, porem, encarregou-se até de combater a sua propria opinião. Ao lado da servidão pessoal dos servos originarios, admite a existencia da servidão da gleba, a existencia simultanea de adscriptos, de que fórma uma classe á parte. Depois de enumerar as prestações agrarias que pagavam esta especie de colonos-servos, Munoz adverte que, além duma quota de fructos e de variadas foragens, esses colonos forçados estavam adstrictos a serviços pessoaes, que consistiam nos amanhos de predios diversos da propria gleba, em construcções de edificios, e em fazer todo quanto se lhes ordenasse. Suppoz Munoz que havia contradicção em dizer-se que os servos originarios eram todos adscriptos e ao mesmo tempo obrigados a serviços pessoaes fóra da respectiva gleba, e todavia não só acceita essa doutrina contradictoria, mas, além disso, acceita-a, depois de affirmar a sua impossibilidade, para desta inferir a continuacção na monarchia ovetenseleonêsa da servidão wisigothica.

Os documentos invocados por Munoz não mostram que elles se referem a servos de raça e não a prisioneiros de guerra, a sarracenos captivos nas continuas luctas entre os reis de Oviedo e Leão e os príncipes musulmanos ou aos filhos e descendentes desses captivos. Ainda no meado do seculo XII a sorte dos mosarabes, aprisionados com as armas na mão pelos soldados dos príncipes christãos, era analogá á dos crentes do islam, sendo como elles reduzidos á escravidão. Não é crivei que a sua sorte fosse melhor nos seculos anteriores. Ainda suppondo que os documentos citados por Munoz se devessem intender, em geral, como elle pretende que se intendam, ninguem poderia affirmar que os nomes gothicos a que ahi se allude não fossem sempre e em todos elles de captivos mosarabes ou de filhos seus e não de mouros convertidos ou não convertidos.

Munoz não se encarrega de interpretar dum modo accorde com a sua doutrina os documentos apresantados por Herculano, e por isso poder-se-hiam considerar os diplomas a que elle recorre apenas como manifestações das violencias, das excepções, e como mais uma prova da falta de caracteres constantes, de regras geraes absolutas nos factos sociaes dum epocha de barbaria e de transformação. Mas, este expediente não satisfez a consciencia de Herculano, e por isso o grande historiador examina um por um os documentos a que recorre Munoz, mostrando como são falsas as conclusões que delles pretende tirar.

E, na nova interpretação que dá aos documentos, põe em evidencia mais uma vez a necessidade de nunca esquecer a população mosarabe. Por ella se explica facilmente a existencia de prisioneiros chris-

tãos em poder de christãos, tanto mais quanto é certo que os mosarabes deviam constituir a maioria dos habitantes da Peninsula, ainda dons ou tres seculos depois da invasão dos arabes e da tentativa de Pelaio, pela simples razão de que a grande massa da população dum vasto pais não pode substituir-se como o poder supremo, sobretudo quando se tracta duma nação civilizada e não de tribus selvagens, sempre insignificantes em numero e que a atrocidade fria e permanente dos vencedores chega a destruir no decurso dos seculos ¹.

37. Escravidão neste período. — Em harmonia com a doutrina de Herculano, a fonte principal da escravidão na Reconquista era o captiveiro. Effectivamente, tanto os captivos sarracenos, como os captivos christãos, se tornavam escravos dos vencedores, em virtude do exercício dum direito que, desde a mais remota antiguidade, se considerou inseparavel da victoria.

Esta antiga regra de direito, que attribuia a propriedade do prisioneiro de guerra ao vencedor, ainda se encontra admittida implicitamente por um documento do seculo xi. Numa doação de Bermudo III á sé de Santiago em 1032 falla-se dum tal Galiariz, que, entre outras rapinas que fez, roubou seis homens alheios e os vendeu como

¹ Alexandre Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 265 e seg. e nota xvi; Munoz y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León*, pag. 13 e seg.; Alexandre Herculano, *Opusculos*, tom. III, pag. 235 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal, nos seculos XII a XV*, tom. II, pag. 33 e seg.; Sr. Alberto Sampaio, *As titias do norte de Portugal*, pag. 101 e seg.

captivos. Daqui se deduz claramente que o prisioneiro de guerra se vendia sem offensa dos usos e costumes, pois a venda não seria condemnavel se se tratasse de captivos.

Gama Barros nota contra Herculano que não é esta a conclusão que resulta do documento, mas a de que a venda se considera condemnavel por **ter** sido feita de homens que não eram do vendedor. Mas, se é exacta a interpretação de Gama Barros, porque é que o documento se refere expressamente á venda de homens alheios como *captivos* e não falia simplesmente da venda de homens alheios? Evidentemente, a razão não pode ser outra senão a de que só os captivos podiam ser vendidos.

No seculo XII continuou vigorando o mesmo direito a respeito dos prisioneiros de guerra. No seculo XIII é que se restringe o direito de reduzir á escravidão os captivos, estabelecendo-se que só ficassem sujeitos a ella os captivos que fossem inimigos da fé (Part. IV, tit. 21, I. 1).

A sorte dos captivos dependia inteiramente da vontade dos guerreiros a quem fossem distribuídos. As condições da Reconquista, profundamente agitada por luctas continuas e dominada pela recrudescencia da barbarie, não podiam ser favoraveis aos captivos, que deviam encontrar, como futuro mais provavel da escravidão, todas as oppressões e todos os vexames dos seus senhores.

Em todo o caso, apesar de escravos, uns e outros, os captivos christãos deviam ser mais favorecidos do que os captivos sarracenos, visto sobre estes pesar nefastamente a inferioridade moral do homem que professava uma religião contraria á dominante. O senhor havia de ser necessariamente mais duro, severo e intractavel para com o escravo que obede-

cia ao Koran, do que para com aqtielle que seguia o Evangelho. É por isso que, como nota Gama Barros, nós vemos dous resultados oppostos no influxo que a Reconquista exerceu na servidão. Por um lado, contribuiu para o melhoramento da condição do escravo christão; por outro, concorreu, com o elemento agareno, para manter a escravidão pura ¹.

38. Desenvolvimento historico da escravidão em Portugal. — A escravidão persiste, por largo tempo em Portugal. Alimentavam-na os captivos tanto arabes como mosarabes. Alexandre Herculano cita o facto duma correria de Affonso Henriques nos territorios musulmanos do Occidente, em que, alem de avultados despojos os guerreiros portuguezes tinham trazido e conservavam captiva certa porção de mosarabes. Sabendo disto S. Theotonio, saia ao encontro do rei e de todo o exercito, ameaçando os com a colera celeste, se não puzessem em liberdade aquella gente. Então o rei e os seus guerreiros soltaram todos os captivos mosarabes, deixando os ir livremente na presença do sancto. Só no seculo XIII, com a *Lei das Sete Partidas*, é que se restringe o direito de reduzir á escravidão os captivos na guerra, ficando então sujeitos a ella só os captivos que fossem inimigos da fé, como já dissemos (Part. IV, tit. 21, I. 1). O direito canonico fundamentava esta orientação, declarando os infleis servos dos christãos. Daqui por diante a escravidão mantem-se unicamente á custa dos mouros. As Ordenações Affon-sinas mostram-se muito pouco favoraveis á emanci-

¹ Alexandre Herculano, *Opúsculos*, tom. III, pag. 286 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 58 e seg.

pação destes escravos, proibindo que se fôrresse mouro ou moura captivo, a não ser por preço que traga da sua terra, ou por resgate doutro cristão que lá jaz captivo. Se se fizesse o contrario, o dono perdia o mouro ou moura em beneficio do rei, e o escravo o que tivesse dado pela sua rendição (Ord. Aff., liv. IV, tit. CXI).

O numero de escravos mouros ia-se redozindo successivamente, em virtude da diminuição das guerras com os sarracenos, devendo a escravidão desaparecer do territorio portuguez dentro em breve, se outra fonte muito mais rica a não viesse alimentar. Essa fonte foi o trafico da escravatura dos negros, que, a partir do meado do seculo XV, abre um dos períodos mais vergonhosos e sombrios da historia da escravidão.

Parece que foi em 1434, pouco depois do descobrimento da costa do Ouro, que um capitão portuguez, Antonio Gonçalves, desembarcando alli, trouxe consigo alguns negros, que veio vender a famílias mouras do sul da Hespanha. Mas só com a descoberta da America, em 1493, é que o commercio dos escravos começou a disinvolver-se muito, sendo principalmente a costa occidental de Africa que fornecia delles toda a America, então em começo de colonização e exploração. Na cidade de Loanda ainda existe, perto do caes da alfandega, uma cadeia de pedra, donde o Bispo de Angola abençoava as levas de escravos que eram enviados para o desterro alem do Atlantico.

Os portuguezes praticaram largamente o trafico da escravatura. É costume dos estrangeiros censurarnos por o termos inventado. Mas, como diz Oliveira Martins, se é certo que inventamos o trafico da escravatura, tambem não póde haver duvida de que

a descoberta pareceu feliz, porque todos, a nosso exemplo, foram basear negros ao armazem da Africa, para explorar as suas colonias americanas. Entretanto, a bem da historia, deve dizer-se que não inventamos cousa alguma. Sempre que houve escravos, os escravos se venderam, porque é proprio da escravidão tornar o homem um objecto venal.

Além disto, antes de nos acharmos em relações marítimas com a Negricia, achavam-se em relações continentaes, de um lado, os berberes de Marrocos, do outro, os arabes do Mar Vermelho, e para uns e outros a Negricia era desde tempos immemoriaes um mercado de escravos. O trafico da escravatura recebeu até uma alta sancção, a do papa Nicolao V, que não teve duvida alguma em approvar este cruel commercio, verificando-se assim mais uma vez que a egualdade dos homens perante Deus não passa, na theoria da Igreja, dum platonismo sem applicação alguma na vida social.

A escravidão apresentou-se então como uma necessidade para as colonias, visto a impossibilidade da associação por meio do trabalho salariado tender a produzir a dissolução, chegando a tornar-se necessaria em algumas a importação de generos alimentícios. E o certo é que a escravidão colonial reflectiu-se, dum modo funesto, na Europa, onde os Estados e os soberanos se serviram de escravos para diferentes necessidades publicas. Nos seculos xvi, xvii e xviii, o papa tinha escravos turcos para as suas galeras. Luiz xiv fazia comprar para o mesmo serviço, provavelmente turcos ou negros, e mesmo judeus e russos catholicos. No seculo xviii, o ma) foi-se alargando, extendendo-se gradualmente como uma mancha vergonhosa, a ponto de a escravidão

atingir grande desinvolvimento, na Europa, chegando um documento official da epocha a affirmar que na França não havia burguês ou operario que não tivesse o seu escravo negro.

Em Portugal, tambem se alastrou a escravidão no continente como consequencia do desinvolvimento da escravidão colonial. É por isso que o alvará de 19 de setembro de 1761 prohibiu carregar no Ultramar e descarregar nos reinos de Portugal e dos Algarves gente de côr; ficando esta livre *ipso jure* pelo facto do desembarque, sem dependencia de manumissão ou outra cousa, que não fosse a certidão do mesmo, que logo devia ser passada pelos officiaes da Alfandega do logar ou porto, e paga com o quadruplo dos emolumentos pelos, até alli, senhores, dos, até alli, escravos. E, coherente com esta disposição, o alvará impôs as penas do crime do carcere privado e captiveiro de homem livre aos que comprassem, vendessem, ou retivessem violentamente em seu serviço os individuos dum e doutro sexo objecto de tal diploma.

Estas providencias prepararam o terreno para a abolição da escravidão no reino, que teve logar com o Alvará de 16 de janeiro de 1773. Este diploma estabeleceu:

a) *Quanto ao preterito*, que os escravos ou escravas nascidos, quer de concubinatos, quer de legítimos matrimonios, cujas mães ou avós são ou houverem sido escravas, fiquem no captiveiro em que se acham durante a sua vida sómente. Aquelles, porem, cuja escravidão vier das visa vós ficavam livres e desembargados, embora as mães e as avós tivessem vivido em captiveiro;

b) *Quanto ao futuro*, que todos os que nascessem do dia da publicação da lei em diante, nascessem

inteiramente livres, embora as mães e avós tivessem sido escravas, ficando babeis para todos os officios, honras e dignidades, sem a nota distinctiva de libertos, que os romanos estabeleceram e que agora se tornava perfeitamente inconciliavel com a civilização moderna ¹.

39. Escravidão nas colonias. — A partir deste momento em diante, a escravidão fica sendo admitida unicamente nas nossas colonias. Mas já nesta epocha se esboçava o movimento generoso em favor da abolição da escravidão nas colonias. A Inglaterra tornou-se, dentro em breve, o centro deste movimento, fundando-se neste pais orna sociedade chamada dos *Amigos dos Negros*, tendo como seu mais illustre representante Wilberforce.

Foi a França que traduzia, pela primeira vez, uma idéa tão nobre e elevada num texto legislativo, abolindo em 1794 a escravidão em todas as colonias francesas e conferindo a todos os negros a qualidade de cidadãos franceses, com todos os direitos assegurados pela constituição. O momento, porem, não era ainda opportuno para se tomar esta medida, em virtude da crise terrível que atravessavam a mãe-patria e as colonias, e por isso não deve admirar

¹ Paul Viollet, *Histoire du droit civil [français]*, pag. 320 o seg.; Salvioli, *Manuais di storia del diritto italiano*, pag. 175 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom III, pag. 309 e seg.; Lia Teixeira, *Curso de direito civil português*, part. II, pag. 77 e seg.; Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, tom. II, pag. 6 e seg.; Oliveira Martins, *O Brazil e as colonias portuguesas*, pag. 57; *Memoria acerca da extinção da escravatura t trafico da escravatura no territorio português* (publicação do ministerio da marinha, 1889), pag 8 e seg.

que Napoleão restabelecesse em 1802 a escravidão colonial, que só foi abolida definitivamente em 1848.

Na Inglaterra, o movimento abolicionista continuou gloriosamente, pronunciando-se o parlamento em 1807 em favor da abolição do tráfico da escravatura, seguindo-se tratados com outras nações para levar a efeito este notavel progresso social, e realizando-se em 1833 a supressão da escravidão nas Antilhas inglesas. Os ingleses, desde que aboliram o tráfico da escravatura, exigiram de Portugal a prohibição deste commercio, que effectivamente conseguiram em 1810, ficando restringido a certos limites da costa de Africa.

Logo que obtiveram esta prohibição, inauguraram o corso aos negreiros, estabelecendo cruzeiros para capturar os navios que se occupavam neste commercio. Esta medida, porem, não conseguiu acabar com o commercio dos escravos, visto tal commercio passar a ser feito por meio de contrabando e por uma fórmula ainda mais infame, apresentando os navios com carregamentos de escravos um espectáculo repugnante, cruel e vergonhoso. A unica medida que podia satisfazer completamente os interesses da humanidade e os interesses ingleses, cujas plantações definhavam, desde que fóra supprimido o tráfico da escravatura, era a abolição da escravidão por todas as nações coloniaes da Europa.

A escravidão, porem, unicamente foi abolida nas nossas colonias pelo Decreto de 29 de abril de 1858, que determinou que o estado de escravidão ficasse inteiramente abolido nas províncias ultramarinas, sem excepção alguma, no dia em que se completassem vinte annos, contados da data deste decreto, devendo, as pessoas que em tal dia possuíssem

escravos ser indemnizadas do valor delles pela fôrma que uma lei dispusesse. O Decreto de 25 de fevereiro de 1869 aboliu o estado de escravidão em todos os territorios da monarchia portuguesa, desde o dia da sua publicação, estabelecendo ao mesmo tempo que todos os indivíduos dos dous sexos que neste dia se encontrassem em tal estado passassem á condição de libertos, devendo acabar o seu serviço, como taes, em 29 de abril de 1878.

A lei de 29 de abril de 1875 determinou que a condição servil acabasse um anno depois da sua publicação nas províncias ultramarinas, estabelecendo até ao dia 29 de abril de 1878 a tutela publica para os que adquirissem a liberdade. A tutela publica ficou entregue a um magistrado chamado curador geral e obrigava os indivíduos sujeitos a ella a contractarem os seus serviços por dous annos, devendo estes contractos ser feitos de preferencia com os antigos patrões, se estes quizessem. As disposições desta lei foram reguladas pelo Decreto de 20 de setembro de 1875.

A 10 de outubro deste anno, em S. Thomé, vieram á cidade alguns libertos queixar-se ao governador, dos seus senhores, pelos castigos que lhes infligiam, sendo este exemplo de tal modo seguido, que nos dias 6 e 7 de novembro se reuniram na cidade tres a quatro mil libertos. No dia 8, dirigi-ram-se pacificamente ao palacio do governador, pedindo justiça, e o governador tomou a deliberação de declarar abolido o serviço obrigatorio dos libertos, sendo este seu acto approvedo pelo governo da metropole, por Carta de lei de 3 de fevereiro, que extinguiu, a partir da sua publicação, na provincia de S. Thomé e Principe a condição servil do decreto de 1869.

Antecipou-se, pois, com relação a S. Thomé e Príncipe o Efeito da lei de 29 de abril de 1875, e do regulamento de 20 de setembro deste anno, com que terminou brilhantemente o movimento abolicionista entre nós. Ficaram definitivamente emancipados perante as nossas leis todos os indígenas da Africa, os quaes passaram a gosar dos mesmos direitos, regalias e privilegios que os filhos da metropole.

Daqui derivou uma crise terrível para a nossa colonia de S. Thomé, porque, abolido o serviço obrigatorio dos libertos, raros foram aquelles que se contractaram para continuar a trabalhar nas roças dos seus senhores. O preto só trabalha intermitentemente ou excepcionalmente aguilhoado pelas necessidades immediatas, que são muito poucas, e não por instincto ou por habito, com o fito duma capitalização illimitada como o europeu ¹.

40. A abolição da escravidão e o regimen do trabalho colonial. — A escravidão foi uma necessidade para as colonias, que sem ella se teriam de dissolver, em virtude da impossibilidade de associação por meio do trabalho salariado.

Mas, se a economia da cooperação forçada por meio da escravidão deu resultados favoraveis ao desinvolvimento agrícola e industrial das colonias,

¹ Oliveira Martins, *O Brazil e as colonias portuguesas*, pag. 97 ; Sr. Biker, *Ilha de S. Thomé*, na *Revista portuguesa colonial e marítima*, tom. I, pag. 236 e seg. e 307 e seg.; Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 16 e seg.; *Memoria acerca da extinção da escravidão e do trafico da escravatura no territorio portugues* (publicação do ministerio dos estrangeiros, Lisboa, 1889), pag. 35 e seg.

é certo que ella continha no seu seio os germens da dissolução, mantendo num estado atrasado os processos de exploração agrícola, favorecendo o esgotamento e a esterilização de terrenos que doutro modo seriam perpetuamente fecundos, e exigindo enormes despesas de vigilancia, determinadas pela reluctancia com que o escravo trabalhava, extremamente agravadas pela impossibilidade de adaptar o numero de trabalhadores ás condições da offerta e procura.

Supprimida a escravidão, recorreu-se primeiro á immigração africana, pois, tendo a escravidão revelado claramente a aptidão para o trabalho e a força de resistencia da raça negra, julgou-se que esta raça poderia fornecer o trabalho necessario às fazendas, sob uma nova fórmula. Mas, como esta immigração serviu unicamente para encobrir a continuação da escravidão, alguns governos prohibiram-na completamente. Então as fazendas recorreram à immigração chinesa ou indiana, *coolies*, isto é, de trabalhadores indianos ou chineses, mais livres de direito do que de facto, e muitas vezes sujeitos ao mesmo mão tratamento dos escravos.

Esta immigração attenuou os efeitos da crise que se succedeu ao desaparecimento da escravidão nas colonias, mas introduziu a corrupção asiatica nas colonias, visto os *coolies* pertencerem ás camadas mais baixas da sociedade indiana e chinesa, deu origem a crises monetarias profundas, por causa da drainagem dos metaes preciosos, produzida pela partida dos *coolies*, no termo do seu contracto, sobrecarregou os fazendeiros com grandes encargos, entre os quaes figura, como não sendo o menor, o de mandar vir da índia os alimentos especiaes que estes immigrants unicamente con-

sumiam, e contribuiu para perpetuar o estado de cousas creado pela escravidão, como o esgotamento e a esterilização dos terrenos, o amor pela rotina e a aversão pela introdução das machinas e processos aperfeiçoados de cultura, que seriam adoptados para remediar a deficiencia da mão de obra. Accresce que, como muito bem observa o Sr. Almada Negreiros, a introdução dos *coolies* não tem produzido resultado algum em Africa, principalmente nas partes pantanosas, onde os trabalhos de cultura são e deverão ser feitos pelos naturaes do pais.

Tambem se pensou na immigração europeia, e apresentaram-se varios systemas para a obter, sendo os mais celebres os de Poulet-Scrope, Uniako e Wakefield. Todos os systemas que se defendem para obter trabalhadores nas colonias por meio da immigração europeia têm agora pouca importancia, desde que hoje o problema se propõe principalmente com relação ás colonias africanas, estando perfeitamente averiguado que na Africa e especialmente na Africa equatorial, o trabalho dos campos não pode ser realizado por europeus, tanto por causa do ardor do sol, como pela humidade doentia produzida pelas chuvas. E' certo que ha algumas regiões da Africa, de condições climatericas favoraveis, onde os europeus podem trabalhar, mas nessas regiões não se podem estabelecer fazendas, cujos productos exigem terrenos humidos e um grande calor, que são incompatíveis com o nosso organismo e com as nossas condições de vida.

Mas, se o trabalho dos negros é tão necessario, a dificuldade está em obté-lo, desde o momento em que os negros não trabalham voluntariamente, quer por causa do fatalismo inherente á sua raça, quer por causa da indolencia propria da sua organização;

e desde o momento em que hoje se não pode de modo algum acceitar a escravidão, constituindo até a sua abolição a corôa de gloria da colonização moderna.

Tem-se tentado resolver esta difficuldade da colonização moderna, obrigando o negro ao trabalho regular, até que elle o procure espontaneamente. Para conseguir este resultado, preconizam-se meios indirectos, como a repressão da vadiagem, o desinvolvimento das necessidades da raça preta, a diffusão da instrucção e educação, mostrando que o trabalho é sempre nobre e nunca aviltante, etc.

Estes meios só depois de longo tempo é que poderiam fornecer trabalho ás colonias, e por isso não deve admirar que nos nossos territorios ultramarinos não estejam inteiramente apagados os vestígios da escravidão, visto os contractos de serviçaes se fazerem sem liberdade alguma e sem o conhecimento das condições em que vão prestar o trabalho, não sendo esses contractos cumpridos, os serviçaes repatriados, e ficando os pretos sujeitos a um regimen oppressivo e explorador semelhante ao da escravidão. A estes abusos têm procurado pôr cobro alguns decretos, como o de 29 de fevereiro de 1903, regulando o serviço da emigração de operarios, serviçaes e trabalhadores para a província de S. Thomé e Príncipe.

Se se não póde passar sem a immigração africana, devem os immigrants ser submettidos a um regimen que respeite a sua liberdade. Não é esta a opinião de muitos escriptores, que chegam a considerar a falta do cumprimento do contracto de trabalho um crime, para não fallar naquelles que, como Aspe Fleurimont, não têm duvida em defender claramente a escravidão ¹.

¹ Almada Negreiros, *La main d'auvre en Afrique*, pag. 4 e seg.; Leroy-Beaulieu, *La colonisation chez les peuples modernes*,

41. Condição jurídica do escravo. — Os escravos parece que foram tractados no Continente com grande benevolencia, não se fazendo grande differença entre elles e os serviçaes livres. Segundo Azurara, os de tenra idade aprendiam officios, e aquelles que mostravam aptidões para se dirigirem eram libertados e casados com mulheres do seu pais, recebendo um bom dote, como, se os senhores que lhes davam a alforria, fossem realmente seus paes. Nas colonias, só excepcionalmente é que se encontraria esta benevolencia.

Os escravos eram incapazes de todos os actos relativos ao direito publico e privado, como, de servir qualquer officio publico (Dec. de 20 de dezembro de 4693), de serem tutores, ainda que fossem nomeados em testamento (Ord., lív. IV, tit. CII, § 4), de serem testemunhas, salvo nos casos exceptuados em direito ou se eram tidos por livres (Ord., lív. m, tit. LVI, § 3; lív. IV, tit. LXXXV, pr.).

Além disso, as leis prohibiram aos escravos, sob certas penas, viver em casa separada, mesmo com licença do senhor (Ord., liv. v, tit. LXX, pr.), fazer ajuntamentos, bailes e tangeres com outros (Ord., liv. v, tit. LXX, § 1), andar nas ruas de Lisboa depois de noute cerrada (Ord., liv. v, tit. LXXIX, § 4), trazer espada, ou pão feitiço, não indo com seu senhor (Ord., liv. v, tit. LXXX, §7), jogar dados ou cartas (Ord., liv. v, tit. LXVI, § 44).

Aos negros mulatos ou índios, ainda forros, e a outros semelhantes se prohibiu aprender o officio de

pag. 712 e seg.; Arlhur Girault, *La main d'oeuvre aux colonies*, na *Revue d'économie politique*, tom. x, pag. 147 e seg.; Aspe Fleurimont, *La colonisation française*, na *Revue internationale de sociologie*, tom. x, pag. 614 e seg.

ourives de ouro e usar delle, sob pena de 50 cruzados, em que lambem incorria quem para isso cooperava (Ato. de 20 de outubro de 1621).

O senhor podia castigar os escravos moderadamente, não maltratá-los, sendo responsavel pelo castigo excessivo (Ord., liv. V, tit. xxxvi, § I). Sendo o escravo preso por mandado do seu senhor, ou por caso leve, nio devia ser posto em ferros, nem com mais aperto do que bastasse para a sua segurança (Dec. de 30 de dezembro de 1693 e Alv. de 3 de outubro de 1658). O senhor podia vender o escravo; e, sendo mouro, podia ser constrangido a vendê-lo pelo justo preço, para ser trocado por christão que estivesse captivo (Ord., liv. Iv, lit. xI § 4).

O escravo que fugia ao senhor era punido, bem como qualquer pessoa que lhe desse ajuda para fugir (Ord., liv. v, til. LXIII), intendendo Cabedo que o escravo fugitivo em nenhum tempo prescrevia 1.

42. Fontes da escravidão e formas da sua extinção. — Os praxistas reproduziram a doutrina do direito romano a respeito das causas da escravidão. Por isso, se a mãe era livre no tempo da concepção, no do parto ou em qualquer momento intermedio, isso bastava para o filho ser livre e ingenuo. Mello Freire insiste neste ponto, mostrando que entre nós não foi admittido o direito wisigothico sobre este assumpto.

¹ Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. I, pag. 96 e seg.; Mello Freire, *Instituciones juris civilis lusitani*, tom. II pag. 3 e seg.

Tambem se cabia na escravidão pelo captiveiro e pela condemuação a pena capital. (Ord., liv. iv, tit. 81, § 6). Neste ultimo caso, os escravos eram chamados escravos da pena, ficando, como taes, privados de todos os actos de direito civil.

A consecução da liberdade pelo escravo chamava-se *alforria*. A *alforria* podia ser obtida por beneficio da lei ou do senhor.

Por beneficio da lei, conseguiam a liberdade os que professavam em religião, os pretos e escravos resgatados com o dinheiro da Redempção dos captivos (Prov. de 28 de março de 1676 e 29 de janeiro de 1721), e os que manifestassem diamante de 24 quilates, recebendo neste caso os seus senhores 200\$000 ou 400\$000 réis de indemnização (Lei de 24 de dezembro de 1734). Isto não faltando nos modos estabelecidos no direito romano.

O dec. de 14 de dezembro de 1854, regulando os direitos dos senhores sobre os escravos no Ultramar, permitiu que se libertassem indemnizando os senhores e deu liberdade a todos os escravos que pertenciam á fazenda nacional.

O senhor podia conceder a liberdade por testamento, fideicommisso ou por outros modos legaes. A alforria podia ser revogada pelo padroeiro, desde o momento em que se desse a ingratição do liberto (Ord., liv. iv, tit. 63, § 7) ¹.

¹ Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. I, pag. 99 e seg.; Mello Freire, *Institutionn juris lusitani*, tom. II, pag. 3; Liz Teixeira, *Curso de direito civil português*, part. I, pag. 100 e seg.

§2.] Servos da
gleba

SUMMÁRIO : — 43. Conceito da servidão da gleba. — 44. Origem da servidão da gleba. — 45. Comparação entre a condição do escravo e a condição do servo da gleba. — 46. A servidão da gleba entre os visigodos. — 47. A servidão da gleba na Reconquista : Existencia da instituição. — 48. Condição jurídica desta classe social. — 49. Fontes da servidão da gleba. — 50. Formas da sua extinção. — 51. A pretendida influencia do christianismo na emancipação dos servos da gleba. — 52. Verdadeiras causas da transformação da servidão da gleba no colonato livre. — 53. Progressos introduzidos na servidão da gleba — 54. Complemento da evolução no direito português. — 55. Ultimos vestígios da servidão da gleba.

43. Conceito da servidão da gleba. — É muito difficil determinar rigorosamente o conceito da servidão da gleba, visto nesta instituição terem entrado, com o desinvolvimento economico e social, pessoas da mais diversa condição, como os colonos e outros semi-livres residentes nas terras dos senhores feudaes, variamente denominados e sujeitos ás mais diversas prestações. Parece-nos que o unico modo de fazer luz no meio destas difficuldades é, de nos reportarmos à origem da servidão da gleba, pois doutro modo impossivel nos será distinguir esta instituição de outras que com ella apresentam estreita analogia, através da evolução historica.

Ora a servidão da gleba apparece-nos, originariamente, como uma escravidão de natureza especial. O servo da gleba é o escravo a quem o seu senhor concede um lote de terreno para ser cultivado por

elle e pelos seus descendentes, mediante o pagamento duma prestação annual em fructos, a que muitas vezes se ajunctava a prestação de certos serviços pessoaes. O servo da gleba, por isso, em lugar de estar submettido a todas as vontades do senhor, fica unicamente obrigado a certos e determinados serviços, especialmente ruraes; e, em lugar de trabalhar, em commum, por grupos nas diversas partes da propriedade do senhor, sem proveito para si, trabalha isoladamente sobre um lote de terreno que lhe é confiado.

As relações que vinculavam o servo da gleba ao senhor e á terra, transformam-se com a evolução de modo que, por um lado, attenua-se o domínio que tinha o senhor sobre a pessoa do servo da gleba, e, por outro, consolida-se a dependencia deste relativamente á terra, tornando-se um instrumento necessario delia, e desinvolvendo-se, com este facto, a idéa, de que tal classe social possuía certos direitos sobre o pequeno domínio que cultivava.

É, no termo desta evolução, que Henri Sée diflerencia o servo da gleba do escravo antigo, pelo facto de elle possuir já um patrimonio e uma família legitima ¹.

44. Origem da servidão da gleba. — São varias as theorias que têm apparecido para explicar a origem da servidão da gleba. Segundo uma dessas theorias, a servidão tem uma origem romana, derivando da transformação da escravidão, em virtude

¹ Glasson, *Histoire du droit et da institutions de la France*, tom. II, pag. 542; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 283 e seg.; Henri Sée, *Les classes rurales et le regime domanial en France au moyen áge*, pag. 70 e seg.

das condições economicas do Imperio. Quando o regimen dos grandes domínios agrícolas cultivados por legiões de escravos (*latifundia*) esgotou o solo da Italia e o enfraquecimento do Imperio romano tornou mais difficil a segurança interna e externa, o modo de cultura não podia deixar de mudar. Para evitar a ruina, os proprietarios territoriaes viram-se obrigados a dividir os seus dominios e a transformar os escravos em servos, que explorassem as parcelas em que taes dominios eram fraccionados. Tal é a doutrina de Molinari.

A esta doutrina parece adherir Fustel de Coulanges, quando affirma que a transformação economica da escravidão na servidão da gleba foi o resultado, não duma medida geral, mas o effeito duma pratica que insensivelmente se tornou habitual e que começou na sociedade romana.

Os documentos, porem, unicamente nos levam a admittir a existencia entre os romanos dos escravos ruraes, cuja condição differe da dos servos da gleba. O escravo rural toma parte na cultura dos campos, mas sem possuir um lote determinado de terreno, que lhe tenha sido confiado pelo senhor.

Segundo outra theoria, a servidão da gleba teve por origem o colonato romano. Esta doutrina também não parece muito exacta e verdadeira, pois os colonos romanos eram homens livres, contrariamente ao que acontecia com os servos da gleba, que eram escravos, embora escravos de natureza especial. É certo que o colonato soffreu uma evolução no sentido de se fundir com a servidão da gleba, mas isso não auctoriza, por forma alguma, a filiar a origem duma instituição na outra.

Segundo outra theoria, defendida por Glasson, a servidão da gleba teve uma origem germanica, pois

entre os germanos, como sabemos, segundo testemunha Tacito, os escravos ruraes encontravam-se numa condição muito differente dos escravos romanos, tendo um domicilio fixo e cultivando um lote de terreno, mediante o pagamento duma certa prestação em cereaes ou em gado. A condição destes escravos, mantida depois das invasões é que parece ter originado, segundo Glasson, a servidão da gleba. Mas, como se explica então o apparecimento da servidão da gleba nas colonias americanas, apesar de ahi não se ter dado uma invasão germanica ?

Segundo outra theoria, seguido por Doniol, a servidão da gleba foi a continuação no Occidente, através das influencias romanas, de modos particularmente proprios á sociedade que se chama barbara. Entre a servidão e a escravidão ha unicamente a differença de duas civilizações inteiramente oppostas pelo seu fundo proprio, pela epocha e pelo territorio que occuparam. A servidão foi, para o mundo occidental, o modo da não-liberdade como condição organica do trabalho, do mesmo modo que a escravidão o tinha sido para o mundo antigo. Esta theoria tambem briga com o apparecimento da servidão da gleba nas colonias, visto este facto demonstrar que uma tal instituição não é peculiar do mundo europeu occidental. Mas, ainda que assim não fosse, a theoria nem por isso seria acceitavel, visto não explicar a razão por que no seio da sociedade enropêa occidental surgiu a servidão da gleba, e não outra fórma da organização do trabalho.

Segundo outra theoria, apresentada por Loria, a origem da escravidão deriva das condições economicas da Europa medieval. A productividade da terra da Europa medieval era igual á do período das colonias em que appareceu a servidão. Se a

terra da maxima fertilidade dava um producto equal a oito ou nove vezes a semente, isto era simplesmente uma excepção, e só se podia conseguir com um anno de pousio. A terra de media fecundidade dava sómente seis vezes a semente. A servidão da gleba appareceu precisamente para remediar este estado economico, visto tal instituição augmentar a efficacia da producção, emquanto interessa o trabalhador nos resultados delia, assegura a sua condição contra o arbítrio do senhor, e augmenta o seu bem estar. Desapparecem assim as causas que deprimem a efficacia do trabalho sob o dominio da escravidão ¹.

45. Comparação entre a condição do escravo e a condição do servo da gleba. — Não pode haver duvida alguma de que o servo da gleba se encontrava numa condição mais vantajosa do que o escravo. Permittia-se-lhe cultivar uma parcella de terra sob condições duras, mas que lhe deixavam pelo menos uma parte de liberdade e de propriedade. Talvez o servo tivesse de trabalhar mais do que o escravo, mas sabia que uma grande parte deste trabalho era para elle, gosando assim os fructos dos seus esforços.

É certo que o servo da gleba não deixava de ser escravo, devendo como tal obediencia ao seu senhor. Mas, se de direito a condição não mudava, o mesmo

¹ Fustel de Coulanges, *L'alleu e domaine rural*, pag. 374 e seg.; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. II pag. 543; Molinari, *Servage*, no *Dictionnaire d'économie politique de Coquelin*, tom. II, pag. 610; Loria, *Analisi della proprietà capitalista*, tom. II, pag. 120 e seg.; Doniol, *Serfs et vilains*, pag. 72 e seg.

não acontecia de facto, onde a transformação realizada era enorme. Não só o limite das suas obrigações se encontrava fixado, parecendo monstruoso ultrapassá-lo, mas também na cultura do seu lote de terreno era livre e senhor de si próprio. Já não se encontrava confundido no grupo servil, tendo a sua individualidade, os seus interesses próprios, o seu domicílio independente e a sua família juncto de si.

Esta transformação que se dá para o homem, também tem lugar para a mulher. Já não se encontra vinculada ao serviço pessoal do senhor, convertendo-se os deveres da servidão continua numa obrigação determinada, como a dum dia de trabalho por semana ou a dum teia annual. Muitas vezes nem mesmo esta obrigação tinha.

Os filhos dos servos não conservavam nenhuma relação com os senhores, quando no systema da escravidão pertenciam a estes e tinham de trabalhar para elles ¹.

46. A servidão da gleba entre os visigodos. — É incontestável que a servidão da gleba existiu entre os visigodos, embora nem sempre seja fácil reconhecê-la na legislação deste povo, visto ella designar, com os mesmos nomes, a servidão da gleba e a servidão pessoal.

Das leis visigóticas, segundo o manuscrito de Holkham, já se deduz a existencia da servidão da gleba, pois ahi falla-se de escravos que pagam tributo ou renda ao dono. As Fórmulas visigóticas referem-se a escravos que se transferiam com o dominio

¹ Fustel de Coulanges, *L'alleu et le domaine rural*, pag. 387 e seg.

do solo e a escravos que se compravam e vendiam independentemente da terra. Paulo Emeritense, falando do bispo Massona, diz que este, ao regressar do seu desterro, encontra no caminho homens da Igreja de Merida, que o bispo intruzo enviava ás escondidas com carros para levar a praia e os ornamentos snbtraidos das basílicas, episcopal e de Santa Eulalia. Interrogados por Masona acerca da sua procedencia responderam: somos servos teus; levamos cousas de Santa Eulalia e luas; e nós, infelizes, vamos captivos, *separados das nossas cousas, dos nossos filhos, de nossas mulheres e expulsos da patria onde nascemos*. Parece que esta passagem tambem se refere aos servos da gleba, separados da terra que cultivavam por vontade do senhor.

Relativamente á condição juridica dos servos da gleba entre os visigodos, não encontramos normas especiaes nos monumentos legislativos que elles nos legaram. O que acontece com os visigodos dá-se com os outros povos barbaros, no mesmo período de desinvolvimento historico. Fustel de Coulanges explica esta omissão, notando que os servos da gleba, sendo escravos, ficavam inteiramente dependentes da vontade do seu senhor relativamente á posse do terreno que este lhes concedia. Não se pode pensar que, no momento da concessão, intervisse um acto escripto. Nenhum contracto era possível entre um senhor e o seu escravo. O senhor contentar-se-hia com indicar ao servo as suas obrigações e isto faria lei para o futuro.

Indubitavelmente, que o senhor podia retirar ao servo o lote de terra que lhe confiava, embora não o fizesse, visto não ter nenhum interesse nisso.

Não apparece tambem no código visigothico lei alguma que considere hereditaria a posse da gleba

pelo servo, sem duvida porque, não lhe pertencendo a terra que occupava, esta era devolvida pela morte ao proprietario.

Mas, embora este fosse o direito, é certo que na pratica os filhos do servo haviam de succeder na posse da terra, em virtude do interesse que os senhores e os escravos encontravam em tal systema. Os senhores tinham necessidade de cultivadores, os servos tinham o desejo natural de continuar numa terra que conheciam, onde tinham nascido e que amavam por a terem cultivado. É necessario ter sempre presente a idéa de que a servidão da gleba se formou e desinvolveu, não em virtude duma lei, mas fóra de toda e qualquer lei.

O servo não podia abandonar a terra que lhe foi confiada, sendo os servos fugitivos energicamente perseguidos (cod. wis., liv. ix, tit. 1). Teria, porem, o direito de entregar ao dono a terra que lhe foi confiada ? Fustel de Coulanges julga que este direito não era impossível, embora o servo nada lucrasse com o exercício delle, por então cair na servidão de todos os dias e de todas as horas, sem proveito nem compensação. Este direito, porem, não se harmoniza muito bem com a condição jurídica do servo da gleba, que fundamentalmente era a do escravo.

É claro que o servo não podia vender a sua gleba, visto ninguem poder alienar aquillo que lhe não pertence (cod. wis., liv. v, tit. iv, l. 19). Fustel de Coulanges procura averiguar, porem, ainda se o servo teria a faculdade de ceder o goso do seu lote de terreno, como o pode fazer um rendeiro. E, notando que as leis francas são omissas sobre este assumpto, cita uma lei do codigo wisigothico que auctoriza o servo a vender a sua terra, comtanto que o faça a um outro servo do mesmo dono (cod.

wis., liv. v, tit. VII, 1. 16). Pastel de Coulanges não se contenta com a interpretação que dá a esta lei, procura lambem justificá-la, notando que podia ser indiferente ao proprietario que os seus servos trocassem ou vendessem os seus respectivos lotes, desde o momento em que o fizessem uns aos outros; mas era inadmissível que o terreno passasse para a posse dum adquirente que não fosse seu servo.

Em todo o caso, Fustel de Coulanges reconhece que deve ser muito raro e quasi incompreensivel que o servo vendesse a sua gleba, pois sem ella, ficaria numa situação muito precaria. É que Fustel de Goulanges interpretou um pouco levianamente o texto do codigo wisigothico que cita, pois este texto não se refere á alienação da gleba, mas à alienação dos proprios bens dos servos, e não tracta de todos os servos, mas sim unicamente dos servos fiscaes. Effectivamente, como vimos, os servos fiscaes podiam vender os seus bens a outros servos fiscaes e applicar o producto em beneficio das igrejas e dos institutos de caridade ¹.

47. A servidão da gleba na Reconquista. Existencia da instituição. — Não pode haver duvida alguma a respeito da servidão da gleba, perfeitamente caracterizada, na Reconquista. São inumeraveis os textos neo-wisigothicos que possuímos a seu respeito. É provavel até, como muito bem opina o Sr. Alberto Sampaio, que esta instituição continuasse então a desinvolver-se, pois não era a menos adequada a esses tempos.

¹ Fustel de Coulanges, *L'alleu et le domaine rural*, pag. 389 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 347 e seg.

É frequente nas doações de bens fazer-se menção dos servos que lhes pertenciam. Numa doação do rei Ordonho de 816 á sé de Oviedo falla-se duma villa de nome Bares *cum familia sibi pertinenti*: Numa doação de 919 feita por Gundesindus e mais três coherdeiros ao mosteiro de Lorvão doa-se a villa de Gondelim com tudo o que nella se contem, incluindo um servo Astrurio, que herdaram dos seus antepassados, e a descendencia delle, para que vivam na referida villa e sejam servos do mosteiro.

Num documento de 1003 do mosteiro de Cellanova encontra-se bem caracterizada a indissolubilidade da adscrição. Certo homem livre, estranho ao senhorio do mosteiro entrou em territorio deste e, ligando-se ahi a ama mulher, possuiu as terras a que ella era adscripta e adquiriu ainda outras. Revoltando-se ambos contra o mosteiro, buscaram para si e para os predios o senhorio do conde D. Oveco; mas os monges intentaram pleito judicial, e a sentença foi que ou o homem, chamado Fagildo, deixaria a mulher e os predios, ou serviria com ella e com elles ao mosteiro. Em resultado do litigio, Fagildo obriga-se a permanecer com a consorte no senhorio de Cellanova, ao qual elles ambos e a sua descendencia servirão fielmente com as propriedades que já possuírem ou que de futuro vierem a possuir, as quaes por nenhuma forma poderão alienar.

Ha ama acta de litigio de 1011 tambem terminante e decisiva relativamente á servidão da gleba. Litigando-se a propriedade de certo predio, um dos contendores invocava a seu favor o facto de elle ter sido de Asperigo, servo de seu avô. Ora servo com herdade só podia ser adscripto.

Um patrimonio juncto ao rio Leça, de que tractam os diplomas de 1037 e 1039, apparece-nos clara-

mente agricultado pelos adscriptos Gutina e Gudesteo ahi designados. É frequente tambem fazer-se confusão entre o servo e o predio, designando-se este pelo nome daquelle. Numa doação de 1076, Rodric Didaz e sua mulher offerecem ao mosteiro de S. Sebastião a metade das villas de Penacova e Frescinosa e mais *quator solares populatos in campo*. Estes são referidos do modo seguinte: *Isti sunt Stephano, et Dominico, Vincenti, et Nunus Stefan et Garcia Zisla* ¹.

48. Condição jurídica desta classe social. — Os servos da gleba encontravam se, assim, ligados ao solo que cultivavam, dum modo indissolúvel, não podendo ser separados da terra a que estavam adscriptos, vendidos ou doados sem ella. O costume tinha já consagrado esta ligação por uma forma peremptoria, e por isso os servos da gleba conservavam a posse hereditaria e inalienavel da terra que cultivavam. No concilio ou côrtes de Leão de 1020, falla-se da *hereditatem servi*, como dum facto assas trivial para exigir providencias que o regulem e limitem.

Aos servos da gleba incumbia a cultura á sua custa da terra a que estavam adscriptos, devendo entregar ao senhor uma parte mais ou menos consideravel de fructos. Além disso, os servos da gleba eram obrigados ao serviço domestico dos senhores, e a trabalhos mecanicos da industria, como, por exemplo, a serem cozinheiros, padeiros, tecelões, carpinteiros, etc. Os serviços que elles tinham de

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 387 e seg.; Alberto Sampaio, *As villas do norte de Portugal*, pag. 107.

desempenhar dependiam em grande parte do arbítrio do senhor, pois nos documentos é frequente a fórmula *et totum servitium facere*. O mesmo aconteceu além dos Pyreneus, pois apparecem ahí muitos documentos, uns anteriores ao seculo IX, outros deste seculo, e outros posteriores a elle, registando para cada familia de adscriptos certos e determinados serviços, alguns até bem abjectos. Daqui se deduz claramente que o encargo dos serviços pessoais não tem valor algum para distinguir a escravidão da servidão da gleba, contrariamente ao que sustentou Munoz y Romero.

Os servos da gleba occupavam uma situação intermedia entre a liberdade e a escravidão. A soa condição era a de cousas relativamente ao terreno a que estavam adscriptos. Constituía uma parte integrante do predio a que pertenciam. Eram considerados como pessoas, enquanto podiam contractar, adquirir e possuir bens fóra dos predios que tinham forçosamente de cultivar. Não podiam, porem, dispor livremente destes bens, sem o consentimento dos seus senhores, porque em muitas escripturas antigas vemos que se doavam os adscriptos conjuntamente com os bens que tinham ou que pudessem adquirir elles e os seus descendentes. É muito claro a este respeito o documento de 1003 do mosteiro de Cellanova, citado no numero anterior.

Os servos da gleba não podiam contrahir matrimonio sem o consentimento tacito ou expresso dos seus senhores. Desde o momento em que não se verificasse este requisito, o casamento era considerado nullo. É por isso que vemos em alguns documentos muitos servos serem distraídos do lugar onde tinham casado e obrigados a abandonar as suas mulheres.

Não offerecem duvidas os casamentos dos serros da gleba, quando os contrahentes são de propriedades do mesmo dono. As difficuldades apparecem relativamente aos casamentos contraídos entre serros de donos differentes. Como é que neste caso se procedia relativamente à prole? Herculano sustentou que os filhos de servo e de serva de differentes senhores não se dividiam entre estes, o que se dividia eram os serviços pessoases e em certos casos as prestações agrarias.

Esta doutrina de Herculano unicamente poderia ter applicação, quando os casamentos se tivessem realizado entre serros que habitavam num mesmo logar ou em localidades proximas. Mas o mesmo não poderia acontecer, quando se tractasse dum servo que, fugindo do campo que cultivava, ia casar a varias leguas de distancia e ahi tinha successão. Neste caso, não se podiam exigir prestações agrarias, pois o terreno cultivado pertencia a outro dono, nem se podiam reclamar serviços pessoases, por causa da distancia a que se encontrava o senhor do pae. Herculano procurou sair desta difficuldade apresentada por Munoz y Romero, mas por uma forma pouco satisfactoria, perdendo-se em conjecturas mais ou menos arbitrarías.

Parece mais provavel que se verificasse a divisão dos filhos nos termos da legislação wisigothica, segundo a qual os filhos de serros de differentes donos se deviam dividir entre elles por metade. Se, porem, houvesse um sò filho, este devia ser conservado em companhia da mãe até aos doze annos, e então o senhor da serva tinha de pagar ao do servo metade do que elle valesse, segundo o arbitramento de homens que merecessem credito, procedendo-se de igual modo, quando o numero dos

filhos fosse impar (cod. wis., liv. III, tit. II, l. 5; liv. x, tit. I, l. 17).

Da applicação desta regra do código visigótico existem alguns exemplos. Citaremos unicamente o rol das famílias da igreja de Lago, elaborado no tempo do rei D. Fernando I (1037-1035), onde se vê que um tal Ranimiro que pertencia ao conto de Santo Estevão, na villa de Ameneto, casou com uma serva do rei, tendo seis filhos, que foram divididos em duas turmas, pertencendo a Santo Estevão, Nundulfo, Miguel e Pedro ¹.

49. Fontes da servidão da gleba. — As causas da servidão da gleba eram: a) o nascimento; b) o consentimento voluntário; c) o casamento; d) a pena.

a) *Nascimento*. — Em virtude deste facto, eram servos da gleba os filhos nascidos de pais que se encontravam nesta condição. Nos tombos dos mosteiros e das Igrejas, faz-se a genealogia de cada um dos servos, desde o primeiro dos seus ascendentes, com um tal desinvolvimento e cuidado, que parece que se procura fundamentar, por esta forma, o direito que havia sobre elles.

b) *Consentimento voluntário*. — Muitos indivíduos sujeitavam-se á servidão da gleba pela sua própria vontade. Compreende-se perfeitamente que este facto só desse nesta epocha, desde o momento em que se note que, no estado de guerra e de anarchia da sociedade asturiana e leonesa, a miséria devia ser a condição económica de muito indivíduos, que,

¹ Munoz y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León*, pag. 57 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração pública em Portugal, nos séculos XII a XV*, tom. II, pag. 75 e seg.; Herculano, *Opusculos*, vol. III, pag. 318 e seg.

privando-se da sua liberdade, procuravam obter uma subsistencia menos precaria. Esta pratica harmonizava-se com o direito wisigothico, que permittia ao homem livre vender a sua propria liberdade.

O fanatismo religioso tambem levava muitos individuos a offerecer as suas pessoas e bens ás Igrejas e mosteiros. Estes servos, que se chamavam *oblati*, ficavam em condição superior á dos outros.

c) *Casamento*. — Os homens livres que se casavam com servas e as mulheres ingenuas que se consorciavam com servos, constituíam-se por este facto na mesma servidão em que se encontravam a mulher ou o homem a quem se tinham unido.

d) *Pena*. — A servidão era estabelecida como pena no caso de transgressão de pactos de prestação de serviços, ou do não cumprimento das disposições testamentarias, ou da impossibilidade de pagar a composição em dinheiro, devida naquelle tempo por um delicio, ou da violação do asylo ecclesiastico ¹.

50. Formas da sua extincção. — A manumissão era o modo mais natural de extinguir a servidão da gleba. Apparece concedida em doações e testamentos, e em instrumento especial. Podia ser restricta ou completa, como no tempo dos wisigodos.

Quando era restricta, impunham-se condições mais onerosas ao libertino, sendo estas tão diversas e variadas, como a vontade humana. Era frequente dar a liberdade ao pae e conservar os filhos na servidão, ou concedê-la aos filhos e negá-la

¹ Munoz y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y Lion*, pag. 58 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal, nos seculos XII a XV*, tom. II, pag. 69 e seg.

ao pae. Munoz refere um exemplo sem data, extraído do inventario de servos pertencentes ao mosteiro de Sobrado, de se ter conferido carta de liberdade a um pae, conservando-se á filha a condição de serva.

Estabelecia-se tambem algumas vezes a condição do libertino continuar a prestar, ao seu antigo senhor ou aos seus descendentes, os serviços a que estava obrigado como servo. A doação da villa de Cornelia na e da igreja de S. Thomé, que em 915 o rei Ordonho fez á sé de S. Thiago, mostra a existencia de libertinos que estavam obrigados para sempre a alguns serviços.

Costumava-se tambem dar a liberdade aos servos da gleba por uma forma indirecta, convertendo-os em colonos voluntarios e fixando e diminuindo as prestações a que estavam obrigados ¹.

51. A pretendida influencia do christianismo na emancipação dos servos da gleba. — A servidão da gleba manifesta, no fim do período historico que estamos estudando, uma tendencia pronunciada para se transformar no colonato livre, embora não se possa precisar a epocha em que esta transformação se converteu depois em facto geral, no seio dos Estados da Reconquista.

Ha quem attribua tal transformação á influencia do christianismo, que proclamava a egualdade. dos homens perante Deus, para quem o senhor e o servo eram o mesmo. D'Avenel, porem, demonstrou exu-

¹ Munoz y Romero, *Del estado d» las personas en los reinos de Asturias y León*, pag. 81 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal, nos seculos XII a XV*, tom II, pag. 80 e seg.

berantemente que o christianismo não teve influencia alguma sobre a emancipação dos servos da gleba. O clero regular ou secular não procedia para com os servos da gleba, dum modo differente dos senhores leigos. Não manifestou maior interesse pelo melhoramento da sua condição, nem maior entusiasmo pela sua emancipação, que era concedida, simplesmente, conforme as circumstancias o reclamavam.

O direito canonico consagrou um principio favoravel ao desinvolvimento da servidão. Effectivamente a respeito do nascimento como fonte da servidão, o direito canonico abandonou o systema romano, segundo o qual o filho seguia a condição da mãe e consagrou o systema germanico segundo o qual o filho seguia a condição daquelle dos paes que a tivesse peor, bastando, por isso, a servidão dum dos paes para produzir a servidão dos filhos. *Semper qui nascitur deteriorem partem sumit*, declara terminantemente o Decreto de Graciano (C. XXXII, q. xv, can. 15). E, assim, das duas soluções a respeito dos filhos do servo, o direito canonico consagrou precisamente a contraria à liberdade.

É certo que o christianismo proclamou a egualdade dos homens, mas essa egualdade è a egualdade perante Deus, não procurando a Igreja em tempo algum realizar tal egualdade na vida social. Nem se recorra á distincção entre o que é devido ao christianismo e o que é devido á Igreja, porquanto o christianismo actuou na vida social precisamente por intermedio da Igreja.

Os proprios sectarios da opinião que combatemos, chegam a reconhecer até certo ponto que a sua doutrina não tem grande valor. Está neste caso, por exemplo, Munoz y Romero, que não tem duvida

em afirmar que a servidão da gleba teria continuado ainda por muito tempo na Hespanha, apesar da doutrina do christianismo, tão liberal e generosa, se outras causas não tivessem vindo actuar duma maneira mais efficaz e decisiva ¹.

52. Verdadeiras causas da transformação da servidão da gleba no colonato livre. — As verdadeiras causas da transformação da servidão da gleba no colonato livre são: a) a multiplicação dos municípios; b) a existencia dos escravos mouros; c) o desinvolvimento da população; d) a pressão das idéas economicas. Vejamos como cada uma destas causas actuou na transformação da servidão da gleba.

a) *Multiplicação dos municípios.* — A multiplicação dos municípios contribuiu poderosamente para a transformação da servidão da gleba no colonato livre, porque elles procuravam attrair a população, dando asylo aos culpados e designadamente aos servos fugidos aos seus senhores, visto só assim se poderem povoar logares expostos a continuas invasões e depredações dos serracenos. Daqui derivava a difficuldade de obrigar o servo a conservar-se na gleba, sobretudo, se no conselho vizinho havia terras a distribuir aos novos habitantes, e a necessidade de o procurar reter, por meio do movei do interesse, admittindo assim o principio da liberdade pessoal.

Deve observar-se, porém, que nem todos os foraes concediam a liberdade aos servos profugos, mas só aquelles que se referiam a logares que, encon-

¹ D'Avenel, *La fortune privit à travers sept siècles*, pag. 163 e seg.; Munoz y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y Léon*, pag. 85 e seg.; Lanessao, *La lutte pour l'existence et d'évolution des sociétés*, pag. 85 e seg.

trando-se situados na fronteira apresentavam muitas difficuldades em ser povoados. Assim o foral de Leão de 1020, longe de estabelecer asylo na cidade para os servos, dispõe que os ali refugiados fossem devolvidos aos senhores. Pouco depois procurou-se repovoar Yillavicencio, concedendo-se-lhe o foral de Leio, com a modificação de ser asylo para servos, que ficavam gosando da liberdade.

b) *Existencia de escravos mouros.* — A existencia de escravos mouros devia tambem contribuir para elevar a dignidade do servo, visto repugnar que, homens, com a mesma crença e da mesma origem, fossem equiparados, sob certos aspectos, á raça envilecida e que podia ser objecto de transacções, como qualquer animal domestico. E, assim, se devia desinvolver e radicar o sentimento que havia de levar ao reconhecimento da liberdade do servo, que a transformação da servidão da gleba no colonato livre trados.

c) *Desenvolvimento da população.* — O desenvolvimento da população tambem devia contribuir para a transformação da servidão da gleba no colonato livre, pois, à medida que ia augmentando a offerla do trabalho, natural era que se fosse escusando a cultura por constrangimento. E, deste modo, o colonato livre devia tornar-se necessariamente a forma mais natural da organização do trabalho.

Como diz Herculano, à medida que se estabeleciam a paz e a segurança, a população multiplicava-se; e, por uma lei economica, esta multiplicação augmentava forçosamente o valor das terras já cultivadas, ou, por outra, se àquelles tempos se póde applicar uma phrase da sciencia moderna, augmentada a offerta do trabalho, ia-se pouco a pouco escusando a cultura por constrangimento.

d) *Pressão das idéas economicas.* — Os senhores também Dão tardaram a vêr, como nota Hínojosa, que o trabalho livre, impulsionado pelo interesse pessoal, valia mais e era mais fecundo do que o trabalho servil. A antiga commuidade de interesses, que os obrigava a manter os servos, começou a dissolver-se. A emigração em massa dos servos e colonos era um ensinamento fecundo, sendo impossível contê-los por meio da força. O seu effeito immediato seria a despovoação completa de muitas terras e a ruina dos senhores. Não se podia impedir a deserção senão pela concessão das mesmas vantagens que os servos iam procurar noutros logares. E, assim, por estas causas, se foi desinvolvendo a transformação da servidão da gleba no colonato livre, que vamos encontrar completamente realizada no direito português ¹.

53. Progressos introduzidos na servidão da gleba. — Mas, além da tendencia que manifestava a servidão da gleba para se transformar no colonato livre, outros progressos se tinham introduzido nesta instituição com a evolução economica e social.

A dependencia pessoal do servo da gleba ainda não tinha desaparecido completamente, porquanto elle estava obrigado a prestar alguns serviços domesticos e industriaes ao seu senhor. Mas esta dependencia pessoal tendia a dissipar-se, para fazer

¹ Munoz y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León*, pag. 98 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 307 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal, nos seculos XII a XV*, tom. II, pag. 84 e seg.; Hínojosa, *Estudios sobre la historia del derecho espanol*, pag. 40 e seg.

avultar unicamente a dependencia real em que elle se encontrava da terra.

Ora esta nova condição do servo da gleba envolvia um principio de emancipação, emquanto, segundo nota Henri Sée, levava a considerar servil não tanto a pessoa como a terra. A servidão passava para o solo, affirmando-se assim implicitamente o principio da independencia pessoal.

Por outro lado, o servo da gleba, em virtude do usufructo vitalício e hereditario que tinha duma parcella de terra, foi-se pouco a pouco considerando seu proprietario. Uma capitular de 862 falia de servos que tinham vendido a sua gleba, ou pelo menos a posse delia, não conservando mais do que a casa em que habitavam. Do mesmo modo, no concilio de Leão, de 1020, providencia-se a respeito da *hereditatem servi*. Em varios documentos e nomeadamente no do litigio duma propriedade em 1011, tambem se falia de servos com herdade. Tudo isto dá a intender que a gleba se ia considerando como patrimonio do servo.

Sob o ponto de vista da família, os progressos introduzidos na servidão da gleba não eram menores. Reconhecia-se ao servo uma família legitima, mencionando frequentemente os documentos a sua mulher e os seus filhos. Esta familia era tão considerada como a do senhor.

Estes factos, porem, não constituem characteristics da instituição, como pretende Henri Sée. São unicamente progressos da instituição, em virtude das condições sociaes e economicas da epocha 1,

¹ Henri Sée, *Les classes rurales et le regime domanial au moyen âge*, pag. 71 e seg.

54. Complemento da evolução no direito português. — A servidão da gleba continuou DO principio da monarchia a transformação, no sentido de colonato livre.

Os foraes concedem frequentemente asylo aos servos, exigindo alguns a condição de um anno de residencia, o que mostra que ainda se não encontravam de todo postergados os direitos do senhor. É certo que alguns foraes são a copia de outros, feita tão inconscientemente que não se chegam a eliminar as disposições inapplicaveis ás povoações a que elles se destinam, e por isso nem sempre se pode attribuir todo o valor aos testemunhos que elles consignam. Mas, reduzida mesmo nas suas consequencias a importancia desses exemplos, não deixa por isso de ser incontrastavel, como nota Gama Barros, em presença do foral de Penamacor e dos seus similares na formula relativa á immuniidade dos servos, que nos princípios do seculo XII a adscrição não tinha desaparecido de todo em Portugal. Effectivamente, no foral de Penamacor de 1209 declara-se que o servo só ficaria livre, com a residencia dum anno — *junior vel servus qui nobiscum habitaverit uno anno, sit liber ipse et semen ejus*. Ora, o foral de Penamacor afastou-se do typo que lhe serviu de modelo, o foral de Avila, que não comprehendia no asylo o *junior*, e por isso tem uma especial importancia sobre este assumpto. Ha onze foraes da primeira metade do seculo XIII, em que se dá asylo ao servo e se declara que fica livre.

A transformação do servo da gleba no colono voluntario realizou-se lenta e gradualmente, e por isso não ha meio de determinar com exactidão e rigor a

epoca em que a adscrição desapareceu de todo do territorio portuguez. Parece, porem, que se deve fixar esta epocha na primeira metade do seculo XII.

Numa das leis geraes de Affonso II, que parecem ter sido promulgadas em 1311, em resultado das côtes de Coimbra desse anno, estabelece-se que qualquer homem que for livre pode tomar por senhor quem quizer, mas, residindo em terra que não seja a sua, o senhor não pode ser outro senão o da terra. E estabelece-se isto em favor da liberdade, para que o homem livre possa fazer de si o que lhe aprouver, devendo o homem nobre ou qualquer outro que proceder contra tal preceito ser multado em quinhentos soldos, perdendo tudo o que tiver e sendo lançado fora da terra, quando, até à terceira pena, se não corrigir (Ord. Aff., liv. IV, tit. 25, § 1).

Herculano, referindo-se a esta lei, que elle só conhecia do Livro *das Leis e Posturas*, nota com toda a razão, que a adscrição forçada que foi uma instituição, se acha convertida numa cousa excepcional, contraria aos costumes, abusiva, que só o ravalheiro, o nobre, isto é, a força bruta e orgulhosa, pratica, mas que cumpre punir e punir severamente. Não é a lei que faz uma revolução; ella está feita, e, o legislador regula-a, impede-a de ultrapassar os termos do justo, de degenerar em anarchia e em quebra dos direitos legitimos; porque naquella epocha as condições da divisão do dominio util e directo eram taes, que o colono, vivendo num senhorio e cultivando noutro, se podia facilmente esquivar ao cumprimento duma parte dos seus deveres para com o senhor do solo que agricultava.

A transformação da servidão da gleba ainda nos é revelada pelos foraes do meado do seculo XIII, como o de Pena da Rainha (1268), de Alijó (1269),

de Favaio (1270), em que o soberano excluiu da incorporação na população, não os servos da corôa, como fazia aos foraes do seculo xn, e nomeadamente no de Cintra de 1154, mas *homines meos forarios e homines de meis regalengis*.

Em perfeita concordancia com estes testemunhos tão valiosos, encontramos os documentos do seculo XIII, que cessam de faltar do constrangimento pessoal e dos pactos de servidão perpetua e hereditaria pela quebra dos contractos civis, que se encontram nos seculos anteriores. Este silencio é profundamente significativo e não pode ter outra explicação senão a grande transformação por que tinha passado a servidão da gleba, no sentido da liberdade.

Finalmente, confirmam ainda esta transformação: uma lei de 1211, que manda perseguir os vadios, prohibindo-se que habite no reino quem não tenha bens de raiz, não exerça mister de que viva sem inspirar suspeita, ou, emfim, não tenha senhor ou não dê fiadores idoneos que respondam pelos delictos que praticar, mostrando que entre os homens entregues á ociosidade, que é preciso compellir a trabalhar, o legislador não vê nenhum sem direito á sua liberdade, presuppondo assim que todos são livres; e uma lei de 1253, que taxa, entre muitas e diversas cousas, os salarios dos differentes trabalhadores, provando que os serviços domesticos e ruraes eram prestados por gente livre. E assim nos encontramos em face duma população livre importante, pertencendo ás ultimas camadas sociaes, que leis posteriores procuram compellir ao trabalho ¹.

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 311 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal, nos seculos XII a XV*, tom. I, pag. 482 e seg., tom. II pag. 86 e seg.

55. Ultimos vestígios da servidão da gleba. — Mas, apesar de realizada a transformação da servidão da gleba no colonato voluntario, persistiram ainda vestígios da adscrição.

E' por isso que nas Ordenações Manuelinas se falia dos que eram constringidos a morar em algumas terras ou casaes, como descendentes ou transversaes daquelles que os tinham tomado, por serem havidos como adscriptos a esses casaes, e se determina, por ser esta pratica uma especie de captiveiro contra a razão natural, que ninguem seja constringido a povoar ou morar pessoalmente em algum casal ou terra como a ella adscripticio, não se intendendo, porem, esta prohibição dos que a isso se obrigarem por contracto seu ou daquelles cujos herdeiros forem, pois esses podem ser constringidos a cumprir o contracto (Ord. Man., liv. II tit. XLVI). Estas disposições passaram para o codigo Filippino (Ord. Filipp., liv. IV, tit. XLII).

Quando o individuo se obrigava a habitar, cultivar ou povoar certo casal ou terra, temporariamente ou perpetuamente, não se dava adscrição, como mostra Mello Freire, pois neste caso a obrigação resulta dum contracto, e não da força da propria condição, e os herdeiros adindo a herança, que podiam não acceitar, tambem por este facto se obrigam voluntariamente ¹.

¹ Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, tom. II, pag. 6 e seg.; Lis Teixeira, *Curso de direito civil portugûes, para o anno lectivo de 1842-1843*, part. I, pag. 106 e seg.

CAPITULO II

PESSOAS COM CAPACIDADE JURIDICA LIMITADA

SECÇÃO I

Pessoas com capacidade jurídica limitada em
virtude de causas economicas

§1.º Colonos adscripticios

SUMMARIO : — 56. Classificação das pessoas com capacidade jurídica limitada. — 57. Colonato adscripticio. Conceito da instituição. — 58. Origem do colonato adscripticio. Theorias que lhe dão uma origem romana. — 59. Theorias que lhe dão uma origem germanica. — 60. Theorias que lhe dão uma origem christã. — 61. A moderna doutrina de Fustel de Coulanges. — 62. Condição jurídica dos colonos adscripticios. — 63. Obrigações dos colonos adscripticios para com os proprietarios. — 64. Pontes do colonato adscripticio. 65. Cessação desta condição das pessoas. — 66. Os *Litse* dos povos germanicos. — 67. Existencia do colonato adscripticio entre os wisigodos. — 68. Destino da instituição neste período do direito peninsular. Doutrinas de Herculano, Gama Barros e Perez Pujol. — 69. Função desempenhada pelo colonato adscripticio na evolução das classes servas. Theoria de Doniol.

56. Classificação das pessoas com capacidade jurídica limitada. — Na classe das pessoas com capacidade jurídica limitada, entram um grande numero de indivíduos. Esta limitação deriva das diversas causas que determinam a vida social, visto a capacidade jurídica não ser um attributo do individuo considerado abstractamente, mas do individuo influenciado peia acção dos varios elementos da sociedade.

Só na epocha moderna é que a egualdade civil foi reconhecida como pertencendo a todas as pessoas. Nos tempos passados não se admittia senão a desigualdade systematizada das condições pessoas.

As causas que limitavam a capacidade juridica eram economicas, familiares, religiosas, moraes, jurídicas e' politicas. Tinham a sua capacidade jurídica limitada: em virtude de cansas economicas, os colonos adscripticios e os colonos voluntarios; em virtude de causas familiares, as mulheres e os filhos; em virtude de causas religiosas, os judeus, os mouros e os hereticos; em virtude de causas moraes, os libertinos; em virtude de causas jurídicas, os clientes; e em virtude de causas politicas os estrangeiros.

O estudo, pois, das pessoas com capacidade jurídica limitada abrange todas estas classes. Evoluçionam, como veremos, no sentido da conquista completa do mesmo direito para todos os homens.

57. Colonato adscripticio. Conceito da instituição. — No fim do Imperio, apparece-nos uma instituição, representando um estado intermedio entre a liberdade e a escravidão, que, tendo persistido no Occidente varios seculos depois da queda do dominio romano, merece um estudo especial — o colonato.

A expressão colonus já se encontra na epocha classica do direito romano, mas então designa umas vezes o proprietario cultivando directamente o solo em Roma on nas colonias, outras vezes aquelle que toma de arrendamento a terra de outrem. No Baixo-Imperio, principalmente, a partir de Constantino, a expressão colonus exprime uma condição nova: a do homem livre, vinculado perpetua e

hereditariamente á coitara do solo doutrem, mediante o pagamento doma renda annual, fixada pelo aso e em caso de contestação pelo magistrado.

O que caracterizava verdadeiramente a situação dos colonos, diz Fustel de Coulanges, é que o solo que elles cultivavam não lhes pertencia. Não tinham, pois, nenhum dos direitos que são inherentes á propriedade. Não podiam vender o seu campo, nem legá-lo. Pagavam ama renda annual, on em fructos ou em dinheiro. A renda chamava-se ordinariamente tributum, denominando-se tributarii os que a pagavam.

Deste modo, os colonos tinham uma certa similitude com os rendeiros das nossas sociedades, diferindo, porem, delles em não poderem ser expulsos da terra que cultivavam e em não terem o direito de a abandonar, visto estarem ligados, por toda a vida, ao campo onde nasciam. Nem a sua vontade nem a do proprietario os podia separar delle. O proprietario vendia o campo, vendia ao mesmo tempo os colonos; vendia os colonos, vendia ao mesmo tempo a terra. Os filhos tomavam o lugar do pae morto, herdando com a posse da terra a obrigação de a cultivar.

Daqui resultava que o colono era gleba *adscriptus*, num duplo sentido, como observa Nani; não podia abandonar a gleba ; o proprietario não o podia separar della. A alienação do immovel envolve a dos colonos que o cultivam.

Além da denominação de colonato adscripticio, a instituição ainda é conhecida pela designação de colonato romano, por se ter desinvolido no seio do Imperio romano ¹.

¹ Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de L'ancienne France: L'invasion germanique et la fin de l'empire*,

58. Origem do colonato adscripticio. Theorias que lhe dão uma origem romana. — A origem do colonato adscripticio constituo um dos problemas historicos mais obscuros e difficeis. Pode-se affirmar que, a respeito desta questão, cada auctor tem proposto uma solução particular. Todas estas soluções, porem, se podem agrupar em três categorias, conforme se attribue ao colonato adscripticio uma origem romana, uma origem germanica ou uma origem christi.

Cujacio sustentou que o colonato existiu sempre em Roma. O erro deste escriptor é manifesto, porquanto toma por colonos indivíduos que eram verdadeiros rendeiros, a que se applicou tambem o termo colonus. O silencio dos jurisconsultos a respeito desta instituição é bem significativo.

Laferrière faz derivar o colonato das transformações por que passou o *ager publicus*. Os clientes dos patrícios foram primeiramente cultivadores ou colonos a titulo precario, quando o *ager publicus* só dum modo precario podia ser possuído. Tornaram-se, depois, colonos perpetuos, quando por força da evolução no fim da Republica e nos primeiros seculos do Imperio, o *ager publicus* começou a ser possuído dum modo particular.

Para rejeitar esta opinião, basta observar que, apesar da posse do *ager publicus* se ter tornado definitiva, os romanos continuaram, durante muito tempo, a não conhecer senão o systema do arrendamento.

pag. 138 e seg.; Paul Viollet, *Ristoire du droit civil français*, pag. 35 e seg.; Serafini, *Instituzioni de diritto romano*, tom. I, pag. 137 e seg.; Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 86.

Dareste filia o colonato historicamente no *precarium*. Não ha relação alguma, porem, entre o colonato e o *precarium*, pois o precarista recebia a cousa a titulo de liberalidade, sem se poder tornar proprietario delia, tendo o seu uso e gozo gratuito, sem ser obrigado a nenhuma retribuição e podendo o concedente chamá-la a si, quando muito bem entendesse. Ora isto é precisamente o contrario do que acontece no colonato.

Giraud e Serrigny sustentam que o colonato se formou no Imperio romano, á custa não só da população livre degenerada, mas tambem da população servil melhorada. Ambas estas populações se confundiram numa classe de condição media, que não teve primeiramente outra regra, além do costume e do contracto, e que mais tarde foi submettida a regulamentos, exigidos pela boa ordem do Estado, pelo interesse da agricultura e pela garantia respectiva dos proprietarios e dos colonos.

Mas, como é que se deu a degeneração da população livre e o melhoramento da população servil ? Quaes foram as condições que determinaram estes factos historicos ? E como é que dahi sahiu a constituição do colonato ? Eis o que esta theoria não esclarece convenientemente.

Naudet e Wallon intendem que o colonato teve por origem o facto dos proprietarios já, na epocha da jurisprudencia classica, começarem a reter, por meio duma violencia illegal, contra a sua vontade, os rendeiros nas terras. Um seculo mais tarde, no interesse da agricultora, o Estado interveio, sancionando uma tal illegalidade e regulamentando esta classe de pessoas.

Nenhum texto, porem, nos falia destas violencias dos proprietarios, e não se comprehende como a

lei e os tribunaes podessem repellir, durante tanto tempo, as pretensões de homens que, em nome da liberdade, se haviam de oppôr a ficar vinculados á terra contra a sua vontade.

Outros escriptores opiniam que o colonato foi estabelecido pelos imperadores, obedecendo á orientação politica de vincular os lavradores á terra para que a ordem publica fosse melhor assegurada.

A administração romana, nota Revillont, estava profundamente interessada no estabelecimento duma classe de homens que não podessem abandonar os campos, para evitar as perturbações que trazia á vida do Estado a concentração dos cultivadores nas cidades, levados pela esperança de ahi poderem viver á custa dos ricos e do thesouro publico.

Esta theoria, porem, é inadmissível, pois não ha nenhum escriptor antigo que attribua a origem do colonato aos imperadores. As instituições sociaes não podem ser evidentemente o producto do fiat creador dos imperantes, visto se formarem sempre á custa duma longa e progressiva evolução historica. A supposição em que se baseia esta theoria tambem é absolutamente arbitraria, não se podendo citar um unico texto antigo que mostre ter tido o governo imperial este pensamento ou pelo menos ter-lhe sido attribuido pelo seus contemporaneos. O governo imperial nunca foi um governo innovador, não se harmonizando com este seu caracter a revolução tão profunda que teria realizado o colonato.

Segundo outros escriptores, como Heisterbergk, o colonato foi estabelecido com o fim de obter o pagamento do imposto predial nas províncias, e dahi passou depois para a Italia.

E certo que as expressões *censibus ascripti*, *censiti*, *ascripticii*, *tributarii*, que designam os homens inseri-

ptos pela auctoridade publica nos registos do imposto predial, *libri censuales* ou *polyptyca*, apparecem frequentemente applicadas aos colonos. E, effectivamente, os colonos começaram a ser inscriptos DOS *polyptyca*, porque nesta epocha, em que dominava o regimen da grande propriedade, intendeu-se que não havia uma base mais segura de avaliação predial, do que o numero de pessoas empregadas na cultura, pois a presença dum cultivador valido suppunha uma certa somma de trabalho e por conseguinte uma certa quantidade de productos. Appreciava-se assim o valor de cada predio e fixava-se a contribuição que lhe pertencia pelo numero de cabeças que comprehendesse.

Mas, a inscripção no censo não creou um só colono, pela simples razão de que o homem era já colono antes de ser como tal inscripto no censo. O colonato existia já na pratica, posto o governo não se tivesse occupado delle e só o fizesse mais tarde levado por considerações fiscaes. A inscripção no censo consagrou officialmente a condição do colono, mas não fez colonos.

Por conseguinte, é falso que o interesse fiscal desse origem ao colonato. Os proprios documentos que falam do colonato corroboram esta conclusão, pois o legislador do quarto seculo diz que a regra do colonato foi estabelecida pelos antepassados (cod. Just., XI, 51) ¹.

¹ Pastel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pag. 4 e seg.; Wallon, *Histoire de l'esclavage*, tom. III, pag. 281; Giraud, *Histoire du droit (rançais)*, pag. 149 e seg.; Letourneau, *L'évolution de Vesclavage*, pag. 122 e seg.; Laferrière, *Histoire du droit français*, pag. 440 e seg.; Serrigny, *Droit administratif romain*, tom. II, pag. 389 e seg.; Joseph Lefort, *Histoire des contrate de location perpetuelle*, pag. 49 e seg.

59. Theorias que lhe dão uma origem germanica. — As theorias que attribuem ao colonato orna origem germanica não explicam esta origem do mesmo modo.

Segundo uns escriptores, o colonato foi estabelecido no Imperio por imitação do que existia entre os germanos. Os escriptores, porem, que sustentam esta opinião deviam primeiro que tudo demonstrar que o colonato existia na Germania. Citam, é verdade, a celebre passagem de Tacito em que se falia dam aldeão germano, que tem um domicilio fixo e que cultiva um lote de terra, mediante uma retribuição em cereaes ou em gado que elle paga ao proprietario.

Desta passagem, porem, não se pode deduzir a existencia do colonato entre os germanos, pois o aldeão de que falia Tacito é um escravo, como se vê do facto do emprego duas vezes da palavra *servus*, no texto citado. Tracta-se, pois, duma instituição inteiramente differente do colonato romano.

O facto do colono estar sujeito à prestação duma quota parte de fructos não é a unica característica do colonato romano. O que particulariza principalmente esta instituição é a ligação do homem á terra, que se não encontra indicada no texto de Tacito.

E, para que se podesse admittir uma tal opinião seria necessario demonstrar como foi que os romanos estabeleceram a instituição do colonato, imitando os germanos. Desde o momento em que se não esclareça este ponto, não ha evidentemente o direito de considerar o colonato romano uma importação da Germania.

Segundo outros escriptores, como Guizot, o colonato é de origem barbara e não romana. Por occasião da conquista da Gallia, a massa da população vivia em grandes feudos, cultivando-os, mediante o pagamento duma certa renda.

Os chefes destes feudos foram exterminados, collocando-se os romanos em seu lugar; mas a população agrícola ficou quasi no mesmo estado.

Parece que o colonato, se tivesse esta origem, deveria constituir uma instituição do Occidente, quando a verdade é que ella se desinvolveu do mesmo modo no Oriente.

Segundo outros escriptores, como Laboulaye, o colonato teve por origem a transportação de barbaros para as terras desertas do Imperio.

Sem negar a influencia desta transportação sobre o colonato, julgamos entretanto que se não pode considerar este facto a fonte unica desta instituição¹.

60. Theorias que lhe dão uma origem christã. — Alguns escriptores, como Troplong, profundamente impressionados com o facto do colonato apparecer no tempo dos imperadores christãos, consideraram o colonato como uma innovação benefica devida á influencia da Igreja, tendente a melhorar a condição do antigo escravo. O senhor teria transformado o seu escravo em colono por uma especie de manumissão limitada e incompleta.

¹ Guizot, *Histoire de la civilisation en France* tom. iv, pag. 247 e seg.; Laboulaye, *Histoire de la propriété foncière en Occident*, pag. 115-119; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. I, pag. 483.

Tal doutrina também nos parece insuficiente para explicar a origem do colonato, visto o colonato não poder derivar da escravidão, desde o momento em que um dos caracteres constantes do colono "é o ser um homem de condição livre.

Não se pode também admitir analogia entre o colono e o libertino. O libertino podia estabelecer-se onde muito bem quizesse, ao passo que o colono não podia abandonar o seu campo.

A condição do colono era hereditária, contrariamente ao que acontecia com a do libertino, que nunca o foi legalmente.

O patrono tinha direitos definidos sobre a sucessão do liberto; ora esses direitos não têm similitude com as regras que regulavam a sucessão do colono, Os textos nunca confundem o colono com o escravo ou com o libertino.

Por isso, se as leis que se applicam ao libertino são precisamente o opposto das leis que dizem respeito ao colono, fácil é de vêr que a origem do colonato não pode ter relação alguma com a manumissão. O colonato, diz muito bem Fustel de Coulanges, não é uma transição entre a servidão e a liberdade, pois não tem por origem a servidão, nem tende para a liberdade ¹.

61. A moderna doutrina de Fustel de Coulanges. — Fustel de Coulanges, desprendendo-se destas theorias, eivadas todas de ideias geraes e de hypotheses preconcebidas, voltou a sua attenção para o estudo dos documentos e com o seu auxilio procurou

¹ Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pag. 7 e seg.; Troplong, *Traité du louage* (prefacio).

construir uma nova theoria do colonato, orientado pelo criterio de que, por mais insuficientes que possam ser os documentos, nós só devemos admitir como verdadeiro aquillo que ahi encontramos. E, do seu estudo profundo, consciencioso e reflectido, resultou a renovação completa da theoria do colonato romano.

O colonato formou-se insensivelmente, sem nenhuma lei, unicamente por influencia de certas condições economicas. Dahi tres origens do colonato:

a) Os rendeiros livres, em virtude dum contracto temporario, e que se converteram, pelo atrazo nos pagamentos e pelas suas dividas, em cultivadores vinculados ao solo e sujeitos ao proprietario. No regimen da grande propriedade, que então dominava, o proprietario recorria ao systema de conceder as terras por arrendamento, afim de obter a sua coitara. Os rendeiros, porem, atrazavam-se frequentemente no pagamento da renda e endividavam se, e então os proprietarios, em logar de os expulsarem das terras, conservavam-nos, não os deisando sair sem que pagassem a soa divida ou dessem uma caução. E, assim, rendeiros, livres de direito, encontra' ram-se na impossibilidade de abandonar a propriedade, vendo-se ligados á terra, não pela lei, mas pela sua divida.

A situação destes devedores insolventes que se viam obrigados a permanecer nas terras do proprietario, modificou-se profundamente, quando este substituiu o pagamento duma retribuição em dinheiro pelo pagamento duma quota parte de fructos, como meio de assegurar a mais facil exoneração de taes cultivadores. Daqui resultou uma verdadeira degradação para as classes agricolas, visto o proprietario poder impôr as condições que muito bem quizesse,

desde o momento em que se tractava duma convenção que a lei não reconhecia, não ficando ao cultivador outra garantia além da liberdade nativa.

b) Os indivíduos que, tendo entrado para as propriedades, como cultivadores livres, sem contracto, se vincularam ás terras por interesse ou por habito.

Esta fonte do colonato encontra-se hoje esclarecida pela descoberta na Tunisia da inscripção de Souk-el-Khmis, em que se expõe a condição dos cultivadores do *Saltus Burunitanus*, designando a expressão *saltus* um terreno montanhoso e agreste, inculto ou de difficil cultivo. Ora, desta inscripção deriva que os cultivadores do *Saltus Burunitanus* não são escravos nem libertinos, não possuem a terra em virtude dum contracto, não têm a pagar uma retribuição em dinheiro, mas em fructos, não se encontram sujeitos a uma condição temporaria e variavel, más perpetua e permanente.

Tractava-se, assim, de terrenos incultos ou de difficil cultura, que o proprietario entregava a indivíduos pobres, mediante uma simples convenção, em virtude da qual teria uma certa parte nas colheitas, caso ellas viessem a produzir-se. Taes indivíduos, quanto mais tempo viviam nestes terrenos, tanto mais desejo deveriam ter de ahí continuar a viver, ao mesmo tempo que aos proprietarios interessava profundamente que elles os não abandonassem. E assim se foram pouco a pouco prendendo de facto ao solo, tornando-se colonos voluntarios, antes de o serem obrigatoriamente.

c) Os innumeraveis barbaros, sarmatas ou germanos, que vieram ou foram trazidos para o territorio romano e distribuídos, aos proprietarios para viverem nas suas terras como cultivadores perpetuos.

Effectivamente, das relações que havia entre Roma e a Germania, derivou uma corrente continua de homens e de famílias, que vieram fixar-se isolada e pacificamente no Imperio, e que, não podendo comprar terras, se estabeleceram ahi como cultivadores. Ao lado destes que vieram voluntariamente, outros foram trazidos pela força, como prisioneiros de guerra, e empregados na cultura perpetua das terras. Oeste modo, procurava-se combater a tendencia vagabunda de taes povos e protege-los contra a miseria, e ao mesmo tempo favorecer os interesses da grande propriedade.

E, assim, quando estes factos particulares e individuaes se renovaram e multiplicaram durante varias gerações, encontrando-se collocados nesta condição milhões de famílias, o colonato penetrou na administração e nas leis, tornando-se uma instituição regular e normal. Isto, porem, só aconteceu no seculo iv. Debalde se procura nas quarenta e tres constituições imperiaes relativas aos colonos, uma que tenha instituído o colonato, determinando que os cultivadores livres fiquem dahi por, diante vinculados á terra. É que quasi todas estas constituições foram promulgadas, não para fixar a condição duma classe de homens, mas para estabelecer medidas financeiras ou de administração.

Assim, a primeira constituição que se occupa do colonato, devida a Constantino, publicada em 332, procura resolver uma difficuldade de ordem financeira, indicando por quem deve ser pago o imposto predial, no caso do colono ter abandonado a terra dum proprietario para se ir estabelecer na terra doutrem. Constantino resolve esta difficuldade, estabelecendo que aquelle que tiver em seu poder o colono doutrem não só o deve restituir á terra onde

elle nasceu, mas ainda deve pagar a taxa deste mesmo colono, pelo tempo que o possuía.

E' como se dissesse, até aqui contentavam-se com reintegrar o colono na terra, mas nós ajuntamos ainda a obrigação de pagar a parle correspondente do imposto. De modo que a regra, de que o colono pertence á terra e de que no caso de fuga deve ser nella reintegrado, não é uma regra estabelecida por Constantino, é uma regra que elle reconheceu ¹.

63. Condição jurídica dos colonos. — E' difficil determinar, rigorosa e precisamente, a condição jurídica dos colonos, visto os imperadores, considerando o colonato como uma instituição conhecida e incontestada, mencionarem unicamente certas regras para condemnar as infracções que se podiam commetter contra ellas. É, por isso, que não se encontra nos Codigos, unicos documentos que temos sobre este assumpto, uma constituição completa do colonato.

Os imperadores occuparam-se principalmente do delicio de fuga do colono, não por não serem possíveis outros delictos, mas porque de todos elles, este era o que mais intimamente interessava o governo imperial, visto o proprietario ser tributado segundo o numero de seus colonos.

Daqui derivou até a illusão de muitos escriptores, que julgaram fazer uma ideia completa da condição jurídica do colono, apresentando-o como perpetuamente vinculado á gleba que cultivava. Este modo

¹ Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pag. 9, 25, 43 e 87; Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France: — L'invasion germanique*, pag. 139 e seg.

de ver é profundamente inexacto, pois o colonato abrangia ainda outras regras, que o historiador pode verificar ou pelo menos entrever. O colonato é um organismo mais complexo do que estes escriptores suppõem. Vejamos, pois, se orientados pelos trabalhos de Fustel de Coulanges, nos é possível estabelecer os princípios que regulavam a condição jurídica do colono.

a) O colono era um homem livre, pelo menos, no sentido de que nunca era confundido com o escravo. Uma lei de 371 enumera como tres classes bem distinctas, os colonos, os escravos e os libertinos (Cod. Justin., XI, 53, 1). Uma lei de 333, procurando impedir a fuga do colono, permite ao senhor prendê-lo, permissão que não haveria necessidade de dar, se se tractasse dum escravo. Ella dispõe mesmo que o colono poderia ser preso á maneira do escravo, o que indica claramente que elle não o era. Accrescenta ainda esta consideração bem significativa: — para que os mesmos serviços que os colonos devem prestar, como homens livres, sejam desempenhados por os que querem fugir, em virtude duma condemnação digna dum escravo (Cod. Theod., v, 9, 1).

Outra lei de 409, referindo-se a homens que se encontravam na condição de colonos, dispõe formalmente que não poderiam ser obrigados á escravidão, e que os trabalhos que delles se exigissem seriam os trabalhos dos homens livres (Cod. Theod., v, 4,3).

Valentiniano III, faltando do colono, se diz que elle não póde abandonar a terra, declara tambem que elle conserva a ingenuitas, isto é, a plena liberdade nativa. O mesmo imperador distingue expressamente o colono do escravo e o colonato da escravidão (Novellas de Valentiniano, xxx, §§ 5

e 6). Ainda no fim do quinto século e começo do sexto, Anastácio e Justiniano declaram em termos formais que os colonos são homens livres e ficam livres na sua terra (Cod. Just., XI, 48, 23).

Mostra ainda que o colono não é um escravo, o facto de elle não poder ser vendido como os escravos. Os Codigos exprimem este principio sob a fórma de que o colono nunca pôde ser vendido sem a terra, significando assim que não era a pessoa do colono que era vendida. Confirmam a condição livre do colono, o silencio do direito romano a respeito da sua manumissão, oppondo até Justiniano ao escravo que pôde ser emancipado por manumissio, o colono que o proprietario não pôde libertar do seu poder senão transferindo a terra que elle occupa, e a prohibição do casamento entre colonos e escravos, a que a lei recusa os effeitos do casamento legitimo, prohibição que mostra claramente a distancia que separa legalmente o colonato da escravidão.

Alguns escriptores, porem, como Humbert, embora reconheçam que os colonos são homens livres, ainda assim sustentam que elles podiam ser reduzidos, a título de pena, a uma verdadeira escravidão, fundando-se na passagem do Codigo Theodosiano *qui fugam meditantur, in servitem condicionem ferro ligari conveniet* (Cod. Theod., v, 9, 1). Mas, esta passagem permite unicamente ao proprietario, se verificar que o colono quer fugir, pôr ferros aos seus pés, como o faria a um escravo. Daqui, porém, não se pôde concluir que elle possa reduzir à escravidão o colono.

b) O colono tinha os direitos civis do homem livre. Na ordem economica, podia adquirir e possuir, não pertencendo os bens, de pleno direito, ao proprietario, embora não os pudesse alienar e transmittir

sem o consentimento deste (Cod. Theod., XII, 1, 33; v, II, I).

Na ordem familiar, podia casar-se sem a permissão do proprietário, e, desde o momento em que desposasse uma mulher livre, o casamento era tão legítimo como o do cidadão romano. Exercia o poder patrio sobre os filhos, que lhe pertenciam e lhe succediam nos bens (Cod. Theod., v, 10).

Na ordem judiciaria, não apparece lei alguma que lhe prohibisse estar em juizo. Podia intentar um processo mesmo contra o proprietário. Constantino declara-o expressamente (Cod. Justin., XI, 50,1).

c) Mas, se o colono era legalmente livre, é certo que, na sua humilde vida de cada dia, se approximava do escravo. Se o escravo não podia abandonar o seu senhor, o colono não podia abandonar a terra. A sua ligação com a terra era tão estreita, como a do escravo com o senhor. É necessario um grande esforço de reflexão para reconhecer nelle um homem livre.

Não admira pois, que as leis, por uma evolução natural, cheguem a distinguir o colono do homem livre, continuando a separá-lo do escravo. É, por isso que os textos oppõem os colonos tão frequentemente aos *liberi*, como aos *servi* (Cod. Just., XI, 48, 16-24; Cod. Theod., x, 12, 2). A partir do seculo IV, não se admite que uma mulher colono despose um homem livre, considerando-se um tal casamento illegitimo (Cod. Just., XI, 68, 4). Nesta ordem de idéas o legislador acabou por dizer que não havia quasi differença nenhuma entre um escravo e um colono (Cod. Just., IX, 48, 21). Oeste modo, o colonato apparece-nos numa condição intermedia-ria entre a liberdade e a escravidão.

Ha uma liberdade, pelo menos, que faltava completamente ao colono, é a liberdade de abandonar a

propriedade a que estava vinculado. Se elle a abandonava, o proprietario tinha o direito de o perseguir, de o prender e de o reintegrar na terra, devendo as auctoridades publicas prestar-lhe, para isso, todo o seu auxilio (Cod. Just., XI, 48,, 45; XI, 53, 4; XI, 48, 7). E' que o colono encontrava-se de tal modo unido à terra, que, por uma associação de idéas muito natural, o homem que era proprietario da terra era ao mesmo tempo e só por este facto proprietario do colono. E assim o colono, embora livre, tornava-se, pela sua ligação com o solo, um objecto de propriedade. Era possuido (Cod. Just., XI, 48, 44); podia ser o objecto dum processo (Cod. Theod., v, 40, 4 e Cod. Just., XI, 48, 44); o seu proprietario distinguia-se do possuidor de boa fé (Cod. Just., XI, 48, 44); a sua propriedade perdia-se, como todas as outras, pelo effeito da prescripção (Cod. Theod., v, 40, 4).

Quando os Codigos faliam dum colono, querem, sem duvida, indicar com esta expressão não só o homem, mas tambem a mulher, comprehendendo-se assim por ella toda a familia do cultivador, que entra no colonato. Todas as leis que se referem ao colono applicam-se tambem á mulher e aos filhos. A unica differença é de que para ella o prazo da prescripção é reduzido a vinte annos.

Parece até que o colono não se podia casar senão com uma mulher da mesma propriedade, pois, por um lado, não podia desposar uma escrava nem uma mulher livre, e, por outro, se desposasse uma mulher colono doutra propriedade, esta não podia abandonar a sua terra para viver com elle.

d) A condição de colono era hereditaria, devendo o filho continuar a cultivar o solo, unicamente, pela razão do pae o ter cultivado. Esta regra foi levada

até ás suas ultimas consequencias, estabelecendo-se que, se um colono fugitivo morria, antes de terem expirado os trinta annos da prescripção, e tivesse um filho durante este tempo, este filho, embora nascido fóra da propriedade, podia ser para ella conduzido pelo proprietario (Cod. Theod., v, 10, 1, § 2). Se o proprietario consentir que o filho dum colono viva longe da propriedade, por o pae ser sufficiente para o trabalho, isso não obsta a que elle não venha tomar o logar do pae, logo que este morra ou se torne incapaz (Cod. Just., xi, 64, 1).

e) O proprietario tambem não podia expulsar o colono das suas terras. Esta regra que se encontra menos frequentemente mencionada, do que as outras, não é menos imperativa e menos antiga. *Ê* certo que não ha um texto onde se encontre expressamente estabelecida esta regra. Ella resulta, porém, dos textos legislativos que prohibem ao proprietario vender a terra sem os colonos e os colonos sem a terra (Cod. Just., xi, 48, 2 e 7; xi, 63, 3).

Se é prohibido ao proprietario separar o colono do campo, no momento em que elle aliena a propriedade, é sem duvida alguma porque elle não o pode fazer em tempo ordinario. Um dos textos deixa entrever este pensamento, claramente, dizendo: ou os proprietarios julgam que os colonos lhes são vantajosos ou pensam que elles não lhes prestam beneficio algum; no primeiro caso, devem, conservar as terras; no segundo, devem vendê-los com ellas.

Justiniano, que tão severo se mostra para com os colonos, chegando a compará-los aos escravos e approximando-os delles o mais possível, não deixou de dizer, no meio das suas severidades, que o proprietario não póde fazer sair do seu poder o

colono senão fazendo sair também a terra (Cod. Just., XI, 48, 24).

Deste modo, a obrigação que ligava o colono á terra era. não só para o colono, mas também para o proprietario. Se o colono não podia em tempo algum abandonar a terra, o proprietario também não o podia expulsar. Assim o colono não faltava á terra, nem a terra ao colono ¹.

63. Obrigações dos colonos para com os proprietarios. — Também è difficil determinar quaes eram as obrigações dos colonos para com os proprietarios, desde o momento em que os codigos romanos, nas moitas passagens em que se referem ao colonato, nada dizem daquellas obrigações. Indiquemos, porém, essas obrigações, em harmonia com a reconstrução delias feita por Fustel de Coulanges.

a) O colono não devia ao proprietario outro trabalho que não fosse o de cultura. Uma lei, auctorizando os proprietarios a empregar barbaros como colonos, adverte-os de que elles não deviam tractar estes homens como escravos, mas segundo as regras do colonato, *jure colonatus*, e que por conseguinte não. os poderiam obrigar a fazer outro serviço que não fosse a cultura (God. Theod., v, 4, 3).

Mas, os colonos cultivam um lote particular de terreno. É o que se deduz duma lei de 365, que lembra ao colono que elle não póde de modo algum alienar a terra que cultiva (God. Theod., v, 44, 4).

¹ Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pag. 98 e seg.; Wallon, *Histoire de l'esclavage*, liv. III, cap. II ; Humbert, *Dictionnaire de antiquités*, art. *colonat*; Letomeau, *L'évolution de l'esclavage*, pag. 42 e seg.

Ora, se a lei faz esta advertencia ao colono, é porque elle cultivava sempre o mesmo campo, podendo, por isso, julgar-se o seu proprietario. Evidentemente que, se os colonos cultivassem ora este terreno ora aquelle, não haveria razão para os advertir de que elles não podiam alienar a terra que cultivavam.

Outras leis falião da retribuição ou renda que paga o colono, o que mostra que o colono faz a cultura dos terrenos para elle (Cod. Theod., x, 1, 11; Cod. Just., x, 1, 48, 28). Isto é confirmado por uma lei declarar que elle recebe os fructos da terra, e por os textos mostrarem o colono levando os seus productos ao mercado (Cod. Just., xi, 51; Cod. Theod., xiii, 1, 3, 8, 10).

Tudo isto demonstra que elles cultivavam a terra como rendeiros.

b) A natureza e a quantidade da renda que o colono tinha de pagar eram regalados pelo costume. É que, dum modo geral, as relações entre os proprietarios e os colonos eram reguladas por costumes locais e particulares.

Os decretos imperiaes não alteraram os costumes, pois mandaram-nos sempre observar. Estes costumes podiam ser reduzidos a escripto, como mostra o regulamento dado por Adriano aos colonos do *saltus Burunitanus*, e que se encontrava affixado nesta propriedade, gravado sobre uma placa de bronze.

Parece que a maior parte das vezes a renda tinha de ser paga em productos do solo. É por isso que o imperador recorda era 366 este uso a alguns proprietarios, dizendo que elles deviam receber a renda em generos? a não ser que o costume da propriedade determinasse outra cousa (Cod. Just., xi, 48, 5).

c) O colono era obrigado, além disso, a um certo numero de dias de trabalho. É o que nos mostra o regulamento do *saltus Burunitanus*, pois os colonos desta propriedade eram obrigados a seis dias de trabalho por anno (dous de lavoura, dous de sacha, e dous de colheita), com os seus bois ou os seus cavallos.

É que os proprietarios dividiam as suas terras em duas partes: uma reservavam na para elles; outra concediam-na aos colonos, subdividida em pequenos lotes que cada um cultivava. A parte que o proprietario reservava para si, era tambem cultivada com o auxilio dos braços dos colonos. O proprietario tinha assim, como rendimento, a retribuição que lhe pagavam os colonos pelas terras que occupavam e a colheita da reserva que elle fazia cultivar por estes.

d) As obrigações que os colonos tinham para com o proprietario, em virtude do costume local, *consuetudo praedii*, não podiam ser alteradas, visto a maior preocupação do Estado romano ser precisamente a de fazer observar estes costumes locais. O governo imperial resistiu systematicamente a todas pretensões que os proprietarios tiveram de augmentar a renda, mesmo fundadas na maior valorização dos terrenos. No caso do proprietario exigir mais do que era devido pelo costume, o colono podia recorrer para o juiz, a fim de evitar a espoliação (Cod. Just., XI, 50, 1; XI, 50, 2, § 4; XI, 48, 23, §2).

Procurava-se assim assegurar a immutabilidade nas relações entre o proprietario e o colono, sem duvida para que os colonos ficassem sujeitos ás condições que tinham sido acceitas quando elles eram livres.

e) O colono podia ter bens como proprios e posuir um terreno como proprietario. É o que a lei

mostra, quando diz que elle pode ser inscripto DOS registos do imposto, aqui como colono, acolá como proprietario (Cod. Theod., xi, 1, 14). O proprietario succedia nestes bens, desde o momento em que o colono não tivesse herdeiros legítimos ou testamentarios.

É certo que uma lei de 434, faltando dos monges ou padres que morrem sem testamento, dispõe que os seus bens serão devolvidos ao seu mosteiro ou á sua igreja, fazendo uma excepção para aquelles destes homens que tivessem nascido colonos, pois neste caso os bens eram devidos ao proprietario das terras onde elles tinham nascido (Cod. Just., I, 3, 20). Mas, analyzing attentamente o texto, vê-se que o legislador falia unicamente de padres ou monges que, não tendo paes, nem filhos, nem cognados, morriam sem fazer testamento. Era necessaria a reunião de todas estas condições, para que a successão do colono fosse devolvida ao proprietario.

O colono, porém, não tinha o direito de alienar o que possuia como proprio, sem informar e consultar o proprietario (Cod. Theod., v, 11, 1; Cod. Just., xi, 50). Qualquer que fosse o motivo desta disposição, ou o interesse do proprietario, que aproveitava com que o colono se encontrasse em condições economicas favoraveis, ou o interesse do colono, que poderia ser profundamente prejudicado com alienações imprudentes, ou a ideia de que o colono não se teria podido enriquecer senão á custa da terra onde se encontrava, ou a preocupação de dar ao proprietario uma garantia de pagamento da renda, é certo que ella se coordena com o conjuncto de princípios que dominam o colonato. Existia um laço tão estreito entre os colonos e a terra, que difficilmente se podia conceber que se

pudesse destacar delia alguma cousa que lhes pertencesse ¹.

64. Fontes do colonato adscripticio. — As fontes do colonato adscripticio eram: A) o nascimento; B) certos factos posteriores.

A) *Nascimento*. O nascimento era a fonte mais abundante do colonato. Quando ambos os paes eram colonos, o filho seguia naturalmente a sua condição. Se só um delles era colono, o filho seguia a condição da mãe.

Parece que, sendo permittidas as justas nupcias entre colonos e não colonos, os filhos deveriam seguir a condição do pae, visto assim acontecer relativamente aos filhos nascidos de justas nupcias. A derogação a este principio de direito commum foi estabelecida por uma constituição dos imperadores Valente e Valentiniano de 367. É certo que esta constituição se refere unicamente aos colonos dos domínios imperiaes. A regra, porem, foi generalizada, como se deduz de uma constituição de Honorio.

B) *Certos factos posteriores*. — Os factos posteriores ao nascimento que podiam dar origem ao colonato eram: a) convenção; b) casamento; c) prescripção; d) disposição da lei.

a) *Convenção*. — Não póde haver duvida alguma de que um individuo se podia tornar colono por meio de convenção. Declara-o expressamente Salviano.

¹ Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pag. 119 e seg.; Letourneau, *L'évolution de L'esclavage*, pag. 423; Violette, *Histoire du droit civil français*, pag. 304 e seg.; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. I, pag. 460 e seg.

A maior parte das vezes a convenção celebrava-se tacitamente. O proprietario dum grande domínio estabelecia um regulamento geral para todos os seus colonos. Todos que lhe viessem pedir terras e as obtivessem ficavam por este facto sujeitos espontaneamente a um tal regulamento, que acceitavam como um contracto obrigatorio. Os colonos do *saltus Burunitanus* estavam sujeitos á *Lex Hadriana*, devendo-se entender por estes termos, não uma lei propriamente dicta, mas um regulamento geral feito pelo imperador para todos os que se viessem estabelecer sobre este dominio como colonos. A não observancia deste regulamento é que levou os colonos a queixarem-se ao imperador.

b) *Casamento*. — O casamento tambem era uma fonte do colonato, quando um individuo, desposando uma pessoa desta condição, declarava nos registos municipaes a intenção de se associar á sua sorte.

c) *Prescripção*. — Quem possuísse, durante trinta annos, um homem livre como colono, adquiria sobre elle e a sua posteridade os direitos tio colonato. Este homem até então tinba sido colono de facto, dabi por diante ficava sendo colono de facto e de direito.

Foi o imperador Anastacio que introduzia esta innovação, notando que ella é vantajosa para o novo colono e para o proprietario. O proprietario adquire os direitos do colonato, mas perde o de expulsar da terra o seu possuidor. O novo colono, perdendo a qualidade de homem livre, deixa ao mesmo tempo de estar á discricção do proprietario.

f) *Disposiçào da lei*. — Como se sabe, os imperadores vincularam ao solo muitos barbaros, a fim de cultivarem a terra perpetuamente.

Mas não ficaram por aqui as providencias dos imperadores, porquanto Graciano decidio que todos os proprietarios teriam o direito de reduzir ao colonato perpetuo os vagabundos e mendigos, de que elles se podessem apoderar. Do mesmo modo as famílias que nio Unham terras para cultivar, foram postas á disposição dos grandes proprietarios 1.

65. Cessação desta condição das pessoas. — O direito justinianeu falla-nos dum unico modo da cessação do colonato, — a elevação ao episcopado. Antes de Justiniano, a condição do colono tambem podia findar pela prescripção.

Assim como o individuo se tornava colono pela prescripção, do mesmo modo deixara de o ser por este motivo. O prazo da prescripção era de trinta annos para o homem, e de vinte para a mulher.

Tem-se discutido muito se o colonato podia cessar pela manumissão. Segundo Guérard e Serrigny, o colonato podia cessar pela emancipação, porque assim como o consentimento do proprietario e do colono podia originar as relações obrigatorias do colonato, tambem devia poder-lhe pôr fim, pois as obrigações dissolvem-se, pela mesma fôrma por que são contrahidas.

Esta opinião, porem, não é acceitavel, porquanto, se o proprietario tivesse o direito de desligar o colono da terra, mesmo com o consentimento deste, deveria haver algum texto que fizesse menção dum tal direito. Cita-se, é verdade, a constituição 12 do

¹ Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. I, pag. 459 e seg.

Código Theodosiano, no título *De fundis patrimonio-libus*, onde se diz que os emphyteutas dos bens imperiaes tinham o direito de manumittir os *coloni servi* destes predios. Ora, se os colonos escravos podiam obter a liberdade pela manumissão, com muito mais fundamento a deviam poder conseguir os outros colonos. Este argumento, porem, não procede, porque estes ultimos colonos já eram livres.

Savigny resolveu a questão dum modo negativo, sustentando que nenhum colono podia sahir da sua condição por meio da manumissão. Não existe nenhum texto preciso sobre este ponto, e a manumissão do colono offenderia o principio recordado constantemente pelos imperadores, de que era necessario que a terra não ficasse privada dos seus braços, *ne terra membris suis defraudaretur*.

É certo que os textos prohibem desligar o colono do solo, mas têm sempre em vista o caso era que o colono conserva a sua condição, e de nenhum modo aquelle em que se tracta de conferir a um colono a plena liberdade.

Segundo o nosso modo de vêr, o colono não podia ser manumittido, porque elle era livre. A condição do colono era immutavel. O proprietario não podia dar ao colono a plena liberdade, do mesmo modo que não podia descal-o do solo para o collocar em outro domínio. Tracta-se duma disposição de ordem publica que as convenções dos particulares não podiam derogar.

Demais, se esta forma da cessação do colonato fosse admittida, mesmo em harmonia com os principios de direito commum, parece-nos que ella devia ser assás frequente, para deixar vestígios, pelo menos indirectos, nos textos. O silencio do Código

Theodosiano e do de Justiniano é decimo e ter-

66. Os lites dos povos germanicos. — Entre alguns povos germanos, apparece orna dasse de pessoas que têm estreitas analogias com os colonos adscripticios. São os lites on liti dos francos, allemães, frizões e saxões, e os *aldiones* ou aldi dos lombardos. O que caracteriza especialmente esta dasse social é que os indivíduos que a constituíam se encontraram vinculados á terra que lhes **era** concedida para cultivar, não a podendo abandonar e sendo obrigados a pagar censos e serviços ao proprietario.

Daqui derivava o estado de dependencia em que se encontravam os lites e os *aldiones* para com o proprietario, e por conseguinte a limitação dos seus direitos relativamente aos livres, que não estavam submettidos a nenhuma sujeição. É, por isso, que elles não faziam parte do exercito, nem da assembléa popular, gosando em todo o caso da protecção da lei e podendo defender o proprio direito perante os tribunaes.

Tinham um *wergeld*, talvez metade do do homem livre, podiam adquirir e cocontractar, possuiam o direito familiar, duvidando-se unicamente se tinham o direito de successão.

Estavam, por isso, em melhores condições do que os escravos, embora se lhes applicassem algumas normas da escravidão. Assim o aldionato cessava pela manumissão, conferida segundo as formas esta-

¹ Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France, tom I, PAG. 478 e seg.

belecidas para a escravidão em geral. Depois de emancipados, os *aldi* podiam ser reduzidos de novo á escravidão, em virtude duma grave falta commetida para com o patrono.

É muito duvidosa a origem desta classe social, sendo, porem, mais provavel que ella derivasse da voluntaria entrega dum povo, visto a occupação á força produzir a escravidão.

A evolução de tal classe fez-se no sentido de ella se fundir, com os colonos adscripticios, na servidão da gleba, que assim veio absorver varias catbegas de semi-livres da Edade-Media ¹.

67. Existencia do colonato adscripticio entre os visigodos. — A romanização da Península fez penetrar nella o colonato adscripticio ou romano.

Effectivamente, é indubitavel a existencia do colonato em tempos anteriores á fusão das duas raças. A *Lex romana Wisigothorum* reproduz as principaes normas reguladoras do colonato. E o concilio II de Sevilha (619), presidido por Isidoro, estabeleceu, no canon 3, que o clérigo deve reputar-se tão ligado á Igreja a cujo serviço foi primeiramente votado, como o colono á terra onde primeiro começou, segundo está escripto na lei civil.

D. Joaquim Costa, que tão superiormente tem tractado muitas questões da historia do direito peninsular, contestou ultimamente esta doutrina, sustentando que o colonato não chegou a ser introduzido na Hespanha. Basêa-se principalmente em que o canon 3 do II concilio de Sevilha nada prova,

¹ Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 308 e seg.; Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 85 e seg.; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 278.

pois mostra unicamente que os padres do concilio conheciam a condição legal dos colonos romanos. Não demonstra que existisse ou tivesse existido na Península esta instituição.

A doutrina dominante, seguida por Fustel de Coulanges, Cardenas, Perez Pujol e Hinojosa, não se funda unicamente neste texto, pois recorre tambem á *Lex romana wisigothorum*, onde se encontram as principaes regras do colonato romano. Ora que necessidade haveria de indicar estas regras, se o colonato não se encontrasse admittido pelos hispano-romanos, para os quaes se destinava aquella instituição ?

O testemunho de Isidoro de Sevilha tem todo o valor, porquanto elle não se teria servido daquella comparação do clero com o colono, se a instituição do colonato não fosse uma instituição viva e real, podendo por isso dar uma idéa clara e immediata do character da ligação do clero à Igreja. As noções que Isidoro de Sevilha apresenta a respeito do colonato não são muito precisas e rigorosas, mas isso depende incontestavelmente da tendencia que o colonato manifestava já no principio do seculo VII para desaparecer ¹.

68. Destino da instituição neste período do direito peninsular. Doutrinas de Herculano, Gama Barros e

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal nos seculos XII a XV*, tom. II, pag. 53 e seg.; Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pag. 152; D. Joaquim Costa, *Estudios ibericos*, tom. I, pag. 101; Cardenas, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en Espana*, tom. I, pag. 177 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 153 e seg.

Perez Pujol. — Mas qual foi o destino da instituição neste direito peninsular ?

Herculano sustenta que o colonato continuou ainda depois da fusão das duas raças, fundando-se numa disposição do código visigótico (Liv. v, tit. iv, l. 19), que, referindo-se aos *plebeis*, lhes proíbe a alienação da gleba. Segundo o illustre historiador, a lei menciona tres classes de pessoas — os curiaes, os privados e os plebeus — comprehendendo nesta ultima classe os colonos adscriptos, aos quaes exclusivamente se passara a dar o nome de plebeus (plebei)..

O sr. Gama Barros intende, pelo contrario, que o colonato já tinha desaparecido no momento da fusão legal das duas raças, revelada pelo código visigótico. Funda-se este erudito historiador no silencio do código visigótico, onde nos não apparecem nenhuma disposição a respeito dos colonos, e na evolução por que passou o colonato sob o domínio dos povos barbaros, levando a fundir esta instituição com a servidão da gleba.

Perez Pujol reproduz a opinião de Herculano, reforçando-a com novos argumentos. E assim nota elle que a classe dos colonos não podia desaparecer subitamente ao estabelecer-se a unidade legislativa, sem deixar vestígios, e que se não deve estranhar que o código visigótico dê aos colonos o nome de servos, quando as proprias leis romanas se mostram hesitantes, considerando-os umas vezes livres e outras escravos. Accresce que no código visigótico se encontram os principaes traços do colonato, embora elle não nomeie esta instituição. É assim que o código visigótico admite a transmissão hereditaria da condição de cultivador dum campo aos filhos e aos netos, e considera fixa a renda que elle tem de

pagar, pertencendo-lhe, por isso, os fructos da terra que a excederem (Cod. wis., liv. x, tit. I, 1. 13).

Segundo o nosso modo de vêr, no código visigótico triumphou o movimento económico que, desde há muito, impellia o colonato para a servidão. Esta tendência já se esboça na Lex romana visigothorum, apesar de ella aparentemente se limitar a reproduzir a legislação teodosiana sobre este assumpto.

Assim, na Lex romana visigothorum os colonos fugitivos reclamam-se com a acção summarissima empregada em Roma para recuperar a posse das cousas moveis; o colonato apresenta-se como vínculo pessoal, ligando o colono ao dono, e não como vínculo real, prendendo o colono á terra, visto a *Interpretatio* dizer que o colono reivindicado, antes dos trinta annos, deve ser devolvido ao dono, *domino revocetur*, e não *loco cui natus est*, como determinava a lei romana; o proprietario do colono é sempre designado pela *Interpretatio* com o nome de *dominus*, quando o direito romano vacillava na terminologia a adoptar, chamando o proprietario ornas vezes *dominus*, e outras vezes *patronus*; finalmente omittiram-se os casos em que o direito romano permittia ao colono pleitear contra o senhor.

Todo isto mostra claramente a tendência, que, depois da invasão germanica, precipitava o colonato para a servidão. E comprehende-se perfeitamente esta evolução, em virtude da influencia das ideias germanicas, que não podiam ser favoraveis ao colonato, desde o momento em que os indivíduos que se encontravam entre os germanos em condições analogas ás dos colonos romanos eram escravos, segundo dá a intender o testemunho de Tacito. Accrescia que o que caracterizava entre os godos o homem livre era a faculdade de mudar de patrono, e por isso os

colonos, encontrando-se vinculados á terra e só com esta podendo mudar de senhor, deviam evidentemente apresentar-se aos olhos destes povos como estando numa condição semelhante á do escravo. Não admira, por isso, que as escassas garantias de que gosava a classe dos colonos se fossem esbatendo, a ponto destes se confundirem com os servos da gleba.

A conclusão a que se chega pelo estudo do colonato entre os wisigodos é confirmada pela evolução desta instituição entre os outros povos barbaros. Guérard, estudando este assumpto com notavel proGciencia, observa que, sob o domínio dos povos barbaros, o colonato degenerou, afastando-se da liberdade para se approximar da servidão, ao passo que esta, pelo contrario, tornando-se successivamente mais suave, propendeu a confundir-se com o colonato.

Em presença deste movimento da evolução, facil é explicar a omissão que se encontra no codigo wisigothico da categoria economica do colonato. codigo wisigothico não se refere ao colonato, porque o colonato se encontrava assimilado á servidão da gleba. E' possível que ainda houvesse uma certa distancia entre as pessoas que se encontravam abrangidas por estas duas instituições; na pratica, porém, encontravam-se confundidas, visto estarem sujeitas ás mesmas prestações e aos mesmos serviços.

O vocabulo plebeis não póde ter a significação que Herculano lhe pretende dar, pois é inadmissível que aquelle vocabulo se refira a uma classe de cujas relações o codigo wisigothico não tracta em logar algum. O natural é que elle comprehenda todos os adscriptos á gleba, visto elles constituírem uma classe, desde que triumphou o movimento que impellia o colonato para a servidão. A lei auctoriza esta conclusão, pois o que caracteriza, segundo ella,

os plebeus é o facto de nunca lhes ser permitido alienar a sua gleba, mostrando assim que os plebeus são indivíduos adstriclos á gleba.

Os argumentos de Perez Pujol nada provam. Ninguém affirma que a classe dos colonos desaparecesse subitamente ao estabelecer-se a unidade legislativa, pois a fusão do colonato com a servidão da gleba foi o producto duma longa evolução, que se manifesta logo em seguida á invasão dos barbaros. E' certo que as leis romanas se mostram hesitantes relativamente à condição jurídica dos colonos, mas não deixam de os mencionar como uma categoria especial, com direitos e obrigações proprios, o que não faz o código visigótico.

Os traços do colonato que Perez Pujol descobre, á custa de laboriosas e pacientes investigações, no código visigótico, não são sufficientes para caracterizar esta instituição. O proprio Perez Pujol o reconhece, pois chega a confessar a degeneração do colonato no sentido da servidão .

69. Função desempenhada pelo colonato adscripticio na evolução das classes servas. Theoria de Doniol. — Depois de nos termos occupado da origem e desenvolvimento do colonato adscripticio, é conveniente, antes de terminar o estudo desta instituição, elevarmo-nos a um ponto de vista superior, e veri-

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 251 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 53 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 230 e seg.; Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problema d'histoire*, pag. 144 e seg.; Guèrard, *Polyptique d'Irminon*, pag. 233 e seg.; Fustel . de Coulanges, *L'alleu et le domaine rural*, pag. 413 e seg.

ficar qual foi a função histórica exercida pelo colonato relativamente às classes servas.

Considera-se vulgarmente o colonato como uma phase intermedia entre a escravidão e servidão, tendo por função fazer a transição duma instituição para a outra. E ha na historia um certo numero de apparencias que parecem confirmar este modo de vêr. Effectivamente, a historia attesta que á medida que cada uma das situações de escravo, de colono e de servo se desinvolve, a que a precede se enfraquece e se torna cada vez mais rara, subsistindo por fim unicamente a ultima na idade media. É por isso que se julgou que estas instituições são phases successivas da mesma condição de não liberdade, que se iria suavizando e modificando no sentido da independencia.

Este modo de vêr não se conforma com a evolução do colonato, porquanto as tres instituições, escravidão, colonato e servidão, coexistiram por largo tempo. A condição primitiva do colonato foi melhor do que a da servidão da gleba, não se comprehendendo por isso como o colonato desempenhasse a função de transição da escravidão para a servidão. Demais, nós já observamos que a servidão da gleba não constitue uma transformação do colonato, mas uma transformação da escravidão, originada ou determinada por causas economicas.

A função histórica do colonato relativamente às classes servas foi, como mostra Doniol, a de attenuar a escravidão e a servidão, favorecendo a elevação destas classes. Na acção e reacção das tres instituições, o colonato favoreceu, com as suas garantias, o desejo de uma existencia menos dependente ¹.

¹ Doniol, *Serfs et vilains au moyen âge*, pag. 11 e seg.

§ 2.º

Colonos voluntarios

SUMMARIO : — 70. O colonato voluntario no direito romano. A *locatio conductio*. — 71. O colonato voluntario entre os visigodos. O precario. — 72. O colonato voluntario na Reconquista. Vexames e oppressões. — 73. O colonato voluntario no direito português.

70. O colonato voluntario no direito romano. A *locatio conductio*. — Ao colonato adscripticio con-trapõe-se o colonato voluntario. Os colonos voluntarios eram homens livres que cultivavam um predio alheio em virtude do contracto, não ficando perpetua e hereditariamente vinculados ao solo.

O colonato voluntario constituia-se, no direito romano, pelo contracto da *locatio conductio*. Este contracto podia conter uma grande variedade de clausulas, havendo, porem, duas essenciaes e necessarias: uma pela qual o proprietario cedia a fruição de certa cousa; outra pela qual aquelle que a recebia se compromettia a pagar um preço determinado. . A linguagem do tempo chamava este preço *merces* e cada um dos pagamentos successivos *pensio*.

O contracto era temporario e o seu termo encontrava-se fixado antecipadamente. Os arrendamentos [de curta duração eram os mais usados, citando os jurisconsultos sempre arrendamentos de cinco annos.

O rendeiro só estava vinculado ao solo até á expiração do termo fixado no contracto. O legislador do terceiro seculo declarou até que o proprietario não tinha o direito de reter o rendeiro contra a sua

vontade, nem, com a mais forte razão, os filhos deste. (Cod. Just., IV, 65, II).

Era, em todo o caso, admittida a tacita recondução. Se, na expiração do termo, o rendeiro ficava ao predio, com o consentimento do proprietario, a convenção suppunha-se tacitamente renovada. A recondução era unicamente por um anno, mas o accordo das duas partes podia renovar o contracto indefinidamente de anno em anno.

O colonato voluntario é muito antigo no direito romano. Se dermos credito a Cincius, o nono mês do anno chamar-se-hia *mercedonius*, por ser aquelle em que os rendeiros pagavam a soa *merces* aos proprietarios. Horacio menciona os rendeiros, quando descreve a pequena propriedade, que é aquella que satisfaz os seus ideaes. Columella descreve, com traços assás nitidos, a condição do rendeiro, que elle apresenta como tendo de dar uma certa retribuição em dinheiro, ajunctando a minucia significativa, de que ha certos dias para o pagamento, *dm pecuniarum*. Plínio diz numa das suas cartas, que elle tem o costume de arrendar as terras por cinco annos. Finalmente, os jurisconsultos nos fragmentos que se encontram no Digesto falam frequentemente dos colonos voluntarios, denominando-os indifferentemente *coloni* ou *conductores*. (Ulpiano, no *Dig.*, XIX, 2, 14 e 19; Paulo, no *Dig.*, XIX, 2, 24; Gaio no *Dig.*, XIX, 2, 25).

De modo que o colono voluntario é, segundo o direito romano, um cultivador livre que se encontra vinculado ao solo só por um contracto voluntario e por um prazo certo. Este contracto não o subordina ao proprietario, não sendo servidor, nem subdito de dono do solo.

Entra livre para a terra e livre delia sahirá.

O contracto de locação apresentou-se ao espirito dos jurisconsultos romanos como uma venda temporaria, não sendo, por isso, para admirar que se tenha estabelecido a regra de exigir um preço determinado em dinheiro, excluindo-se o systema duma parte variavel e proporcional de fructos. Os jurisconsultos romanos, nos numerosos exemplos que citam, faliam sempre dum preço em dinheiro. Um só jurisconsulto, Gaio, menciona, de passagem, um colono parciario, com o fim de o separar nitidamente do rendeiro, isto é, para dizer que elle não é um rendeiro, não se lhe podendo por isso applicar a lei sobre os rendeiros.

Não quer isto dizer que a cultura parciaria fosse desconhecida dos romanos, pois ha numerosos exemplos que provam claramente o seu uso frequente. Mas, se existia na pratica, não existia no direito, não havendo para ella contractos. As garantias que o direito assegurava ao rendeiro com arrendamento regular, não se applicavam ao cultivador parciario. Por exemplo, o rendeiro tinha uma acção judicial, contrariamente ao que acontecia ao cultivador parciario. Parece que, para os jurisconsultos romanos, a cultura parciaria de fructos constituia uma pratica extra-legal, tolerada, mas não reconhecida e de que elles se não tinham a occupar ¹.

71. O colonato voluntario entre os wisigodos. O precario godo. — O colonato voluntario passa por uma grande transformação entre os wisigodos. O systema do patrocínio germanico, informando a

¹ Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pag. 9 e seg.; Eugene Pétit, *Traité élémentaire de droit romain*, pag. 362 e seg.

organização da sociedade hispano-goda, fez com que o colonato voluntario revestisse o character de submissão pessoal. O proprietario, cedendo por arrendamento as suas terras a homens livres pobres, amparava-os na sua miseria, e por isso não era para admirar que, em virtude das idéas germanicas, exigisse destes respeito e auxilio. E assim se introduziu no colonato voluntario o vinculo pessoal da assistencia.

O colonato voluntario constituia-se por escriptura ou por diversa fórma, estipulando-se para o dono a decima parte dos fructos ou quaesquer outras prestações ou vantagens (God. wis., liv. x, tit. i, 1,19). O contracto que se realizava recebia o nome de *precario*. O *precario*, porém, tinha no direito wisigothico uma significação muito diversa da admittida pelo direito romano.

No direito romano, o *precario* era a concessão, livremente revogavel, duma cousa, feita a um individuo, em virtude do seu pedido. Não era um contracto, constituindo-se pelo pedido dum homem e pela vontade benevola doutro. Era um acto de para bondade, e por isso só ao concedente pertencia ser juiz da sua duração. Não originava obrigações algumas, visto o direito romano intender que o homem não se podia vincular por sua propria benevolencia. É conforme á equidade, diz Ulpiano, que vós não goseis da minha liberalidade senão durante o tempo que eu quizer, devendo, por isso, ella ser revogada, logo que mude a minha vontade. O *precario* era, além disso, gratuito, pois do contrario não poderia ter o character de puro favor e de mera generosidade.

O *precario*, porém, entre os wisigodos era um verdadeiro contracto de arrendamento, pelo qual se

cediam terras para serem cultivadas, mediante o pagamento duma certa prestação. A concessão não era revogável á vontade do proprietário, pois o código estabelece que, deixando o impetrante de cumprir as condições a que se sujeitou, e em particular de solver annualmente as prestações e outros encargos, poderia o proprietário expulsal-o do predio. Evidentemente que, se a concessão fosse revogável por livre arbítrio do proprietário, esta disposição tornar-se-hia perfeitamente incomprehensível.

Mas, se no colonato voluntario tractava dum verdadeiro arrendamento, qual é a razão por que no código wisigotbico se não emprega a expressão latina apropriada *locatio conductio* e se usa da de *precarium*, alterando assim o sentido que tinha na jurisprudencia classica, onde significava cessão de nso gratuita e revogável ? Segundo intende Perez Pujol, a razão disto encontra-se, por um lado, em que a *locatio conductio* foi o contracto que produzia a semi-servidão dos colonos, e, por outro, em que no antigo arrendamento da terra se uniu no colonato um novo principio de submissão pessoal. Effectivamente, o ingenuo devia ter repugnancia por uma fôrma de contracto que poderia fazer duvidar do seu estado de liberdade, como era a *locatio conductio*, e ao proprietário interessava fazer constar que cedia ás preces ou rogos do colono, a fim de exigir delle respeito e auxilio.

Mas, se o precario godo se afasta tanto do precario romano, não se separa menos do precario ecclesiastico. O precario ecclesiastico era o pacto, em virtude do qual o proprietário duma terra a cedia a uma igreja ou mosteiro, recebendo-a depois, em virtude dos seus rogos ou preces, em usufructo durante a vida, com ou sem pensão, ficando per-

tencendo a propriedade e usufructo á Igreja, depois do fallecimento do precarista.

Entre os wisigodos, porem, as Igrejas e os particulares cediam, mediante canon ou pensão, terras que previamente lhes pertenciam. Segundo as formulas wisigothicas, o precarista é um ingenuo miseravel que se approxima dalgum poderoso, pedindo-lhe campos para cultivar e assim poder ganhar a vida.

Parece que, em geral, a concessão que envolvia o colonato voluntario se reputava perpetua, não podendo ser invalidada senão por o concessionario faltar ás condições a que se obrigava. É o que dá a intender uma lei do codigo wisigothico, suppondo que a cedencia da terra foi feita por determinado prazo, mandando restituir neste caso o predio ao dono no tempo que tiver sido pactuado (cod. wis., liv. x, tit. i, l. 12). Esta lei não se pode evidentemente intender senão como uma excepção ao principio geral. O contracto não acabava com a morte dos impetrantes, passando para os herdeiros a obrigação de cultivar o terreno (cod. wis., liv. x, tit. i, l. 13 e 14) ¹.

72. Colonato voluntario na Reconquista. Vexames e oppressões. — Encontramos os colonos voluntarios logo nos primeiros seculos da Reconquista.

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 25 e seg.; Peres Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 210 e seg.; Fustel de Coulanges, *Les origines du systéme féodal*, pag. 63 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 249 e seg.; Cardenas, *Historia de la propiedad territorial en Espana*, tom. I, pag. 178 e seg.

Nas doações feitas ás igrejas e mosteiros, apparecem numerosas provas da sua existencia. Effectivamente, nestas doações entram servos e ingenuos, que não podem ser senão os colonos voluntarios, cujas prestações e serviços se transferem.

Constituíam a classe dos colonos voluntarios as pessoas ingenuas que recebiam terrenos para cultura, e os servos que, por meio da emancipação expressa ou tacita, passavam da adscrição forçada á adscrição voluntaria. Os colonos que pertenciam a esta classe eram considerados pessoas livres, porque a liberdade naquelle tempo consistia na faculdade do individuo dispôr da sua pessoa e estabelecerão onde lhe aprouvesse. O colono voluntario devia morar no predio, satisfazendo os serviços ou prestações nelle impostas, mas era-lhe licito abandonai o para se estabelecer noutro, onde pudesse encontrar maiores vantagens e mais seguros meios de subsistencia.

Quando assim procedia, perdia o solar, ou morada com o seu horto, e muitas vezes parte dos bens, que passavam para o senhor, como indemnização do damno que lhe causava com a sua ausencia. Á medida que a sua condição foi melhorando os colonos obtiveram tambem a faculdade de vender os solares e os seus bens, contanto que o fizessem a pessoas sujeitas aos mesmos tributos e prestações a que elles estavam obrigados.

As expressões com que se designavam as pessoas desta classe eram as de *colonos*, *foreiros*, *solarengos*, *tributarios*, *villãos*, *juniores*. Mas, nem todos se encontravam na mesma condição, porquanto, ao passo que uns se tinham obrigado por meio dum pacto a satisfazer só certo canon ou pensão, outros tinham tomado tambem o compromisso de prestar

determinados serviços. Entre as prestações pessoais que deviam ao senhor, era muito importante a de executar por si ou por outrem o trabalho do cultivo dos campos daquelle. Chamava-se a esta obrigação *Serna*.

Os colonos, além das prestações que pagavam aos seus senhores, estavam sujeitos a uma certa capitação, que os condes cobravam nos districtos do seu mando. Quando convocados pelo rei, serviam na guerra geralmente como peões, excepcionalmente como cavalleiros, desde o momento em que pudessem com as despesas do cavallo e armas. Contribuíam também para as multas pecuniarias impostas aos delictos commettidos no logar em que habitavam, chamadas *calumnias*, quando não era conhecido o delinquente.

Gom o tempo, ainda vieram a ficar sujeitos a costumes e direitos mais vexatorios. Entre elles, devemos mencionar a maneria, direito pelo qual revertia ao senhor a successão de bens de quem morria sem filhos e que recorda o regimen da successão dos libertos. Este costume generalizou-se em todos os reinos christãos da Hespaoha, embora nem sempre fosse observado, como o provam muitos documentos de doação e testamento feitos por colonos, vassallos e outros indivíduos das classes inferiores. Em algumas partes, procurou-se moderar este oneroso direito, reduzindo-o a uma quota methodica e determinada, noutras, chegou-se a um rigor e excesso extraordinarios.

Quando havia filhos, nem por isso a herança escapava inteiramente á rapina do senhor, pois ella ficava sujeita a um imposto chamado *luctuosa*, que consistia no direito de escolher entre os bens do defuncto a melhor cabeça de gado, a melhor alfaia ou cousa movei.

Entre os tributos que os colonos e vassallos tinham de pagar aos senhores, ainda merece menção a prestação que lhes deviam dar, quando casavam as suas filhas, chamadas *osas* ou *huesas*, e que parece ter por origem a renuncia feita pelo senhor do direito de conceder licença para o casamento, e não maus usos contra a honra das mulheres, que não se encontram comprovados pelos documentos.

Alguns escriptores, porem, como Chapado, dão como existente na Hespanha o direito de *pernada*, que se chamou em França *prelibação* e que consistia no desfloramento da mulher casada, na noute de suas nupcias, embora reconheçam o rapido desappa-recimento deste direito.

A *maneria*, os costumes vexatorios e os tributos onerosos foram desaparecendo ou modificando-se, á medida que os concelhos foram adquirindo força e poder. A influencia dos municípios foi extraordinariamente favoravel, digamos mais uma vez, ao melhoramento da condição das classes inferiores ¹.

73. O colonato voluntario no direito português.
— O colonato voluntario alarga-se no principio da monarchia, em virtude, não só da transformação da servidão da gleba, mas tambem da necessidade de obter a cultura do territorio, devastado e assolado pelas guerras com os sarracenos. Para isso, cediam-se os terrenos de aforamento, estabelecendo-se o fôro ou pensão que cada morador devia pagar ao

¹ Munoz y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León*, pag. 152 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 288 e seg.; Hinojosa, *Estudios sobre la historia del derecho espanol*, pag. 37 e seg.; Chapado Garcia, *Historia general del derecho espanol*, pag. 221 e seg. e 299.

senhor da terra. Quando o senhor da terra era o rei, os terrenos chamavam-se *reguengos* e os colonos *reguengueiros*. Portugal, como diz A. Herculano, dividido entre o rei, o clero e os grandes, formava como que um vasto prazo, arroteado por colonos de diversa natureza.

Nos seculos XII e XIII, continuaram-se a designar os colonos voluntarios com a denominação de *juniores*, significando esta expressão, dum modo geral, os homens que dependiam de outros. Os *juniores* eram pessoalmente livres, embora se possa á primeira vista duvidar disso, em virtude de varios foraes declararem livre o *junior* ou o servo que se acolhesse ao gremio municipal. Se o *junior* era realmente livre, qual é a razão por que os foraes o procuram attrahir com o incentivo da liberdade ?

Temos aqui mais um exemplo da fluctuação da linguagem que se encontra frequentemente na Edade Media. A palavra *liber*, como observa Gama Barros, não significava então só o estado opposto ao do servo; designava tambem a situação do individuo que estava a salvo de qualquer obrigação ou responsabilidade que pesara, ou podia pesar, sobre elle. Neste sentido, é trivial o uso da palavra nos foraes do typo de Salamanca. Assim, o *junior* que os foraes incitam a vir morar no concelho, é o homem que, apesar de ser de condição livre, se acha sujeito por acto seu ou alheio a quaesquer oppressões ou encargos.

Mas, apesar de livres, os colonos voluntarios encontravam-se numa condição jurídica pouco lisonjeira, em virtude do grande numero de encargos que pesavam sobre a terra e virtualmente sobre elles. Se os servos da gleba deixaram de estar vinculados irrevogavelmente ao solo, mudando assim o seu

estado social, continuaram a encontrar-se num estado vexatorio, por causa dos encargos a que estavam sujeitos, permanecendo assim quasi no mesmo estado material. Os colonos viam-se na necessidade, em virtude das condições da epocha, favoraveis ao triumpho da força e da oppressão, de se contentarem com aquillo que os senhores das terras houvessem por bem deixar-lhes.

É por isso que as prestações que elles tinham de pagar eram muito complexas e variadas, não havendo extravagancia que não fosse exigida, como a de passear o senhor ao collo, dar dinheiro para comprar um certo numero de ferraduras ou ferro para ellas, etc.

Apparecem frequentemente os colonos obrigados aos serviços pessoaes chamados *geiras*. Nos prazos entre Douro e Minho era vulgar a *geira* de cada *Domaã*, isto é, um dia de trabalho servil na semana, ordinariamente a sexta-feira, em beneficio do senhorio, na cultora da terra e seus diversos amanhos ou em carretos. O regimen da rapina que se notava nas pensões ordinarias, tambem se encontrava nas pensões extraordinarias, como a *luctuosa*, que se pagava á familia do senhorio directo, quando morria o seu chefe, a *hospedagem do senhorio*, que muitas vezes se estabelece que deve ser segundo convem á sua pessoa, os *laudemios*, que, embora apparecessem mais tarde, nem por isso se tornaram menos onerosos, etc.

E, como as relações do patrocínio da maladia, quando se estendessem a colonos estranhos, não podiam facilmente conciliar-se com as relações inherentes ao colonato, sem que os direitos dominicaes soffressem prejuízos, apparecem alguns diplomas, determinando em termos expressos, que os homens

do senhorio a que esses diplomas se referem não pudessem ser malados senão d'elle. Esta prohibição encontra-se ainda estabelecida num prazo do Mosteiro de Muya do seculo xv... *nem vos acostedes a pessoa poderosa*. A pratica mais geral consistia, pois, em o patrocínio de quem cultivava terra alheia pertencer exclusivamente ao individuo ou corporação que tinha o domínio do predio. Ha, porem, exemplos da excepção a esta pratica, que talvez se possam explicar como abusos.

Tambem se prohibia aos colonos que creassem no casal filho de fidalgo, sem duvida por causa das exempções e dos privilegios de que gosavam os nobres. Num prazo do seculo xrv, diz-se expressamente: *e nom poderees criar no dicto casal filho nem filha de Cavalleiro, nem de Dona, nem domem poderoso*.

As Ordenações, regulando muito imperfeitamente os contractos de empraçamento, deixaram continuar os foreiros numa situação oppressiva e vexatoria (Ord. Aff., liv. iv, tit. LXXVII a LXXX; Ord. Man., liv. iv, tit. LXII a LXV; Ord. Filip., liv. iv, tit. xxxvi a xl). O Marquês de Pombal, reconhecendo que as condições da agricultura reclamavam a reforma da emphyteuse, introduziu nesta instituição importantes modificações, sendo notavel, entre os diplomas por elle publicados, a lei de 4 de julho de 1776, determinando que os empraçamentos de futuro de bens cultivados fossem regulados pelos preceitos da locação e não pelas opiniões geraes sobre a emphyteuse.

O regimen liberal é que fez entrar os empraçamentos numa nova phase, modificando-os profundamente. Entre as providencias publicadas com este fim, as mais rasgadamente innovadoras foram as do decreto de 13 de agosto de 1832, que extinguiu

todas as prestações impostas em bens da corôa por foral, ou mesmo por contracto emphyteutico, ficando as terras que pagavam estas prestações livres e allodiaes. No relatorio deste decreto. Dotava Mousinho da Silveira que a classe cultivadora e laboriosa era tio espoliada, que apenas lhe ficavam meios inferiores aos dos mais vis mendigos.

Este decreto não produziu todos os bons resultados que devia produzir, em virtude das duvidas que se levantaram sobre a determinação dos prazos que tinham sido extinctos. Apareceram então diversos diplomas para resolver estas duvidas, até que foi publicada a lei de 22 de junho de 1846, que veio confirmar e explicar o decreto de 13 de agosto de 1832, ampliando em parte as suas disposições e restringindo-as ou revogando-as em outras. Foi assim que esta lei declarou subsistentes os foros que tivessem sido originariamente estabelecidos em título especial, mesmo quando os bens fossem da corôa, os que tivessem sido impostos por senhorio particular em bens patrimoniaes, e os que tivessem sido alienados por título oneroso pela corôa ou pelos seus donatarios, competentemente auctorizados.

Seguiu-se o Codigo Civil que procurou regular a emphyteuse de modo a tornar as obrigações dos foreiros mais certas e suaves. Conservou, por isso, os emprazamentos de bens particulares anteriores á promulgação do codigo, quer subsistam por contracto, quer por outro titulo, com certas modificações (artt. 1689° - 1705.°).

Os abusos e as extorsões que a emphyteuse favoreceu oo passado radicaram o horror por esta instituição. Hoje, porem, comprehende-se que este systema de coitara, convenientemente reorganizado, em harmonia com as condições das sociedades

modernas, ainda pode prestar grandes benefícios, visto assegurar ao empresario da industria agraria a propriedade da potencia productiva dos seus capitaes e do trabalho incorporado no solo, constituir o meio mais efficaz de reduzir a cultura os terrenos incultos e de valorizar o solo nacional, e representar a forma mais propria para generalizar a propriedade sem necessidade de dinheiro para a comprar. E o entusiasmo que hoje excita a emphyteuse é de tal ordem, que não têm faltado escriptores que defendam o aforamento obrigatorio dos terrenos incultos. O necessario é, porem, reformar a emphyteuse num sentido mais liberal, permittindo ao foreiro desembaraçar-se dos encargos emphyteuticos, á medida que fôr cultivando os terrenos emprazados ¹.

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III pag. 17 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag- 88 e seg.; João Pedro Ribeiro, *Sobre os inconvenientes e vantagens dos prazos com relação á agricultura de Portugal*, nas *Memorias de litteratura da Academia*, tom. VII, pag. 284 e seg.; Manuel de Almeida e Sousa, *Appendice diplomatico-historico ao tratado pratico do direito emphyteutico*, pag. 26 e seg.; Alberto Sampaio, *As villas do Norte de Portugal*, pag. 124 e seg.; Antonio Jardim, *Dissertação inaugural*, pag. 44 e seg.; Miraglia, *Filosofia del diritto*, tom. I, pag. 415 e seg.; Pisani, *L'en fiteusi, come fu, come è, come drovrebbe' essere*, pag. 150 e seg.; Granata, *L'indivisibilitàà del canone e la riforma dell infiteusi*, na *Scienza del diritto privato*, tom. III, pag. 120.

SECÇÃO II

Pessoas com capacidade jurídica limitada em
virtude de causas familiares

§1.º

Mulheres

SUMMARIO: — 74. Condição da mulher no direito primitivo. 75. A mulher no período preromano do direito peninsular. 76. A mulher no direito romano. A tutela perpetua - 77. A manus — 78. A mulher e o christianismo — 79. A mulher entre os germanos. Os *mundium*. — 80. A mulher no direito wisigothico. — 81. A mulher na Reconquista. 89. A mulher no direito português. Direito antigo. — 83. Direito moderno. — 84. O direito e o feminismo

74. Condição da mulher no direito primitivo. — É muito difficil determinar a condição da malhar DO direito primitivo. A questão coordena-se logicamente com a primeira organização da família, que ainda se encontra envolvida uma atmospher a espessa de duvidas e incertezas.

Não faltam testemunhos que nos apresentem a mulher, nos povos primitivos, como independente do homem e algumas vezes como mais poderosa do que elle. Nenhuma auctoridade pesa sobre a mulher numa sociedade em que os poderes publicos e os poderes domesticos sio igualmente desconhecidos. Os filhos estio sob o poder da mie, determinando-se as genealogias pela linha materna.

Talvez se deva relacionar com esta condição da mulher a tradição das Amazonas, mulheres guerreiras que commandavam bordas numerosas, muito

generalizada no mundo antigo, e que os escriptores ainda menos credulos não ousam pôr em duvida.

Constituem estes factos vestígios do matriarchado, que é um systema de organização familiar em que o homem é privado do patrio poder e do poder marital, determinando-se como consequencia natural o parentesco pela linha materna. Mas, sem entrar em largas discussões tudo leva a crêr, como nota Grosse, que os casos do matriarchado constituem verdadeiras anomalias e excepções. O reconhecimento da auctoridade da mulher por seres mais fortes do que ella, harmoniza-se mal com a violencia dos costumes primitivos. Nas sociedades primitivas, onde o unico valor cotavel era a força physica, diz o Sr. Dr. Tamagnini, a sujeição dos fracos era um facto natural. A mulher foi, por isso, primitivamente considerada besta de carga, que impunemente se podia maltractar, ferir, matar e até mesmo devorar sem escrupulo.

Em tempos mais adiantados, sob o domínio da organização historica do patriarchado, a dependencia da mulher ainda revestiu um character muito accentuado, visto não se conhecer outra instituição, além da família, pertencendo ao seu chefe um poder absoluto e illimitado. Era o unico legislador, o unico juiz e o unico sacerdote, não tendo a mulher, bem como os filhos e os escravos, nenhum direito relativamente a elle. O patriarcha bíblico é por excellencia a personificação deste systema familiar, mas na índia, na Grecia e em Roma o domínio despotico do pae não foi menor ¹.

¹ Paul Gide, *Étude sur la condition privé de la femme*, pag. 13 e seg.; Letourneau, *La condition de la femme dans les diverses races et civilisations*, pag. 484 e seg.; Sr. Dr. Tamagnini, *Psychologia feminina*, pag. 68 e seg.

75. A mulher no periodo preromano do direito peninsular. — São muito deficientes e imperfeitas as noticias que nos restam a respeito da condição da mulher no periodo preromano do direito peninsular.

Ha vestígios evidentes da existencia na Hespanha primitiva do parentesco materno ou uterino.

Estrabão, referindo-se aos cantabros, diz que as mulheres são neste povo as herdeiras de tudo, de modo que são ellas que se encarregam da collocação dos seus irmãos, resultando daqui uma especie de ginecocracia, que é cousa mal pensada em politica. Não parece, porem, que se excluísse o poder do pae de família, desde o momento em que, segundo o mesmo Estrabão, o matrimonio se verificava por compra, pertencendo a mulher ao marido como cousa comprada.

Mas, pondo de parte estes elementos, que têm sido considerados como vestígios do matriarchado, a organização familiar que se encontra melhor caracterizada entre os iberos e celtas é a do patriarchado, que abrangia a vida social do tempo, em todo o seu conjuncto, sendo o pae senhor, juiz, legislador, chefe militar e sacerdote da familia. A condição jurídica da mulher nesta organização devia ser muito semelhante áquella que ella tinha no antigo direito romano, que conservou, por uma forma muito perfeita, a estrutura dum tal typo da familia ¹.

¹ Peres Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. I, pag. 16 e seg.; Hinojosa, *Historia general del derecho espanol*, tom. I, pag. 73 e seg.

76. A mulher no direito romano. — Para compreender bem a condição da mulher DO direito romano, torna-se necessario consideral-a no casamento e fóra do casamento.

O patrio poder pesa igualmente sobre o filho e a filha, conservando-os ambos reduzidos á mesma submissão. Mas, logo que desaparece o patrio poder, surgem differenças jurídicas profundas entre os dous sexos, visto o filho pubere se tornar independente e senhor dos seus actos, contrariamente á filha que, qualquer que seja a sua idade, cabe sob o poder dum tutor, ficando sujeito a elle durante toda a vida.

Esta tutela não foi estabelecida no interesse da mulher, a fim de proteger a sua fraqueza e incapacidade natural, mas no interesse do tutor e contra a propria mulher. É certo que Cicero e Ulpiano dizem que a tutela perpetua da mulher foi organizada por causa da fraqueza do seu sexo, da sua ignorancia, da sua inexperiencia e da sua leviandade. Mas Gaio, que aprofundou e discutiu este assumpto considera a opinião vulgar de que as mulheres devem ser regidas por tutores em virtude da sua incapacidade, como tendo um fundamento mais especioso do que solido. Esta tutela, segundo este jurisconsulto, foi estabelecida no interesse dos proprios tutores, a fim de que a mulher, de que elles são herdeiros presumptivos, não possa arrebatá-lhes a herança por um testamento, nem prejudicá-los por meio de alienações ou dividas.

A mulher que se encontrava sob a tutela perpetua, não podia obrigar-se validamente, sem auctorização, contrariamente ao que acontecia quando estava sob

o patrio poder. Parece isto constituir uma estranha incoherencia, mas o espirito jurídico da tutela perpetua explica-a perfeitamente. Effectivamente, a filha, sob o dominio do patrio poder, não tinha bens e por isso unicamente podia obrigar a sua pessoa, ao passo que a mulher sob a tutela perpetua, obrigando-se, podia comprometter o seu patrimonio e prejudicar profundamente a família e os futuros herdeiros.

Havia um acto jurídico em que a incapacidade da mulher sob a tutela era absoluta, não podendo practical-o, mesmo com a auctorização do tutor. Este acto era o testamento.

É que, como nota Paul Gide, os actos *inter vivos*, embora cansassem á família um prejuízo indirecto, podiam ser necessarios ou uteis á propria mulher, devendo, por isso, estar sujeitos a uma fiscalização, mas não podendo ser feridos de nullidade. O contrario se dava com o testamento, cujo fim unico era despojar a família do seu patrimonio, não podendo, por isso, o tutor auctoriza-lo sem sacrificar os interesses sagrados da família, de que elle era guarda e fiel depositario.

Não se pode assimilar a auctoridade do tutor ao poder absoluto do *pater-famílias*, visto aquella auctoridade ter limites rigorosamente determinados pelo fim da tutela. O tutor tinha unicamente os poderes necessarios para salvaguardar o patrimonio da mulher e nada mais. É por isso que elle não tinha direitos alguns sobre a pessoa da mulher, não podendo ingerir-se nos actos que, affectando a condição pessoal, deixavam intacto o patrimonio. Ha um exemplo frizante disto no casamento, visto deverem ser auctorizadas pelo tutor todas as convenções pecuniarias que acompanhavam aquelle acto

jurídico, não sendo, porem, necessaria tal auctorição, nem para a celebração do casamento, nem para a escolha do marido.

O motivo, pois, por que os romanos privaram a mulher da livre disposição dos seus bens e a submeteram á tutela perpetua, foi o de garantir a conservação do patrimonio domestico e com elle a gloria e dignidade da família. Não admira, por isso, que a tutela fosse dada aos agnados da mulher, que, sendo os herdeiros presumptivos delia, eram os mais interessados na realização daquelle fim.

Os agnados da mulher não podiam ser privados da tutela perpetua. Mas, como esta tutela constituía um direito, o tutor podia dispôr delle, como dispunha duma casa, dum campo ou doutra qualquer cousa.

A tutela perpetua das mulheres não podia subsistir depois da transformação geral por que passou o instituto romano da tutela, em virtude da qual elle deixou de ser um direito e passou a ser um encargo. Por isso a tutela perpetua da mulher, que se não podia adaptar a esta orientação, devia acabar por desaparecer¹.

77. A manus. — A mulher, casando umas vezes conservava a sua família, continuando sob o poder do seu pae ou sob a tutela dos seus agnados, outras vezes perdia a sua antiga família e passava inteiramente para a família do marido. Neste ultimo caso, o marido tinha a *manus* sobre a mulher, contrariamente ao que acontecia no primeiro.

Primitivamente, a *manus mariti* era a consequencia inevitavel de todos os casamentos, passando a

¹ Paul Gide, *Condition privée de la femme*, pag. 102 e seg.; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 199 e seg.

mulher inteiramente para a família do marido e não tendo outros agüados e outros herdeiros, além do seu marido e dos parentes deste. Depois, é que se introduziu o casamento *sine manu*, no interesse da família da mulher e da conservação dos bens patrimoniaes.

Era proprio da *manus* dar á mulher na nora familia a condição de filha, dizendo os textos que ella se encontrava atai *loco filia* do marido. Daqui deduzem numerosos auctores que a *manus* era identica ao patrio poder e analoga ao poder dominical.

Este modo de vêr, porem, não se pode considerar muito exacto, porquanto a *manus*, do mesmo modo que a tutela, não confere direito algum sobre a pessoa da mulher, exercendo-se unicamente sobre os seus bens. É por isso que o *pater* podia vender os escravos e os filhos, ou, se elles tivessem commettido um *damno*, entrega-los como indemnização á pessoa que tivessem lesado.

O mesmo não acontecia com a mulher *in manu*, que não podia ser nem vendida, nem cedida como reparação de prejuízos causados. O marido podia unicamente nomear-lhe um tutor, porque a tutela, bem como a *manus*, tinha por objecto unicamente os bens da mulher.

É indubitavel que o marido tinha direitos sobre a pessoa da mulher, que iam até ao poder de a matar, mas estes direitos derivavam do casamento, nada acrescentando a *manus* ao poder marital. Se se tractava, por exemplo, de repudiar a mulher, ou de castigar as suas faltas, o pae e os parentes, haja ou não haja *manus*, tinham de ser convocados para a constituição ao tribunal familia). Pouco importava que elles tivessem perdido os direitos de

agnação, pois o facto de subsistirem os laços da cognação dava-lhes o direito de proteger a pessoa da mulher e de vigiar pelos seus costumes.

É sob o ponto de vista das relações pecuniarias que a mulher *in mana* se encontrava na família do marido *loco filiae*. Na antiga família romana havia um unico patrimonio para o pae e os filhos. Quando se dava a *conventio in manum*, tudo o que possuía a mulher entrava para este patrimonio commum, bem como o que ella depois viesse adquirir.

Durante a vida do chefe de família, o patrimonio familiar encontrava-se nas suas mãos, sendo elle, num sentido verdadeiro, o senhor da communidade. Depois da sua morte, esta communidade dividia-se entre a viuva e os filhos, tendo a viuva uma parte como se fosse filha. Na falta de filhos, a communidade, ficava-lhe pertencendo inteiramente, sendo a unica successora do marido.

Embora não tivesse patrimonio proprio, a mulher *in manu* podia sempre, do mesmo modo que a *filia familias*, obrigar-se pessoalmente sem a auctorização marital, ter um peculio, e até, embora isto seja duvidoso, ter um dote.

A principio a *manus* era uma instituição intimamente ligada com o casamento. Acabou porem, por subsistir independentemente desta instituição, admittindo-se que a mulher a podia constituir com uma pessoa differente do esposo.

E, effectivamente, reduzindo-se a *conventio in manum* a uma convenção pecuniaria, não havia razão para a não poder contractar com uma pessoa estranha. Esta é a *manus fiducits causa*, assim denominada por aquelle que adquiria este poder se comprometter a emancipar a mulher immediatamente, por meio dum pacto *fiduciae*.

A *manus fiducia causa* foi um admirável expediente de que se servia a mulher para quebrar os laços da família e emancipar-se da tutela dos seus agnados. De modo que a instituição da *manus* que, no princípio era um dos fundamentos da família patriarchal, tornou-se, sob o domínio de costumes novos, um meio de consummar a ruina dos poderes domesticos e a emancipação da mulher ¹.

78. A mulher e o christianismo. — O christianismo não se pode considerar como tendo sido muito favoravel á mulher, contrariamente ao que geralmente se sustenta. As tendencias asceticas desta religião não se harmonizam com a elevação do conceito social da mulher, que muitas vezes sem criterio se lhe attribue.

S. Paulo dizia que o homem não era da mulher, mas a mulher do homem e que o homem não foi creado para a mulher, mas sim a mulher para o homem. Os Padres da Igreja não consideram a mulher senão como um instrumento de peccado e de tentação. A mulher é a peste das pestes ! Dardo do demonio! Por intervenção delia, venceu o demonio a Adão e fez-lhe perder o paraíso (S. João Chrysostomo). Mulher, tu és a poria do demonio ! Foste tu que corrompeste aquelle que satanaz não ousava atacar de frente; foi por tua cansa que Christo morreu (Tertulliano). A mulher é semelhante a um escorpião sempre prompta para morder (S. Boaventura).

A superioridade moral do homem encontra-se consagrada pelos textos mais decisivos do direito cano-

¹ Paul Gide, *La condition privée de la femme*, pag. 111 e seg.; Bry, *Principes de droit romain*, pag. 112 e seg.

nico. Só o homem foi creado á imagem de Deus, devendo por isso a mulher ser a subordinada e quasi a serva e a escrava do homem (Can. 13-17 caus. xxxiii, qu. 5). Fiel a este principio, o direito canonico não attribue á mulher uma condição superior á que ella tinha na antiguidade. Prohibe-lhe todas as funcções que os antigos chamavam *viris*, como a de se obrigar por outrem, a de pleitar como procurador, a de ser arbitro e a da intentar uma accusação. Ainda mais rigoroso que o direito romano, chegou até a prohibir á mulher testemunhar em juizo, considerando o seu testemunho indigno de fé.

Diz-se frequentemente que o christianismo contribuiu para elevar a dignidade da mulher, considerando o casamento um sacramento. Mas, ao mesmo tempo que assim procedia, julgava o casamento um estado inferior e collocava a maternidade abaixo da esterilidade. Cortemos a arvore esteril do matrimonio, diz S. Jeronymo, pois Deus permittiu no começo do mundo o casamento, mas Jesus e Maria consagraram a virgindade. A santidade perfeita do casamento não conta, a partir do iv seculo, por defensores senão alguns hereticos. A doutrina geral dos Padres é que o casamento é uma consequencia do peccado original, de modo que, sem esta falta, Deus teria provido á conservação da especie por outra forma.

Dos escriptos dos Padres tal doutrina passou para as leis da Igreja, prohibindo-se o casamento aos clerigos e reduzindo-se o uso desta instituição para os leigos, por assim dizer, ao estrictamente necessario: Os canones toleraram, embora com grande desfavor um segundo casamento, mas unicamente no caso de morte do primeiro esposo, prohibindo-o, porem, inteiramente no caso de repudio ou de divorcio. Os interpretes do direito canonico não se

contentaram com as restricções legaes impostas ao casamento, e, partindo do principio de que o casamento é um mal necessario, deduziram, por meio de subtilezas casuísticas, que não ha relações conjugaes licitas, desde o momento em que não teobam por fim a procreação.

A Igreja elevou o casamento á dignidade dum sacramento unicamente para corrigir o que elle tem de impuro e máo. O sacramento é admittido, segundo a expressão consagrada pelos tbeologos, como um *remedium* ¹.

79. A mulher entre os germanos. O *mundium*. — A mulher entre os germanos estava sujeita a um poder domestico chamado *Mund* ou *Mundium*. O *Mundium* era o poder do chefe de família sobre todas as pessoas que a constituíam e especialmente sobre a mulher e os filhos. A significação etymologica da expressão *Mund* é mão ou bocca, sendo a mão e a bocca os orgãos porque se manifesta o governo do pae.

O *Mundium* era perpetuo. A mulher em Roma tinha a esperança de sahir um dia do poder patrio ou marital e de passar para o jugo menos pesado da tutela. Entre os germanos, pelo contrario, a incapacidade da mulher é uma consequencia da sua impossibilidade de trazer armas, isto é, resultante do seu proprio sexo, não podendo, por isso, desaparecer, nem diminuir.

¹ Paul Gide, *La condition privée de la femme*, pag. 169 e seg.; Letourneau, *La condition de la femme dam les divertes races et civilisations*, pag. 409 e seg.; Sr. Dr. Tamagníni, *Psychologia social da mulher*, pag. 74 e seg.

A mulher, porem, gosava na Germania de mais garantias do que em Roma, em virtude da organização especial que tinha naquelle pais o poder domestico. Em Homa, este poder encontrava-se concentrado nas mãos do chefe, contrariamente ao que acontecia na Germania, onde elle estava dividido por todos os membros da família capazes de manejar as armas. Nestes povos turbulentos e impacientes, que mudavam todos os annos de habitação e de patria e que não reconheciam outra justiça alem da das armas, nem outro direito alem do do mais forte, não era o debil braço do velho *pater* que podia proteger a família contra as violencias dum aggressor. Quem gosava da força tinha o direito e todo aquelle que soubesse manejar as armas e combater pela causa commum, tinha o seu logar no conselho da família e a sua parte no poder domestico.

Entre os romanos havia sem duvida o conselho dos parentes, mas elle occupava na família um logar secundário e accessorio, contrariamente ao que acontecia entre os germanos, onde elle absorvia uma grande parte do poder domestico. Este poder, diffundindo-se e dividindo-se, perdia muito da sua intensidade e da sua energia. A esposa e o filho opprimido encontravam sempre no conselho dos parentes uma defesa energica e certa. Neste conselho, o filho tinha logar ao lado dos paes, os parentes maternos ao lado dos parentes paternos. Tacito nota que o irmão da mãe tinha na família germanica direito ao mesmo respeito e ás mesmas honras que o pae; este irmão representava na família a auctoridade materna que a mãe, em virtude da sua incapacidade, só por outrem podia exercer. E, deste modo, o poder domestico equilibrava-se, dividindo-se.

Os parentes da mulher não ficavam inibidos, depois do seu casamento, do direito de a defender e proteger mesmo contra o poder do marido. A esposa era injustamente repudiada e ultrajada, os seus parentes intervinham, fazendo-a restituir aos seus direitos e provocando pafa combate, se assim fosse necessario, o marido.

De modo que a mulher encontrava nos seus parentes, como filha, esposa ou viuva, garantias que lhe asseguravam uma especie de independencia. Por isso os direitos que o Mundium abrangia e que iam até ao poder de vida e morte, encontravam na pratica muitas restricções.

Os germanos alimentaram até sentimentos nobres e elevados para com as mulheres, tendo estas exercido sempre uma funcção muito importante tanto na sociedade como na familia. Eram ouvidas sobre os negocios publicos, eram consideradas como companheiras dos perigos e trabalhos do homem, partilhando com elle os prazeres da caça e as fadigas da guerra, tomavam parte em todas as festas, presidindo muitas vezes a ellas, era-lhes attribuido um character religioso, intervindo nas cerimoniaes do culto e dando como sacerdotizas consultas que se consideravam inspiradas.

É para admirar que a mulher fosse tao considerada nas tribus grosseiras da Germania. Mas isso deve-se sem duvida á austeridade dos costumes destes povos. Nada mais admiravel, diz Tacito, do que a santidade do casamento germanico. Ninguem se ri duma infidelidade conjugal, todos lhe lêem horror. Os adulterios são raros. A mulher casa-se virgem: entrega-se uma só vez e para sempre; só terá um esposo, assim como tem um só corpo e uma só alma.

Em virtude das crenças supersticiosas dos germanos, o respeito pela mulher convertia-se facilmente numa especie de adoração. A sua imaginação sonhadora julgava vêr alguma cousa de divino num ser que aos seus olhos era, como os proprios deuses, puro, inviolavel e sagrado. É das florestas virgens da Germania e não das doutrinas mysticas do christianismo que derivou o sentimento nobre e delicado de respeito pela mulher, e que, depois de ter inspirado o heroísmo cavalleiresco da Edade Media, veio a constituir um dos traços caracteristicos da civilização moderna ¹.

80. A mulher no direito wisigothico. — A condição da mulher encontra-se notavelmente melhorada no direito wisigodo. Ê certo que a mulher devia estar subordinada ao marido, mas este não tinha sobre ella um poder despotico (cod. wis., liv. III, tit. I, 1. 5). Tambem não tinha o patrio poder, mas a lei wisigothica consagra a tutela legitima da mãe que não tornou a casar, e dum modo tal, que ella é a primeira de todas, preferindo até á dos outros parentes (cod. wis., liv. IV, tit. III, 1. 3; liv. III, tit. I, 1. 8).

Paul Viollet diz que é provavel que o christianismo concorresse para este progresso, visto nos germanos não christianizados a mãe não desempenhar esta função publica. Não nos parece, porem, que esta tão notavel instituição se possa attribuir ao chris-

¹ Paul Gide, *Condition privée de la femme*, pag. 197 e seg.; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. II, pag. 37 e seg.; Viollet, *Histoire du droit français*, pag. 493 e seg.

tianismo, visto o christianismo ter sido pouco favoravel á actividade publica da mulher.

A mulher podia estar era juizo, não se encontrando, sob este aspecto submettida a outra prohibição além da de pleitear por outrem (cod. wis., liv. II, tit. III, 1. 6). Havia a partilha igual das heranças entre os dous sexos (cod. wis., liv. IV, tit. II, 1. 9), quando as leis germanicas concentravam a possão do solo nas mãos de quem era bastante forte para o defender. Preconizou-se o celibato, mas defendia-se energicamente o respeito pelo vinculo conjugal (cod. wis., liv. III, tit. IV, 1. VI).

Em todo o caso, devemos-nos abster duma admiração incondicional pelos preceitos do direito wisigothico a respeito da situação juridica da mulher, porquanto ha ahi tambem disposições que nos inibem disso. Entre ellas, devemos notar a que, para os effeitos da composição, tarifa a vida da mulher como valendo metade da do homem (cod. wis., liv. III, tit. I, 1. 5). Deste modo o codigo wisigothico attenua a pena do delicto quando a victima é uma mulher, contrariamente ao que fazem os outros codigos barbaros ¹.

81. A mulher na Reconquista. — A condição da mulher parece que se mantem na Reconquista nos termos em que se encontra estabelecida no codigo wisigothico. A' mulher continuou a pertencer a auctoridade tutelar sobre os filhos. Salvador del

¹ Paul Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 501 e 533; D. Rafael Altamira, *Historia de Espana y de la legislacion española*, tom. I, pag. 191; D. Juan Sempere, *Historia del derecho español*, pag. 103; Paul Gide, *La condition privèe de la femme*, pag. 316 e seg.

Viso intende que a mulher casada desempenha nesta epocha o patrio poder, como acontecia no direito wisigothico.

Parece-nos, porem, erronea a affirmação de que á muher casada pertencia o poder patrio na legislação wisigothica, pois isso não se harmoniza com a tutela legitima, que esta legislação confere á mulher, depois da morte do marido. No período neo-godo, não ha elementos que nos permitiam assegurar que o direito wisigothico foi alterado sobre este assumpto.

Os fueros estabelecem certas desigualdades de condição entre os dous sexos. A filha ou a esposa não podem obrigar-se nem apparecer em justiça, sem a assistencia dos parentes ou do marido. A propria viuva tem necessidade da assistencia dos parentes emquanto vive com elles. Estas incapacidades privam a mulher unicamente do exercício do seu direito e não do proprio direito. A mulher tem a sua parte na compropriedade familiar e pode concorrer á successão nas mesmas condições que os herdeiros varões.

E' interessante o modo como os fueros procuram favorecer o casamento. Edictam penas severas contra os celibatarios: não podem exercer funcções publicas, nem ser testemunhas, nem estar em juizo, nem possuir immoveis; estio sujeitos a impostos excepçoes; os delictos de que elles são victimas são desculpados ou menos severamente punidos.

E, para que mais facilmente se realize o casamento, auctorizam o divorcio e toleram uma especie de casamento ou concubinato chamado *barraganía*.

¹ D. Rafael Altamira, *Historia de la Espana y de la civilización espanola*, tom. I, pag. 448 e seg.; Salvador del Viso, *Lecciones elementales de Historia y de derecho civil, mercantil y penal*

82. A mulher no direito português. Direito antigo. — No direito português, prevaleceu o principio wisigothico da subordinação da mulher ao marido. E, se esta sujeição não chega até á servidão de outros tempos, não pôde haver duvida de que ella se encontra profundamente informada pelo criterio da inferioridade moral e jurídica da mulher. Esta inferioridade, como diz Laboulaye, dominou toda a Edade Media e de tal modo se apoderou dos espíritos, que pôde sobreviver mais ou menos completamente em todos os seculos successivos até nós, que ainda não nos encontramos inteiramente emancipados deste prejuízo.

Não admira, em taes condições, que o poder marital revestisse uma forma muito rígida, fazendo-o consistir Mello Freire, em harmonia com as ideias das Ordenações, in *facultate uxorum actionis dirigendi, easdem defendendi et immodestas modice castigandi*.

O marido devia castigar a mulher não acintemente, e com animo de ferir, mas sem o uso de armas, isto é, com o animo de corrigir e emendar (Ord., liv. v, tit. xxxvi, § 1.º). O poder correccional do marido, porem, ia até ao ponto de lhe ser permittido reter a mulher em carcere privado, podendo privá-la da liberdade pelo- tempo que exigisse a emenda (Ord., liv. v, tit. xxxvi, § 1.º).

Tambem se permittia ao marido matar a mulher surprehendida em flagrante delicto de adulterio, exceptuando-se o caso em que o reo fosse fidalgo,

de Espana, parte I, pag. 218 e seg.; Chapado Garcia, *Historia general del derecho espanol*, pag. 365 e seg.

regra tão barbara na sua permissão como injusta na sua excepção (Ord., liv. iv, tit. cm, § 1º). A mulher não gosava do patrio poder, por a nossa legislação, como notava Mello Freire, se ter inspirado na organização deste instituto, com pequenas excepções, no direito romano.

A inferioridade da mulher ainda se revelava no facto de ella não poder obrigar-se sem o consentimento do marido, nem ser admiltida em juizo sem procuração deste (Ord., liv. III, lit. XLVIII)

Alem disto, a condição da mulher era regulada por outras disposições, derivadas do direito romano e do direito canonico e inspiradas no principio da sua inhabilidade. Assim, a mnlher não podia obrigar-se por outrem (Ord., liv. iv, tit. 61, pr.), não podia ser testemunha em testamentos (Ord., liv. iv, tit. 86), não podia querelar ou accusar nos crimes publicos, como pessoa do povo (Ord., liv. v, tit. 117, § 2.º), etc. Gosava de alguns privilegios principalmente em materia penal, onde os seus delictos eram mais brandamente punidos ¹.

83. Direito moderno. — A inferioridade tradicional da mulher não desapareceu do direito moderno. As leis civis, ainda as mais justas e liberaes, consagram profundas desigualdades entre os direitos dos dous sexos. A revolução francesa alguma cousa fez no sentido da emancipação da mulher, mas ficou muito áquem dos ideaes da justiça e da liberdade.

¹ Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, tom. o, pag. 152 e seg.; Lis Teixeira, *Curso de direito civil, para o anno de 1842-1848*, tom. I, pag. 363; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. III; pag. 3 e seg.

O código de Napoleão fez partilhar a mulher dos direitos e dos deveres inerentes ao patrio poder, iniciando uma evolução que ainda está longe do seu termo. Esta orientação foi seguida pelo nosso código (art. 439.º), que, como diz o Sr. Dr. Dias Ferreira, dando o patrio poder á mãe, mesmo em vida do pae, fixa indemnização egual onde a natureza estabelecera eguaes cuidados, incommodos e afflicções, e repara, com esta justa disposição, a injustiça de muitos seculos.

O direito moderno, porem, ainda não levou esta doutrina até ás suas ultimas e logicas consequencias, porquanto nem sempre respeita o patrio poder da mulher, como o deveria fazer. Effectivamente, basta notar que, havendo dissentimento entre os paes sobre a concessão da licença para o casamento dos filhos menores prevalece a opinião do pae (art. 1061.º do God. Civ.). Nada ha mais absurdo do que requerer a opinião da mãe sobre o casamento dos filhos menores, e depois não lhe attribuir valor algum no conflicto com a do pae. Devia-se permittir, no caso de discordia entre o pae e a mãe, recurso para o conselho de família ou para a auctoridade judicial, que deveriam examinar as razões de ambos os paes e adoptar a opinião que fosse mais conveniente.

É verdade que a sociedade conjugal precisa dum centro de unidade, dum chefe, que deve naturalmente ser o pae, mas tambem é indiscutível que é de todo o ponto justo que a mãe que ama os seus filhos e coopera para o bem estar economico da família, seja chamada a dar a sua opinião sobre um acto de tamanha importancia moral e economica para ella, como é o casamento dos filhos, e que esta opinião tenha valor, sendo examinada, discutida e approvada, quando deva ser.

Mas, com excepção desta innovação que attribue o patrio poder á mãe, a condição jurídica da mulher casada pouco se modificou oo direito moderno, que continua ainda inteiramente dominado pelo conceito da inferioridade moral e jurídica da mulher. Haja vista ao instituto da auctorização marital, que envolve uma injustiça flagrante e só serve para perturbar a tranquillidade da família e collocar a mulher numa situação vexatoria, tomando-a juridicamente dependente de todos os abusos e arbitrariedades do marido. Nenhuma das razões com que se tem defendido o instituto da auctorização marital nos pode convencer do seu fundamento, visto todas ellas desconhecerem os direitos da mulher, que não podem, de modo algum, harmonizar-se com uma tutela tão tyrannica.

No código allemão, já este anachronico e injustificavel instituto soffreu um profundo golpe, atennando-se muito a injustiça de a mulher ter durante o matrimonio uma capacidade jurídica mais restricta do que antes ou depois (Cod. civ. allemão, artt. 1399.º a 1402.º). A abolição da auctorização marital será, como diz O. Secchi, o primeiro passo no caminho que nos deve levar a uma exacta e clara legislação das mulheres, satisfazendo aos votos de todos os que amam a justiça e a liberdade.

A doutrina do senatus-consulto velleiano, em virtude do qual a mulher não se pode obrigar por outrem, lá se encontra no art. 819.º do código civil, embora um pouco atennada pelas condições especiaes das sociedades modernas. E, sob este ponto de vista, o código civil portugês foi mais conservador, do que o código civil francês, que não admittiu a doutrina do senatus-consulto velleiano.

O legislador também não se desprende inteiramente da tradição dos *virilia afficia*, pois as mulheres não podem ser testemunhas nos actos extra-judiciaes (artt. 1966.º e 2492.º), não podem ser, com excepção das ascendentes da menor, tutoras (art. 234.º) e vogaes do concelho de família (art. 234.º) ¹.

84. O direito e o feminismo. — Contra as desigualdades entre os dous sexos que se encontram consagradas pelo direito moderno, protesta calorosamente o feminismo, apoiado pelas conclusões da anthropologia e da sociologia.

Já lá vão os tempos em que a mulher era considerada por Proudhon uma organização sustada no seu desinvolvimento, e por Michelet uma desequilibrada que unicamente merecia compaixão. A maior parte das suppostas inferioridades da mulher não têm significação real, muitas que poderiam ter esta significação são contestadas. Manouvrier e H. de Verigny, que tractaram recentemente a questão, concedem á mulher, mais do que faziam Topinard e Broca.

Mas, pondo de parte esta discussão, a verdade é que se não pode negar á mulher a intelligencia e a aptidão necessarias para o exercicio das diversas funcções jurídicas, podendo-se até affirmar que nos países, como nos Estados-Unidos, onde ellas rece-

¹ Paul Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, pag. 415 e seg.; O. Secchi, *L'emancipazione della donna e l'autorizzazione marital*, na *Scienza del diritto privato*, vol. II, pag. 81 e seg.; O. Secchi, *Sul Consenso dei genitori al matrimonio dei figli*, na *Scienza del diritto privato*, vol. IV, pag. 348; Dias Ferreira, *Código civil anotado*, tom. I, pag. 118 e seg.

bem uma elevada instrucção, a sua cultura é pouco inferior á dos homens.

Como nota o Sr. Dr. Vieira de Castro, todas as condições se encaminham nas sociedades modernas DO sentido de ampliar a actividade da mulher. E, em vez do insuccesso em parte proclamado por alguns escriptores, é com grande vantagem que se assignalam as aptidões do sexo feminino.

A equiparação jurídica dos dous sexos não • tem sido defendida unicamente no campo do direito privado, mas tambem no campo do direito publico. É assim que o direito do suffragio das mulheres, rejeitado terminantemente pela assembléa francesa de 1789, por entre gargalhadas de desprezo, depois de defendido entusiasticamente por Stuart Mill e Laboulaye, tem encontrado um acolhimento, cada vez mais favoravel, nos parlamentos da Inglaterra e da America.

Do mesmo modo as carreiras jurídicas que até agora se encontravam fechadas ás mulheres, estão-lhe sendo abertas, com applauso de todos os que se interessam pela sua emancipação. É o que acontece com a advocacia, que, em alguns países e nomeadamente em França, já pode ser exercida pela mulher. (Lei de 4 de dezembro de 1900).

Não tem escapado a este movimento o proprio direito penal, reclamando-se insistentemente a abolição da desigualdade em que este direito colloca os dous sexos perante o crime de adulterio ¹.

¹ Loubert, *Le problème des sexes*, pag. 223 e seg.; Turgeon, *Le féminisme français*, tom. I, pag. 342 e seg.; Novicow, *L'affranchissement de la femme*, pag. 89 e seg.; Sr. Dr. Vieira de Castro, *Da advocacia*, pag. 202 e seg.

§ 2.º Os

filhos

SUMMÁRIO : — 85. Os filhos no direito primitivo. — 86. Os filhos no período preromano do direito peninsular. — 87. Os filhos no direito romano. — 88. Os filhos no direito germanico. — 89. Os filhos no direito visigodo. — 90. Os filhos no direito da Reconquista. — 91. Os filhos no direito português. Direito antigo. — 92. Direito moderno.

85. Os filhos no direito primitivo. — É muito obscura a condição jurídica dos filhos no direito primitivo, por causa das duvidas que ha ainda na sciencia a respeito da organização da família primitiva.

O homem primitivo não devia ser indifferente ao bem estar dos seus filhos. É por isso que os deveres paternos se encontram reconhecidos em todos os povos, ainda os de civilização mais inferior. Os miseraveis Bock-Veddas de Ceylão, segundo Emmerson Tennent, reconhecem a obrigação marital e o dever de sustentar as suas famílias.

É provavel que os filhos se tornassem independentes, logo que se encontrassem em condições de se bastarem a si proprios. Mas o domínio paterno não deveria tardar a apparecer como meio de utilizar forças tão uteis na lucta contra a natureza e contra os outros homens, tanto mais quanto é certo que são profundamente fortes as tendencias egoístas dos povos primitivos.

O patrio-poder accentua-se depois no sentido de tornar cada vez mais subordinada e dependente a condição do filho, transformando-se num verdadeiro

direito de propriedade. Recorde-se que a palavra *pae* em sanskritto significa *senhor* ¹.

86. Os filhos no período preromano do direito peninsular. — São muito escassas as noticias a respeito da condição dos filhos no período preromano do direito peninsular.

Suppõe-se que, entre os iberos, existia um patrio poder semelhante ao romano, e por isso a condição dos filhos não devia ser indifferente da que elles tinham naquelle direito. O pae exerceria um dominio absoluto sobre toda a família e por conseguinte sobre os filhos.

Os filhos podiam ser adoptivos, visto Diodoro da Sicília dizer que os barbaros, comprehendendo nelles provavelmente os habitantes da Península hispanica, praticavam a adopção, do mesmo modo que Juno fez a Hercules, simulando um parto.

A condição subordinada dos filhos durava toda a vida, visto estes não se poderem fartar ao patrio poder, nem pelo matrimonio, nem pela emancipação ².

87. Os filhos no direito romano. — Os filhos tinham uma capacidade jurídica muito limitada entre os romanos, como consequencia do character que assumia a patria potestas neste povo. Para se apre-

¹ Alessandra Maironi, *Ragione fondamentale dell' istituto della patria potestà*, pag. 50 e seg.; Westermarck, *Le matriarcat*, nos *Annales de l'institut internationale de sociologie*, tom. II, pag. 133 e seg.

² Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. I, pag. 17 e seg.

ciar bem a condição jurídica das pessoas in patria potestate, torna-se necessario estudar este poder relativamente á pessoa dos filhos e relativamente aos seus bens.

A) *Relativamente á pessoa dos filhos*, o direito romano levava o seu rigor quasi a assimilar os filhos ao escravo, na subordinação á patria potestas. Durante seculos, diz Von Ihering, o patrio poder foi, quanto ao seu objecto e quanto ao seu character, assimilado, com pequenas differenças, ao poder dominical. É por isso que o *pater-familias* tinha um poder absoluto e exclusivo sobre a pessoa dos filhos, que se revelava claramente: a) no direito de vida e morte; b) no direito de os vender; c) e no direito de os expôr.

a) *Direito de vida e morte*. — Este direito não pode ser contestado, em face dos numerosos testemunhos que attestam a sua existencia. Poderosas garantias moraes reduziam este direito aos limites racionaes, fazendo com que o *pater-familias* se comportasse como um magistrado e não como um despota. Entre essas garantias, devemos mencionar a do *pater-familias* não empregar este rigor extremo sem ouvir o conselho dos parentes proximos ou de pessoas notaveis. A opinião publica tambem lá estava vigilante para censurar o *pater-familias* que abusasse deste direito tão violento e primitivo...

Em todo o caso, esses abusos appareceram com a dissolução dos costumes que accusa o Imperio, e por isso a lei não ponde deixar de intervir para os cohibir. E assim se chegou a estabelecer que, quando se verificassem factos exigindo a applicação da pena de morte, o *pater-familias* devia apresentar a accusação perante o magistrado, como o unico que tinha o direito de a pronunciar. O termo

desta evolução encontra-se na constituição de Constantino, decidindo que o *paler-familias* que matasse o seu filho fosse punido como o parricida (cod. xi, 16, 1).

b) Direito de venda. — O pae linha o direito de vender o filho a um terceiro mediante a mancipação. Dahi derivava para o adquirente um poder especial sobre o filho chamado *mancipium*, e que o collocava numa condição analogá á do escravo, embora temporariamente e sem prejuízo da sua ingenuidade. As Leis das XII Taboas, porem, estabeleceram que o filho se tornava livre, desde o momento em que elle tivesse sido vendido tres vezes.

A explicação desta disposição encontra-se no facto do pae não poder vender o filho senão até ao termo dum lustro, não representando, por isso uma tal venda uma alienação definitiva do poder patrio, mas a sua suspensão momentanea, constituída pela locação do filho. Logo que cessava o *mancipium*, revivia o patrio poder, e por isso a Lei das XII Taboas, para evitar que o *paler-familias*, alienasse o filho constantemente, no termo de cada lustro, restringiu o exercício deste direito a tres vezes. Como a Lei das XII Taboas fallava unicamente de filho, a jurisprudencia, interpretando á letra o texto da lei, decidiu que relativamente ás filhas e aos netos uma só *mancipatio* produziria o mesmo resultado.

Com o tempo, o direito de venda, sob a fórmula da mancipação, foi-se restringindo até que desapareceu. Subsistiu o direito de venda, sem a forma antiga, limitado pelos jurisconsultos classicos ao caso de extrema miseria do pae e por Constantino aos filhos recém-nascidos.

c) *Direito de exposição*. — O *paler-familias* podia abandonar os seus filhos, expondo-os. Este direito

não foi retirado ao *pater-famílias*, nas diversas phases por que passou o direito romano; os effeitos juridicos dessa exposição é que variaram, estabelecendo Constantino que o filho exposto ficasse sujeito ao poder de quem o recolhesse, e declarando-o Justiniano *sui juris*.

B) *Relativamente aos bens*, as pessoas *in patria potestate* não podiam ter um patrimonio proprio, entrando no patrimonio do pater tudo o que ellas adquirissem. Havia, porém, sob este aspecto, uma differença profunda entre a condição do filho e a do escravo, visto os filhos serem considerados como tendo uma especie de compropriedade sobre os bens do pae, paralysada por effeito da *patria potestas*, e que se manifestava depois da morte daquelle.

O antigo rigor sobre esta materia foi-se attenuando a ponto de, no tempo de Justiniano, se admittir que tudo o que o filho adquirisse lhe ficava pertencendo como proprio, com excepção dos bens que lhe fossem confiados pelo pae, pois estes constituíam para o filho um peculio analogo ao do escravo.

Primeiramente havia unicamente o *peculio profecticio*, constituído pelos bens confiados pelos paes aos filhos e sobre que estes tinham a simples administração. Depois, appareceram os peculios, *castrense*, constituído pelos bens adquiridos na vida militar, *quasi-castrenst*, formado pelos bens obtidos no exercido das profissões liberaes, e *adventicio*, tendo por objecto todas as outras aquisições. Admittiu-se sobre todos estes peculios o direito de propriedade dos filhos. Este ultimo peculio foi estabelecido por Justiniano.

O patrio poder unicamente terminava pela emancipação e pela adopção. No direito justinianeu,

porem, a adopção só produzia este effeito, quando o adoptante era um ascendente do adoptado ¹.

88. Os filhos no direito germanico. — O filho entre os germanos encontrava-se numa condição jurídica semelhante á que tinha entre os romanos. Não era, porem, igual, porquanto o *mundium* germanico tinha mais o caracter dum direito e dum dever de protecção, do que a *physionomia* dum verdadeiro poder, como entre os romanos.

Era por isso que o patrio poder germanico não absorvia inteiramente a personalidade jurídica do filho, observando até Tacito que entre os germanos o filho era *pars domus*. Lá estava tambem o conselho dos parentes exercendo uma especie de tutela sobre o filho, restringindo o poder patrio, e protegendo-os contra os seus abusos.

O poder patrio tinha por origem o *mundium* que o marido exercia sobre a mulher, devendo os filhos pertencer-lhe assim como esta lhe pertencia. É por isso que os filhos nascidos fora do casamento não estavam sujeitos ao *mundium* do pae. Pela mesma razão, todos os filhos procreados pela mulher ficavam sob o *mundium* do marido, embora fossem adulterinos.

O pae tinha o direito de expôr os filhos, quando não quizesse admittil-os a fazer parte da família. Cessava, porem, este direito, desde o momento em que tivesse sido dado o nome ao filho, o que acontecia dentro dos nove dias posteriores ao nasci-

¹ Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 129 e seg.; Bry, *Principes de droit romain*, pag. 58 e seg.; Edouard Cuq, *Institutions juridiques des romains*, tom. I, pag. 154 e seg.; Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, tom. II, pag. 178 e seg.

mento, e se fazia com uma especie de baptismo, immergindo-o na agua e lançando-lha sobre a cabeça. O pae tinha tambem o direito de vender o filho e até de o matar, como entre os romanos.

Alguns escriptores, como Glasson, intendem que os paes não tinham entre os germanos o direito de vender os filhos, nem o poder de vida e morte sobre elles. A historia, porem, apresenta exemplos típicos do exercício destes direitos entre os germanos, que se não pode duvidar da sua existencia. Glasson, mesmo em face desses factos, não tem outro meio de resolver a difficuldade senão dizendo que elles constituem abusos e imposições.

A filha sabia do mundium do pae pelo casamento, visto ella ficar sujeita ao do marido. Relativamente ao filho, o patrio poder tambem não era perpetuo, não sendo necessaria a emancipação para o fazer cessar. Desde o momento era que o filho contra-hisse o matrimonio e estabelecesse casa propria, cessava por este facto o patrio poder. O filho que que constituía família em casa propria, toroava-se homo *suae potestatis*, deixando, desde este momento por diante, o pae de responder por elle ¹.

89. Os filhos no direito wisigothico. — A condição jurídica dos filhos melhorou consideravelmente no direito wisigothico.

Abrogou-se expressamente o direito que os paes tinham de vender os filhos, estabelecendo-se que aquelles que os adquirissem perdessem o preço da venda e não tivessem direito algum sobre elles (cod.

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 199 e seg.; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. II, pag. 37 e seg.

wis., liv. v, tit. iv, l. 13). Alguns escriptores, como Viollet, sustentam que foi em vão que estabeleceu esta disposição, se bem que os argumentos que este historiador apresenta para fundamentar tal afirmação, não se refiram á Península.

Desta prohibição já se deduz que os paes não tinham o direito de vida e morte sobre os filhos. Mas, que este era o direito wisigotbico ainda deriva doutra lei em que se declara que nada ha peor do que os paes que não têm piedade e matam os filhos, impondo, por isso, aos que tal fizeram a pena de morte (cod. wis., liv. vi, tit. iv, l. 7).

Permittia-se, porem, a morte das filhas quando ellas fossem surprehendidas em relações carnaes com um homem. Esta excepção explica-se pela grande severidade com que se puniam no direito germanico os delictos contra a castidade.

Mas, se aos paes se negava o direito de vida e morte, reconhecia-se-lhes o poder necessario para a direcção, correcção e educação dos filhos. Este poder tambem se extendia aos avôs relativamente aos netos. Mas nem os paes nem os avôs podiam desherdal-os sem causa grave (cod. wis., liv. iv, tit. v, l. 1).

O patrio poder terminava pelo casamento dos filhos effectuado com todos os requisitos legaes, e tambem por o filho chegar aos vinte annos de idade, se vivesse separado do pae com annuencia deste. A lei privava do patrio poder aquelle que abandonava o filho ¹.

¹ Paul Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 501; Chapado Garcia, *Historia general del derecho espanai*, pag. 184 e seg.; D. Juan Sempere, *Historia del derecho espanol*, pag. 103 e seg.

90. Os filhos no direito da Reconquista. — A condição dos filhos na Reconquista continua a melhorar sob o ponto de vista das pessoas, mas peora sob o ponto de vista das cousas.

Effectivamente, se sob o ponto de vista das pessoas, os filhos estavam sujeitos ao poder do pae, muitas eram as limitações que se estabeleciam a este poder, para que elle não podesse degenerar num despotismo intoleravel. É por isso que os foraes prohibem ao pae vender os filhos, dal-os em refens, maltractal-os, feril-os, etc. São até castigados com muito rigor os paes que commettem estes excessos.

Os *Fueros* apresentam a particularidade de que pode dar-se aos filhos, sob o patrio poder, tutela, desde o momento em que os paes descuidem a sua educação, ou comprometiam a sua vida ou a sua fortuna. Esta tutela era para menores de doze annos e era exercida pelos parentes mais proximos, exigindo-se-lhes prestação annual de contas e responsabilidade no caso de administração descuidada.

Sob o ponto de vista dos bens, a condição do filho peorou, porquanto admittiu-se a doutrina de que o filho, enquanto estivesse sob o patrio poder, não podia ter bens proprios, em diametral opposição com o systema do direito romano e da legislação wisigothica. Tudo quanto os filhos ganhassem sob o patrio poder era dos paes, não se admittindo peculio algum.

A unica forma de terminar o patrio poder era o casamento dos filhos ¹.

¹ Chapado Garcia, *Historia generale del derecho espanol*, pag. 358; Salvador del Viso, *Lecciones elementales de Historia y de derecho civil, mercantil y penal de Espana*, part. I, pag. 218.

01. Os filhos no direito português. Direito antigo. — A condição jurídica dos filhos seguiu a evolução que encontramos realizada no direito peninsular, no que diz respeito ás suas pessoas. E' por isso que como diz Mello Freire, os filhos se encontraram submettidos ao poder do pae, mas não ao seu domínio, como no direito romano.

Nunca foi admittido entre nós o *jus vitae et necis*, mas sómente o de castigar moderadamente os filhos (Ord., liv. v, tit. xxxvi, § 1.º). Podia o pae, no uso deste direito, prender o filho em casa, sem incorrer em crime de carcere privado (Ord., liv. v, tit. xcv, § 4.º). Se o pae tractasse deshumanamente os filhos, os corregedores do crime na Côrte forma-vam-lhe *summario ex officio* e sentenciavam no em Relação em certas penas (Res. de 10 de julho de 1751). Se os filhos fossem incorrigíveis, o pae podia entregá-los aos magistrados de policia para os fazerem recolher á cadeia por tempo razoavel, obrigando-se a sustenta-los (Ord., liv. v, tit. xxxvi,

Nunca se permittiu tambem o direito de vender os filhos. Não aconteceu assim noutros países da Europa, nomeadamente em França, onde nos apparecem documentos do seculo xv nos quaes filhos de seis annos são alienados pelo pae.

Não havia tambem o direito dos paes imporem casamentos aos filhos, embora fosse necessario o seu consentimento para as nupcias. E' por isso que na lei LXXI de Affonso III se estabelece que não era licito desherdar as mulheres que casam contra vontade dos paes. Esta orientação do nosso direito foi depois modificada, no sentido dos paes poderem

castigar os filhos que casam sem consentimento, com a pena de desherdação e perda de alimentos (L. de 19 de junho e 29 de novembro de 1775 e Ass. de 29 de abril de 1775, §§ 2.º, 6.º e 1º),

Apesar do filho se encontrar numa condição jurídica muito superior á que tinha no direito romano, pelo que dizia respeito á sua pessoa, ainda assim admittia-se que elle podia ser reivindicado, como uma cousa, pela acção *ad exhibendum* ou de furto, de outrem que o tivesse subtraído. Parecia, deste modo, que o poder do pae sob o filho tinha o character de verdadeiro domínio, que revestiu no direito romano. Mello Freire não deixou, porem, de notar que esta acção não se fundava no domínio civil, mas no direito de sangue, de tutela e de família.

A condição jurídica dos filhos, relativamente aos bens, soffreu a influencia do direito romano, moldando-se quasi inteiramente por este direito. Fez-se a distincção dos peculios, como no direito romano, variando, em harmonia com as normas deste direito, os poderes attribuidos ao pae e ao filho sobre elles. Não deixou tambem de actuar na elaboração da theoria dos peculios entre nós a doutrina dos glosadores, que alargaram, alem dos limites admittidos pelo direito romano, o conceito de *militia* e de *peculium castrense* e *quasi castrense*. Desviou-se assim a nossa legislação da orientação seguida pelo direito peninsular no período neogodo, tendente a negar ao filho sob o patrio poder a posse de bens proprios (Ord., liv. III, lit. IX, § 3.º; liv. IV, tit. xcviij).

O filho não podia estar em juízo, nem obrigar-se sem o consentimento do pae. O direito canonico exerceu nesta materia uma influencia benefica, por-

quanto permittiu ao filho estar em juizo contra o pae por causas diversas das dos peculios, contrariamente ao que determinava o direito romano. É por isso que as Ordenações permittiram aos filhos estarem em juizo contra o pae, não só por causa dos peculios, mas tambem por alimentos e emancipação (Ord., liv. III, tit. IX).

As Ordenações affastaram-se do direito romano, admittindo que o patrio poder cessava não só pela emancipação, mas lambem pelo casamento do filho (Ord., liv. I, tit. 88, §6.º) ¹.

92. Direito moderno. — A condição jurídica dos filhos tinha melhorado profundamente no decurso da evolução. Effectivamente, como mostra Viollet, primeiramente, o direito de vida e de morte, o direito de exposição e de venda e o direito de correcção confundiam-se na unidade do poder absoluto. No fim do longo cyclo historico que percorremos, subsiste unicamente este ultimo direito.

Apesar, porém, desta transformação, a condição jurídica do filho encontrava-se accentuadamente eivada da influencia das ideias romanas, que os praxistas reproduziam sem grande criterio, visto ellas se encontrarem cada vez mais em desharmonia com as condições das sociedades modernas.

Foi o Codigo de Napoleão que veio emancipar a condição jurídica dos filhos desta influencia do

¹ *Portugaliae monum. hist, leges et consuetudines*, tom. I, pag. 237 e seg.; Sclopis, *Histoire de la législation italienne*, tom. II, pag. 99 e seg.; Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 203 e seg.; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. II, pag. 262 e seg.; Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, tom. II, pag. 101 e seg.

direito romano, organizando o patrio poder dum modo mais libera), em harmonia com os princípios dos costumes locais. Tornou-se então o patrio poder verdadeiramente um instituto destinado exclusivamente á tutela dos filhos e á protecção dos seus interesses, perdendo completamente o character egoísta e oppressivo que até ahí tinha conservado mais ou menos accentuadamente. De modo que o patrio poder, embora ainda designado com um nome romano, adquiriu um conteúdo diverso. A dependencia do filho é uma consequencia da idade e da sua incapacidade para se administrar, pertencendo ao pae unicamente a obrigação de o proteger e auxiliar. De modo que o patrio poder é um poder tutelar estabelecido no interesse daquelle que lhe está sujeito, e não no interesse de quem o exercita.

A maior reforma que, em harmonia com as novas ideias, realizou o Código de Napoleão, foi o considerar a maioridade uma das causas da extincção do patrio poder, pois deste modo fez desaparecer duma vez para sempre o patrio poder no sentido romano. E assim a realza domestica e a realza politica cahiram feridas pelo mesmo machado da revolução. Esta reforma foi admittida pelos códigos modernos e nomeadamente pelo nosso código civil (art. 170.º). Já antes o decreto de 13 de maio de 1832 e a Nov. Ref. Jud. (art. 453.º) tinham seguido igual doutrina.

A nova função attribuida ao patrio poder exige tambem a abolição do usufructo legal dos paes sobre os bens dos filhos, que repugna á índole daquelle poder, pois tal instituto não se pode considerar estabelecido senão em beneficio dos paes. A revolução tinha effectivamente abolido o direito de usufructo legal em França. Mas os redactores do Código de Napoleão restauraram-no como uma recompensa e

indemnização dos trabalhos e sacrifícios que soffrem os paes para crear e educar os filhos.

Mas, esta razão não é justa, porque é dever natural e jurídico dos paes o manter, educar e crear a prole, seodo por isso inadmissível toda e qualquer recompensa, que vem, alem disso, humilhar e deprimir a auctoridade patria, conferindo uma especie de salario pelo seu exercido. O codigo austríaco deu sobre este assumpto um liberalissimo exemplo, digno de ser imitado, não reconhecendo o usufructo legal dos paes sobre os bens dos filhos (artt. 149.º e 154.º) 1.

¹ Violett, *Histoire du droit civil français*, pag. 499 e seg. ; Cavagnari, *Nuovi orizzonti del diritto civile*, pag. 255 e seg.; O. Secchi, *Per l'abolizione dell'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli*, na *Scienza del diritto privato*, vol. II, pag. 704 e seg.

SECÇÃO III

Pessoas com capacidade jurídica limitada em
virtude de causas religiosas

§ 1.º

Judeus

SUMMARIO : — 93. Os judeus no direito romano. — 94. Predomínio dos judeus na Península. — 95. Condição jurídica dos judeus entre os visigodos. Incapacidades com que foram feridos. — 96. Perseguições de que foram objecto. — 97. Os judeus na Reconquista. — 98. Os judeus no direito português. Regimen de tolerancia. — 99. Regimen de perseguição.

93. — Os judeus no direito romano. — Os judeus, desde que triumphou o christianismo, começaram a ser tractados com muito desfavor pela legislação. Contribuíram para isso o fanatismo religioso, apontando este povo como um deicida, digno da maior aversão, o modo hypocrita, disfarçado e astuto como elle procedia para com os christãos, e o estado economico prospero, que sempre o distinguiu no seio das sociedades.

Esse desfavor manifesta-se já em varias disposições do direito romano, estabelecidas pelos imperadores christãos. Os judeus não podiam viver, como os outros povos submettidos aos romanos, segundo o seu direito. No Codice Theodosiano diz-se terminantemente que os judeus estão sujeitos ás leis romanas.

Foram feridos dum grande numero de incapacidades. Prohibiu-se-lhes a compra de escravos chrís-

tãos, confiscando-se os bens ao judeu comprador, impoz-se a pena capital, como se fossem adulteros, aos christãos que contrahissem casamento com judias e aos judeus que o contrahissem com christãos, e retirou-se-lhes o exercício de qualquer cargo publico na milícia e administração.

Ao mesmo tempo foram tomadas algumas providencias no sentido de evitar que os judeus fossem vexados pelos christãos e os christãos fossem opprimidos pelos judeus. É assim que as constituições imperiaes punem o incendio das synagogas e das casas dos judeus, impõem a pena de furto á subtração das suas cousas religiosas e particulares, e permitem a este povo o exercício do seu culto, não podendo construir novas synagogas, mas só reparar as antigas.

Por outro lado, puniam-se severamente os christãos judaizantes, e os judeus que os circumcidavam, prohibia-se ao pae judeu desherdar, mesmo com justa causa, o filho convertido ao christianismo, e castigavam-se os perseguidores do judeu que abraçava a religião christã ¹.

04. Predomínio dos judeus na Península. — Os judeus apparecem na Peninsula hispanica muito antes das invasões barbaras. Os historiadores perdem-se, porem, em conjecturas, mais ou menos phantasticas, quando procuram determinar a epocha certa da sua chegada à Peninsula. Os escriptores rabbinicos são aquelles que fazem remontar a tempos mais antigos a vinda dos seus compatriotas ás Hespanhas. Yshac

¹ Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 36; Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. III, pag. 203 e seg.

Cardoso, Immanuel Aboab e Yshac d'Acosta julgam que essa vinda se effectuou no tempo de Nabucodonosor, rei da Babylonia. Jost sustenta que os judeus se estabeleceram na Península no tempo de Salomão. Héféle opina que só viriam, pouco mais ou menos, cem annos antes de Christo.

Desprendendo-nos, porem, destas conjecturas, o que não admite duvida e que Estrabão e Philon testemunham que no seu tempo os judeus se encontravam dispersos por toda a parte. E, relativamente á Península, ha uma inscripção, que Hubner suppõe ser do seculo terceiro, em que se faz referencia a uma Junia, Annia, Antonia ou Licínia judaica. E no seculo IV eram já tão numerosos, que o concilio de Elvira (305 ou 306) se viu na necessidade de tomar diversas disposições tendentes a reprimir-lhes directamente a acção.

Entre os wisigodos, deveriam os judeus ter adquirido notavel desinvolvimento e preponderancia, como mostram as numerosas disposições que a seu respeito se encontram nos monumentos legislativos deste período historico. As condições da Península, por occasião das invasões, deviam, como nota o Sr. Dr. Mendes dos Remedios, ter facilitado sobremaneira a sua expansibilidade. No meio das maiores convulsões, quando os povos indígenas numa lucta sem treguas oppunham uma resistencia tenacíssima ás hordas invasoras, que levavam victoriosamente de vencida as aguias romanas, os judeus mysteriosamente, numa obscuridade que os favorecia, foram fixando o seu imperio, pedra por pedra, quasi sem serem presentidos daquelles com que viviam. É que a população judaica tornou-se notavel em todos os tempos e a todas as latitudes, pela sua persistencia e resignada coragem, acompanhada, ao mesmo

tempo, duma malleabilidade de vida e acções que lhe permittia accommodar-se a todos os meios ¹.

95. Condição jurídica dos judeus entre os wisigodos. Incapacidades com que foram feridos. — A condição jurídica dos judeus veio a peorar consideravelmente, sob o dominio dos wisigodos, depois da soa conversão ao catholicismo. A tolerancia ariana foi substituída por um regimen oppressivo e violento.

Os judeus foram feridos de quatro incapacidades: a) a de possuir escravos christãos; b) a de casar com christãos; c) a de testemunhar contra os cbristãos ; d) e a de exercer cargos publicos.

a) A incapacidade dos judeus para possuir escravos christãos foi consagrada pelo Breviario de Alarico, em harmonia com as normas da doutrina romana, mas sem todos os seus rigores. Prohibiu-se aos judeus a aquisição para o futuro de escravos christãos, permitindo-se-lhes conservar os que possuíssem ou os que lhes tocassem por herança, em harmonia com o que dispunha a constituição de Honorio. A compra de novos escravos punia-se unicamente com a concessão da liberdade, como determinava a constituição de Constantino, pmittindo-se a de Constantacio, que, além disso, confiscava os bens ao judeu comprador.

Reccaredo limitou-se a pôr em pratica as leis do Breviario de Alarico. No terceiro concilio de Toledo, prohibiu-se unicamente aos judeus comprar escravos christãos, donde se deduz a confirmação das leis romanas compendiadas naquelle codigo, que lhes

¹ Sr. Dr. Mendes dos Remedios, *Os judeus em Portugal*, vol. I, pag. 103.

permittiam conservar e transmitir por herança os que já possuísem (Conc. III de Toledo, can. 14).

No reinado de Sisebuto, pôs-se de parte toda a tolerancia, estabelecendo-se que, antes do 1.º de julho de 612, fossem postos em liberdade ou vendidos todos os escravos christãos que possuísem os judeus e reintegrados na plenitude dos seus direitos os libertos que elles tivessem sob o seu patrocínio. Os escravos postos em liberdade ficavam sendo cidadãos romanos, sem dependencia alguma dos seus antigos senhores.

Os vendidos a christãos tinham de o ser no lugar do domicilio e com o peculio suficiente para se alimentarem, a fim de que, sob o pretexto de venda, não fossem condemnados a desterro. Passado aquelle prazo, o judeu que possuíse um escravo christão perdia metade dos seus bens. E, para que a fraude não inutilizasse a lei, puniam-se o judeu e o christão, que simulassem emancipação ou venda, offerecendo-se premios aos delatores não só ingenuos, mas também escravos, sendo para estes a concessão da liberdade (cod. wis., liv. XII, tit. II, I. 14).

Estas disposições, porém, parece que não tardaram a deixar de ser cumpridas, pois o concilio IV de Toledo, vinte annos depois, já se viu na necessidade de determinar que não era licito aos judeus possuir escravos christãos, nem comprá-los ou adquiri-los por titulo lucrativo (conc. IV de Toledo, can. 66). O resultado que obteve a prohibição deste concilio parece que não foi melhor, pois Recesvindo tornou a repeti-la, com severas penas sem grande efficacia também, visto o concilio X de Toledo, celebrado poucos mezes depois, prohibir vender escravos christãos a judeus, lamentando, ao

mesmo tempo, que os sacerdotes não se abstivessem de tão execravel commercio (cod. wis., liv. XII, tit. II, l. 11; conc. X de Toledo, can. 7).

Ervigio restabeleceu as leis de Sisebuto, dispondo que, no prazo de 60 dias, a contar de 1 de fevereiro de 681, deixassem os judeus de possuir escravos christãos, vendendo-os dentro daquelle prazo, com a intervenção dos sacerdotes ou dos juizes, para evitar as fraudes que se pudessem commetter. Se não fossem vendidos, eram declarados livres, não sendo permittido aos senhores emancipá-los, como determinava a lei de Sisebuto. Passados aquelles 60 dias, o judeu que não tivesse cumprido a lei perdia metade dos seus bens, e se fosse pobre, soffria a pena de decalvação com mais cem açoutes (cod. wis., liv. XII, tit. III, l. 12, 13 e 16).

As leis de Ervigio foram tão desprezadas como as dos seus predecessores. Demonstra-o o facto de Egica prohibir de novo aos judeus a posse de escravos christãos (cod. wis., liv. XII, tit. II, l. 18). É de suppôr, nota Perez Pujol, que a legislação de Egica não se observasse no reinado de Witiza, e que as cousas ficassem até á extincção da monarchia goda no mesmo pé em que se encontravam no tempo de Reccaredo, com as prohibições na lei, com a tolerancia mais ou menos completa na pratica.

b) A incapacidade dos judeus para casar com christãs e das judias para casar com christãos tinha sem duvida por fim manter a separação entre as duas raças. Glasson não considera esta prohibição uma incapacidade propria dos judeus. A Igreja prohibiu sempre os casamentos entre christãos e não christãos e, por isso, se se quizer faltar de incapacidades, é necessario reconhecer que ella era reci-

proca, pois era igualmente proibido aos christãos desposar pessoas da religião judaica.

A Lex romana *wisigothorum*, segundo o direito romano, impunha a pena capital, como se fossem adúlteros, aos christãos que contrahissem casamento com judias e aos judeus que o contrahissem com christãos.

Parece, porem, que nos tempos posteriores não persistiu tão rigorosa e firme a separação das duas raças. O concilio III de Toledo prohibiu aos judeus ter mulheres ou concubinas christãs, e dispôs que os filhos destas uniões fossem baptizados (Conc. III de Toledo, can. 13). O concilio IV de Toledo ordenou que os judeus que tivessem mulheres christãs fossem admoestados pelo bispo, para que se convertessem, mandando-os separar no caso de elles o não fazerem (Conc. IV de Toledo, can. 63).

c) Os judeus não podiam testemunhar nas causas contra os christãos. Só o podiam fazer nas causas pendentes entre os da sua raça (cod. wis., liv. XII, tit. II, l. 9). A incapacidade de testemunhar era então considerada uma das mais deshonrosas.

d) Os judeus eram incapazes de exercer cargos publicos. O Breviario confirmou, interpretando-a, a Novella III de Theodosio, que prohibia aos hebreus o exercicio de todo e qualquer cargo na milicia e na administração, para que, sob a apparencia do serviço publico, os judeus se não atrevessem a vexar os christãos e particularmente os sacerdotes.

Ervigio, seguindo esta mesma orientação, prohibiu que os judeus exercessem qualquer poder sobre os christãos, quer de mandar, quer de castigar, quer de administrar. Exceptuavam-se, porem, os cargos que o rei conferisse aos judeus, pois nisto

como em tudo tinha mais predomínio a arbitrariedade do monarcha do que o imperio da lei.

O preceito legal applicava-se, por isso, ás auctoridades subalternas e aos bispos, clérigos e monges, que deste modo, não podiam confiar aos judeus a administração dos bens do fisco ou da Igreja, a fim de elles não exercerem poder sobre as familias christãs (cod. wis., liv. XII, tit. III, 1. 17 e 19) ¹.

96. Perseguições de que foram objecto. — Os judeus foram objecto de disposições especiaes, tendo por fim a sua eliminação pelo baptismo ou pela expulsão. Sisebuto foi o primeiro rei que ordenou a expulsão dos judeus que se recusassem a receber o baptismo. É certo que o edicto deste monarcha não se encontra no codigo wisigothico, mas não póde haver duvida a respeito deste facto, em face dos testemunhos que o abonam. A Igreja não approvou este procedimento do monarcha wisigothico, e por isso encontramos o concilio IV de Toledo declarando que os não baptizados deviam ser persuadidos e não coagidos a acceitar a fé christã (Conc. IV de Toledo, can. 57). Os reis godos posteriores ordenaram novas expulsões. Chintila determinou que os judeus não baptizados abandonassem a Hespanha. Ervigio fixou o prazo dum anno, a contar de 1 de fevereiro de 681, para que todos os judeus se baptizassem, sob pena de açoutes, decalvação, desterro e confisco dos bens. A Igreja então já não era tão benevola para com os judeus, e por isso o concilio XII de Toledo não teve duvida em approvar

¹ Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. II, pag. 608 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. II, pag. 433 e seg.

estas leis de Ervigio, que foram incluídas no título III livro XII do código visigótico, sob o título bysantino de Novellas (Conc. XII de Toledo, can. 9). As leis de Ervigio, porém, cumpriram-se muito imperfeitamente, e por isso vemos Egica reconhecer a existência de judeus não batizados, tomando relativamente a elles diversas providencias.

Os judeus que recebiam o baptismo eram obrigados pelos canones e pela lei a seguir a fé christã e a renunciar aos ritos do seu culto. Os que se conservavam fieis à religião christã gosavam de todos os direitos civis e políticos e de algumas excepções legais, como a dos impostos especiaes que pesavam sobre os judeus (cod. wis., liv. XII, tit. II 1. 13, 14 e 18; Conc. XVI de Toledo, can. 1, 14 e 65).

A condição, porém, dos judeus relapsos era tio detestavel, como a dos judeus não reincidentes era favorecida. Os vexames que soffreram os judeus relapsos chegaram a tal ponto, que se lhes prohibiu conservar a propriedade das casas, terras, vinhas e olivaeas adquiridos, por compra ou por qualquer outro meio, dos christãos (cod. wis., liv. XII, tit. II, 1. 18). No tempo das perseguições, porém, os judeus relapsos gosavam duma tranquillidade que não tinham os não batizados. Aquelles podiam viver socegados, desde o momento em que renovassem a sua profissão de fé, estes tinham de occultar-se ou de emigrar para os reinos vizinhos.

Procurou-se impedir tambem que os judeus podessem dar livre curso ao seu espirito de proselytismo. Prohibiu-se-lhes, sob penas rigorosas, intentar a conversão dos christãos e circumcidar os christãos, bem como os descendentes dos hebreus (cod. wis., liv. XII, tit. II, 1. 7 e 13; Conc. IV de Toledo, can. 59). Isto não foi sufficiente para conter os

judeus, tornando-se necessario tambem punir 03 christãos judaizantes. Foi o que se fez, chegando-se a applicar-lhes a peoa de morte e de conosco dos seus bens (cod. wis., liv. XII, tit. II, 1. 17) ¹.

97. Os judeus na Reconquista. — A conquista arabe influiu beneficamente sobre a condição jurídica e social dos judeus. Os emires e califas, em vez de se orientarem pela politica odiosa dos reis wisigodos, não só concederam ampla liberdade aos judeus, em harmonia com o direito de guerra dos musulmanos, mas até os protegeram, dum modo notavel, sem duvida para corresponder ao auxilio que elles prestaram á invasão arabe.

Com a tolerancia, floresceram o commercio e a industria nas communitades hebraicas, attingindo o mais alto gráo de prosperidade a de Cordova, que, no dizer do Sr. Dr. Mendes dos Remedios, adquiria a hegemonia litteraria e scientifica do seu tempo, eclipsando assim as escolas rabbinicas da Mesopotamia.

A condição dos judeus entre os christãos tambem se tornou mais favoravel. No meio da anarchia em que se debateu a Península, os judeus tiveram artes de se insinuar na população christã, chegando a adquirir uma grande importancia e um notavel predomínio. E, assim, conseguiram pelejar nos exercitos christãos, como soldados, servir de intermediarios nas allianças e tractados com os musulmanos, ser estimados pelos reis, que utilizaram os seus serviços, como intendentes, medicos, professores, etc, e

¹ Viollet, *Histoire du droit civil (rançais*, pag. 433 e seg.; Perez Pujo), *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, pag. 407 e seg.

influir com a sua cultura e actividade no desinvolvimento intellectual e social da epocha. Não admira, em face desta situação, que os foraes reconhecessem aos judeus direitos eguaes aos que tinham os christãos. Gosavam do privilegio do fôro, tendo um juiz especial, perante quem deviam comparecer os christãos, quando demandavam um judeu. Affonso VI admittiu-os a todas as funcções publicas.

Este estado de cousas dura desde o seculo XI ao XII, que assim constituem verdadeiramente a idade de ouro do judaísmo na Hespanha. No seculo XIII, começa o eclipse desta condição, tão favoravel, dos judeus, reaparecendo as medidas restrictivas contra elles ¹.

98. Os judeus no direito português. Regimen de tolerancia. — O regimen de tolerancia que se tinha adoptado nos Estados da Reconquista a respeito dos judeus, não podia deixar de se fazer sentir em Portugal. Essa tolerancia deu origem até a continuas queixas dos prelados do reino ao Papa, baseadas em que os judeus se encontravam revestidos de cargos publicos, exercendo auctoridade sobre os christãos, contra as leis canonicas, não eram compellidos a trazer signaes por onde se distinguissem, nem a pagar dízimos á Igreja, como era de direito.

A situação mudou um pouco com Affonso IV, embora as medidas mais importantes tomadas por este monarcha fossem relativas a impostos e a usuras. Os judeus foram envolvidos numa rede muito

¹ D. Rafael Altamira, *Historia de Espana y de la civilizacion espanola*, tom. I, pag. 253, 394 e 407; Sr. Dr. Mendes dos Remedios, *Os judeus em Portugal*, tom. I, pag. 96 e seg.

espessa de impostos, visto pagarem um tributo geral ou capitação desde a idade de sete annos, quando se tractava de mulher, e dos quatorze, quando se tractava de varão, e terem todos os actos da sua vida, ainda os mais insignificantes, abrangidos pelo fisco. Como diz o Sr. Dr. Mendes dos Remedios, quer comprasse, quer vendesse, fosse para uso proprio ou para alheio, o judeu pagava sempre e a todos os respeitos. O vinho, a carne, o peixe, o mel, o azeite, a cera, a prata, o ferro, o cobre, o ouro; em grandes ou pequenas quantidades; para consumir, para trocar, para vender; fosse como e de que maneira fosse, pagavam uma taxa estabelecida, tendo a lei descido a especialidades, que; attendendo muito embora ás circumstancias do tempo, fazem ainda hoje sorrir.

Estas medidas de rigor não deviam agradar aos judeus, visto não estarem habituados a ellas, sendo natural que alguns se lembrassem de sahir do reino. Mas Affonso IV impediu que os judeus lançassem mão deste recurso, estabelecendo que nenhum judeu com a fortuna de quinhentas libras ou dahi para cima saísse de Portugal, sem sua permissão, sob pena, não o fazendo, de lhe serem confiscados todos os bens e ficarem á mercê do rei. Podiam os judeus ainda lembrar-se de se indemnizarem, aggravando as usuras sobre os christãos. Mas, o monarcha obviou a este expediente, prohibindo inteiramente a usura.

Parece, que ainda assim os judeus descobriram meios de se tornar mais gravosos aos christãos, e isto obrigou o rei a procurar atalhar o mal cerce, dispondo que, se os christãos fizessem contractos com os judeus, ficando-lhes obrigados por alguma cousa, em qualquer tempo que fossem demandados,

allegassem que não tinham recebido o que se lhes pedia.

D. João I tomou medidas de protecção em favor dos judeus, sempre expostos ás consequencias da animosidade do povo contra elles. Prohibiu que os christãos os ferissem ou matassem, lhes roubassem os dinheiros ou os bens, lhes impusessem obrigações novas, sem auctorização do legitimo poder daquelles a quem estavam subordinados, os incommodassem nas suas festas e solemnidades, os obrigassem a trabalhos a que não Unham direito, ou fossem profanar os seus tumulos.

D. Duarte seguiu uma orientação diversa do seu antecessor, e por isso ordenou que o judeu não empregasse ao seu serviço christão algum, sob pena de pagar, pela primeira vez que infringisse a lei, cincoenta mil libras; pela segunda, cem mil; pela terceira, tudo quanto tivesse; devendo ser açoutado publicamente, quando não possuísse bens para pagar esta multa. Ao mesmo tempo, tomou varias providencias para que os judeus não entrassem em casa dos christãos, nem os christãos em casa dos judeus. Mas a peor disposição que este monarcha tomou contra os judeus foi a de prohibir, sob penas severas, aos *senhores grandes honrados* que tivessem em suas casas, quintas e logares, por seus vedores, mordomos, recebedores, contadores ou escrivães, indivíduos judeus de qualquer condição que fossem.

D. Affonso V continuou a orientação de D. Duarte, confirmando as leis relativas aos signaes vermelhos que os judeus deviam trazer, ao encerramento nas judiarias, á incapacidade de exercerem os altos cargos da corôa e os officios que outrora desempenhavam, como os de almoxarifes, mordomos, thesoureiros, etc. Estas disposições passaram para

as Ordenações Affonsinas (Ord. Aff., liv. II, tit. LXVI, LXVII, LXVIII, LXX, LXXIII, LXXIV, LXXV, LXXVI, LXXVII, LXXX, LXXXII, LXXXV, LXXXVI, LXXXIX, XC e XCIV).

Em lodo o caso, os judeus regiam-se entre si pelo seu proprio direito, tendo juizes privativos, embora a nomeação destes estivesse dependente da nomeação regia. No tempo de Affonso III já consta, por um documento de Bragança de 1278, que um rabbi-mór dos judeus tomava conhecimento das suas causas civis. Nas Ordenações Affonsinas, encontra-se definida a jurisdicção do rabbi-mór e regulado o modo como elle e os seus ouvidores devem usar delia. Em face dessas disposições, vê-se que os feitos civeis e crimes entre judeu e judeu eram attribuição do rabbi-mór e dos seus ouvidores, havendo, porém, uma certa ordem de agravos e appellações que competiam ao rei (Ord. Aff., liv. II, tit. LXXXI e XCII) ¹.

99. Regimen de perseguição. — D. João II começou por não ser hostil aos judeus. É por isso que nas côrtes de Evora de 1481 foram arguidas as riquezas e ostentação dos judeus e o favor com que eram tractados, sem que o monarcha desse grande attenção a estas arguições.

A expulsão dos judeus pelos reis catholicos, D. Fernando e D. Isabel, em 1492, veio abrir um novo período de desgraça á raça maldicta. Muitos judeus vieram para Portugal, onde D. João II lhes permittiu

¹ Viterbo, *Elucidario*, tom. I, pag. 131; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre o governo e a legislação de Portugal*, pag. 94 e seg.; Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pag. 150 e seg.; Sr. Dr. Mendes dos Remedios, *Os judeus em Portugal*, tom. I, pag. 105 e seg., 137 e seg., 159 e seg., 197 e seg., 375 e seg.

entrar, com a condição de pagarem oito cruzados por cabeça e de se não demorarem além de oito meses, sob pena de ficarem escravos. Poucos se puderam retirar no prazo marcado, e o governo, não insistindo na pena de escravidão, tirou-lhes deshumanamente os filhos para os remetter á ilha de S. Thomé, onde foram dizimados em grande parte, sobrevivendo muito poucos, que, com o tempo, se tornaram ricos colonos.

Mas mais duro e cruel golpe iam soffrer dentro em breve os judeus. D. Manuel iniciou o seu reinado dando aos judeus emigrados a liberdade e protecção de que gosavam os naturaes.

Esta boa disposição do monarcha não durou muito, em virtude da exigencia da expulsão dos judeus do reino, formulada pelos reis catholicos, como condição do casamento com a sua filha D. Isabel. E D. Manuel, deixando-se levar mais pelos dictames do coração do que pelos criterios da tolerancia politico-religiosa que primeiramente accetou, adberiu ao plano dos reis catholicos, tendente a tornar o decreto de 1492 extensivo a toda a Península. É por isso que o contracto do casamento exarava a clausula expressa da expulsão dos judeus do reino.

Realizado o casamento, foi o negocio proposto em conselho, onde se dividiram as opiniões, sendo a conservação dos judeus defendida largamente com motivos de ordem economica, politica e social. O rei não quiz ouvir as considerações dos ministros mais prudentes e illustrados, decretando a expulsão dos judeus em 5 de dezembro de 1496. Foram, assim, mandados sair do reino, até outubro seguinte, todos os judeus quer naturaes, quer emigrados, que recusassem baptizar-se, sob pena de morte e con-

fiscalção de todos os bens. Esta lei foi depois compilada nas Ord. Man. (Liv. II, tit. XLI).

D. Manoel parece que foi illudido na sua espectativa, de que os judeus prefeririam, aos acasos da fortuna, a crença catholica. E, por isso, vendo o grande numero que se preparava para sair do reino, mandou-lhes tirar os filhos de menos de quatorze annos, para serem baptizados e doutrinados na fé catholica, procedimento tão barbaro que não pôde escapar á censura do bispo D. Jeronymo Osorio, apesar da sua admiração por tudo que era obra de D. Manuel.

Muitos, não tendo meios de escapar a tantas violencias, acceitaram o baptismo. D. Manuel garantiu-lhes a situação, expedindo a portaria de 30 de maio de 1497, em que se concediam largos privilegios aos judeus convertidos, entre os quaes avultava o de ninguem poder inquirir dos seus procedimentos sobre materia religiosa durante o período de vinte annos, passados os quaes, se algum fosse accusado, sê-lo-ia perante os tribunaes civis e pelas formas adoptadas nos crimes communs. Além disso, o monarcha dava-lhes uma amnistia geral, perdoando-lhes todos os crimes e erros que até ahí tivessem commettido.

Os judeus, porem, não se deixaram illudir, em virtude do procedimento dubio e inconstante do rei e da attitude cada vez mais ameçadora do povo, e por isso aproveitaram o armistício para pôrem a salvo suas pessoas e bens. Foram publicadas varias providencias para impedir os inconvenientes da saída dos judeus do reino, devendo mencionar-se o alvará de 24 de abril de 1497, determinando que nenhum christão novo dos judeus que se converteram pudesse sair do reino por mar ou por terra sem licença e

mandado de el-rei, sob pena de perda de todas as fazendas e bens moveis ou de rais, onde quer que fossem achados, e de nau ou naus e navios que os levassem, e de qualquer outra pena-crime que bem lhe parecesse (Ord. Man., liv. v, tit. LXXXII). Apesar destas providencias, os judeus encontraram meios de sair do reino, não sendo, porem, sempre felizes nas suas tentativas, visto os surpreendidos em flagrante delicio do desprezo da lei terem sido perseguidos com rigor.

A situação dos judeus conversos foi-se agravando cada vez mais, em virtude do odio crescente contra elles, principalmente depois que se radicou a convicção de que todas as calamidades que appareciam sobre a terra eram devidas ao facto dos judeus conversos não serem bons christãos e de jndaizarem secretamente. Eram appellidados por insulto *judeus*, *christãos novos*, *marranos* ou *confessos* e muitas das suas acções, perfeitamente indifferentes, eram consideradas como manifestações da pratica da sua antiga religião. Este estado do espirito popular provocou o motim de Lisboa de 4507, em que foram mortos mais de dois mil, e que D. Manuel fez depois punir com todo o rigor. Para cumulo da sua desdita, appareceu depois o tribunal da Inquisição, que foi aproveitado como meio de os perseguir com mais solemnidade, e cuja influencia sobre a nossa vida juridica teremos occasião de apreciar.

Por agora, resta-nos dizer que com a expulsão dos judeus e as perseguições que se lhe seguiram, Portugal soffreu um abalo profundo na sua economia, visto ficar privado de elementos muito favoraveis ao desinvolvimento da industria, do commercio e da sciencia. Effectivamente, os judeus affirmaram se na Península por uma actividade prodigiosa, pois,

ao passo que cultivavam com esmero as artes e as sciencias, fundavam e alimentavam fabricas, desenvolviam as relações commerciaes numa larga escala, com as nações estrangeiras, exploravam as minas de ouro, prata, ferro e antimonio, impulsionando um brilhante movimento economico e social, que soffreu uma forte depressão com a sua expulsão.

Ê certo que algumas vezes abusaram, toruando-se prepotentes e oppressivos, mas, para cohibir taes abusos, não era necessario recorrer a uma medida tão extrema e radical. Esta medida, nota, com toda a razão, o Sr. Dr. Mendes dos Remedios, sobre ser impolitica era inopportuna. Precisamente, quando o Oriente nos abria as suas portas e as descobertas dos portugueses faziam surgir mundos novos, que nos forneciam os productos do seu feracissimo solo, quando Lisboa podia tornar-se a chave de todo o commercio e attrahir a si a importancia que a tornasse dominadora e soberana, D. Manuel punha fóra do reino aquelles elementos que para tal fim mais lhe podiam aproveitar. O deslumbramento do ouro cegou-o. Para elle sobrava. Que lhe importava os que depois viessem ? ¹.

¹ Sr. Dr. Mendes dos Remedios, *Os judeus em Portugal*, tom. I, pag. 243 e seg.; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre o governo e a legislação de Portugal*, pag. 145 e seg.; Alexandre Herculano, *Historia do estabelecimento e origem da Inquisição*, tom. I, pag. 102 e seg.

§ 2.º

Mouros

SUMMARIO : — 100. Os mouros na Reconquista- — 101. Os mouros no direito português. Regimen de tolerancia. —102. Regimen de perseguição. —108. Conflictos de direitos entre mouros e judeus e entre quaesquer destes e christãos.

100. Os mouros na Reconquista. — Os mouros tambem vieram a ter entre os christãos uma condição juridica especial. Os mouros propriamente são os berberes que os arabes encontraram na Africa do Noroeste e que elles submetteram ao seu dominio. Distinguiam-se dos arabes, em serem mais fanaticos e em não se conformarem com as tendencias aristocraticas que estes apresentavam.

As tropas musulmanas que invadiram, em 711, a Hespanha sob o commando de Tarik eram compostas, na sua grande maioria, precisamente de berberes. Muza é que trouxe mais arabes, de diversas tribus. Não obstante isto, os historiadores costumam designá-los a todos indifferentemente com a mesma expressão, usando ora a de *arabes*, ora a de *mouros*, que rigorosamente unicamente convém aos musulmanos originarios da Africa.

Á medida que avançava a conquista christã pelos territorios musulmanos, iam ficando, sob o dominio dos novos Estados, grupos de vencidos, a quem, como nota D. Rafael Altamira, não era possível, pelo seu grande numero, pelas exigencias politicas que aconselhavam prudencia e consideração, pelas condições pactuadas nas capitulações ou rendições das cidades e fortalezas, submetter em globo á servidão

ou expulsar do territorio. A primeira solução levaria a crear, no proprio seio dos reinos christãos, um inimigo poderoso pelo seu numero, que teria embaraçado muito a propria marcha da reconquista; a segunda teria sido contraproducente, visto uma das grandes difficuldades que se apresentavam nesta epocha ser a repovoação dos novos territorios, não já para a soa defesa, mas para o seu cultivo, como base do progresso economico.

É por isso que, desde os primeiros tempos da reconquista asturiana, nos apparecem, ao lado dos mouros prisioneiros, feitos escravos, outros gosando em paz e liberdade a posse de terras. Esta classe de pessoas foi augmentando através dos seculos IX e X, em que encontramos, nos Estados christãos, mouros não convertidos outorgando ou confirmando em documentos publicos. A estes musulmanos submettidos aos christãos e que conservavam as soas leis, a soa religião e soa liberdade, no todo ou em parte, chamam-se mudegares.

A verdadeira constituição do mudegarismo, como elemento importante da população, data das grandes conquistas do seculo XI. Fernando I e os seus successores, embora não seguissem a mesma politica para com os mouros vencidos, que algumas vezes expulsavam, ainda assim permittiram-nos frequentemente nas suas terras, pagando tributo e conservando os seus osos.

Affonso VI, em virtude do orientalismo accentuado da sua educação, mostrou-se muito favoravel aos mouros, como se vê da capitulação de Toledo, em que garantiu aos musulmanos a segurança de vidas e fazendas, a exempção de outro imposto que não fosse a capitação do costume e varios privilegios relativos á sua religião e administração, o que fez

accudir a Toledo muitos mouros que não se encontravam bem debaixo do domínio dos seus chefes. Affonso VII e VIII continuaram esta politica tolerante para com os madegares, embora já manifestem tendencias para limitar alguns direitos, que lhes tinham sido conferidos.

O argumento dos mudegares na Península começou a preocupar a Igreja nos fins do seculo xn, prohibindo-lhes nos concílios de Latrão I e II (1177 e 1215) a communitade de habitação com os christãos e obrigando-os a usar um traje especial, egual ao dos judeus, preceito em que insistiu o papa Honorio III, ao mesmo tempo que condemnava as violencias para obter a sua conversão ¹.

101. Os mouros no direito português. Regimen de tolerancia. — Ao lado dos mouros reduzidos á escravidão, apparecem-nos, logo desde o principio' da monarchia, outros gosando tranquilamente da liberdade. Foi isto a consequencia de condições eguaes áquellas que se verificaram no período neogodo, e que attribuiram a um grande numero de mouros a paz e a liberdade.

O antagonismo das crenças levou o direito canonico a estabelecer relativamente aos mouros disposições semelhantes às adoptadas para conservar a separação entre christãos e judeus. Foi obedecendo à influencia do direito canonico que a nossa legislação estabeleceu algumas restricções á liberdade e á capacidade dos mouros.

D. João I determinou que elles vivessem em murrarias apartados (Ord. Aff., liv. II, tit. CII), devendo-

¹ D. Rafael Altamira, *Historia de la Espana y de la civilización espanola*, tom. I, pag. 407 e seg.

lhes ser cerradas as portas ao toque das trindades (Ord. Aff., liv. II, tit. CIV), e não entrassem em casa de nenhuma mulher christã, não devendo tambem nenhuma mulher christã entrar em casa dum mouro (Ord. Aff., liv. II, tit. CV).

D. Duarte ordenou que os mouros trouxessem trajas especiaes (Ord. Aff., liv. II, tit. CIII), não tivessem por servidores christãos, nem arrendassem as dizimas e offertas da Igreja (Ord. Aff., liv. II, tit. CVI), não fossem officiaes de El-rei, nem dos infantes ou de quaesquer outro senhores (Ord. Aff., liv. II, tit. CVII), e não gosassem dos privilegios e exempções concedidos aos vizinhos de certos logares, nem do beneficio da lei da avoenga (Ord. Aff., liv. II, tit. CVIII e CIX). I

Ao mesmo tempo que se estabeleciam estas restricções, concedia-se aos mouros um certo numero de garantias, como a de não serem presos pela fuga de alguns captivos, salvo se primeiramente fosse delles querellado (Ord. Aff., liv. II, tit. CXVIII), a de 1 não serem feitos christãos contra sua vontade (Ord. Aff., liv. II, tit. CXIX), a de não serem mortos, feridos ou roubados pelos christãos, não podendo tambem as suas sepulturas ser violadas, nem as suas festas perturbadas (Ord. Aff., liv. II, tit. CXX), e a de não serem aggravados pelos clerigos em razão das dizimas (Ord. Aff., liv. II, tit. CXI).

Os mouros tinham magistrados seus e governavam-se pelo seu direito pessoal. Assim, Affonso I em 1180 concedeu aos mouros forros de Lisboa, Almada, Palmella e Alcacer o privilegio de elegerem entre si alcaide para os julgar, extendendo depois Affonso V esse privilegio a todas as communas de mouros forros do pais (Ord. Aff., liv. II, tit. XCIX).

Duma lei de Affonso IV deduz-se que, já antes de D. Dinis, os mouros tinham o privilegio de se regerem por seu direito proprio nas contendas entre si levantadas. Aquelle monarcha confirmou este privilegio, bem como Affonso V, resalvando, porém, para si e seus officiaes toda a appellação e aggravado, que, seguindo a fórmula das ordenações do reino, e nos casos em que eram admittidos, seriam comtudo desembargados na conformidade do direito musulmano (Ord. Aff., liv. II, tit. CI) ¹.

102. Regimen de perseguição. — O regimen de tolerancia de que gosaram os mouros termina, como o dos judeus, no tempo de D. Manuel. O decreto de expulsão dos judeus de 5 de dezembro de 1496 abrangia tambem os mouros forros que houvesse no reino. Na desgraça, porém, foram mais felizes do que os judeus, porquanto não se lhes tiraram os filhos, como se fez aos judeus.

A razão desta desigualdade, que tornava mais execranda a violencia praticada para com os judeus, dá-a Damião de Goes, mostrando que de se tomarem os filhos aos judeus não podia advir nenhum damno aos christãos, desde o momento em que os judeus se encontravam espalhados por todo mundo, sem reino, sem auctoridade e sem poder. O mesmo, porém, não se podia dizer dos mouros, que, occupando a mór parte da Asia e Africa e boa da Europa, e tendo ahi reinos, imperios e senhorios, nos quaes viviam muitos christãos, se podiam vingar se lhes arrancassem os seus filhos.

¹ Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introducção ao estudo do direito privado internacional*, pag. 154; Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, liv. I, tit. XI, § 7.

Daqui por diante a sorte dos mouros acompanha a dos judeus, nas perseguições de que elles foram objecto, e que constituem uma das paginas mais vergonhosas da civilização peninsular ¹.

108. Conflictos de direitos entre mouros e judeus ou entre quaesquer destes e christãos. — Como os judeus e os mouros tinham magistrados seus e se regulavam pelo seu direito pessoal, torna-se necessario averiguar quaes eram os juizes competentes para resolver as questões entre judeus e mouros ou entre quaesquer destes e christãos, bem como qual seria o direito applicavel.

Relativamente aos juizes competentes para julgar estas questões, é preciso distinguir dous períodos na evolução historica do nosso direito. Até D. João I, os pleitos entre christãos e mouros ou judeus, ou entre indivíduos destas ultimas classes eram julgados intervindo juiz christão, judeu ou mouro, conforme o réo respectivamente pertencia a qualquer destas sociedades. Effectivamente, em côrtes reunidas por D. Fernando I em Lisboa, sendo-lhe representado e requerido por parte dos concelhos que as contendas entre christãos e judeus ou mouros fossem sómente julgadas por magistrados christãos, aquelle rei respondeu que os mouros e judeus tinham privilegio outorgado já pelos reis seus antecessores. Affonso III ordenou que os mouros livres de Lisboa, nas contendas que tivessem com christãos, propusessem as suas demandas perante os alvazis de Lisboa ou

¹ Sr. Dr. Mendes dos Remedios, *Os judeus em Portugal*, pag. 293; D. Fernando Garrido, *Historia da perseguições politicas e religiosas* (vers. port.), pag. 85 e seg.

perante o alcaide dos mouros, segundo o réo fosse christão ou musulmano.

De D. João I em diante, tem sido creados juizes, especiaes deputados para julgarem os pleitos entre christãos e mouros ou judeus, ou entre indivíduos destas classes, ficou incumbindo a estes juizes a decisão de taes pleitos, com excepção das terras que não tinham tal categoria de juizes, onde ficou vigorando o direito anterior. Effectivamente, D. Affonso V, ratificando a competencia destes juizes, creados no tempo de D. João I, em certas villas e cidades do reino, determinou que elles conhecessem de todos os feitos eiveis entre christãos e judeus, e que nos outros logares, onde taes juizes não existissem especialmente para isso deputados, fosse seguido o fôro do réo nos feitos eiveis que não tivessem dependencia de algum crime, observando-se o mesmo sendo a demanda entre judeu e mouro (Ord. Aff., liv. II, tit. XCII e c).

Mas qual seria o direito applicavel a estes pleitos mixtos? O Dr. Falcão distingue entre o caso de haver juizes especiaes e o caso de não haver estes juizes. No caso de haver juizes especiaes, applicava-se o direito commum, não só porque, em regra, a jurisdicção determina o direito, mas, tambem por causa da natureza rigorosamente obrigatoria de todas as leis que dispõem sobre collisões; no caso de não haver juizes especiaes, applicava-se o direito do réo, não só porque a intima ligação que existe entre a jurisdicção e o direito assim o exigia, mas tambem porque era a pratica seguida antes das innovações introduzidas no codigo affonsino.

O Sr. Dr. Guimarães Pedrosa criticou, com toda a razão, a doutrina do Dr. Falcão, na parte que considera applicavel aos pleitos mixtos o direito

commum, quando havia juizes especiaes. Os argumentos apresentados pelo Dr. Falcão para mostrar que nas terras onde não havia juizes especiaes deveria seguir-se o direito do réo, têm igual applicação e igual valor concludente nos casos de haver taes juizes. A affirmação de que, em regra, a jurisdicção determina o direito, pouco valor pôde ter, não só por causa das excepções que soffre, mas tambem porque a legislação relativa a mouros e a judeus era uma legislação geral em todo o reino, sendo sempre a mesma para os judeus e para os monros, qualquer que fosse o logar onde elles fossem encontrados.

Não ha razão alguma tambem para que indivíduos da mesma religião e origem, habitando o mesmo pais, fossem julgados de maneira diversa, conforme no logar houvesse ou não juizes especiaes. O espirito de egualdade que se manifesta, em geral, no que diz respeito a todos os judeus ou a todos os mouros do pais, fosse qual fosse a localidade que occupassem no reino, oppõe-se a uma tal distincção.

O direita era geral antes do estabelecimento dos juizes especiaes, e, por isso, não sendo acompanhada a criação destes juizes de alteração no direito, este deveria continuar a persistir do mesmo modo. E, depois, não se estava no campo severo e absoluto do direito territorial, mas defrontavam-se legislações pessoaes, umas e outras garantidas no sejo do pais ¹.

¹ Dr. Lucas Falcão, *Do direito internacional privado*, n.º 23; Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pag. 154 e seg.

§3.º

Hereticos

SUMMARIO : — 104. Condição dos hereticos no direito romano. — 106. Os hereticos no direito wisigothico. — 106. Os hereticos na Reconquista. — 107. Os hereticos no direito portuguez. — 108. A Inquisição. — 109. A liberdade religiosa.

104. Condição dos hereticos no direito romano. — Como nota Paul Viollet, sob os imperadores christãos, a liberdade religiosa existia unicamente em raros intervallos, que se podem considerar como pbases de transição entre a perseguição pagã contra os christãos e a perseguição cristã contra os pagãos e hereticos.

O direito romano, e especialmente o Codigo Justinianeu, contem as mais severas disposições contra os hereticos, e de que já se tinham servido os imperadores para reprimir as numerosas heresias que appareceram depois que o christianismo conseguiu triumphar. Sob a influencia destas disposições, os hereticos soffreram uma tal limitação de capacidade jurídica que quasi confina com a total privação delia. Effectivamente, não tinham nem a testamentificação activa, nem a passiva, eram incapazes de occupar qualquer dignidade, de contrahir obrigações, de servir de testemunhas contra os crentes, chegando até os filhos a ser feridos de infamia.

Isto é claro não fatiando nas penas positivas que lhes foram inflingidas, entre as quaes se encontram a pena de morte e a de exílio. O Codigo Justinianeu no titulo V do livro I menciona umas trinta heresias,

e manda desterrar todos aquelles que as professem. Enquanto aos manicheus ordena que sejam punidos com o ultimo supplicio ¹.

105. Os hereticos no direito wisigothico. — Os barbaros foram muito mais tolerantes. Arianos, não perseguiram os catholicos; convertidos, foram bastante indulgentes para com os que persistiram nas antigas crenças. O titulo *De Haereticis*, que no Codigo Theodosiano continha sessenta e seis leis, desaparece no Breviario de Alarico. Do titulo *De Apostatis* que naquelle codigo comprehendia oito leis, sómente uma, a terceira, que condemna a apostasia dos christãos que se tornam pagãos ou judeus, passa para o Breviario de Alarico, talvez por ser applicavel a catholicos e a arianos.

Alguns escriptores têm procurado explicar esta tolerancia como uma consequencia da heresia ariana que os godos professavam. Mas, se a politica religiosa deste povo tivesse sido intolerante, o Breviario de Alarico teria applicado á Igreja godo-ariana os privilegios que as leis theodosianas concediam á Igreja catholica, condemnando como hereticas todas as seitas dissidentes da fé dos vencedores, e perseguindo os catholicos, como faziam os vandalos na Africa, que martyrizavam os catholicos, qualificando-os de hereges homousianos.

Parece que a verdadeira explicação do facto se deve encontrar no direito germanico, que, contrariamente á legislação imperial, nunca considerou a heresia um crime publico. A unidade religiosa, por isso, não se impunha coactivamente.

¹ Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 48; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 337 e seg.

A unica excepção á tolerancia goda encontra-se no manicheismo. A Novella II de Valentiniano II, que mandava perseguir e castigar como sacrilegos e expulsar das cidades os manicheus, passa para o Breviario de Alarico. Talvez esta doutrina fosse a applicação logica do principio geral de governo, qae, consciente oa inconscientemente, professaram os redactores do Breviario de Alarico, de admittir a tolerancia de todas as seitas, com excepção das qae se opposessem à moral.

A moderação que se nota na *Lex romana wisigothorum* desaparece em grande parte no codigo wisigothico, pois ahi as leis de Recesvindo punem os hereticos com a infamia, confisco dos bens e exílio (cod. wis., liv. XII, tit. 11, l. 4). Não apparecem, porém, no codigo wisigodo, disposições a respeito de heresias determinadas, fallando a legislação de Recesvindo dum modo geral, dos erros bereditos, sem uma referencia especial a qualquer seita ¹.

106. Os hereticos na Reconquista. — O estado da Península, nesta epocha, dominada por povos e religiões diversas, era profundamente favoravel ao desinvolvimento de heresia, cujo successo o fanatismo e a ignoraocia do tempo deviam augmentar. E assim vemos apparecer as heresias de Migecio, de Felix e Elipando, defendendo estes ultimos as doutrinas adopcionistas, segundo as quaes Christo era filho adoptivo de Deus. O adopcionismo deu até origem a uma disputa muito importante a respeito da con-

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. III, pag. 375 e seg.; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 247 e seg.; Menendez Pelayo, *Historia de los heterodoxos*, tom. I, pag. 163 e seg.

substancialidade do Verbo, revelando a perspicacia e a subtileza dos theologos da Hespanha nesta epocha.

À Igreja impunha aos hereticos diversas penas, como o confisco dos bens, a privação dos cargos, a prisão e a excommunhão. Mas, não obstante a tradição da epocha relativamente ao dever que tinham os Estados de punir os delictos religiosos, tradição restaurada no seculo XII, por concílios e papas, que exhortaram neste sentido os reis, parece que este principio não foi admittido na Península antes do seculo XIII.

O mesmo aconteceu além dos Pyreneus, pois neste período também ali se não fez sentir a intervenção do braço secular na punição dos hereticos, tendo bastado, segundo nota Glasson, o poder ecclesiastico para os conter em respeito. É por isso que não apparece nas capitulares nenhuma disposição que tenha por objecto ferir os hereticos de incapacidades civis ou politicas ¹.

107. Os hereticos no direito portuguez. — O direito canonico, como producto duma religião que não póde evitar a intolerancia, estabeleceu no seculo XIII muitas disposições contrarias á liberdade de consciencia, que a Igreja condemnou constantemente para realizar a convergencia das crenças. Entre essas disposições, salientam-se as formuladas pelo concilio de Latrão de 1215, que confirmou a legislação romana

¹ Glasson; *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. II, pag. 608 e seg.; Amaral, *Memoria IV para a historia da legislação e costumes de Portugal*, nas *Memorias de litteratura portuguesa*, tom. II, pag. 74 e seg.; Menendez Pelayo, *Historia de los heterodoxos espanoles*, tom. I, pag. 265 e seg.

contra os hereticos na sua revoltante dureza e na sua sinistra violencia.

Os bens dos hereticos e dos seus fautores devem ser confiscados. Os convencidos de heresia devem ser entregues ao braço secular para serem punidos. Os principes são obrigados a exterminar todos os hereticos dos seus Estados, perdendo a sua dignidade, quando isto não façam. Os fautores dos hereticos são declarados infames, incapazes de testemunhar, de estar em juizo, de exercer funções publicas., etc. Com mais forte razão, estas incapacidades feriam os proprios hereticos, quando se lhes conservava a vida.

Innocencio IV, em 1254, renovou as leis severas promulgadas por este concilio, excommungando os hereticos e os seus fautores, declarando-os indignos de todas as funções publicas, prohibindo-os de testemunhar, e tornando-os incapazes de succederem e de fazerem testamento. A Igreja, como diz Tissot, julgou que a força podia ser empregada contra a consciencia sem violar a justiça, ou que a injustiça, deixava de ser injustiça, quando o interesse se encontrava de accordo com ella.

Foi grande a influencia que o direito canpnico exerceu sobre a nossa legislação relativamente a este assumpto. D. João I confirmou as penas estabelecidas pelo direito commum contra os hereges, determinando, além disso, que dos seus bens se fizesse como elle mandasse e fosse sua mercê. D. Affonso V sancionou estas providencias, e, declarando que o conhecimento dos feitos de heresia pertencia principalmente aos juizes ecclesiasticos, dispôs que os processos das condemnações fossem enviados aos desembargadores da justiça, para que estes os vissem e executassem conforme achassem de direito,

visto os juizes ecclesiasticos não poderem fazer taes execuções por serem de sangue.

E D. Affonso V não deixa de insistir na doutrina canonica de que ao príncipe compete punir *os pec-cados e maldades tangentes ao Senhor Deus, de cuja mão tem o regimento e seu Real Estado... aquella que o assy nom fezesse, deveria seer reputado por indigno, e desmerecedor da merece, e beneficio, que delle recebeo* (Ord. Aff., liv. v. tit. I).

As Ordenações Manuelinas tornaram ainda mais claras estas disposições, estabelecendo que os hereges, alem das penas corporaes que lhes forem dadas no juizo ecclesiastico, soffram tambem o confisco dos bens, posto que tenham filhos (Ord. Man., liv. v, tit. II).

Na lucta contra as heresias dos seculos XII e XIII a victoria pertenceu á Igreja, deduzindo dahi nova força o poder do papado. O mesmo não aconteceu na guerra que a Igreja moveu no seculo XVI á Reforma protestante. Tambem então a Igreja recorreu ás velhas armas que antes tinham empregado com successo. O papa Paulo IV promulgou em 1559 uma bulia em que se encontram quasi textualmente reproduzidas as penas comminadas no seculo XIII aos hereticos. Os tempos, porém, tinham mudado. A Edade Media já tinha terminado, a Igreja estava decadente e a violencia não podia dar o resultado desejado.

O fanatismo e a reacção religiosa mancharam de sangue as paginas da historia desta epocha. Mas, no meio das perseguições, das dores e dos martyrios que se desencadearam sobre a humanidade, foi-se desinvolvendo o germen da liberdade do pensamento, da fé e do culto, que unicamente deu todos os seus fructos nos tempos modernos, quando se reconheceu

que nenhum homem tem o direito de impôr aos outros as suas convicções religiosas. E o mais notavel é que os reformados deram provas da mesma intolerancia religiosa que os catholicos, como o demonstra claramente o procedimento de Calvino, fazendo queimar Servet em 1553 e escrevendo uma dissertação para estabelecer que os hereticos devem ser punido com a pena de morte: *jure gladii coercendos esse hoereticos*.

Não admira nestas condições que as disposições das Ordenações Manuelinas persistissem nas Ordenações Philippinas, esclarecendo-se unicamente as duvidas que podia suscitar o confisco dos bens dos hereges, quando elles possuíam algum prazo (Ord. Filip., liv. v, tit. 1) ¹.

108. A Inquisição. — A fórma mais repugnante que revestiu a intolerancia religiosa na edade moderna encontra-se na Inquisição. O tribunal da Inquisição, creado por Innocencio III no seculo xii, conseguiu penetrar dentro em breve na Hespanha, apparecendo no principio do seculo xv organizado neste pais com estatutos regulares. Os reis catholicos, porém, conseguiram de Sixto IV em 1478 a reforma deste tribunal, obtendo uma bulia que lhes permittiu nomear dois ou tres bispos ou arcebispos ou outros varões probos e honestos, para que fossem inquisidores, em qualquer parte do reino, usando a respeito dos hereges do poder, jurisdicção e auctoridade de que usam e podem usar, assim de direito,

¹ Violett, *Histoire du droit civil français*, pag. 337 e seg.; Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 49 e seg.; Salvioli, *Storia del diritto italiano*, pag. 248 e seg.; Tissot, *Introduction philosophique à l'étude du droit*, pag. 81.

como de costume, os juizes ecclesiasticos ordinarios. Com estes caracteres de especialidade e de dependencia do poder civil e de exclusão da jurisdicção ordinaria dos bispos, começou em 1480, em Sevilha, a Inquisição hespanhola. Em harmonia com a reforma de Sixto IV, se a Inquisição devia voltar a sua attenção para os judeus apostatas, não devia tambem esquecer todos os actos hereticos, que ficavam debaixo da sua jurisdicção.

O zelo fanatico e cruel dos inquisidores, e nomeadamente do lugubre e sinistro personagem, que se chama Torquemada, transformou este tribunal numa instituição feroz e sanguinaria, cuja historia é uma serie de horrores e de attentados vergonhosos. Nos dezoito annos do ministerio daquelle terrível inquisidor, foram processadas 105:294 pessoas, das quaes 8:000 foram realmente queimadas e 6:500 o foram em effigie.

Não tardou a apparecer o desejo de estabelecer em Portugal a Inquisição, não só pelo fanatismo religioso do tempo, mas tambem pela cubica que excitavam os bens dos judeus. A tendencia para o absolutismo, que se accentuava na evolução politica) da epocha tambem contribuiu para a introducção dum tão sinistro tribunal entre nós, desde o momento em que elle podia ser um instrumento de dominio e de oppressão, ao serviço do poder real.

O dinheiro e a influencia dos judeus, bem como as dissidencias que appareceram entre a Guria e a Corôa sobre ser o nuncio ou um inquisidor portuguez encarregado desta commissão, fizeram protrahir a] resolução deste negocio, até que D. João III; assignalou lugubrememente a historia do, seu reinado, obtendo, depois de varios insuccessos, do papa Paulo III, em bulia de 23 de março de 1536, *Cum*

ad nihil magis, o effectivo estabelecimento da Inquisição no nosso paiz. Este tribunal, tambem chamado *Santo Officio da Inquisição*, conhecia dos negocios pertencentes á fé, extendendo-se a soa jnrisdicção não só contra os herejes, judeus; mahometanos e seus fautores, mas tambem contra todos os crimes que induzissem ainda leve suspeita de erro na crença, dando-se a esta competencia uma tamanha amplitude que ninguem se podia considerar seguro.

O processo perante este tribunal era secreto, informe e arbitrario, não havendo meios de defesa e sendo os réos arrancados ao seio da família e lançados nas masmorras da inquisição, sem delles haver mais noticia. A tortura era largamente empregada como meio de extorquir ao supposto criminoso a confissão dum delicto que elle muitas vezes ignorava, e a denuncia dos cumplices.

Além das penitencias e penas canonicas, o tribunal applicava penas temporaes, abundando a de confisco, que era muito difficil de evitar.

Quando os réos incorriam na pena de morte, eram relaxados ao braço secular, que, sem examinar os processos, os enviava para as fogueiras dos autos de fé.

A Inquisição mereceu um favor especial aos nossos monarchas, que lhe consignaram differentes bens e dotações, ao mesmo tempo que lhe augmentavam a jnrisdicção e mandavam executar com todo o cuidado as penas que ella impunha. D. João IV lembrou-se de a reformar e de a privar da pena do confisco, mas o poder do terrível tribunal ainda era tamanho, que o cadaver deste rei teve de passar por uma absolvição solemne para obter sepultura ecclesiastica. Até ao anno de 1732 foram condemnados ao fogo 1:454 indivíduos!

A opressão dos *christãos novos* revestia uma fôrma odiosa, pois não só eram as victimas mais procuradas do Santo Officio, mas tambem lhes era vedada a entrada nos empregos, benefícios e cargos publicos. Sujeitaram-se aquelles que aspiravam ás ordens ecclesiasticas ou aos empregos publicos a uma inquisição de genere, a fim de se verificar se eram de raça de judeus, mouros, herejes e gentios.

O Marquês de Pombal acabou com a categoria dos christãos novos, abrindo-lhes a carreira das honras e dos empregos publicos e punindo aquelles que os insultassem, e reformou, pelo alvará de 1 de setembro de 1774, o tribunal da Inquisição, a fim de o desprender do character puramente ecclesiastico que até ahi conservou, e de o emancipar da influencia pontificia, que nelle predominava. Convertido em tribunal regio, o Marques de Pombal aproveitou-se delle para perseguir, como sigilistas e *jacobeus*, todos os que não approvavam as suas reformas, fazendo condemnar como hereje e relaxar o jesuíta Malagrida, que foi a ultima victima da Inquisição, condemnada á morte. Desde então por diante a Inquisição, em desharmonia com as ideias da epocha, entra num periodo de profunda decadencia e descredito de que nunca mais se levantou.

E' por isso que nas côrtes constituintes de 1821-1822 este tribunal foi abolido por unanimidade pela lei de 5 de abril de 1821. Entre os votos emitidos, merece especial menção o de Castello Branco, que, apesar de Inquisidor, declarou ser pela abolição do Santo Officio, como representante da nação, por o julgar inutil e incompatível com as luzes do seculo e com o governo constitucional.

A Inquisição, com o seu cortejo de horrores, foi uma das maiores calamidades que pesaram sobre o

povo português, esterilizando todos os elementos de prosperidade pública e de aperfeiçoamento moral do país. Não houve atrocidade que se não commettesse sob o pretexto de crimes religiosos. Entre as victimas de tão nefando e horrível tribunal, contam-se todos aquelles que se salientaram pelo espirito da soa iniciativa individual, como o sabio lente da Universidade e uma das maiores illustrações do seu tempo, Antonio Homem, que acabou tragicamente nas fogueiras da Inquisição. Prendiam-se os pretendidos berejes sem indícios suficientes, retinham-se nas masmorras annos e annos sem processo, e queimavam-se sem piedade, apesar de se apresentarem como verdadeiros christãos. E' nestes tres factos, diz Herculano, que se resume, a historia da mais atroz e da mais anti-christã instituição que a maldade humana pôde inventar: — nas captoras arbitrias; nos longos captiveiros sem processo; nas fogueiras, devorando promiscuamente o christão e o judeu, para honra e gloria de Deus ¹.

109. A liberdade religiosa. — As ideias de tolerancia e liberdade religiosa levaram muito tempo a triumphar. Tendo encontrado nos seculos xvi e xvii notaveis defensores em França, receberam

¹ Herculano, *Historia da origem e estabelecimento da Inquisição em Portugal*, tom. I, II e III; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal*, pag. 148 e seg. e 225 e seg.; Mello Freire, *Institutiones juris criminalis*, tom. II, § 11º e nota; Sr. Dr. Affonso Costa, *Lições de organização judiciaria do curso de 1898-1899*, pag. 140 e seg.; Clemente José dos Santos (Barão de S. Clemente), *Documentos para a historia das côrtes geraes na nação portugêsa*, vol. I, pag. 181 e seg.; D. Rafael Altamira, *Historia de Espana y de la civilización espã-nola*, tom. II, pag. 431 e seg.

um energico impulso do movimento philosophico do seculo XVIII, principalmente com o *Traité sur la tolérance* de Voltaire, publicado em 1763.

Foi, sob a influencia deste movimento, que Luiz XVI promulgou o edicto de 19 de novembro de 1787, que assegurou a liberdade de consciencia e cultos aos protestantes, equiparando-os aos catholicos, quanto aos direitos civis. A constituição de 1791 confirmou o edicto, extendendo os seus effeitos aos sequazes de todos os cultos. E, embora os actos da revolução nem sempre se conformassem com esta doutrina, o certo é que ella triumphou depois em todas as constituições que saíram dos movimentos políticos inspirados por aquella gloriosa revolução.

As nossas constituições foram, porém, pouco liberaes nesta materia. A constituição de 1822 declarava a religião catbolica a religião da nação portuguesa, permittindo aos estrangeiros o exercicio particular dos seus respectivos cultos e salvando aos bispos a censura dos escriptos publicados sobre dogma e moral, tendo o governo de auxiliar os mesmos bispos para serem punidos os culpados (artt. 25.º e 8.º). A Carta Constitucional declara que ninguem póde ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não offenda a moral publica, mas, ao mesmo tempo, dispõe que a religião catbolica continua a ser a religião do reino, sendo todas as outras religiões toleradas aos estrangeiros com o sen culto domestico ou particular, em casas para isso destinadas, sem fórmula alguma exterior de templo (art. 145.º, § 4.º e art. 6.º). A Constituição de 1838 limitou-se a eliminar a segunda parte do art. 6.º da Carta e a redigir o § 4.º do art. 145.º nos seguintes termos: Ninguem póde ser perse-

guido por motivo de religião, comtanto que respeite a do Estado (artt. 3.º e 41.º).

Apesar de todas as hesitações, não póde haver duvida a respeito da orientação da Carta no sentido da liberdade religiosa. Effectivamente, o argumento deduzido contra ella do art. 6.º é um argumento a *contrario sensu* e como tal de pouco valor. O argumento unicamente teria valor, se o artigo dissesse que as outras religiões serão só permittidas aos estrangeiros ou que não serão permittidas aos nacionaes. O art. 6.º da Carta tem de se combinar com o § 4.º do art. 145.º, donde deriva que o individuo póde seguir a religião que quizer, comtanto que respeite a do Estado e não offenda a moral publica.

A carta devia ser mais clara e ir mais longe, pois ella, tolerando simplesmente os outros cultos, suppõe á existencia dum Estado confessional, que julga necessario fazer, como pessoa collectiva, profissão dum determinado culto, como se tivesse, como as pessoas physicas, uma alma a salvar. E' por isso que o Estado, vendo-se obrigado a admittir no seu territorio outros cultos, não o faz sem os reprovar e os considerar com uma certa aversão confessional, isto é *tolerando-os*. Isto não se harmoniza com o Estado moderno, que deve respeitar o sentimento religioso, sem professar uma determinada religião e sem considerar, com menor respeito e sympathia, os coitos seguidos pela minoria da nação. O Estado moderno não póde faltar de tolerancia religiosa, mas de liberdade religiosa, pois a primeira representa uma concessão graciosa do Estado e esta um direito do cidadão 1.

¹ Ruffini, *La libertà religiosa*, tom. I, pag. 5 e seg.; Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 52; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 364.

SECÇÃO IV

Pessoas com capacidade jurídica limitada em
virtude de motivos moraes

I Libertinos

SUMMARIO : — 110. Conceito dos libertinos no direito romano.
111. Sua condição jurídica neste direito. — 112. Os libertinos no direito germanico. — 113. Condição jurídica dos libertinos entre os visigodos. — 114. Categorias de libertinos admittidas no direito wisigothico. — 115. Os libertinos na Reconquista. — 116. Os libertinos no direito portugues.

110. Conceito dos libertinos no direito romano. — Aquelle que, tendo sido legalmente escravo, se tornou livre, chamava-se *libertino*, quando se considerava nas suas relações com a sociedade, e *liberto*, quando se considerava nas suas relações com o patrono, isto é, com o seu antigo senhor.

A expressão *libertino* contrapunha-se á de *ingenuo*, que designava o individuo que, nascendo livre, nunca tinha deixado de o ser. O filho de dois libertinos, como nascia livre, ficava sendo ingenuo, pelo menos no ultimo estado do direito. Inversamente, o que se tornasse escravo perdia a ingenuidade não a podendo jamais recuperar, a não ser que se encontrasse na situação do captivo a quem se restituíssem retroactivamente todos os direitos, em virtude do *juspostliminii*.

Para que o individuo se tornasse libertino era necessario que elle fosse emancipado duma escravidão legal (*justa servitus*), e não duma escravidão de facto, na qual tivesse vivido por erro ou em virtude dum crime.

Já vimos as categorias de libertinos que apareceram no direito romano e o modo como se formaram estas categorias. Essas categorias são libertinos *cidadãos*, *libertinos latinos junianos* e *libertinos dediticios* ¹.

111. Sua condição jurídica neste direito. — A condição jurídica dos libertinos era diversa conforme eles eram *libertinos cidadãos*, *libertinos latinos junianos* ou *libertinos dediticios*.

a) *Condição jurídica dos libertinos cidadãos*. — Apesar desta categoria de libertinos ter o direito de cidade, sendo, por isso, a mais favorecida, ainda assim apresentava um certo número de inferioridades relativamente aos ingenuos. Não tinham o *jus honorum*, isto é, o acesso às magistraturas; possuíam um *jus suffragii* illusório, pois só podiam votar nos comícios por tribos, repartindo-os os censores pelas tribos urbanas, com o fim de diminuir a sua influência; gozavam do *jus commercii* e do *jus connubii*, sendo, porém, proibido durante muito tempo o casamento entre *ingenuos* e *libertinos*, proibição que Augusto limitou aos senadores e aos seus filhos.

Contrariamente ao que acontecia sob a república, os libertinos podiam adquirir individualmente, por favor do príncipe, uma condição jurídica igual á dos ingenuos. Isto realizava-se: pela concessão do *jus aureorum anulorum*, privilegio dos cavalleiros, e que assimilava o libertino ao ingenuo, tanto sob o aspecto do direito publico, como sob o aspecto do direito privado, deixando, porém, subsistir os direitos do

¹ Serafim, *Instituzioni di diritto romano*, tom. I, pag. 127 e seg.

patrono; pela *restitutio natalium*, que dava ao libertino uma ingenuidade completa, visto extinguir os direitos do patrono, não podendo, por isso, ser concedida sem o consentimento deste.

b) *Condição jurídica dos libertinos latinos junianos.* — Os libertinos latinos junianos eram não só os libertinos da lei Junia e da lei Aelia Sentia, mas também, em virtude dum edicto de Claudio, o escravo que se tornasse livre, por ser abandonado velho e doente pelo seu senhor, e, em virtude duma constituição de Constantino, o escravo denunciador dum crime de rapto. A condição jurídica dos libertinos latinos junianos era inferior á dos *libertinos cidadãos*, visto elles não terem nenhuns direitos políticos, e, dos direitos privados, gosarem unicamente do *jus commercii*, faltando-lhes, por isso, o *jus connubii*.

A lei *Junia Norbana* feria-os, além disso, de varias incapacidades, não podendo, por isso, testar, receber uma successão testamentaria ou um legado, nem ser nomeados tutores. Em compensação, foi muito favorecida a aquisição do direito de cidade por estes indivíduos, no tempo do Imperio, permittindo-se-lhes obter tal direito por modos muito numerosos, como pela repetição nas condições legaes da manumissão irregular, pela concessão expressa do imperador, por serviços importantes prestados ao Estado, pelo casamento com uma romana ou uma latina deante de sete testemunhas, donde houvesse um filho dum anno.

c) *Condição jurídica dos libertinos dediticios.* — A condição jurídica dos libertinos dediticios era a peor da dos libertinos, pois não tinham direitos políticos, nem o connubium nem o commercium sendo-lhes até prohibido encontrar-se em Roma ou num raio de cem milhas, sob pena de recaírem na escravidão e de serem vendidos com a condição de não poderem

ser manumittidos. Não tinham meio algum de adquirir o direito de cidade. Esta condição era uma consequencia do passado destes libertinos como escravos, o qual fazia presumir que elles seriam cidadãos perigosos.

No ultimo estado do direito romano, desapareceram estas differenças que se davam entre os libertinos, visto Jntiniano ter supprimido os libertinos latinos e os libertinos dediticios, não reconhecendo senão uma classe de libertinos, os libertinos cidadãos. Foi ainda mais longe, fazendo desaparecer quasi toda a differença entre ingenuos e libertinos, estabelecendo que a manumissão dava direito ao jus *aureorum anulorum* e que a *restitutio natalium* dependia unicamente da vontade do patrono, não sendo necessaria uma decisão do imperador.

Às relações do liberto com o patrono eram as mesmas, qualquer que fosse a classe a que elle pertencesse, com excepção de certas differenças, pelo que respeita ao modo de regular a successão. O liberto devia ao seu patrono a sua existencia civil e, por isso, encontrava-se relativamente a elle numa situação analogá do filho para com o pae, tomando o seu nome, tendo o seu domicilio legal e fazendo parte da sua *gens*.

Além disso, ficava sujeito a certas obrigações para com o patrono, que constituíam os jura *patronatus* ou direitos de patronato, que passavam para os filhos agnados do patrono. Podiam reduzir-se estas obrigações a tres grupos:

a) *Obsequium*; b) *Operae*; c) *Bona*.

a) *Obsequium*. — O liberto devia respeito ao patrono, como o filho ao pae, estando primitiva-

mente sujeito á sua jurisdicção domestica e não podendo mais tarde perseguil-o judicialmente, sem auctorização do magistrado;

b) *Operae*. — Eram serviços que o liberto tinha de prestar ao patrono, em virtude de compromisso tomado para com elle. Podiam ser domesticos (*operae officiales*), continuando o liberto a desempenhar na casa do patrono as funcções que ali exercia como escravo; e de character pecuniario (*operae fabriles*), reservandose o patrono, numa certa medida, o producto do talento e da proGssão do liberto, direito que podia ceder a outrem e passava para os seus herdeiros;

o) *Bona*» — Finalmente, o patrono tinha direitos importantes relativamente a alimentos, á successão e á tutela do liberto 1.

112. Os libertinos no direito germanico. — No direito germanico tambem se encontra a distincção das pessoas em ingenuos e libertinos.

A condição jurídica do libertino era muito inferior relativamente á do ingenuo. Approximava-se mais da escravidão, do que da liberdade. Tacito diz que os libertinos estio pouco acima dos escravos e que têm pouca importancia no governo da casa e nenhuma no da cidade.

Daqui se deduz que os libertinos viviam numa certa dependencia civil e que careciam de direitos politicos. Não podiam, efectivamente, mudar de domicilio a seu talante e tinham de prestar uns certos serviços ao patrono, embora este os não

¹ Bry, *Principes de droit romain*, pag. 50 e seg.; Eugéne Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, pag. 76 e seg.; Bon-fante, *Instituzioni di diritto romano*, pag. 36 e seg.

podesse augmentar arbitrariamente: O estado servil não se encontrava eliminado mas modificado num sentido favoravel ao manumittido, que possuía um complexo de direitos, limitados pela sujeição ao patrono.

Quando a manumissão tinha sido solemne, então o manumittido não ficava na condição de libertino, visto gosar da plena liberdade. Não estava sujeito ao patrono, podendo abandonar o domicilio e estabelecer-se onde quizesse. Esta era a característica da plena liberdade ¹.

118. Condição jurídica dos libertinos entre os wisigodos. — Os libertinos não se encontram contrapostos, com o mesmo rigor do direito romano, na terminologia jurídica dos godos, aos ingenuos, pois nos documentos da Edade Media a expressão ingenuo tem dons sentidos, um restricto, designando o individuo que é livre por nascimento; ontro generico, sem olhar á origem da liberdade, compreendendo tambem o libertino.

Daqui não se conclua, porém, que a condição jurídica do libertino tinha melhorado, pois até peorou profundamente, em virtude da influencia das idéas germanicas. Effectivamente, a influencia das idéas germanicas na condição jurídica do libertino manifestou-se no sentido de rebaixar esta classe social, em harmonia com o modo de vêr destes povos, onde os libertinos se approximavam mais dos escravos do que dos ingenuos. A acção da corrente germanica

¹ Peres Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. I, pag. 476; Hinojosa, *Historia general del derecho espanol*, tom. I, pag. 333; Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 96 e seg.

estrangulou completamente o movimento do direito romano, no sentido de elevar cada vez mais o libertino.

Se a manumissão não tinha sido completa, o libertino pouco melhorava de condição, e, se o tinha sido, ficava sempre num estado muito inferior ao do ingenuo. Para melhor se apreciar, porém, a condição jurídica do libertino, torna-se necessário considerá-lo: a) em relação ao patrono: b) em relação á sociedade.

a) *Em relação ao patrono*, a condição do liberto era muito rigorosa. Primeiramente, o liberto não tinha obrigação de permanecer ao serviço do manumittente, nem ficava impedido de ter outro patrono. Este direito, porém, foi alterado, no sentido de se prohibir ao manumisso o abandono de quem lhe dera a liberdade, estabelecendo-se que quem desobedecesse a este preceito, não só perderia em beneficio do manumissor o que d'elle houvesse recebido, mas seria coagido a prestar-lhe os serviços derivados do patrocínio.

A evolução, porém, não ficou por aqui, pois uma lei, que parece ser de Egica (687-701), dispôs que fossem privados da liberdade os manumissos ou os seus filhos, que, em qualquer tempo e por qualquer subtileza, astucia, ou fraude, tentassem subtrair-se ao patrocínio dos manumissores ou dos seus descendentes (Cod. wis., liv. v, tit. vii, l. 20). O recrescimento de rigor que sobre a condição dos libertos se nota nos textos legais do imperio wisigothico parece significar, segundo nota o sr. Gama Barros, da parte dos manumittidos a existencia duma forte reacção para romperem os vínculos da sua antiga servidão, e da parte do poder publico a tendencia mais para a severidade do que para a tolerancia

com a classe dos libertos. É conveniente, porém, observar que o código visigótico desnatura o sentido da palavra *obsequium*, applicando-a ás prestações e serviços do liberto, quando em Roma significava os deveres de piedade e respeito para com os patronos.

b) *Em relação á sociedade*, a inferioridade jurídica dos libertinos revelava-se: a) na não admissão em juízo do testemunho dos libertinos, com excepção dos casos de minima importancia, em que se aceitava também o dos escravos (Cod. wis., liv. v, tit. VII, l. 42; liv. II, tit. IV, l. 9); B) na prohibição do consorcio do libertino ou dos seus descendentes com alguém da geração do manumissor, constituindo este facto um crime que importava a perda da liberdade (Cod. wis., liv. v, tit. VII, l. 47); y na avaliação da vida do libertino que se considerava como tendo metade do valor da do ingenuo, 250 soldos (Cod. wis., liv. VII, tit. IV, l. 16); na possibilidade do libertino soffrer a tortura em causas que tivessem metade do valor necessario para ella se applicar ao ingenuo (Cod. wis., liv. VI, l. 4) ¹.

114. Categorias de libertinos no direito visigótico. — As categorias de libertinos no direito romano também se encontram em parte conservadas e em parte modificadas.

a) *Libertinos cidadãos romanos e libertinos latinos*. — A classificação dos libertinos em cidadãos romanos, latinos e deditícios passa do Código Theodosiano para

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 48 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 258 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las institutio-nes sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 222 e seg.

o Breviario de Alarico, onde unicamente se omitta a classe dos dediticios, que já não tinha nenhuma razão de ser. No código visigótico não se falia dos libertinos latinos; applica-se, porém, a expressão cidadãos romanos a certos libertinos, donde se deduz, a contrario sensu, que também existia a outra categoria de libertinos (Cod. wis., liv. XII, tit. II, 1.13).

Parece estranho, á primeira vista, que se conservasse na Hespanha goda esta distincção, tão propria da organização civil e politica dos romanos, depois da concessão do direito de cidade a todos os subditos do Imperio. A estranheza, porem, desaparece, desde o momento em que se note que, depois de serem declarados cidadãos todos os habitantes do Imperio, a distincção entre cidadãos e latinos ainda subsistia relativamente aos libertinos. As idéas germanicas deviam actuar no sentido da conservação desta distincção, visto ellas não serem favoraveis á condição jurídica dos libertinos, como já tivemos occasião de observar. A differença entre libertinos cidadãos e libertinos latinos manifestava-se, segundo Perez Pujol, no direito de testar, que tinham os primeiros e que não possuíam os segundos. O libertino cidadão romano, diz Perez Pujol, podia fazer testamento, o libertino latino não, e por isso os bens, pela sua morte, ficavam pertencendo ao patrono ou aos seus filhos, como se nunca tivesse sido manumittido. A differença, por isso, entre libertinos cidadãos e libertinos latinos, versava sobre um ponto de grande interesse para os patronos,

A origem desta distincção entre libertinos cidadãos e libertinos latinos não se póde deduzir, como entre os romanos, da forma solemne ou particular da manumissão, pois as formulas visigoticas demonstram que na manumissão por escrito parti-

cular se costumava estabelecer que o libertino tivesse o character de cidadão. Da insistencia, porem, com que as formulas empregam as palavras *ingenuo e cidadão romano* deve deduzir-se até que a manumissão não tornava o libertino cidadão romano, desde o momento em que se não consignasse no titulo esta clausula. E' por isso, sem duvida, que os praticos organizaram as formulas daquelle modo.

b) ***Libertinos idoneos e inferiores ou rusticos***, — Dividiam-se tambem os libertinos em *idoneos*, *inferiores* ou *rusticos*, como os escravos. A condição juridica dos libertinos *idoneos* era superior á dos libertinos *inferiores* ou *rusticos*. A differença revelava-se principalmente em o libertinio idoneo só poder ser posto a tormentos em causas cujo valor chegasse a 250 soldos, contrariamente ao *inferior*, que já o podia ser nas que se elevassem a 100 soldos.

c) ***Libertinos fiscaes***. — Havia ainda os libertinos fiscaes e libertinos da Igreja. A respeito dos libertinos fiscaes pouco dispõe o direito wisigothico, naturalmente porque esta classe de pessoas devia ser muito reduzida, desde o momento em que os escravos fiscaes, em virtude das vantagens de que gosavam, pouco podiam lucrar com a manumissão. O codigo wisigothico limita-se a prohibir a manumissão dos escravos fiscaes ou dos seus proprios escravos, sem licença regia, devendo quanto aos primeiros ser firmado pela mão do monarcha o titulo da manumissão (Cod. wis., liv. v, tit. vii, l. 15 a 16), e a impor-lhes, por lei especial, obrigações que o direito commum impunha a todos, como a de concorrerem com os seus descendentes ás expedições militares, sob pena de serem reduzidos a escravidão, desde o momento em que não

houvesse motivo legítimo de impedimento (Cod. wis., liv. v, tit. vii, 1. 19).

d) *Libertinos da Igreja*. — Relativamente aos libertinos da Igreja, é que não faltam disposições tendentes a collocá-los numa situação especial, não tendo duvida, por isso, Herculano em afirmar que, se á condição dos escravos da Igreja faltam caracteres especiaes que em relação á sociedade civil a differenciem claramente da dos escravos particulares, não se pode dizer outro tanto acerca dos libertinos.

Os manumissos, sem restricção alguma, entravam na classe dos ingenuos e ficavam emancipados de toda e qualquer inferioridade proveniente da sua origem (Cod. wis., liv. v, tit. ii, 1. 7).

Os manumissos com restricção ficavam perpetuamente vinculados á respectiva Igreja, determinando-se, por isso, que por morte do prelado elles apresentassem ao successor os títulos da manumissão e renovassem o reconhecimento dos seus deveres (Conc. de Toledo, iv, 633, canc. 70; iv, 638, can. 9 e 10).

Na mesma condição parece que ficavam os libertinos que pelos manumittentes seculares eram entregues ao patrocínio da Igreja, não consentindo a lei civil que os herdeiros do manumissor invocassem qualquer direito de domínio ou de patrocínio sobre elles (God. wis., liv. v, tit. vu, 1. 18) i.

115. Os libertinos na Reconquista. — A condição jurídica do libertino dependia inteiramente dos ter-

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 223 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 256 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 51 e seg.

mos em que fóra dada a alforria. Assim quando a manumissão era completa, o libertino não ficava sujeito ao patrocínio de pessoa alguma, e, em harmonia com as tradições antigas, entrava na classe dos cidadãos romanos. Quando a manumissão era restricta e incompleta, o libertino ficava sob o patrocínio do seu antigo senhor e tinha de cumprir as condições que tivessem sido estabelecidas na carta de alforria. Estes encargos passavam hereditariamente para os descendentes do libertino. Ha documentos dos seculos IX a XI, em que orna pessoa dispõe dos libertos de seus avós, o que não se póde evidentemente referir a estes libertos, mas sim aos que descendem delles. A maior parle das manumissões deste período, porém, são completas e não restrictas, como mostram os documentos que delias se occupam.

Os libertinos ecclesiasticos ficavam vinculados perpetuamente ao patrocínio da Igreja, em virtude da maxima de que a Igreja nunca percia. Podiam obter, porém, a liberdade ampla e completa, fazendo o sacrificio dos bens do seu peculio e offerecendo-os á Igreja. Muitos senhores, ao manumittir os seus servos, collocavam-nos frequentemente sob a tutela e protecção das Igrejas e mosteiros. Não tinha esta pratica por fim submeter os libertinos a uma nova servidão, mas garantir-lhes uma liberdade, que, doutro modo, não poderia ser muito segura, em virtude da anarchia da epocha. Para evitar abusos que as Igrejas pudessem commetter, costumavam os senhores estabelecer a condição de que os libertinos se pudessem apartar, verificando-se aquelles factos, desta tutela e queixar-se ao rei, bispo ou conde.

A liberdade dada ao adscripto não se concebe, como muito bem nota Gama Barros, sem de necessidade involver para elle o direito de continuar, como

liberto, a possuir alguma terra, ou seja o peculio, ou seja a mesma gleba a que estivera adscripto; do contrario, resultaria que, pelo facto da manumissão, o liberto podia ficar sem terra e portanto em situação mais desfavoravel do que a do seu estado anterior, quando ainda era servo.

Supponhamos, continna o mesmo insigne historiador, que no mesmo acto se transmitia o domínio sobre o predio e se dava a liberdade aos adscriptos que o cultivavam. Póde acaso admitir-se que ao novo senhor do domínio assistia, em absoluto, o direito de tirar a terra a esses libertos ? Não o acreditamos, porque repugna á doutrina da adscrição que dependesse legitimamente do arbítrio do proprietario romper, por algum modo desfavoravel para o adscripto, a indissolubilidade dos laços entre este e a gleba; e, no caso supposto, admittido o effeito que contestamos, a manumissão podia dar esse resultado. Evidentemente, o que o novo dono do solo tem direito, na nossa bypothese, a exigir dos libertos não é que lhe larguem as glebas, mas sim que lhe satisfaçam os mesmos encargos, serviços ou prestações a que elles estariam sujeitos para com o manumissor, se este houvesse conservado em si o predio.

E tanto devemos crer que o direito e o facto, conclue Gama Barros, eram esses, que nas manumissões restrictas a differença entre os vinculos que prendiam o adscripto e os vinculos que o prendem ainda, depois que é liberto, são bem difficeis de distinguir e mais parecem nominaes do que reaes; ao passo que, nas manumissões plenas, a differença de condição apparece bem manifesta, porque o manumisso tem o direito de seguir o destino quo quizer. Mas, devendo esta alforria considerar-se superior aquella, é forçoso reconhecer que o liberto

plenamente livre podia de motu proprio abandonar a terra, mas não devia ser arbitrariamente privado delia.

Esta doutrina de Gama Barros está em harmonia com a de Fustel de Coulanges, que, estudando a condição jurídica dos libertinos de servos da gleba, mostra que a sua emancipação nunca trazia consigo a privação da terra, pois do contrario elles ficariam sem meios de vida. Fustel de Coulanges intende até que a situação destes libertinos em relação á terra não se distinguia da dos adscriptos senão no nome ¹.

116. Os libertinos no direito portugûes. — Os libertinos no direito portugûes ficavam na condição jurídica que tinham no ultimo estado do direito romano. O Alvará de 16 de janeiro de 1773 faz uma referencia expressa a esta condição, determinando que toda a pessoa que nascesse em Portugal depois da sua publicação nascesse livre e ficasse como tal habil para as honras e officios, sem a nota de liberto, que os romanos tinham admittido, mas que se não harmonizava com a civilização moderna.

Nada dizem as Ordenações sobre a condição do libertino, mas applicava-se evidentemente o direito romano sobre este assumpto, como se vê dos praxistas. A unica excepção a este silencio das Ordenações encontra-se na prescripção de que o padroeiro podia revogar a alforria por ingratidão do liberto ².

¹ Munoz y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y Léon*, pag. 89 e seg.; Fustel do Coulanges, *L'alleu et le domaine rural*, pag. 392 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal nos seculos XII a XV*, tom. II, pag. 83 e seg.

² Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. I, pag. 100.

SECÇÃO V

Pessoas com capacidade jurídica limitada em virtude de causas jurídicas

Clientes

SUMMARIO : —117. A antiga clientela romana. —118. A nova clientela romana. — 119. A clientela no direito germanico. — 120. A clientela no direito wisigothico. Bucellarios. — 121. A clientela na Reconquista. Malados. — 122. A maladia no direito português.

117. A antiga clientela romana. — Os clientes constituíam uma classe de romanos, de condição inferior, vinculados aos patrícios por certas obrigações hereditarias, recebendo, em troca, delles auxilio e protecção. O patrício protector denominava-se *patronus*. As normas legaes reguladoras das relações entre patronos e clientes constituíam *o jus patronatus*.

A origem da clientela constituo uma questão muito controvertida. Segundo os auctores antigos, como Plutarcho e Dionísio d'Halicarnasso, a clientela derivou dum simples decreto de Romulo. Esta opinião, porem, não pode resistir- á critica scientifica, pois, por um lado, a clientela é uma instituição commum a todos os povos arianos, num certo período do seu desinvolvimento historico, e, por outro, é perfeitamente incomprehensivel que a vontade dum homem fosse sufficiente para crear uma distincção tão profunda e radical, como a que se dava na sociedade romana, entre patronos e clientes.

Segundo outros escriptores, como Goettling, a clientela teve por origem o *asylum*, formando-se de refugiados acolhidos na cidade, em virtude do direito

de asylo. O *asylum*, porem, é uma instituição hellenica, introduzida em Italia, muito posteriormente a existencia da clientela.

Segundo outros escriptores, como Niebuhr e D'Aguanno, a clientela ter-se-hia constituído á custa dos estrangeiros que se vinham estabelecer em Roma e que, vendo-se privados de direitos no Estado, se collocavam sob a protecção dos patrícios. Esta opinião, porem, não explica como é que os patrícios se vincularam voluntariamente para com estes estrangeiros, por meio de obrigações, sancionadas pela lei religiosa.

Segundo outros escriptores, como Mommsen, Bouché-Leclercq e Fustel de Coulanges, a clientela deriva dos escravos e dos seus descendentes, libertos de facto, e sem que para isso se empregassem as formalidades legaes da *manumissio*. Esta theoria explica a analogia entre as relações dos clientes e dos libertos para com os patronos, que, doutro modo, não se póde comprehender. Os clientes ficam sendo assim antigos escravos a quem o seu senhor concedeu o usufructo hereditario dum lote de terra, e que, depois com o tempo, desinvolvendo a sua descendencia parallelamente á do senhor, foram conquistando pouco a pouco a situação de homens livres.

Contra esta doutrina, porem, levantou-se ultimamente a opinião daquelles escriptores que, como Gogliolo, intendem que a clientela appareceu antes da escravidão, não podendo, por isso, a origem daquella instituição filiar-se nesta. A analogia que se dá entre as relações dos clientes e as dos libertos para com os patronos explica-se, segundo estes escriptores, por a condição dos libertos ter sido moldada pela condição dos clientes.

A origem, em harmonia com esta doutrina, da clientela teria sido a necessidade da cultura dos terrenos apropriados, obrigando os seus possuidores a utilizar para isso o trabalho das pessoas pobres. Esta necessidade determinou no Imperio romano o colonato, na Roma historica a escravidão, em tempos muito antigos a clientela.

Contra a doutrina destes escriptores, devemos notar que a escravidão não podia deixar de apparecer logo nos primeiros tempos de Roma, visto ella se encontrar em todas as sociedades da antiguidade. E, se a clientela se desinvolve em Roma por não haver a escravidão, como é que se explica que aquella instituição persista, apesar do desenvolvimento desta ?

Sendo, porem, a escravidão a origem primitiva da clientela, esta engrossou depois á custa dos refugiados de varias proveniencias e dos plebeus que desejavam ter como protector um patrício.

Os clientes, encontrando-se numa condição mais ou menos servil, tinham a sua personalidade bastante restringida e limitada.

Ha alguma analogia, diz Fustel de Coulanges, entre o cliente das epochas antigas e o servo da Edade Media.

O principio que os condemna á obediencia não é o mesmo. Para o servo, este principio é o direito de propriedade que se exerce sobre a terra e sobre o homem ao mesmo tempo; para o cliente, este principio é a religião domestica, a que se encontra vinculado sob a auctoridade do patrono, que é o seu sacerdote.

Mas, a subordinação tanto para o cliente como para o servo é a mesma; um está ligado ao seu patrono, como o outro o está ao seu senhor; o cliente

não pôde abandonar a *gens*, assim como o servo não podia abandonar a gleba.

Era desta situação que derivavam as múltiplas obrigações do cliente para com o patrono e a incapacidade de adquirir imóveis, de estar em juízo e de possuir bens por um título que não fosse meramente precário. Parece até que o patrono tinha sobre o cliente o poder de vida e morte, pois, apesar do silêncio dos textos, é isso o que mais se harmoniza com a analogia que há entre os clientes e os libertos, sendo certo que o patrono tinha positivamente sobre estes aquelle direito.

É, por isso, que Mommsen considera a clientela um estado intermediário entre a escravidão e a liberdade, que elle chama semi-liberdade ¹.

118. A nova clientela romana. — A clientela foi-se transformando no sentido de melhorar de condição. O direito favoreceu a emancipação dos clientes, permitindo-lhes estar em juízo e protegendo-os contra as exigências dos patronos, fixando até as leis, Publicia e Cincia, os limites dentro dos quaes seriam obrigados a dadas e presentes.

O tempo também foi dissipando, lenta e gradualmente, as relações que prendiam os clientes aos patronos, confundindo-se as suas famílias, que con-

¹ Willems, *Le droit public romain*, pag. 23 e seg.; Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, tom. I, pag. 58 e seg.; Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines*, pag. 8 e seg.; D'Aguzzo, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pag. 198 e seg.; Mommsen, *Le droit public romain*, tom. VI, part. I, pag. 59 e seg.; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, pag. 366 e seg.; Edouard Cuq, *Institutions juridiques des romains*, tom. I, pag. 33 e seg. e 169 e seg.; Sr. Dr. Montenegro, *O antigo direito de Roma*, pag. 148.

lavam varias gerações, com as dos outros cidadãos romanos. Tudo isto concorreu para que a clientela viesse a desaparecer, como effectivamente aconteceu. No seculo setimo, a clientela já era um 5
instituto unica e exclusivamente
historico.

Mas, a clientela, desaparecendo no fim dum certo tempo, legou o seu nome a uma condição social inteiramente differente delia, como aconteceu com todas as instituições anteriores, antipathicas ao Estado. Effectivamente, com excepção do nome, os novos clientes não tinham nada de commum com a antiga instituição romana. Os clientes dos primeiros seculos, diz Cogliolo, eram fortes trabalhadores necessarios á agricultura; os novos, do Imperio, eram gente pobre, inerte, deshonesto, adulatora, vivendo á custa da ambiciosa munificencia doutrem.

Effectivamente, os clientes do Imperio constituíam uma multidão de cidadãos pobres odiando o trabalho e o commercio e que conseguiam viver tomando-se satellites dos ricos e dos grandes. Tinham de acompanhar os patronos, de lisongear a sua vaidade, e de supportar as suas insolencias. Os potentados do Imperio encontravam assim nos clientes a sua côrte.

A sua condição era humilhante e pouco remuneradora, pois os clientes recebiam sómente uma magra esportula, ora em dinheiro, ora em -rações alimentares. A esportula em dinheiro parece que era em media de dez sestercios (60 réis) por dia.

É certo que frequentemente o cliente tinha varios patronos e recebia recompensas extraordinarias. Muitas vezes tambem o patrono alojava o cliente na sua casa e não se recusava a um emprestimo, a uma caução, ou a uma protecção. Era necessario, para isso mostrar-se zeloso, humilde e respeitador.

A situação do cliente era precária, como a de todos aquelles que se encontrara sob a dependencia dos ricos, sempre dispostos a fazer sentir aos outros a sua superioridade economica ¹.

110. A clientela no direito germanico. — A clientela que nos apparec no direito germanico tem um caracter essencialmente militar. Era constituída por ura pacto em virtude do qual varios guerreiros promettiam seguir incondicionalmente um chefe, obrigando-se a defendel-o e a não lhe sobreviver, fazendo-se malar ou matando-se no caso de elle perder a vida na guerra. Tacito denomina estes guerreiros *comites*, o chefe *princeps*, e as relações que se estabeleciam entre aquelles e este *comitatus*.

O *Comitatus* foi o resultado da pequena segurança do meio social, em que o individuo se encontrava constantemente em lucta, sem poder contar com a protecção efficaz do Estado, cuja acção então era muito pouco extensa o segura. Dahi a dependencia em que se collocava voluntariamente um certo numero de pessoas, que, não podendo obter, pelas suas forças a defesa e o reconhecimento dos seus direitos, se acolhiam a protecção de quem os devia amparar, prestando-lhe em troca determinados serviços O sobretudo fidelidade e obediencia.

O *comitatus* devia ser bastante geral na Germania, mas não tanto que chegasse a absorver toda a classe ingenua. Ficava fora deliu ura grande numero de homens livres, cultivadores, proprietarios e guerre-

¹ Edouard Cuq, *institutions juridiques des romain*, tom. I, pag. 557 e seg.; Coglioto, *Storin Ad diritto privato romano*, tom. I pag. 62 e seg.; Letourneau, l'évolution de l'esclavage, pag. 429 o seg.

ros, que não eram *príncipes* nem *comites*, e meramente ingenuos, sem poder sobre outros, mas sem dependencia pessoal de ninguem ¹.

120. A clientela no direito wisigothico. Bucellarios. — Os homens livres que não pertenciam á nobreza viviam entre os wisigodos, em geral, dependentes della, visto as condições sociaes da epocha serem pouco favoraveis á segurança pessoal. Como observa Gama Barros, em virtude da acção inefficaz que exercia o poder publico, a liberdade individual estava na razão directa da força de que dispunha cada um para se defender a si e opprimir os outros. Daqui resultava que as relações de dependencia para com algum homem poderoso impunham se por si mesmo, como necessidade social, a todas as pessoas a quem falleciam os meios de se protegerem com os seus proprios recursos, porque era nessas relações que encontravam alguma segurança individual e da propriedade.

A consequencia necessaria desta situação era a existencia de poucos homens completamente livres, e a admissão de diversos grãos de liberdade, segundo a dependencia que se verificava relativamente aos nobres e aos poderosos.

Como manifestação da tendencia que apresenta a evolução jurídica no periodo godo para a dependencia dos homens livres dos nobres e dos poderosos, apparecem nos os *bucellarios*, considerando ate D. Rafael Altamira o grande desinvolvimento desta classe uma característica da epocha wisigoda.

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. I, pag. 480 e seg.; Hinojosa, *Historia general del derecho espanol*, tom. I, pag. 28.

O bucellário era aquelle que, carecendo de propriedade de que. subsistisse, ou possuindo apenas bens insufficientes para esse fim, se offercia ao serviço dum rico ou poderoso, a troco de ser por elle beneficiado. Divergem os escriptores relativamente á origem desta expressão, intendem uns que ella deriva de bucella, palavra latino-barbara que significa pedaço de pão, visto o bucellário comer o pão do seu protector. Julgam outros que deriva da palavra germanica buckel ou da palavra escandinavica bukhlar, significando ambas escudo, suppondo que o bucellário fosse o que trazia o escudo do senhor.

Mas, seja qual fôr a origem desta expressão, o certo é que ella se encontra na Lex antiqua *wisigothorum*, sendo traduzida, ao passar para o código wisigotico, pela phrase *is qui in patrocinio constitutus est* (Cod. wis., liv. III, tit. I, 1. 6). O homem livre que se constituía nesta dependencia tinha o usufructo de tudo o que lhe dava o patrono, como armas, terras e quaesquer outras cousas, pertencendo-lhe a propriedade da metade do que adquiria ao serviço daquelle, tendo este direito á outra metade (Cod. wis., liv. v, tit. III, 1. 1, 3 e 4).

A responsabilidade do mal que o bucellario praticasse por ordem do patrono pertencia a este (Cod. wis., liv. VIII, tit. I, 1.1). E' duvidoso se nos direitos do patrocínio se comprehendia o de infligir castigo ao bucellário, pois, dando as leis o nome de patrono tanto ao protector do ingenuo como ao do liberto, o preceito que nos assegura a existencia dum direito de punir inherente ao patrocínio não é assás claro para que se possa affirmar que abrangia tambem o que era exercido para com homem livre (Cod. wis., liv. VI, tit. v, 1. 8).

A principal obrigação que incumbia ao bucellario era de servir com o patrono na guerra, pois o código visigótico declara expressamente que elle recebia deste armas (Cod. wis., liv. v, tit. III, I.1). A natureza militar dos serviços do bucellario é confirmada por uma lei do código visigótico relativa ao tempo de campanha, que presuppõe em todos os que estavam ligados a um patrono a obrigação de o seguirem na guerra e de nunca o abandonarem por nenhum pretexto. Effectivamente, ahi commina-se uma pena grave aquelle que, em vez de seguir na hoste um patrono certo, faltava ao cumprimento dos seus deveres militares, constituindo se em patrocínios diversos (Cod. wis., liv. IX, tit. II, l. 9).

As relações reciprocas de patrocínio passavam de paes a filhos, e quando o patrocinado morria, não deixando senão alguma filha, esta ficava sob o poder do patrono, que até devia procurar-lhe um consorcio decente. Continuava a desfructar o que os paes tinham recebido do patrono, excepto se ella, por seu livre alvedrio, escolhia um marido de condição inferior á sua, pois neste caso os bens havidos da munificencia do patrono revertiam para este e para seus filhos (Cod. wis., liv. v, tit. III, passim).

O vinculo que prendia o bucellario ao patrono podia acabar em qualquer geração, ou por infidelidade daquelle ou por sua mera vontade, visto a liberdade de escolher patrono não prescrever. Era esta faculdade de quebrar, quando muito bem quizesse, o laço da dependencia, que differenciava o bucellario dos libertos, que se encontravam perpetuamente vinculados ao patrocínio. Mas, pela protecção que recebiam e pelo beneficio material que lhe proporcionavam as terras concedidas, os bucel-

larios tinham todo o interesse em conservar a sua situação, devendo por isso ser raros os casos em que elles rompessem o vinculo da dependencia. Dissolvendo, porém, este vinculo, o bucellario perdia todo quanto tivesse sido dado pelo protector, retendo apenas metade do que adquirira por si proprio (Cod. wis., lív. v, tit. III, I. 1, 3 e 4).

De tudo que acabamos de vêr relativamente aos bucellarios, é facil tirar a conclusão de que elles constituíam uma especie de clientes. A sua condição especialmente guerreira numa epocha em que a mais elevada função do homem era a guerra, fazia-os distanciar do vulgo dos homens livres, approximando os nos nobres. Isto deriva mesmo do facto da filha do bucellario não poder casar com um homem inferior a ella, pois, sendo absolutamente prohibidos os consorcios de mulheres ingenuas com servos, não póde haver duvida alguma de que o vulgo dos homens livres se considerava inferior aos bucellarios (Cod. wis., liv. v, tit. m, I. 1; liv. III tit. II, 1. 3) ¹.

121. A clientela na Reconquista. Malados. — As condições da sociedade numa epocha tão profundamente dominada pela barbarie não podiam ser favoraveis á liberdade, visto, como nota Herculano, os godos das Asturias, embrenhados nas serranias, terem desandado oo caminho da civilização, voltando

¹ D. Rafael Altamira, *Historia de la Espana y de la civilización espanola*, tom. I, pag. 192 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 233 e seg.; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. I, pag. 95 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 187 e seg. e tom. II, pag. 188.

de certo modo ao viver de seus antepassados errantes nas selvas da Germania.

Póde, por isso, assegurar-se que, como diz Munoz, neste periodo não houvesse pessoas completamente livres que não fossem da primeira nobreza, visto as outras se encontrarem sob a dependencia dos poderosos, a fim de se garantirem contra a lacta das forças individnaes. Aquelles que não podiam repellir a força pela força estavam todos os dias expostos a ser aggreddidos e a ver saqueadas as suas casas e talados os seus campos.

Nada provaria melhor o estado anarchico e turbulento desta epocha, do que um quadro chronologico das invasões, guerras civis, rebelliões e guerras pri? vadas de que nos dão noticia as antigas chronicas e outros documentos. A liberdade e a propriedade encontravam-se inteiramente á mercê do mais forte. Por occasião da morte de Fernando I e depois que os seus filhos repartiram entre si o reino, revoltaram-se varios condes e cavalleiros, saqueando tudo sem perdoar as igrejas e mosteiros, como tinham por costume fazer.

Aquelles indivíduos que se collocavam sob a guarda de algum homem poderoso ou valente, a fim de gosar da segurança, que não podiam ter por si mesmos, a troco de dadivas e pensões, chamavam-se matados. Esta protecção tinha o nome de benfeitoria, *commenda* ou *malatum*.

Emquanto á origem etymologica da palavra *mata-dos*, uns como Herculano, derivam-na da palavra germanica *Mal*, — *signal*, visto na *maladia* haver o *censo* ou *prestação*, como um *signal*, como resultado dum *ajuste*; mas outros, como Munoz, talvez mais exactamente, derivam-na da palavra arabe maulà, nome com que os arabes designavam os clientes.

Os escriptores anteriores a Herculano, como Viterbo, Amaral e João P. Ribeiro, consideravam a maladia como significando um direito territorial e o matado como equivalendo ao servo adscripto. Herculano, com o seu admiravel senso historico, pôs bem em evidencia a justa natureza da *maladia*, como uma verdadeira clientela.

O malado pagava ao patrono, como recompensa da protecção que recebia, certos tributos e prestações. Algumas vezes, cedia mesmo os seus bens, conservando-os como censalista, isto é, com a obrigação de pagar determinadas pensões. Era frequente tambem que procurassem a commenda dos poderosos, aquelles que tinham commettido um delicio ou uma injuria, a fim de evitar a vingança ou de a aplacar.

Quando o patrono não dispensava ao cliente a protecção a que estava obrigado, este podia abandonar-lo e procurar outro que o protegesse mais efficazmente. Mas, como a clientela augmentava o poder e a riqueza dos nobres, é de crer que elles procurassem por todos os modos conservá-la, protegendo os que se tinham acolhido á sua *commenda*.

A relação de maladia, como nota Herculano, parece ter nascido em epochas immediatas á reacção christã contra a conquista serracena, e ser um resultado da confusão e barbaridade que reinara por muito tempo na monarchia leonêsa. O fraco, o pobre, o humilde estavam constantemente expostos ás violencias duma aristocracia militar, para cujas rudes paixões fraca barreira eram as instituições publicas apenas esboçadas, confusas, e não defendidas por força alguma moral ou material. Era natural, pois, que os indivíduos incapazes por qualquer motivo de repellirem a violencia com a violen-

eia, de se defenderem a si propios, se collocassem, como clientes, debaixo da guarda e protecção de outros.

A maladia começou a decair com o desinvolvimento do poder municipal. A protecção que este dispensava era muito maia efficaz e desinteressada. E' por isso que, como nota Munoz y Romero a instituição dos concelhos foi ama das que mais contribuíram para o desinvolvimento na Península da civilização, facilitando a liberdade e a emancipação das classes inferiores ¹.

122. A maladia no direito português. — Encontramos tambem logo nos princípios da monarchia os *matados*, designando este vocabulo antes o estado de dependencia de um individuo para com outro em razão das pessoas, do que a dependencia em razão da propriedade, sem que todavia excluísse a ultima. Estas relações de dependencia deviam-se desenvolver com tanto mais facilidade, quanto era certo que á administração publica faltavam os meios necessarios para estender a todos a sua protecção benefica, tendo por isso os fracos, para obter a segurança das suas pessoas e da sua propriedade, de procurar a *encommenda* ou a *benefactoria* dos poderosos. E' por isso que, com excepção dos indivíduos da primeira nobreza, os outros se deviam encontrar na

¹ Munoz y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias e León*, pag. 139 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom. IV, not. III, pag. 480 e seg.; Rafael Altamira, *Historia de Espana y de la civilización espanola*, tom. I, pag. 289 e seg.; Viterbo, *Elucidario*, verb. *Malado* e *Maladia*; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 29 e seg.

dependencia maior ou menor de quem lhes prestava amparo e segurança, a troco de certos tributos e serviços, ou até da cedencia de todos ou parte dos bens, como acontecia no direito peninsular.

O valor das expressões *malado* e *maladia* torna-se fluctuante, assumindo diversas significações, sem duvida por causa do seu character demasiadamente generico. Assim, a expressão *malado*, ao passo que umas vezes designava o rendeiro, o familiar, o cliente, o protegido dum poderoso, que tomava qualquer debaixo da sua protecção a troco de tributos, serviços ou bens, outras vezes significava o simples colono particular ou publico. Finalmente, nos concelbos organizados durante os seculos XII e XIII a denominação *malado* passou a abranger tanto o cultivador livre não proprietario, como o familiar, o jornaleiro, o homem sujeito á domesticidade e collocado numa situação mais ou menos inferior.

A condição juridica dos *malados* era muito precaria, chegando a dizer Gama Barros que os laços que prendiam o liberto visigothico e ainda o escravo ao seu senhor se reproduziam, a alguns respeitos, nos vínculos que nos seculos XII e XIII ligavam em Portugal os homens de mais ínfima condição aos seus patronos. Isto deduz-se, como mostra este escriptor, claramente dos *foraes*, que, regulando as relações entre o senhor e os seus *malados*, ao passo que estabelecem garantias reciprocas, põem em muitos casos o *malado* numa dependencia quasi servil para com o amo. Como simples morador do concelho, o individuo de condição ínfima não tinha deveres para com a communitade, salvo, pelo menos, nalgumas partes, o de a defender das aggressões estranhas e o de trabalhar nas obras do castello; os seus encargos eram unicamente para com o senhor,

a quem até em muitos concelhos pertencia receber, no todo ou em parte, as multas impostas aos seus homens pelos delictos que praticassem e a multa pelo homicídio de que algum delles fosse victima.

A inferioridade do malado ainda se revela no facto d'elle não ser admittido a conjurar. Herculano intende esta prohibição dum modo absoluto, sustentando que o malado estava sempre inhibido de conjurar, sendo assim igualado aos falsarios e a outras pessoas incapazes de testemunhar em juizo. Gama Barros não dá uma interpretação tão generica a esta prohibição, referindo-a unicamente ao patrono do malado e não a estranhos, de modo que, se o accusado queria defender-se com conjuradores, os seus inalados não eram admittidos a jurar com elle.

Finalmente, o malado, ainda que possuisse cavallo, gosava apenas de fôro de peão, quando o julgavam por ferimentos que tivesse feito a algum cavalleiro ou peão.

E, se a condição juridica dos malados no concelho não era boa, tudo leva a crer que ella não deveria ser mais favoravel fóra das terras municipaes, em que a oppressão dos poderosos não encontrava obstaculos nem resistencias. E depois nos concelhos, em virtude do character democratico das suas instituições, o homem de condição infima podia mais facilmente elevar-se pelo seu trabalho a uma categoria superior e vir a gosar de immunidades importantes, adquirindo os foros de vizinho 1.

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. IV, pag. 336 e seg.; Gama Barros, *Hittoria da administração publica em Portugal*, tom.I, pag. 477.

SECÇÃO VI

Pessoas com capacidade jurídica limitada em
virtude de causas politicas

Estrangeiros

SUMMÁRIO : — 123. Os estrangeiros no direito primitivo e nas sociedades antigas. — 124. Os estrangeiros na Hespanha preromana. — 126. Os estrangeiros em Roma. Desenvolvimento da distincção entre *eives* e *peregrine*. — 126. Direitos dos cidadãos romanos. — 127. Condição jurídica dos *peregrine* propriamente dictos. — 128. Os *latini* e os seus direitos. — 120. Concessão do direito de eidade a todos os snbditos do Imperio. — 180. Os *barbari*, — 181. Os estrangeiros entre os germanos. — 132. Os estrangeiros entre os visigodos. — 133. Os estrangeiros na Reconquista. 134. Os estrangeiros no direito português. Tractamento benevolo dos estrangeiros. — 135. Privilegios concedidos aos estrangeiros. — 136. Applicaçãõ directa do direito estrangeiro. — 137. Applicaçãõ indirecta.

123. Os estrangeiros no direito primitivo e nas sociedades antigas. — Nos tempos primitivos, em que as funcções sociaes revestem fórmas imperfeitas e incoherentes, em que as diversas communitades, além de se considerarem inteiramente estranhas pelo sangue e pela descendencia, se odeiam de morte, e em que as necessidades da lacta contra o homem e a natureza preoccupam inteiramente toda a actividade individual e social, facil é de vêr que o estrangeiro devia ser excluído de toda a vida jurídica. Em períodos mais adiantados da evolução, as differenças profundas de religião, a diversidade de tradições e de costumes e a absorpção completa do individuo pelo Estado, produziram o mesmo resultado.

É, por isso, que as legislações antigas se salientam pelo rigor, desconfiança e até odio com que tractam os estrangeiros. Nos povos theocraticos da antiguidade, na Índia, no Egypto e na propria Judeia, as crenças religiosas votavam os estrangeiros ao maior desprezo, considerando-os impuros, perversos e dignos de cruel aversão. As leis sagradas de Manu, prohibiam, sob pena de castigos severos, todas as relações com os estrangeiros, e os Indios attribuiam-se, como raça pura e privilegiada, a missão de purificar todas as regiões, destruindo as outras raças, e o supremo direito de dispor da terra e da vida dos homens. As leis egypcias prohibiam as viagens, não permittiam a introdução de qualquer uso estranho, e não reconheciam a hospitalidade. O povo judeu era o povo eleito e como tal não se queria manchar numa communhão de direitos e instituições com os outros povos.

Nos povos commerciantes, como em Athenas e talvez em Carthago, este rigor suavizou-se um pouco. Ao passo que a lei de Lycurgo expulsava do solo de Sparta os elementos estrangeiros, a legislação atheniense tolerava-os, embora os encarregasse num bairro determinado e os obrigasse a pagar um imposto especial. O isolamento, a guerra e o direito do mais forte formam a característica destes tempos.

Laurent, apreciando esta phase da evolução do direito internacional, affirma que o primitivo isolamento dos povos foi uma necessidade providencial para a conservação da originalidade de cada um delles, visto assim terem podido realizar a sua missão de desinvolver um aspecto particular da vida social. Mas, esta doutrina representa um preconceito doutrinal *a priori*, admittido pelo illustre jurisconsulto, para justificar o que encontra a sua verdadeira

explicação nas condições económicas, étnicas, religiosas e moraes das antigas sociedades políticas ¹.

124. Os estrangeiros na Hespanha preromana. — As condições sociais da Península, no período preromano, eram pouco favoráveis ao reconhecimento dos direitos dos estrangeiros. O isolamento em que viviam as diversas tribus, o carácter gentilício que apresentava a religião, o atrazo que manifestava a vida económica, tudo isto devia contribuir para separar e afastar os estrangeiros por um abysmo insondável e para alimentar a hostilidade contra elles.

Apparece, porém, no período preromano uma instituição que, como observa Hinojosa, teve por fim supprir a insufficiencia das relações internacionais e da protecção reciproca entre subditos de nacionalidades distinctas. Essa instituição era a hospitalidade, que originava, em virtude do contracto, uma protecção de carácter permanente e reciproca, transmissível para os descendentes. Nas inscrições estudadas por Hübner apparece uma que se refere expressamente á renovação do hospitium....*gentilitas Desoncorum ex gente Zoelarum et gentilitas Tridiavorum ex gente idem Zoelarum hospitum vetustum antiquum renovaverunt*. E Alorco que militava no campo de Annibal foi *hostes* dos Saguntinos, o que lhe permittiu levar a bom termo, sem temor, a sua embaixada. O pacto de hospitalidade não intervinha unicamente entre indivíduos, porquanto tambem podia ter logar entre tribus ou eidades. A extensão,

¹ Veiss, *Traité de droit international privé*, pag. 4 e seg.; Fiore, *Le droit international privé*, tom. I, pag. 8, Laurent, *Droit civil international*, tom. I, n.º 61.

porém, dos direitos da hospitalidade, as obrigações que ella originava e o modo como se devia cumprir, dependiam do que se encontrasse estipulado no respectivo pacto.

Outras relações se estabeleciam entre as diversas tribus, nesta epocha, em virtude da formação de confederações ou allianças, tendo por fim a defesa da independencia. Neste caso, constituia-se uma especie de assembleia federal, composta de representantes dos varios povos alliados, que elegia o chefe do exercito, determinava o contingente com que cada um tinha de contribuir para sustentar a guerra e decidia a respeito das condições da paz. A guerra, porém, revestia o character duma barbarie, julgando-se os vencedores com direito de vida e morte sobre os prisioneiros, que escravizavam, quando, como testemunha Estrabão, não sacrificavam aos idolos. Em todo o caso, não póde haver duvida de que era reconhecido o principio da inviolabilidade dos legados.

Finalmente, ainda se encontram nos monumentos numismaticos provas da existencia de outra ordem de relações entre os povos da Hespanha preromana. A presença simultanea de varias legendas geographicas ou ethnicas, diz Zobel, numa mesma moeda é um facto assás frequente nos monumentos numismaticos da Antiga Iberia, e demonstra ter sido muito usual entre as innumeraveis tribus que a povoavam formar alliança, já para o trafico, já para a guerra, resultado naturalismo, dada a falta de unidade politica e de governo commum, que o character independente e irrequieto daquella gente por instincto repellia.

Estas uniões monetarias denominavam-se omonoias e deviam determinar, sob o ponto de vista jurídico o

reconhecimento de alguma cousa semelhante ao *jus commercii*, Isto é, dos direitos civis inherentes aos contractos que facilitava omonia ¹.

125. Os estrangeiros em Roma. Desenvolvimento da distincção entre cives e peregrini. — Roma não podia deixar de seguir a orientação geral dos povos da antiguidade a respeito dos estrangeiros. Dahi deriva a distincção profunda que se nota entre os cidadãos e os estrangeiros, no direito romano, distincção que seguiu as pbses da evolução política e social do povo romano. E' assim que esta distincção reflecte as tres phases da vida historica dos romanos: a primeira exclusivista, em que Roma apresenta a natureza violenta e intolerante dos povos primitivos; a segunda de concessões, em que se relaciona com os outros povos e disciplina a sua conducta para com elles; a terceira de unificação, em que ella realiza a aborpção politica do mundo antigo.

Effectivamente, os romanos começaram por considerar os estrangeiros inimigos e por julgar que com elles não podia haver outras relações que não fossem as da guerra. E, como os vencidos podiam ser reduzidos á escravidão, o mesmo acontecia com o estrangeiro que se aventurasse a penetrar em Roma. O estrangeiro era um *hostis* e as leis das XII Taboas diziam expressamente *adversus hostem aeterna auctoritas esto*. E' a phase do exclusivismo.

¹ Peres Pujol, *Historia de las instituciones de la Espana goda*, tom. I, pag. 62 e seg.; Hinojosa, *Historia general del derecho espanol*, tom. I, pag. 83 e seg.; Joaquim Gosta, *Poesia popular espanola y mitologia y litteratura celto-hispanas*, pag. 257 e seg.; Hübner, *Inscriptiones Hispaniae latinae*, n.º 2633.

O isolamento não podia manter-se durante muito tempo, visto não se harmonizar com a expansão das relações sociais que os progressos de Roma determinaram. E, por isso, os antigos rigores foram-se attenuando, e o direito procurou garantir a segurança da pessoa e dos bens dos estrangeiros. Sem permitir aos peregrinos participar do *jus civium romanorum*, excogitaram-se diversos meios de fazer respeitar as suas relações jurídicas e até de lhes extender alguns institutos próprios dos quirites.

Os estrangeiros podiam obter a protecção dos seus direitos por meio duma convenção entre as suas cidades e a republica romana. Quando faltava o tractado, podia essa protecção ser assegurada individualmente pelo *hospitium*, em virtude do qual os romanos e os estrangeiros se obrigavam mutuamente a proteger-se nas suas cidades. Estas instituições tomaram-se insufficientes com o desinvolvimento do povo romano, apparecendo então o *jus gentium*, que, não tendo nada de *commum* com o que nós hoje chamamos direito internacional, assegurava aos estrangeiros uma condição jurídica mais favoravel, enquanto reconhecia que havia princípios de direito *communs* a todos os homens. A area do *jus gentium* foi-se alargando, attrahindo institutos que pertenciam ao *jus civile*, crescendo deste modo o numero de direitos de que gosavam os estrangeiros. Assim, segundo o *jus civile* o estrangeiro não podia contrahir casamento valido; introduziu-se, porem, o matrimonio segundo o *jus gentium*, sendo legítimos os filhos que d'elle nascessem. E' a phase das concessões.

Finalmente, quando Roma attinge o apogeo do seu poder e da sua grandeza, procura transformar o mundo numa vasta organização politica, com uma só lei e uma só administração, não reconhecendo

juridicamente senão o que se encontra sob o seu domínio. E' o período da unificação.

Ora a distincção entre *cives* e *preregrini*, profunda no primeiro período, attenua-se no segundo e quasi desaparece no terceiro ¹.

156. Direitos dos cidadãos romanos. — Os cidadãos eram os indivíduos que gosavam dos direitos de cidade. Eram os membros do Estado, visto na organização das sociedades antigas o Estado se encontrar confundido com a cidade.

Os direitos de cidade eram políticos e civis. Os direitos políticos eram o *jus suffragii* e o *jus honorum*, consistindo o primeiro no direito de voto nos comícios, e o segundo no direito de acesso ás magistraturas romanas.

Os direitos civis consistiam no *jus connubii* e no *jus commercii*. O *connubium* era a faculdade de contrahir o matrimonio segundo o *jus civile* e com todos os effeitos por elle estabelecidos, entre os quaes avultavam os direitos do patrio poder e de agnação. O *commercium* era a faculdade de praticar actos jurídicos de índole patrimonial, segundo o direito civil romano — de adquirir a propriedade romana, de fazer testamento com as solemnidades e os effeitos do direito civil, de ahi figurar como herdeiro ou testemunha, etc.

¹ Sr. Dr. Villela, *Lições, de direito internacional*, pag. 20 e seg.; Liénard, *Le préteur pègrin*, pag. xxxiv; Cogliolo, *Storia del diritto romano*, tom. I, pag. 80 e seg.; Gianzan, *Lo straniero*, vol. I, pag. 8 e seg.; Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 55 e seg.; Retortillo y Tornos, *Compendio de Historia del derecho internacional*, pag. 54 e seg.

Desta fórma, foi completamente desconhecido no direito romano o principio da egualdade civil que deve existir entre nacionaes e estrangeiros. Aquelle direito não permittia que os estrangeiros fossem admittidos ao gozo dos direitos civis do Estado romano, porque estes direitos eram um apanagio exclusivo dos cidadãos.

Nem todos os cidadãos gosavam de todas as quatro classes dos direitos de cidade. Dahi a distincção entre *optimo jure cives* e *non optimo*. Assim, os cidadãos que tivessem incorrido na nota de infamia applicada pelos censores e que se chamavam *aerarii* eram excluídos das tribos e por conseguinte perdiam o *jus suffragii*. Do mesmo modo, os libertinos não gosavam de todas as vantagens jurídicas inherentes á qualidade de cidadão.

Inversamente, havia classes privilegiadas que gosavam de favores excepçionaes, provenientes ou dos seus títulos ou das suas funcções. Estão, oeste caso, na epocha imperial os *clarissimi* e os militares **1**.

187. Condição jurídica dos peregrini propriamente dictos. — *Peregrini*, dom modo geral, eram todos os homens livres excluídos da cidade. Num sentido especial, eram os habitantes dos países que tinham com Roma tractados de alliança ou que tinham sido submettidos ao domínio romano e reduzidos ao estado de províncias. Por conseguinte, neste sentido, os peregrinos pertenciam aos povos alliados ou subditos de Roma.

¹ Serafim, *Instituzioni di diritto romano*, tom. I, pag. 138; Bry, *Principes de droit romain*, pag. 48 e seg.; Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introducção ao direito privado internacional*, pag. 83 e seg.

Os peregrinos não gosavam nem dos direitos políticos nem dos direitos privados dos cidadãos, embora os podessem adquirir pela concessão completa ou parcial do *jus civitatis*. Mas gosavam das garantias do *jus gentium* e do direito nacional, quando aquelle era omisso ou insufficiente.

O *jus gentium* era uma parte do direito privado romano, declarada applicavel aos peregrinos, por constituir o fundo commum de todas as legislações. O *jus civile*, de construcção mais artificial e de utilidade menos evidente e menos geral, era reservado para os membros da cidade. O *jus gentium* era o direito do homem; o *jus civile*, o superfluo, o orgulho e o adorno do *civis romanus*.

A applicação exclusiva do *jus gentium* deixaria os peregrinos numa situação muito precaria, excluindo-os, duma maneira absoluta, não só dos direitos referentes ao *jus civile*, mas ainda dos que, tendo sido organizados pela soa lei pessoal, não tinham equivalente nas instituições romanas. Varios textos mostram claramente que, quando o *jus gentium* fosse insufficiente, o estrangeiro podia invocar a soa lei de origem, desde o momento em que pertencesse a uma cidade determinada. Era uma nova concessão de Roma aos estrangeiros, que efla tinha vencido e incorporado no Imperio.

Havia, porém, peregrinos que não pertenciam a nenhuma cidade, e que, por isso, unicamente podiam invocar em seu favor o *jus gentium*. Estavam neste caso os peregrinos dediticios, povos que se entregavam à discricção e a quem os romanos tiravam toda a autonomia.

Encontravam-se tambem nesta condição aquelles indivíduos que eram assimilados aos peregrinos dediticios, ou por terem perdido o direito de cidade

em virtude de condenção, ou por serem libertos que tinham soffrido durante o tempo da escravidão alguma pena infamante ¹.

128. Os latini e os seus direitos. — Entre os peregrinos, havia uma classe privilegiada, os *latini*. Os latinos eram, pois, peregrinos tractados mais favoravelmente e aos quaes tinham sido concedidos alguns dos privilegios comprehendidos no direito da cidade romana. Havia tres especies de latinos: *latini vetem; latini coloniarii; e latini juniani*.

a) *Latini veteres* — Os *latini veteres* eram os habitantes do antigo *Latium*. O *Latium* compunha-se de varias cidades, formando uma poderosa confederação, que tinha Alba por capital. Depois da queda desta cidade, Roma procurou substitui-la, sendo a condição dos habitantes da confederação regulada por meio de tractados. Os latinos, porém, quizeram revoltar-se contra os romanos, originando-se uma guerra sanguinolenta, que teve como desenlace a destruição da confederação, depois do triumpho de Roma. Alguns habitantes das cidades latinas obtiveram o direito de cidade, conservando os outros, em geral, a sua condição anterior, que lhes assegurava o *connubium* e o *commercium*, bem como o *suffragium* se se encontrassem em Roma, por occasião dos comícios. Tinham, alem disso, grande facilidade de adquirir o direito de cidade romana, visto tornarem-se cidadãos, se desempenhassem uma

¹ Willems, *Le droit public romain*, pag. 137 e seg.; Bouché Leclercq, *Manuel des institutions romaine*, pag. 343 e seg.; Weiss, *Traité theorique et pratique de droit international privé*, tom. II, pag. 31 e seg.

magistratura no seu país, se fizessem condemnar um magistrado romano por concussão ou se se fixassem em Roma, deixando na sua pátria um descendente que pudesse ali perpetuar a sua raça. Este direito de latinidade desapareceu, quando Julio Cesar concedeu o direito de cidade a todos os habitantes da Italia. Entretanto, constituiu-se sobre a condição dos *Latini veteres* um direito de latinidade artificial, que frequentemente era concedido a diferentes cidades e países.

b) *Latini coloniarii*. — Um dos meios de que se serviu Roma para consolidar o seu domínio e assimilar os povos vencidos, foi o de crear colonias no territorio conquistado. Destas colonias, umas compunham-se de romanos, escolhidos na parte pobre e turbulenta da população e conservando a qualidade de cidadãos e os direitos inherentes a este titulo — *colonias romanas*; outras eram formadas, quer com latinos, quer com cidadãos que abandonavam voluntariamente a sua pátria e perdiam assim a qualidade de cidadãos, tornando-se latinos — *colonias latinas*. A condição jurídica dos *latini coloniarii* era superior á dos peregrinos ordinarios, mas inferior á dos *latini veteres*, visto os *latini coloniarii* não terem em Roma nem os direitos políticos, nem o *jus connubii*, gosando unicamente do *jus commercii*. Tem-se contestado a posse do *jus commercii* pelos *latini coloniarii*, mas sem fundamento. Ulpiano declara, de modo formal, que os *Latini coloniarii* participavam do *jus commercii*. Por outro lado, os *latini juniani* gosavam do *jus commercii* e Gaio diz que a condição destes ultimos tinha sido moldada pela dos *latini coloniarii*.

Não tinham as facilidades dos *latini veteres*, no que dizia respeito á aquisição da qualidade de

cidadão romano, visto este favor unicamente lhes ser concedido DO caso de terem exercido uma magistratura latina.

c) latim juniani — Como sabemos, a lei junia *Norbana* deu a certos libertinos a condição jurídica dos latinos colonarios, ferindo-os de algumas incapacidades. Chamaram-se juniani, como vimos 1.

180. Concessão do direito de cidade a todos os subditos do Imperio. — O circulo do direito de cidade foi-se alargando, á medida que Roma foi desinvolvendo a sua acção politica e social. Os imperadores tornaram-se notaveis pela prodigalidade com que conferiram este direito. Claudio e Marco Aurelio fizeram delle largas concessões.

Antonio Caracalla tomou uma providencia mais radical, concedendo a qualidade de cidadão romano a todos os habitantes do Imperio. O pretexto foi dar ao mundo um titulo lisongeiro, o motivo real foi o interesse fiscal de augmentar o producto do imposto sobre as successões dos cidadãos, cuja taxa aquelle imperador Unha elevado.

De então por diante não houve outros peregrinos além dos condemnados a penas envolvendo a perda do direito de cidadão, dos libertinos dediticios e dos novos povos incorporados no Imperio, em virtude de conquista; e não ficaram existindo outros latinos, além dos latinos junianos.

Justiniano aboliu todas estas differenças, ficando privados do direito de cidade os condemnados a

¹ Eugène Petit, *Trailé élémentaire de droit romain*, pag. 67 e seg.; Bry, *Principes de droit romain*, pag. 53 e seg.; Willems, *Le droit public romain*, pag. 139.

certas penas criminaes, os escravos e os bárbaros. Caracalla e Justiniano, porém, não fizeram uma revolução Das instituições do Imperio; traduziram e sancionaram em lei o que se impunha como facto, sabendo aproveitá-lo para augmentar o numero dos tributarios do imperio. Discote-se se depois de Justiniano ainda se continuou a distinguir o *jus* civil do *jus gentium*. Os mais recentes romanistas, como Pernice, Van Vetter e Sohm contestam toda a differença entre o *jus gentium* e o *jus civile*, depois daquelle imperador. Leonbard apresenta alguns textos para sustentar a doutrina contraria 1.

130. Os Barbari. — Chamavam se barbaros os povos com que Roma não mantinha nenhuma relação pacifica. Estavam fóra da área do *jus gentium*, sendo, por isso, a guerra a condição perpetua das relações dos romanos com elles.

Os seus bens eram cousas nullius de que cada um se podia apoderar.. Podiam tambem ser livremente mortos e reduzidos à escravidão. Estavam fora da civilização e da geographia romana, segundo a phrase característica de Ortolan.

Estes princípios perderam, com o tempo, muito do sen rigor, pois os bárbaros tornaram-se, por vezes, auxiliares dos romanos e estabeleceram-se como colonos em algumas regiões do Imperio.

1 Eugéne Petit, *Traité èlémentaire de droit romain*, pag. 71; Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introduccão ao estudo do direito privado internacional*, pag. 87 e seg.; Herculano, *Autoria de Portugal*, tom. I, pag. 40; Nani, *Storia dei diritto italiano*, pag. 54 e seg.

Em todo o caso, elles nunca adquiriram o direito de cidade, sendo, porém, obscura a sua condição juridica completa ¹.

181. Os estrangeiros entre os germanos. — Entre os germanos, os homens livres encontravam-se repartidos por um certo numero de associações, onde reinava a mais estreita solidariedade, constir tuidas era torno dos guerreiros mais valentes. Os homens livres que não faziam parte de nenhuma associação eram considerados estrangeiros, sob o nome de *Garganei* ou *Warganei*.

O estrangeiro, em principio, não tinha direito a nenhuma protecção; estava fóra da lei; não podia usar armas; não tinha direitos civis nem políticos: à menor infracção podia ser morto, e até, quando a sua conducta era irreprehensivel, estava exposto a soffrer as violencias dos membros das tribus, pelo menos a ser expulso do logar onde fixasse a sua residencia.

O meio que o *Warganeus* tinha de subtrahir a uma condição tão precaria, era o patrocínio dum homem livre, que ficasse responsavel pelos seus delictos e como tal obrigado a pagar o *vehrgeld*, por elles devido. Os vínculos do patrocínio contrahiam-se com uma grande facilidade, bastando que um *Warganeus* passasse tres noutes na casa dum germano, para que elle o devesse tomar sob a sua protecção. O estrangeiro tambem podia obter a segurança da sua pessoa, por meio dum tratado internacional.

¹ Willems, *Droit public des romains*, pag. 626 e seg.; Sr. Dr. Arthur Montenegro, *O antigo direito de Roma*, pag. 153; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international*, tom. II pag. 44.

Mas, se o estrangeiro protegido não podia ser objecto de violencias pessoais, era-lhe, porém, interdita toda a participação na vida pública e o gozo dos mais importantes direitos civis ¹.

132. Os estrangeiros entre os visigodos. — Os , bárbaros introduziram o regime do direito pessoal, visto elles permitirem aos vencidos o continuarem a reger-se pelas suas leis próprias, ou por causa da resistencia que o direito romano devia oppôr à sua suppressão, ou por causa da difficuldade que elles encontram em estabelecer leis communs a todos os povos submettidos á sua soberania. Não admira, por isso, que os visigodos introduzissem na Península o regime do direito pessoal, como se deduz da formação de códigos diversos para cada um dos povos, evidenciada pelo Palimpsesto *da Corbie* e pela *Lex romana visigothorum*.

Mas, como estes povos se encontravam submettidos á unidade da soberania, é claro que as relações que porventura se verificassem entre elles não eram entre nacionais e estrangeiros. Do mesmo modo, os conflictos que surgissem por causa da coexistencia destas legislações relativamente ao direito applicavel ás pessoas e aos factos jurídicos, não podiam tambem ter caracter internacional, pela mesma razão da unidade da soberania.

Quanto á condição dos estrangeiros, isto é, dos indivíduos pertencentes a povos que não se encontravam sob a mesma soberania do Estado onde se

¹ Weis, *Traité théorique e pratique de droit international privé*, tom. II, pag. 45 e seg.; Laghi, *Il diritto internazionale privato*, tom. I, pag. 28 e seg.; Catellani, *Il diritto internazionale privato*, tom. I, pag. 197 e seg.

achavam, parece que gosavam da protecção do seu direito nacional, visto o código visigótico prohibir o uso das leis romanas e estrangeiras (cod. wis., liv. II, tit. I, l. 8). Certo é, porém, que entre os outros povos barbaros não aconteceu assim, pois, por exemplo, entre os francos os estrangeiros não gosavam de nenhuma garantia e encontravam-se inteiramente á mercê da força e do arbítrio, a não ser que se collocassem sob o patrocínio dum poderoso, trocando assim a sua independencia por uma relativa protecção. A protecção do rei era particularmente efficaz e especialmente procurada, visto defender o estrangeiro contra as exacções do fisco e contra as perseguições injustas, e lhe permittir viver segundo a lei nacional, fazer transacções commerciaes e dispôr dos bens por testamento.

Mais tarde, como sabemos, realizou-se a fusão das duas raças, hispano-romana e visigótica, substituindo-se então o direito pessoal pelo territorial, como mostra o código visigótico, que traduz esta grande transformação. Parece que, desde este momento por diante, o estrangeiro não podia invocar o seu direito nacional, em virtude da prohibição do código visigótico relativamente ao uso das leis romanas e estrangeiras, a que já nos referimos.

133. Os estrangeiros na Reconquista. — Na população dos reinos christãos da Reconquista, apparecem muitos estrangeiros. Não faltando nos viajantes

¹ Weiss, *Traité théorique e pratique de droit international privé*, tom. n, pag. 47 e seg.; Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pag. 97 e seg. e 146; Despagnet, *Précis de droit international privé*, pag. 52 e seg.; Sr. Dr. Theophilo Braga, *Patria portuguesa*, pag. 262.

peregrinos, commerciantes e monges, que acudiam às povoações mais importantes e aos sanctnarios e mosteiros celebres, grandes grupos de estrangeiros, ora trazidos pelos nobres franceses e italianos, que auxiliaram Afonso VI e outros reis, ora attrahidos por vantagens materiaes ou refugiados de outras terras, se estabeleceram nos reinos christãos da Reconquista.

À característica da condição jurídica destes grupos era a da maior parte deites terem lei especial que determinava os seus direitos. Foi o que aconteceu em Toledo, onde abundavam os francos, estabelecendo Affonso VI legislação especial para elles.

Na mesma epocha em que se concediam garantias e privilegios importantíssimos aos estrangeiros na Península, já se começava a esboçar, fóra delia, a evolução que havia de fazer peorar, dum modo muito consideravel, a sua condição jurídica. Foi isto o resultado do desinvolvimento do regimen feudal, que, em virtude da fusão da soberania com a propriedade levou os senhores a dominar sobre os homens que habitavam as suas terras.

A protecção do estrangeiro é substituída por um regimen oppressivo e odioso de verdadeira rapina. Uns costumes consideravam-no servo do senhor, outros, e na sua maior parte, contentavam-se com o submeter a um grande numero de restricções. Entre essas restricções, merece especial menção o direito de *albinagio*, pelo qual o senhor se attribua a herança do estrangeiro ¹.

¹ D. Rafael Altamira, *Historia de Espana y dela civilización espanola*, tom. I, pag. 406 e seg.; Weiss, *Traité thêorique et pratique de droit international privé*, tom. I, pag. 58 e seg.; Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pag. 102 e seg.

134. Os estrangeiros em Portugal. Tractamento benevolo dos estrangeiros. — Os estrangeiros foram sempre tractados em Portugal por uma fôrma muito liberal e benevola, o que sobremaneira honra o nosso país. As causas que concorreram para isso foram, como nota o sr. dr. Guimarães Pedrosa: o auxilio prestado por cavalleiros e frotas de outros Estados nas conquistas dos primeiros reis portuguezes sobre os mouros; o ardor religioso e militar da epocha em serviço de uma causa commum — a lucta contra os infieis; a falta de braços e de industrias no reino; o adiantamento comparativo das outras nações europeias ; e a indole do povo deste canto da península, pois que, em circumstancias mais ou menos similhantes, nenhum outro Estado tractou talvez os estrangeiros com igual favor.

É por isso que em Portugal nunca esteve em vigor o regimen de oppressão a que estiveram sujeitos os estrangeiros noutros paes e que se revelava por tres direitos profundamente injustos: a) direito de albinagio; b) direito de naufragio; c) direito de represalias.

a) *Direito de albinagio*. — O direito de albinagio cuja origem se prende com a constituição feudal, e que consistia no direito dos senhores e os reis succederem ao estrangeiro, desinvolveu-se no sentido de se centralizar na corôa e de augmentar de extensão.

Os reis, vendo nos estrangeiros uma clientela muito lucrativa, emprehenderam uma lucta persistente contra as pretensões dos senhores feudaes, a fim de os espoliar das vantagens que ella lhes attribuia. Nesta lucta foram auxiliados pelos legistas, que, começando por notar que o estrangeiro se

podia faltar á oppressão do senhor da terra, collocando-se sob a protecção do rei, acabaram por sustentar que só a este podia pertencer o domínio sobre os estrangeiros, como consequencia do seu poder soberano. E assim se foi desinvolvendo o direito do rei, apesar das contestações dos senhores, até que no seculo XVIII se chegou a considerar este direito exclusivo.

Emquanto á extensão, o direito de albinagio começou por ser um pouco tímido e restricto, applicando-se, segundo todas as probabilidades, unicamente á successão dos desconhecidos ou dos homens de fóra do pais de baixa condição, e que se approximavam naturalmente dos servos. Mas, este direito foi-se alargando, de modo a comprehender, dentro em breve, as successões de todos os estrangeiros.

A evolução não ficou por aqui. Primeiramente, os estrangeiros não eram impedidos de fazer testamento. A cubica que excitava as suas heranças, levou a não fazer caso dos testamentos feitos pelos estrangeiros, e a lei acabou por lhes negar o direito de praticar este acto. O direito romano serviu aos legistas ainda para justificar esta violencia, visto a *testamentí factio* ser um direito do cidadão romano. E, como se negava aos parentes do estrangeiro o direito de herdar, era logico que se recusasse também áquelle tal direito. E assim appareceram formuladas as duas maximas: *aubains ne peuvent tester* — *aubains ne peuvent succéder*.

Como meio dos estrangeiros se furtarem a esta situação tão vexatoria e injusta, empregaram-se os tractados e a naturalização. Nos tractados celebrados com o fim de exemptar os estrangeiros do albinagio, os reis reservavam-se frequentemente um

pequeno direito sobre a successão destas pessoas, denominado direito de detracção. Este direito, fixado em varias convencções em 5 % do capital, era estipulado quando uma das potencias contractantes se reservava um direito analogo.

O direito albinagio e o de deiracção nunca estiveram em vigor em Portugal, pois, por um lado, estas expressões são desconhecidas das antigas leis portuguezas, e, por outro, as Ordenações, ao enumerar os direitos reaes, nada trazem que se pareça com taes direitos (ord. aff., liv. II, tit. xxiv; ord. man., liv. u, tit. xv; ord. philip., liv. II, tit. xxvi). É esta a opinião emittida por Mello Freire, Coelho da Rocha e sr. dr. Guimarães Pedrosa.

Portugal celebrou varios tractados com as nações estrangeiras, tendo por fim a abolição do direito de albinagio, obedecendo assim á tendencia que se manifestou na evolução jurídica neste sentido. Daqui pôde deduzir-se á primeira vista um argumento em favor da existencia do direito de albinagio entre nós, visto as outras nações não deverem ter interesse em abolir o direito de albinagio, desde o momento em que elle não se encontrasse em vigor entre nós.

O argumento deixa de ter valor, observando que Portugal podia usar do direito de retorsão, em virtude do qual, como notava Almeida e Sousa, se podia negar aos estrangeiros no reino o que elles denegassem aos nossos na sua nação. E, assim, o interesse de Portugal, em conseguir por meio de tractados a abolição do' direito de albinagio conjugava-se com o interesse das outras potencias, que obtinham uma garantia ao não exercício de tal direito contra os seus subditos.

b) *Direito de naufragio*. — O direito de naufragio — tambem chamado *laganum, wreccum droit*

de bris — era o direito que o rei e os senhores se arrogaram de se apoderarem das pessoas e cousas naufragadas no mar e nos rios. Este direito ligava-se com a exclusão dos estrangeiros de toda a protecção legal, embora também chegasse a ser applicado aos nacionaes.

A Igreja, seguindo as tradições do direito romano, insurgiu-se contra este direito, condemnando-o com toda a energia, chegando a não absolver da culpa de furto aquelles que, usando da permissão das leis, se apoderassem dos despojos dos naufragos. Os esforços da Igreja nem sempre foram coroados de bons resultados, visto o direito de naufragio continuar a ser admittido em muitos paizes.

Entre nós, porém, não se reconheceu o direito de naufragio, e isto logo desde o começo da nossa nacionalidade. Effectivamente, uma lei de Affonso II, feita nas côrtes de Coimbra de 1211, dispõe que os bens dos naufragos não poderiam ser occupados em proveito do Gsco, ou de qualquer, devendo ser restituídos a seus donos, mediante apenas as despesas que houvessem sido feitas, e sob penas rigorosas para os que assim não procedessem — *ca sem razon parece a aquelle, que he atormentado, dar-lhe homem outro tormento*.

Esta lei foi adoptada por D. Fernando e D. João I, passando depois para as Ord. Aff. (Liv. II, tit. xxxii). As Ordenações Manuelinas acceitando esta lei, determinaram que ella não tivesse applicação quando se tractasse de navios infieis, inimigos da fé christã e que não fossem subditos portuguezes, ou doutras pessoas com que houvesse guerra, ou de corsarios que *andassem a toda a roupa*. Nestes casos, as cousas perdidas ficavam sendo do primeiro que as occupasse (Ord. Man., liv. 11, tit. xxii). Foi com

estes accrescimos, filhos, em grande parte, da intolerancia do tempo, que a lei passou para as Ordenações Filippinas (Liv. II, tit. xxxII).

c) Direito *de represalias*. O direito de represalias era o direito que um governo concedia a um seu subdito de capturar as pessoas e de se apoderar, até a uma somma determinada, dos bens dos cidadãos dum Estado estrangeiro, em que o subdito tinha soffrido alguma offensa, sem ter podido conseguir a satisfação que lhe era devida.

Este instituto, sendo evidentemente uma manifestação da violencia privada, um pouco modificada pela intervenção do Estado, envolvia uma grande injustiça, visto com o exercício das represalias soffrer o innocente as consequencias da culpa dos actos doutrem. A Igreja insurgiu-se contra esta pratica, condemnando-a abertamente Gregorio X, sendo esta condemnação confirmada por varios concílios e leis ecclesiasticas.

Nada ha na historia da legislação portuguesa que permitia suppor que esteve em vigor entre nós o direito das represalias.

Em face do que acabamos de vêr, não é sem razão que Mello Freire diz orgulhosamente que a nossa nação recebeu os estrangeiros quasi como cidadãos natnaes e os tractou humanamente ¹.

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 65 e seg.; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 365 e seg.; Pertile, *Storia del diritto italiano*, tom. III, pag. 187 e seg.; Salvioli, *Storia del diritto italiano*, pag. 292; Weiss, *Traité de droit internationale privé*, tom. II, pag. 57 e seg.; Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pag. 162 e seg.; Mello Freire, *Institutiones juris lusitani*, tom. II, pag. 14 e seg.; Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil*, tom. I, pag. 139 e seg.

135. Privilegios concedidos aos estrangeiros. — Mas Portugal não só não foi hostil aos estrangeiros, mas tambem concedeu a muitos delles importantes privilegios, seguindo a orientação que nós já encontramos adoptada no direito peninsular.

Assim, Affonso Henriques concedeu privilegios aos allemães, pelo auxilio *que* delles recebeu no cerco e tomada de Lisboa, sendo-lhes conservados além das Ordenações Filippinas. Entre esses privilegios, nota-se o de terem nas suas causas commerciaes juiz privativo, que era o corregedor do cível da cidade de Lisboa, conseguindo os habitantes das cidades hanseaticas ter um juiz conservador separado, por virtude de tractados de paz e alliança (ord., liv. I, tit. XLIX, § 3.º, alv. de 24 de julho de 1705, ass. de 23 de março de 1876).

Os genovêses tambem cedo obtiveram privilegios em Portugal. D. João I extendeu, por carta de 10 de agosto de 1400, os privilegios dos genovêses aos inglêses.

Affonso V concedeu aos ingleses juiz privativo nas causas commerciaes, por carta de 29 de outubro de 1450, sendo este privilegio respeitado pelas Ordenações Filippinas (liv. I, tit. LII, § 9.º). Este privilegio foi modificado depois quanto ao juiz, á competencia dos recursos e ao termo da demanda pelo tractado de 10 de julho de 1654 (art. 7.º). O privilegio de fôro concedido aos inglêses preferia a todos os privilegios da mesma natureza que tivessem os nacionaes, mesmo nos casos de força nova, com excepção apenas das causas fiscaes (ass. de 6 de março de 1782, de 15 de fevereiro de 1791, de 17 de março de 1792 e alv. de 17 de setembro de 1665 e

de 9 de outubro de 1709). Os privilegios dos ingleses eram tão importantes, que os próprios nacionaes moitas vezes pediam cartas de privilegio de ingleses (ass. de 11 de junho de 1832 e trat. com a Grã-Bretanha de 19 de fevereiro de 1810).

D. Affonso V tambem concedeu, por carta de 28 de março de 1452, privilegios aos allemães, aos francêses, aos flamengos e aos bretões.

Os hespanhoes lambem obtiveram juiz conservador privativo para todas as suas causas e em geral os mesmos privilegios dados aos francêses e ingleses (Dec. de 13 de novembro de 1692, ass. de 23 de março de 1786).

D. Manoel deu privilegios aos moradores da cidade de Augusta e de outras localidades da Allemanha, tão extensos que nem os proprios subditos os tinham recebido, no dizer da carta de concessão (Alv. de 7 de fevereiro de 1495).

Depois da restauração de Portugal, foram confirmados aos estrangeiros os seus privilegios.

O tractado de 29 de julho de 1842 feito com a Inglaterra aboliu a conservatoria inglesa. A lei de 12 de março de 1845 supprimiu todas as conservatorias estrangeiras. A conservatoria inglesa, que tinha sido restabelecida por decreto de 5 de maio de 1847, foi finalmente extincta pelo decreto de 18 de fevereiro de 1848 ¹.

136. Applicaçãõ directa do direito estrangeiro. — Mas a benevolencia com que foram tractados os

¹ Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introducção ao estudo do direito privado internacional*, pag. 164; José Ferreira Borges, *Collecção chronologica dos assentos da casa da supplicação o do civil*, pag. 329 e seg.

estrangeiros foi até ao ponto de se applicar o seu direito? A applicação do direito estrangeiro póde ser directa ou indirecta. Na applicação directa, invoca-se a disposição duma lei estrangeira, como devendo regular determinada relação jurídica. Na applicação indirecta, não se invoca já uma disposição de lei, mas a sentença que decidia a questão noutro Estado. O direito estrangeiro neste caso apresenta-se, não como uma disposição geral, mas como norma já applicada a uma hypothese concreta pelo poder judicial.

Para que se realize a applicação directa do direito estrangeiro, basta que o Estado reconheça a efficacia extraterritorial da lei peregrina ou a sua competencia na phrase de Brocher. Quando se tracta, porém, da applicação indirecta do direito estrangeiro, torna-se necessario, além disso, que a sentença tenha valor fóra do territorio onde foi pronunciada.

No direito antigo, não ha textos expressos relativamente á applicação directa do direito estrangeiro. A lei das Sete Partidas estabelece: *que todos aquellos que son del Senorio del facedor de las leys sobre que las él pone son lenidos de las obedescer è guardar è juzgarse por ellas* (Part. I, tit. I, l. 15). Outra lei do mesmo código menciona, entre os casos em que se devem observar as leis estrangeiras, *quando se traia de pleitos fechos entre homes de aquella terra* (Part. III, tit. XVI, l. 15). Ora, é factó averiguado que se julgou em Portugal pelo código das Sete Partidas, no século XIV, embora não haja provas suficientes para attribuir a uma versão portugêsa que delle se fez character official.

Nas Ordenações Affonsinas tambem ha uma disposição, que depois passou para as outras Ordenações, relativa ás provas que se devem fazer por

escriptura publica, preceituando-se que nos contractos feitos fóra se guarde o direito commum e ordenações do reino onde esses contractos e respectivos instrumentos forem feitos (Ord. Aff., liv. III, tit. LXIV, § 7.º; Ord. Man., liv. III, tit. XLV, § 1.º; Ord. Filip., liv. III, tit. LIX, § 1.º).

A tendencia para a applicação da lei territorial aos estrangeiros devia dentro em breve fazer-se sentir em Portugal, como consequencia da evolução que se deu no direito internacional. Effectivamente, a soberania que, para os barbaros era uma relação pessoal entre o povo e quem o governa, transformou-se pouco a pouco numa relação territorial, considerando-se a applicação da lei estrangeira como um attentado á independencia do Estado. O feudalismo impulsionou poderosamente esta evolução, pois, baseando-se, como observa Michelet, sobre a idéa do predomínio da terra, admittia a fusão da soberania com a propriedade e considerava o homem um mero accessorio do solo onde se encontrava. O absolutismo completou-a, em virtude da admissão da omnipotencia do poder do Estado sobre todas as pessoas e todas as cousas que se encontravam no seu territorio. O Estado apresentava-se como um corpo isolado que, soberano em si, exclusivamente exercia auctoridade e jurisdicção dentro dos limites do seu territorio.

Segundo Mello Freire, foi no systema do direito territorial que se basearam as Ordenações Filippinas (Liv. II, tit. III e tit. XI, pr. e § 3.º) e as extravagantes de 20 de outubro de 1656, de 16 de setembro de 1665 e de 7 de abril de 1685, as quaes definiram o fôro dos estrangeiros ou lhes deram certos e determinados juizes. E as idéas da epocha sobre a soberania do Estado levaram a considerar

os estrangeiros como subditos territoriaes, sujeitos ao poder e às leis do reino emquanto nelles permaneciam.

A territorialidade, porém, introduzia no estado das pessoas uma mobilidade perigosa e substituía ao direito o arbítrio, visto as leis de cada povo serem o producto das suas condições climatologicas, topographicas iollelectuaes e sociaes. É certo que o direito romano se tornou commum a todos os povos, mas sobre o fundo deste direito desinvolveram-se as legislações particulares de cada Estado, contendo importantes modificações daquelle direito, em harmonia com as exigencias dos novos tempos.

Para attenuar os inconvenientes da territorialidade do direito, appareceu a theoria dos estatutos, que deste modo se não póde considerar, nem um producto do direito romano, nem um effeito do direito germanico, como já se sustentou, mas a consequencia da lucta do espirito de justiça contra o systema territorial. O direito germanico e o direito romano tiveram sobre a origem e o desinvolvimento da theoria dos estatutos uma influencia unicamente indirecta, como mostra Lainé, emquanto o individualismo e a independencia dos germanos fortificou o principio da territorialidade e a unidade e equidade do direito romano impulsionou a reacção contra este principio.

À theoria dos estatutos, delineada no seculo xiv por Bartolo na Italia, como meio de resolver os conflictos que se davam entre as leis particulares das cidades livres italianas, foi depois desinvolvida de modo a ser considerada a base do direito privado internacional pelos escriptores do seculo xvi em diante, como D'Argentré, Guy Coquille, Bourgoigne, Rodenburg, Paulo e João Voet, etc.

O problema que se apresentou a Bartolo foi o seguinte: em face da generalidade do direito romano e da especialidade dos estatutos ou leis locais, não haverá alguns direitos que devam ser sempre respeitados, qualquer que seja o Estado em que se encontre o cidadão? Bartolo resolveu este problema notando que o direito local, como excepção do direito romano, é restricto ás pessoas e ás cousas sujeitas á soberania do Estado. Dahi deduziu elle: que o estatuto relativo ás pessoas não obriga os estrangeiros, visto elles não estarem sujeitos ao poder do Estado; que o estatuto relativo ás cousas obriga os estrangeiros, visto as cousas se encontrarem sob o domínio da soberania territorial; que o estatuto relativo á pessoa segue o cidadão para qualquer logar para onde elle se dirija.

Dahi a distincção entre o estatuto pessoal e estatuto real, intendendo-se por o primeiro toda a lei que tinha por objecto immediato a pessoa e seu estado, ainda que contivesse disposições accessorias relativas aos bens, e intendendo-se por o segundo toda a lei que tinha por objecto principal as cousas, isto é, os immoveis, ainda que as pessoas interviessem accidentalmente. Ao passo que o estatuto pessoal acompanhava o individuo para toda a parte, o estatuto real não ultrapassava os limites territoriaes do Estado. Em face das difficuldades de fazer applicação da doutrina dos estatutos reaes e pessoaes a todas as relações jurídicas, acabou-se por admittir uma nova categoria de estatutos, os estatutos mistos, que se applicavam a todas as relações jurídicas que não eram comprehendidas pelo estatuto pessoal e pelo estatuto real, como a fórma externa dos actos.

A theoria dos estatutos, apesar do seu character empírico, melhorou consideravelmente a condição

do estrangeiro, visto, em face delia, haver certos direitos que se lhe não podiam negar. Era um passo não indifferente na via do progresso. Entre nós, tambem se fez sentir profundamente a influencia da theoria dos estatutos nas doutrinas dos praxistas, mas estes escriptores, como Valasco, Cabedo e Guerreiro, não passaram da resolução de algumas bypotbeses sobre direito matrimonial. Só mais tarde é que Coelho da Rocha tomou por criterio geral da applicação das leis no espaço a distincção das leis em pessoas e reaes, obrigando estas os estrangeiros relativamente aos bens immoveis que possuíssem em Portugal, e acompanhando-os as pessoas da sua patria ao nosso reino, devendo os actos publicos ser passados em harmonia com as leis do pais onde fossem celebrados.

O codigo civil regulou esta materia nos artigos 26.º e 27.º, mas não dum modo perfeito o completo, em virtude das duvidas que se podem levantar relativamente á propriedade mobiliaria, parecendo ter havido sobre este assumpto omissão intencional, desde o momento em que o Visconde de Seabra declarou, na discussão do projecto, que não fallou na propriedade mobiliaria, para que esta ficasse entregue aos princípios geraes. Estas duvidas, porém, já não são da nossa competencia ¹.

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 62 e seg.; Lainé, *Introduction au droit international privé*, tom. I, pag. 74 e seg.; Laghi, *Il diritto internazionale privato*, vol. I, pag. 80 e seg.; Catellani, *Il diritto internazionale privato*, vol. I, pag. 233 e seg.; Marqués de Olivart, *Manual de derecho internacional publico y privado*, pag. 110; Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil*, tom. I, pag. 139 e seg.; Sr. Dr. Guimarães Pedrosa, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pag. 170 e seg.

137. Appiicação indirecta. — No dominio da territorialidade do direito não podia apparecer a appiicação indirecta do direito estrangeiro, desde o momento em que nem mesmo se permittia a sua applicação directa. Mais tarde, apesar de se ter manifestado a influencia da theoria dos estatutos, a jurisprudencia e os escriptores continuaram a entender que as sentenças estrangeiras não podiam executar-se no reino. É o que se deduz de Melchior Phoebo, Mendes de Castro, Barbosa e Gabriel Pereira de Castro, que expõem a doutrina de que as precatórias vindas de outros reinos para se effectuar uma execução não se podiam cumprir, por não se encontrarem nos termos estabelecidos pelas Ordenações para estas cartas, e por ultrapassarem a competencia e jurisdicção dos tribunaes estrangeiros. Reflectindo esta corrente, dizia claramente Alexandre Caetano Gomes: advirta-se que nas cartas precatórias que vêem de outros reinos, para fazer execução na pessoa ou bens da parte contra quem são passadas, não lhes ponha o juiz *cumpra-se*, como incompetentes e sem jurisdicção.

Relativamente à Hespanha, havia alguns auctores, como Moraes, que, baseando-se sobre antigas convenções, intendiam que as precatórias deste pais para a execução das sentenças nelle pronunciadas deviam ser cumpridas pelos juizes portuguezes. Tornava-se necessario no seu intender, porém, apresentar a sentença e provar a competencia do tribunal estrangeiro.

O desaparecimento do absolutismo de Estado, devido á implantação do regimen liberal, a expansão das relações sociaes, produzida pelo incremento da

civilização, e a compreensão mais nítida da vida internacional, determinada pelo progresso da sciencia, desinvolvendo a applicação directa do direito estrangeiro, foram preparando o terreno para se realizar a applicação indirecta deste direito.

Foi a Nov. Ref. Jud. que regulou o assumpto nos artigos 44.º e. 567.º. Em face destes artigos, as sentenças dos tribunaes estrangeiros eram exequiveia: sem revisão e confirmação de alguma das relações, quando houvesse tractado que regulasse, de outro modo, o assumpto, e quando se desse o consentimento expresso das partes interessadas, julgado pelo competente juizo portugûes; e, com aquella revisão e confirmação, em todos os mais casos.

O codigo civil, no artigo 31.º, dispôs depois que as sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis entre estrangeiros e portugûes podiam ser executadas perante os tribunaes portugûes, nos termos prescriptos no codigo do processo. A intelligencia deste artigo deu origem a grandes duvidas, apparecendo nada menos de cinco interpretações para o intender, duvidas que augmentavam quando se comparava com a doutrina da Nov. Ref. Jad., que era o codigo do processo civil na epocha em que foi publicado aquelle codigo.

À opinião mais admissível era de que o art. 31º comprehendia, na sua letra, as sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, entre estrangeiros e portugûes, e, no seu espirito, as sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis entre portugûes. Não se podia por isso deixar de considerar revogada a Nov. Ref. Jud. pelo codigo civil, visto aquella admitir a execução de todas as sentenças estrangeiras e este só

aceitar a execução de certas e determinadas sentenças estrangeiras.

O código do processo civil veio acabar com as dúvidas a que dava lugar o código civil sobre esta matéria. Segundo este código, as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros, a que se refere o artigo 31.º do código civil, não são exequíveis no reino sem estarem revistas e confirmadas por alguma das relações, com audiência das partes interessadas e do ministério público, salvo quando outra coisa estiver estipulada em tratados (art. 1087.º) 1.

¹ Marnoco e Souza,- *Execução extraterritorial das sentenças*, pag. 108 e seg.

CAPITULO III
PESSOAS COM CAPACIDADE JURIDICA
PRIVILEGIADA

Nobres

SUMMARIO : —138. A nobreza na Hespanha primitiva. —130. O patriciado romano e a *nobilitas*. — 140. A nobreza do Baixo-Imperio. —141. A nobreza entre os germanos. 142. A nobreza entre os godos. — 143. A nobreza na Reconquista. — 144. A nobreza em Portugal. Transformação historica da classe. — 145. Privilegios da nobreza. 146. Adquisição da nobreza.

138. A nobreza na Hespanha primitiva. — No direito primitivo não se encontra a nobreza perfeitamente caracterizada, isto é, como um estado social privilegiado e hereditario. Ha, em todo o caso, algumas famílias que adquiriram, pela sua riqueza e pela soa importancia, uma consideração hereditaria. Tracta-se, como nota Viollet, dum privilegio moral que precede a formação do privilegio juridico que lhe sobrevive.

A existencia da nobreza entre os iberos e celtas da Península encontra-se comprovada por muitos testemunhos, visto os escriptores classicos designarem os indivíduos desta classe com os nomes de *príncipes, nobiles, maximi natu e primores*.

A palavra *princeps* significava o que exercia influencia notavel nos assumptos políticos dom povo, mas esta influencia tinha por base a nobreza, pois a esta classe é que competia constituir o senado.

desempenhar as funcções de legado ou embaixador e commandar o exercito.

Julgam alguns auctores que a nobreza residia principalmente nas cidades e a plebe nos campos, procurando deste modo explicar a dependencia politica que parece, effectivamente, ter existido das aldêas relativamente ás cidades ¹.

139. O patriciado romano e a nobilitas. ~ Logo nos começos de Roma encontramos uma classe social com um caracter profundamente aristocratico — o patriciado.

O patriciado constituía uma classe privilegiada. As instituições jurídicas e politicas existiam unica e exclusivamente para os patrícios. O verdadeiro *populus* romano era constituído pelos patricios que, deste modo, eram os unicos cidadãos do Estado.

É certo que os plebeus tinham um certo numero de instituições proprias, mas essas instituições tinham uma existencia só de facto, a que o patriciado não reconhecia effeitos jurídicos alguns. E por isso que era o *usus* que regulava as relações entre os indivíduos da classe plebêa. Isto era uma consequencia da propria estradara da plebe, composta de indivíduos e de famílias de origem diversa e de recente formação., vivendo ao lado do patriciado, com antigas tradições e em que tudo se encontrava regulado e previsto por normas e regras fixas.

A separação profunda que distanciava os plebeus e os patrícios não podia persistir, depois que a plebe foi augmentando em numero e força. Dahi a

¹ Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 247 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. I, pag. 31 e seg.

lucta entre estas classes, tendo por fim a conquista da egualdade jurídica e politica e que foi coroada dos mais felizes resultados.

Á aristocracia de sangue succede entio a aristocracia burguêsa. Surge a *nobilitas*, com o seu culto, os seus privilegios e a sua consideração como sucessora do patriciado.

Entre ricos e pobres, escreve Oliveira Martins; reaparecem distincções analogas ás doutr'ora entre patrícios e plebeus ¹.

140. A nobreza do Baizo-Imperio. — No Baixo-Imperio apparece uma nobreza de character burocratico e plutocratico. Effectivamente, nesta sociedade o primeiro logar era occupado pelos *honestiores* contrapostos aos *humiliores*, *plebeii* ou *tenuiores*. Os *honestiores* são os altos funcionarios do Estado.

Esta nobreza tende a accentuar-se, visto alguns cargos como os de senador e de decurião se terem tornado hereditarios. A condição destes nobres differencia-se da dos outros homens Jivres. .

TSem privilegios relativamente ao direito penal, no sentido de que se são mais graves as multas que pagam, tambem são menos graves as penas corporeas que os ferem. Em materia tributaria, é peor a sua condição, especialmente para os senadores e decuriões, pois, além dos impostos geraes, tambem estão sujeitos a impostos especiaes. Entre, os *honestiores*, formaram-se varias categorias. Em baixo ficavam os decuriões da cidade;

¹ Carle, *Le origini del diritto romano*, pag. 160 e seg.; Oliveira Martins, *Historia da republica romana*, pag. 98 e seg.; Sr. Dr. Pedro Martins, *Historia geral do direito romano, peninsular e português*, pag. 158 e seg.

acima destes encontravam-se os grandes funcionarios do Imperio, divididos em varias ordens com um titulo especial. Dahi os *illustres*, os *spectabiles*, os *clarissimi*, os *perfectissimi* e os *egregii*.

É isto um pouco semelhante ao que acontece na Russia moderna, onde os funcionarios superiores de todas as ordens se encontram repartidos por quatorze classes, designadas por um epitho honorífico proprio, constituindo o seu conjuncto uma aristocracia pessoal ou hereditaria ¹.

141. A nobreza entre os germanos. — Entre os germanos existia uma nobreza de origem muito antiga. Gosava de grande respeito entre o povo e illustrava-se principalmente nas expedições guerreiras.

Não é possível precisar, por falta de testemunhos, os privilegios da nobreza e as gradações que existiam na mesma. Só sabemos que o seu depoimento era de mais valor perante os tribunaes do que o do commum dos homens livres.

A nobreza era constituída entre os germanos pelos *príncipes*, que eram os chefes dos bandos guerreiros com uma grande influencia nas assembleas geraes, decidindo só por si os negocios de menor importancia. Sahiam deites os magistrados que administravam justiça e os generaes que dirigiam o exercito.

Apesar da sua grande importancia social e politica, os *príncipes* não formavam uma classe cerrada. Todo o germano ingenuo com meios bastantes para armar e sustentar uma comitiva, podia converter-se

¹ Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 24 e seg.

em *príncipes*, exigindo-se-lhe unicamente valor, da que tinha de dar provas.

A nobreza germanica fundava-se numa certa consideração social proveniente do respeito pela memoria de antepassados illustres. O prestigio da nobreza era tanto maior, quanto mais antiga fosse a serie dos antepassados insignes pelos seus feitos ¹.

142. A nobreza entre os godos. — Com a invasão dos godos, a nobreza hispano-romana não desapareceu, embora soffresse um duro golpe, em virtude da redução da propriedade, proveniente dos conquistadores terem reservado para si dois terços das terras cultivadas. As leis designavam com o nome de *seniores* os nobres godos e com o de *senatores* os nobres hispano-romanos.

Os *senatores* conseguiram eximir-se dos tributos especiaes que a administração romana fazia pesar sobre elles e exercer, pela sua união com os monarchas godos, a mesma senão maior influencia que no tempo do Imperio. No Breviario de Alarico, constituem uma classe perfeitamente distincta, sendo-lhes prohibido o casamento com pessoas vis ou infames e não podendo receber por usura mais de metade do juro legal corrente. A nobreza goda constituía uma casta distincta, transmittindo-se por geração, contrariamente ao que acontecia com a nobreza hispano-romana, que tinha um caracter essencialmente plutocratico e burocratico.

As duas especies de nobreza, porém, tenderam a identificar-se, visto no Officio Polatino, no governo

¹ Peres Pujol, *Historia de las instituciones sociales*, tom. I, pag. 476 e seg.; Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 25 e seg

das províncias e das cidades, nos cargos superiores do exercito se encontrarem *senatores* romanos e *seniores* godos. O duque de Merida da província' da Luzitania, DO tempo de Reccaredo, ó celebre duque Claudio, foi indiscutivelmente de origem romana, e de família romana ou bysantina devia sê-lo, a julgar pelo sen nome, o duque Paulo, que chegou a coroar se como rei dos insurretos contra Wamba.

E assim as duas nobrezas, com differença de nomes e leve distiricção de condições, chegam a formar uma só classe, apoiando-se no prestígio dos ascendentes, mantido com a posse da riqueza territorial e o exercício das funcções publicas. Parece que Herculano é um pouco exagerado, quando sustenta que a nobreza, no periodo godo, era representada na suas duas fórmias, a pessoal, adquirida por cargos, e a hereditaria, quasi exclusivamente por indivíduos da raça germanica.

No codigo wisigothico, os nobres não gosavam de direitos especiaes que os constituíssem numa classe privilegiada. Predominava assim o principio geral da egualdade civil para lodos os ingenuos, apesar dos títulos e das qualificações hierarchicas da nobreza. As differenças do *wergeld* que se davam entre os francos, de modo que o nobre (*antrustio*) tinha direito a um tríplice *wergeld*, não se encontram no codigo wisigothico, onde se reconhece uma e mesma composição para todos os ingenuos.

Nos wisigodos, tambem não se realizou a evolução que entre outros povos converteu em privados os officios publicos, visto o codigo wisigothico reconhecer que toda a jurisdição emana do rei (Cod. wis., liv. II, lit. I, 1. 13). Por isso, os nobres, embora se distinguissem pelo exercício de certos cargos que lhes eram reservados, ainda assim não podiam dahi

deduzir nenhum privilegio pessoal ou familiar, vislo receberem as dignidades do Estado, ao modo romano, como dependentes, retribuídos e amovíveis.

Não obstante esta orientação geral do código wisi-gothico, encontram-se nelle algumas excepções ao principio da egualdade civil que ahi prepondera. Assim, os nobres não podiam ser submettidos a] tortura (Cod. wís., liv. II, til. III, 1. 4 ; liv. VI, tit. I, 1. 2), e em alguns casos eram exemplos das penas corporaes, ficando sujeitos unicamente ás penas pe-cuniarias (Cod. wis., liv. VIII, tit. III, 1. 10 e 12) 1.

148. A nobreza na Roconquista. — Os nobres adquirem neste período uma condição jurídica muito privilegiada. Aquelles que possuíam extensos territorios e grande numero de bens são designados nos antigos documentos com os nomes de *príncipes*, *pro-testates terrae*, *proceres*, *magnates*, *richi-homines*. Mas, pertenciam tambem á nobreza os conselheiros dos reis, *primates*, *magnates togae palatii*, *optimates aulae vel scholae regis*, e os condes, que exerciam o com mando militar, administravam a justiça e recebiam os tributos. O nome de *infanções*, que se usa nos documentos da epocha, não se sabe com certeza se abrange todos os nobres, ou uma classe delles ou simplesmente os filhos e descendentes de família nobre.

A nobreza não constituía uma corporação cerrada, mas era uma classe a que podiam ascender todos os indivíduos, desde o momento em que accumulassem

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III pag. 225 e seg.; Rafael Altamira, *Historia de Espana y de la civilizacion espanola*, tom. I, pag. 101 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. IV, pag. 191 e seg.

riquezas, fama e poder, e alcançassem a consideração do monarcha, a quem competia conferir os títulos nobiliarios.

Os nobres tomavam uma parte muito importante no governo do Estado, intervindo nos concílios ou assembleias nacionaes, onde se decidiam os negocios mais graves do reino, assistindo como assessores no tribunal do rei, quando este administrara a justiça por si, on do conde, nos seus respectivos districtos, e sendo ouvidos a respeito da imposição e distribuição dos tributos.

Os nobres não podiam ser julgados senão por indivíduos da sua classe. A falta da observancia deste privilegio foi uma das causas que mais contribuíram, nos primeiros annos do reinado de Affonso o Sabio, para os alvoroços e as desordens com que a aristocracia perturbou o reino.

A composição on reparação legal, quando tivessem recebido damno, injuria ou deshonra, era maior do que a estabelecida para os indivíduos das classes, inferiores, visto ella consistir em quinhentos soldos. Quando a injuria era de tal natureza, que não admitia composição, ou não queria dá-lo o offensor ou acceitá-la o offendido, appellavam para a guerra privada, que era outro dos direitos da nobreza. Combaliam então uns contra os outros, fazendo toda a classe de damnos, até que a sorte das armas, inclinando-se para um dos lados, rinha a dieidir a questão. Muitas vezes, os odios e rancores de família passavam de geração em geração, tornando-se interminaveis estas guerras privadas, com não pequeno prejuízo para a ordem publica.

Os nobres estavam exemplos do pagamento de todos os tributos e, se intervinham na repartição dos impostos, não era porque estivessem sujeitos a

elles, mas porque um dos seus direitos era o de tomar parte na administração e governo dos condados. As terras dos nobres estavam exemptas da jurisdição real, constituindo as *honras* e os *coutos*.

Os nobres tinham obrigação de servir com a sua pessoa e vassallos na guerra, sempre que fossem convocados, não á sua custa, mas a expensas do rei. Tinham uma legislação propria, fundada mais em nsos e costumes, do que em leis escriptas.

Todos estes privilegios, alguns verdadeiramente anarchicos, mas sempre vantajosos, attribuiam á nobreza uma liberdade ampla e uma independencia quasi absoluta. A sua independencia chegava a ponto de, quando se consideravam offendidos pelo monarcha, não terem duvida em sair do reino fazer-lhe guerra e alliar-se para isso com os califas ¹.

144. A nobreza em Portugal. Transformação historica da classe. — A nobreza nos primeiros tempos da monarchia leve um caracter accentuada-mente militar. Era representada principalmente pelos *ricos-homens* e *infanções*. Ambas estas classes de nobres tinham a fidalguia de linhagem, mas os primeiros encontravam-se revestidos da magistratura civil e militar em cada uma das circumscri-pções maiores em que se dividia o reino, e a que se dava o nome de terras. Abaixo destes nobres havia os *cavalleiros* e os *escudeiros*.

¹ Mufior y Romero, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y Léon*, pag. 107 e seg.; D. Rafael Altamira, *Historia de la Espana y de la civilization espatula*, tom. I, pag. 287 e seg.; Salvador del Viso, *Lecciones elementares de historia y de derecho civil, mercantil y penal de Espana*, tom. I, pag. 99 e seg.

Como a nobreza de primeira ordem seguiu o partido de Castella nas contendas que precederam a eleição de D. João I e foi por isso despojada dos seus bens e honras, tornou-se necessaria a criação de outra que, como nota Coelho da Rocha, servisse de sustentaculo á nova dynastia. Assim, nasceu uma nova nobreza, cuja importancia derivava da qualidade de donatarios e que se encontra condecorada com titulos que fazem lembrar os do baixo imperio *duques, marqueses, condes, viscondes e barões*. A nobreza da segunda ordem, composta de simples fidalgos e dos escudeiros ou cavalleiros, alarga-se, comprehendendo a classe dos *doutores* e em geral dos *letrados*, os quaes, pela sua sciencia e pelos empregos principalmente da magistratura a que foram chamados, obtiveram grande importancia no conceito do povo, assim como muitas prerogativas e favor das leis.

A integração do absolutismo não podia deixar de ser fatal á nobreza, pois tal forma de governo não podia harmonizar-se com a importancia politica desta classe social. Dahi a sua decadencia que se vae accentuando cada vez mais, até que o Marquês de Pombal, considerando esta ordem um obstaculo ás suas reformas lhe nega a consideração a que ella julgava ter direito e a humilha com o supplicio de alguns dos seus chefes, ao mesmo tempo que lhe pretende dar nova direcção, elevando a esta classe os proprietarios, commerciantes e artistas notaveis e outros cujo credito assentava mais no merecimento e riquezas proprias, do que em recordações historicas.

- A nobreza, porem, estava irremediavelmente perdida, em virtude da transformação operada nas ideas, principalmente por influencia da philosophia

do seculo xviii, que fazia derivar a consideração devida ao individuo unicamente das virtudes proprias. A revolução francêsa aboliu por isso os privilegios da nobreza, deixando subsistir as suas regalias honorificas, que eram absolutamente inofensivas.

Todas as constituições que sahiram depois dos movimentos liberaes inspirados pela revolução francêsa não deixaram de ferir mais ou menos profundamente a nobreza. A constituição de 1822 vibrou-lhe um duro golpe, estabelecendo que a lei é igual para todos e que todos podem ser admittidos aos cargos publicos, sem outra distincção, que não seja a dos seus talentos e das suas virtudes (artt. 9.º e 12.º).

A Carta Constitucional garante a nobreza hereditaria com as suas regalias, mas ao mesmo tempo dispõe que ficam abolidos todos os privilegios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica (art. 145.º, §§ 15.º e 31.º).

A Carta não parece ter sido muito coherente, pois, ao passo que, por um lado, garante apenas os privilegios essencialmente e inteiramente ligados aos
A□A cargos por utilidade publica, por outro, garante em geral a nobreza hereditaria e as suas regalias. Nem se diga que o § 31.º, se deve intender modificado pelo § 15.º, pois em tal caso seria absolutamente desnecessario.

Foi para evitar esta incoherencia que a constituição de 1838 garantiu a nobreza hereditaria e as suas regalias *puramente honorificas* (n.º IV do art. 28.º). Parece que o § 31.º do art. 145.º da Carta se deve intender deste modo, pois só assim, como nota o Sr. Dr. Lopes Praça, é que elle deixará de ser um pleonasmio, sem estar em contradicção

com o § 15.º. Não é um pleonasma, porque o § 45.º não garante as regalias paramente honoríficas da nobreza hereditaria; não está em contradição, de serem garantidas estas regalias paramente honoríficas, se não segue a invalidação do disposto no § 15.º 1.

146. Privilegios da nobreza. — Os privilegios da nobreza acompanharam as phases porque passou a acção desta classe na vida social e politica do pais. Primeiramente muito extensos e largos, foram depois reduzidos, gradualmente, á medida que se accentuou o poder real e se manifestou a sua evolução no sentido do absolutismo.

Entre esses privilegios, figura, como principal, o direito de jurisdicção que os nobres tinham nas terras doadas pelos reis, constituindo as *honras* e os *coutos*. E' muito difficil estabelecer a differença entre os *coutos* e as *honras*.

Coelho da Rocha não os distingue, o que não admira, se attendermos a que as *honras* e os *coutos* tinham caracteres communs, como a exempção do serviço militar e dos tributos reaes.

José Anastacio Figueiredo pretende differenciar as *honras* dos *coutos*, considerando o privilegio das *honras* mais pessoal para os moradores delias é seus senhores, não induzindo por via de regra jurisdicção, mas o direito de perceber as rendas,

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 198 e seg.; tom. IV, pag. 105; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. I, pag. 388 e seg.; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a Historia do governo e da legislação de Portugal*, pag. 65, 112, 183; Sr. Dr. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, part. I, pag. 139.

foros e tributos que pelos taes moradores, em justa recompensa da defesa, amparo e privilegio que delles lhes proveem, se pagam aos mesmos senhores e todo o útil e honorifico que nas mesmas honras tiver logar e lhes pertencem. Esta opinião, porem, mostra mais a dificuldade de distinguir os *coutos* e as *honras*, do que a clara differença entre estes dois privilegios.

Outros historiadores procuram distinguir as *honras* dos *coutos*, limitando estes aos monges, cabidos e mais pessoas ecclesiasticas e aquellas aos seculares. Este modo de vêr, porem, não é sustentavel, dum modo absoluto, pois que os mosteiros e pessoas ecclesiasticas tiveram as suas *honras*, como se vê da Ord., liv. II, tit. XLVIII. E' um facto indiscutível, como nota Gama Barros, a existencia, embora illegitima, de *honras* do senhorio ecclesiastico.

Este historiador é que caracteriza melhor as *honras* e os *coutos*, mostrando que as *honras* eram immunes pela nobreza dos senhores, ao passo que os *coutos* gosavam das immunidades por concessão do rei. Mas, envolvendo em si, tanto a *honra* como o *couto*, a exempção de encargos e usurpando-se direitos nuns e noutros senhorios, que só do monarcha se podiam legitimamente alcançar, era facil confundirem-se, como de facto se confundiam, ambos os vocabulos na sua applicação usual.

Depois de Affonso IV, que declarou devassas todas as honras posteriores a certo período do reinado de seu pae, a palavra *honra* parece que fica sendo applicada principalmente ás propriedades a que aquelle rei havia conservado essa denominação.

Os senhores manifestaram uma tendencia pronunciada para alargar a sua jurisdicção, *coutando* e *honrando* logares aos quaes tal favor não podia

legalmente competir, e para se tornarem inteiramente independentes do poder real, não admitindo intervenção alguma delle nas suas terras.

Contra esta tendencia, nas suas duas fórmulas, luctaram os reis energicamente. Para cohibir o primeiro abuso, serviram-se das *confirmações* e das *inquirições*, que nos apparecem a partir de Affonso II, consistindo as primeiras em os nobres submeterem á approvação dum novo rei as doações recebidas dos seus antecessores para se determinar se existiam terras usurpadas, e as segundas na verificação por uma alçada especial, que percorria o pais, das terras que andavam injustamente desviadas do patrimonio da corôa.

Para reprimir o segundo abuso, foi reconhecido, no tempo de D. Dinis, o direito de appellar directamente para o rei ou para os seus sobre-juizes das sentenças proferidas pelos juizes, alcaides ou alvazis dos *coutos* dos donatarios, e delimitou-se, no tempo de D. Fernando, a sua jurisdicção, estabelecendo-se muitas causas de que elles não poderiam conhecer.

Os nobres luctaram com sorte varia contra estas providencias, até que D. João II chamou a exame todas as doações e privilegios concedidos e cerceou muito a jurisdicção dos donatarios, ampliando ao mesmo tempo o direito de appellação para as justicas reaes. Estas providencias rigorosamente cumpridas affectaram profundamente o privilegio da jurisdicção da nobreza, que desde então por diante estava destinado a desaparecer. As Ordenações Filipinas (Liv. II, tit. XLVIII) ainda conservaram aos nobres a jurisdicção nos *coutos* e honras, com a condição de a não ampliarem, mas essa jurisdicção era um pallido reflexo do que tinha sido.

A evolução chegou ao seu termo DO tempo de D. Maria I, em que foram abolidos o poder e a jurisdição dos donatarios, pela lei de 19 de julho de 1790, que fez entrar as terras daquelles no plano geral da administração de todo reino, com magistrados eguaes em nome e autoridade.

Outro privilegio da nobreza, mas que não podia persistir por largo tempo, por causa do seu character anarchico, era o direito da *revindicta*, em virtude do qual o nobre ultrajado tinha o direito de se desagrar pelas suas proprias mãos.

Dahi as guerras privadas, com que a aristocracia turbulenta e orgulhosa perturbava o reino, para vingar pela força a morte ou offensa dos seus parentes, quando não era para despicar pontos de honra, sobre que as leis da cavallaria e os costumes do tempo eram inexoraveis. O exercicio da *revindicta*, a principio simplesmente regulado, acabou por ser completamente proibido por D. Affonso V (Ord. Affonsinas, liv. V, tit. LIII)

Supprimidos estes privilegios, a nobreza conservou ainda muitos outros, que lhe asseguravam uma condição jurídica especial.

Entre esses privilegios, devemos mencionar: o da homenagem, em virtude da qual os nobres não eram presos em cadeia publica, mas em sua casa, no castello, ou em toda a cidade, villa ou logar, excepto nos crimes capitães (Ord., liv. v, tit. cxx); o da exempção das penas vis, embora esta exempção tambem se applicasse a outras pessoas que tinham alguma distincção, posto não fossem precisamente nobres (Ord., liv. v, tit. cxxxviii; o da exempção da tortura, com excepção dos crimes que faziam perder o privilegio da nobreza (Ord., liv. v, tit. cxxxiii, § 3); o do exercicio e serviço da cavai-

laria militar (Alv. de 6 de fevereiro de 1642); o do uso de brazões de armas e appellidos de familia (Ord., liv. v, tit. xcii); o da instituição de morgado, que sómente competia a pessoas de distincta nobreza, ou recommendaveis por outros princípios (Lei de 3 de agosto de 1770); o de fazerem fé os alvarás e escriptos dos nobres em certos casos (Ord., liv. iii, tit. LIX, § 15); o de fazer prova a declaração jurada do amo nobre de haver pago a soldada ao creado (Ord., liv. IV, tit. xxxiii, § ultimo), etc.

Muitas vezes a condição juridica especial da nobreza reflectia-se nos lavradores, caseiros e creados dos nobres, a quem eram concedidos muitos privilegios (Ord., liv. I, tit. LXVI, § 43; tit. LXVII, § 10 e liv. II, tit. LVIII, §§ 1 a 7) ¹.

146. Adquisição da nobreza. — A nobreza adquiria-se pelos modos seguintes: a) nascimento; b) casamento ; c) profissão; d) concessão do rei.

a) *Nascimento*. — O pae transmittia a nobreza aos seus filhos legítimos (Ord., liv. v, tit. xcii, pr.). Os filhos illegítimos, sendo reconhecidos ou perfilhados, no testamento ou em escriptura publica ou particular, gosavam da nobreza e dos privilegios do pae (Ord., liv. v, tit. xcii, § 4).

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. I, pag. 439 e seg.; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal*, pag. 68 e seg.; Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, tom. I, pag. 96 e seg.; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. I, pag. 146 e seg.; Silva Ferrão, *Repert. comment: sobre foraes e doações regias*, vol. I, pag. 5; José Anastacio Figueiredo, nas *Memorias de litteratura portugêsa*, vol. I, pag. 98.

A mãe também transmittia a sua nobreza aos filhos, contra o que dispunha o direito canonico (Ord., liv. v, tit. XCII, § 6).

b) *Casamento*. — O marido communicava á mulher a sua nobreza e isto ainda para depois da sua morte (Lei de 29 de janeiro de 1759, § 11).

Pelo contrario, a mulher nobre que casava com pleben, longe de lhe communicar a nobreza, perdia-a, em virtude da regra de que a mulher segue a condição do marido (Ord., liv. I, tit. xCI, § 7 e liv. III, tit. LXXXVI, § 23).

c) *Profissão*. — Relativamente á profissão como fonte da nobreza, o direito variou muito, conforme as phases da evolução social e politica do pais.

Entre as pessoas nobres por este motivo, podemos mencionar, como exemplos, os officiaes de justiça do Desembargo de El-Rei (Ord., liv. III, tit. LIX, § 15), os marechaes de campo e os tenentes generaes (Dec. de 13 de maio de 1789), os doutores em Theologia, Canones, Leis ou Medicina (Ord., liv. III, tit. LIX, § 16; liv. v, tit. cxx, pr.), etc.

d) *Concessão do rei*. — O rei podia também elevar á classe da nobreza aquelles que quizesse distinguir, recommendando, porém, a legislação que nisto devia haver muita economia, para se não amortecer a verdadeira nobreza (Lei de 29 de janeiro de 1739 e Ord., liv. v, tit. XCII, pr.) ¹.

¹ Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. I, pag. 125 e seg.

§2.º

Clerigos

SUMMARIO : —147. Os clerigos no direito romano. —148. Os clerigos no direito wisigothico. — 149. Os clerigos na Reconquista. —160. Os clerigos no direito português. Preponderancia do clero. — 161. Privilegios e immunidades do clero. — 162. O clero nas sociedades modernas.

147. Os clerigos no direito romano. — Na ordem dos privilegios, depois dos nobres, encontram-se os ecclesiasticos. É clerigo todo aquelle que recebe a tonsura, que dá accesso às ordens ecclesiasticas. Em condição similhante senão identica se encontram os monges, que na sua grande maioria, são tambem clerigos. Estes constituem o clero regular; aquelles o secular.

Depois que o christianismo se tornou a religião do Imperio romano, os clerigos receberam importantes privilegios. O privilegio do fôro encontra-se já sancionado pela legislação imperial.

Em materia crime, prevaleceu o principio de que os bispos não podiam ser julgados senão por bispos. Uma constituição de Honorio e Theodosio de 412 extendeu este privilegio a todos os clerigos, que deste modo unicamente podiam ser julgados e punidos pelo seu bispo.

Certos auctores ensinam, porém, que o direito romano não admitte o privilegio clerical do fôro em materia crime. Fundam-se em que a constituição de Honorio e Theodosio se refere sómente aos delictos leves e não aos crimes. Tal é a opinião de Godefroy e Beauchet.

Mas esta distincção é absolutamente inadmissível, visto ser contraria ao texto preciso e geral da lei. Invoca-se tambem em favor desta doutrina a novella 34 de Valentiniano III, onde se diz que os bispos devem conhecer sómente das causas relativas á religião. Este argumento prova demais, visto levar á conclusão de que os bispos não podiam conhecer de nenhum negocio crime, mesmo dos delictos leves. A verdade é, porém, que esta Novella de Valentiniano III, limitando a competencia dos bispos ás materias espirituaes, tem em vista as causas dos leigos e não as dos clerigos.

Relativamente ás questões civis entre clerigos, não apparece nenhum privilegio nitidamente formulado no ultimo estado das collecções imperiaes. Ha uma constituição de Constantino, considerando competente a jurisdicção do bispo, em materia civil, desde o momento em que uma das partes se dirigisse a ella. Esta constituição vigorou pouco tempo, prevalecendo o principio de que a jurisdicção do bispo em materia civil não era competente, sem o consentimento de ambas as partes. Nenhuma constituição imperial, porém, consagrou o privilegio clerical em materia civil.

A exempção de encargos pessoaes foi tambem admit-lida pelo direito romano a partir do Constantino 1.

148. Os clerigos no direito wisigothico. — Os privilegios augmentam no direito wisigothico como consequencia da acção da Igreja. Esta acção, porém,

¹ Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 269 e seg.; Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 32 e seg.; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, tom. I, pag. 563 e seg.

não se manifesta verdadeiramente senão depois da conversão de Recaredo, cujo exemplo impelliu a igual mudança o maior numero dos nobres desse imperio, os quaes, alem de não comprehenderem, em virtude da sua rudeza, a subtil differença entre o catholicismo e o arianismo, manifestaram, como todos os barbaros, grande mobilidade em materia religiosa.

A influencia da Igreja entre os wisigodos foi mais preponderante do que entre os outros povos barbaros, pois alli o clero não só interveio no governo, mas tambem se tornou legislador civil e politico. Este facto, que é signalado por todos os historiadores e nomeadamente por Guizot, explica-o dum modo cabal Oliveira Martins, mostrando que o clero constituía o laço de união entre a Hespanba romana e a Hespanba goda, e fez com que os vencedores, vendo deante de si uma corporação nacional organizada, se deixassem dirigir por ella, já respeitando essa força, já reconhecendo a superioridade da instrucção, já e principalmente utilizando em proveito proprio esse elemento do poder.

A situação juridica especial dos clerigos manifesta-se entre os wisigodos em quatro pontos: a) exempção das penas civis em certos casos; b) privilegio do fôro; c) exempção dos encargos pessoaes; d) exempção do serviço militar. Vejamos cada um delles.

a) *Exempção das penas civis em certos casos.* — Masdeu julga que os clerigos estavam exemplos das penas de morte, decalvação e açoutes. Esta doutrina não é exacta e rigorosa, com a absoluta generalidade que este escriptor suppõe. Se ha casos em que isso se verifica, ha outros em que a pretendida regra não tem applicação. Assim, um ingenuo que pratica um homicídio é castigado com a pena capital.

sem se fazer distincção entre o clerigo e o leigo (Cod. wis., liv. II, tit. I, 1. 6). Do mesmo modo, a lei civil applica a decalvação e os açoutes, sem differença entre os clerigos e os leigos, aos que falsificam as ordens reaes (Cod. wis., liv. VII, tit. v, 1. 9). O que se dá em alguns casos é a exempção da penalidade, como acontece relativamente aos clerigos rebeldes, que só soffrem a perda da honra e a penitencia perpetua, enquanto as outras pessoas são punidas com a pena de morte (Cod. wis., liv. II, tit. I, 1. 6 e Conc. VII de Toledo, can. 1). Do mesmo modo, o clerigo que commethia o delicto carnal, punido com açoutes e decalvação, era castigado unicamente com a deposição e desterro (Cod. wis., liv. III, tit. v, 1. 6 e can. 3 do XIV concilio de Toledo). Finalmente, o concilio de Merida exime de decalvação o sacerdote culpado de ter mntilado um escravo (Conc. de Merida, can. 5).

b) *Privilegio do fôro*. — O privilegio do fôro offerece bastantes incertezas e duvidas neste período, em virtude da insufficiencia das fontes e da confusão entre os direitos civis e canonicos que se manifesta e desinvolve em seguida á conversão de Reccaredo.

Apparece sancionado o privilegio do fôro nas questões entre clerigos, parecendo que nas questões entre clerigos e leigos o clerigo tinha de demandar o leigo perante o juiz civil e o leigo podia a sua escolha demandar o clerigo perante o tribunal civil ou perante o ecclesiastico (Conc. III de Toledo, can. 13). Os bispos eram demandados perante os concílios provinciaes, segundo declara o concilio IV de Toledo. (Conc. IV de Toledo, can. 3).

Relativamente ao fôro criminal dos clerigos, não encontramos leis expressas nesta epocha. A *lex romana wisigothorum* insere a constituição romana

segundo a qual os clérigos criminosos, com excepção dos bispos, devem ser entregues ao juízo civil. O concílio IV de Toledo confiou às assembleias dos bispos o conhecimento dos delictos de intelligencia criminosa dos sacerdotes com o estrangeiro e provavelmente também o de insurreição armada.

Os clérigos exerciam jurisdicção como arbitros nomeados pelas partes, não fazendo distincção alguma o código visigótico ao reconhecer a arbitragem em termos muitos geraes e ao dar o caracter de verdadeiros juizes aos arbitros (Cod. wis., liv. II, tit. I, l. 25).

c) *Exempções de encargos pessoais*. — Reccaredo fez a concessão, no concílio III de Toledo, aos clérigos de elles não serem empregados em trabalhos publicos ou particulares pelos juizes ou exactores publicos (Conc. III de Toledo, can. 21). Sisenando foi mais longe no concílio IV de Toledo, eximindo os clérigos ingenuos *ab omni publica indictione atque labore*. A. exempção de serviços — *labore* — è a mesma de Reccaredo; a da *indictione* refere-se á do tributo directo pessoal, denominado *capitatio humana*, e que tinha sido imposto pela *indictio* do rei (Conc. IV de Toledo, can. 47).

Alguns escriptores, como Genni, julgam mesmo que o imposto directo territorial, *capitatio terrena*, onerava os bens da Igreja não como uma obrigação, mas como um donativo voluntario. Esta opinião, porem, è inexacta, visto fundar-se numa má intelligencia da palavra *obsequia*, que emprega o concílio XVI de Toledo. Este concílio, porém, não só reconhece que as Igrejas eram obrigadas ao pagamento de tributos em razão dos seus predios, mas também emprega a palavra *obsequia* para designar estes tributos, unicamente por esta expressão se applicar

nesta epocha a todas as prestações que tinham caracter territorial (Conc. xvi de Toledo, can. 5).

Como se vê, a monarchia wisigothica não concedeu ao clero a ampla exempção de impostos que este alcançou em tempos posteriores e que só permittia sujeitá-lo aos tributos sob a fórmula de donativos.

d) *Exempção do serviço militar.* — Liga-se evidentemente com esta exempção dos encargos pessoais a do serviço militar, que chega a estabelecer-se também como uma consequencia da situação especial em que se encontrou o clero na sociedade wisigothica.

Ha varios textos das leis wisigothicas que supõem a sujeição do clero ao serviço militar. A sua exempção entre os wisigodos não data senão do rei Ervigio e do concilio xii de Toledo 1.

149. Os clérigos na Reconquista. — Com o desvolvimento da Reconquista, resurge a influencia da Igreja na vida social e politica, secundada pelas tradições do código wisigothico e pela lucta secular que se travou na Península entre christãos e mahometanos, favoravel à expansão do fanatismo religioso. Todas as classes, diz Gama Barros, estavam possuídas do mesmo fervor; todos, grandes e pequenos, porfiavam por alcançar a absolvição dos seus peccados a troco de dadivas á Igreja e aos seus ministros.

As doações e deixas feitas ás Igrejas, em virtude desta orientação dos espíritos, produziram a accu-

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. III, pag. 262 e seg.; Paul Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 275 e seg.; Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif*, tom. I, pag. 288; Oliveira Martins, *Historia da civilização iberica*, pag. 49.

mutação das riquezas nas mãos duras do clero, que junctamente com a sua superioridade mental no meio da barbarie, lhe devia assegurar uma grande preponderancia nas idéas, sentimentos e costumes publicos.

Esta preponderancia era ainda fortalecida pelo desinvolvimento do poder dos papas, cujas pretensões chegaram ao seu ultimo termo em 1073, quando Gregorio VII, que, segundo Guizot, tentou organizar os diversos elementos sociaes theocraticamente, não duvidou afirmar que, desde tempos remotos, o reino da Hespanha era propriedade de S. Pedro.

O meio historico era, por isso, favorável à conservação e desinvolvimento dos privilégios consignados no direito wisigothico. No concilio Jaccense, celebrado em 1063, estabelece-se claramente que as causas dos clerigos só possam ser julgadas pelo bispo e seus arcediagos. Neste seculo, porém, as questões, aliás muito vulgares, entre os mosteiros e individuos seculares ou ecclesiasticos sobre direitos de propriedade eram decididas no juizo civil, ou, quando muito, num juizo mixto. O mesmo aconteceu quasi até ao fim do século XII.

a exempção do serviço militar é que não podia manter-se no meio da violenta reconstituição da sociedade peninsular. A Igreja experimentou a influencia dos acontecimentos desta phase histórica da evolução social, caracterizada pelo predominio do militarismo que se impunha a todas as instituições, como condição de vida. As igrejas e os mosteiros também são fortalezas, diz Oliveira Martins, os parochos e bispos homens de guerra, senhores de territorios sobre que imperam da mesma fórma que os seculares. Os bispos e abbades acompanham, á frente das suas tropas, as correrias contra os sarrarenos, cobram os tributos dos seus senhorios; teem

servos, que aram os seus campos ou desempenham as funções inferiores do sacerdócio.

Em summa, os bispos e abbades possuidores de territorios eram verdadeiros senhores, como os nobres, levando a estes a vantagem, no maior numero de casos, de terem concedidos pelos reis, em documentos escriptos, os seus privilegios ¹.

150. Os clerigos no direito português. Preponderancia do clero. — A monarchia portugêsa constituiu-se no momento historico em que o poder dos papas tinha chegado ao seu apogeo, de modo que a christandade do Occidente reconhecia no successor de Pedro o arbítrio supremo de quem emanava a legitimidade da auctoridade civil. Este poder do papado devia contribuir para dar ao clero uma grande preponderancia na vida social e política, a qual ainda era fortalecida pelo prestigio de que a religião cercava os seus ministros, pela sciencia cujo monopolio possuíam, e pela força que lhes advinha das vastas propriedades que usufruíam.

O poder do clero affirma-se claramente nas suas lactas com a corôa, que Alexandre Herculano attribue erradamente a uma falta de cortezia e deferencia que o bispo do Porto D. Martinho Rodrigues praticou para com o rei, bem com á mudança que por este tempo se introduziu na disciplina ecclesiastica dos cabidos. Estes factos não são mais do que uma

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal nos seculos XII a XV*, tom. I, pag. 210; Oliveira Martins, *Historia da civilização iberica*, pag. 159 e seg.; Guizot, *Histoire de la civilization en Europe*, pag. 276; D. Rafael Altamira, *Historia de Espana y de la civilización espanola*, tom. I, pag. 296 e seg.

causa occasional das luctas entre o clero e a corôa, que encontram a sua verdadeira explicação na estrutura social da epocha, em que a auctoridade real e a auctoridade ecclesiastica, egualmente poderosas, procuram expandir-se ama á custa da outra.

Do reinado de D. Diais em diante manifestasse a decadencia da preponderancia do clero, motivada pelo desinvolvimento progressivo do poder real e pelo enfraquecimento do poder central da Igreja, para que concorreu poderosamente a mudança da sede pontifical para Avinhão e o schisma do Occidente de 1378. E com razão, pois, que Gama Barros nota que a lucta do clero com a corôa, nos primeiros annos de D. Dinis, traduz a transformação por que neste tempo iam passando, em sentido inverso, os dois poderes — ecclesiastico e civil, aquelle eotrando no periodo da sua decadencia, este, pelo contrario, conseguindo afinal maior liberdade de acção.

O poder do clero, apesar de enfraquecido, não perdeu completamente a sna força por causa da união com a corôa, que esta aproveitou habilmente para realizar o sonho dourado de todas as monarchias — o absolutismo. Effectivamente, a monarchia, depois de violentas luctas com o clero, comprehendeu que elle era um elemento de força para a realização dos seus ideaes, e, por isso, longe de o afastar por meio de represalias, procurou alliciá-lo pela amizade, benefícios e concessões.

E assim conseguiu o clero exercer ama grande ingerencia na administração publica, que, por vezes, chegou a subordinar. A administração publica, diz Coelho da Rocha, achava-se subordinada ao poder dos ecclesiasticos, o qual era dirigido menos pelo interesse nacional, do que pelas leis canonicas e pela vontade do Pontífice, que as podia alterar. E a côrte de Roma,

abandonando a expressão de feudo e de direito proprio, conseguiu no seculo xvi exercer Indirectamente sobre o governo de Portugal aquella influencia que no seculo xiii lhe fôra denegada por D. Dinis. Quando, porém, o poder real chegou a adquirir bastante força para subsistir absoluto, sem o auxilio do clero, reagiu energicamente contra o elemento ecclesiastico e procurou emancipar-se do poder papal, tentando assim pôr fim aos ultimos obstaculos que se oppunham á expansão completa do absolutismo. O genio do Marquês de Pombal, diz Coelho da Rocha, era tão vasto e a sua energia e actividade tão vigorosas, que, dominando o monarcha, não se sujeitava á influencia de pessoa, nem de ordem alguma. No seu systema social, as funcções do rei eram mandar o que lhe aprouvesse e as da nação obedecer e nada mais.

Assim, a integração da monarchia unitaria produzia, na ultima pbase da sua curva evolutiva, uma reacção notavel contra o elemento ecclesiastico, tendo por fim inutilizar o resto do poder que tinha a ordem clerical.

Com o regimen liberal, o clero não conseguiu uma condição mais lisongeira, em virtude das ideias da epocha não serem favoraveis ao seu poder ¹.

151. Privilegios e immunidades dos clerigos. — A condição jurídica dos clerigos, durante o antigo regimen, foi particular e privilegiada, embora a extensão dos seus privilegios e immunidades variasse

¹ Herculano, *Historia de Portugal*, tom. I, pag. 100; Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. I, pag. 215; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação em Portugal*, pag. 109 e seg.

muito com o grão da preponderancia desta classe na vida social e politica do pais. Os privilegios e immunidades dos clérigos podem reduzir-se a tres categorias: a) privilegio do fôro; b) exempção dos impostos; c) exempção do serviço militar. Vejamos rapidamente cada um destes privilegios, no desinvolvimento historico do direito portuguez.

a) *Privilegio do fôro.* — O direito canonico, inspirando-se nos princípios do systema theocratico, admite sobre a extensão da jurisdicção ecclesiastica os seguintes princípios: o clérigo não pôde reconhecer a jurisdicção secular; o clérigo réo não pôde ser accusado nem citado por um leigo senão perante um tribunal ecclesiastico; o clérigo pôde accusar um leigo perante o tribunal ecclesiastico; o juiz ecclesiastico pôde proceder contra todo o peccador ecclesiastico ou leigo; o clérigo não pôde appellar dum tribunal ecclesiastico para um leigo; o leigo pôde appellar dum tribunal secular para um tribunal ecclesiastico.

A Igreja procurou actuar na legislação para que estes princípios fossem recebidos. E, effectivamente, como diz Gama Barros, para o fim do seculo XII, ou mais talvez no começo do seguinte, as doutrinas do decreto de Graciano, exercendo já uma influencia decisiva, o principio geral do privilegio do fôro ecclesiastico estava expressamente reconhecido em muitos, casos no direito portuguez, intendendo a classe clerical, ainda na segunda metade do seculo XV, que devia ser julgada sempre pelo direito canonico e jamais pelo civil, até havendo de responder perante a justiça secular.

Uma applicação do direito canonico a que os monarchas procuraram oppôr-se, foi a de os leigos citarem outros leigos perante o juiz ecclesiastico.

D. Afonso IV condemnou o facto com penas severas, e ordenou que o individuo chamado ao júizo da Igreja, consultasse, antes de responder á citação, o corregedor sobre a legitimidade do júizo, ou na falta do corregedor, os juizes da villa.

Apesar dos esforços dos reis para regular esta materia, a influencia do clero não os deixava produzir bons resultados, como mostram os capítulos apresentados ás côrtes pelos procuradores dos concelhos, que offerecem grande numero de queixas contra os abusos da Igreja por causa do privilegio do fôro. Não era raro, diz Gama Barros, concederem-se rescriptos pontifícios, citando pessoas leigas para fóra da comarca onde viviam e até para fóra do reino.

É certo que esta fonte de abusos foi eliminada com o estabelecimento do beneplacito por D. Pedro I, mas permaneceram os inconvenientes que traziam aos leigos as causas da jurisdicção da Igreja, provenientes da tendencia que os prelados manifestaram sempre para as ampliar, como se póde vêr das côrtes de Santarem (1406), de Evora (1408) e de Santarem (1448), e que os reis se esforçaram por fazer desaparecer.

As Ordenações Affonsinas procuraram limitar e definir o privilegio do fôro, em cincoenta regras, tiradas dos artigos resolvidos em côrtes e de outras determinações regias. Predomina nesta compilação o principio de attribuir ás justiças ecclesiasticas o conhecimento dos crimes dos clerigos, e de dar competencia ás justiças seculares para julgar as causas civeis sobre posse, bens da corôa, herança de leigos, cousas compradas aos leigos, etc. Em todo o caso, as Ordenações Affonsinas procuravam impedir os abusos da jurisdicção ecclesiastica, estabele-

cendo que: *Se o juiz da Igreja for negrijente em fazer direito do Creliguo, extremadamente nas demandas Reaes, Nós, e Nossos Juizes Leiguos podemos citar o Creliguo, ou Leiguo, que for da jurdição da Igreja; e soprir tal negrigencia* (Ord. Aff., liv. III, tit. xv).

O privilegio do fôro passou para as Ordenações Manuelinas, quasi nos mesmos termos em que se encontra nas Ordenações Affonsinas (Ord. Man., liv. II, tit. I).

A influencia nefasta do concilio de Trento, tão inconsideradamente admittido no reino, quando outras nações se recusaram a receber as suas reaccionarias disposições, veio dar nova força ao privilegio do fôro, tanto mais que se permittiu aos bispos o uso da jurisdicção que lhes fôra altribuida polo concilio, ainda que fosse com quebra da jurisdicção real. Depois, concedeu-se aos clerigos jurisdicção para prender os leigos, e comminavam-se aos que offendiam as justiças ecclesiasticas as mesmas penas que aos que attentassem contra as seculares. Era então axioma corrente — *clerici legi tantum divinae et canonicae sunt subjecti et non çivilibus constitutionibus*.

As Ordenações Filippinas, que alguns escriptores, como o Sr. Dr. Chaves e Castro, seguindo a *Dedução Chronologica*, sustentam que conservaram o que as Manuelinas haviam estabelecido sobre a jurisdicção real e ecclesiastica, e que outros, como Coelbo da Rocha e Mello Freire, intendem que concederam aos clerigos varios privilegios novos e insolitos e em muitos logares lhes ampliaram consideravelmente os direitos, contra ou além do espirito do antigo codigo, mostram-se muito favoraveis ao privilegio do fôro, não se esquecendo de garantir aos prelados e seus officiaes a faculdade de prenderem e penho-

rarem os leigos nos termos estabelecidos pelo concilio de Trento (Ord. Filip., liv. II, tit. I).

A reacção que se manifestou no tempo do Marquês de Pombal contra a ordem ecclesiastica, originando uma reacção parallela contra o direito canonico, que assignala até, segando o Sr. Dr. Theopbilo Braga, o seculo daquelle grande estadista, é que veio vibrar o primeiro golpe no privilegio do fôro de que gosavam os clerigos. Effectivamente, como observa Coelho da Rocha, sancionou-se por lei e mandou-se ensinar que a jnrisdicção ordinaria dos prelados era restricta aos negocios paramente espirituaes e que em todo o mais o poder ecclesiastico derivava da concessão dos monarchas, os quaes, por conseguinte, podiam limitá-lo ou revogá-lo, quando muito bem lhes parecesse.

Os jurisconsultos seguiram a nova orientação, salientando-se, entre todos, o grande Mello Freire,, que considerou as prerogativas do clero impoliticis; contradictorias e obtidas por surpresa ou poderio, e' procurou dar ás leis que as sancionavam uma interpretação restricta. Assim, se inicia a decadencia' do privilegio do fôro, que o regimen liberal veio supprimir.

Effectivamente, a constituição de 1822, estabelecendo que a lei é igual para todos, declarou ao mesmo tempo que se não podiam tolerar privilegios de fôro nas cansas civeis ou criminaes, não se comprehéndendo, porém, nesta disposição as causas que, por sua natureza pertencem a juizos particula-res, na conformidade das leis (art. 9.º).

O mesmo fez a Carta Constitucional, preceituando que, cora excepção das causas que, por sua natureza, pertencem a juizos particulares na cooformidade da lei, não haverá foro privilegiado, nem

commissões especiaes nas causas civeis e criminaes (art. 145.º, § 16.º).

A Constituição de 1838 tambem não foi omissa sobre este assumpto, porquanto determinou que, com excepção das causas que por sua natureza pertencerem a juizos particulares na conformidade da lei, não haverá fôro privilegiado nem commissões especiaes (art. 20.º).

O fôro especial em razão da causa não pôde ser rigorosamente qualificado de fôro privilegiado, porque não se verificam as condições necessarias para a existencia do privilegio, e por isso a excepção que se encontra estabelecida nas nossas constituições a respeito da abolição do fôro privilegiado era escusada.

Esta abolição tem de se entender, em harmonia com o § 15.º do art. 145.º da Carta Constitucional, que declarando abolidos os privilegios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica, permite a existencia do fôro privilegiado, quando ligado a estes cargos. O privilegio do fôro dos clerigos è que não pôde subsistir, pois não provem da natureza das causas, nem assenta sobre cargos de utilidade publica.

Uma applicação notavel da doutrina da Carta Constitucional encontra-se logo no decreto de 29 de julho de 1833, que dispoz que os crimes commettidos contra a sociedade pelos ecclesiasticos seculares ou regulares, de qualquer preeminencia, distincção ou nomenclatura que sejam, fossem processados e punidos pelos juizos criminaes. b) *Exempção de tributos*. — Segundo a doutrina dos concílios de Latrão (1179) (can. XIX) e de Latrão (1215) (can. XLVI) e de Bonifacio VIII (1296) (bulia *Clericis laicos*), reconhecia-se que o clero

tinha obrigação de contribuir para as despesas do Estado, com certas restricções, estabeleceado-se a regra de que as imposições fossem consentidas pelo clero e pelo Summo Pontifice, devendo os leigos recebê-las humilde e devotadamente, com acções de graças. E a theoria do pagamento dos impostos pelo clero sob a fórmula de *dons gratuitos*, que se generalizou nos Estados catholicos, no começo do seculo xIv.

E, effectivamente, em harmonia com esta doutrina, foram publicadas neste seculo varias bulias pontifícias, auclorizando diversos subsídios pedidos ao clero, com o fundamento da guerra contra os infieis. E, se este fundamento muitas vezes não passa dum pretexto, tambem é certo que a Curia não deixava de tirar proveito de taes concessões, pois reservava para si frequentemente uma parte da collecta, sendo essa parte muitas vezes metade.

Ha exemplos, porém, do lançamento de tributos com consentimento dos prelados, mas sem audiencia do Summo Pontífice, pratica que foi condemnada por Eugenio IV, em bulia de 10 de janeiro de 1437, *Ad sacram Patri*. Apesar desta condemnação, Affonso V lançou tributos sobre o clero, com consentimento deste, mas sem auctorização do Papa, allegando a urgencia de acudir ás necessidades publicas. Absolveu-o desta falta Nicolau V, determinando, porém, que dahi por diante se não exigissem nem pagassem taes decimas, o que não obstou a que se continuasse a cobrar o subsidio ecclesiastico e até por fórmula diversa do que se tinha accordado, reclamando contra isso o clero nas côrtes de Lisbôa de 1455.

D. Manuel alargou este privilegio dos clerigos, estabelecendo que elles ficassem exemplos das sizas,

portagens e dizimas, ás quaes até ahi estavam sujeitos. Esta lei foi recebida pelo clero cora grandes manifestações de regosijo.

No seculo xvii, ainda se reconhece a necessidade do consentimento do clero para que elle possa ser tributado, embora não se pense já na auctorização pontifícia para isso. Segundo a proposta das côrtes approvada pelo regimento de 28 de abril de 1646, assentou-se que a decima se devia lançar mui egual e ajustadamente sobre as rendas de todas as pessoas dos tres Estados, do clero, nobreza e povo, sem excepção alguma, ficando prohibido em tempo algum fazer avença com as religiões e commuidades para deixarem de contribuir, como as demais pessoas dos tres Estados.

No seculo xviii continuou a mesma jurisprudencia, como se vê da Carta Regia de 15 de outubro de 1796, em que o soberano, desejando dever ao zelo e amor dos ecclesiasticos seus vassallos aquelles snbsidios que por legitima e inaufervel auctoridade podia haver, significou aos bispos que, na urgencia da guerra, seria muito proprio do seu zelo que elles e os ecclesiasticos seculares e regulares das suas dioceses soccorrara de boa vontade o Estado, com uma decima de todos os seus rendimentos de cuja cobrança os encarrega.

Foi preciso que tivesse lugar a revolução de 1820 para que este privilegio do clero acabasse. Effectivamente, a constituição de 1822 dispôs que a contribuição directa fosse repartida por todas as pessoas, na proporção dos rendimentos que ellas tivessem (art. 228.º), A Carta Constitucional ainda foi mais clara, dispondo que ninguem será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres (art. 145.º, § 14.º). A disposição,

da Carta foi reproduzida pela Constituição de 1838 (art. 24.º).

c) *Exempção do serviço militar.* — A exempção do serviço militar começou entre nós por ser muito restricta. Effectivamente, no principio da monarchia os clerigos iam á guerra, salvo tendo dispensa do rei, a qual nunca comprehendia o caso da guerra com os infieis. Póde citar-se como exemplo destas dispensas a que O. Sancho I concedeu *omnibus abbatibus, et prioribus et clericis totius regni mei ut nunquam... veniant id exercitam... nisi contra sarraceno, si intraverint in terram nostram.*

Ha muitos, factos que provam a intervenção dos clerigos em guerras, mesmo sem serem contra os infieis. Na guerra da independencia dos fins do seculo XIV pelejaram prelados, tanto do lado del Portugal, como do de Castella. Em 1385, segundo refere Gama Barros, o arcebispo de Braga, D. Lourenço, foi ferido no rosto na batalha de Aljubarrota e dizia elle, em carta que escrevia ao abbade de Alcobaça, doze dias depois, que aquelle que o ferira não iria contar em Castella o cruzamento da cara do arcebispo.

Mas lá estavam os canones, prohibindo o uso das armas aos clerigos e a Igreja proclamando a maxima — *Ecclesia abhorret sanguine*, e por isso não deve admirar que se fosse generalizando e radicando o principio de que os clerigos estavam exemplos do serviço militar. Em todo o caso, as Ordenações exceptuavam os clerigos que não fossem de ordens sacras, porque esses podiam ser obrigados á defensão da terra, quando a ella viessem inimigos (Ord., liv. II, tit. I, § 12).

A nossa legislação, porém, respeitando o principio da exempção dos clerigos de ordens sacras ao ser-

viço militar, procurou evitar os abusos a que este privilegio podia dar lugar. É, por isso que o Alv. de 7 de março de 1812 recommendou aos prelados que não dessem ordens a indivíduos que servissem para o recrutamento.

O regimen liberal conservou esta exempção, em bora tenha exigido, como condição da concessão da licença regia para admissão a ordens sacras, que o ordinando tenba dado cumprimento ás leis do recrutamento, mandando-se proceder contra o empregado publico que passe documento que dê azo a ser promovido aquellas ordens quem está obrigado ao serviço militar. Hoje permite-se o adiamento do alistamento ao mancebo que frequentar com aproveitamento até á idade de vinte e seis annos, qualquer curso theologico, com destino á carreira ecclesiastica (Portt. de 7 e 10 de fevereiro de 1865, Lei de 12 de setembro de 1887, Reg. de 29 de outubro de 1887, Dec. de 29 de outubro de 1891, Dec. de 23 de julho de 1891, Dec. de 19 de outubro de 1901, Reg. de 24 de dezembro de 1901).

Mais radicaes foram a França e a Italia, que aboliram completamente a exempção do serviço militar conferida aos clerigos ¹.

¹ Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. I, pag. 282 e seg.; Herculano, *Historia de Portugal*, tom. II, pag. 197 e seg.; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre o governo e a legislação de Portugal*, pag. 109 e 180 e seg.; Bernardino Carneiro, *Direito ecclesiastico português*, pag. 117; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. I, pag. 172 e seg.; Sr. Dr. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, part. I, pag. 140 e seg.; Nani, *Storia del diritto privato*, pag. 33 e seg.; Violette, *Histoire du droit civil français*, pag. 269 e seg.; Sr. Dr. Chaves e Caslro, *Beneplacito regio*, pag. 40; Sr. Dr. Pitta, *Historia do beneplacito regio em Portugal*, pag. 168.

162. O clero nas sociedades modernas. —Apezar de abolidos ou restringidos os privilegios dos clerigos nas sociedades modernas, a Igreja ainda não desistia das suas pretensões.

Effectivamente, Pio IX, ao passo que, por um lado, declarava na constituição *Apostolicae Sedis moderationi* que incorriam em excommunhão os que forçavam directa ou indirectamente os juizes leigos a citar perante os seus tribunaes as pessoas ecclesiasticas fóra das disposições canonicas, por outro comprehendia no *Syllabus* a proposição seguinte: sem violar, nem a lei natural, nem a equidade, podem-se abrogar as immunidades pessoas que exoneram os clerigos da lei militar, sendo esta abrogação reclamada pelo progresso civil, principalmente numa sociedade organizada sobre os princípios dum governo liberal. De modo que o problema dos privilegios e das immunidades dos clerigos que apaixonou tão profundamente a Edade Media e que originou luctas e debates tão violentos, não pode deixar de preocupar a civilização moderna, em virtude da influencia de que ainda goza a Igreja.

Mas, o principio ecclesiastico das immunidades e dos privilegios dos clerigos briga completamente com um principio fundamental da civilização moderna —egualdade. É, por isso, que é difficil suppor que as reivindicações da Igreja sejam attendidas. Os cidadãos são eguaes perante a lei não se podendo attribuir aos clerigos diversos dos conferidos a todos os outros cidadãos.

A questão é um pouco mais delicada relativamente ao serviço militar. Mas, o exercito é um complexo de muitas e diversas funcções, e por isso cada

cidadão póde ahi ser empregado, por mais diversas que sejam a sua vocação e a soa aptidão. Os clérigos podiam assim ahi ser destinados a serviços religiosos ou de saude, tanto DO tempo de paz como DO tempo de guerra.

E do mesmo modo que nas sociedades modernas se não admitem os privilegios dos clérigos, tambem não se comprehendem as suas incapacidades. Effectivamente, o Estado deve desinteressar-se completamente do que a Igreja preceitua ou prohiibe aos seus ministros, desde o momento em que é dogma da civilização moderna a liberdade de consciencia e de cultos.

Proclamada esta liberdade, o Estado não póde deixar de se declarar incompetente sob o aspecto religioso, abandonando á consciencia privada dos seus subditos a crença e o culto. Dabi a necessidade de emancipar a vida politica das sociedades de toda a ingerencia confessional ¹.

¹ Brunialti, *Lo Stato e la hiesa in Italia*, pag. CCXXIX;
Violet, *Histoire du droit civil français*, pag. 278 e seg.

CAPITULO I

PRINCIPIOS GERAES

SUMMARIO : — 153. Importancia actual da historia da propriedade. — 154. Noção da propriedade. — 155. Divisão da propriedade. — 156. Fundamento historico da propriedade. 157. Lei sociologica da evolução da propriedade de Carie.

153. Importancia actual da historia da propriedade.— Entre os problemas que apresenta a historia das instituições, um dos mais importantes é, sem duvida, o da origem e desinvolvimento da propriedade.

Ninguem ignora, por certo, que o argumento da propriedade constitue um dos mais controvertidos dos ultimos tempos, tendo-se occupado delle philosophos, economistas e jurisconsultos com orientações as mais diversas. Ora só a historia da propriedade é que pode permittir construir sobre bases solidas a theoria deste instituto. É por não conhecerem os factos que muitos escriptores têm fundado a propriedade sobre hypotheses mais ou menos arbitrarías e sobre raciocínios mais ou menos extravagantes, que a historia contradiz completamente.

Por outro lado, o problema da historia da propriedade encontra-se intimamente ligado com a questão economica e social, cuja solução exige uma reorganização deste instituto mais ou menos profunda, em harmonia com fórmás que elle revestiu nos tempos passados. As democracias modernas, diz Laveleye, não podem escapar ao destino das democracias antigas senão admittindo leis que tenham por effeito repartir a propriedade por um grande numero de indivíduos e estabelecer uma grande egualdade da condições. Sem regressar ás instituições dos tempos

primitivos, podem-se adoptar do systema da posse germanica o eslava princípios mais em harmonia, do que os do direito romano, com as necessidades da democracia moderna.

Finalmente, no campo mesmo da historia das instituições, o problema da propriedade é um dos mais interessantes, em virtude da renovação por que lêem passado ultimamente os estudos sobre este assumpto. Por muito tempo se julgou que a propriedade quiritaria, que nos legaram os romanos, era commum a todos os povos, tornando se verdadeiramente impossível a agricultura e a civilização sem ella. As investigações feitas nos ultimos tempos derruíram esta doutrina, mas não permitiram ainda estabelecer a unanimidade entre os escriptores que se têm occupado deste assumpto. Dahi as discussões que se lêem levantado a respeito das pbases da evolução historica da propriedade, que dão a este estudo uma actualidade palpitante ¹.

154. Noção da propriedade. — Uma das causas das divergencias que se notam nos escriptores que se têm occupado da historia da propriedade é, sem duvida, a falta dum conceito exacto e rigoroso da propriedade. É assim que Fustel de Coulanges, que se salientou na critica da theoria da propriedade communal, apresentada por Laveleye, revela uma grande confusão de ideias a respeito do conceito da propriedade, concorrendo isto bastante para enfraquecer a auctoridade das suas doutrinas. Para evitar esta confusão, torna-se necessario, por isso,

¹ D'Aguaano, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pag. 329 e seg.; Laveleye, *De la propriélé et de ses formes primitives*, pag. XXI.

primeiro que tudo, dar a noção da propriedade e fazer a sua divisão.

Os economistas definem a propriedade como o direito do homem sobre o producto do seu trabalho pessoal. Deste modo, o homem seria proprietario das cousas que criasse com a sua actividade, constituindo tal direito a extensão legitima da sua personalidade. Este criterio, porém, encontra um formal desmentido na realidade, visto o património individual conter poucas cousas devidas ao trabalho do seu proprietario.

Os jurisconsultos são mais prudentes e exactos, definindo a propriedade pelos seus attributos, sem se preocuparem de a justificar. É por isso que elles consideram como propriedade o direito de dispôr livremente duma cousa. Neste sentido se encontra a definição do nosso codigo, de que a propriedade é a faculdade que o homem tem de applicar á conservação da sua existencia e ao melhoramento da sua condição tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que, portanto, pode dispôr (art. 2167.º).

Os historiadores, porém, vendo que os jurisconsultos se preocupavam unicamente com a propriedade individual, dando, por isso, uma definição que não podia abranger todas as especies da propriedade que elles encontravam na evolução historica, conceberam a propriedade sob uma fórmula mais ampla. Por isso, segundo estes escriptores, a propriedade comprehende todos os actos da relação natural com as cousas, dos quaes resulta uma utilidade economica para o homem. Esta noção, porém é muito ampla, pois leva admittir a propriedade sobre cousas que não podem ser apropriadas, como o ar, a luz, etc. Em todo o caso, aproveitando a orientação dos

historiadores, definiremos a propriedade como o direito *que uma pessoa ou um grupo social pôde exercer exclusivamente sobre uma coisa*.

155. Divisão da propriedade. — A propriedade soffre muitas divisões segundo o criterio que se toma por base para as fazer. O criterio que, porém, mais DOS interessa é o criterio do sujeito desta relação economica. Em harmonia com este criterio, Ahrens divide a propriedade em propriedade individual ou de pessoa physica e propriedade de pessoa jurídica ou moral. Esta divisão, porém, é muito imperfeita, visto a chamada pessoa jurídica ter um caracter de unidade organica como a pessoa physica, não havendo razão alguma para distinguir estas pessoas sob o ponto de vista da propriedade. Tanto num caso como noutro o proprietário é de facto um. Azcarate faz outra divisão mais perfeita, mas que ainda enferma dos vícios da de Ahrens. Effectivamente, Azcarate apresenta, na sua notavel obra *Historia del derecho de propiedad*, a seguinte classificação da propriedade:

Illimitada (de todos os homens: ar, luz, etc.).

A) Propriedade Limitada (dos cidadãos duma nação. Cousas commum... publicas)
Individual (comprehendendo a compropriedade).

B) Exclusiva ou Social ou de particular... *soas moraes* Universitas personarum (Associações. Congregações. Fundações).
(Corporações. Povações).

¹ Gide,

Principes d'economie politique, pag. 394; Tarbouriech, *Essai sur la propriété*. pag. 279 e seg.

Rafael Altamira modificou esta classificação do seguinte modo:

A) Propriedade commum a todos os homens (illimitada).

De uma *pessoa*, tanto *individual*, como *social*, considerada na sua unidade e para os seus fins propios. — Propriedade individual, da *universitas personarum*, de companhias com capital divisível em partes, etc. De um *grupo*, considerado ao mesmo tempo na unidade e em seus membros, para servir aos fins singulares de cada um delles, enquanto formam parte da comunidade. — Propriedade collectiva ou communal.

A classificação de Altamira parece-nos accetavel, desde o momento em que se elimine delia a propriedade commum a todos os homens, que é perfeitamente incomprehensivel. De modo que a propriedade communal ou collectiva não pode comprehender-se sem duas condições: que a cousa subsista no grupo, percebendo-se só as suas utilidades sem a destruir nem alienar; que o usufructo seja dos indivíduos que compõem o grupo considerados singularmente. Ha assim dois sujeitos da propriedade communal ou collectiva: o grupo, em que se radica a propriedade nua ou o simples domínio; e os indivíduos que percebem as utilidades ¹.

160. Fundamento historico do direito de propriedade. — As antigas theorias justificavam, **per** meio de creações arbitrarías, a propriedade privada.

¹ Rafael Altamira, *Historia de la propiedad communal*, pag. 11 e seg.; Azcarate, *Historia del derecho de propiedad*, tom. I, pag. 50 e seg.

Entre essas theorias, devemos mencionar: a) a da occupação; b) a da convenção; c) a da lei; d) a do direito natural; e) a do trabalho; f) a da necessidade ; g) a da conquista.

a) *Systema de occupação*. — O systema de occupação foi o seguido pelos jurisconsultos antigos, que remontavam pela imaginação aos tempos primitivos, e nos descreviam os primeiros homens apoderando-se das cousas que não tinham dono por meio da occupação. Esta doutrina, imaginada pelos jurisconsultos romanos, foi seguida entre os escriptores modernos por Grocio e Burlamaqui.

b) *Systema da convenção*. — Os philosophos do direito natural, reconhecendo a falsidade do systema da occupação, procuraram explicar o direito de propriedade por meio duma convenção. Segundo Pufendorff, os homens formaram primitivamente uma convenção pela qual se comprometteram a respeitar o direito que cada um delles adquirisse sobre as cousas, occupando-as, a fim de poderem gosar tranquilamente os fructos do seu trabalho.

Uma theoria que se pôde considerar uma variedade da precedente, é a do contracto social, que differe delia em não suppôr uma convenção primitiva anterior ao facto da aquisição da propriedade, admittindo, pelo contrario, que os homens, já possuidores, mas continuamente perturbados no exercício dos seus direitos, se associaram, a fim de garantir o goso pacifico dos seus bens. Tal teria sido, segundo Rousseau, a cansa principal da sociedade.

c) *Systema da lei*. — Outros escriptores procuraram resolver a questão, fazendo derivar a propriedade da lei. Entre esses escriptores, devemos notar Montesquieu e Bentham, que julgam que a proprie-

dade foi creada pelo Estado, não podendo este instituto revestir character jurídico sem a lei ou antes da lei. Este systema tambem é o mais seguido pelos praticos, que julgam não poder existir um direito fóra da lei que elles explicam.

d) *Systema do direito natural*. — Segundo outros escriptores, como Pichte, Hegel, Krause e Ahrens, a propriedade deriva da propria natureza humana, visto ella ser uma condição necessaria para a existencia e desinvolvimento do homem. O direito de viver implica o direito de procurar os meios para isso. Hegel disse que a pessoa tem a sua existencia externa na propriedade.

e) *Systema do trabalho*. — Segundo outros escriptores, a propriedade deriva do trabalho. O homem, cultivando a terra e adaptando as cousas externas á satisfação das suas necessidades, imprime aos objectos o cunho da sua personalidade, fazendo-os assim sahir da communidade primitiva, aberta aos esforços de todos. Em virtude desta transformação, o homem torna-se um segundo creador dos objectos e como tal adquire o direito a considerá-los propriedade sua. Esta theoria foi primeiramente apresentada por Locke que, reconhecendo no individuo o direito do trabalho, lhe attribue a faculdade de occupação, como meio de realizar este direito. Por isso, Locke faz nascer a propriedade no momento em que se usa do direito do trabalho, mediante a occupação. Depois, esta theoria encontrou bom acolhimento nos economistas e especialmente em Stuart Mill, visto ella se relacionar com o principio economico que considera o trabalho a fonte da riqueza. Adolpho Thiers tambem adoptou esta theoria na monographia que publicou em 1848, com o fim de impedir o progresso das doutrinas socialistas.

f) *Systema da necessidade*. — Segundo outros escriptores, a propriedade foi a consequencia das exigencias da producção e da circulação da riqueza, visto, sem ella, não se poderem realizar estes phenomenos, tornando-se impossivel todo o progresso economico e social. Este systema, que é seguido por Courcelle Seneuil e Roscher, è denominado por Wagner e Nasse *theoria natural economica*.

g) *Systema da conquista*. — Segundo Gumplo-wickz, a propriedade é o resultado da conquista. A tribu conquistadora reserva-se para si a maior e a melhor parte do territorio. B assim o que antes era commum ou *nullius* constituo a propriedade particular da tribu dominante. Entre os conquistadores e conquistados, estabelece-se como poderosa linha divisoria o conceito completamente novo do *nosso* e *não vosso*. Deste modo fez apparição na vida social a primeira fórma da propriedade, como pura negação, como exclusão dos dominados dos direitos de propriedade dos dominadores. Com a posterior divisão do territorio conquistado entre os vencedores, adquire o novo direito de propriedade o seu ulterior aperfeiçoamento. Converte-se em propriedade particular pessoal, reconhecendo e sancionando o Estado este direito pessoal e declarando-o excelso e sagrado.

Todas estas hypotheses são inadmissíveis para explicar o fundamento da propriedade, pois umas são vagas e indeterminadas, outras são imaginarias e ficticias. Só a historia é que nos póde mostrar o verdadeiro fundamento da propriedade.

As theorias modernas concordam em dar á propriedade um fundamento historico e em coordenar as diversas fórmas deste instituto, estabelecendo entre ellas relações de evolução e de interdependen-

da, explicando as causas que produziram o seu gradual desinvolvimento, e acompanhando, através das idades e da influencia dos meios historicos, o caminhar lento e progressivo da sociedade para o estado de individualismo que nos caracteriza ¹.

157. Lei sociologica da evolução da propriedade de Giuseppe Carie. — A lei mais geral que, a respeito da evolução historica da propriedade, se póde formular, é devida a Giuseppe Carie, segundo o qual a propriedade, sendo uma instituição eminentemente social, revestiu tantas fórmas, quantos são os estadios percorridos pela organização social.

E, comprehende-se que assim deva ser, desde o momento em que se note que a primeira necessidade duma organização social deve ser a de assegurar a própria subsistencia. Não póde, por isso, a propriedade deixar de assumir tantas fórmas quantos são os grãos da organização social, visto cada typo de organização social se distinguir precisamente pelo modo como procura obter a satisfação das suas necessidades.

Esta lei unicamente tem a vantagem de fazer sobressahir o caracter social da propriedade, impedindo que se chegue a construir a sua theoria com criterios apriorísticos e metaphysicos, e a fazer a sua historia sem attender ás phases da evolução social. Mas pouco ou nada póde adiantar relariva-

¹ Gumplowickz, *Derecho politico filosofico*, pag. 493 e seg.; Vincenzo Lilla, *Manuale di filosofia del diritto*, pag. 178 e seg.; Miraglia, *Filosofia del diritto*, pag. 308 e seg.; Bordier, *Vie des sociétés*, pag. 201 e seg.; Yves Guyot e Paul Lafargue, *La propriété, origine et évolution*, pag. 20 e seg.; Tarbouriech, *Essai sur la propriété*, pag. 60 e seg.

mente á determinação das phases da evolução da propriedade, em virtude da sua generalidade e amplitude. Effectivamente, esta lei póde applicar-se igualmente a todas as instituições jurídicas, como a personalidade e a família, que, tendo instituições eminentemente sociaes, lambem revestem Untas fórmas, quantos são os estadios percorridos pela organização social.

A lei de Giuseppe Carie, por isso, segando o nosso modo de vêr, tem importancia como orna lei de orientação mental e não como uma lei historica, pois, sob este ponto de vista, ô demasiadamente vaga e geral 1.

CAPITULO II

FORMAS PRIMITIVAS DA PROPRIEDADE

SUMMARIO :— 158. Systemas sobre a primeira forma da propriedade. —159. A primeira fôrma da propriedade foi collectiva. — 160. Primeira fôrma da propriedade collectiva. 161. Organização da propriedade na comunidade de aldêa. 162. Comunidades de aldêa com repartição periodica das terras.—163. O *Mir* russo. — 164. Comunidades familiares. — 166. Propriedade individual. —166. Valor historico dos estadios da evolução da propriedade.

168. Systemas sobre a primeira fôrma da propriedade. — Apesar dos progressos que tem feito a historia da propriedade, são grandes ainda as divergencias dos escriptores a respeito da primeira fôrma da propriedade. Todas essas divergencias se podem reduzir a quatro systemas: a) systema da propriedade collectiva; b) systema da propriedade individual; c) systema do predomínio da propriedade collectiva; d) systema duma propriedade especial, nem collectiva, nem individual. Vejamos em que consiste cada um destes systemas.

a) *Systema da propriedade collectiva.*— Segundo o systema da propriedade collectiva, a primeira fôrma da propriedade foi a da apropriação communista do solo por um grupo social. A terra cultivavel, as pastagens e as florestas são exploradas em commum pelos indivíduos daquelle grupo social. Depois a propriedade foi assumindo um character cada vez mais individualista, até ao ponto de adquirir a sua physionomia jurídica actual.

b) *Systema da propriedade individual.* — Segundo o systema da propriedade individual, a propriedade apresentou na sua origem uma fôrma semelhante á que hoje reveste. Este foi o systema melhor acolhido pelos juristas antes do apparecimento das modernas theorias historicas sobre a propriedade, visto elles não poderem conceber a propriedade constituída por uma fôrma diversa da estabelecida pelo direito romano e sancionada pelo codigo de Napoleão.

Depois do apparecimento das novas theorias historicas sobre a propriedade, ainda alguns auctores persistiram na ideia de que a propriedade começou sob a fôrma individualista. £ assim que Herbert Spencer sustentou que entre os povos primitivos se encontram os traços da propriedade privada e individual, sendo inteiramente, falsa a crença dos auctores que julgam o contrario. Dargun, combatendo o communismo primitivo de Laveleye, tambem se inclina para o systema da propriedade individual, visto considerar a propriedade pertencente á familia primitiva mais individual do que commum, chegando até a attribuir esta propriedade a um membro dessa familia, o pae, a mãe ou o tio paterno.

c) *Systema do predomínio da propriedade collectiva.* — Segundo este systema, seguido por Viollet, a propriedade privada e a propriedade collectiva são igualmente antigas, mas na origem teve maior extensão a propriedade collectiva, encontrando-se a propriedade individual limitada a algumas cousas moveis de uso exclusivamente pessoal. À propriedade collectiva, depois, foi-se fraccionando pouco a pouco, adquirindo cada vez maior importancia a propriedade individual, com o desenvolvimento da humanidade.

d) *Systema duma propriedade especial, nem collectiva, nem individual.* — Este systema foi desenvolvido na Allemanha por Post e na Italia por Morasso. Segundo estes escriptores, a primeira fórma da propriedade não é collectiva, porque a associação familiar que nos apparece nos primordios da evolução social constituo um verdadeiro organismo unitario, nem individual, porque no interior da associação familiar todos os membros têm eguaes direitos. É uma propriedade especial, contendo os germens do collectivismo e do individualismo, da propriedade privada e da propriedade publica, que os varios povos e as differentes raças desinvolverão num sentido ou noutro, conforme a sua índole, a sna cultura e o seu ambiente ¹.

159. A primeira fórma da propriedade foi collectiva. — Entre estes diversos systemas, não podemos deixar de aceitar o da propriedade collectiva. Effectivamente, o homem primitivamente não devia ter conhecido a propriedade da terra, pois, não praticando a agricultura, não podia ligar importancia alguma á posse do solo. Quando muito consideraria os territorios abundantes em caça e pesca, como não devendo ser invadidos por outras tribus, para que não fossem reduzidas estas fontes da sua alimentação.

Não ha nisto, porém, a manifestação da verdadeira ideia da propriedade, pois a tal ou qual apropriação

¹ Morasso, *Evoluzione del diritto*, pag. 45 e seg.; Laveleye, *Formes primitives de la propriété*, pag. 4 e seg.; Violett, *Histoire du droit civil français*, pag. 553 e seg.; Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, tom. III, pag. 717 e seg.; Dargun, *Ursprung uni EntwickeTungs- Geschichte des Eingenthums*, pag. 24 e seg.

que então se verificava não tinha um caracter de permanencia, mas apresentava uma fôrma vaga e fugitiva. A propriedade do solo não pôde surgir antes que se lhe estabeleçam limites, se empregue trabalho em o cultivar e se procure considerá-lo como proprio.

O sentimento de propriedade affirmava-se unicamente sobre alguns objectos moveis e especialmente sobre os instrumentos de pedra que então se empregavam. Mas, relativamente a estes objectos, ainda devia dominar a propriedade collectiva, visto o individuo se considerar monada confusa do grupo social, não podendo conceber uma fôrma de propriedade exclusivamente sua.

Com o regimen pastoricio, começa a esboçar-se a noção da propriedade territorial referida ao espaço que os rebanhos de cada tribu percorrem habitualmente, levantando-se frequentes disputas relativamente aos seus limites. Mas é só com o desinvolvimento do regimen agricola que esta noção se precisa, visto este regimen exigir a apropriação do solo. O solo, porém, fica pertencendo a todos os membros do grupo social, que o cultivam e exploram em commum, não havendo a ideia de que um individuo possa reclamar uma parte da terra como pertencendo-lhe exclusivamente.

Muitos são os factos que provam ter sido esta a primeira fôrma da propriedade. No egypto ha traços duma antiga communitate das terras. Na índia, antes da constituição das castas, a terra era cultivada em commum, sendo distribuídos os productos no fim do anno. A tradição universal duma idade de ouro, em que era desconhecida a propriedade privada, tambem não tem outra significação. É certo que ordinariamente não se vê nesta idade mais do que

uma ficção poetica, mas, como o estado de civilização que ella traduz está em harmonia com factos incontestaveis da historia economica da humanidade, impossível é deixar de admittir que os poetas antigos conservaram, sob aquella fórma, a recordação duma phase da evolução social, que efectivamente existia.

Os estados feitos sobre as tribus selvagens actuaes tambem não permitem outra conclusão, porquanto em moitas delias foi encontrado o regimen da communidade.

As instituições communistas ainda existentes e que se encontram disseminadas no seio de diversos povos civilizados, tambem não se podem comprehender senão como vestígios historicos da propriedade collectiva primitiva. É o que acontece com o *allmend* suiso, com o *mir* russo, com a *zadruga* servia, etc, que representam restos de instituições economicas que outrora foram geraes.

As revelações das colonias, genialmente aproveitadas por Loria, vieram provar por uma fórma nova a these do communismo primitivo. Effectivamente, as colonias demonstram que o primeiro regimen da propriedade que os europeus ahi estabeleceram foi o da propriedade indivisa do solo. E isto verificou-se mesmo nos Estados-Unidos, apesar da tendencia que os anglo-saxões sempre têm mostrado para o individualismo ¹.

¹ Letourneau, *Évolution de la propriété*, pag. 29 e seg.; Ghino Valenti, *Le forme primitive e la teoria economica della proprietà*, pag. 3 e seg.; D'Aguanno, *Genesi e evoluzione del diritto civile*, pag. 352 e seg.; Tarde, *Transformations du droit*, pag. 62 e seg.; Loria, *Importance sociologique des études économiques sur les colonies*, nos *Anales de l'Institut Internationale de Sociologie*, tom. IV, pag. 137 e seg.; Loria, *Analisi della proprietà capitalista*, vol. II pag. 8 e seg.; Morasso, *Evoluzione*

160. Primeira fôrma da propriedade collectiva.— Mas, se a propriedade começou por ser collectiva, qual foi a fôrma que esta propriedade collectiva revestiu? Dois systemas se têm proposto resolver esla questão: o da communidade de aldêa e o da communidade familiar.

Segundo o systema da communidade de aldêa, o solo começou por ser apropriado collectivamente por clans ou tribus. Chama-se communidade de aldêa, porque esta agremiação apparece-nos formando exteriormente uma communa ou aldêa. Este systema, seguido por Sumner Mame, Laveleye e Oliveira Martins, funda-se na observação das communidades ruraes da índia agrícola e do regimen do *Mir* russo, onde se dá a apropriação collectiva do solo por grupos de famílias, e no estudo da organização social primitiva, em que o individuo e a familia se encontravam inteiramente absorvidos pelo clan ou tribu, não tendo autonomia ou existencia distincta destas agremiações.

Segundo o systema da communidade familiar, o solo foi primeiramente apropriado por familias distinctas e só depois quando estas se reuniram é que o foi pelos clans ou tribus. De modo que, segundo este systema, a communidade familiar precedeu a communidade de aldêa, ao passo que, segundo o primeiro systema, a communidade familiar apparece como consequencia da dissolução da communidade de aldêa.

O escriptor que mais se salientou na defesa da precedencia da communidade de familia foi sem

del diritto, pag. 37 e seg.; Zini, *Proprietà individuale e pro-prietà collectiva*, pag. 29 e seg.

duvida Tarde, embora se não possa considerar um sectario da doutrina do communismo primitivo. Funda-se, para isso, em que na Índia e na Russia os com-proprietarios de cada aldêa têm a tradição dum antepassado communa, dum antigo parentesco, o que suppõe a existencia duma primitiva communitate familiar. A este augmento de facto ajuncta Tarde outro fundado no raciocínio. É mais na tarai fazer derivar o complexo do simples, do que o simples do complexo. Por isso a communitate de aldêa não se pode deixar de considerar como um producto de diversas communitates familiares anteriores, que se federaram entre si ou de que pelo menos uma acabou, expandindo-se, por absorver as outras.

Os argumentos de Tarde não nos parecem conclusivos. A natureza e os seus phenomenos não seguem sempre as leis da nossa inteligência, nem se conformam com a teleologia anthropomorphica que Tarde pretende impor. É mais simples o suppôr primitivamente uma homogenea agremiação em que depois se venham a differenciar, como unidades sociaes, as famílias, do que admitir no começo as famílias como unidades sociaes, evolucionando no sentido da formação daquella agremiação. A tradição que existe nas communitates de aldêa da Índia e da Russia dum antepassado communa, que une todos os membros do grupo social, comprehende-se facilmente, desde o momento em que a consanguinidade verdadeira ou supposta é o principio da agremiação das primeiras communitates de aldeia ¹.

¹ Tarde, *Transformations du droit*, pag. 74 e seg.; Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 4; Oliveira Martins, *Quadro das Instituições primitivas*, pag. 86 e seg.; Sumner Maine, *Etudes sur l'histoire du droit*, pag. 20.

161. A organização da propriedade na communi-
dade de aldêa primitiva. —Na communi-
dade primitiva, a terra pertencia ao clan ou á tribo,
fazendo-se a lavoura em commum e repartindo-se os
productos pelas famílias.

Laveleye, porém, inclina-se para a doutrina de que
na communi-
dade primitiva já havia a
repartição periodica das terras, apresentando até o
Mir russo com partilha periodica, como o typo mais
antigo da organização da propriedade collectiva.
Todas as outras fórmulas de collectivismo agrario são
consideradas por Laveleye como diversos grãos da
dissolução daquella fórmula da communi-
dade primitiva.
Os estudos recentes, porém, feitos por Kovalewsky não
permittem admittir a opinião de Laveleye.
Effectivamente, os historiadores de direito russo não
encontram vestígio algum da partilha periodica antes
do fim do seculo xvi e principio do seculo xvii.
Alguns delles, como Tchicherín, até sustentaram,
embora erradamente, que a posse collectiva do solo
foi implantada com a servidão, sendo os seus ver-
dadeiros creadores os senhores feudaes.

A ethnographia e a estatística agraria revelaram-
nos a existencia nos nossos dias duma posse com-
muni-
dada do solo muito archaica e não tendo nada
de semelhante com o systema do *Mir* ou com a
repartição periodica. Em várias províncias da Russia,
não só se não. encontraram vestígios alguns da
repartição periodica, mas ainda se reconheceu que
o terreno permanecia indiviso, sendo usufruído pelas
famílias nos limites das suas necessidades. O mesmo
se verificou na índia, pois ahí tambem, segundo o
testemunho de Baden Powell, cada família grupo

(*patti* ou *taraf*) possui toda a superfície do terreno indiviso.

É natural mesmo que a comunidade de aldeia primitiva não adoptasse o systema da repartição periodica, desde o momento em que ainda se não reconhecera a familia como unidade social distincta e autonoma. A commnidade familiar é o primeiro passo dado no sentido da desagregação da commnidade primitiva, e por isso só num período mais adiantado da evolução é que podia surgir ¹.

162. Comunidades de aldeia com repartição periodica das terras. —A esta fórma da commnidade de aldeia com o solo indiviso, succedeu-se a commnidade de aldeia com repartição periodica das terras. Esta repartição, porém, revestia duas fórmas.

Primeiramente, as terras araveis sorteavam-se annualmente entre as famílias para o effeito da cultura, devendo, porém, estas entregar os fructos á commnidade para serem repartidos segundo as necessidades de cada familia. Este regimen conservou-se por largo tempo, encontrando-o ainda Aristoteles em vigor em alguns povos barbaros do seu tempo.

Depois, as terras araveis, continuando a ser propriedade collectiva, sorteavam-se em períodos mais largos, como de dez em dez annos, pelas famílias, para que ellas as cultivassem e explorassem durante

¹ Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, pag. 98 e seg.; Kovalewsky, *La passage historique de la propriété collective á la propriété individuelle*, nos *Annales de l'institut de sociologie*, tom. II, pag. 180 e seg.; Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 7 e seg.

estes periodos, consumindo os fructos obtidos, sem serem obrigadas a entregá-los ao acervo commum da tribu.

São numerosos os vestígios que a historia regista desta fôrma de communismo agrario. Segundo o direito judaico, as terras pertenciam a Deus, sendo os homens simples arrendatarios delias. Por isso, as terras eram repartidas pelo povo, com a obrigação de voltarem á massa commum, no fim de cincoenta annos. Entre os Dalmatas, todos os oito annos se fazia uma nova divisão das terras, segundo refere Estrabão. Diodoro da Sicília testemunha que se realizava uma divisão periodica das terras entre os habitantes das Cycladas, de Tenedos, de Lesbos e das ilhas visinhas, bem como na Sardenha.

Na America, apparecem-nos tambem vestígios deste systema do communismo agrario. Assim, no Peru havia as terras do Sol, isto é da casta sacerdotal, do Inca, isto é, do rei e da sua côrte, e finalmente as do povo, sendo estas ultimas repartidas annualmente. Do mesmo modo, no Mexico o solo era repartido periodicamente por aquelles que tinham direito.

Em Java, as terras são repartidas pelas famílias, em alguns districtos todos os annos, noutros de cinco em cinco annos e noutros em períodos mais longos. Os hollandêses e inglêses têm procurado em vão ahi estabelecer a propriedade individual. São numerosos os selvagens em que os chefes assistidos do conselho dos anciãos fazem a divisão periodica das terras, calculando os lotes segundo as necessidades das famílias.

Mas, ainda melhor do que todos estes factos, demonstra a existencia desta fôrma do communismo agrario o *Mir* russo, que por isso merece um estudo especial.

Quaes foram as causas, porém, que determinaram a passagem da commnidade de aldêa indivisa para a commnidade de aldêa com a repartição periodica das terras? Diversas foram essas causas.

A cnitra em commum em aggregados tão numerosos como os clans ou as tribus devia, dentro em breve, originar inconvenientes e tornar-se quasi impossível. A cultura e a distribuição em commum, diz D'Aguanno, só póde fazer-se em grupos cujo chefe regule o trabalho e recolha e divida os fructos como bom pae de família. Por isso, persistindo o conceito da propriedade collectiva e da egualdade entre os indivíduos, devia começar a sentir-se a necessidade de uma cultura parcial, distribuindo-se periodicamente uma boa parte do solo ás diversas famílias.

Outra causa que devia ter contribuído para o apparecimento da commnidade de aldêa, com a repartição periodica das terras, encontra-se nas disputas que se deviam ter levantado entre os membros dos clans e das tribus relativamente á cnitra do solo e á distribuição dos fructos. Essa causa da dissolução da primeira fórma da commnidade de aldêa foi posta em evidencia por Baden Powell, com os seus estudos sobre o communismo agrario na índia.

Effectivamente, a familia-grupo apresenta primeiramente um só todo e possui toda a superfície do territorio indiviso. Depois desagrega-se. Levantam-se disputas entre os seus membros, pretendendo cada um delles viver separadamente e cultivar para si e para os seus. É então que se procede á repartição do solo em lotes de desigual grandeza, segundo o gráo de parentesco com o ante-passado

commam, deixando-se indivisa ordinariamente uma parte do territorio.

Finalmente, ainda actuou no sentido desinvolvimento desta nova fórma de communismo agrario a importancia que foram adquirindo as famílias como unidades sociaes. Emquanto a consanguinidade, diz Oliveira Martins, é exclusivamente o principio da agremiação, a terra é do clan ou tribo, e só se partilham os fructos. Quando este typo se oblitera, mas ainda as famílias constituem as moleculas sociaes, as glebas, ou se sorteiam periodicamente, á maneira da Germania, ou se vinculam á família, á maneira romana. Quando finalmente, a consanguinidade perde todo o seu valor social e perante o Estado não ha mais que indivíduos, pessoas jurídicas, a terra individualiza-se tambem, tornando-se pessoal, livre ou allodial.

Alguns escriptores, como Kovalewsky, apresentam, como unica causa da dissolução da primeira comunidade de aldêa com o solo indiviso, o augmento sensível da população produzido por condições naturaes ou artificiaes, como, por exemplo, o estabelecimento de novos colonos. É a esta causa que o eminente sociologo russo attribue a passagem historica das comunidades de aldêa com o solo indiviso para as comunidades de aldêa com a repartição periodica das terras.

Esta cansa só por si não pode explicar o apparecimento do systema da repartição periodica das terras, pois é muito geral, tornando-se necessario mostrar como é que o augmento da população determinou o desaparecimento da comunidade de aldêa indivisa. E, admittido o augmento da população como causa da dissolução do primeiro communismo agrario, qual é a razão porque se faz a reparti-

ção das sortes pelas famílias e não pelos indivíduos? 1.

168. O Mir russo. — Para se comprehender bem a communitade de aldêa, com repartição periodica das terras, torna-se necessario fazer um estudo da organização concreta de alguma destas instituições. Escolhemos, pela soa importancia e interesse, o Mir nisso.

Ma Russia, o solo cultivavel de cada communa pertence a uma associação de indivíduos, chamada Mir. formada de todos os chefes do familia da communa. O Mir gosa da personalidade civil e é o unico proprietario do solo e o unico responsavel perante o Estado pelo imposto e pelo contingente do recrutamento. Administra-se dum modo independente e autonomo, tendo um poder tio extenso, que lhe permite condemnar a deportação para a Siberia qualquer dos seus membros.

A unidade do *Mir* é a familia ou agglomeração de famílias vivendo na mesma casa. Cada familia ou cada communitade de famílias tem unicamente a propriedade da casa e do jardim que a cerca. Os seus membros vivem dum modo patriarchal, sob a auctoridade do chefe de familia, que é o administrador dos ganhos da pequena sociedade. Se, depois da sua morte, ella se divide, partilha-se egualmente

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de Espana*, tom. I, pag. 35 e seg.; Kovalewsky, *Le passage historique di la propriété collective á la propriété individuelle*, nos *Annales da l'Institut international de sociologie*, tom. II, pag. 184; D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pag. 364 e seg; Le-torneau, *Evolution de la propriété*, pag. 130 e teg.; Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, pag. 94 e seg.

a fortuna commum, sem attender ao gráo de parentesco, mas unicamente ao trabalho effectuado. Tracta-se mais duma liquidação, do que duma successão.

O *Mir* resulta da reunião destas famílias, tendo em commum, não tudo o que possuem, mas unicamente as terras. O *Mir* paga ao Estado um imposto por habitante e distribuo as terras entre os seus membros como o intende, sem ninguem poder appellar das snas decisões. Cada família recebe um numero de porções proporcional ao numero dos seus membros, tendo em attenção a idade, o sexo e a capacidade de trabalho de cada um.

O *Mir* procede á redistribuição das terras, todas as vezes que o julga conveniente. Os periodos da redistribuição variam geralmente de seis a quinze annos segundo as communas.

A repartição das terras faz-se por meio de sorteamento. Para isso formam-se lotes de varias parcelas, tanto quanto possível eguaes, que se tiram á sorte. Não ha em geral reclamações, visto os lotes serem constituídos de modo que os valores das parcelas se compensem uns aos outros. Em todo o caso, aquelle que provar que foi lesado recebe um supprimento das terras que ficaram livres.

A posse dos lotes communaes nem sempre representa uma vantagem, visto haver, em algumas regiões da Russia, terras tão pobres, que, com difficuldade, dão para pagar o imposto. Os possuidores destes lotes podem semear nelles o que intenderem, mas em epochas fixadas pela assembléa do *Mir*, recebendo depois as colheitas.

No regimen do *Mir*, o dominio territorial passou do clan obliterado para o município. O principio de agremiação a que obedecia o clan dissipou-se,

ficando o *Mir* sendo um clan apenas fictício. Os laços que de facto ligam as famílias nesta associação derivam unicamente da contiguidade local.

Ao passo que todos os outros países, sob a influencia do feudalismo e do direito romano, obedeceram á regra da transformação da propriedade dos tempos remotos na propriedade pessoal dos tempos historicos, a Russia soube amoldar a propriedade collectiva, sob a forma do *Mir*, á evolução social do Imperio. Os panslavistas julgam até que a comunidade do *Mir* assegurará a grandeza futura da Russia. E o certo é que, em virtude do *Mir*, o pauperismo não se tem feito sentir tão profundamente na Russia, como nos países occidentaes. Cada um tem com que viver e cada família toma conta dos seus enfermos e dos seus velhos. O *Mir* traduz um grande principio de justiça, emquanto reconhece a todo o individuo, capaz de trabalho, o direito de reclamar uma parte da terra que lhe permitia viver com os productos da sua actividade ¹.

164. Comunidades familiares. — As comunidades d'aldêa dissolvem-se, quando cada família conserva a terra aravel, deixando de haver divisão. A propriedade da terra não pertence já ao clan ou á tribo, mas á família. Eis a segunda pbase da evolução da propriedade, a das comunidades familiares.

Esta phase da evolução da propriedade derivou da anterior, em virtude da repartição das terras se fazer em períodos cada vez mais longos, até que

¹ Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 7 e seg.; Le Bon, *L'homme et les sociétés*, tom. II, pag. 306 e seg.; Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, pag. 102 e seg.

cair em desuso, ficando as sortes nas mãos da família. Para isso contribuiu poderosamente a importância que as famílias foram adquirindo como unidades sociais. Tendo começado a possuir como próprios os instrumentos do trabalho, os vestidos, algumas economias e as casas, era natural que se julgassem pouco a pouco proprietárias dos tractos de terreno que lhes tivessem sido distribuídos.

São muitas as provas historicas que se podem apresentar para demonstrar a existencia desta phase da evolução da propriedade. Nos povos antigos vemos frequentemente que a propriedade permanecia indivisa no seio da família. Em Sparta era prohibido vender a terra dos paes. Em Athenas, embora não houvesse essa prohibição, o vendedor perdia por este facto os direitos de cidadão. Por largo tempo foram desconhecidos os testamentos, que unicamente se encontram numa epocha historica muito adiantada.

Mas onde nos apparecem, dum modo bem frisante, os traços das antigas communições de família é na *Zadruga* dos eslavos meridionaes. Ahí a terra primeiramente pertenceu á communa que a repartia todos os annos entre os cidadãos. Hoje a repartição caiu em desuso, mas a organização da família permaneceu a mesma, não tendo sido alterada pelas convulsões sociais da Edade Media. Os immoveis que ella possui constituem um patrimonio indivisivel, não se conhecendo a successão senão para as cousas moveis, visto as terras se considerarem como pertencendo a todos os membros da família. A ninguém é licito doar ou dispor do seu patrimonio, excepto se é o unico sobrevivente duma família ¹.

¹ D'Aguzzo, *Genesi e evoluzione del diritto civile*, pag. 370 e seg.; Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 455 e seg.; Letourneau, *Évolution de la propriété*, pag. 390.

166. Propriedade individual. — Mais um passo na evolução da propriedade e teremos a propriedade individual nitidamente caracterizada. Isto deu-se quando, pela morte do chefe de família, os parentes, em vez de continuarem unidos, se separaram e dividiram a terra. Esta evolução corresponde ao momento em que dentro de cada família se começaram a desenhar como átomos sócias os indivíduos.

A propriedade individual conservou ainda por largo tempo muitos vestígios da sua origem collectiva. Para alienar a terra patrimonial, foi necessario durante seculos obter o consentimento da família, como ultima manifestação do domínio nominal e eminente que ella ainda conservava. Só depois de uma longa evolução é que a propriedade consegue emancipar-se dos traços do collectivismo que se encontravam na sua organização transformando-se definitivamente no direito absoluto, soberano e pessoal que se encontra nos codigos modernos.

Ao lado da propriedade assim constituída ficaram subsistindo, archaica ou esporadicamente, os exemplares do colleclivismo communal nas instituições municipaes e os documentos de colleclivismo familiar na legislação civil, que determina as successões e institue os vinculos aristocraticos. Mas que importa, diz Oliveira Martins? A natureza *põe* sempre os casos de archaismo ou atavismo ao lado dos documentos evolutivos, e a observação coordena-os para assim chegar a conhecer as normas intimas da existencia das cousas ¹.

¹ Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, pag. 122 e seg.; Peres Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana gota*, tom. I, pag. 36 e seg.

166. Valor historico dos estadios da evolução da propriedade. — Os tres estadios da evolução da propriedade, communitate de aldêa, Communitate de familia e propriedade individual, não têm um valor absoluto, eguaes para todas as raças e para todos os povos, de modo que todas as sociedades devam passar necessaria e fatalmente por elles. É a orientação contraria um dos maiores defeitos da obra de Laveleye, porquanto ella falsêa e simplifica os phenomenos com um methodo mais digno da escolastica, do queda pbiilosophia positiva.

A evolução que transformou radicalmente a propriedade apresentou variedades segundo as eircumstancias e as condições dos diversos países. Os periodos desta evolução succederam-se, predominando aqui a propriedade individual, alli a collectiva, ficando numas regiões archaismos duma edade remota e noutras sobrevivencias duma edade mais proxima.

As leis da evolução, diz Perez Pujol, ainda que se concebam como ideal, só se realizam na vida como tendencias que modificam, mas não annullam, o curso dos acontecimentos. É pois como tendencias que nós devemos interpretar os estadios da evolução historica da propriedade ¹.

¹ Perez fujol, *Historia de las instituciones de la Espana goda* tom. I, pag. 39; Morasso, *Evoluxione deL diritto*, pag. 37.

CAPITULO III

PROPRIEDADE COLLECTIVA

SUMMARIO : —167. A propriedade collectiva no período pre-romano. —168. Caracter ethnico da propriedade collectiva preromana. — 160. A doutrina tradicional sobre a fôrma primitiva da propriedade romana. — 170. Existencia da commnidade de aldêa entre os romanos. —171. Forma da comunidade de aldêa admittida entre os romanos. — 172. A phase da comunidade familiar. — 173. A propriedade collectiva entre os germanos. A March germanica.—174. A apropriação das terras da Península pelos visigodos. — 176. A propriedade commum entre os visigodos.—176. A propriedade commum na Reconquista.—177. Vestígios do commmunismo agrario no direito português. — 178. Baldios.—170. Comunidades agrícolas da índia portuguesa.

167. A propriedade collectiva no periodo pre-romano. — São muito deficientes e imperfeitas as noticias que nos restam a respeito da organização da propriedade na Hespanha primitiva.

Referindo-se especialmente aos Vacceos, diz Dio-doro da Sicília, que elles distribuíam, todos os annos; entre si as terras araveis para as cultivar, e, pondo em commum os fructos obtidos, adjudicavam a cada um a sua parte; os que escondiam alguma porção d'elles, não a entregando ao acervo commum, eram punidos com a pena de morte. Esta passagem do notavel historiador tem sido intendida de modos muito diversos.

Segnndo Masdeu, as famílias daquelle povo seguiam um processo muito especial relativamente á agricultura, succedendo-se nesta occupação umas ás

outras, de modo que a exerciam alternadamente, num anno amas noutro anno outras, e assim por diante. Os fructos repartiam-se com egualdade entre as famílias, recebendo tanto as que tinham gosado o repouso, como as que se tinham fatigado com os trabalhos da cultura.

Por seu lado, Vicente Paredes Guilleu suppõe que uma parte dos habitantes levava os seus gados e os dos visinhos a invernar em terras longínquas, prestando-se assim, mutua e alternativamente, o serviço da sementeira e da pastoricia. É por isso que os fructos eram postos em commum e distribuídos por cada um dos habitantes.

De modo diverso pensa D'Arbois de Jubainville, pois, notando que o facto da distribuição de fructos, constituindo um poderoso estímulo ao descuido e á negligencia dos cultivadores, se encontra expresso dum modo incompleto ou inexacto em Diodoro, julga mais provavel que os vacceos não puzessem em commum mais do que uma quota parte dos fructos, revertendo a porção mais consideravel delles em beneficio exclusivo do cultivador.

Se fosse verdadeira a interpretação que Masdeu dá à passagem de Diodoro, os vacceos teriam seguido um regimen identico ao dos getas, onde metade da população trabalhava alternativamente para a outra metade. Se pelo contrario fosse o illustre celtista francês que estivesse na verdade, então os vacceos teriam praticado um regimen collectivista muito semelhante ao do *Mir* russo, Inacceitavel, porém, é sempre a interpretação de Vicente Paredes Gnillen, como não tendo senão a phantasia a apoial-a.

Mas o mais natural é intender a passagem de Diodoro á letra, sem desvirtuar o seu sentido com supposições arbitrarías: os vacceos possuíam a terra

em *commum* e distribuíam os *fructos* obtidos pelas famílias; unicamente, para evitar os inconvenientes da cultura em *commum*, individualizavam o trabalho, dividindo o solo em tantas sortes quantas as famílias e entregando a cultura de cada uma daquellas a cada uma destas. Tal é a doutrina que sustenta o grande historiador D. Joaquim Gosta a proposito deste assumpto.

Deste modo, entre os *vacceos* existiu a comunidade de aldêa com repartição periodica das terras, na sua primeira phase, era que as terras araveis se sorteiam entre as famílias para o effeito da cultura, devendo, porem, estas entregar os *fructos* á communi-
dade para serem repartidos segundo as necessida-
des de cada família. Este regimen, como sabemos não tem nada de inverosímil ou de irracional, encontrando-o até Aristoteles em vigor em alguns povos barbaros do seu tempo, não havendo por isso motivo nenhum plausível para não admittir a interpretação litteral da passagem de Diodoro.

É indubitavel, porém, que este regimen se devia encontrar, no tempo em que Diodoro da Sicília compilava a sua celebre *Bibliotheca*, num periodo de decomposição e desaggregação, visto ser necessario sancionar com a pena capital o costume, a fim de não se subtrahirem *fructos* ao *accervo commum*. As famílias deviam esforçar-se por se furtar ao regimen da comunidade de aldêa, procurando conservar perpetuamente certas porções de terreno, tendendo assim esto regimen a desaparecer, para ser substituído pelo da comunidade familiar e o da propriedade privada 1.

¹ Rafael Altamira, *Historia de la propiedad communal*, pag. 114 e seg.; D Joaquim Costa, *Collectivismo agrario em Espana*, pag. 419 e seg.; Hinojosa, *Historia general del derecho*

168. Character ethnico da propriedade collectiva preromana. — Como os vacceos eram celtiberos, discute-se muito se a propriedade collectiva preromana teve uma origem iberica ou. uma origem celtica.

Não é possível adduzir em favor da origem iberica da instituição nenhum argumento de peso. Não ha indicações precisas nos escriptores gregos e romanos a respeito desta materia, e as inscrições ibericas que abundam na Península ainda não foram decifradas.

Os iberos encontravam-se no período da pastoricia, que póde admittir quando muito a communitade dos pastos. As sobrevivencias ibericas que conhecemos, uão nos auctorizam tambem a attribuir a origem da communitade agraria dos Vacceos aos iberos. Os berberes e os vascos, que são considerados como representantes dos iberos, não revelam nada que se possa comparar com a communitade agraria dos Vacceos. A philologia tambem não fornece nenhum dado que permitia pensar na origem iberica da propriedade collectiva da Península.

O mesmo já se não pode dizer dos celtas. Effectivamente, por um lado, os celtas pertencem aos povos primitivos que passaram mais rapidamente do estado pastoril ao agrícola, como mostram as suas tradições e a sua organização familiar e social, e, por outro, entre os germanos e eslavos, irmãos dos celtas, apparece a propriedade collectiva perfeitamente caracterizada. A philologia tambem parece

ser favoravel á origem celtica da propriedade collectiva da Hespanha primitiva, como demonstra largamente D. Joaquim Costa ¹.

169. A doutrina tradicional sob a fonia primitiva da propriedade romana. — Por muito tempo se julgou que a propriedade romana revestiu, desde a sua origem, os caracteres que a definem e distinguem no fim da epocha classica e no direito justinianeu. De modo que, por um singular privilegio, de que a historia não nos apresenta outro exemplo, os romanos ter-se-hiam elevado, desde logo, á idêa da propriedade individual, não sómente para as cousas moveis, mas tambem, o que é mais grave, para a terra. A propriedade territorial não teria revestido as múltiplices fórmulas que se encontram noutros povos.

Entre os modernos ainda representa esta corrente Padeleti, segundo o qual a propriedade romana teria revestido, desde os seus inicios, um caracter accentuadamente privado, e teria assumido desde logo a fórmula mais adiantada que se encontra na evolução juridica dos outros povos.

Esta doutrina repugnava profundamente ao espirito dos evolucionistas, que não podiam admittir que a propriedade romana se furtasse á evolução historica que se deu nos outros povos. E esta repugnancia era tanto mais fundada e justificada, quanto é certo que o direito romano, embora constitua a synthese mais perfeita da evolução jurídica da antiguidade,

¹ José Maria Zumalacarregui, *Ensayo sobre el origen y desarrollo della propiedad communal en Espana*, pag. 28 e seg.; D. Joaquim Costa, *Estudos ibericos*, passim; D. Joaquim Costa, *Collectivismo agrario*, pag. 422 e seg.

nada apresenta de original sob o aspecto ethnographico e evolucionista.

Impossível era, pois, em face desta orientação, que Roma tivesse começado a sua evolução jurídica por um conceito da propriedade que os outros povos unicamente chegaram a apresentar no termo do desenvolvimento historico deste instituto. Os estudos ultimamente realizados sobre a propriedade entre os romanos vieram mostrar que esta suposição era verdadeira, fazendo entrar, ao mesmo tempo, a historia da propriedade romana na evolução geral por que passou este instituto nos outros povos ¹.

170. Existencia da communidade de aldêa entre os romanos. — A primeira base da evolução da propriedade entre os romanos foi a da communidade de aldêa. Effectivamente, primitivamente, os cidadãos romanos, como os membros do *Mir* russo e da *Mark* germanica, eram unicamente proprietarios de um pequeno tracto de terreno contendo a casa e o seu horto, sendo o resto das terras subtrahido á propriedade privada. Mommsen demonstrou isto dum modo completo.

Os romanos empregavam como designação technica da fortuna individual e da herança as palavras *família* (escravos principalmente), pecunia (gado), umas vezes reunidas e outras separadas, sem se poder perceber uma distincção no seu modo de empregos. Estas expressões mostram, porém, dum modo decisivo que o solo não era comprehendido na fortuna do individuo e do direito de successão.

¹ Giuseppe Carie, *Origine del diritto romano*, pag. 60 e seg.; Padeletti, *Storia del diritto romano*, pag. 220 e seg.; Edouard Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, tom. I, pag. 75 e seg.

A aquisição da propriedade denominava-se *man-cipium*, apprehensão com a mão (de *manu capere*), que não se podia applicar aos immoveis, mas sómente aos moveis. Do mesmo modo, a noção da *potestas*, o poder de dispor do objecto, que era o fundamento da primeira idêa da propriedade entre os romanos, tambem não se podia applicar senão aos moveis. Tudo isto suppõe uma epocha em que se não alienavam nem possuíam senão moveis.

Segundo uma tradição antiga, cada chefe de família tinha como patrimonio hereditario (*heredium*) unicamente duas geiras de terra, cerca de meio hectare, o que, não podendo bastar para a alimentação d'elle e dos seus, suppõe a existencia de terras araveis ou communs. O *heredium* corresponderia assim ao pequeno patrimonio individual dos membros do *Mir* russo e da *Marck* germanica.

Na linguagem das XII Taboas, *hortus* designa ainda a casa do lavrador e *heredium* o vergel que depende delia. Affirma-se por isso ainda a idêa de que a propriedade immobiliaria individual não abrangia primitivamente as terras araveis, limitando-se á casa e ao jardim que eram as unicas cousas que origina-riamente passavam para os herdeiros.

Mas quem era o titular dos direitos sobre o solo, desde o momento em que elle, com a pequena res-tricção do *heredium*, constituía propriedade colle-ctiva ?

Mommsen, que propõe esta questão, nota que só podiam conceber-se dois titulares destes direitos, o Estado e a *gens*, sendo no primeiro caso o solo não comprehendido no *heredium*, *ager publicus*, e no segundo *ager priva tus*. Entre estes dois titulares) de taes direitos, Mommsen prefere a *gens*, baseando

a sua opinião era considerações geraes e em factos particulares. A *gens* é a instituição que primitivamente é mais forte e que perde terreno relativamente á cidade, que é primitivamente a mais fraca e que adquire progressivamente predomínio. É, pois, á *gens* que deve pertencer o solo primitivamente apropriado.

A exploração e a cultura do solo commum tornarse-hiam muito mais complicadas, referindo a propriedade a todo o povo, do que restringindo-a e limitando a á *gens*. A applicação pratica do systema, qualquer que fosse o modo de cultura ou de exploração adoptado, offereceria menos dificuldades, quando a *gens* fosse a titular dos direitos sobre o solo, do que quando fosse o povo.

A *gens* formava um grupo vinculado a um certo logar muito analogo à aldêa russa ou germanica, sendo, por isso, natural que houvesse assim em Roma uma organização primitiva mui semelhante á do *Mir* russo e à da *Mark* germanica. É um facto incontestavel que as terras dos membros da *gens* se encontravam reunidas no mesmo logar na epocha mais antiga.

Finalmente, quando um membro da *gens* morria sem herdeiro, os seus immoveis e os seus moveis passavam para a *gens*, os immoveis, sem duvida, porque lhe pertenciam directamente, os moveis, porque dependiam dos immoveis. E ainda no tempo de Augusto, na falta de herdeiros testamentarios e de agnados, os bens do membro duma *gens* patricia passavam para os seus *genliles*, que eram egualmente chamados, segundo a regra romana, á tutela das mulheres e dos filhos da *gens*, e á curatela dos *genliles* feridos de alienação mental. Deste modo, o direito de successão esclarece tambem quem

deveria ser o Ulular da propriedade collectiva primeiramente admittida entre os romanos 1.

171. Fôrma da communidade de aldêa admittida entre os romanos. — Mas na communidade de aldêa romana haveria a repartição periodica das terras?

Laveleye inclina-se para a opinião affirmativa. Não será provavel, diz elle, que o territorio communal ou *tribal* fosse periodicamente repartido, como entre os germanos, pelas *gentes* e pelas *cognationes hominum*, que cultivavam a terra por meio dos seus escravos e dos seus rebanhos? Quando as necessidades duma cultura mais intensiva fizeram renunciar ás repartições annuaes ou periodicas, as *gentes* viriam a ficar proprietarias dos seus lotes, estabelecendo-se um regimen agrario mui semelhante ao que se encontra nos eslavos meridionaes, onde existe a *Zadrugà*.

Mommsen tambem aborda este problema, embora não o resolva definitivamente. A posse individual dos rebanhos e dos escravos, diz elle, não se concebe ao lado da posse collectiva do sólo, sem se admittir para este solo uma repartição de facto de qualquer natureza. Não podemos advinhar como se realizou esta repartição em Roma. Podemos pensar num uso por meio de rotação dos lotes de terreno, ou numa attribuição vitalícia dum lote determinado, ou o que é mais conveniente numa attribuição permanente feita á pessoa e á sua descendencia, votando

¹ *Manuel des antiquités romaines*, tom. VI, part, I *Droit public romain*, por Mommsen, pag. 23 e seg.; Girard, *Manuel de droit romain*, pag 251 e seg.; Laveleye, *Lei communanté* de famille et de village*, na *Revue d'économie politique*, tom. II, pag. 315 e seg.

a *gens* no caso da extinção da família, não se manifestando a falta da propriedade individual, senão na ausência do direito de alienar.

Oliveira Martins inclina-se para a doutrina de que em Roma se passou do regimen da communitate indivisa, para o da communitate familiar, sem se atravessar o estado intermediario da repartição periodica das terras ¹.

172. A phase da communitate familiar. — Não pôde também haver duvida relativamente á existencia da phase da communitate familiar em Roma. Esta phase deixou vestígios profundos na linguagem e nas instituições romanas e especialmente no systema das successões *ab intestato*. Os juriscultos classicos ainda explicavam esta successão pelo principio, da com-propriedade familiar. A palavra *heres* significava primitivamente o com-proprietário e posteriormente continuou a significar a mesma coisa, mediante a expressão mais completa de *heredes sui*. Se não houvesse o direito dos herdeiros a pedir, por morte do chefe de família, a partilha e se se não tivessem ampliado os poderes do *pater-familias*, diz Girard, a *domus* seria um exemplo de com-propriedade familiar tão claro como os do direito servio e do direito índio.

O direito de propriedade, embora pertencesse realmente á família, só podia ser exercido pelo *pater-*

¹ Laveleye, *Communautés de village et de famille*, na *Revue d'économie politique*, vol. II, pag. 347 e seg.; *Manuel des antiquités romaines*, tom. VII, part. I, *Le droit public romain*, por Mommsen, pag. 27; Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, pag. 95 e seg.; D. Rafael Altamira, *Historia de la propiedad communal*, pag. 85 e seg.

famílias, que encarnava em si toda a vida social e judaica deste aggregado. O *pater-famílias* era o guarda e detentor do patrimonio familiar, no seu interesse e no da prole.

Admittiam-se restricções a este direito, tendo por fim a conservação do patrimonio familiar. É o que se verificava relativamente ao *heredium*, que era inalienavel. Ainda no fim da republica se considerava uma deshonra o vender o *heredium*.

A decadencia do character politico da família, o predomínio da cidade na vida social, e o desinvolvi-mento da personalidade dos indivíduos tiveram como consequencia natural a transformação do patrimonio familiar em individual. Para isso concorreram tambem as faculdades que foram attribuidas ao *pater-famílias*. Nenhuma das sociedades em que se formou o typo da propriedade familiar, diz Oliveira Martins, o atacou mais cedo do que a romana, inventando a faculdade de testar e dando a auctoridade de vender. Em nenhuma das sociedades primitivas foi mais rapida a formação da sociedade civil, em que a molecula é o individuo e o principio de cohesão a contiguidade local, substituindo a família e a consanguinidade ¹.

178. A propriedade collectiva entre os germanos. — A comunidade de aldêa com a repartição periodica das terras existiu tambem entre os povos germanicos, sob o nome de *Mark*. A *Mark* era o

¹ Emílio Costa, *Corso di storia del dirilto romano*, tom. II, pag. 3 e seg.; Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, pag. 120 e seg.; Azcarale, *Historia del derecho de propridad*, tom. I, pag. 104 e seg.; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 247 e seg.

territorio occupado collectivamente por um clan ou uma tribu do povo germanico. Entravam na *Mark*, segundo Von Mourer, tres elementos: a total demarcação da aldêa; terra indivisa e inculta (bosques, prados, etc); terra cultivada ou aravel, que se distribuía em lotes.

A propriedade hereditaria unicamente se admittia relativamente á casa com o seu horto. Não havia palavra para indicar a propriedade individual, visto a palavra *Eigenthum* só apparecer depois dos germanos terem entrado em relações com os romanos.

A terra era distribuída com inteira egualdade entre as familias. Os lotes comprehendiam porções das diversas zonas em que se dividia o territorio. Estas zonas eram tres, correspondendo á rotação triennial admittida na lavoura germanica. A repartição fazia-se por sorteio, como indica a palavra *sors* applicada ás parcellas. A egualdade na distribuição desappareceu depois, obtendo os chefes um lote maior.

A *Mark* tinha os seus altares e os seus sacrificios e depois da introdução do christianismo a sua igreja e o seu santo como patrono. Tinha um tribunal que conhecia dos delictos rurares e até primitivamente dos outros crimes commethidos no sen territorio. A *Mark* constituía assim não só uma associação economica, mas tambem uma sociedade de ordem politica, tendo por fim a manutenção da paz e do direito entre os seus membros.

No tempo de Tacito já se manifestava uma tendencia pronunciada no sentido do communismo familiar, ficando as familias permanentemente com as sortes distribuídas. A evolução da propriedade, entre os germanos, não devia ler ficado por aqui e por isso é natural que percorresse as graduações que se encontram noutros povos até revestir a fórmula individual.

Appareceria primeiro a faculdade de alienar com auctorização dos parentes; depois sem esta auctorização, mas com o direito de revogação; por ultimo, admitir-se-ia o testamento que corôa a individualização da propriedade. Devia precipitar este movimento entre os germanos a constituição da familia, mais reduzida do que a romana. Effectivamente, na Germania nem os filhos casados continuavam sob o patrio poder, nem as noras caíam debaixo do poder do sogro, nem os netos nasciam sob o patrio poder do avô. A familia individualizava-se e a propriedade tambem. A cadeia da historia, porém, interrompe-se no tempo de Tacito, e por isso ficamos sem dados seguros, até que os barbaros redigem as suas leis em terra e língua latina.

Fustel de Coulanges contesta estas doutrinas sobre a *Mark* germanica, que acabamos de expôr. Fundase para isso no testemunho de Tacito, pôndo completamente de parle o de Cesar. Este processo, porém, de argumentar do illustre historiador não é rigoroso, desde o momento em que todos sabem que os germanos se encontravam em periodos de desenvolvimento historico differentes no tempo de Cesar e de Tacito ¹.

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones de Espana goda*, tom. I, pag. 338 e seg.; Fustel de Coulanges, *Le problème del origines de la propriété foncière*, na *Revue des questionne historiques*, vol. 45, pag. 349; D. Rafael Altamira, *Historia de la propiedad communal*, pag. 116 e seg.; Azcarate, *Historia de la propiedad*, tom. I, pag. 154 e seg.; Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, pag. 100 e seg.; Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 78 e seg.; Letourneau, *Évolution de la propriété*, pag. 371 e seg.; José Maria Zomalcarragui, *Ensayo sobre el origen y desarrollo de la propiedad communal em Espana*, pag. 46 e seg.

174. A apropriação das terras da Península pelos wipigodos. — Os wisigodos, quando se estabeleceram na Península, apropriaram-se de duas terças partes das terras cnllivadas pertencentes aos hispano-romanos — *sortes gothorum* — deixando a estes a posse da terça restante — *tertia romana*. Não fizeram mais do que pôr em pratica assim um principio de direito publico da epoca, segundo o qual o solo conquistado pertencia ao conquistador. E se os barbaros deixaram aos vencidos uma parte do solo cultivado, nio foi em reconhecimento dum direito, mas por consideração de ordem politica.

Esta doutrina a respeito da apropriação das terras cultivadas pelos barbaros foi modernamente criticada dom modo muito interessante, por Fustel de Coulanges, na parle relativa ao estabelecimento dos francos na Gaillia. Conservaram-se numerosos escriptos d'esta epoca, diz elle. e em nenhum delles nos apparece uma phrase que mencione um confisco geral das terras ou uma repartição delias em beneficio dos invasores. Não se concebe um acto tão grave como este, que revolucionaria completamente a organização economica da epoca, sem ser narrado pelos escriptores contemporaneos, alguns dos quaes nos deixaram traçado um quadro muito completo do seu tempo.

Encontra se na linguagem da epoca a palavra *sors* empregada para designar uma terra e dahi conclue-se que houve uma tiragem á sorte das terras do pais, quando tal palavra tinha já ha seculos o sentido de propriedade e de patrimonio, applicando-se a toda a terça possuída hereditariamente. As propriedades dos romanos chamaram-se *sortes*, do mesmo modo

que as possuidas pelos barbaros, mas nenhum documento falia duma tiragem á sorte.

Por outro lado, os actos de doação de terras são muito numerosos, e nenhum delles recáe sobre terras tiradas aos particulares, tendo sempre por objecto o solo do domínio publico, que tinha passado dos imperadores para as mãos dos reis, e que era sufficiente para recompensar largamente os guerreiros.

Finalmente, o direito de guerra, tal como era entendido pelos germanos, auctorizava a pilhagem, a apropriação do ouro, dos objectos mobiliarios e mesmo dos escravos, mas não auctoriza o confisco do solo. Nos innumeraveis escriptos deste tempo nunca vemos que um homem de origem franca possua uma terra em virtude da conquista ou do direito da espada. Muitos documentos testemunham que se possui a terra por herança, por compra ou por doação, nenhum delles deixa suppor a posse em virtude da conquista.

Esta mesma opinião foi defendida pelos Srs. Gama Barros e Alberto Sampaio, relativamente á Península. Segundo estes historiadores, tambem o silencio dos escriptores coevos ou mais proximos áquellos tempos, acerca dum acontecimento tão grave como seria a espoliação da maior parte das terras, constitue já por si uma presumpção fortíssima a favor da sua não existencia. Póde acaso suppôr-se que, por exemplo, Idacio e Isidoro de Sevilha, vivendo aliás na Península, aquelle no seculo v, este no seculo vii, não deixassem uma só palavra allusiva a este acto ou ás consequencias inevitaveis delle, se effectivamente houvesse succedido ?

E a presumpção que se deduz do silencio dos escriptores adquire ainda maior grau de probabilidade, quando se examinam os textos legaes, os

únicos em que se tem pretendido achar a prova da existencia da espoliação. Estudadas sem preocupação as leis do código no liv. x, parece manifesto que umas, as que distinguem os godos dos romanos, expressam apenas o intuito de manter os contractos particulares sobre divisão de terras que tenham sido feitos entre indivíduos de differente raça antes da fusão geral, enquanto outros regulam a divisão entre coherdeiros ou entre vizinhos.

Nenhuma dá indicio de presuppôr effectuado nalgum tempo um sequestro geral, ou uma partida de todas as terras do imperio wisigotico: o sentido da phrase *divisio inter gotum et romanum facta* é mais forçado, sendo referido a um caso geral, do que entendendo-se de direitos creados por actos particulares que a lei manda respeitar, em vista da prova que certifique a existencia, *si tamen probatur celebrata divisio*. A mesma fé quer o legislador que se guarde para com os contractos celebrados antes da vinda dos godos.

Os escriptores hespanhoes, como Perez Pujol é Rafael Altamira, não se convenceram tão facilmente, como os historiadores portuguezes, do fundamento da doutrina de Fustel de Coulanges, e por isso continuam a sustentar que os wisigodos se apropriaram de duas terças partes do solo aravel. E, effectivamente, esta é a opinião que, apesar de tudo, nos parece mais acceitavel.

As bases da repartição goda consigoaram-se na *Lex antiqua Wisigothorum*, mas nem todas as suas disposições passaram para o código wisigothico e muitas das que ahi foram incluídas encontram-se profundamente alteradas na sua redacção. O *Palimpsesto de Corbie* nesta materia, para pouco mais serve, do que para mostrar a insuficiencia dos seus fra-

gmentos. Em todo o caso, este documento refere-se no capitulo CCLXXVII á repartição das terras, que é confirmada pela lei VIII, título I, livro x do código wisigothico, onde se dispõe que não seja alterada a repartição das terras feitas entre os godos e os romanos, não devendo os romanos tomar nem demandar nada das duas partes dos godos, nem os godos da terça dos romanos.

Não se tracta de direitos creados por actos particulares, como pretende Gama Barros, mas duma divisão geral, pois do contrario não se comprehenderia a razão por que os romanos não deviam tomar nem demandar nada das duas partes dos godos nem os godos da terça dos romanos. A lei falia, além disso, da divisão das terras entre os romanos e os godos como constituindo um facto geral, e não como sendo o resultado de actos juridicos particulares.

Nem devia ser grande a perturbação que da apropriação das terras pelos wisigodos podia derivar para a economia da Península, desde o momento em que ella recaia sobre a classe senatoria possuidora dos *latifundia*, encontrando, além disso, o lavrador laborioso meio de se tornar novamente proprietario, cultivando os terrenos vagos e incultos. A servidão tributaria de Roma esmagava a classe media, e por isso. era frequente a emigração para as províncias occupadas pelos barbaros, onde a liberdade germanica era preferida ao titulo pomposo de cidadão romano.

Ainda assim algumas dissensões derivaram desta divisão das terras, a que os monarchas wisigodos procuraram obviar por meio de certas providencias, que se encontram consignadas no código wisigothico., Entre ellas, é notavel a que manda devolver aos

romanos as terras que lhes tivessem sido usurpadas, a não ser que os detentores estivessem de posse delias ha cincoenta annos (liv. xvi, til. i, liv. 10). Eram tão communs e continuas as usurpações a que estavam sujeitos os romanos, que foi necessario estabelecer esta prescripção especial de cincoenta annos, egual á estabelecida para os bens menores, a fim de que ellas não constituíssem um meio de adquirir facilmente a propriedade. É a isto que se reduz, o respeito que os barbaros na Península tiveram pela propriedade dos vencedores apesar do que affirma Fustel de Coulanges !

Nem deve admirar que os escriptores coevos nada digam a respeito deste assumpto, porque o procedimento dos barbaros nada linha de estranho, em face do direito publico da epocha. Compare-se o que fizeram os barbaros com o procedimento dos romanos, que, quando conquistavam uma região, confiscavam toda a propriedade territorial em beneficio do Estado 1.

175. A propriedade commum entre os wisigodos. — Eram de propriedade commum, em regra, entre os wisigodos, os bosques e os prados.

¹ Peres Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espana goda*, tom. II, pag. 145 e seg.; Cardenas, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en Espana*, tom. I, pag. 159 e seg.; Rafael Altamira, *Historia general de la Espana y de la civilizacion espanola*, tom. I, pag. 193 e seg.; Sr. Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom I pag. 389 e seg.; Sr. Alberto Sampaio, *As villas do norte de Portugal*, pag. 85 e seg.; Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France (L'invasion germanique et la fin de l'empire)*, pag. 536 e seg.

A única norma que aparece no código visigótico o respeito do aproveitamento dos prados *communis* é a da comunidade dos pastos não vedados, que se estendia aos vizinhos e transeuntes, parecendo que o feno, que nos prados particulares se considerava um fructo não sujeito áquella communhão, era proprio nos prados *communis* dos *hospites* e *consortes*, sem que conheçamos o modo de o aproveitar (Cod. wis., liv. VII, tit. v, 1. 2 e 5; tit. III, I. 12).

Tambem havia bosques *communis* a *hospiles* e *consortes*. Quando não tinham fructo, parece que era geral o direito de aproveitar os seus pastos, podendo até os transeuntes, os *iter agentes*, alimentar o gado com ramos das arvores, na falta de herva. No tempo do fructo, *tempore glandis*, não se permittia a entrada nos bosques *communis* senão aos seus compartes (Cod. wis., liv. VIII, tit. v, 1. 1 e 2). Havia o direito de cultivar os bosques indivisos, mas os romanos não podiam cultivar senão metade do bosque, perdendo a parte que cultivassem a mais. Igual direito pertencia aos godos relativamente aos romanos (Cod. wis., liv. X, tit. I, 1. 9).

Nem todos os bosques e prados eram *communis*, pois havia-os tambem de domínio particular. Estes, quando se encontrassem vedados com parede ou com sebe, só podiam ser aproveitados pelos seus donos. Mas, se se encontrassem abertos, todos, *hospiles* e *consortes*, podiam nelles apascentar os seus gados, a não ser em tempo prohibido, em virtude do principio da comunidade das hervas não tapadas (Cod. wis., liv. VII, tit. IV, 1. 27).

O tempo prohibido era, para os bosques, o do fructo, *tempore glandis*. Neste tempo, o dono podia reter o gado alheio que se introduzia no seu bosque,

e exigir a indemnização devida (Cod. wisi., liv. VIII, tit. v, 1. I). Nos prados, o tempo prohibido era aquelle em que cresce a herva para se seccar e aproveitar deste modo (Cod. wis., liv. VIII, tit. II, 1.2). Fóra deste tempo, era commum o aproveitamento dos prados particulares abertos, não podendo mesmo o proprietario prohibir esse aproveitamento por uma disposição da sua vontade.

Havia ainda a terra vaga, proveniente da incompleta apropriação do solo da península, e a terra deserta, *descora*, constituída por campos abandonados. A evolução economica, que constituo os *latifundia*, fez retrocer a producção, passando-se, em grande parte, da agricultura para a pastoricia e sendo assim abandonadas muitas terras. É por isso que no Codigo Theodosiano ha um titulo, correspondente a este período da decadencia da cultura, denominado *De agro deserto*.

Uma unica lei, não deste titulo, mas do *De bonis vacantibus* do Codigo Theodosiano, passou para o Breviario de Alarico, a qual dá a entender que, em virtude da invasão, as terras vagas, longe de augmentar, diminuíram. Segundo ella, o rei godo, como antes o imperador romano, concedia os bens vagos, e a sua concessão garantia o possuidor contra a reclamação dom direito anterior, que deveria, em todo caso, ser satisfeito com outras concessões.

Do Breviario de Alarico passaram para o codigo wisigothico os bens vagos, sendo ahi considerados como cousas de aproveitamento commum a *consorte* e *hospites*, a vizinhos e transeuntes, sem a limitação de tempo que se impunha aos prados communs e, aos bosques communs, havendo nos bosques vagos até o direito de utilizar os fructos e de cortar as arvores (Cod. wis., liv. VIII, tit. IV, 1. 26 e 27).

Para assegurar este aproveitamento geral prohibia-se aos particulares tapar as terras vagas, podendo, porém, adquirir-se a sua propriedade por meio da coitara. Tanto peia legislação do Breviario de Alarico, como pela legislação do código visigothico, o rei podia conceder a propriedade dos bens vagos; mas, além desta concessão, também a coitara dos terrenos incultos fazia obter a propriedade.

Ha em toda esta organização da propriedade rural a influencia evidente do primitivo communismo agrario ¹.

176. A propriedade commum na Reconquista. — Os godos, posto se tivessem attribuido uma grande parte do territorio da Península, respeitaram, como vimos, a comunidade de bosques e montes e os usos de pastos. Com a invasão musulmana, desap-pareceram em alguns logares aquelles bens com-muns, que reaparecem depois com a Reconquista, mediante a concessão de terrenos, montes, bosques, etc., que os reis fazem ás localidades, com o fim de facilitar a repovoação do país.

E os bens communs chegam assim a adquirir uma tamanha importancia, que a elles se referem frequentemente os fueros, dando-lhes grande amplitude e liberdade. Nisto não fez a Hespanha mais do que conformar-se com a evolução geral da propriedade da Edade-Media, pois como nota Azcarate, e um facto geral e constante na Edade Media a

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de Espana*, tom. I, pag. 35 e seg.; Rafael Altamira, *Historia de la propiedad commul*, pag. 152 e seg.; Zumalacarregui, *Ensayo sobre el origen y desarrollo de la propiedad communal en Espana*, pag. 58 e seg.

existencia de communidades ruraes ou agrarias, que constituem unos logares verdadeiras republicas independentes e são em outras unicamente instituições administrativas baseadas sobre a communidade dos bosques, dos montes e dos pastos; & que ora permanecem distinctas dos municípios, ora se confundem com elles.

Na Hespanha, as communidades ruraes ou agrarias encontravam-se confundidas com os municípios. Os municípios tinham duas classes de terras: umas cultivadas por todos os vizinhos, como serviço ou encargo concelhio e cujo producto era destinado a obras de utilidade commum, como caminhos, muralhas, castellos, pontes, etc.; outras, cujos tractos aproveitavam directamente aos vizinhos e que umas vezes permaneciam indivisas e outras se distribuíam em lotes ou porções annualmente, ou de tres em tres annos, ou de cinco em cinco, etc. Às primeiras terras denominaram-se bens *proprios*, as segundas *communales* ou de *aproveitamento commum*. Estes eram constituídos por prados, montes, terrenos lavrados, mas principalmente por montes e prados de que os vizinhos aproveitavam, segundo certas regras, os pastos, as lenhas e as madeiras de construção.

Nem os *proprios* nem os *communales* se podiam vender, sendo nulla a venda que delles se fizesse. Os primeiros, porém, podiam ser arrendados, em logar de ser cultivados directamente pelo concelho. Havia todo o cuidado em conservar estas terras, visto ellas representarem a mais importante riqueza e a base do bem estar dos vizinhos ¹.

¹ Azcarate, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y tu estado actual en Europa*, tom. II, pag. 87; D. Rafael Altamira, *Historia de la propiedad communal*, pag. 205 e seg.;

177. Vestígios do communsmo agrario no direito português. — A evolução da propriedade, no sentido da individualização, não se fez em Portugal, sem deixar vestígios do antigo communsmo agrario.

Ha na nossa historia dois exemplos, pelo menos, de pura propriedade colectiva, ambos citados por Santa Rosa de Viterbo. É um a divisão do paúl de Ulmar, em 1291, pelos moradores de Leiria; é outro o de Vallada, ácerca do qual diz aquelle escriptor: Conquistada Lisboa por D. Affonso Henriques, ordenou o monarcha que a camara e o concelho da cidade *repartisse annualmente* o campo de Vallada aos moradores do seu termo que não tivessem herdades, a fim de alliviar a sua pobreza e attrai-los a fazerem em Lisboa as suas habitações e moradas. Todos os annos se fazia escurpulosamente a lista dos cidadãos pobres e se lhes consignava o seu quinhão para cultura. Assim durou até Sancho II, quando ricos e poderosos se apoderaram inteiramente deste campo.

Evidentemente que o rei, como nota Oliveira Martins, não applicaria o sorteio annual, se esse regimen não fosse ordinario na economia coeva. Era usual tambem a usurpação por direito de conquista e rapina dos ricos e poderosos: era então usual pelos habitos militares, foi-o depois pelos usurarios, e hoje o absolutismo do capital dá logar a desordens semelhantes.

A estes exemplos deve-se ajunctar o da terra de Alqueirão, doada á camara de Lisboa por D. Affonso

Henriques, para que os lavradores pobres da dicta cidade, que bois tivessem e não tivessem terra em que lavar, lavrassem Delia e levassem a novidade para si.

Além d'estes vestígios historicos da propriedade commum, ha ainda vestígios actuaes delia. Entre elles, figura o que se encontra no *Minho* de D. Antonio da Gosta, que foi aproveitado por Laveleye, no capitulo da sua obra *De la propriété et ses formes primitives*, sobre a propriedade archaica na Península iberica e na Italia.

Segundo D. Antonio da Gosta, a freguezia d'Entre Rios divide-se em varios logares, cada um dos quaes tem seu juiz e thesoureiro e se governa pela assembléa geral dos vizinhos. O suffragio de todos regula os negocios da commuidade e as mulheres têm o direito de votar como homens. Os rebanhos pastam nos prados communs, guardados por pastores que são vizinhos, revezando-se por turnos cada tres dias. As terras lavradas são divididas em sortes, annualmente, entre as famílias. A sementeira e a ceifa fazem-se em commum, dividindo-se o producto de cada sorte. Ha um thesouro commum, formado com o producto da venda do carvão queimado na freguesia. N'este thesouro, cuidadosamente guardado, só póde tocar-se perante a assembléa geral dos vizinhos, em caso de necessidade urgente, para indemnizar a perda de algum incendio, a morte de animaes domesticos, um imposto extraordinario, ou caso de utilidade geral. A pena com que são castigados os que violam os usos e regulamentos é aquella que em Roma se chamava *interdictio aquae et ignis* e que tambem se applicava entre os germanos, isto é, a recusa do lume e do acesso á fonte e o não se lhe fallar mais. É a morte

civil e o reu não tem outro recurso mais senão emigrar ¹.

178. Baldios. — Ainda se relaciona com a persistencia do communismo agrario primitivo a instituição dos baldios. Os baldios são terrenos geralmente incultos que, por antigos usos e costumes, se acham na posse e goso exclusivo e directo dos vizinhos de certos logares do reino.

Segundo as Ordenações, os baldios são *terras incultas, mattos maninhos, ou mattos e bravios que nunca foram aproveitados ou não ha memoria de homens que o fossem, e que, não tendo sido contados, nem reservados pelos reis, passaram geralmente pelos foraes, com as outras terras aos povoadores delias, para os haverem por sem em proveito dos pastos, creações e logramentos que lhes pertencem* (Ord., liv. Iv, tit. xLIII, §§ 9.º e 12.º; Port. de 9 de abril de 1875). Não se podiam dar de sesmaria, nem se permittia roteá-los, se isso fosse contra o proveito dos moradores, no uso dos pastos, criações de gados, logramento das lenhas e madeiras.

A lei de 26 de julho de 1850 classificou os baldios em parochiaes e municipaes, dispondo que se presumem parochiaes aquelles em cujo logradouro commum e exclusivo os moradores da parochia tiverem posse por trinta ou mais annos, e municipaes aquelles em cuja posse tiverem estado os moradores do concelho durante um equal espaço de tempo.

¹ Oliveira Martins, *Quadro das instituições primitivas*, pag. 107 e seg.; Santa Rosa de Viterbo, *Elucidario*, verb. *Cellareiro e Vallada*; Emite Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 272 e seg.

Em face da Ordenação, liv. IV, tit. XLIII, § 9.º, parece que a propriedade destes bens se deve attribuir aos povos a quem foram dados para o seo logradouro commum. A influencia no direito romano, com a sua theoria da *universitas personarum*, que, por uma ousada ficção, tinha uma vontade e um poder jurídico, fez integrar a propriedade dos baldios na pessoa moral que representa a conectividade a que pertencem. Foi esta doutrina que triumphou na legislação moderna, como se vê do alvará de 27 de novembro de 1804, dos artt. 471.º e 473.º do código civil, da lei de 28 de agosto de 1869 e do código administrativo, art. 429.º Deste modo, a propriedade dos baldios individualizou-se, visto elles não pertencerem ás pessoas que constituem um aggregado social, mas á entidade moral que o representa.

A individualização, porém, não ficou por aqui, visto os baldios terem sido submettidos ao principio da desamortização obrigatoria pela lei de 28 de agosto de 1869. Deste preceito, ficaram apenas exceptuados os que se reputeem necessarios ao logradouro commum dos povos, dos municípios e parochias, e que o governo designar para esse fim, precedendo audiencia das corporações interessadas. A desamortização faz-se ou por meio de venda ou por meio de aforamento, e este ultimo póde verificar-se ou em hasta publica, ou independentemente de praça por arbitramento de louvados, quando se resolver dividi-los pelos moradores, vizinhos do concelho ou parochia a que pertenceram.

O código administrativo actual, mantendo o principio da desamortização obrigatoria dos baldios, da qual unicamente exceptua os declarados indispensaveis ao logradouro commum dos povos e os terre-

NOS arborizados, cuja arborização seja necessaria para a fixação das donas, torna dependente essa desamortização do inventario de todos os baldios ou revisão dos inventarios já organizados. A desamortização realizar-se-á, dividindo-os por aforamento e em partes de igual valor, entre todos os chefes de família, que ha mais de um anno sejam partes na fruição delles, segundo os usos e costumes estabelecidos (art. 429.º do codigo administrativo) ¹.

170. Comunidades agricolas da índia portugêsa. — O systema das comunidades da aldêa tem persistido dum modo notavel na índia, apesar das transformações por que tem passado este país. Mas talvez em parte alguma se conservou melhor que em Goa, ao tempo da sua conquista pelos portugêses, o typo da aldêa indiana e o seu regimen primitivo.

As terras baixas susceptíveis de cultura de arroz, artigo principal da alimentação, eram adjudicadas periodicamente em glebas, aos membros da communitate, mediante uma renda offerecida em licitação. Os terrenos mais altos tinham sido distribuídos pelas famílias fundadoras da communitate, para o estabelecimento das suas moradas, com as hortas, arecaes ou palmares annexos, constituindo os bairros. Os seus donos tinham de pagar á communitate uma

¹ Jacintho Antonio Perdigão, *Apontamento de direito, legislação e jurisprudencia administrativa e fiscal*, vol. II, pag. 3 e seg.; Sr. Dr. Teixeira de Abreu, *Lições de direito civil*, pag. 187 e seg.; Nani, *Storia dei diritto privato italiano*, pag. 259 e seg.; *Revista de legislação e jurisprudência*, tom. VII, pag. 449 e seg.; VIII, pag. 337 e seg.; IX, pag. 184 e seg.; XII, pag. 343 e seg.

contribuição fixa e ajustada chamada *cutumbana*. Os rendimentos da comunidade eram applicados no pagamento das contribuições a que ella fosse obrigada para com o Estado e na satisfação das despesas da aldêa, dividindo-se o resto pelos interessados.

Sob o domínio portuguez, as comunidades de aldêa conservaram a mesma constituição e fôrma de administração que antes tinham. As normas reguladoras das comunidades de aldêa goanas foram compendiadas por Affonso Mexia, Vedor ou ministro da fazenda da índia, o qual ordenou o *Foral dos usos e costumes de 1526*. Nos dous seculos que se seguiram ficaram as aldêas em regra fóra da lei, primeiro por via de fanaticas e desordenadas perseguições á população gentílica, depois por extorsões com que ellas eram despojadas e arruinadas, donde resultaram emigrações e outras consequencias funestas para a vida destas comunidades agrícolas.

No seculo xix inicia-se outro systema de politica colonial, cessando as oppressões e as extorsões contra- as comunidades indianas, sendo-lhe apenas de longe em longe impostos alguns encargos, em fôrma de contribuições geraes, e despesas para instrucção, viação, saude publica, segurança aldeana e culto divino. O estado economico das comunidades de aldêa melhorou consideravelmente, principalmente depois que se adoptou o principio da fiscalização de juizes e administradores indígenas, mais conhecedores dos respectivos costumes e peculiaridades.

Foi-se assim preparando o terreno para as providencias do decreto de 15 de setembro de 1880 e regimento de 1882, que remodelaram a organização

das communidades de aldêa da nossa índia. As suas allribuições foram reduzidas á cultura das proprias terras por meio de arrendamentos triennaes, ou annuaes sob a fiscalização administrativa do governo ¹.

¹ Filippe Nery Xavier, *Bosquejo historico das communidades agricolas de Goa*, vol. I, pag. 76 e seg.

CAPITULO IV

PROPRIEDADE INDIVIDUAL

SUMMARIO : — 180. A propriedade individual na Hespanha primitiva. — 181. Caracter da propriedade individual entre os romanos. — 182. Cousas *mancipi* e *nec mancipi* 183. Domínio quiritário e domínio bonitário. — 184. As *possessiones*. — 180. Os *Latifundio*. — 186. As villas romanas. — 187. *As sortes goticae* e *as tertiae romanorum*. 188. Transformação das villas romanas. A pequena propriedade. — 189. A propriedade allodial, beneficjal e censual.—190. As presurias.—191. Os reguengos.—192. As jugarias. — 193. Os coutos e as honras. — 194. Os morgados. — 195. As capellas. — 196. Lei das sesmarias. 197. Lei da avoenga. — 198. Novo caracter jurídico assumido pela propriedade individual nos codigos modernos.

180. A propriedade individual na Hespanha primitiva. — Nos ultimos tempos da Hesperia primitiva, já se manifestava a tendencia para a propriedade individual. A terra começava a ser usurpada pelos nobres. Os romanos sancionaram depois com a sua administração este estado de cousas, tributando os nobres pelas terras que tinham em seu poder.

Não ha nenhum documento que prove isto relativamente á Península, mas deduz-se tal conclusão da organização fiscal estabelecida por Augusto na Galha. Não é provavel que Augusto mandasse administrar a Hispania dum modo diverso da Gallia. Effectivamente, Cesar lançou um tributo geral de 40 milhões de sestercios sobre as cidades (pequenos povos com organização politica autonoma), que ellas rateavam entre si, obtendo esta somma de contribuições pagas pelos ricos em relação á area explorada

por cada um. Augusto substituiu aquelle por um imposto de quotidade que o detentor da terra pagava ao fisco romano, adquirindo assim o occupante a propriedade, que depois se tornou definitiva.

O mesmo devia acontecer na Hispania, sendo de presumir que o fisco romano taxasse os proceres pela terra que possuíam, legitimando a sua apropriação. É por isso que a influencia romana na Península se accentuou no sentido da individualização da propriedade, fazendo obliterar as tradições collectivas da Hespanha primitiva.

181. Caracter da propriedade individual entre os romanos. — Desde as XII Taboas, a propriedade romana apresenta-se sob a fórmula individual, tanto para os moveis como para os immoveis. É, na evolução individualista da propriedade, o direito romano conseguiu dar a este instituto a physionomia e a constituição que todos os povos civilizados lêem adoptado com ligeiras modificações.

Deve-se, porém evitar o erro antigo e commum de considerar o direito de propriedade, no systema romano, como um direito sem limites, dominado unica e exclusivamente pelos interesses do proprietario. Este erro tem levado os adversarios do direito romano a apresental-o como um direito inspirado no egoísmo e revestindo, por isso, um caracter profundamente anti-social. A propriedade, diz-se, não abrange unicamente direitos, comprehende tambem deveres, e o direito romano desconheceu completamente esta verdade.

¹ Sr. Alberto Sampaio, *As villas do norte de Portugal*, pag. 27, e seg.

O certo é, porém, que também foram impostos deveres á propriedade pelos romanos. Estes deveres não podem deixar de ser maiores no nosso tempo, por causa da exigencia das modernas condições sociaes, mas já no direito romano se encontram sancionados, em virtude das limitações que elle estabelece ao direito do proprietario.

É certo que as fontes dão ao proprietario o *jus utendi et abutendi* da propria cousa, mas daqui não se pode concluir que haja o direito de abusar delia, pois as fontes ajunctam *quatenus juris ratio patiatur*, e a maior parte das vezes referem o *abutí* precisamente a cousas de que se não pode tirar utilidade senão consumindo-as, isto é, ás cousas *quae in abusu consistunt*.

Reduzido, por isso, o conceito da propriedade romana aos seus verdadeiros termos, vê-se que a propriedade, segundo elle, não tem o character absoluto illimitado que alguns escriptores lhe attribuem. Não deixaram, por isso, os romanos de soffrer nesta materia a influencia do elemento ethico, que, na phrase exaggerada de Goldschmidt, occupa no direito romano um logar tão insigne, que nenhum outro direito conseguiu sobrepujar ¹.

182. Cousas mancipi e nec mancipi. — Entre as divisões das cousas que os romanos faziam, ha uma que se liga intimamente com o desenvolvimento historico da propriedade no direito romano. E a divisão

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 248 e seg.; Azcarate, *Historia del derecho de propiedad*, tom. I, pag. 131 e seg.; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 245 e seg.; Edouard Cuq, *Institutions juridiques des romains*, tom. I, pag. 244 e seg.

das cousas em *mancipi* e *nec mancipi*, que, segundo Summer Maioe, tem tamanha importancia para o estado da propriedade romana, que toda a historia deste instituto, no intender deste escriptor, se reduz á assimilação gradual das cousas *mancipi* ás cousas *nec mancipi*, isto é, á assimilação da propriedade fundiaria à propriedade mobiliaria individual, determinando a mobilização da primeira.

As cousas *mancipi* eram os predios, casas on terrenos, existentes no solo italico, as servidões ruraes estabelecidas em beneficio destes predios, os escravos e os animaes de carga e de tracção, fossem ou não empregados nestas funcções. Todas as outras cousas eram *nec mancipi*, quer se tractasse de cousas inanimadas, sem exceptuar os proprios immoveis, quando se encontrassem situados nas províncias.

A base da distincção das cousas em *mancipi* e *nec mancipi* é a de ellas se poderem adquirir ou não por meio da mancipação. Daqui a grande importancia desta distincção, pois, sendo primitivamente a mancipação o unico meio de collocar uma aquisição sob a protecção do Estado, as cousas não são susceptíveis de mancipação não podiam ser evidentemente objecto da propriedade quiritaria.

A origem desta distincção prende-se com a distincção que os romanos faziam entre *família* e *pecunia*. Effectivamente, as cousas comprehendidas sob a denominação de *família* correspondem ás que os jurisconsultos classicos chamam *res mancipi*, e as cousas comprehendidas sob a denominação de *pecunia* correspondem ás que os jurisconsultos classicos chamam *res nec mancipi*. A *família* comprehendia as cousas indispensaveis á existencia material da família, os escravos e os animaes de carga e de

tracção, não abrangendo ainda os immoveis por elles se encontrarem submettidos ao regimen da communitate. A *pecunia* comprehendia as cousas que não eram indispensaveis ás necessidades da família, abrangendo primitivamente o gado, empregado então nas transacções a titulo de valor intermediario. A significação desta expressão foi depois ampliada, de modo a comprehender os fructos e as colheitas, bem como a moeda, que substituiu o gado como instrumento de troca.

Só as cousas constituindo a *família* podiam ser objecto de propriedade. Isso não nos deve surpreender, pois o mesmo aconteceu, segundo Edouard Cuq, noutros povos de raça aryana, onde se distinguem dois elementos na fortuna dum chefe de família, o necessario e o superfluo, limitando-se a noção da propriedade ao primeiro destes elementos.

A distincção entre cousas *mancipi* e *nec mancipi* tornou-se desharmonica com as condições economicas do povo romano, e por isso não podia deixar de desaparecer. Foi por isso que Justiniano aboliu a distincção entre estas cousas, mas por tal modo que mostra pronunciar-se sobre institutos de que já não encontra vestígios na vida jurídica, e de que já não comprehende o verdadeiro espirito e importancia 1.

188. Domínio quiritario e domínio bonitario.— Os romanos não conheciam primeiramente senão uma especie de domínio, o domínio civil ou quiritario — *dominium ex jure Quiritium*. Aquelle que tinha uma cousa como sua, sem haver o seu domínio qui-

¹ Edouard Cuq, *Institutions juridiques des romains*, tom. I, pag. 91 e seg.; Bonfante, *Instituzioni di diritto romano*, pag. 178 e seg.; Letourneau, *Évolution de la propriété*, pag. 352.

quitario, era um simples possuidor. Sob a republica, surgia a necessidade de admiltir uma segunda especie de domínio, o domínio pretorio, tambem conhecido pela denominação de dominio bonitario, por se basear no facto do possuidor ler a coisa *in bonis*, isto é, nos seus bens.

Podiam-se verificar tres combinações: existir o pleno dominio sobre nma coisa, tanto o dominio civil como o dominio pretorio — *plenum jus ex jure Quiritium*, haver o simples dominio civil sem o pretorio — *nudum jus Quiritium*; ter logar unicamente o dominio pretorio ou bonitario. Estas duas especies de dominio não se devem confundir com a propriedade dos peregrinos e com a propriedade sobre os predios provinciaes, cujo dominio, segundo o direito romano, pertencia ao Estado, ficando aos particulares unicamente a posse e o usufructo.

Aquelle que tinha tanto o dominio civil como o dominio pretorio sobre uma coisa gosava de todos os direitos de propriedade e especialmente duma acção real, que se podia exercer sobre qualquer detentor, chamada rei *vindicatio*. Para que uma coisa, porém, pudesse encontrar-se sob o dominio quitario, tornava-se necessario o concurso de tres condições: a) a capacidade da pessoa; b) a idoneidade da coisa; c) a legitimidade do modo de adquirir. Vejamos cada uma destas condições.

a) *Capacidade da pessoa*, — Só eram capazes do dominio civil as pessoas que gosavam do *jus commercii* como os cidadãos romanos, os latinos e os peregrinos que tivessem obtido este direito por concessão especial.

b) *Idoneidade da coisa*. — Unicamente as coisas sujeitas ao commercio do direito civil é que podiam constituir objecto do dominio quitario, isto é, as

cousas moveis e os predios italicos, não os predios provinciaes. Primeiramente, até eram excluídas do domínio civil as cousas *nec mancipi*. Os moveis tor-navam-se propriedade civil, quando passavam para as mãos dos cidadãos romanos, mas o solo estrangeiro não adquiria pela conquista a condição de solo romano, susceptível de domínio civil. Os predios provinciaes differiam dos predios italicos, sob o aspecto publico, por estarem submettidos ao imposto, e, sob o aspecto privado, por os seus possuidores terem sobre elles unicamente uma especie de propriedade inferior, designada com os nomes vagos de usufructo e de posse e sancionada por meios especiaes. Os predios provinciaes podiam ser resgatados desta dupla inferioridade, em virtude duma decisão do imperador, concedendo á cidade no territorio da qual se encontravam a condição juridica dos fundos italicos, o *jus italicum*. Esta distincção foi decaindo, principalmente depois da extensão do imposto á Italia, até que Justiniano a aboliu completamente.

c) *Legitimidade do modo de aquisição.* — Para adquirir legitimamente o domínio civil, tornava-se necessario empregar um modo de aquisição reconhecido como efficaz para este fim pelas leis civis. Não havia propriedade civil senão a que se adquiria por um modo civil.

O domínio bonitario tinha lugar quando se verificavam as duas primeiras condições do domínio quiritario — capacidade da pessoa e idoneidade da cousa — mas faltava a terceira, um modo legitimo de aquisição. É que a propriedade adquirida por modos naturaes ou pretorios, não reconhecidos como habes para fazer adquirir o domínio quiritario, era, não obstante este vicio, tutelada com acções especiaes, o que fundamentava a possibilidade dum duplo domi-

nio. Assim, se o cidadão romano adquirisse uma coisa *mancipi* pela simples entrega, *traditio*, não adquiria o domínio civil, mas simplesmente o domínio bonitario.

Tal domínio transformava-se, é verdade, mediante a *usucapio* em domínio civil, mas enquanto esta se não verificava, o transferente conservava o *nudum jus Quiritium*, podendo usar de todas as acções inerentes ao mesmo e especialmente da *rei vindictio*. O adquirente, porém, podia defender-se mediante a *exceptio doli*, contra a reivindicação do alienante ou dos seus sucessores e podia reclamar a coisa de qualquer terceiro detentor mediante a *Publiciana actio*. De modo que o domínio bonitario conferia todas as vantagens materiaes provenientes da propriedade, sendo unicamente os direitos do dono bonitario restrictos e limitados sob certos aspectos, visto elle não se poder valer nem da *rei vindictio*, nem da *mancipatio*, nem da *in jure cessio*, etc.

E assim, quando uma coisa se encontrava *in bonis* de alguém, ao transferente ficava pertencendo, sob o nome de *nudum jus Quiritium*, um domínio meramente formal, visto as vantagens materiaes provenientes da propriedade competirem todas ao dono bonitario. O *nudum jus Quiritium* era, além d'isso, um direito transitorio, destinado a desaparecer, visto durar unicamente até ao momento em que o dono bonitario adquiria o domínio quiritario, em virtude da usucapião.

O dualismo entre os dois domínios subsistia durante todo o periodo classico, mas estava condemnado a desaparecer, visto os modos pretorios de aquisição serem tão efficazes como os civis e dum uso mais facil e simples. Justiniano, por conseguinte, não fez mais do que conformar-se com a evolução, extinguindo o *nudum jus Quiritium*, visto, mesmo

para as cousas *mancipi*, se terem posto de parte os modos civis de alienação ¹.

184. As *possessiones*. — A propriedade privada foi-se dissolvendo em Roma á casta das *possessiones*. As *possessiones* eram porções de *ager publicus* occupadas pelos patrícios. Deviam reverter ao Estado, não podendo nunca transformar-se em dominio quirritario. De facto, porém, os patrícios conservavam indefinidamente as *possessiones*, visto não estar determinada a epocha em que elles as deviam entregar á communitade. Os plebeus não tinham o direito de occupar o dominio publico, sendo-lhes, comtudo, de tempos a tempos, distribuídas algumas terras.

Para obstar aos progressos da desigualdade proveniente da accumulção das terras e das riquezas pelos patrícios, favorecida pela expansão da conquista sobre os povos italicos, que ia augmentando o *ager publicus*, appareceram differentes providencias, entre as quaes se salienta a famosa lei Lucinia. Esta lei fixou em 500 *jugera* para os paes e em 250 para os filhos a porção do *ager publicus* que podia ser occupada. A parte das terras publicas retirada aos que possuísem mais do que esta lei auctorizava devia ser distribuída pelos pobres.

A Lei Lucinia não tardou a ser violada na pratica, accentuando-se os inconvenientes da concentração da propriedade. A Lei Licínia foi reeditada por Tiberius Gracchus, determinando-se que não se podiam conservar terras publicas além dos limites

¹ Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 352 e seg.; Serafini, *Instituzione de diritto romano*, vol. I, pag. 307 e seg.; Bry, *Principes de droit romain*, pag. 148 e seg.; Brugi, *Doltrine giur. degli agrim.*, cap. v e vi.

estabelecidos por aquella lei, mas que dentro desses limites o direito de propriedade fosse pleno. As terras possuídas a mais deviam ser restituídas á communitade, mediante a indemnização das bemfeitorias executadas, e repartidas pelos cidadãos pobres, que não as poderiam vender.

A lei foi votada, mas em grande parte illudida na sua execução, apesar de renovada por Caius Gracchus. Era quasi impossivel ao Estado entrar na posse de terras ba tanto tempo usurpadas e confundidas com as propriedades privadas. Não bastava uma lei agraria para resolver a questão, tornava-se necessaria uma politica constante e energica no sentido de lutar contra a grande propriedade e de reconstituir a pequena.

Depois da morte de Gracchus, os patrícios fizeram adoptar entre os annos 121 e 100 tres leis agrarias que asseguraram o triumpho da grande propriedade. A primeira permittia vender a porção de terras publicas recebida; a segunda prohibia toda a nova divisão do domínio publico, que permanecia no poder dos possuidores actuaes mediante uma renda, cujo producto seria distribuído pelos cidadãos; a terceira supprimiu mesmo esta renda. De modo que das leis dos Gracchus ficou uma só clausula inteiramente favoravel á aristocracia, a que transformava em propriedade a posse do domínio publico ¹.

185. Latifundia. — Prevaleceu deste modo o typo da grande propriedade privada constituída pelas

¹ Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 393 e seg.; Emilio Costa, *Corso di storia del diritto romano*, tom. II, pag. 84 e seg.; Mommsen, *Histoire romaine*, tom. II, pag. 58 e seg.

possessiones, consideravelmente amplificadas e convertidas em domínio particular. Assim appareceram os *latifundio*, que eram immensos domínios possuídos pelos capitalistas e que elles faziam agricultural por legiões de escravos.

Todos conhecem a passagem em que Clumella falia dos grandes proprietarios que possuem o territorio de todo um povo e que não poderiam percorrer num dia, mesmo a cavallo, os seus vastos domínios. Plínio diz que os *latifundio* arruinaram a Italia. Seneca queixa-se dos homens opulentos que possuem domínios tão vastos como provindas.

Se, entre as grandes propriedades ficaram existindo algumas pequenas, na generalidade, os *latifundio* tornaram-se o *typo commum*, dominando o regimen agrario. A concentração da propriedade triumphou dum modo completo, asphyxiando a pequena propriedade.

Os 300 *fundi* da inscripção de Veleia (104 depois de C.) pertenciam já unicamente a cincoenta e um proprietarios. O mesmo homem possui 10 ou 12. Tres dentre elles possuem cada um mais de um milhão de sestercios. Em menos dum seculo, cinco sextos dos pequenos proprietarios desapareceram, vendendo ou abandonando a sua terra. Alguns ficaram, enriquecendo-se à custa da ruina dos outros.

Os predios são primeiramente conservados distinctos, mas as inscripções dão delles uma só avaliação. É o inicio da transformação que ha de acabar por os fundir numa só propriedade. O jurisconsulto Papiniano, nota, como um facto muito trivial, a reunião de varios *fundi* numa só propriedade.

Neste caso, cada um dos predios conserva o seu antigo nome, ficando., porém, todos subordinados ao

mais importante dentre elles. Com os progressos da grande propriedade, appareceu um termo novo, na vida agricola — a *massa*, para significar um grupo de varios predios, que conservam o seu nome individual, mas cujo conjuncto tomou um nome unico, que designa uma nova unidade rural. Daqui se deduz como o agrupamento insensível e lento das pequenas propriedades contribuiu para a formação da grande.

Os *latifundia* foram funestos. A concentração da propriedade em algumas mãos fez decahir a agricultura, esgotou a fonte natural da riqueza constituída pelo trabalho livre, e, destruindo, como diz Laveleye, a forte raça dos cultivadores proprietarios, simultaneamente excellentes soldados e bons cidadãos que tinham dado a Roma o imperio do mundo, arruinou o fundamento das instituições republicanas. A phrase *Latifundia perdidere Italiam* resoa através dos seculos como uma advertencia para as sociedades modernas .

186. As villas romanas. — O quadro territorial das áreas culturaes constituía a villa. Esta palavra denominou primeiramente a vivenda do *dominus*, mas depois na Italia, na Gallia e na Hispania comprehendeu quando se continha dentro dum predio rustico — a habilitação do proprietario, a dos trabalhadores, os estabulos, os celleiros, os terrenos cultos e incultos, constituindo tudo uma unidade rural.

¹ Laveleye, *La propriété et ses formes primitives*, pag. 400 e seg.; Fustel de Coulanges, *L'alleu et le domaine rural*, pag. 22 e seg.; Sr. Alberto Sampaio, *As villas do norte de Portugal*, pag. 48 e seg.

Como a tendencia na evolução da propriedade romana era para o typo da grande propriedade, não deve admirar que as villas abrangessem vastos domínios. Na Hispania nem sempre assim aconteceu não se podendo duvidar que pequenos predios relativamente aos costumes do tempo se misturaram com os grandes, não chegando mesmo estes á extensão maxima.

A desigualdade, segundo o Sr. Alberto Sampaio, no seu magnifico estudo sobre as villas do norte de Portugal, não é explicavel pela maior ou menor fertilidade do solo onde se fundava a villa, apparecendo uma em terreno montanhoso mais restricta que outra em terra fertil. É mais provavel que essa desigualdade derive da occupação preromana a titulo precario de retalhos do territorio da cidade por cada um dos nobres, retalhos maiores ou menores, segundo a riqueza e influencia delles; essas areas preoccupadas não juridicamente mas de facto, ou usurpadas, tornaram-se detençaes legaes immediatamente depois da conquista, em virtude do imposto ao fisco romano.

De modo que as villas da Península vêem a ser as superfícies ruraes exploradas irregularmente desde o tempo das cidades, e legalizadas depois pelos romanos que lhes impozeram o cunho da sua forte civilização ¹.

187. As sortes gothicae e as tertiae romanorum. — Os proprietarios godos denominavam-se *consortes* e as suas terras, *sortes cothicae*. Os proprietarios

¹ Sr. Alberto Sampaio, *As villas do norte de Portugal*, pag. 49 e seg.; Fustel de Coulanges, *L'alleu et le domaine rural*, pag. 16 e seg.

hispano-romanos, *hospites*, e as suas terras *tertiaie romanorum*. Às *sorte gothicae* e as *terrice romanorum* constituíam a propriedade individual ou privada. Havia, ao lado das terras de propriedade individual, as terras de uso *commum* a godos e romanos, constituídas pelos bosques e pelos prados, além dos terrenos incultos ou vagos que tinham ficado fora da divisão, de que já nos ocupamos.

Relativamente à condição jurídica das terras de propriedade privada, torna-se necessario distinguir as terras vedadas das abertas. Em todas as terras vedadas e nas abertas com horta, cearas e vinhas, o domínio do proprietario era completo e illimitado, nas outras o dominio era incompleto e limitado. É, por isso, que as utilidades produzidas pela primeira categoria de terras pertenciam exclusivamente ao seu proprietario, quer fosse godo, quer fosse romano. O mesmo já não acontecia na segunda categoria de terras, onde os pastos eram *communs* dos *hospites* e dos *consortes* (Cod. wis., liv. viii, tit. III, l. 6; tit. v, l. 5; tit. III, l. 10; tit. iv, l. 2).

Esta constituição da propriedade rural reflecte profundamente a influencia do direito germanico. A limitação que soffria a propriedade dos *consortes* e *hospites*, quando se tratava de terras abertas, coordena-se evidentemente com as idéas collectivistas dos germanos, embora tambem se harmonize com as antigas instituições das populações indígenas.

É tambem do direito germanico que deriva o respeito pela propriedade da terra vedada e que o código wisigothico defende energicamente. Effectivamente, este respeito apparece nas leis godas como consequencia da inviolabilidade do domicilio germanico, que se extendia não só a casa mas tambem á cerca do pateo, curral ou horto, que a precedia ou

a rodeava, *curtis*. As leis dos differentes povos germanicos, confirmando e desinvolvendo as indicações de Tacito, dão a conhecer o que era a *curtis*, e uma lei do código visigothico, mencionando-a, testemunha a sua existencia e inviolabilidade entre os godos (Cod. wis., liv. VIII, tit. 1, 1. 3) ¹.

188. Transformação das villas romanas. A pequena propriedade. — As *villas* romanas, que, em virtude da sua forte organização, tinham atravessado incolumes o período godo, acabam por passar no período neo godo por uma grande transformação. Foi isto o resultado da apprehensão geral dos predios por direito de conquista ou *proprio gladio*, como dizia Affonso II, e a transmissão subsequente de fracções delles, quebrando a tradição e a unidade. A corôa estabeleceu o systema das doações parciaes, e por isso a unidade do fundo estava naturalmente partida, vindo a constituir-se predios independentes com os elementos das villas.

Mas, convertidas em predios as subunidades de outras epochas, a villa dissolve-se e verifica-se um dos factos mais notáveis da sociedade astur-leonesa — a formação da pequena propriedade. Ha muitos factos que demonstram este fraccionamento das villas. Tal é o caso de Cartemiro e Astrilli que, em 870, possuíam na villa Sonosello (hoje freguezia Souzello) um casal, a sexta parte delia, que lhes tocara em partilha. As successões e alienações abrangem frequentemente varias glebas das villas.

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la Espada goda*, tom. IV, pag. 345 e seg.; D. Rafael Altamira, *Historia de la propiedad communal*, pag. 151 e seg.

Assim, em 973 Teodilo vende varias glebas na villa Zelsoni.

Exemplos similliantes succedem-se a miudo. Dir-se-hia, nota o Sr. Alberto Sampaio, que as terras cultivadas iam chegar a um parcellamento extremo: e comtudo não foi assim: o genio da raça, sem qualquer influencia governativa, disto não ha vestígios, fez parar o movimento dentro de justos limites, em media os das antigas subunidades; se eram grandes ou pequenas demais, dividiam-se ou aggrupavam-se as glebas, de modo a formar-se, por mera acção popular, o typo do casal historico, adequado ás condições da terra e por ventura dos mesmos homens; com o casal de lavradores, formou-se tambem a parcella menor—a casa com campo e horta, ou só com a ultima, a residencia do operario rural, empregado sobretudo nos misteres relacionados com a lavoura ¹.

180. A propriedade allodial, beneficiai e censual. — Na Reconquista, a propriedade individual podia ser allodial, beneficiai e censual.

A propriedade allodial era a propriedade absoluta e completamente livre. Entravam nesta especie de propriedade os domínios anteriores á invasão dos arabes, as *presurias* e as concessões dos soberanos. Os antigos proprietarios godos das provincias onde primeiramente se organizou a resistencia ou onde foi menos duradora a dominação musulmana, eram muito independentes. Não vivendo em territorio sujeito aos emires, não lhes deviam obediencia, e

¹ Alberto Sampaio, *As villas do norte de Portugal*, pag. 95 e seg.

unicamente se submeteram aos reis das Asturias, em virtude da necessidade de ter um chefe que ordenasse e dirigisse a guerra.

As *presurias* eram as terras adquiridas por occupação. Delias tractaremos mais adiante.

Os reis das Asturias, considerando-se successores dos reis godos e depositarios das suas leis e tradições, arrogaram-se, por direito de conquista e em propriedade absoluta, todas as terras que conseguiam subtrahir ao domínio dos infieis. As cousas moveis, incluindo os captivos, que formavam despojos da guerra, deviam devidir-se entre os soldados, depois do rei tirar a sua parte. O territorio, porém, não entrava nesta divisão, porque ficava pertencendo integralmente á corôa.

O rei não podia conservar as terras conquistadas, sem as collocar em estado de defesa, e isto não se podia conseguir, em face dos escassos recursos da corôa, senão fazendo concessões delias. Estas concessões eram feitas a principio com domínio absoluto, originando, por isso, propriedade allodial.

Predominou, porém, o systema de o rei fazer estas concessões com a obrigação da prestação de fidelidade e de serviços pessoaes, entre os quaes avultava o serviço militar. Este exemplo foi seguido pelos nobres, que eram proprietarios de grandes allodios, fazendo tambem concessões de terras com obrigações identicas. Estas obrigações constituíram a propriedade beneficiais, que se distingue da allodial por os seus possuidores se encontrarem sejeitos a certos serviços e vinculados por uma dependencia pessoal. Chamava-se benefical, porque era dada em beneficio dos que a recebiam.

Além destas terras que se concediam aos nobres e cavalleiros, havia outras que se davam aos colonos

para elles as cultivarem, em virtude da necessidade de fomentar a povoação e a cultura. Estas terras, que ficavam sujeitas ao pagamento dum certo imposto ou renda, constituíam a propriedade cen-sual. Distinguia-se da beneficial, por esta se encontrar exempta de qualquer imposto ou renda, como concedida a nobres e cavalleiros ¹.

190. As presurias. — Denominavam-se *presurias*, como vimos, as terras adquiridas por occupação. Essa occupação podia ter logar com ou sem aucto-rização do soberano, que, em virtude da anarchia que então dominava e das immensas extensões de terrenos incultos e desertos que havia, nem sempre podia fazer respeitar os seus direitos.

Desde o seculo VIII apparecem-nos frequentes exemplos desta fórma da aquisição do dominio. A presuria é o titulo que se allega em muitos actos para fundamentar o direito de propriedade. Mas é, como nota Gama Barros, sobretudo o povoamento do territorio de Coimbra, depois da reconquista de 1064, que mais nos elucida sobre a aquisição de terras por titulo de presuria. Em todos os exemplos, que são muitos, se confirma que o principio geral era ficar ao occupante e aos seus descendentes o dominio do predio.

Na licença do rei para se occuparem por *presuria* terrenos e desertos eram concedidos mais ou menos privilegios, conforme a situação desses logares inte-

¹ Zumalcarregui, *Ensayo sobre el origen y desarrollo de la propiedad communal em Espana*, pag. 60 e seg.; Chapado, *Historia general del derecho espanol*, pag. 294 e seg.; Cardenas, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en Espana*, tom. I, pag. 240 e seg.

ressava mais ou menos directamente á defesa do territorio. É assim que, embora os *presores* se pudessem considerar mais independentes do que os que recebiam terras por mercê dos monarchas, se encontravam entre as terras occupadas por *pre-suria* algumas propriedades que dependiam mais ou menos directamente do rei.

A concessão de licença para a occupação por *presuria* dependia de duas condições: o occupante devia estar sujeito à obediencia do rei; não devia alienar a terra no caso de querer ir viver noutra parte, senão a vizinho do mesmo lugar, sendo por isso a residencia no predio condição essencial do dominio. Nas doações que fizeram a igrejas os proprietarios dos bens adquiridos por *presuria* são mais frequentes os exemplos em que não apparece a annuencia do delegado do rei, do que aquellas em que ella está expressa ¹.

101. Os reguengos. — Em Portugal a propriedade individual apresenta differentes formas historicas. Entre ellas devemos mencionar: os reguengos, as jugarias, os coutos e honras, os morgados, as capellas.

Os reguengos eram os bens da corôa. Herculano faz distincção entre reguengos e bens da corôa, considerando reguengos os bens patrimoniaes do rei e bens da corôa os bens do Estado. Esta distincção não parece plausível, desde o momento em que anti-

¹ Cardenas, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en Espana*, tom. I, pag. 181 e seg.; Sr. Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. II, pag. 11 e seg.

gamente não se fazia distincção entre o patrimonio do rei e o patrimonio do Estado.

Os reguengos constituiram-se principalmente á custa da conquista. Alexandre Herculano pensa doutro modo, pois, segundo elle, estes bens formaram se em quatro classes de terras: 1.^a naquellas em que havia colonias sarracenas e que ficaram sem donos, em consequencia das guerras da reconquista; 2.^a nas terras fiscaes sarracenas, onde existissem; 3.^a nas que os particulares perdiam a favor do fisco por crimes ou por qualquer outro motivo; 4.^a nas absorvidas pela corôa, pelo direito de *maninhadego* ou maneira.

Esta opinião de Herculano foi ultimamente refutada cabalmente pelo Sr. Alberto Sampaio. Eliminadas as duas primeiras classes de terras, diz elle, não existentes ao norte do Douro, restam as duas ultimas, que de modo nenhum comprehenderiam a immensa massa de bens, que a corôa possuia aqui ainda nos primeiros reinados portuguezes, não obstante as doações ás mãos largas durante os quatro seculos anteriores; apesar dessa extrema liberalidade e de usurpações sem numero, elles montavam tanto, no principio da monarchia, que o Estado, sem exagero, era o grande proprietario. Nas *Inquirições* vêem-se apenas os restos dum patrimonio que fóra immenso; mas por elles podemos facilmente recompôr o gigante de outros tempos. Nem o *pro judicato*, isto é, as terras perdidas para o fisco por effeito de actos criminosos, nem a *maféria*, pela qual o rei herdava do villão sem filhos, se os bens deste não tinham directo senhor particular — bastam a explicar a incorporação na corôa dessa enormidade de immoveis. Para se realizar tão extraordinario acontecimento foi necessaria a applicação, não de excepções, mas

duma regra geral, e esta era a da incorporação na corôa dos immoveis duma província conquistada, em virtude do direito de guerra.

O que caracterizava principalmente os predios de similhante natureza era a indole das prestações agrarias. O reguengo produz, em regra geral, para o fisco, não uma canon certo, mas uma quota dos fructos principaes, chamada *porção* ou *ração* (*portio, ratio*), e ás vezes *terrádigo* (*terraticum*), que consiste na metade, no terço, no quarto, etc. Não raras vezes, estas prestações convertem-se em renda certa, mas isto è apenas um expediente fiscal, um meio de simplificar a percepção dos direitos reaes.

Alem disso, os reguengos estavam ainda sujeitos ás miunças ou direituras (*directurae*). As rações recaiam especialmente sobre os cereaes, o vinho e o linho, e ás vezes sobre os legumes ou outros productos mais importantes; as direituras, sobre os pequenos proventos da cultura, como os do pomar, do horto, dos animaes domesticos, mas com especialidade sobre a fruição da casa, onde o cultivador se abrigava a si e aos seus gados. As miunças eram um tanto em generos ou em moeda, não variavel como as rações, e, do mesmo modo que ellas, pagavam-se geralmente nos casaes reguengos ¹.

192. Jugarias. — As jugarias eram as terras distribuídas pelos reis ao povo como patrimoniaes e que estavam sujeitas a um tributo especial, denominado *jugada*. Chamam-se estas terras jugadeiras.

¹ Alexandre Herculano, *Opusculos*, VI, pag. 207 e seg.; Alexandre Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 353 e seg.; Sr. Alberto Sampaio, *As villas do norte de Portugal*, pag. 99 e seg.

As Ordenações definem a jugada como um direito real que os reis destes reinos antigamente ordenaram que lhes fosse pago em terras em que especialmente para si o reservaram, ao tempo em que aos moradores e povoadores delias deram os seus foraes (Ord., liv. II, tit. xxxiii, e alv. de 25 de maio de 1776).

A natureza da jugada mal se comprehende por meio desta definição, que é adoptada por Silva Ferrão. Sabe-se que a jugada é um direito real que incide sobre certas terras, mas não se sabe em que consiste este tributo. Ora, este tributo era constituído pela quota parte que se pagava dos fructos (cereaes, vinho e linho) que a terra lavrada por um jugo de bois podia produzir. A regra parece que era, pelo menos ao sul do Douro, pagar a jugaria, dos cereaes um *quantum* fixo de pão terçado ou quartado, e do vinho e linho uma quota incerta, geralmente a decima parte.

Este tributo decaiu depois da sua primitiva simplicidade. No novo foral, dado por D. Manuel ao concelho de Ferreira de Aules, mencionam-se meias jugadas, pagas pelos que tinham um só boi. quartos de jugada, pagos pelos ceareios, isto é, indivíduos que semeavam com bois alheios, e até alqueires da medida corrente, pagos pelos *cavões*, que lavravam com enxada ou enxadão.

Mas, como nas instituições e nos costumes destes tempos não ha nada de fixo e invariavel, não deve admirar que as jogadas se encontrem muitas vezes estabelecidas, sem attenção ao numero de arados com que o agricultor fazia a lavoura. Aparecem numerosos exemplos deste facto.

Herculano não considera as jogarias como representando uma especie de propriedade á parte, que

inicialmente coexiste com o reguengo, movendo-se numa orbita separada; mas considera-as como uma nova fórmula do reguengo, fórmula trazida, tornada necessaria, por um facto de ordem moral, o progresso da liberdade popular combinado com as conveniencias fiscaes. Ao passo que nos reguengos os colonos se encontravam numa situação incerta, nas jugarias adquiriam uma possessão hereditaria e patrimonial.

Herculano, porém, assenta a sua doutrina sobre a idéa de que a conquista não concorreu para a formação dos *reguengos* e das *jugarias* senão de um modo accessorio e secundario. É sempre, diz elle, o facto especial e secundario, convertido em fundamental e accessorio. Ora tal idéa é que não nos parece muito exacta, como se deduz da critica da opinião de Herculano feita pelo Sr. Alberto Sampaio a respeito das origens dos reguengos.

Os reis reservavam para si uma parte das terras conquistadas e distribuíam outras ao povo como bens patrimoniaes. Eram estas terras que ficavam sujeitas á jugada, constituindo as jugarias ¹.

103. Contos e honras. — Além destas duas classes de terras, havia ainda as terras doadas pelos reis aos nobres e que davam origem aos *coutos* e ás *honras*.

A unica distincção que havia entre as terras dos nobres e as dos populares consistia na immuniidade dos direitos fiscaes, pretendida por aquelles para si

¹ Alexandre Herculano, *Historia de Portugal*, tom. III, pag. 364; Silva Ferrão, *Repert. comment. sobre foraes e doações regias*, verb. *jugadas*.

e para os lavradores que as agricultavam, illegal comtudo, se não havia o *couto* ou *honra*. Já vimos em que consistem os *coulos* e as *honras* e por isso não se torna necessario insistir sobre este assumpto.

Os privilegios dos *coutos* e das *honras* eram recebidos, com fundo agrado, pelo povo, que procurava, por todos os modos, collocar-se sob o abrigo dum poderoso para se livrar dos mordomos reaes. Sem espontanea popularidade, teria sido verdadeiramente impossivel o alargamento destes privilegios, que se fez por uma fórma tão rapida e caudalosa, que, se a corôa, comprehendendo o perigo, se não apressa a pôr-lhe um dique, muito antes de findar a primeira dinastia teria perdido todos os bens ao norte do Douro.

Os *coutos* e as *honras* costumavam ser designados: *per pendo nem Domini Regis*, isto é pelo pendão real que se alevantava num lugar; *per cartam*, pela carta que os concedia; *per divisiones*, por marcos e balisas. O meio mais decisivo de os designar era sem duvida a carta. Os nobres tinham, como sabemos, juris-dicção nos *coutos* e *honras*. Foi isto uma-consequência do movimento historico que levou a attribuir á terra um character politico e que triumphou soberanamente na Edade Media 1.

194. Os morgados. — A influencia da nobreza na organização da propriedade ainda se reflecte nos

¹ Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 369 e seg.; Sr. Alberto Sampaio, *As villas do norte de Portugal*, pag. 136 e seg.; Sr. Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal*, tom. I, pag. 439 e seg.; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal*, pag. 72.

morgados, por meio dos quaes ella procurou perpetuar o lustre das suas famílias. Os morgados eram, como diz Mello Freire, bens deixados para perpetuamente se conservarem íntegros na família, deferindo-se, pela ordem da successão legitima, ao primogenito mais proximo. É este sentido objectivo do morgado, pois, além deste sentido, ainda ha o sentido subjectivo, consistindo no direito de succeder naquelles bens.

Nas Partidas, embora não se encontrem estabelecidos os morgados directamente, já apparece uma lei, auctonzando os testadores a prohibir os seus herdeiros a alienação dos seus castellos e herdades, sempre que allegassem uma razão competente. A que apresentam as Partidas, como exemplo da sua doutrina, parece-se muito com a instituição dos morgados: *como si dixesse* (testador *quiero que tal gente. non sea enagenada... mas que fique siempre a mi fiyo o à mi heredero, porque sea siempre más honrado é más temido* (Part. v, tit. v, l. 44). Não tardou, porem, a constituir-se e a fixar-se, em Castella, a nova instituição, que se encontrava em germen nesta disposição.

De Castella passou para o nosso pais, sendo já conhecido no seculo xIv o morgado que D. Pedro I permittiu instituir a Moysés Navarro, seu arrabimór, com a clausula de usar o appellido de Navarro. Generalizou-se extraordinariamente a instituição, não só por causa da grande honra que se ligou á antiguidade das famílias, mas tambem por nada parecer mais natural do que imitar os reis e adoptar o principio do perpetuidade para a fundação e successão das famílias. E porque era permittida, sem distincção de classe, a instituição de morgados, multiplicaram-se ao infinito, sob diferentes fórmulas e

clausulas, em nos nobres e expressivas, noutros ridículas e pueris.

Antes do reinado de D. Sebastião, não apparece lei patria que regule esta instituição, visto nas Ordenações Affonsinas não se encontrar menção dos morgados, e nas Ordenações Mannelinas apenas se fallar incidentalmente delles no liv. II, tit. xxxv, § 48.º

Foi a lei de 15 de setembro de 1557 daquelle infausto reinado a primeira que resolveu algumas duvidas sobre a successão dos morgados, lei que, junctamente com outras disposições extrahidas, pela maior parte, das leis taurinas, passou depois para a Ord. Filip. do liv. IV, tit. c.

Mas, o mal não desapareceu de todo, porque, apesar da Ordenação citada no § 5.º reconhecer que o fim da instituição dos morgados é a conservação e memoria do nome dos grandes fidalgos e pessoas nobres do reino, não restringiu a faculdade de os instituir, nem emquanto ás pessoas, nem emquanto aos bens, permittindo, além disso, aos instituidores alterar completamente a ordem da successão. Ficaram dominando os inconvenientes da continuação e multiplicação excessiva de amortizações, em prejuízo da economia do Estado, aggravados com as difficuldades que tal artigo de legislação veio trazer á jurisprudencia pela variedade de clausulas inseridas na instituição.

Os praxistas, como Cabedo, Valasco e Pegas, procuraram resolver estas difficuldades, ao mesmo tempo que julgaram dignos de favor os morgados, não só porque realizavam a accumulção da riqueza nas famílias, que era para elles um elemento de prosperidade, mas tambem porque sustentavam e facilitavam a nobreza, na opinião dos mesmos, cre-

dora de especiaes atenções e privilegios. O mesmo acontecia no estrangeiro e especialmente em Hespanha, onde o celebre Molina fazia largas considerações para demonstrar como e porque o primogenito excede os outros successores.

Mas a propria multiplicação e diffusão dos morgados devia demonstrar claramente quantos inconvenientes e perigos derivavam desta instituição e quão prejudicial ella era para os interesses publicos e privados. Não era justo que, por causa dum dos membros da família, fossem despojados os outros do que lhes devia pertencer, fundando-se sobre a miseria o lastre da nobreza, representada pelo primogenito. A economia publica era gravemente prejudicada pela grande massa de bens subtrahida á livre disposição, e possuída em condições de se não poder obter facilmente o capital necessario para a valorizar.

Com a decadencia a que tinha chegado a nobreza no seculo XVIII e com a defesa que muitos escriptores distinctos fizeram então da divisão da propriedade, como vantajosa para a sociedade, accentuou-se a antipathia por esta instituição. Foi, por isso, que o Marquês de Pombal procurou reorganizar os morgados, de modo a fazer attenuar alguns dos seus inconvenientes.

Começou por abolir os vínculos insignificantes com a lei de 9 de setembro de 1769. No anno seguinte, publicou a lei de 3 de agosto de 1770, pela qual reformou radicalmente os morgados, declarando-os injustos e anti-economicos e apenas tolerados para sustentação da nobreza, indispensavel nas monarchias. Cohibiu as instituições, não as permitindo senão em bens de mui avultado valor e a favor das pessoas de distincta nobreza ou benemeritas da nação. Sujeitou-os á regia confirmação, estabeleceu

regras certas e inalteraveis para a successão, e providenciou de novo no alv. de 23 de maio de 1773 sobre a sua abolição ou reversão á corôa.

O espirito restrictivo destas reformas continuou na legislação posterior, principalmente nos diferentes assentos da Casa da Supplicação, em que se resolveram as duvidas que levantou a intelligencia ou applicação da lei de 3 de agosto. E é a esta orientação que obedece o grande Mello Freire, embora elle não se occupe das questões commummente debattidas sobre a justiça, equidade e conveniencia dos morgados.

O regimen constitucional, com as idêas de liberdade e egualdade dos cidadãos perante a lei, veio augmentar a desconsideração que ja havia por esta instituição. Em harmonia com estas idêas, appareceu o decreto de 4 de abril de 1852, facilitando a extincção dos morgados pouco rendosos e removendo as difficuldades dos aforamentos e dos outros meios de cultura dos bens vinculados, que, antes eram difficeis, por dependerem da licença do Desembargo do Paço.

A evolução, porém, não ficou por aqui, visto os morgados serem cada vez mais considerados como inteiramente injustificaveis, sob o ponto de vista economico e jurídico, apesar da camara dos pares de então, com o seu character hereditario, parecer exigil-os como elementos indispensaveis á sua conservação. Mas a instituição linha feito o seu tempo e nada podia impedir que o movimento das idêas produzisse os seus resultados. Appareceu, por isso, a lei de 19 de maio de 1863, que aboliu todos os morgados existentes no continente do reino, ilhas adjacentes e provindas ultramarinas, conservando-se, porém, o apanagio do príncipe real, successor á

corôa, constituído em bens da casa de Bragança pela carta patente de 27 de outubro de 1645.

E assim foram satisfeitos os votos daquelles que tinham pugnado peia abolição desta instituição e, nomeadamente de Herculano, que considerava o vinculo a negação permanente duma das condições da propriedade, visto o domínio não se encontrar *actualmente* em parte nenhuma. Ficou chumbado na campa dum tumulto: o tumulto retem-no até o fim das gerações. O morto desmentiu o direito dos vivos ¹.

195. Capellas. — Os morgados, abrangendo disposições para além da morte, não podiam deixar de receber a influencia do espirito religioso, em epochas em que o clero a tudo procurava dar um caracter ecclesiastico. É por isso que a instituição dos morgados foi acompanhada de legados pios, sendo até estes posteriormente impostos pelas leis, como encargos necessarios.

Muitas vezes, porém, esses legados tornaram-se a parte preponderante, derivando dahi a distincção entre morgados e capellas. E, como os bens ficavam inalienaveis, tanto num caso como noutra, adopta-

¹ Cardenas *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial em Espana*, tom. II, pag. 129 e seg.; Mello Freire, *Institutiones juris civiles lusitani*, tom. III, pag. 134 e seg.; Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil*, tom II, pag. 700 e seg.; Liz Teixeira, *Curso de direito civil portuguez*, part. II, pag. 8 e seg.; Herculano, *Os vinculos*, nos *Opusculos*, vol. IV, pag. 29 e seg.; Ascárate, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*, tom. II, pag. 235 e seg.; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 515 e seg.; Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 595.

ram-se as expressões de *vinculo*, bens *vinculados* para os designar.

Os vínculos são os bens que devem andar perpetuamente annexos a ama família, por uma fórmula especial de successão, sem poderem ser divididos nem alienados. Os vínculos podiam ser *morgados* ou *capellas*. A capella era constituída pelos bens deixados com sujeição a encargos pios e sob prohibição perpetua de se alienarem, cujo successor ou effectivo administrador percebe uma porção certa e determinada de rendimentos em retribuição do trabalho. Este é o sentido objectivo da capella, pois além desse, ainda havia o sentido subjectivo constituído pelo direito de succeder naquelles bens.

A Ord. (liv. I, tit. LXII, § 53.º) declara expressamente haver capella se os bens vinculados estão sujeitos a missas ou outros encargos pios, assignando-se porção certa ou quota determinada nos rendimentos; quando deixados estes ao administrador indistintamente, ou sem porção determinada e fixa, ainda que onerados com taes encargos, constituíam aquelles em morgado. A ordem de successão na capella era a mesma porque se deferia o morgado (Ord., liv. I, tit. LXII, § 53.º), sendo chamado um unico successor para se perpetuar na família o direito com os encargos.

Se o morgado se desinvolveu como meio de obter a manutenção da nobreza, a capella floresceu como meio de realizar a salvação eterna. Sendo este o fim das capellas, não admira que em epochas de profundo fervor religioso, apoiado pela influencia e interesses do clero, ellas adquirissem uma notavel importancia. Effectivamente, a instituição das capellas e os legados pios multiplicaram-se de tal modo, que a lei de 19 de setembro de 1769 declarava que,

se se houvessem de cumprir todos os que se acabavam registados nas provedorias, não chegaria para isso o rendimento de todas as propriedades do reino; ainda que todos os indivíduos de um e outro sexo fossem presbyteros, apenas bastariam para dizer o infinito numero de missas annuaes que dos mesmos constavam; e poder-se-hia avançar com exactidão que as almas do purgatorio eram as senhoras de todos os bens do reino.

Para reformar um tal abuso, esta lei estabeleceu muitas restricções á faculdade de deixar legados pios, de beneficiar as igrejas e mosteiros e de instituir capellas; e promoveu a abolição destas, assim como em certos casos a redução dos encargos. Mas, as capellas não podiam, de modo algum, resistir á evolução da propriedade no sentido da liberdade, pois tinham todos os inconvenientes, para a economia do Estado, dos morgados, aggravados pelo destino profundamente esteril a quem eram votados os bens vinculados. Não admira, por isso, que a mesma lei de 19 de maio de 1863, que aboliu os morgados, abolisse tambem as capellas, realizando assim a desvinculação completa da nossa propriedade ¹.

196. Lei das sesmarias. — A propriedade soffreu algumas restricções em beneficio da agricultura. Entre essas restricções avulta a da lei das sesmarias do tempo de D. Fernando, dada em côrtes e publicada em Santarem em 1375. Segundo Viterbo, a designação desta lei provém da quota ou quinhão

¹ Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil*, tom. II, pag. 411 e seg.; Liz Teixeira, *Curso de direito civil português*, tom. II, pag. 66; Mello Freire, *Instituciones juris civilis lusitani*, vol. III, pag. 151.

de fructos que o agricultor das terras incultas era obrigado a pagar ao proprietario, que consistia na sexta parte, ou de seis um. Mas, se compararmos a etymologia com as disposições da lei, não encontramos que esta preceituasse escala para regular a pensão que o agricultor devia pagar ao senhorio; antes pelo contrario deixou a estipulação do preço á liberdade dos contractantes e ao arbitrio de louvados, quando era necessario recorrer a elles.

As principaes disposições da lei das sesmarias são as seguintes:

a) Todos os senhores de bens prediaes aptos para sementeiras de pão são obrigados a cultivá-los, por sua conta ou a transmitti-los por emphyteuse ou arrendamento a lavradores que os cultivem, mediante o pagamento doma pensão que entre si ajustem, ou que na falta de accordo lhes seja arbitrada pela justiça ou pelos louvados;

b) No caso dos proprietarios resistirem ao cumprimento da lei, as justiças locais devem-lhes tirar as terras incultas e entregá-las a quem as queira agricultural pela renda e tempo ajustado entre o cultivador e a justiça, sem que o proprietario possa reclamar a entrega do predio, enquanto não finde o tempo do arrendamento. O producto da renda era applicado para o bem commum do respectivo concelho; mas as municipalidades não podiam empregar a importancia destas rendas sem ordem expressa de governo;

c) Em todas as cidades e villas, havia de ser creada uma commissão ou junta, composta de *dom homem bom dos melhores cidadãos*, constituídos em auctoridade, para inspeccionar as terras capazes de dar pão e para obrigar os donos a cultivá-las pelo modo já dicto; mas, se os vogaes desta junta, não

concordassem na pensão que o inquilino devia pagar pela renda do predio, cumpria ao juiz da localidade a nomeação de um terceiro louvado para desempate. Aos vogaes desta junta deu-se depois a denominação de *sesmeiros* e de *repartidores*. Esta escolha que pertencia ás justiças da localidade, não obstava á nomeação extraordinaria de algum sesmeiro pelo governo;

d) Os proprietarios que não fossem lavradores não podiam ter a posse de manadas de gado, devendo as justiças da localidade taxar o preço pelo qual se deviam vender os animaes indispensaveis á lavoura aos lavradores, que se encarregavam de cultivar as terras abandonadas, caso os não tivessem para esse trabalho;

e) Os vadios, os mendigos e outros ociosos deviam ser presos e obrigados a trabalhar na lavoura. A mendicidade unicamente se permittia quando auctorizada por um alvará, que sómente se concedia ás pessoas que fossem tão fracas, velhas e doentes, que não pudessem applicar-se a trabalho algum, e ás pessoas envergonhadas que, tendo sido reduzidas á penuria por effeito de alguma adversidade, morreriam á mingua, a não se lhes conceder licença para mendigar. Do mesmo modo, se alguém fosse encontrado com habito de ordem religiosa não approvada, ou, sendo-o, não tendo professado nella, deviam as auctoridades obrigar o transfigurado aos trabalhos agrícolas.

A lei das sesmarias passou para as Ordenações Affonsinas, liv. IV, tit. LXXXI, § 1.º, com algumas pequenas modificações, principalmente no que dizia respeito ao poder dos sesmeiros, e ao modo como se deviam tirar a seus donos os predios que elles não cultivassem.

Nas Ordenações Manuelinas (Liv. IV, tit.,LXVII) e nas Ordenações Filippinas (Liv. IV, tit. LXVIII), a lei das sesmarias passou por grandes transformações. Os sesmeiros, que ao principio eram electivos nos concelhos, passaram a ser de nomeação regia. O prazo dos annos por que as terras deviam andar de sesmaria, que, segundo a Ordenação Affonsina, era convencional, foi fixado no maximo de cinco annos. Foi abolida a pena da perda das terras de sesmarias applicada aos proprietarios que resistissem às deliberações das juntas dos sesmeiros, ou áquelles que, passado um anno, depois da intimação, as não cultivassem. Foi tambem abolida a renda que o cultivador tinha de pagar pelas terras de sesmaria, applicada para os municípios. Fizeram-se tambem varias excepções á lei de D. Fernando, que tinha um caracter absoluto. Entre essas excepções, havia a de se não concederem por sesmaria as mattas, pousios, ribeiras, etc, que servissem para logradouros dos povos ou das quintas e de quaesquer estabelecimentos, porque esses terrenos adjacentes, supposto incultos, eram dos proprietarios desses estabelecimentos.'

Os princípios estabelecidos nesta legislação tornam-se confusos e incoherentes na evolução jurídica posterior, em virtude da transformação lenta do typo da sesmaria no typo emphyteutico. Antiquou-se o vocabulo, desaparecendo o preceito vital da lei das sesmarias, de obrigar os grandes proprietarios negligentes á cultura das suas terras, e encontram-do-se unicamente a idéa da transmissão voluntaria por meio da emphyteuse.

A lei das sesmarias não deu os resultados que se esperavam relativamente á agricultura, porque, como observa Oliveira Martins, as medidas coercitivas,

quando querem contrariar os efeitos, sem curar das causas e tendencias, são estereis. Esta lei não procurava corrigir as causas da despovoação e abandono das terras, limitava-se a prohibi-lo ¹.

197. Lei da avoenga. — No sentido de promover o desinvolvimento da agricultura tambem appareceu a lei da *avoenga*, que dava aos descendentes ou parentes proximos o direito de preferencia no caso de alienação ou venda dos bens hereditarios da família e até o direito de retrair ou remir dentro de certo prazo.

A lei da *avoenga* começou por apresentar uma forma muito radical. Effectivamente, D. Affonso II determinou que se não vendesse ou empenhasse fazenda de raiz que viesse por *avoenga*, senão a irmão ou ao parente mais chegado. Isto, porem, por ser contra direito, nunca se usou. D. Affonso IV reduziu a escripto a lei da *avoenga*, que até seu tempo se praticou, e D. Affonso V mandou que se guardasse esta lei. É a esta forma da *avoenga*, que se refere a noção que demos (Ord. Aff., liv. IV, tit. xxxvii e xxxviii).

A lei da *avoenga* contribuiu para o desinvolvimento da agricultura, visto associar a perpetuidade dos bens com a das famílias.

¹ Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal*, pag. 81; Pereira Coutinho, *Algumas reflexões acerca do decreto de 13 de agosto de 1832, da carta de lei de 22 de junho de 1846, e do Repertorio sobre foraes e doações regias de Silva Ferrão*, na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tom. VII, pag. 449 e seg., tom. VIII, pag. 129 e seg., 241 e seg., 337 e seg.; Oliveira Martins, *Projecto de lei de fomento rural*, pag. 42; Sr. Anselmo de Andrade, *Portugal economico*, pag. 131.

Oliveira Martins faz derivar da lei da *avoenga* os morgados, que elle considera como a transformação num typo mais definido daquella instituição. Parece-nos, porém, que nada têm de commum os morgados com a *avoenga*. Aquelles herdaram se gratuitamente, e para adquirir os bens da *avoenga*, com preferencia a estranhos, era preciso pagá-los¹.

198. NOTO caracter jurídico assumido pela propriedade individual nos codigos modernos. — Com o florescimento do direito romano, o conceito da propriedade deste direito generalizou-se. Manifestou-se, porém, a tendencia nos juriconsultos para intender o *jus abutendi*, que comprehendia a propriedade segundo o direito romano, por uma fôrma absoluta no sentido do proprietario poder abusar da cousa.

Foi com Bartolo que se afirmou este caracter tão illimitado da propriedade. Os seus successores continuaram com esta orientação, intendendo uns a propriedade no sentido do direito de abuso sem utilidade (Ancarano, Giasone), e outros no sentido da faculdade de abuso enorme (Zasio).

O direito canonico procurou reagir contra esta tendencia, mas debalde. Effectivamente, a doutrina que se encontra consagrada pelo direito canonico é de que o proprietario se deve considerar um simples administrador dos seus bens, visto a terra pertencer a Deus com tudo o que encerra.

O exagero da doutrina romana não deixou de ter a sua influencia entre nós, visto alguns praxistas

¹ Coelho da Rocha, Ensaio sobre a *historia do governo e da legislação de Portugal*, pag. 82; Santa Rosa de Viterbo, *Elucidario*, verb. *avoenga*; Oliveira Martins, *Projecto de lei de fomento rural*, pag. 40.

intenderem o *jus abutendi* no sentido do proprietario ter o direito de abusar da sua cousa e dissipá-la, emquanto dabi não resulte damno para o Estado. Certo é, porém, que a legislação não auctorizava tal doutrina, visto ella reprimir até a prodigalidade.

As leis modernas, a partir do código civil francês, abandonaram esta tradição e consideraram offensivo para o elemento social, que nunca devia deixar de acompanhar a propriedade, a destruição improduttiva da cousa 1.

CAPITULO V

POSSE

SUMMÁRIO : — 199. Diferenciação da posse da propriedade. — 200. Conceito romano da posse. — 201. Fundamento da sua protecção segundo o direito romano. — 202. Os interdictos possessorios. — 203. A *gewere* germanica. — 204. A posse entre os wisigodos. — 205. A posse na Reconquista. — 206. Theoria canonica da posse.—207. A posse no direito português.

199. Diferenciação da posse da propriedade. — Houve um tempo, até onde não chegam noticias seguras, em que a propriedade e a posse se encontravam confundidas entre os romanos. Depois distinguiram-se estes instinctos, pertencendo até aos jurisconsultos romanos a gloria de ter creado a theoria da posse.

Mas, como se desinvolveu a idéa da posse no direito romano? É esta uma das investigações historicas mais arduas e difficeis, em virtude da deficiencia dos monumentos juridicos dos primeiros tempos de Roma, sendo certo que todos os institutos, e nomeadamente a posse, experimentaram notaveis alterações ao entrar na compilação justiniana. Várias são as theorias que têm sido imaginadas para explicar a diferenciação da posse da propriedade no direito romano.

Segundo Vico, a posse desinvolveu-se em Roma como uma consequencia do direito de *clientella*. Os patrícios faziam concessões de terrenos aos seus clientes, conferindo-lhes a posse e reservando a

propriedade. Os clientes, não podendo defender a terra como proprietários, defendiam-na como possuidores. E a protecção primeiramente concedida unicamente às terras, acabou por se estender também a todas as outras cousas.

Esta explicação é pouco plausível, pois a instituição da posse não nos apparece em Roma limitada aos clientes, mesmo nas suas origens.

Segundo Molitor, a posse teve por origem a propriedade bonilaria, cuja condição era muito inferior a quiritaria. A propriedade bonitaria, consistindo num simples gozo da cousa, não podia aspirar á protecção concedida á quiritaria, tornando-se necessario imaginar uma protecção jurídica especial para a não deixar sem defesa. Dahi derivou a origem dos interdictos possessorios e da posse.

Esta opinião não tem grande fundamento, pois não explica a razão por que a protecção da propriedade bonitaria se obtinha por meios differentes da protecção possessoria. Acresce que a propriedade bonitaria tinha caracteres diversos da posse, pois envolvia a aquisição da cousa por um meio pretorio ou natural.

Segundo Duroi, seguido por Wangerow, Blandeau, Puchta e Schiter, a posse, como instituto jurídico, deriva do antigo uso das *vindiciae*, que substituíram o processo ainda mais antigo das *manus concertae*, e que consistiam em certas formalidades preparatorias do antigo juízo de reivindicação. Por meio delias, o pretor assignava preliminarmente e mediante caução, durante a acção, a posse da cousa controvertida a uma das partes, com a obrigação de a restituir, se fosse vencida. Neste caso, a posse tinha existencia autonoma, em face do direito de propriedade contestado e incerto. É desta posição jurídica

creada pelo pretor, que derivaram os interdictos possessorios, que deste modo não são mais do que um progressivo e gradual aperfeiçoamento das *vindiciae*.

Esta opinião também não parece justificada, pois não consegue explicar a origem de alguns interdictos possessorios, como o *de vi*, o *de precario*, e o *de clandestina possessione*, que não apresentam relação alguma com o processo vindicatorio. É certo que ella se funda em algumas passagens de Ulpiano e de Gaio; mas estas passagens não se propõem explicar a origem historica da defesa possessoria, mas esclarecer simplesmente o seu espirito.

Segundo Huschkte, a differenciação da posse da propriedade prende-se intimamente com o dualismo entre patrícios e plebeus, que domina todas as instituições civis e politicas nas origens da sociedade romana. A posse, que seria o facto, era concedida aos plebeus, e a propriedade, que seria o direito, era concedida aos patrícios. Os primeiros tiveram, para proteger a sua posição, os interdictos, os segundos as acções judiarias.

Esta doutrina, porém, não se conforma bem com a evolução jurídica, que se accentuou no sentido da differenciação, cada vez mais precisa e nítida dos dous institutos da posse e da propriedade, quando a separação entre plebeus e patrícios evolucionou historicamente no sentido do seu desaparecimento. Se a posse era uma instituição propria dos plebeus, por elles não terem a propriedade, como é que ella continuou a subsistir, apesar de se ter dado a equiparação entre estas duas classes sociaes ?

Segundo Niebuhr e Savigny, seguidos por Carie, Hölder e Scillama, a posse derivou da protecção juri-

dica conferida aos concessionarios do *ager publicus*. O *ager publicus* era cedido aos particulares, para que estes o usufruíssem, mediante o pagamento dum tributo, ou como recompensa de serviços prestados á patria. A propriedade das concessões feitas aos particulares pertencia ao Estado, que as podia revogar, quando muito bem o entendesse. Por isso, os concessionarios do *ager publicus* não podiam usar das acções judicias inberentes ao domínio, não obstante terem o direito de usufruir os terrenos que lhes tinham sido cedidos. Dahi a necessidade de estabelecer um processo especial para garantir a estes concessionarios o pacifico usufructo do *ager publicus*. Foi o que fizeram os interdictos possessorios. Deste modo, a distincção entre a propriedade e a posse deriva da distincção entre o *ager publicus* e o *ager privatus*, pertencendo o primeiro ao Estado e o segundo aos particulares. E a palavra *posse*, originariamente inventada para designar a posição jurídica do particular que usufruía uma parte de terra propriedade do Estado, acabou por se estender e applicar a todas as concessões ou posições que não transferiam ou continham a propriedade, mas unicamente o uso.

Esta doutrina, embora engenhosamente architectada, origina grande numero de dificuldades, que foram postas em evidencia por Von Ihering. Effectivamente, nas fontes nunca se falia de interdictos possessorios para o *ager publicus*, sendo até a posse deste defendida por um interdicto especial *de loco publico fruendi*. Ora, se para a tutela das concessões do *ager publicus* existia um interdicto proprio e particular, que necessidade havia de introduzir a *possessio* e os respectivos *interdicta* para proteger aquellas concessões?

Von Ihering afastou-se de todas estas doutrinas sobre a origem da posse e apresentou uma nova, que DOS parece constituir a doutrina mais admissível sobre este assumpto. Segundo o notavel romanista allemão, a protecção possessoria appareceu no direito romano como meio de facilitar e alliviar a protecção da propriedade. Em vez da prova da propriedade, que o proprietario devia offerecer, quando reclama a cousa do poder de terceiro (*rei vindicatio*), basta a prova da posse, que é muito mais simples do que a da propriedade, que muitas vezes até é impossível, principalmente quando se trata de moveis. A acção possessoria mostra-nos a propriedade na *defensiva* e a reivindicação na *offensiva*.

200. Conceito romano da posse. — Os primeiros vestígios da posse encontram-se na lei das XII Taboas sob o nome de *usus*, não se tendo ainda introduzido para designar esta situação jurídica a expressão technica de *possessio*. A posse era considerada como mera posição de facto, como simples uso da cousa de outrem. Esta posição de facto transforma-se numa posição jurídica, em virtude do direito pretorio, que lhe concede uma protecção distincta da protecção da propriedade, por meio dos interdictos. E assim a posse adquire o verdadeiro e proprio organismo de instituto juridico.

¹ Miraglia, *Filosofia del diritto*, tom. I, pag. 428 e seg.; Von Ihering, *Questiones jurídicas* (tradução de Pousada), pag. 105 e seg.; Scillama, *Sistema generale del possesso*, tom. I, pag. 101 e seg.; Carle, *Origine del diritto romano*, pag. 454 e seg.; Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, pag. 177 e seg.; Hölder, *Instituzione di diritto romano*, pag. 157 e seg.

Os jurisconsultos da epocha classica não fizeram mais do que coordenar, integrar e desinvolver os princípios da posse que se encontravam no systema do direito pretorio. A posse, em harmonia com a orientação dos jurisconsultos romanos, era *o poder physico sobre uma causa com a intenção de estar com ella numa relação directa e independente*. Dabi dons elementos da posse: *corpus*, o poder physico sobre uma cousa; *animus*, a intenção de estar em relação immediata e independente com ella.

É vulgar referir o *animus* ao domínio, considerando-o como a intenção de o individuo se comportar como proprietario. Ora, não ha texto nenhum legal que permitia esta restricção, visto nos monumentos juridicos romanos nunca se fatiar do *animus domini*. Segundo Von Ihering, seguido por um grande numero de escriptores modernos, tracta-se unicamente da intenção de possuir — *animus possedendi*.

A protecção dos interdictos não se applicava senão is cousas sobre que se podia exercer um poder physico. É por isso que as cousas incorporaes não podiam ser objecto de posse. E, dum modo geral, não podia dar-se a posse sobre as cousas que não eram susceptíveis de propriedade.

Parece que as pessoas incapazes de querer não deveriam ser capazes de possuir, em virtude da falta do *animus*. O direito romano, porém, admittiu que as pessoas incapazes de querer pudessem adquirir a posse pelos seus representantes, desde o momento em que fossem susceptíveis de propriedade, como as pessoas jurídicas, os dementes, etc. As pessoas incapazes de ter propriedade, como os filhos de família no direito antigo, tambem eram incapazes de possuir.

Para existir o *corpus*, não era necessario o contacto com a cousa, bastando que a cousa se encontrasse numa tal relação com a pessoa, que esta gosasse da possibilidade immediata e actual de dispôr della.

O *animus* podia resultar duma declaração expressa ou de outros actos e podia existir no proprio momento em que se adquiria o poder physico sobre a cousa ou sobrevir depois.

Como a existencia da posse exigia dous elementos, um subjectivo o outro objectivo, comprehende-se facilmente que ella viesse a perder-se, desde o momento, em que desaparecesse algum delles. É certo que, segundo uma doutrina, derivada dum texto de Paulo, a posse não se perdia no direito romano pelo desaparecimento do *animus* e do *corpus*, mas por um *animus* e um *corpus* contrario. A formula de Paulo não se encontra em nenhum outro auctor, sendo, por isso, mais provavel o systema que admite a existencia da posse, enquanto algum dos seus elementos não cessa.

O conceito romano da posse obscurece-se um pouco na epocha justiniana, que accusa, sem duvida, uma decadencia do direito romano. Aparece, por isso, a idéa de posse confundida com uma situação material, esquecendo-se os principios que a respeito deste instituto tinham ensinado os jurisconsultos classicos. Tanto é verdade que as epochas de infancia e velhice da vida jurídica dos povos se assimilham nos seus resultados ¹.

¹ Scillama, *Sistema generale del possesso*, tom. I, pag. 110 e seg.; Serafim, *Instituzioni di diritto romano*, tom. I, pag. 283 e seg.; Brugi, *Instituzioni di diritto privato giustiniano*, part. I, pag. 230 e seg.; Bonfante, *Instituzioni di diritto romano*, pag. 247 e seg.

201. Fundamento da protecção da posse segundo o direito romano. —O fundamento racional da posse, no systema do direito romano, tem dado origem a duas theorias muito interessantes, a de Savigny e a de Ihering.

Segundo Savigny, a protecção da posse foi estabelecida no interesse da manutenção da paz e da ordem publica, a fim de evitar que os indivíduos fizessem justiça por suas proprias mãos. Aquelle que perturba a posse doutrem, querendo recuperar a sua cousa sem julgamento, commette contra o possuidor um delicio, que os interdictos procuram reprimir. A protecção da posse nada tem com a propriedade, refere-se unica e exclusivamente à propria posse, considerada em si mesma. Não tem por fim a conservação dum direito real ou appa rente sobre as cousas, mas a punição duma offensa feita á pessoa do possuidor. Todos os interdictos suppõem uma acção que, pela sua fórma, constituo uma injustiça.

A doutrina de Savigny, apesar de parecer de uma notoria evidencia, não se harmoniza com o caracter que revestia a protecção possessoria no direito romano. Se os interdictos possessorios assentassem sobre a idéa da manutenção da paz e da ordem publica, então deveriam extender-se tambem aos possuidores naturaes, em que não ha intenção de ter a «ousa para si, e aos que são incapazes de possuir. Porventura, a ordem social é menos perturbada, quando se tracta da espoliação do simples detentor duma cousa, do que quando se tracta da espoliação do verdadeiro possuidor delia? Não è perfeitamente indifferente, sob o ponto de vista em

que se colloca Savigny, que se tracte de capazes ou de incapazes de possuir, desde o momento era que a violencia, é sempre violencia, qualquer que seja a pessoa contra quem ella é commetida ?

A offensa da relação possessoria nada tem com a personalidade. Não se diga que attentar contra a relação possessoria em que se realizou e de certo modo incorporou a personalidade é attentar contra a propria personalidade. Esta consideração póde julgar-se exacta sob o aspecto da phliosophia do direito, mas é inteiramente estranha ao direito romano. De contrario, os filhos de família, por exemplo, deveriam poder reclamar a protecção possessoria, visto serem tambem pessoas.

Segundo Von Ihering, a protecção possessoria foi estabelecida no interesse dos proprietarios, a fim de os dispensar da prova difficil da propriedade, todas as vezes que a cousa tivesse saído para fóra do seu poder. Em geral, o proprietario é ao mesmo tempo possuidor e por isso a protecção da propriedade assegura-se e reforça-se com a protecção possessoria. A prova da propriedade é difficil e em muitos casos quasi impossível, e por isso a acção de reivindicacão não é sufficiente para garantir os direitos do proprietario. Deste modo, a protecção possessoria apparece como um complemento indispensavel da propriedade, isto é, como uma facilidade para proteger a propriedade.

E tanto esta idéa explica o mecanismo da protecção possessoria no direito romano, que, quando não póde conceber-se á propriedade, tambem não póde haver a protecção possessoria. É por isso que a protecção possessoria não póde ter logar, quando se tracta de pessoas que não são capazes de propriedade ou de cousas que não podem ser objecto de

propriedade. A posse apresenta-se como a *exteriorização* da propriedade, e por isso a sua protecção unicamente é admissível quando se verifica a presumpção da propriedade.

Se para ser protegido como possuidor basta demonstrar a posse, a consequencia logica é de que a protecção possessoria póde tambem aproveitar ao não proprietario, beneficiando assim um individuo para quem ella não foi estabelecida. Esta consequencia é absolutamente inevitavel, tendo o direito de a aceitar, a fim de alcançar a protecção da propriedade. Para afastar tal consequencia, seria necessario abrir a porta á questão do direito, com todos os inconvenientes que dahi poderiam advir para os proprietarios. É até esta uma das grandes vantagens da protecção possessoria, que se realiza sem ser necessario allegar ou provar o direito ¹.

202. Interdictos possessorios. — Exposto o fundamento racionai da protecção possessoria, no direito romano vejamos agora como ella se realizava neste direito. A protecção possessoria realizava-se no direito romano por meio dos interdictos possessorios. Os interdictos possessorios são acções introduzidas pelo pretor para repellir os attentados arbitrarios commettidos contra a posse. Os interdictos possessorios eram de duas categorias — *interdicta retinendae possessionis* e *interdicta recuperandae possessionis*. A estes interdictos encontram-se coordenados nas Institutas os *interdicta adipiscendae*

¹ Cimbali, *Del possesso per acquistare é fruti*, pag. 22 e seg.; Von Ihering, *Questiones jurídicas*, pag. 104 e seg.; Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, pag. 69 e seg.; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 259 e seg.

possessionis, que, como não servem para tutelar a posse, mas para adquirir uma posse ainda não tida, não se podem considerar verdadeiras e próprias acções possessórias.

Os *interdictae retinendae possessionis* são concedidos ao possuidor que é perturbado na sua posse. A posse diz-se perturbada, quando a vontade dum terceiro se põe em contraste com a vontade do possuidor, quer esse terceiro exerça o seu poder sobre a coisa, quer impeça o possuidor de exercer o proprio.

No direito romano, os *interdicta retinendae possessionis* eram dois: o *interdictum uti possidetis*, para as cousas immoveis, e o *interdictum utrubi*, para as cousas moveis, correspondendo os seus nomes ás primeiras palavras de cada interdicto. No interdicto *uti possidetis* vencia aquelle que, no momento de ser pronunciada a ordem do magistrado, possuía *nec vi, nec clam, nec precario*. No interdicto *utrubi* não se attendia á posse presente, vencendo por isso aquelle que possuía ha mais tempo, no decurso do anno anterior. No direito justinianeu desapareceram estas diferenças entre os dois interdictos.

Os interdictos *recuperandae possessionis* eram concedidos a quem fosse despojado da posse por violencia ou pela injusta recnsa em restituir a coisa por parte de quem a recebeu por concessão precaria. Estes interdictos eram doas, *interdictum de vi* e *interdictum de precario*.

O *interdictum de vi* era concedido a quem fosse esbulhado da posse dura immovel. Não era necessario que a violencia fosse exercida á mão armada ou que consistisse em vias de facto mais ou menos graves, bastava que o possuidor não tivesse podido, resistir-lhe ou que fosse impedido, sob a influencia

da força, de continuar a posse. O interdito *de vi* tinha por fim obter a restituição da posse e a reparação de todos os danos.

O *interdictum de precario* era admitido com o fim de obter a restituição da coisa concedida a outrem sob a condição de a restituir logo que lhe fosse exigida. Se o concessionário se recusasse a esta restituição, o concedente podia reclamá-la com o interdito *de precario*, abonando-se com a sua posse anterior, sem necessidade de se fundar sobre a relação contractual existente entre elle e o precarista.

Antigamente havia o *interdictum de clandestina possessioni*, que desempenhava relativamente ás usurpações clandestinas de immoveis a mesma função que o interdito *de vi*, no caso de esbulho; mas, estabelecido o principio de que a posse de immoveis não se perdia sem conhecimento do possuidor, tal interdito tornou-se superfluo ¹.

203. A *gewere germanica*. — O direito germanico não chegou, como o direito romano, relativamente á posse, a isolar o facto do direito. Denominava-se naquella direito, com a expressão *gewere*, o goso material da coisa. Quem tinha este goso era protegido, por tal facto fazer presumir que havia o direito. Tinha a *gewere* o proprietario, o usufructuario, o fendatario, o credor penhoraticio e o tutor. Não era necessario, por isso, como para o *possessio o animus*, visto este não poder existir nem no usufructuario, nem no credor penhoraticio, nem no vassallo relativamente ao fendo.

¹ Serafini, *Instituzioni di diritto civile*, tom. I, pag. 291; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 206; Savigny, *Traité de la possession dans le droit romain*, pag. 361.

Como a *gewere* germanica não correspondia á posse romana, facil é de comprehender que o direito germanico não conhecesse as acções possessórias no verdadeiro sentido da palavra. Ainda assim, a *gewere* era tutelada pelo direito de dous modos. Sob o ponto de vista penal, emquanto a perturbação do estado de facto, de que a *gewere* era a expressão, constituía uma violencia, que era punida todas as vezes que se desse. Sob o ponto de vista civil, emquanto que no processo, que um terceiro intentasse, era privilegiada a condição daquelle que gosasse da *gewere*, podendo-se livrar da acção unicamente por meio dum simples juramento e não havendo necessidade de produzir o titulo sobre que se fundava a posse. Militava em seu favor uma presumpção que não podia ser destruída senão por um titulo mais forte, apresentado pelo seu adversario.

O direito germanico reconheceu a necessidade de uma posição de facto não se poder converter, numa base de direito senão mediante uma sentença judicial, mas não conseguiu organizar um systema de acções possessórias completo. Limitou-se a admitir o interdicto *renitendae possessionis*, para fatiarmos a linguagem romana, sem o constituir numa acção autonoma ¹.

204. A posse no direito wisigothico. — A doutrina germanica exerceu uma influencia profunda sobre a organização do instituto da posse no direito wisigothico. É por isso que o instituto da posse

¹ Cesare Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 268 e seg.; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 435 e seg.

entre os visigodos se afasta da doutrina romana e reflecte a doutrina germanica.

Effectivamente, o direito visigotico, por um lado, não exigia o *animus* na posse, e, por outro não assegurava a protecção da posse por meio das acções possessórias, com caracter autonomo e existencia independentemente, como faziam os romanos (Cod. wis., liv. VIII, tit. I, 1. 2; liv. IX, tit. II, 1. 19).

Quem despoja outrem duma cousa de que elle esteja de posse, antes de ter havido sentença judicial perde a acção, recuperando o esbulhado a sua posse e devendo continuar a conserval-a em paz. Não havia, pois, acções especiaes para proteger a posse, como acontecia no direito romano. O possuidor encontrava-se garantido pela perda da acção contra aquelle que o esbulhasse da posse.

205. A posse na Reconquista. — O estado da Península no tempo da Reconquista não era favoravel aos progressos do instituto da posse. Era natural por isso que a doutrina jurídica da posse continuasse nos mesmos termos em que se encontra no direito visigothico.

Todo o direito medieval se encontra impregnado dos princípios da *gewere* germanica. Os proprios glosadores, apesar da sua admiração pelo direito romano, não deixaram de soffrer a influencia destes princípios.

É por isso que a theoria da posse devida aos glosadores se tornou complicada, difficil e obscura, chegando Heusler a comparal-a a um labyrintho. Era preciso coordenar elementos oppostos e contradictorios, como eram os conceitos do direito germanico e do direito romano sobre a posse.

É sem duvida de origem germanica a posse natural de que falam as Partidas (Part. 3, tit. xxx, 1,1). Effectivamente, as Partidas distinguem a posse em natural e civil, derivando a primeira unicamente da occupação material da cousa e a segunda da retenção da cousa como dono ¹.

206. Theoria canonica da posse. — A theoria romana da posse foi profundamente modificada pelo direito canonico, visto este direito lhe ter dado uma extensão muito maior do que ella tinha no direito romano. Effectivamente, o direito romano tinha-se limitado a crear a *quasi-possessio* para as servidões, não ousando identificá-la na denominação com a posse das cousas. Tinha-se chegado timidamente a este resultado, sem ir mais longe, não se formulando uma theoria completa da posse dos direitos. No Digesto, ha passagens expressas dos jurisconsultos classicos, em que se declara impossível a posse dos direitos. Sómente, depois do seculo segundo da era vulgar, é que a jurisprudencia aceitou a *juris quasi possessio*, applicada ás servidões.

O direito canonico foi, pouco a pouco, gradualmente, ultrapassando os limites acanhados do direito romano, conseguindo assim extender o conceito da posse a todos os direitos que se exercem dum modo continuo e repetido e cujo exercício podia ser perturbado por outrem. Por isso, no direito canonico encontrou-se applicado o conceito de posse a todos os direitos de supremacia ecclesiastica ou civil sobre

¹ Nani, *Storia del diritto italiano*, pag. 276; Salvadori Del Viso; *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de Espana*, part. II, tom. 2, pag. 67 e seg.

comunidades religiosas, ás dignidades ou officios ecclesiasticos, aos encargos reaes, principalmente aos dízimos, aos beneficios connexos com os officios ecclesiasticos, etc.

Não se fez esperar a reacção contra as tendencias do direito canonico, animada pelos glosadores, interpretes e respeitadores do direito romano. Não foi longa, porém, a resistencia e no seculo XIII a doutrina do direito canonico triumphou soberanamente na jurisprudencia. A posse applica-se tambem aos direitos, segundo os criterios admittidos pelo direito canonico, chegando a comprehender o estado de família, a condição nobiliaria, os direitos matrimoniaes, o patrio poder, a posição do filho, etc. Deste modo, os traços característicos da *possessio* romana foram-se pouco a pouco esbatendo, transformando-se completamente este instituto.

O direito canonico tambem protegeu a posse com uma nova e efficaz defêsa. Era um costume e uma tradição da Igreja que a execução não pudesse preceder o julgamento, e que por isso um ecclesiastico esbulhado do officio, devia ser reintegrado antes de ser julgado (*exceptio spoli*). No grande trabalho das falsificações canonicas realizado em França no seculo IX, tendo por fim estabelecer a superioridade do papa e definir a condição jurídica dos bispos relativamente aos tribunaes leigos, aos metropolitanos e aos concílios nacionaes, a *exceptio spoli*, foi elevada a privilegio dos bispos para impedir que elles fossem processados facilmente e para obviar ás difficuldades de defêsa, em que os expulsos das suas sés se poderiam encontrar. A *exceptio spoli* apparece sancionada deste modo num celebre canon daquela collecção — *Reintegrando*, que deu uma nova designação a este instituto.

Segundo o Pseudo Isidoro, a *exceptio spoli* era um privilegio dos bispos applicavel unicamente às accusações criminaes que fossem movidas contra elles, não se podendo, por isso, considerar um remedio possessorio. Depois a *exceptio spoli* foi ampliada ás causas civeis e concedida a todos os possuidores. É certo que Graciano considerava ainda a *exceptio spoli* um privilegio dos bispos, mas nos decretistas tornou-se um remedio possessorio. Admittiu-se, mesmo, ao lado da *exceptio spoli*, a *actio spoli*, confiada á iniciativa do lesado, para obter a restituição das consas usurpadas. Tanto a acção como a excepção suppunham o esbulho, mas a primeira tinha um caracter restitutorio, moldado pelo direito leigo, ao passo que a segunda tinha um caracter dilatorio e declinatorio do juízo, segundo os princípios canonicos.

A elaboração doutrinal deste instituto levou a tirar as ultimas consequencias delle e a dar-lhe uma applicação muito ampla. Os proprios romanistas não foram superiores á influencia do novo systema, porquanto procuraram dar physionomia romana ao remedio canonico, que era mais largo e flexível do que o interdicto *de vi*, supprimindo as restricções, segundo as quaes o esbulhado só podia proceder contra o esbulhador, e introduzindo a responsabilidade do terceiro possuidor perante os tribunaes leigos ¹.

207. A posse no direito portugûes. — Entre nós, não chegou a ser admittida a doutrina canonica,

¹ Salvioli, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 427; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 582 e seg.

intendendo-se a posse DO sentido romano, isto é, limitada is cousas. Coelho da Rocha falia da quasi posse, compreendendo a posse dos direitos quando não dependem da posse duma coisa material, mas afasta-se da jurisprudencia nacional e recorre á legislação estrangeira e sobretudo ao Codigo da Prussia para fundamentar tal fôrma da posse.

Já neste tempo, porém, Savigny tinha publicado a sua obra *Das Recht des Besitzes*, em que este notavel escriptor procurou reconduzir a doutrina da posse ás suas origens romanas, restituindo-lhe a sua pby-sionomia primitiva. Mas errou, julgando que podia fazer reviver na pratica a theoria da posse, como tinha sido admittida nos velhos tempos de Roma. O illustre fundador da escola historica, que ensina que a formação do direito é principalmente um pbenomeno historico, devia reparar que um instituto não se pôde mudar radicalmente, fazendo-o regressar ás suas origens, quando já tem passado por uma evolução secular. E' por isso que a tentativa de Savigny se tornou notavel unicamente pelo seu insuccesso, visto os codigos modernos, e nomeadamente o nosso codigo civil (art. 474;°) admittirem a posse de direitos.

Tambem tinham apparecido opposições á defesa canonica da posse, encontrando-se, por isso, na jurisprudencia do seculo xv ao xviii, manifestos ataques contra a *actio spoli* do direito ecclesiastico. Se a maioria dos juristas a admittiu, outros não lhe reconheceram um character autonomo e independente, fuudindo-a com o interdicto *de vi* e restringindo as suas applicações. E estes ataques continuou-os a scieucia romanista moderna, tendo á sua frente Savigny.

A doutrina do direito canonico exerceu influencia no nosso direito, porquanto elle admittiu a *acção* de espolio on de *força espoliativa* contra o espoliador, seus herdeiros, on terceiro, para quem passou a cousa, para que lha restituam com os seus direitos e interesses (Ord., lív. III, tit. LXXVIII, § 3.º e liv. IV, tit. XXXVIII) 1.

¹ Salvioli, *Manuale de diritto italiano*, pag. 427; Coelho da Rocha, *Instituições do direito civil português*, tom. II, pag. 323 e seg.

CAPITULO VI

PRESCRIPÇÃO

SUMMARIO : — 208. Usucapio. — 209. *Prescriptio longi temporis* e *prescriptio longissimi temporis*. — 210. A prescrição entre os germanos. — 211. A prescrição no direito wisigothico. — 212. A prescrição na Reconquista. — 218. Theoria canonica da prescrição. — 214. A prescrição no direito português.

208. Usucapio. — A *usucapio* é a aquisição da propriedade mediante a posse acompanhada de determinadas condições estabelecidas pela lei. A expressão deriva de *usu capere*, adquirir pelo uso. No direito antigo, a mesma idéa era designada pelas palavras *usus auctoritas*, que indicam a protecção concedida pela lei (*auctoritas*) ao que faz uso da coisa durante o tempo necessario.

Relativamente á origem da *usucapio* tem-se aventado tres hypotheses para a explicar. Segundo uma dessas hypotheses, a usucapião foi admittida com o fim de validar as alienações nullas pela falta da observancia das formalidades legaes, necessarias para realizar a transmissão da propriedade. Esta hypothese é pouco acceitavel, visto ser pouco provável que o direito antigo, ao mesmo tempo que organizava o seu rigoroso formalismo, sancionasse os meios de o illudir e annullar.

Segundo outra hypothese, a usucapião appareceu como meio de legitimar as vendas, quando o vendedor não fosse verdadeiro proprietario e este não reclamasse a coisa dentro de certo prazo. Esta

hypothese também é pouco aceitável, visto no antigo direito romano não aparecer uma relação de causalidade entre a venda e a usucapião, sendo além disso, muito duvidoso que os modos de aquisição que serviam de base á usucapião fossem primeiramente applicaveis ás transmissões de immoveis.

Segundo outra hypothese, a usucapião desinvol-veuse como consequencia do respeito instinctivo que o proprio facto da posse despertou nas sociedades primitivas. Se o proprietario, diz o Sr. Dr. Montenegro, segnindo Edouard Cuq, entendia poder dispensar os benefícios que lhe advinham da sua propriedade, porque motivo havia de impedir-se outrem de a cultivar, conservando-lhe a todo o transe um direito cuja posse elle era o primeiro a desprezar? E, se o estranho empregava as suas forças nesse cultivo durante certo prazo, tractando o campo como cousa sua, sem que o verdadeiro dono com isso se inquietasse, parecia justo conferir-lhe, em premio, o direito de propriedade.

É por isso que é muito plausível que primeiramente não fossem necessarios para a usucapião o justo titulo e a boa fé, bastando que o individuo se tivesse apoderado da cousa e tivesse feito uso delia, À *bona fides* harmoniza-se muito mal com a índole do direito primitivo, que systematicamente punha de parte a determinação do pensamento individual, quando elle se não revelasse por uma fórmula positiva; e a *justa causa* bem se podia dispensar numa sociedade pequena e laboriosa, como a primitiva sociedade romana, onde a posse exercida durante um certo lapso de tempo se devia considerar como uma presumpção, quasi invencível, de propriedade em favor do possuidor. A inacção do proprietario equivalia a uma renuncia tacita do seu direito, devendo por

isso a aquisição consumir-se no fim dum prazo assás curto.

A lei das XII Taboas remediou o inconveniente que podia originar este modo de adquirir, proibindo a usucapião das cousas roubadas. Com a influencia que os juriconsultos exerceram sobre a formação do direito, a idéa que se encontrava em germen nesta prohibição desinvolveu-se, recusando-se, o beneficio da usucapião á posse que se não pudesse apoiar sobre uma base legitima.

Eram requisitos da usucapião: a) o *commercium* no sujeito; B) o *commercium* no objecto; y) a posse começada com justa causa e em boa fé e prolongada pelo tempo estabelecido na lei.

a) Aquelles que não tivessem o *jus commercii* não podiam usucapir. É o que acontecia aos peregrinos. Se um peregrino possuísse uma cousa pertencente a um cidadão romano, este podia reivindicá-la em qualquer tempo.

B) Sómente as cousas que eram susceptíveis de propriedade civil podiam ser adquiridas por meio da usucapião. Eram, por isso, excluídas da usucapião, não só as cousas que estavam fóra do commercio, mas tambem os fundos provinciaes. Entre as cousas que estavam no commercio, havia algumas que não podiam ser adquiridas por usucapião, em virtude dum vicio que as attingia ou da qualidade do seu proprietario. Era assim que eram excluídas da usucapião as cousas roubadas, as cousas occupadas por violencia, os bens do fisco, etc.

y) A posse precisava de ter um *justum initium*, isto é, precisava de começar com *justa causa* e em boa fé. A *justa causa* é a relação com o alienante que seria em si mesma, apta para legitimar a aquisição da propriedade. Tal acto juridico realizaria a

transmissão da propriedade, se não houvesse um obstaculo proveniente da pessoa ou da cousa que se oppuzesse a este resultado. Por exemplo, a venda é um acto juridico apto para transmittir a propriedade, mas póde não realizar esta transmissão, quando o vendedor não seja o verdadeiro proprietario da cousa.

Poder-se-ha dar a usucapião, quando a *justa causa* existe unicamente no espirito do adquirente, tendo-se este illudido, julgando que ella existia realmente? Por outras palavras, póde um individuo usucapir em virtude duma causa imaginaria ou dum *titulo potativo*, como dizem os commendadores? Os jurisconsultos romanos dividiram-se a este respeito, negando uns formalmente que o possuidor pudesse usucapir em taes condições, e permittindo outros usucapir, quando o possuidor tivesse tido motivos serios para julgar que havia uma justa causa, sendo, por isso, o seu erro plausível. E o erro é considerado plausível, desde o momento em que recáe sobre o facto doutrem, como acontece no caso do meu mandatario me entregar uma cousa que lhe mandei comprar, affir-mando-me que effectivamente teve logar a compra, sendo isto falso.

À boa fé é a convicção em que está o possuidor de que recebeu a cousa do seu verdadeiro proprietario, ou duma pessoa tendo o poder de alienar, a titulo de mandatario ou de tutor. A boa fé assenta deste modo sobre um erro. Este erro pôde ser de facto ou de direito. Assim, se um individuo recebe uma cousa dum pupillo, sem a *auctoretas* do tutor, póde considerar-se proprietario ou por se ter enganado sobre a idade daquelle, julgando-o pubere — erro de facto, ou por intender que os pupilos podem alienar livremente os seus bens — erro de

direito. Só o erro de facto é que pôde servir de base á usucapião.

A boa fé exige-se unicamente no começo da posse, sendo inteiramente indifferente que o possuidor adquira depois o conhecimento do verdadeiro estado das cousas. A boa fé differe da justa cousa, como uma opinião differe dum facto, sendo até diversas as regras de prova para cada um destes requisitos, presumindo-se a boa fé até prova em contrario, e tornando-se necessario provar a justa cousa.

A posse devia prolongar-se durante um certo tempo, que era, segundo a Lei das XII Taboas, de um anno para os moveis e dois annos para os ímmoveis. Não podia ser interrompida, visto a interrupção fazer perder ao possuidor o beneficio da posse anterior. O direito classico admittia unicamente a interrupção natural da usucapião, isto é, a que resulta da perda da posse por o possuidor a ter voluntariamente abandonado, ou por ter sido obrigado a isso, em virtude dum caso de força maior ou da usurpação dum terceiro. Nesta ultima hypothese, não se dava a interrupção, desde o momento em que o possuidor recuperasse a posse por meio dos interdictos ¹.

209. *Prescriptio longi temporis* e *prescriptio longissimi temporis*. — A usucapião, sendo um modo de adquirir de direito civil, não podia aproveitar aos peregrinos, que não tinham o *commercium*, e era inapplicavel aos predios provinciaes,

¹ Dr. Montenegro, *O antigo direito de Roma*, pag. 182 e seg.; Edouard Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, tom. I, pag. 147 e seg.; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 271 e seg.

de que só o Estado se podia considerar, o verdadeiro proprietário. Esta dupla lacuna foi supprida com a *praescriptio longi temporis*.

A *praescriptio longi temporis* era um meio de defêsa creado pelo pretor em beneficio dos possuidores de predios provinciaes e dos peregrinos, tendo por fim paralysar a *rei vindicatio* do proprietario, desde o momento em que houvesse posse nas condições devidas. Esta defêsa devia ser inscripta no cimo da fórmula, derivando dahi até a sua denominação — *prae scribere*.

A *praescriptio longi temporis* estava submettida, em principio, às mesmas condições que a usucapião. Para a invocar tornava-se necessario possuir de boa fé e em virtude duma justa causa. O pretor exigia uma posse mais longa, sendo o prazo de dez annos entre presentes e de vinte entre ausentes, quer se tractasse de immoveis, quer se tractasse de moveis. Por outro lado, a *usucapio* não podia ser interrompido pela *rei vindicatio*, se antes da sentença final se completasse o seu prazo, contrariamente ao que acontecia com a *praescriptio*, que se interrompia, logo que havia a *litis contestatio*. A *praescriptio longi temporis* era um meio de defêsa e em regra geral ninguem se póde prevalecer duma defêsa, se ella não está adquirida no momento da *litis contestatio*.

Como a *praescriptio longi temporis* era um meio de defêsa e não um modo civil de adquirir a propriedade, dahi resultava que o possuidor accionado em reivindicação devia fazer inserir a *praescriptio* na fórmula, pois do contrario perdia o seu beneficio. Outra consequencia da natureza da *praescriptio* era de que, se o possuidor, depois de ter prescripto, vinha a perder a posse da cousa, não gosava da *rei*

vindicatio para a reaver, visto não ser proprietário delia, segundo o direito civil.

No tempo de Justiniano, pertencendo a qualidade de cidadão a todos os subditos do imperio e tendo desaparecido a differença entre os predios italicos e os predios provinciaes, sob o ponto de vista da propriedade, não havia razão para conservar o dualismo entre a *usucapio* e a *praescriptio longi temporis*, e por isso aquelle imperador simplificou a legislação anterior, fundindo aquellas duas instituições. Conservou o nome de *usucapio* para a aquisição dos moveis por meio da posse, elevando o seu prazo a tres annos. Adoptou o nome e o prazo da *praescriptio longi lemporis* para os immoveis. Mas, sob estes dous nomes, a instituição tem um character uniforme, ficando submettida a regras communs.

A *usucapio* não aproveitava senão aos possuidores tendo justa causa e boa fé. O direito bysantino intendeu que o proprietario cuja inacção se tivesse prolongado por um prazo muito longo devia perder, se não a propriedade, pelo menos a acção de reivindicação contra o possuidor da cousa, embora elle não tivesse justa causa nem boa fé. E assim se chegou a estabelecer a *praescriptio longissimi temporis*, em virtude da qual se extinguíam todas as acções pessoaes ou reaes, com excepção das hypothecarias, no fim de trinta annos. Por isso, no fim deste prazo, o possuidor sem justa causa e sem boa fé deixou, daqui por deante, de estar exposto á *rei vindicatio* do proprietario. Não adquiria, porém, a propriedade, e por isso, se viesse a perder a posse da cousa, não gosava da *rei vindicatio*. Justiniano estabeleceu, porém, que, se a posse de trinta annos tivesse começado com a boa fé, não só podia servir como meio de repellir a acção de reivindicação, mas tambem

fazia adquirir a propriedade, embora o possuidor carecesse de justa causa ¹.

210. A prescrição entre os germanos. — Parece que entre os germanos o tempo não se considerou um meio de adquirir a propriedade.

As disposições que se encontram sobre a prescrição nas leis barbaras são devidas á influencia romana. Por outro lado, o direito germanico não distingue nitidamente a propriedade da posse, confundindo-as até na *gewere*, e por isso a posse não podia produzir naquelle direito o effeito da aquisição que lhe attribuía o direito romano.

Discute-se, porém, muito se os germanos teriam admittido pelo menos uma especie de prescrição, a prescrição de anno e dia, que mais tarde obteve o nome de *rechte Gewere*. Viollet segue a affirmativa com o fundamento de que o facto de cultivar um terreno durante um anno deve ter sido, no momento de se constituir a propriedade, um dos seus titulos mais serios e justos.

A doutrina de Viollet, além de não ter em seu favor facto algum, repugna fundamentalmente ao conceito germanico da posse. É por isso que Nani e Salvioli não adherem a esta opinião ².

¹ Serafim, *Instituzioni di diritto romano*, vol. I, pag. 312 e seg.; Bonfante, *Instituzioni di diritto romano*, pag. 207 e seg.; Eugéne Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, pag. 194 e seg.

² Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 302 e seg.; Sahroli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 414 e seg.; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 570 e seg.

211. A prescripção no direito wisigothico. — Embora o instituto da prescripção se organizasse DOS direitos barbaricos sob a influencia do direito romano, é certo, porém, que este instituto se afastou em taes direitos dos princípios fundamentaes por elle estabelecidos.

Effectivamente, os povos barbaros não consideraram a prescripção como um meio de adquirir a propriedade, mas simplesmente como um meio que garantia o possuidor contra determinadas contestações. O possuidor ficava eximido de apresentar o titulo em que se baseava a sua posse. Por outro lado, os termos da prescripção romana pareceram assás longos a estes povos irrequietos, voluveis e preocupados unicamente com factos exteriores e materiaes, e por isso estabeleceram prazos mais curtos e breves.

Entre os wisigodos, porém, as cousas não se passaram deste modo, em virtude da influencia mais efficaz e accentuada que teve o direito romano sobre este povo. O tempo da posse necessario para a prescripção era de trinta annos. Além desta prescripção ordinaria, havia a extraordinaria de cincoenta annos applicavel ás reclamações relativas á divisão das terras entre godos e romanos, aos bens pertencentes aos menores, e aos escravos fugitivos (Cod. wis. liv. x, tit. 2, l. 3, liv. iv, tit. 3, l. 2).

A prescripção fazia adquirir a propriedade ficando extinto todo o direito de reclamação judicial. Exceptuava-se desta regra a propriedade e os direitos do a usente, que não se perdiam por prescripção durante a ausencia 1.

¹ Chapado Garcia, *Historia general del derecho espanol*, pag. 188 e seg.; Nani, *Storia del diriyto privato italiano*, pag. 302 e seg.

212. A prescrição na Reconquista. — Na Reconquista predomina a prescrição de anno e dia tão bem acolhida pelos codigos barbaros. Os princípios do direito romano que tinham actuado na organização da prescrição entre os wisigodos obliteraram se, apparecendo a predilecção que os povos barbaros manifestaram pela prescrição de carto prazo. No caso de se admittir que a prescrição de anno e dia é propria do direito germanico, então póde explicar-se a prescrição da Reconquista como uma reviviscencia daquelle direito, favorecida pelas condições sociaes da epocha.

O *Fuero* de Cuenca estabelece como sufficiente para a prescrição a posse por anno e dia com boa fé, das cousas moveis e immoveis. Aquelle que as reclamasse depois deste prazo pagava sessenta soldos. Segundo o *Fuero* de Sepulveda, intendia-se por anuo e dia o espaço de dous annos completos, lendo de justificar-se este facto com o testemunho escripto de dous vizinhos. O *Fuero* de Cuenca declara imprescriptiveis as cousas da Igreja e as de corporação ¹.

213. Theoria canonica da prescrição, — Com o florescimento do direito romano, a prescrição adquiria ama notavel efficacia. O direito canonico attenuou está efficacia, introduzindo no instituto ama importante modificação, pelo que diz respeito á boa fé.

O direito romano não linha exigido a boa fé senão no começo da prescrição, pois *mala fides superveniens non nocet*. Esta maxima não foi acolhida pelo

¹ Chapado Garcia, *Historia general del derecho espanol*, pag. 359 e seg.

direito canonico, que julgou injusto exigir a boa fé no começo e não em todo o decurso do prazo da prescripção. Tal conceito já se encontra em algumas passagens de S. Agostinho, adquirindo depois fôrma precisa em outros escriptos ecclesiasticos. Foi claramente proclamado na decretai *Vigilanti* de Alexandre III, mas unicamente se tornou norma geral e absoluta na celebre decretai de Innocencio III, com que se promulgou um canon do concilio de Latrão, do theor seguinte: *synodali judicio definiram ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civiles; quum generaliter sit omni constitutioni a que consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Onde oportet ut qui praescribit in nulla tempore parte rei habeat conscientiam alienae.* (Decretaes de Gregorio IX, liv. II, tit. xxvI, cap. xx).

Esta disposição não tardou a peneirar na jurisprudencia civil, em virtude da influencia da Igreja. Os civilistas, porém, não acceitam a doutrina canonica sem repugnancia e sem reservas. Bartolo pro-nuncia-se em favor da admissão desta doutrina, porque é necessario observar o direito canonico, que se occupa do peccado. Baldo tambm a approva, mas observando que o vulgo diz que ninguem precisa de ser mais sancto e justo do que a lei. Apesar destas hesitações, a maxima do direito canonico, que dispõe *in nulla temporis parte rei habeat cons-cientiam alienae*, acabou por triumphar, corrigindo o direito romano.

Outra innovação que o direilo canonico consagrou no instituto da prescripção foi a da prescripção immemorial, isto é, fundada numa posse tão antiga, que excede a memoria dos homens. É certo que no direito romano já se encontram vestígios desta pres-

cripção, mas são tão tenues e apagados, que bem se póde dizer, como faz Nani, que aquelle direito não chegou a formular uma theoria da prescripção immemorial.

O direito canonico, applicou largamente o principio da prescripção immemorial, nas relações do direito publico. Entre os casos de applicação da prescripção immemorial feitos pelo direito canonico, podemos mencionar os tributos cobrados desde tempos anti quíssimos ¹.

214. A prescripção no direito portugûes. — Entre nós, primeiramente dominou a doutrina romana. É o que se deduz da seguinte passagem das Ordenações Affonsinas: *E esta demanda lhe poderaa fazer ataa dez annos compridos e contados des o primeiro dia, em que a dita causa, foi a poder do possuidor com titulo e boa fee, e se ambos eram moradores em huma Comarqua... E indo essa causa ao possuidor sem titulo algum, havendo acerqua delia maa fee, porque sabia bem que nom era sua de Direito, nem lhe pertencia, em tal caso lhe poderaa ser feita a dita demanda pelo dito credor ataa trinta annos compridos.* (Ord. Aff., liv. iv, tit. XLIX, § 3.^o). Esta passagem contém uma applicação da *longi temporis praescriptio*, em que se exigia a boa fe e o justo titulo, e da *longissimi temporis praescriptio*, em que se não exigia a boa fe nem o justo titulo.

Nas Ordenações Manuelinas continuou a ser admit-tida a mesma doutrina (Ord. Man., liv. iv, tit. xxxiii, e tit. lxxx). D. João III afastou-se da corrente

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 303 e seg.; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 415 e seg.; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 576 e seg.

romanista e, acostou-se á canonica, qae julgava offensivo da moral o procedimento de quem, estando de má fé, invocasse a prescripção. Foi por isso que elle determinou, por lei de 4 de fevereiro de 1534, qae a boa fé se devia exigir durante todo o espaço de tempo necessario para a prescripção. Esta disposição de D. João III foi a fonte duma disposição identica que se encontra nas Ordenações Filippinas (Liv. IV, tit. III, § 3.º, tit. 79.º, pr.). Ahi se dispõe terminantemente qae a prescripção não poderá ter lugar em tempo algum, quando haja má fé, *por se não dar occasião de peccar, lendo o alheio indevidamente.*

A doutrina do direito canonico a respeito da boa fé destinava-se a impôr um freio ás violencias e ás usurpações da idade media, mas abriu a porta aos processos e ás incertezas e duvidas. Não admira, por isso, qae o codigo civil francês e com elle os codigos modernos se orientassem no sentido da doutrina romana, pondo de parte a theoria canonica. Nesta corrente se lança tambem o nosso codigo civil (artt. 520.º e 535.º).

Relativamente aos prazos da prescripção, o nosso direito soffreu a influencia do direito romano dam modo preponderante. Effectivamente, as Ordenações Affonsinas (Liv. IV, tit. XLIX) e Manuelinas (Liv. IV, tit. xxxiii), segundo as leis romanas dispunham que a acção hypothecaria do credor contra o terceiro possuidor dos bens hypothecados se extinguia, quando este possuíse os bens por dez annos entre presentes e vinte entre ausentes, havendo justo titulo e boa fé; na falta destes requisitos por trinta annos; mas que contra o proprio devedor, ou contra terceiro, a quem este a empenhasse, sómente prescrevia por trinta annos entre presentes e quarenta entre ausentes.

Esta disposição passou para as Ordenações Filipinas (Liv. IV, tit. III) sem outra diferença do que a necessidade da boa fé em todo e qualquer tempo, em virtude do espirito do direito canonico, de que se encontra imbuído o código filippino. Deste preceito especial, que permittia ao possuidor dum objecto hypothecado a aquisição da propriedade livre encargo, pela prescripção, em virtude da posse por aquelles differentes espaços, deduzia a nossa jurisprudencia a applicação das disposições do direito romano, emquanto á prescripção acquisitiva, dum modo geral.

Relativamente á prescripção extinctiva, D. Dinis fixou por lei de 1330 o prazo de dez annos para que ella pudesse ter togar. D. Affonso V fixou o prazo de trinta annos para a prescripção de dividas de certa cousa; em razão de contracto, ou quasi contracto. As Ordenações Manuelinas fixavam o espaço de cinco annos, se o credor e devedor vivessem no mesmo togar, dez, se vivessem na mesma comarca; e vinte, se vivessem em differentes comarcas (Liv. IV, tit. LXXX).

A lei de 4 de fevereiro de 1534 de D. João III estabeleceu para estas prescripções o espaço de trinta annos, exigindo, além disso, o requisito da boa fé a que por direito romano se não attendia. É esta a fonte da Ordenação Filippina, onde se estabelece que *se alguma pessoa fôr obrigada a outra em alguma certa cousa, ou quantidade, por razão de algum contracto, ou quasi contracto, poderá ser demandado até trinta annos, contados do dia, que essa cousa ou quantidade haja de ser paga em deante. E, passados os ditos trinta annos, não poderá ser mais demandado por essa cousa ou quantidade...* (Liv. IV, tit. LXXIX, pr.).

Os prazos da prescrição foram depois inteiramente remodelados no código civil, seguindo-se para a sua determinação critérios diferentes do nosso antigo direito.

A jurisprudência civil alargou a prescrição immemorial a todos os direitos em que era possível um exercício duradouro ou um não exercido. E assim a *praescriptio indefinita* tornou-se quasi um supplemento da ordinária, *definita*. Para provar a existência da prescrição immemorial, recorria-se ao depoimento de testemunhas, que atestassem ter-se praticado assim há quarenta annos e não terem noticia de se ter procedido doutro modo no tempo anterior. Com o mesmo fim, podiam ser empregados documentos que atestassem a duração daquelle estado de facto no período de duas gerações, embora se duvidasse sobre a admissão desta forma de prova.

Os nossos praxistas, como Correia Telles e Lobão, apontam alguns exemplos de prescrição immemorial, que tinha, principalmente importancia, como meio de provar os bens vinculados e as servidões descontinuas.

Além da prescrição immemorial, ainda se reconheceu a de cem annos, de maior efficacia, visto ella não poder deixar a menor duvida sobre a legitimidade ou a realidade das cousas prescriptas. Era no fundo a prescrição que Justiniano tinha admittido contra os bens da Igreja. Segundo Mello Freire, o nosso direito não fez menção alguma desta prescrição 1.

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 306 e seg.; Salvioli, *Manuais di storia del diritto italiano*, pag. 446 e seg.; Correia Telles, *Digesto português*, art. 1377. Mello Freire, *Instituciones juris civilis lusitani*, tom. III, pag. 33 e seg.; Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil*, tom. II, pag. 691 e seg.

PARTE TERCEIRA

FAMILIA

CAPITULO I

FÓRMAS PRIMITIVAS DA FAMÍLIA

SUMMARIO : — 215. Importancia actual do problema da constituição da família primitiva.— 216. O patriarchado como a fôrma primitiva da família e da sociedade. — 217. Promiscuidade ou hetairismo. — 218. Matriarchado. — 219. O matrimonio ambiliano. — 220. Passagem do matriarchado para o patriarchado.—221. Critica da serie — promiscuidade, matriarchado e patriarchado. — 222. O clan.—223. A exogamia. — 224. O totemismo e o parentesco materno.

215. Importancia actual do problema da constituição da família primitiva. — Um dos assumptos do direito privado mais estudados é, sem duvida, a família. N'esta materia, que tanto apaixonou e apaixonou os historiadores, os sociologos e os juristas, é onde se encontram as mais diversas opiniões e as mais contrarias antitheses. Hoje, porém, em que os trabalhos e os estudos sobre este instituto se apresentam em numero cada vez maior, é facil de verificar que todas as questões e todos os problemas que preocupam os estudiosos se integram e reduzem a um só — o da constituição primitiva da família.

Por muito tempo se julgou que a família existiu sempre sob a fôrma que nós conhecemos actualmente. Foi Bachofen, professor na Universidade de Baziléa, que ousou, pela primeira vez, em 1861, atacar, na sua obra *Mutterrecht*, a theoria tradicional, sustentando, talvez sob a influencia da doutrina do darwinismo, que a humanidade devia ter percorrido uma phase de vida puramente animal, em que não existia nem o casamento, nem a família. Os homens deviam

então ter vivido num estado de promiscuidade, não havendo outro vinculo de parentesco, além do que podia existir entre mãe e filhos.

A theoria pareceu tão paradoxal que os sabios e principalmente as summidades da philosophia, do direito e da sciencia social, na Allemanha, abstiveram-se por largo tempo de tractar destas investigações sobre a familia primitiva. Effectivamente, doze annos depois do apparecimento da obra de Bachofen, os livros de direito e de sciencias sociaes, como a *Encyclopedie do direito* de Mohl (1872) e o *Direito natural* de Ahrens (1874), ainda não faziam a menor referencia á nova theoria sobre as fórmas primitivas da familia. Dir-se-hia que os mais notaveis professores allemães desejavam perder, pela guerra do silencio, o escriptor que tinha ousado apresentar idéas tão originaes, brigando com as opiniões universalmente acceitas sobre a constituição primitiva da familia.

Só depois do francês Giraud-Teulon ter publicado a sua obra *Origines de la Famille*, dedicada a Bachofen, onde a materia era tractada em harmonia com a nova orientação, é que a Allemanha se começou a preoccupar com esta questão, tão nova para os philosophos, para os juristas e para os historiadores. Entretanto, as obras mais importantes sobre esta materia provinham dos países anglo-saxões. A America com Morgan, a Inglaterra com Mac Lennan, Maine e Lubbock, a Dinamarca com Starcke, a Finlandia com Westermack, forneceram-nos dados e elementos muito preciosos sobre a familia primitiva. A Allemanha, além das grandes obras sociologicas de Schaeffle e Lilienfeld, contribuiu depois para a solução do problema, com os trabalhos de Bastião, Lippert, Post, Kohler, Grosse e Steinmetz. Deve-se mencionar tambem a obra de Kovalewsky sobre as

origens e a evolução da família e da propriedade, que contém, além da crítica das theorias dos seus predecessores, muitas observações colhidas sobre este assumpto, nas províncias russas e especialmente no Caucaso,

Em França, todos os sociologos se têm occupado largamente deste assumpto, do mesmo modo que os sociologos dos outros países, e nomeadamente Herbert Spencer, que, consagra á família uma parte da sua sociologia. Finalmente, na Italia, Morasso, Mazzarella. Consentini e Amadori Virgili, bem como em Hespanha, Posada e Sales y Ferre, também têm estudado o problema com profundeza e originalidade.

216. O patriarcado como a fôrma primitiva da família e da sociedade. — A theoria sobre a família primitiva que tem em seu favor uma mais larga tradição é, sem duvida, a theoria do patriarcado. Esta theoria admite na origem da sociedade familias diversas, cujos membros se encontram agrupados sob a auctoridade e protecção do mais antigo dos ascendentes masculinos. Por isso, a família apparece-nos nos inícios da evolução social como um grupo coherente, organizado monarchicamente, sob a absoluta e suprema auctoridade do pae, bastando-se a si mesma e desempenhando na sua esphera de acção as funcções do Estado. Os homens constituíam assim primitivamente grupos isolados, sob o poder do pae de família. Naturalmente o parentesco não podia seguir também senão a linha paterna. Tal é a theoria do patriarcado, como a apresentou Summer Maine, que, com Darwin e Herbert Spencer, tanto contribuiu para o desinvolvimento dos estudos sociaes na Inglaterra.

Antes, porém, de Summer Maine, a theoria do patriarchado teve um passado glorioso. Platão e Aristoteles já o formulam, o primeiro ligeiramente, o segundo com um grande desinvolvimento. Não se limitam a simples conjecturas, pois ambos estes philosophos procuram basear a theoria sobre observações reaes. Platão affirma que no seu tempo ainda havia fórmãs de sociedades correspondentes á hypothese dos grupos originaes. Aristoteles appella para o estado social dos barbaros que eram seus contemporaneos.

Durante as pesadas trevas da Edade Media, a theoria patriarchal teria tido o destino de ontras especulações gregas, se a não salvasse do esquecimento a sua harmonia com a narração biblica a respeito dos patriarchas hebreus. Mais desastroso, porém, foi para a theoria patriarchal o predomínio que, nos seculos xvii e xviii, adquiriram as theorias *a priori* do estado de natureza, que, durante muito tempo, satisfizeram a curiosidade do espirito sobre a condição originaria da humanidade. Obliterou-se, completamente, por isso, a theoria patriarchal e triurapharam soberanamente as theorias metaphysicas sobre a origem da sociedade.

O resurgimento da theoria nos tempos modernos remonta á descoberta feita por Niebuhr dos commentarios de Gaio, que, embora não tractem directamente do antigo direito romano, ainda assim permittiram dividi-lo em differentes estadios, e obter uma idéa bastante perfeita da organização social de Roma. É certo que o recurso ao direito romano podia prestar mãos serviços á theoria patriarchal, mostrando que a organização a que ella se refere pertence a uma ordem social relativamente adiantada. Mas, Summer Maine, Mommsen, Lang e Grot vieram

mostrar que o direito romano não fez mais nesta instituição, bem como nas outras, do que conformar-se com a evolução geral da humanidade.

A theoria do patriarchado não podia deixar de ser bem recebida, visto ella se harmonizar com a organização que a familia nos apresenta desde o seu apparecimento na historia. O campo das investigações era então muito acanhado, pois estudava-se o problema unicamente na grande familia aryana e sómente á luz do direito grego e indiano, com algumas referencias ás raças celticas e particularmente á Irlanda. Por outro lado, a narração bíblica dos patriarchas hebreus dava nova auctoridade á theoria do patriarchado, pois mostrava que as sociedades teriam começado por organizações familiares, como esta theoria descrevia. Finalmente, ainda concorreu para divulgar a theoria do patriarchado a idêa de que a familia é a cellula da sociedade, constituindo assim o typo ultimo e irreductível das fórmas sociaes mais simples 1.

217. Promiscuidade ou hetairismo. — A theoria do patriarchado que resistiu aos embates dos systems mais diversos, desde a antiguidade até ao nosso tempo, entrou numa phase critica com as modernas theorias sobre a origem da familia. Entre essas

¹ Gustave Le Bon, *L'homme et les sociétés*, tom. II, pag. 287 e seg.; Posada, *Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'État*, pag. 39 e seg.; Giovanni Amadori-Virgili, *L'istituto familiare nella società primordiali*, pag. 53 e seg.; Summer Maine, *Études sur Vancien droit et le costume primitive*, pag. 260 e seg.; Consentini, *La sociologie genétique*, pag. 66 e seg.

theorias, a mais radical é sem duvida, a da promiscuidade ou do hetairismo.

Segundo esta theoria, defendida por Bachofen, Lennan, Morgan, Lubbock, Giraud-Teulon, Post De Greef e Kohler, o homem, DO começo da vida social, constituía grupos, onde dominava a mais absoluta promiscuidade. As mulheres pertenciam indiferentemente a todos os homens, não se encontrando o instincto sexual sujeito a regras ou a limitações e não tendo os filhos paes particulares, mas reconhecendo como taes todos os homens que os rodeavam. O regimen da promiscuidade foi denominado por Bachofen hetairismo e por Lubbock matrimonio communal. Esta doutrina, considerada a principio com uma simples probabilidade, como um facto possível, que podia explicar a existencia do parentesco materno, acabou por ser admittida como indiscutível, tanto mais que ella conformava-se com um phenomeno paralelo, o do primitivo communismo agrario.

E o estado da promiscuidade foi de tal modo exagerado na elaboração doutrinal de que elle foi objecto, que De Greef, o eminente sociologista belga, chegou a concebê-lo por uma fôrma muito diversa da que tinha sido primeiramente admittida. Effectivamente, segundo De Greef, a promiscuidade envolve não só um desconhecimento completo dos laços de parentesco, mas tambem uma certa confusão dos sexos, não representando os vicios contra a natureza que macularam as civilizações do Egypto, da Grecia e de Roma e que continuam a subsistir no Oriente e excepcionalmente na Europa, mais do que regressos característicos para habitos ancestraes quasi universalmente diffundidos. Em favor do estado de promiscuidade ou de hetairismo, tem-se argumentado com a historia, com a ethnographia e com a sociologia.

A historia fornece testemunhos da existencia da promiscuidade em diversos povos. Assim, Strabão conta que em toda a Troglodítica as mulheres e as creanças eram possuídas em *commum*. Herodoto diz que, entre os messagetas, cada um desposava uma mulher mas que asavam todos delia em *commum*. A existencia dam costume analogo entre os antigos índios é-nos testemunhada pelas palavras do Mahabbarata, de que as mulheres de todas as classes são *communs* sobre a terra. O mesmo nos é attestado pelos historiadores relativamente aos antigos habitantes da Irlanda e da Inglaterra. Na Grecia existiu a promiscuidade até ao tempo de Cecrops, segundo se deduz do testemunho de Varrão.

A prostituição sagrada, *commum* a todos os povos antigos, tambem não póde ter outra significação se não a de ser a consagração por meio da religião do antigo regimen da *commuhão* das mulheres. Segundo refere Herodoto, na Babylonia cada mulher devia prostituir-se pelo menos uma vez na vida no templo de Venus, encontrando-se este costume tambem na Armenia e em algumas partes da ilha de Chypre, segundo narra Strabão.

Finalmente, não pôde haver duvida alguma a respeito da existencia em alguns povos do *jus pritnae noclis sociale*, em virtude do qual a mulher, no dia das suas nupcias, se entrega aos amigos e convidados, antes de pertencer exclusivamente ao marido, costume que representa indiscutivelmente um vestígio da promiscuidade primitiva. Este direito existiu, segundo Herodoto, na Lybia, e, segundo Diodoro da Sicília, nas Balearas.

A ethnographia tambem foi chamada a depôr nesta questão e os seus testemunhos foram completamente favoraveis á hypothese da promiscuidade. Effectiva-

mente, a ethnographia apresenta-nos numerosos exemplos de povos selvagens, em que as relações sexuaes se encontram dominadas pelo principio da communitate. Entre esses povos notam-se os indígenas da California, os kurumbas, os irulas (índia), cossacos zaporogos, etc. A facilidade com que as mulheres e as filhas dos selvagens se entregam aos estrangeiros e hospedes, constituo uma nova prova da promiscuidade primitiva. Muitas vezes, porém, a communitate não abrange todo o grupo social, restringe-se aos membros duma classe ou duma associação menor, ou verificasse entre todos os membros dum grupo com os dum outro grupo. É o que acontece em muitas ilhas do Pacifico, como em Tahiti, Tonga, Hawaii, Nova Zelandia, etc. Os costumes da prostituição sagrada e o *jus primae noctis sociale* tambem foram encontrados em muitos povos selvagens, como em diversas tribus da índia, da Birmania, de Madagascar, da Nova Zelandia, testemunhando assim que o estado de promiscuidade devia ter existido primitivamente entre estes povos.

A sociologia tambem não póde adoptar outra doutrina a respeito da primitiva fórma da vida sexual. Effectivamente, as primeiras sociedades, com o seu character incoherente, não permittiam a existencia dos sentimentos que constituem a base da família. O homem encontrava-se ainda muito proximo do animal e por isso só podia comprehender e admittir a satisfação bestial dos seus instinctos genesicos. Nos grupos sociaes primitivos nada ha de organizado, nada ha de definido, e por isso o mesmo devia acontecer na função genesica.

Por outro lado, a hypothese da promiscuidade é a que melhor se harmoniza com a theoria da evolução, em que se parte duma homogeneidade indefi-

nida para uma heterogeneidade definida, visto deste modo a família ser o resultado da diferenciação que se realiza no decurso do desinvolvimento das sociedades.

Finalmente, os abortos, os infanticídios, a prostituição, não se podem comprehender nos nossos meios sociais senão como a reminiscência e o resíduo dum estado anterior em que esta situação era commum a toda a sociedade. As camadas inferiores e degradadas dos nossos centros de luz e progresso, diz De Greef, mostram-nos claramente que, nos tempos primitivos, devia existir um estado familiar e moral analogo áquelle em que definha uma grande parte dos nossos semelhantes ¹.

218. Matriarchado. — Mas como é que a humanidade sáe deste estado tão baixo da evolução e chega a organizar as primeiras famílias ? Por meio do matriarchado, segundo os mesmos escriptores que defendem a promiscuidade ou o hetairismo. O matriarchado seria assim a segunda phase da evolução da família.

O matriarchado, segundo Westermack, póde tomar-se em tres sentidos. No sentido restricto, significa um systema em que o pae não é membro da família ou occupa ahi um logar subordinado e ás vezes mesmo servil. No sentido lato, constituo um systema em que o lio materno e não o pae é director da

¹ De Greef, *Introduction à la sociologie*, tom. II, pag. 131 e seg.; D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pag. 260 e seg.; Giovanni Amadori-Virgili, *L'istituto familiare nelle società primordiali*, pag. 68 e seg.; Gustave Le Bon, *L'homme et les sociétés*, tom. II, pag. 269 e seg.; Groppali, *Lezioni di sociologia*, pag. 61 e seg.

família. No sentido latíssimo, é um systema em que se admite unicamente o parentesco pelo lado das mulheres. É natural, como observa Westermack, que uma palavra com significações tão diversas, seja uma fonte constante de equívocos e de confusões, sendo para desejar que se restringisse o seu uso a limites convenientes. A tendencia nos escriptores que admittem o matriarchado, como a segunda phase da evolução da família, é para o considerarem um systema de organização familiar em que o homem é privado do patrio poder e do poder marital. A supremacia que a mulher teria na família determinaria, como consequencia natural e necessaria, o parentesco pela linha materna, que seria deste modo um character secundario do matriarchado.

Assim, Bachofen sustenta que as mulheres, querendo sair do estado de abjecção em que se encontravam, por causa da promiscuidade primitiva, se revoltaram, estabelecendo uma sociedade caracterizada pela supremacia da mulher e pelo parentesco materno. Esta explicação do apparecimento do matriarchado foi vivamente combatida por as mulheres não terem a possibilidade de reivindicar os seus direitos e de se revoltar contra um costume inveterado, admittido desde tempos immemoriaes. A historia não nos apresenta exemplo algum de as mulheres terem reivindicado os seus direitos, e a sujeição absoluta em que se encontram as mulheres entre os selvagens constituo um obstaculo invencível a qualquer tentativa neste sentido.

D'Aguanno, por isso, dá outra explicação do apparecimento do matriarchado. Segundo este escriptor, o matriarchado appareceu como consequencia do desinvolvimento dos affectos domesticos, á medida que o grupo social se torna mais compacto e defi-

nido, em virtude da convivencia. A mãe começou então a ministrar os seus primeiros cuidados aos filhos, formando-se assim, sem revoltas e sem reivindicações, pequenos nucleos, que eram as famílias, estabelecidos e organizados, em harmonia com os princípios do matriarchado. Os filhos, que eram creados pela mãe, recebendo os maiores carinhos, não podiam deixar de ficar ligados a ella por uma forte dedicação, radicando-se, no meio da promiscuidade, a auctoridade domestica na pessoa da mãe, relativamente á qual o vinculo da consanguinidade era certo e de facil reconhecimento. É daqui que deriva a origem do matriarchado, que cbega a constituir-se definitivamente, quando se tornaram mais fortes e íntimos os laços que prendiam os filhos á mãe, fazendo com que estes não se separassem delia, senão numa idade cada vez mais adeantada. A família adquiriu então a cohesão e a força duma verdadeira sociedade, distinguindo-se, pela solidez dos seus vínculos, do grupo social em que ella se acabava de formar.

Mas, as explicações do apparecimento do matriarchado não ficaram por aqui, pois o materialismo historico tambem procurou dar, em harmonia com a sua doutrina do determinismo economico a razão do apparecimento do matriarchado. Mas, neste campo, é tambem difficil encontrar accordo entre os escriptores.

Assim, Loria intende que a producção se reduzia então toda á agricultura e que esta se encontrava exclusivamente confiada ás mulheres, dedicando-se os homens ás funcções improductiveis, como era a guerra. Ora, sendo o nucleo da producção primitiva constituído pela mulher, era natural que ella viesse tambem a formar o centro em volta do qual se agra-

passem os membros da família primitiva. A mãe devia, por isso, tornar-se a base das relações de parentesco, de filiação e de poder domestico, E, deste modo, a organização materna da família primitiva assenta sobre um fundamento essencialmente economico.

Bebei, pelo contrario, faz derivar a condição superior da mulher, que originou o matriarchado, do character rudimentar da producção primitiva, em que se não differenciam as funcções masculinas e as fnncções femininas, que deste modo vêem a ser equivalentes.

Brentano, por sua vez, considera o matriarchado, como o resultado do predomínio feminino na economia privada. Com os progressos da agricultura, da pastoricia e dos instrumentos do trabalho, o homem torna-se o unico productor e constitue-se a propriedade individual, e esta ao mesmo tempo que determina a aversão pela organização matriarchal, fornece tambem os meios de a derruir, tornando possível a conquista ou a compra da esposa. Surge a escravidão, o rapto das mulheres, e, por ultimo, como epilogo desta radical evolução, o homem victorioso e prepotente estabelece para a sua descendencia o parentesco paterno.

Mas, qnalquer que seja a explicação que se dê do apparecimento do matriarchado, o que está fóra de duvida para estes auctores é a existencia desta instituição como fórmula primitiva da organização da família e da sociedade. Encontram-se numerosos vestígios delia no começo dos tempos historicos sob a fórmula de mythos, de lendas ou costumes admitidos desde a mais remota antiguidade. No Egypto, o mais antigo culto divino tinha por objecto uma densa, a rainha gozava de prerogativas especiaes

relativamente ao rei, o direito regio justificava-se com a genealogia materna e as mulheres tinham: grande auctoridade no seio da família. Entre os arianos, o filho chamava-se *sunus*, gerado, o que prova ser conhecida unicamente a genealogia feminina. No Mahabarata ha orna passagem donde se deduz que, numa das raças indígenas, a dynastia regia descendia pela linha feminina. No *Genesis*, Abrahão desposa a irmã Sara, reconhecendo ser legitimo este facto por ella não ser filha da mesma mãe.

A tradição das Amazonas, mulheres guerreiras que commandavam hordas numerosas, commum a muitos povos antigos, tambem constitue um vestígio do matriarchado. A fabula de Orestes, que matou a mãe para vingar a morte do pae, assassinado por esta e que teve no julgamento o voto contrario das Eumenides, que reputavam o vinculo materno superior ao paterno, deplorando depois a sua absolvição, obtida por intervenção de Apollo e Minerva, como contraria ás antigas leis, reflecte tambem evidentemente a influencia do matriarchado. Entre os etruscos, as inscrições funerarias quasi nunca contêm o nome do pae do defuncto, mas o da mãe.

A família baseada sobre a maternidade é commum a muitos selvagens. Um exemplo perfeito do matriarchado foi encontrado pelos portugêses quando se estabeleceram na costa de Malabar. Effectivamente, ahi a mulher tinha varios maridos, que eram consirderados como hospedes no seio da família, sendo ella que dirigia os negocios domesticos e exercia a auctoridade sobre os filhos. Em Sumatra, ha uma especie de casamento, em que a mulher compra o marido, ficando este tendo na família da esposa uma função subordinada. No momento da descoberta da

America, era regra geral nesta parte do mundo a familia baseada sobre a maternidade.

Ha ainda uma prova do matriarchado no costume da *couvade*, que apparece em diversos paizes e de que se encontram vestígios na antiguidade. Segundo este estranho costume, são prodigalizados ao marido todos os cuidados antes e depois do parto das mulheres, como se fosse elle o parturiente.

É um parto fictício, tendo por fim obter o reconhecimento da paternidade numa epocha em que ella não era admittida ¹.

219. Matrimonio ambiliano — As investigações nltimamente feitas sobre o matriarchado levaram a determinar e a precisar a condição jurídica do marido na família organizada em harmonia com este typo social.

Segundo Post, os systemas fundamentaes a respeito da condição jurídica do marido, quando se consideram as sociedades humanas, no sen complexo, podem reduzir-se a quatro: no primeiro, o marido, por effeito do matrimonio, passa a fazer parte da familia da' mulher; no segundo, cada um dos conjuges continua a fazer parte da familia propria; no terceiro, o marido permanece na familia de origem, da qual vem a fazer parte a mulher; no quarto, ambos os conjuges se destacam das respectivas famílias e constituem uma familia nova e autonoma.

¹ D'Aguanno, *Genesi e evoluzione del diritto civile*, pag. 264 e seg.; Letourneau, *Évolution du mariage et de la famille*, pag. 394 e seg.; Loria, *La sociologia*, pag. 276; Amadori Vir-gilii, *L'institute familiare nelle società primordiali*, pag. 54 e seg.; Westermarck, *Le matriarcat*, nos *Annales de l'Institut international de sociologie*, tom. II, pag. 114.

Ora, nem todos estes typos matrimoniaes são compatíveis com os princípios sobre os quaes se funda a organização das sociedades matriarchaes. Só os dous primeiros typos é que são compatíveis com o matriarcado, porque sómente nelles o marido se encontra privado do poder patrio e do poder marital, privação que constituo o facto essencial e característico da organização matriarchal. Só estes dous systemas é que são praticados nas populações que apresentam, na sua organização social, mais largos traços do matriarchado.

Os dous ultimos typos suppõem que o marido ou o chefe da família a que elle pertence adquirem um poder sobre a mulher e sobre a prole, mais ou menos extenso, segundo o grau de desinvolvimento social dos povos que os admittem, sendo, por isso, inteiramente incompatíveis com o regimen do matriarchado. E, effectivamente, estes typos encontram-se nas populações organizadas patriarchalmente, ou nas populações que seguem o systema cognaticio ou bilateral de parentesco e que já sahiram, ha muito tempo, do estado puramente matriarchal da sua evolução, ou em populações que atravessam uma phase de transição do matriarchado para o patriarchado ou para a cognação.

Por outro lado, dos dous primeiros typos, o segundo encontra-se em toda a sua pureza unicamente entre os menangkabaos do centro da Sumatra e em algumas tribus da America do Norte. E, embora appareçam sobrevivencias delle, quasi esporadicamente, em varias populações, a área da sua diffusão é relativamente restricta e por isso esse typo não póde considerar-se como um phenomeno de índole geral, como a expressão dum estadio necessario do desinvolvimento do casamento, tanto mais que elle

parece constituir simplesmente uma derivação das fórmulas do primeiro typo.

Este, pelo contrario, apresenta uma área de diffusão muito extensa, encontrando-se adoptado por povos pertencentes a quasi todos os grupos ethnicos fundamentaes, havendo, por isso razão para suspeitar que elle constitue um phenomeno geralmente diffundido no puro matriarchado. Ora, a fórmula mais saliente e característica deste systema é a do *ambil anak*, seguido pelos *malasios* e cujo caracter essencial é constituído pela posição subordinada, até mesmo servil, que occupa o marido relativamente á mulher, de que elle vem a fazer parte por effeito do casamento.

São inteiramente afins do *ambil anak* várias outras fórmulas matrimoniaes, que differindo d'elle relativamente a elementos importantes, apresentam comtudo mais ou menos accentuadamente o caracter fundamental do *ambil anak*, isto é, o vinculo de dependencia do marido relativamente á familia da mulber.

A cada uma destas fórmulas matrimoniaes que apresentam este caracter essencial, dão Mazzarella e Amadori Virgillii a denominação de matrimonio ambiliano, que, deste modo, comprehende o *ambil anak* e as fórmulas congeneres.

Mazzarella estuda o matrimonio ambiliano no seio dos povos onde elle se encontra na sua fórmula para, chegando á conclusão de que as instituições ambilianas puras apparecem tanto mais diffundidas num povo, quanto mais numerosos e caracteriscos são os vestígios que o matriarchado deixou nesse povo. Esta doutrina, porém, não demonstra que o matrimonio ambiliano se encontre universalmente admittido na epocha matriarchal, visto as fórmulas ambilianas puras existentes não serem sufficientemente numerosas

para auctorizar tal conclusão. Com o fim de determinar os limites da diffusão do *ambil* no matriarchado, Mazzarella estudou um complexo bastante numeroso de phenomenos, onde a analyse paciente e demorada revela a existencia de outras tantas sobrevivencias do matrimonio ambiliano. E assim faz entrar DO quadro das populações do typo ambiliano um grande numero de povos pertencentes a todas as raças e dispersas sobre toda a superficie da terra, muitos dos quaes atravessaram já ha muito o estadio matriarchal da sua evolução, nada fazendo suspeitar á primeira vista a existencia de vestígios do matrimonio ambiliano entre elles. E, deste modo, Mazzarella chega á conclusão final, de que o matrimonio ambiliano foi universalmente seguido no periodo do matriarchado puro, sendo até esta a unica fórma matrimonial admittida naquella obscura e remotíssima phase da evolução social da humanidade ¹.

220. Passagem do matriarchado para o patriarchado — Mas como é que se passa do matriarchado para o patriarchado, que constitue, segundo a nova theoria, a terceira phase da evolução da família ? Por outras palavras, como é que o pae se torna chefe da familia e consegue substituir o parentesco paterno no parentesco materno ?

Giraud Teulon recorre á theoria dos grandes homens para explicar esta transformação social. Foi um homem de genio, um bemfeitor da humanidade

¹ Mazzarella, *La condizione giuridica del marito nella famiglia matriarcale*, na *Rivista de storia e filosofia del diritto*, tom. II pag. 81 e seg.; Giovanni Amadori Virgili, *L'Instituto familiare nelle società primordiale*, pag. 60 e seg.

que teve pela primeira vez a idéa de dar o seu nome a um filho, Bachofen tambem não è mais feliz na explicação que dá deste facto, toda imbuída dum sabor metaphysico. A apparição da noção de paternidade é uma conquista do espirito sobre a natureza sensível e o seu progresso victorioso eleva o homem acima das leis da vida material. Se o principio do matriarchado é commum a todas as espheras da creação terrestre, o homem, attribuindo um maior valor ao poder procreator, sáe da sua antiga sujeição e adquire a consciencia da sua funcção superior. Pelo principio espiritual da paternidade, rompe as cadêas do tellurismo e ergue-se para as regiões mais elevadas do cosmos. Estas explicações não satisfizeram os adeptos da nova theoria, e por isso elles procuraram dar uma nova explicação da passagem do matriarchado para o patriarchado. Foi o que fizeram Gustave Le Bon e D'Aguanno, segundo os quaes a transformação do matriarchado no patriarchado teria sido a consequencia da escravidão. Quando a vida da sociedade foi melhorando, substituiu-se á morte dos vencidos a sua escravidão, sendo natural que as mulheres escravas servissem para satisfazer os instinctos sexuaes do vencedor, que devia conservá-las como proprias, e com exclusão de qualquer outro. Os filhos procreados deste modo consideravam-se propriedade do pae, que se julgava com o direito de dispôr delles, como dos outros escravos. Assim, se constituo a primeira fôrma da sociedade paterna, não baseada em sentimentos de affeição, mas na força e na condição abjecta da mulher.

Esta fôrma de sociedade devia obter bom acolhimento, visto todos terem interesse em possuir individualmente uma ou mais mulheres das outras tribus,

pois esta nova especie de presa satisfazia, no mais alto gráo, o amor proprio, pela bravura que era necessario empregar para a capturar e pelos serviços que prestava. Assim se chegou a estabelecer o costume de raptar mulheres ás tribos vizinhas, quando se não podiam conquistar na guerra.

Depois, a sociedade matriarchal primitiva foi-se pouco a pouco transformando, com a introdução no seu seio das famílias baseadas sobre a paternidade. Estas, com o desinvolvimento obtido pelo grande numero de mulheres, de filhos e de outros indivíduos submettidos á auctoridade do chefe de familia, destacaram-se da sociedade matriarchal e começaram a ter uma vida autonoma e independente. E, como a familia, assim destacada do tronco matriarchal, se desinvolve pela multiplicação dos seus membros, que, reconhecendo, as vantagens da nova communitade, ficam sob a auctoridade do chefe commum, apparece uma nova sociedade, tendo por chefe o ascendente mais antigo, isto é, a sociedade patriarchal ¹.

221. Critica da serie — promiscuidade, matriarchado e patriarchado. — Apesar de todos os argumentos que se apresentam, a hypothese da promiscuidade não se póde por fórma alguma considerar provada. Westermack demonstrou que a maior parte das asserções relativas ao estado de promiscuidade eram erroneas e que muitas das outras provas, referentes principalmente aos povos antigos, devem ser recebidas com grande reserva.

¹ D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pag. 271 e seg.; Gustavo Le Bon, *L'Homme et les sociétés*, tom. II, pag. 294 e seg.; Starcke, *La famille primitive*, pag. 240.

São numerosas as contradicções dos escriptores, não sendo raro que um povo, considerado por um viajante como vivendo no estado de promiscuidade, venha a ser apresentado por outros como notavel pelo seu amor de família e pelo sentimento de fidelidade conjugal até á morte. Os viajantes nem sempre se encontram em condições de conhecer bem os costumes e as instituições dos povos que visitam, tornando-se necessario combinar os seus testemunhos para apurar a verdade. Muitas vezes a frequencia do divorcio e a ausencia da cerimonia do casamento têm levado a admittir em alguns povos o estado de promiscuidade, quando a conclusão a tirar seria a da falta do casamento no sentido europeu da palavra.

A ethnographia entre os antigos encontrava-se mal estudada, e por isso os seus conhecimentos sobre as tribus barbaras ou selvagens deviam ser muito imperfeitos e incompletos. Plínio, no mesmo capitulo onde affirma que os garamantes viviam no estado de promiscuidade, falia duma outra tribu africana, cujos membros não tinham cabeça e apresentavam a bocca e os olhos no peito. Herodoto contradiz-se, pois affirma que os messagetas desposam uma mulher e usam de todas em commum, quando este facto se deve considerar antes como um exemplo de excessiva dissolução, perfeitamente compatível com o caracter grosseiro da moral primitiva.

Mas ainda mesmo que todas as affirmações dos escriptores, a respeito da promiscuidade fossem verdadeiras, ainda assim não seria licito considerar este estado como uma phase pela qual tem passado toda a humanidade. São casos inteiramente excepçoes e sobre elles não póde assentar uma conclusão geral e absoluta. Por causas especiaes como

a falta de mulheres, póde-se ler imposto a nm povo, por exemplo, aos fuegíanos, o hetairismo, mas a propria relatividade da causa demonstra a não universalidade do facto.

Nada auctoriza a considerar a promiscuidade como o regimen sexual da vida primitiva do homem, pois ha numerosos povos selvagens e barbaros nos quaes as relações sexuaes fóra do casamento se produzem raras vezes, sendo a impudicia da mulher considerada mesmo como uma vergonha e como um crime. Parece até que o contacto com civilizações mais elevadas tem sido prejudicial para a moralidade dos povos selvagens, desinvolvendo a irregularidade e a desordem das suas relações sexuaes. Por outro lado, a promiscuidade é rara nos vertebrados superiores, o que constituo uma presumpção muito forte contra a existencia da promiscuidade, como um estado primitivo e necessario das uniões sexuaes da humanidade.

A prostituição sagrada, que se apresenta como uma reminiscencia da promiscuidade, não pôde ter esta interpretação, porquanto aquelle costume faz parle do culto pballico, que unicamente apparece em povos que já abandonaram, ha muito, o estado primitivo. É a voluptuosidade genesica que faz surgir mythos e templos em honra do instincto sexual personificado e deificado, e desinvolve costumes estranhos em harmonia com a moralidade de então.

O *jus primae nocti sociale* coordena-se com o direito que tem o marido de emprestar a mulher, derivado do conceito que delia se fórma nas sociedades primitivas. A mulher nestas sociedades não passa duma cousa, dum animal, sobre que o homem tem um poder absoluto. Nestas condições, o *jus primae noctis sociale* póde considerar-se simplesmente

como um acto de boa educação e de amizade, tornado obrigatorio pelo costume.

A mesma explicação se póde dar do *jus noctis* do estrangeiro, pois este direito é unicamente devido ás idéas dos selvagens a respeito da hospitalidade. Westermack nota contra a interpretação do *jus noctis* do estrangeiro, como um vestígio da promiscuidade, que não se cede ao hospede unicamente a mulher mas tambem a filha. Esta consideração, porém, não tem valor algum, pois a promiscuidade póde estender-se a todas as mulheres.

Mas a hypothese da promiscuidade não sómente não se encontra provada, como se oppõe a todas as idéas que podemos formar do homem primitivo. Summer Maine apresentava contra esta hypothese o facto da promiscuidade ser muito desfavoravel á fecundidade. Ora, a infecundidade, no meio de povos perpetuamente em lucta, determinaria a fraqueza e a destruição. E Darwin nota que, segundo o que sabemos do ciume de todos os quadrupedes machos, é quasi impossivel ter a promiscuidade prevalecido em alguma phase do desinvolvimento do homem.

Effectivamente, a promiscuidade é inteiramente incompativel com o sentimento do ciume commum aos mammiferos e predominante dum modo universal na humanidade. Giraud Teulon e Gustave Le Bon affirmam que o ciume é desconhecido de quasi todos os povos não civilizados, mas esta asserção é absolutamente erronea. É certo que os selvagens têm o costume de ceder e de prostituir as suas esposas, mas esse costume não é incompativel com o ciume que, como o amor, não apresenta em todos os povos o mesmo character. Uma mulher casada não póde cohabitar com outro homem sem auctorização do marido, mas esta auctorização è concedida como um

acto de hospitalidade ou de amizade ou como um meio de lucro. O ciúme primitivo tem por isso um carácter reflexo, derivado do pensamento que tem o macho duma possível violação do seu poder sobre a mulher. Não é fundado de modo algum sobre o affecto, pois do contrario não se poderia explicar a mísera condição da mulher relativamente ao homem.

As condições do meio ambiente social primitivo também não exigem necessariamente a promiscuidade. Nada ha nelle que possa impedir o homem de ter uma ou mais mulheres individualmente. É pouco natural que os homens fortes, que tivessem conseguido obter as mulheres mais convenientes ao seu gosto, concedessem voluntariamente aos seus rivais uma parte da sua preciosa presa.

A hypothese da evolução não fica prejudicada com a não admissão do estado da promiscuidade primitiva, pois nem por isso a família deixa de ser o resultado, neste caso, duma longa e progressiva evolução. Muitos evolucionistas mesmo, como Herbert Spencer e Letourneau, rejeitam a promiscuidade. As desordens sexuaes que se encontram nas sociedades modernas podem ser o resultado do regresso a um estado de moralidade inferior, como seria a do homem primitivo, sem que seja necessario para as explicar a admissão do regimen da promiscuidade. Por conseguinte, podemos concluir com Westermack, a hypothese da promiscuidade, em lugar de pertencer, como pensa Giraud Teulon, á classe das hypo-theses scientificamente permittidas, não tem base nenhuma real e é essencialmente anti-scientifica. Do mesmo modo, concluiu também Grosse, sustentando que a hypothese da promiscuidade obrigatoria se deve considerar definitivamente refutada.

A theoria do matriarchado não se póde tambem considerar verdadeira. Effectivamente a theoria matriarchal funda-se unicamente sobre vagas presumpções. Os seus sectarios nem mesmo podem adduzir em defesa de tal doutrina que o matriarchado apparece nas raças selvagens mais grosseiras e inferiores. Nos índios da America e nos negros da Africa observa-se que o systema patriarchal é seguido pela maioria das tribos mais inferiores.

Os sociologos que lêem escripto sobre a historia primitiva têm commettido frequentemente o erro de inferir da existencia duma instituição entre alguns povos selvagens, a soa universalidade num certo periodo do desinvolvimento da humanidade. Ora, do facto de se ter encontrado o matriarchado em alguns povos selvagens não se pôde de modo algum concluir que elle seja uma phase necessaria da evolução da familia.

O matriarchado poder-se hia admittir, desde o momento em que as causas da sua existencia pudessem ter actuado universalmente na vida passada da humanidade. As causas da existencia do matriarchado apresentadas pelos escriptores que defendem esta instituição não podem ter tal character, e por isso não ha razão para acceitar este typo de organização familiar como uma phase necessaria da evolução social. Todos os factos historicos e ethnographicos levam a admittir a influencia decisiva do homem na sociedade e na família, desde os tempos primitivos. O materialismo historico esquece que na vida economica primitiva o predomínio devia ter pertencido ao homem, visto então as fórmulas unicas da producção terem sido a pesca e a caça.

O homem no estado selvagem não é tão indifferente ao bem estar da sua família e dos seus filhos,

como geralmente se suppõe. É por isso que os deveres paternos se encontram reconhecidos em todos os povos, ainda os de civilização mais inferior, como já tivemos occasião de observar. Os miseraveis Bock Veddas de Ceylão, segundo Emerson Tennent, reconhecem a obrigação marital e o dever de sustentar as suas famílias.

A instituição da *couvade*, em que tanto se tem insistido, também não se póde considerar como um vestígio do matriarchado. Effectivamente, segundo Starck e outros escriptores, approximando a *couvade* de certos costumes cuja significação é clara e evidente, verifica-se que ella não foi estabelecida nem em beneficio da mãe, nem em beneficio do pae, visto ter por fim unicamente o interesse do filho, ao qual se julgava transmittir a bravura paterna, dando ao pae occasião de a manifestar, pois era necessario ter uma grande coragem para supportar prescripções tão numerosas e tão duras.

Finalmente, os escriptores que defendem o matriarchado cáem numa grave contradicção, pois, por um lado, collocam nas primeiras fôrmas da sociedade uma organização familiar que attribue a supremacia á mulher e, por outro, descrevem os costumes primitivos com côres muito carregadas. Ora, como adverte Tarde, o reconhecimento da auctoridade da mulher por sêres mais fortes do que ella só póde explicar-se por um grande desinvolvimento do amor ou da piedade filial.

Tudo leva a crêr, como conclue Grosse, que os casos de matriarchado constituem verdadeiras anomalias e excepções ¹.

¹ *L'annè sociologique*, vol. I, pag. 332; Virgílii Amadori, *L'istituto familiare nelle società primordiali*, pag. 72 e seg.;

222. O clan. — Para se poder estudar a constituição primitiva da família, livre das hypotheses da promiscuidade e do matriarchado que a obscurecem e dificultam, torna-se necessario conhecer a organização e a estructura do clan.

Segundo Durkheim, o clan é um grupo de individuos qe se consideram parentes entre si, mas que reconhecem o parentesco exclusivamente por um signal particular: terem o mesmo *totem*. O *totem* é um sêr, animado ou inanimado, mais geralmente vegetal ou animal, de que o grupo se reputa descendente e que lhe serve simultaneamente de emblema e de nome collectivo. Se o *totem* é um lobo, todos os membros do clan crêem haver tido um lobo por antepassado, e conseqnientemente ter cada um ainda em si alguma cousa de lobo. E por isso adoptam para si esta denominação: são Lobos.

Assim definido, o clan é uma sociedade domestica, visto ser formada por pessoas que se consideram procedentes da mesma origem, mas distingue-se das outras sociedades desta natureza, pelo facto do parentesco se fundar unicamente na comunidade do *totem* e não em relações de consanguinidade definidas. Os membros do clan são parentes, não por serem irmãos, paes, primos, uns dos outros, mas porque usam todos o nome de tal animal ou de tal planta.

Westermack, *Origine du mariage dans L'espèce humaine*, pag. 57 e seg.; Westermack, *Le matriarcat*, nos *Annalet de l'Institut de sociologie*, tom. II, pag. 123 e seg.; Starckè, *La famille primitive*, pag. 249 e seg.; Tarde, *Transformations du droit*, pag. 40 e seg.; Letourneau, *L'évolution du mariage et de la famille*, pag. 46 e seg.

O clan parece ter sido universal. Todas as sociedades, nota Durkheim, passaram por esta organização ou nasceram doutras que tinham primitivamente passado por ella. O clan celtico, o *rod* dos eslavos, os *Geschlechtes* germanicos constituem vestígios historicos dos antiquíssimos agrupamentos totemicos. Robertson Smilh demonstrou que os hebreus, do mesmo modo que todas as populações semitas, praticaram o totemismo. Kobler tambem intende que o clan com a organização totemica é a instituição mais antiga que se conhece, tendo, porém, com a família relações evidentes, visto o *totem* ser honrado como um antepassado do grupo.

O parentesco do clan é superior a todas as relações de consanguinidade. É d'elle que derivam os unicos deveres domesticos que a sociedade sanciona, os unicos que têm importancia social. Algumas vezes, o clan, como o clan australiano, comprehende no seu seio familias restrictas, formadas dum homem; da mulher ou das mulheres com que elle vive e dos seus filhos menores; mas estas familias constituem grupos privados que os indivíduos fazem ou desfazem á sua vontade, sem que precisem de se conformar com alguma norma definida. A sociedade não intervem na sua organização. Os indivíduos que compõem o clan não só se consideram descendentes dum antepassado commum, mas tambem sustentam relações uns com os outros identicas ás que em todos os tempos foram consideradas características do parentesco. É o que acontece relativamente á vindicta, que foi considerada sempre um dever dos parentes e que incumbia ao clan ¹.

¹ Durkheim, *La prohibition de l'inceste et ses origines*, no *Année sociologique*, tom. I, pag. 2 e seg.; Giovanni Amadori

223. Exogamia. — Um dos institutos mais característicos do clan é a exogamia — regra em virtude da qual é prohibido aos membros dum clan unirem-se sexualmente entre si. Este costume é muito geral e por isso não admira que se tenham apresentado as theorias mais diversas para o explicar.

Mac Lennan intende que a exogamia foi o producto do infanticídio systematico das mulheres nas sociedades primordiaes, originado e justificado pelo facto das mulheres constituírem um pesado encargo para as organizações primitivas, que não tenham meios sufficientes para as sustentar. A pratica do infanticídio foi muito limitada e por isso não se póde fazer derivar desta causa um effeito tão geral. E se, effectivamente, a exogamia tivesse esta causa, é claro que ella nada remediaria, visto ser tambem difficil encontrar mulheres nos outros clans. E sempre ficaria por demonstrar a razão por que se prohibiu o tomar como esposas as mulheres que existiam em pequeno numero no mesmo clan.

Herbert Spencer faz derivar a exogamia do facto de ser considerado, como um grande guerreiro e respeitado com a publica consideração, aquelle que conseguia obter uma mulher, por meio do rapto violento, noutro clan. O desejo de imitação e de emulação tornou depois este costume geral. Tal explicação não mostra como este uso se transformou, com o tempo, numa prohibição rigorosa de apropriar as mulheres do proprio clan.

Virgili, *L'instituto familiare nelle società primordiale*, pag. 99 e seg.; Kohler, *Zur Urgeschichte der Ehe, Totemismus, Gruppenehe, Mutterrecht*, no *Année sociologique*, tom. I, pag. 306 e seg.

Morgan e Steinmetz fazem derivar esta proibição do conhecimento que os primeiros homens tiveram dos efeitos prejudiciaes dos casamentos entre consanguíneos, pelo que diz respeito á selecção natural.

Mas, os homens primitivos não podiam ter este conhecimento, visto ainda não haver a idéa da consanguinidade natural. A irreflexão e a violencia dos povos primitivos estão em desharmonia com a idéa dos resultados prejudiciaes das uniões consanguíneas, os quaes hoje são muito contestados pela sciencia.

Bachofen attribue a exogamia ao facto dos homens unicamente poderem apropriar as mulheres raptadas nas tribus estrangeiras, visto relativamente ás outras dominar o regimen da commnidade. Ter-se-hia assim formado um prejuízo desfavoravel aos casamentos endogamicos. Esta explicação basêa-se na hypothese do hetairismo, qne está longe de se poder considerar provada.

Starcke considera a exogamia uma consecuencia do conceito primitivo que faz da mulher a propriedade do homem. Procurava-se, por este modo, evitar que a mãe se tornasse propriedade do filho. Esta explicação tambem não é satisfactoria. porquanto a exogamia não se limita á mãe e ao filho sómente, e apparece antes de se reconhecer uma verdadeira e propria relação de filiação por toda a vida.

Westermack, seguido por Schmoller, explica a exogamia pela aversão dos selvagens pelo incesto, não como acto immemorial, mas por a convivencia contínua deprimir a excitação sexual. A exogamia teria sido estabelecida para evitar estes incestos, não determinados pelo criterio do parentesco, mas pelo da convivencia unicamente. Não se comprehende, porém, como um sentimento, tão puramente individual, e que nada podia interessar á sociedade de

então, tenha dado lugar a uma proibição sancionada com penas tão graves, sendo até em alguns países punidos os transgressores com a pena de morte. Depois, este effeito da convivencia sobre o instinto sexual representa um tal refinamento da sensibilidade, que é para duvidar que se tenha verificado nos homens primitivos.

Por sua vez, Loria intende que a exogamia foi um resultado das exigencias imprescindíveis da produção nos primeiros tempos. Effectivamente., a exogamia circumscreve os primeiros grupos familiares, que ficam rigorosamente delimitados com a proibição imposta aos seus membros de se unirem entre si matrimonialmente. Ora, esta delimitação torna mais facil organizar no seio de cada um dos grupos uma efficaz associação do trabalho. Além disso, a exogamia serve ainda para ampliar vantajosamente os grupos domesticos, pois, quando o marido deixa o seu grupo para vir habitar com a mulher, dá-se um augmento numerico no grupo familiar a que pertence a mulher. Este augmento é de grande utilidade, porque torna possível uma mais ampla divisão e associação do trabalho, que desinvolve a sua efficacia e productividade. Segundo Loria, por isso, a verdadeira razão da exogamia é a de ella ser um expediente destinado a circumscrever e a augmentar numericamente os primitivos grupos familiares e a desinvolver, por conseguinte, a sua força productiva.

É pouco admissível, porém, que os homens primitivos tenham organizado o instituto da exogamia, como meio de obter e conseguir uma maior força productiva. Uma tão rigorosa regulamentação do trabalho, tão ferozmente sancionada, briga inteiramente com o character da vida social de então, ainda

incerta e vacillante na maior parte dos seus aspectos. Não se concebe como a exogamia possa ter favorecido a divisão do trabalho, desde o momento em que não se encontra relação alguma de causa e efeito entre os dous phenomenos. E, como a exogamia se dava em todos os clans, não podia verificar-se um augmento numerico delles, por effeito daquella instituição, mas só orna troca continua de indivíduos entre estes grupos.

Amadori Virgili explica a exogamia como a consequencia da suprema necessidade de manter as pequenas sociedades primitivas solidamente unidas, evitando as luctas intestinas, que teriam determinado a posse da mesma mulher. Estas luctas seriam profundamente prejudiciaes, tractando-se dum organismo debil e fraco, que precisava de toda a energia possivel para reagir contra as forças do ambiente e contra os outros grupos sociaes.

Esta explicação que dá Amadori Virgili da exogamia tambem não nos parece accetavel, pois, se esta instituição podia evitar as causas internas de dissolução do clan, podia provocar as luctas com os clans vizinhos, que ainda podiam ser mais prejudiciaes. Por outro lado, a exogamia encontra-se tão intimamente ligada com a constituição organica do clan, que ella não póde ter uma explicação em conveniencias mais ou menos admissíveis destes grupos sociaes,

Parece-nos, por isso, que a explicação mais accetavel da exogamia é a apresentada por Durkheim, que filia esta instituição no totemismo. Os membros do clan eram parentes por julgarem que tinham a mesma origem e reconheciam este parentesco pelo nome da tal planta ou animal que usavam. Conside-ravam-se como constituindo um só sangue, uma só

carne, que era a do ser mythico donde descendiam. Nestas' condições, comprehende-se, que, em virtude do parentesco *tolemico*, um homem que pertence ao clan do Lobo, por exemplo, não se possa unir a uma mulher do mesmo clan ou a uma mulher dum clan differente, se o clan usa o mesmo *totem*. É isto o que se tem observado.

Se os clans duma mesma tribo têm sempre e necessariamente *totems* distinctos—visto elles não se poderem distinguir um dos outros por outra fórma — já assim não acontece com os clans pertencentes a tribus differentes. Ora, qualquer que seja a tribo, entre dous indivíduos do mesmo *totem* são absolutamente prohibidas as relações sexuaes.

Segundo a maior parte das narrações, esta prohibição applica-se a todas as relações sexuaes. Alguns observadores notam que, em certas sociedades, só estão sujeitos a esta regra os casamentos regulares. Mas, além destes testemunhos serem a excepção, a verdade é que primitivamente não podia haver esta restricção á lei da exogamia, pela simples razão de que não havia ainda criterio para distinguir uma união regular duma união livre ¹.

224. O totemismo e o parentesco materno. — O totemismo explica tambem satisfactoriamente o parentesco materno, a respeito de cuja existencia num certo periodo do desinvolvimento da humanidade não

¹ Durkheim, *La prohibition de l'incest et ses consequentes*, no *Annie sociologique*, tom. I, pag. 3 e seg.; Amadori-Virgili, *L'istituto familiare nelle società primordiali*, pag. 100 e seg.; Loria, *La sociologia*, pag. (78 e seg.); Westermarck, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, pag. 340 e seg.; Starke, *La famille primitive*, pag. 210 e seg.

póde haver duvida alguma. Effectivamente, por um lado, quanto mais rudimentares são as sociedades, tanto mais predomina o clau materno. É mui geral na Australia, onde se encontra quatro vezes sobre cinco. É mais raro na America, onde a proporção não é senão de tres ou mesmo de dous para um. Ora, os Pelles-Vermelhas attingiram um estado social sensivelmente superior ao dos australianos. Nunca se dá a transformação dum clan paterno num clan materno, tendo-se, porém, effectuado frequentemente a transformação inversa.

Por outro lado, é um principio geral que ninguem póde ter dous totems ao mesmo tempo. O individuo que participasse simultaneamente de dons *totems* seria um ser hybridado, um monstro inconcebível. Não se pôde ser ao mesmo tempo um lobo e uma lebre, uma tartaruga e uma serpente. Mas, em virtude da exogamia, os dous esposos não podem ter o mesmo *totem*. Por conseguinte, o filho deve pertencer exclusivamente ao *totem* do pae ou da mãe, E, como do *totem* depende o parentesco, este ou ha de ser estritamente agnatico ou puramente uterino, não se podendo possuir duas famílias, porque se não podem ter dous *totems*. De modo que a filiação tinha necessariamente de ser unilateral. Em face, porém, da precedencia que tem o parentesco uterino relativamente ao masculino, parece indiscutível que o *totem* se transmittia pela linha materna.

A filiação uterina, como nota Durkheim, vae sendo abalada pela lei da exogamia, combalida com o uso segundo o qual a mulher deve viver com o marido. Deste modo, cada clan deixa estabelecer fóra da sua área gerações que lhe pertencem, recebendo outras que lhe são estranhas. Dahi uma troca constante de população, um movimento de integração e de

desintegração entre os clans, que havia de trazer como consequencia o enfraquecimento do grupo totemico.

É que as fracções de clans diversos que se encontram assim rennidas num mesmo lugar e vivem uma mesma vida, fórmam uma nova sociedade, independente do *totem*. Á medida que ellas se desinvolvem vae assumindo um caracter secundario a organização do clan, que deste modo tende a desaparecer.

Ao mesmo tempo os filhos encontram-se sob a dependencia dos parentes paternos, e conservam-se por isso afastados do clan da mãe. Por todas estas causas, o parentesco paterno dever-se-hia ter substituído ao uterino ¹.

¹ Dorkheim, *La prohibition de l'incest*, no *Année sociologique*, tom. I, pag. 22 e seg.

CAPITULO II

ORGANISMO DA FAMÍLIA

SUMMARIO : —225. As *gentilitates* da Península — 226. A família na Hespanha primitiva. — 227. A *gens* romana—Conceito deste aggregado. — 228. Organização da *gens*. —229. Família romana. Seus caracteres geraes.—230. Agnação. — 231. Cognação.—232. A *sippe* germanica. Comparação deste aggregado com a *gens*. — 233. Funções da *sippe*.—234. A família germanica. Sua estructura.—235. O parentesco germanico. — 230. Família wisigothica e da Reconquista. — 237. Família portuguesa. — 238. Desintegração da família moderna. Theoria de Herbert Spencer.

226. As *gentilitates* da Península. — Qualquer, porém, que tenha sido a forma originaria da família, o certo é que entre os povos arianos se encontra como unidade social primitiva um aggregado de caracter familiar, a *gens*, que estudaremos mais desin-volvidamente no direito romano. Não admira, em taes condições, que a *gens*, tambem appareça na Hespanha primitiva.

A *gens* revestia na Hespanha primitiva um caracter similhante ao que tinha entre os romanos. O nome com que se designa este agrupamento, derivado evidentemente de *gens*, diz Hinojosa, e ainda o silencio dos escriptores classicos a respeito desta instituição, mostram que ella não se diferenciava essencialmente da organização gentilicia dos gregos e dos romanos.

O unico meio porque podemos conhecer esta instituição na Hespanha primitiva é o das inscrições, não permitem que se ponha em duvida a existencia das *gentes*, que se encontram ahi designadas pelo

nome de *gentilitates*, por no imperio romano se manifestar a tendencia para applicar a expressão *gens* as nações.

Segundo os estados feitos por D. Joaquim Costa sobre estas inscrições, nota-se que frequentemente os nomes das *gentilitates* terminam em *cum*, que deriva da raiz sanskrita *gan* gerar, que deu origem ao *yev* dos gregos e à *gens* do latim. Era pois o *cum* dos celto-iberos a reunião de todas as familias collateraes procedentes dum mesmo ascendente e agrupada em torno dum chefe commum. Quando o latim penetrou na Península o bastante para se exprimir por elle as relações do direito indígena, Roma tinha perdido a noção de *gens*, designando com esta palavra as nações e tendo adoptado o vocabulo *gentilitas* para designar a organização politico-civil dos parentes.

As *gentilitates* prestavam culto aos ascendentes communs a todos os *gentiles*. Effectivamente, cada *gentilitas* suppunha um fundador, que era venerado por ella como ama deidade ou genio. Assim, á *gentilitas Broccica* corresponde o deus *Brocco*, à *gentilitas Bundalica* o. deus *Bundalo*, à *gentilitas Tullonica* o deus *Tullonio*, etc. É o que se dava tambem entre os romanos, pois os *Cluius* veneravam *Clausus* os *Julius*, *Julius*, os *Calpurnius*, *Calpus*, etc. Tinham tambem sepultura em commum, como mostram as linhas, ora parallelas, ora circulares, de tumulos, que se encontram frequentemente em certas regiões da Península. Constituía tambem poderosas instituições de defesa e de vingança, com uma forte organização para a guerra, como demonstra Perez Pujol ¹.

¹ D. Joaquim Costa, *Poesia popular espanola y mitologia y litteratura celto hispanas*, pag. 232 e seg.; Hinojosa, *Historia*

226. A família na Hespanha primitiva. — Pouco podemos dizer da organização das famílias que constituíam as *gentilitates*, visto serem muito imperfeitos e deficientes os elementos que possuímos a respeito desta instituição na Hespanha primitiva.

Ha vestígios do *totemismo*, pois apparecem-nos nas inscrições differentes grupos sociaes, tendo por emblema e nome colectivo, um animal ou uma planta. É por isso tambem que se têm encontrado na Península numerosas estatuas de varias especies de animaes.

Temos tambem algumas noticias a respeito do parentesco uterino ou materno. Estrabão, referindo-se aos cantabros, diz, como já vimos, " que as mulheres são neste povo as herdeiras de tudo, de modo que são ellas que se encarregam da collocação de seus irmãos, resultando daqui uma especie de *ginecocracia*, que é cousa mal pensada em politica. Nas inscrições illustradas por Fitta, encontram-se exemplos de famílias com o nome, não do pae, mas da mãe.

Tambem apparece na Hespanha primitiva a *cou-vade*. Effectivamente, segundo Estrabão, entre os cantabros, as mulheres são tão fortes, que, apenas têm dado á luz, servem os homens, que se mettem na cama em logar delias.

Mas, pondo de parte estes elementos que têm sido considerados como vestígios do matriarchado, a organização familiar que se encontra melhor caracterizada entre os iberos e celtas é a do patriarchado.

general del derecho espanol, tom. I, pag. 72 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones de la Espana goda*, tom. I, pag. 28 e seg.

O patriarchado abrange a vida social do tempo, em todo o seu conjuncto, sendo o pae senhor, juiz, legislador, chefe militar e sacerdote da família.

Das noticias que nos dão incidentalmente os escriptores gregos e latinos, especialmente ao tractar das mulheres dos caudilhos hespanhoes, póde inferir-se, segundo Hinojosa, que entre alguns povos hibericos reinava a monogamia. Parece confirmar esta conclusão o facto destes escriptores, quando fallam destas mulheres, empregarem o singular.

As famílias praticavam e seguiam o culto domestico. O pae era o sacerdote deste culto domestico, como o patriarcha da *gentilitas* o era do culto gentilicio. Os ascendentes transformavam-se em divindades logo que desciam ao tumulo. As sepulturas eram os templos deste culto, visto cada novo sepulchro que se abria, dar origem a uma nova consagração aos *manes* dos antepassados ¹.

227. A gens romana. Conceito deste aggregado. — A *gens* foi durante largo tempo a base da organização social dos romanos.

A reconstituição historica, porém, da *gens* offerece muitas difficuldades, porque ella a partir das origens do Estado romano, encontra-se dominada por um processo de dissolução e de desintegração, perfeitamente evidenciado no facto de muitas das suas funções doutros tempos, de character politico, militar ou legislativo, terem sido absorvidas pela cidade. Os estudos sobre este assumpto unicamente se orien-

¹ Hinojosa, *Historia general del derecho espanol* pag. 73 e seg.; Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales en Espana*, tom. I, pag. 16 e seg.; Joaquim Costa, *Poesia popular espanola y mitologia y litteratura celto-hispanas*, pag. 295 e seg.

taram no verdadeiro sentido, depois que as investigações feitas sobre o grupo patriarchal no Oriente demonstraram que, anteriormente á cidade, tinha existido outro período de organização social, derivando o seu character fundamental da *gens*. Circumstancias historicas especiaes tinham conservado estacionario e immovel, nas suas principaes linhas, o grupo patriarchal no Oriente, e isto permittiu comprehender e reconstituir no seu character primitivo a *gens*, que, na Grecia e em Roma, se tinha transformado com a creação da cidade.

Ainda assim apparecem divergencias nos escriptores relativamente á verdadeira natureza da *gens*. Segundo Niebuhr, seguido por differentes tratadistas, a *gens* era ama creação artificial da lei, orna associação politica de varias famílias estranhas umas ás outras. Constituía uma sub-divisão da caria, formada por dez famílias, como a caria o era por dez *gentes* e a tribo por dez curias. Em favor de tal doutrina, argumenta com as instituições gregas, onde apparecem as *gentes* como divisões das *phratrias*, correspondentes ás carias romanas, com um texto de Dionísio d'Halicarnasso, que falia da divisão das carias em decurias, que no seu intender, não podem ser senão as *gentes*, e com varias definições de gentilidade, nas quaes não se faz menção de quaesquer relações de parentesco.

Os argumentos apresentados por Niebuhr, não lêem valor algum. Effectivamente, como diz o Sr. Dr. Montenegro, o exemplo offerecido pelas instituições da Grecia, — quando acceitavel, que o não é, pois a maior parte dos auctores tambem lá attribue ás *gentes* uma origem familiar, — nada provaria em relação a Roma; o trecho de Dionísio, — ainda que tivesse sido rigorosamente traduzido e interpretado,

o que bem póde contestar-se, visto fallar-se nelle em decurias — permanecería um testemunho isolado, em opposição a muitos outros que affirmam doutrina contraria; as definições referidas, se lembram o parentesco, tambem não o negam, e, completando as com outras que conhecemos, conforme manda o rigor da critica, parece não ser temerario affirmar que o supõem; além disto, tal opinião, por um lado, exige uma regularidade na composição dos referidos aggregados, inconciliavel com o movimento dos nascimentos e das mortes, que, fazendo variar a cada passo o numero de famílias, tornava impossível aquella uniformidade, por outro lado, implica o absurdo de conceder a uma união artificial direitos dl importancta dos da successão e da tutela.

Em diametral opposição com esta opinião, encontra-se a dos escriplores que, como Kovalewsky, confundem a *gens* com o clan. Ora, embora estes dous aggregados se approximem no sentido de se basearem em vínculos de parentesco, é indubitavel que ha entre elles differenças profundas.

O clan admite o parentesco materno ou uterino, embora não o exija necessariamente, a *gens* unicamente se coaduna com o parentesco agnatico. O clan tem como característica da sua organização a exogamia, que não apparece na *gens*, O clan fundasse em superstições animistas e crenças anthropomorphicas, a *gens* assenta em tradições heroicas e no orgulho da casta, tendo, por isso, uma feição accentuadamente aristocratica.

Além destas opiniões, ha outra que traduz o perfeito conhecimento da estructura organica de *gens*. A *gens* é, segundo esta opinião, um aggregado natural, que comprehende as famílias, que, considerando-se descendentes dam antepassado commum,

usavam o seu nome e professavam e perpetuavam o seu coito.

É *um aggregado natural*, porque a *gens* não é uma criação artificial da lei, mas uma phase por que passou a organização social dos povos arianos.

Que comprehende as famílias, visto a *gens* apresentar uma grande elasticidade, tendo, umas vezes, as proporções unicamente duma família e abrangendo, outras vezes, um grupo tão avultado de famílias, que chegava a attingir quasi a extensão duma grande e numerosa tribo, como a tradição narra ter acontecido com a *gens Claudia* e a *gens Fabia*.

Que, considerando se descendentes dum antepassado commum, porque a *gens* assentava sobre esta descendencia dum antepassado commum. O proprio sentido etymologico da palavra *gens* envolve a idéa de geração, pois que do radical *gen* deriva *gigno*, *genui*, *genus*, *genitor*, termos todos usados para significar a filiação natural. É certo que algumas vezes a *gens* comprehende pessoas que não descendem do auctor commum, como, por exemplo, os cidadãos que mudam de *gens* pela adrogação. Mas, isto é a excepção, pois, em regra geral, para entrar na *gens*, torna-se necessario ter nascido do casamento legitimo dum membro da *gens*. Além disso, o conceito é sempre exacto, porque as famílias para que passava o adrogado é que se consideravam descendentes dum antepassado commum.

Usavam o seu nome, porque, por maior que fosse o cuidado de conservar a recordação do fundador da *gens*, ella ter-se-hia dissipado, tornando-se impossivel reconhecer todas as pessoas que descendiam do auctor commum, desde p momento em que não hoovesse um signal externo que os distinguisse.

Esse signal era o nome, fazendo até a identidade do nome presumir a identidade da *gens*. O patricio usava habitualmente tres nomes, exemplo: *Publio, Cornelia, Scipião*. O nome propriamente dicto, *nomen*, era Cornelio; *Publio* era um *praenomen*; *Scipião*, um *agnomen*. O *nomen*, invariavelmente terminado em *ius* era a designação patronymica, a primeira em data e em importancia e constituía a indicação do antepassado tronco da *gens*.

Professavam e perpetuavam o seu culto, porque, segundo os princípios da velha religião domestica, os antepassados deviam ser eternamente adorados pelos successivos descendentes. Daqui a communitate religiosa que ligava os membros da *gens*, tendo por base o culto do antepassado commum divinizado.

A estes caracteres que as *gentes* latinas tinham de commum com as *gentes* arianas, devemos ajuntar, segundo Carle, um caracter que lhe era peculiar, consistindo em serem aggregados que tinham conseguido manter-se perennemente ingenuos, isto é, immunes de qualquer relação de escravidão ou de clientella '.

228. Organização da *gens*. — Exposto o conceito da *gens*, segue-se agora naturalmente dar uma idéa da sua organização. A *gens*, com a constituição do Estado romano, deixou de ser uma corporação politica, conservando, porém, a sua organização e

¹ Giuseppe Carle, *Le origini del diritto romano*, pag. 37 e seg.; Edouard Cuq, *Institution juridiques des romains*, tom. I, pag. 30 e seg.; Sr. Dr. Arthur Montenegro, *O antigo direito de Roma*, pag. 238 e seg.; Pastel de Coulanges, *La cité antique*, pag. 124.

algumas das suas funcções. Em todo o caso, é difficil determinar qual tenha sido a organização interna da *gens*, em virtude dos poucos elementos que temos para isso.

Assim, não se póde precisar se a *gens* tinha sempre e constantemente um chefe (*princeps gentis*), ou se este era eleito pelo conselho dos *paíres* ou indicado por antiguidade de nascimento, quando se tractava de levar a cabo alguma empresa importante. É certo, porém, que a *gens* devia ter o conselho de *paíres*, que concentrasse em si a somma dos poderes deste aggregado social e conservasse e transmitisse as suas tradições. Era no seio deste conselho que se escolhiam os arbitros e conciliadores das controversias que podiam surgir entre os varios chefes de família que pertenciam á mesma *gens*; era este conselho que podia exigir o serviço militar, não só dos membros da *gens* (*gentiles*), mas tambem dos indivíduos delia dependentes; era este conselho que superintendia sobre a conducta publica ou privada de cada um dos chefes de família, prevenindo e reprimindo os abusos da auctoridade domestica, etc.

Entre os *jura gentilitia* notam-se: o *jus hereditatis gentilitiae*, em virtude do qual a successão era deferida aos *gentiles*, caso fallecesse *ab intestato* um membro da *gens*, sem herdeiros necessarios nem outros agnados; o *jus curas gentilitiae*, que lhes concedia, em termos analogos, a tutela do *furiosus*; o *jus sacrorum gentilitiorum*, referente ao patrono divino da *gens*, em cuja honra se celebravam, num *sacellum*, sacrificios annuaes; o *jus sepulchri*, em virtude do qual os *gentiles* tinham direito a uma sepultura commum; o *jus decretorum*, em virtude do qual a *gens* tinha o direito de regulamentar a

Sua vida interna, publicando decretos obrigatórios para os seus membros, como os da *gens Fobia*, proibindo aos seus membros o celibato e a exposição dos filhos, o das *gens Manlia*, proibindo o uso do prenome *Marcus*, e o da *gens Claudia*, proibindo o uso do prenome *Lucius*.

Estes direitos têm um carácter privado. A respeito do *jus hereditatis*, do *jus curas* e do *jus sepulchri* não pôde haver duvida alguma. O mesmo acontece relativamente ao *jus sacrorum*, porquanto os *sacra gentilia* eram enumerados entre os *sacra privata*, que eram celebrados á custa dos interessados, e contrapostos aos *sacra publica*, que se celebravam por conta do Estado. Parece, porém, fazer excepção a este carácter geral dos direitos gentílicos o *jus decretorum*, mas este direito exercia-se, nos tempos históricos, de preferencia sobre cousas de ordem privada, e pôde facilmente explicar-se como um vestígio das funções políticas que outr'ora este aggregado tinha desempenhado e que não podiam ter desaparecido completamente com a formação da cidade.

Ajuncte-se a isto que, entre os membros da *gens*, existia a obrigação da reciproca assistencia, em virtude da qual deviam ser alimentados, quando indigentes, resgatados, quando prisioneiros, sustentados, quando tivessem controversias, vingados quando mortos ou injuriados, e ter-se-ha idêa da poderosa unidade que representava este aggregado social. Havia um vinculo de profunda solidariedade ligando todos os membros das *gens*. Muitas obrigações provenientes da solidariedade e união já se não encontram sancionadas no direito romano por normas jurídicas, mas ainda assim era um dever de honra para a *gens* a assistencia a um confrade que delia

necessitasse. Conta Titio Livio que, por ocasião da accusação do decemviro Appio Claudio, se apresentou para o defender um tal Clandio, homem de valimento, mas inimigo pessoal do accnsado, e que, dirigindo-se ao povo, fez a declaração de que assim procedia, não por dedicação, mas por dever l.

229. Família romana. Seus caracteres geraes. — A *gens* estava destinada a desaparecer com os progressos da organização politica do Estado romano. Foi, effectivamente, o que aconteceu, deixando, ainda assim tal instituição alguns vestígios da sua existencia em diferentes pontos do direito civil romano.

Neste estadio da evolução social romana adquire predomínio outro instituto, que representa um mais pequeno grupo de pessoas — a *família*, que tinha sido um dos elementos constitutivos da *gens*. É o processo de especificação e de individualização que se vae accentuando. Do grupo mais amplo destaca-se e desinvolve-se a fracção, a *cellula*. Effectivamente, a *família*, e, por cansa delia, o seu chefe, o *pater-famílias*, constituiu em Roma um grande poder, que, por largo tempo, resistiu a todas as forças dissol-ventes que o minavam e tendiam a abater.

A família romana não se funda nem sobre o nascimento, nem sobre a affeição, mas no poder do *pater-famílias*. Tem a sua base numa pura concepção do direito e significa uma relação de domínio e de dependencia. Família é tudo (pessoas e cousas)

¹ Giuseppe Carie, *Le origini del diritto romano*, pag. 43 e seg.; Ibering, *L'esprit du droit romain*, tom. I, pag. 190; Sr. Dr. Montenegro, *O antigo direito de Roma*, pag. 242 e seg.; Bouché-Leclerq, *Manuel des institutions des romains*, pag. 8 e seg.; Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 134 e seg.

que se encontra submettido ao poder do *pater-familias*.

Fustel de Coulanges intende que esta doutrina é erronea, visto o poder patrio e marital não ser uma instituição primordial. Para este escriptor, o que une os membros da familia romana é alguma cousa de mais poderoso do que a força physica — é a religião e o culto domestico. Parece-nos, porém, que o caracter religioso da familia romana, unicamente serve para explicar a sua organização. Mas esta organização basêa-se indubitavelmente na supremacia do poder do *pater familias*. É por isso que o poder do *pater-familia* constituo o fundamento exclusivo do parentesco que define a familia perante a lei.

Deste caracter da familia romana deriva outro que é tambem essencial a esta instituição. Effectivamente, do facto da familia assentar sobre o poder do *pater-familias* resulta que este aggregado social nos apparece organizado entre os romanos sob a fórma patriarcal. E o typo patriarcal encontra-se perfeita e completamente realizado na familia romana, pois nesta familia o patrio poder pertencia ao ascendente mais velho e durava por toda a sua vida.

Além destes caracteres da familia romana, ainda devemos mencionar a feição profundamente aristocratica deste aggregado social. Uma multidão, como a plebe, de proveniencia diversa e de formação recente, não podia possuir logo nos seus inícios uma organização familiar que suppõe uma longa serie de antepassados e uma demorada elaboração historica. Accresce tambem que originariamente o vocabulo *paires* indicava principalmente os chefes das famílias patrícias e até os senadores, que sahiam do patriciado. O mesmo provam as nupcias *confarreatas*, certameute proprias do patriciado, e que nas leis

attribuidas a Romulo e Remo parecem constituir o unico modo de contrahir as justas nupcias.

Artificial, patriarcbal e aristocratica, eis os caracteres com que se apresenta a família romana na historia. A evolução, porém, actuou sobre esta instituição, no sentido de attenuar ou fazer desaparecer estes caracteres. Effectivamente, por um lado, os vínculos de sangue acabaram por vencer os creados pela lei, triumphando a realidade da ficção, e, por outro, o caracter aristocratico desta organização desapareceu com a equiparação juridica dos patrícios e plebeus. Só prevaleceu a physionomia patriarcbal da família, bastante esbatida, ainda assim, pela transformação porque passou o patrio poder, que perdeu, com o tempo, o caracter rígido e absoluto que primeiramente teve ¹.

230. Agnação. — Como a família romana se baseava no poder do *pater-familias*, era por meio deste poder que se determinava o parentesco que caracterizava a família. Este parentesco civil baseado sobre o poder do *pater-familias* chamava-se agnação.

É muito difficil dar uma definição completa de agnados. Parece-nos mais accetivel a seguinte: agnados são os indivíduos submettidos ao patrio poder ou ao poder marital do *pater-familias* ou que estariam submettidos a estes poderes, se o *pater-familias* tivesse vivido indefinidamente. A agnação póde desinvolver-se continuamente, mas não se transmite senão pela linha masculina. Quando um *pater-*

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 135 e seg.; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, pag. 42; Carie, *La origini del diritto romano*, pag. 28 e seg.; Girard, *Manuel élémentaire de droit romaine*, pag. 127 e seg.

familias tem uma filha ou um filho, os filhos do seu filho são seus agüados, mas os da sua filha encontram-se sob o poder do marido que é seu pae, e por isso não pödem ser seus agüados. A agnação encontra assim um limite ao seu desinvolvimento pelo lado da mulher.

A agnação adquiria-se pela sujeição ao poder do *pater-familias*, quer occasionada por laços de sangue, como acontecia com os filhos nascidos de justas nupcias, quer occasionada por meros laços civis, como acontecia relativamente aos filhos adoptivos e à mulher *in manu*. A agnação perdia-se, quando deixava de existir a sujeição ao poder patrio ou marital por facto proprio, como no caso da mulher passar *in manu mariti*, e conservava-se, quando o mesmo succedia por facto do *pater-familias*, como no caso do fallecimento deste.

A agnação produzia effeitos civis importantes, principalmente no que dizia respeito á successão e á tutela. A successão *ab intestato* dos agnados que morriam sem herdeiros necessarios, pertencia ao agnado mais proximo. O agnado mais proximo tambem Unha a tutela dos agnados incapazes 1.

231. A cognação. — Além da agnação, havia ainda um parentesco natural — a cognação. A cognação è o parentesco que une as pessoas que descendem umas das outras (linha recta) ou descendem dum auctor commum (linha collateral), sem distincção de sexo. È um parentesco que assenta sobre os laços de sangue.

¹ Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 136 e seg.; Eugéne Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, pag. 83 e seg.; Sr. Dr. Artur Montenegro, *O antigo direito de Roma*, pag 233 e seg.

Os parentes podiam ser só agnados, por exemplo, o pae adoptante e o filho adoptado; só cognados, por exemplo, o pae natural e o filho emancipado; agnados e cognados, ao mesmo tempo, por exemplo, o pae e o filho legitimo *in patria potestate*. A cognação não bastava para constituir a familia; pois aquelles que não podiam invocar a qualidade de agnados não faziam parte da familia, segundo o modo de ver do direito romano.

Durante muito tempo, a cognação não foi attendida senão na materia dos impedimentos matrimoniaes. Mas, pouco a pouco, gradualmente, e sem se poder precisar rigorosamente a epocha do começo desta evolução, foram sendo reconhecidos aos cognados direitos que primeiramente só eram attribuidos aos agnados. Este movimento para estender os effeitos da agnação á cognação, que já se esboça no fim da republica, accentuou-se durante o Imperio, e adquiriu tamanha importancia, que Justiniano supprimiu a agnação, apparecendo assim a concepção moderna da familia, baseada sobre o parentesco natural. Esta concepção nova da familia, sendo independente do poder do *pater-familias*, permite ao filho adquirir direitos na familia materna e paterna, visto elle pertencer a ambas ¹.

232. A sippe germanica. Comparação deste ag-gregado com a gens. — É tambem admittida a existencia na antiga Germania de dous grupos sociaes — a *sippe* e a *familia*, correspondendo um á *gens* e outro á *familia* romana. Mas, em virtude da falta

¹ Girard, Manuel *de droit romain*, pag. 139 e seg.; Eugéne Petit, *Traiti élémentaire de droit romain*, pag. 603; Edouard Cuq, *Institutions juridiques des romaines*, tom. II, pag. 800.

de noticias a respeito do antigo direito germanico, torna-se difficil determinar as relações entre estes dous grupos.

Segundo Heusler, a differença substancial entre estes doas grupos proviria da familia ser de caracter agnaticio e ter por fundamento como a romana o poder do pae de família, comprehendendo assim todos aquelles que por qualquer titulo se encontram sob a sua dependencia, sem consideração alguma pelo parentesco. A *sippe* teria por base unicamente as relações de parentesco, comprehendendo egualmente agnados, conjunctos e affins. A *familia* exerceria a sua acção dentro dos limites assignados ao poder do pae de familia; a *sippe* teria importancia unicamente sob o aspecto do direito hereditario.

A doutrina de Heusler não passa de uma hypothese, não se podendo adduzir nenhuma prova da admissão de similhante distincção no antigo direito germanico. Um só argumento se apresenta em favor delia tirado da lei salica, onde se diz que o parentesco abrange os *parentes tam de paire quam de matre*, tanto a *generatio paterna* como a *materna*. Mas este facto póde explicar-se de outro modo, sem a necessidade de recorrer á hypothese de Heusler.

Outros escriptores como Brunner, cuja opinião tem um maior numero de sequazes, explicam doutro modo a coexistencia da *familia* e da *sippe*, approximando-se muito dos conceitos romanos. A *sippe* é como a *gens* romana uma mais larga associação de indivíduos; no seio da *sippe*, como uma associação menor, vive e desinvolve a sua acção a familia.

A *sippe* apparece designada com varios nomes, indicando-se sempre com ella um certo numero de homens e famílias unidos pela communitade de origem e vivendo ao mesmo tempo em paz e amizade.

Pertencem á *sippe* todos os que são parentes por um qualquer gráo proximo on remoto. Basta, segundo um velho proverbio germanico, que haja de commum uma só gotta de sangue. Um vinculo mais estreito prende aquelles que são parentes proximos, que convivem ou têm convivido na mesma casa: paes, filhos e irmãos 1.

233. Funcções da *sippe*. — A importancia da *sippe* não se manifesta só na ordem do direito civil, pois ella tambem se revela na esphera do direito publico. A *sippe*, antes do Estado germanico se constituir, exerceu funcções politicas. Constituído o Estado, não perdeu completamente estas funcções, conservando-as em grande parte e com tanta mais tenacidade, quanto mais lento foi o desenvolvimento do conceito do Estado entre os germanos e menos vigorosa em todos os tempos a sua acção.

Como as *gentes* tambem as *sippes* precederam o Estado e, mais do que as *gentes*, conservaram-se unidas e poderosas dentro do Estado. As funcções prin-cipaes da *sippe* eram as seguintes;

a) A *sippe* devia manter a ordem entre os seus membros e fazer respeitar os seus direitos. Não só impede a vindicta entre os seus membros, mas vinga e pune a morte de algum delles devida a um estranho. Ou a vindicta ou a composição. É um negocio que interessa a toda a *sippe*, e por isso todos os seus membros pegam em armas. Se a composição vem a ser paga, é dividida por todos os membros da *sippe*. Primeiramente, cada *sippe* tinha a sua regra propria,

¹ Cesare Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 139 e seg.; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pag. 390 e seg.

relativamente ao modo da divisão da composição. Mais tarde o critério da repartição foi estabelecido pela própria lei. E como a orna *sippe* incumbe a obrigação da vindicta, também á outra assiste o dever de auxiliar e defender o assassino. Dahi a existencia de continuas guerras privadas, tanto mais terríveis quanto mais poderosas eram as famílias. A assistência que prestava a *sippe* linha logar não só nos casos de homicídio, mas em todas as offensas mais graves que importam composição.

b) O auxilio da *sippe* aos seus membros não ficava por aqui, pois manifestava-se mesmo no processo que se promovesse contra algum delles. Assistia-lhe em todo o desenrolar do processo, chegando mesmo a jurar com elle. Era este um juramento de solidariedade. A punição que os Deuses reservaram para o perjuro não devia cahir unicamente sobre a cabeça do réo, mas sobre todos os membros da sua *sippe*. É um dever e um direito para toda a *sippe* de prestar este juramento.

c) Antes da tutela sobre os menores e sobre as mulheres se ter concentrado no parente mais proximo, era toda a *sippe* que a exercia ou directamente ou mediante um delegado.

d) O matrimonio era considerado como um assumpto que interessava a toda a *sippe*. Por isso este grupo intervinha em todos os actos da sua celebração e talvez num tempo mais remoto, quando o casamento tinha logar por meio da venda da esposa, se considerasse o matrimonio como um negocio a tra-ctar entre as duas *sippes* — a do esposo e a da esposa.

e) A *sippe* tinha a funcção de vigiar pela honra dos seus membros, a fim de que ella não fosse compromettida. Se uma mulher livre deshonorava os seus,

unindo-se a um escravo, os parentes tinham o direito de exercer a vingança contra ella. Se o marido accusava injustamente a mulher de graves culpas, era a *sippe* que a defendia com juramento e duello. Se se provasse a culpa, tambem a *sippe* tinha o direito de tirar a vindicta, visto ter sido offendida a sua honra.

f) Finalmente, a *sippe* tinha funcções militares, visto constituir a unidade tactica fundamental. Tacito diz: *Non casus nec fortuita conglobatio turmam aut cuneum facit sed familiae et propinquitates*. Acima da *sippe* encontrava-se a *centena*, que comprehendia os combatentes de cem familias e constituía uma divisão administrativa; e acima da *centena* encontravam-se os combatentes de mil familias, commandados pelo *millenarius* e formado a inteira tropa de *gau* ou tribu. Deste modo, a organização do exercito assentava toda a sua divisão sobre a organização familiar ¹.

234. A família germanica. Sua estructura. — No seio da *sippe* existia, como uma unidade moral e jurídica ao mesmo tempo, a família.

O seu fundamento, ou antes o vinculo que prende os seus membros é tambem o poder do pae de família, como no direito romano. A família germanica tem por isso um character accentuadamente agnaticio, como a família romana. Não fazem parte da família germanica os parentes por parte da mulher, como o irmão da mãe, o tio. São considerados antes como amigos da família; a alguns deites, como ao tio materno são assignadas funcções de protecção.

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 140 e seg.

A família germanica não é inacessível a toda a auctoridade estranha. Acima della encontra-se a auctoridade da *sippe*, que serve para temperar, dentro de certos limites, o poder do chefe de família no que elle possa ter de excessivo. O matrimonio do Olho não interessa unicamente á família mas a toda a *sippe*. A defêsa da honra domestica é confiada a toda a *sippe*. Do mesmo modo não é illimitado o poder do marido sobre a mulher. O pae e os irmãos lêem o direito de a defender contra as accusações calumniosas do marido. O patrio poder não era perpetuo, como entre os germanos.

Estas e outras normas a que já nos referimos a proposito da condição jurídica da mulher e dos filhos, mostram claramente como o poder do chefe da família germanica não era tão extenso como o do *paterfamilias* romano ¹.

235. O parentesco germanico. — O parentesco materno parece que não foi admittido entre os germanos. Quando não houvesse outra prova a demonstral-o, bastaria o facto de, segundo uma antiga lenda popular, recordada por Tacito, as tres estirpes germanicas derivarem de tres filhos dum deus. O parentesco podia ser agnatico ou cognatico, como entre os romanos.

O direito germanico, porém, avaliava o parentesco por uma fórmula diversa do direito romano. No circulo da família germanica distinguiam-se tres grupos: o do pae com os filhos; o dos ascendentes com os seus filhos, netos e collateraes; o dos avós.

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 144 e seg.

O parentesco entre ascendentes e descendentes computava-se do mesmo modo que no direito romano, isto é, pelo numero de gerações: *quot generationes tot gradus*. Já não acontecia o mesmo na linha collateral.

Ao passo que os romanos contavam o numero das gerações, subindo do parente cujo gráo de parentesco se quer determinar até ao tronco commum e descendo depois deste até ao outro parente, os germanos contavam as gerações de só lado, e, quando houvesse desigualdade nas linhas, as da mais longa. Não procuravam estabelecer a relação em que os collaterales se encontravam entre si, fixavam para cada um delles a sua posição relativamente ao ascendente commum mais proximo. Os descendentes dum pae commum constituíam outros tantos pequenos centros que figuravam para com elle como tantas outras descendencias independentes entre si.

O systema germanico de avaliar o parentesco foi depois adoptado pelo direito canonico de preferencia ao romano. Tomou então o nome de *computatio canonica*, em opposição á romana. O que decide é a maior ou menor distancia do tronco commum. Os irmãos são parentes em segundo gráo pelo direito romano e em primeiro pelo direito canonico ¹.

230. Família wisigothica e da Reconquista. — As *gentililites* não foram abolidas pelos romanos, pois, como nota Dr. Joaquim Costa, nem estava no poder humano destrui-las, nem isso entrava nas suas vistas. O criterio fundamental dos edictos provinciaes

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 140; Salvioi, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 305 e seg.

era o respeito pelo direito consuetudinario e pelas leis locais.

Menos podiam acommetter, segundo o mesmo escriptor, tão louca empresa os visigodos, mais necessitados de aprender direito do que em condições de ensinar. E assim se explica que a *gentilitas* pudesse chegar até aos começos da Reconquista, embora mudado o nome no de *familia*, por o christianismo ter alterado a significação do primeiro vocabulo, attribuindo-lhe um sentido que o devia tornar mal soante aos povos convertidos ao Evangelho.

Uma das accepções que tomaram as palavras *gens* e *gentilis* depois de Augusto foi a de estrangeiros, barbaros, em contraposição aos romanos. Por sua vez, os Padres da Igreja applicaram aquelle conceito aos idolatras, em contraposição aos judeus e christãos, e designaram pela *gentilidade* a religião pagã.

Desde este momento por diante, christianizada mais ou menos profundamente a Península, devia repugnar ás suas *gentes* o vocabulo *gentilidade*, com que se tinha traduzido durante o Imperio a denominação indígena, e adoptaram outro equivalente. Este vocabulo foi o de família que em Roma significava: o conjuncto de escravos e servidores; a casa e o direito a ella relativo; a linhagem, a divisão interna da *gens*. No seculo v estava todavia em uso a palavra *gentilidade* a julgar pela inscripção de Santo Thomaz de Collia — *ex gentilitate Pembolorum* — pertencente a uma família não christã.

Um documento do seculo viu conservou-nos a memoria das famílias dos Desterigos, dos Agárigos, ou Agarios, dos Avezanos, etc. Se o direito imperial não suplantou o indígena, menos o podia fazer a Reconquista, visto nos primeiros seculos delia, o pais se reger pelos usos da terra.

A família propriamente dicta revestia entre os visigodos o character cognaticio. Para isso concorreu não só a decadencia do parentesco agnaticio no direito romano, mas tambem a acção do christianismo adversa á constituição da família pagã. No codigo wisigothico não se encontra disposição alguma a respeito da legitimação e da adopção, o que mostra que o parentesco não derivava da sujeição ao poder do pae de família.

A família wisigothica não tinha o character patriarchal da do direito romano, não só por causa das limitações que se impunham ao patrio poder, mas tambem porque este poder terminava com o casamento dos filhos.

A família apparece na Reconquista com characteres semelhantes aos da família wisigothica. As necessidades da povoação do territorio levaram a reconhecer, além da família legitima, a família illegitima. A *barregania*, que era um verdadeiro concubinato, attri-buiram-se alguns effeitos jurídicos, como se deduz dos *Fueros* de Placencia e de Zamora 1.

237. Família portugêsa. — A família portugêsa continua as tradições da Reconquista.

Nas Partidas, que vigoraram entre nós, como se sabe, encontram-se muitas disposições permissivas da *barregania*, em harmonia sem duvida com as tradições da Reconquista. Nem isto deve admirar, desde o momento em que se note que aquella collecção, embora se tenha inspirado nas fontes do direito ro-

1 Dr. Joaquim Costa, *Poesia popular espanola y mitologia y literatura celto-hispanas*, pag. 235 e seg.; Chapado Garcia, *Historia general del derecho espanol*, pag. 356 e seg.

mano e do direito canonico, contemporizoa bastante com a legislação foraleira e feudal.

Nos começos da monarchia portugûesa tambem a *barregania* foi bem recebida pelos costumes. A sua repressão unicamente começa DO tempo de D. João I, que condemna esta união como peccaminosa, reconhecendo, porém, que se considerava outorgado pelo direito que os homens solteiros podiam ter barregãs e que os filhos delias deviam herdar os bens dos paes (Ord. Aff. liv. v, tit. xxiii, tit. xviii, tit. xx).

A familia portugûesa foi sempre cognaticia. O parentesco, porém, computava-se dos dous modos — romano e canonico — visto as leis portugûesas mandarem seguir umas vezes o direito romano e outras vezes o direito canonico. A organização artificial da familia sobre a base da agnação tinha-se dissolvido, reconstituindo-se por isso este aggregado por um modo mais conforme à natureza.

Finalmente, o poder do chefe da familia, embora ainda forte, não gosava já do absolutismo do *pater-familias* romano. Isto, porém, já por nós foi observado a proposito da condição jurídica dos filhos e da mulher ¹.

288. Desintegração da familia moderna. Theoria de Herbert Spencer. —Resultado de toda a evolução da familia é sem duvida o phenomeno da sua desintegração. Essa desintegração manifesta-se na acção do Estado sobre este aggregado e na maior independencia e liberdade dos seus membros.

¹ Sr. Dr. Araujo e Gama, *Estudo sobre o casamento civil*, pag. 129 e seg.; Coelho da Rocha, *Instituições do direito civil portugûes*, vol. I, pag. 40 e seg.

Houve tempo em que a família era regalada, quasi exclusivamente, pela vontade privada e em parte pela religião. Com o desinvolvimento social, o Estado adquiria pouco a pouco orna progressiva preponderancia sobre ella. Por outro lado, todos os membros da família têm conseguido maiores direitos. Os filhos, pela maioridade, ficam tendo a plena capacidade de direito e tornam-se os arbitros e os unicos responsaveis pelos proprios actos. A mulher tambem lacta pela equiparação jurídica ao marido, gosando já, em algumas legislações e nomeadamente na nossa, do patrio poder.

Herbert Spencer intende que se foi muito longe na desintegração da família, impondo-se por isso uma integração novamente no futuro. Não julgamos, porém, que se possa regressar a uma fôrma de organização familiar que está em relação com um systema social extincto. O augmento continuo da actividade humana, a consciencia nítida da personalidade, e o desinvolvimento progressivo dos meios de instrucção e tirocínio, tornam o homem cada vez mais apto para se bastar a si proprio. Ora isto não é evidentemente favoravel a orna maior auctoridade do chefe de família. E' verdadeiramente impossível hoje, com o pretexto de apertar os vínculos domesticos, collocar os filhos e a mulher sob o absoluto poder do chefe de família. Talvez a lei venha a consagrar obrigações que boje cahem sob o domínio da moral, mas deve oppor-se a qualquer especie de tyrannia domestica l.

¹ Herbert Spencer, *Principes de sociologia*, tom. II, pag. 481 e seg.; Wautrain Cavagnari, *Le leggi dell' organizzazione sociale*, pag. 265 e seg.

CAPITULO III

CASAMENTO

SUMMARIO : — 239. O casamento na Hespanha primitiva. 240. *Justas nupcias*. Casamento *cum manu*. — 241. Casamento *sine manu*. — 242. Condições das *justas nupcias*. 243. O casamento entre os germanos. — 244. O casamento no direito wisigothico. — 246. O casamento na Reconquista. — 246. Theoria canonica do casamento. — 247. O casamento no direito português. Fórmãs do casamento. 248. Impedimentos matrimoniaes.

230. O casamento na Hespanha primitiva. — O organismo da família constitue-se pelo casamento, e por isso está naturalmente indicado o estado deste assumpto depois do anterior. São muito imperfeitas as noticias que possuimos a respeito do casamento na Hespanha primitiva.

Segundo Estrabão, os lusitanos celebravam o casa* mento á moda dos gregos. Por isso, o casamento devia constar entre elles dos tres actos que o constituíam na Grecia e em Roma: o sacrificio de despedida aos Lares, a conducção da mulher a casa do marido, o banquete e o sacrificio aos Lares do marido.

Diodoro da Sicília confirma esta conclusão, ao descrever as bodas de Viriato. Mas da narraçãõ de Diodoro da Sicília, alem da conformidade parcial do rito lusitano com o rito grego, ainda se deduz que a noiva era levada pelo marido num cavallo, o que se pode considerar como uma reminiscência do rapto.

O sogro tambem recebia presentes constituindo o preço da mulher. Este costume dos lusitanos encontra-se em correspondencia com o dos cantabros que, segundo Estrabão, dotavam as suas mulheres, sem que estas levassem cousa alguma para o matrimonio. E' verosímil, segundo Perez Pujol, que o dote cantabrico fosse uma transformação do *pretium puellae* que, começando por ser entregue ao sogro, viesse depois a ser reservado para patrimonio da mulher. E deste modo taes costumes parecem relacionar-se com o matrimonio por compra.

E' verosímil que na Hespanha não fossem admitidos os matrimonios temporarios por um anno, que eram muito usados entre os celtas da Irlanda. E' esta conclusão que se tira do facto dos historiadores romanos empregarem a palavra *uxor*, ao tractarem as mulheres dos caudilhos hespanhoes, bem como do silencio que elles guardam a respeito do divorcio entre os povos indigenas da Península ¹.

240. Justas nupcias. Casamento cum manu. — A família constituia-se entre os romanos pelas justas nupcias, que eram o casamento legitimo segundo o direito civil romano. Este casamento podia ser *cum manu* ou *sine manu*, conforme a mulher ficava ou não *loco filiae* na família do marido.

Primeiramente, não houve senão o casamento *cum manu*.

A *manus* adquiria-se e por conseguinte o casamento realizava-se no antigo direito por tres modos: a *confarreatio*, o *usus* e a *coemptio*. Parece ser a

¹ Perez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de l'Espana goda*, tom. I, pag. 24 e seg.; Hinojosa, *Historia general del derecho espanol*, tom. I, pag. 73 e seg.

confarreatio a fôrma mais antiga do casamento. Mas, este assumpto não se encontra ainda inteiramente liquidado na historia do direito romano. Segundo Mac Lennan, o *usus* foi a fôrma primitiva, a que se seguia a *coemptio* e por ultimo a *confarreatio*. Karlowa considera a *coemptio* como devendo ter precedido o *usus*.

Carie resolve a questão, distinguindo entre a historia dos modos de contrahir o casamento, nos primitivos povos italicos, e a determinação da ordem por que estas varias fôrmas penetraram no direito romano. No primeiro caso, admite a ordem estabelecida por Mac Lennan, visto julgar que a mulher começou por ser raptada, vindo a ser comprada pelo esposo só mais tarde, numa phase posterior da evolução. No segundo caso, affirma que a ordem chronologica das fôrmas do casamento não podia ser senão a seguinte: *confarreatio*, *usus* e *coemptio*.

A *confarreatio* foi a unica fôrma de realizar o casamento, admittida pelos romanos, emquanto durou a idade exclusivamente patricia. Tinha um caracter profundamente religioso. A *confarreatio*, diz Marquardt, era celebrada solemnemente; faziam-se diversas offertas aos deuses; uma consistia num bolo de farinha (*panis farreus*); e pronunciavam-se *certa et solemnia verba* na presença de dez testemunhas, do *pontifex maximus* e do *flamen Dialis*. A feição accentuadamente religiosa desta fôrma do casamento, e que era propria dos actos jurídicos dos patricios, mostra claramente que a *confarreatio* não podia pertencer á plebe. Para esta, o casamento devia ter antes uma existencia de facto, do que uma consagração de direito e consistir numa união fundada sobre o reciproco consentimento, manifes-

lado mais pela cohabitação dos conjuges, do que por certas cerimoniaes de caracter jurídico e religioso.

Dentro em breve, se reconheceu a necessidade de consagrar, dum modo jurídico, as uniões sexuaes das classes inferiores. Por isso, foi admittido o *usus*, cohabitação por um anno sem interrupção, para a realização do casamento entre os plebeus, procurando, por meio desta interrupção, o direito de fornecer á mulher um meio delia se furtar ao poder do marido.

Quando mais tarde foi abolida a prohibição do casamento entre o patriciado e a plebe, reconhecer-se a necessidade duma fórmula de casamento que pudesse ser commum a estas duas classes sociaes. Apareceu então a *coemptio*, que não é mais do que uma applicação da *mancipatio* ao casamento. Havia uma differença de palavras, segundo testemunha Gaio, mas as formalidades eram as mesmas.

Destas tres fórmulas do casamento, a primeira que desapareceu foi a do *usus*. A *confarreatio* tornou-se pouco frequente, persistindo unicamente no circulo sacerdotal até ao fim do paganismo. À *coemptio*, é que dominou mais largamente, acabando, porém, também por cair em desuso no seculo IV ¹.

241. Casamento sine manu. — Ao lado do casamento *cum manu*, foi-se introduzindo o casamento *sine manu*, que acabou por se tornar cada vez mais frequente, até ao desaparecimento completo da *manus*.

¹ Carie, *Le origine del diritto romano*, pag. 522 e seg.; Marquardt, *Le culte chez les romains*, vol. I, pag. 265 e seg.

O casamento *sine manu* não exigia a intervenção da auctoridade publica, mas também não se realizava pelo simples consentimento dos contrahentes. Tor-nava-se necessaria a vida em *commum*. Mas, a vida em *commum* entre pessoas aptas para se casar originava sempre o casamento? É esta uma grande dificuldade que apresentava o casamento *sine manu*, em virtude da necessidade de o distinguir do *con-cubinatus*.

Os romanos designavam com o nome de *concubinatos* uma união de ordem inferior, mas duradoura, e que se distinguia assim das ligações passageiras consideradas como *illicitas*. O *concubinatos*, que teve por causa a desigualdade das condições, visto permittir tomar para concubina a mulher que seria pouco digno tomar para esposa, recebeu uma consagração legal, precisando o direito as condições em que esta união não passaria dum *commercio illicito*.

Facil era distinguir o casamento *sine manu* do concubinato, quando se verificavam os factos que precedem ou acompanham ordinariamente o casamento, como os esponsaes, o casamento religioso, o *instrumentum dotale*. Na falta destes factos, e salvo prova em contrario, tinha o espirito de se orientar pelas presumpções, já admittidas no direito classico. Antes de Justino, presumia-se o casamento ou o concubinato, segundo as pessoas eram ou não da mesma classe, e depois de Justino presumia-se sempre o casamento.

Além do *concubinatos*, havia ainda o *contubernium*, que era a união entre escravos ou entre uma pessoa livre e um escravo. Mas, como esta união se dava entre pessoas que não eram ambas aptas para con-trahir casamento, constituindo tal união um simples

facto, destituído de todo o effeito civil, facil è de vêr que o *contubernium* não podia offerecer confusões com o casamento *sine manu* ¹.

242. Condições das justas nupcias. — Segundo o direito romano, eram condições necessarias para a validade das *justas nupcias*: o consentimento, a aptidão physica e o *connubium*.

Primitivamente, o consentimento dos esposos unicamente se exigia quando eram *sui juris*, porque do contrario bastava o dos *patres-familias*.

O direito que tinham os ascendentes de dar ou negar o seu consentimento para o casamento dos descendentes, apresenta-se como uma attribuição essencial do patrio poder, e por isso é negado aos ascendentes paternos nos casos em que não tenham aquelle poder, e aos maternos dum modo absoluto. Depois, o consentimento dos esposos tornou-se indispensavel, e o dos *patres-familias* diminuiu de importancia, podendo ser supprido pelo magistrado, quando o ascendente o recusava sem motivo justificado, e tornando-se desnecessario, quando este estivesse ausente, prisioneiro de guerra ou louco.

Assim, diz Girard, o casamento celebrado primitivamente pelos paes em nome dos filhos tornou-se um casamento realizado pelos filhos com auctorização dos paes.

O systema do consentimento conserva, porém, a antiga physionomia, continuando a basear-se não sobre o interesse do filho, mas sobre a idéa do poder, com excepção do caso do casamento da mulher *sui*

¹ Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 141 e seg.; Edouard Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, tom. II, pag. 801 e seg.

juris, em que, depois de abolida a tutela das mulheres, se exigia para o seu casamento, até aos vinte e cinco annos, o consentimento das pessoas que lhe deviam dedicar mais affecto, como o do pae, na sua falta, da mãe e dos outros parentes.

A aptidão physica era outra condição para a validade do casamento. Como esta aptidão não se manifesta na mesma idade em todas as pessoas, os romanos recorreram ao exame individual, que, substituído para as mulheres pela idade fixa de doze annos, continuou para os homens em discussão durante muito tempo, até que Justiniano adoptou a opinião dos proculianos, fixando a puberdade viril aos quatorze annos. Por falta de aptidão physica tambem os *castrati* não podiam casar validamente.

O *connubium* era a capacidade legal para realizar as justas nupcias, *uxoris jure ducendae facultas*, e abrangia, como diz Schupfer, as condições que, além da aptidão physica e do consentimento, eram necessarias para a validade do casamento. Havia pessoas absolutamente incapazes, que não podiam contrahir de modo nenhum *justas nupcias*, como os escravos e os peregrinos a que não tivesse sido concedido o *jus connubii*, e relativamente incapazes, que, embora podessem celebrar *justas nupcias* dum modo geral, não podiam, com tudo, desposar certas pessoas, el isto em virtude de impedimentos relativos, que podiam derivar ou da classe, ou do parentesco (cognação, quasi cognação e affinidade), ou de certas regras de direito positivo. Por causa da diversidade de classe, foram prohibidos os casamentos entre patrícios e plebeus, entre ingenuos e libertinos, entre os membros da classe senatorial (senadores e seus descendentes agnaticos até ao terceiro gráo) e mulheres de costumes e pro-

fissões vergonhosos. A primeira proibição foi sancionada pela Lei das XII Tab. e abolida pela lei Canuleia no anno 309 de Roma. A segunda foi derogada pela primeira lei matrimonial de Augusto, que estabeleceu a terceira, por sua vez abolida por Justiniano.

Por causa da cognação, foi prohibido o casamento em toda a linha recta, e primitivamente até ao sexto grão na linha collateral, rigor que se foi attenuando até ao ponto da prohibição do casamento entre primos co-irmãos desaparecer antes do fim da republica.

Por quasi cognação, foram prohibidas as nupcias entre os paes adoptantes e os filhos adoptados, ainda mesmo depois da adopção, e entre a mãe do adoptado e todos os demais aguados do adoptante na constancia da adopção.

Sob o imperio, prevaleceu a regra da permissão do casamento entre collateraes, excepto quando um delles distasse sómente um grão do auctor commum, regra que soffreu duas derogações temporarias, que desapareceram no tempo de Justiniano: a primeira, permittindo o casamento entre o tio paterno e a sobrinha, em virtude dum senatus-consulta destinado, a consentir a Claudio o casamento com Agripina, e a segunda, prohibindo o casamento entre primos co-irmãos, devido à influencia do christianismo.

A affinidade não foi um impedimento matrimonial até ao fim da republica, mas o direito do imperio deu-lhe este character em qualquer grão da linha recta e na linha collateral entre cunhado e cunhada.

Por causa de disposições especiaes, foram prohibidos os casamentos entre o esposo adultero e o seu cumplice (lei Julia *de adulteriis*), entre o tutor ou o filho deste e a sua pupilla (senatus-consulta do

tempo de Marco-Aurelio e Commodo), entre O governador duma provinda e as mulheres della (mandados imperiaes) e entre christãos e judeus (constituições dos imperadores christãos).

As consequencias da inobservancia destas disposições legaes eram a nullidade do casamento, além da sancção penal que porventura tivesse applicação, como no caso de incesto 1.

248. O casamento entre os germanos. — As fórmas mais antigas da realização do casamento entre os germanos são o rapto da mulher e a compra da esposa.

Heusler sustentou que o matrimonio por meio do rapto precedeu o da compra, visto este ultimo suppor necessariamente o primeiro. O rapto é uma injuria para a família a que pertence a raptada, sendo a vingança d'este facto um direito e um dever para aquella família. Se ella renuncia á vingança pôde exigir a composição, que assim viria a representar o valor da raptada. Tornados mais suaves os costumes, deixou-se de recorrer ao rapto, pactuando-se então o preço da esposa. Dahi o matrimonio por compra.

Tem-se, porém, observado muito justamente contra a doutrina de Heusler que, se o matrimonio por meio do rapto pôde ser considerado a regra entre pessoas pertencentes a grupos sociaes diversos, o mesmo já se não pôde admittir entre pessoas do mesmo grupo. O caso mais frequente deveria ser tambem então o casamento entre filhos de visinhos,

¹ Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pag. 151 e seg.; Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, vol. I, pag. 79; Schupfer, *La famiglia secando il diritto romano*, vol. I, pag. 55,

de pessoas que se conhecem, com consentimento das respectivas famílias. Nas poucas vezes em que tivesse lugar o rapto, então também se verificaria o pagamento da composição. Uma fórmula de matrimónio não pôde ser derivada da outra: são independentes, não se podendo determinar qual foi a que primeiramente appareceu.

No tempo de Tacito o casamento effectuava-se com a conducção solemne da mulher a casa do esposo, tendo sido as negociações para a compra e venda substituídas pelos esponsaes. Os esponsaes tinham tamanha importancia no direito germanico que não faltam escriptores, como Sohm, que considerem perfeito o casamento neste direito unicamente por meio delles. Mas, sem a entrega da mulher, o marido não podia gosar do *mundium* sobre ella ¹.

244. O casamento no direito wisigothico. — Embora pouco ou nada se diga a respeito da fórmula do casamento no código wisigothico, não pôde haver duvida de que este acto se tinha de celebrar perante o sacerdote na Igreja.

Em todo o caso, também nos apparece o casamento de mero consenso, que os canones reputavam validos mas illicitos. Isto deduz-se de só se permittir aos judeus recentemente baptizados celebrar nupcias, ou precedendo a convenção preliminar do dote, ou recebendo a benção sacerdotal no seio da Igreja (cod. wis., liv. XII, tit. III, 1. 8). Por conseguinte, o casamento era valido sem sacramento, desde o momento em que se fizesse escriptura ante-nupcial.

¹ Nani, *Storia del diritto privato italiano*, pag. 157 e seg.; Ciccaglione, *Manual di storia del diritto italiano*, vol. I, pag. 66

Precediam o casamento os esponsaes, que se contrahiam por escripto ou perante testemunhas pelos contrahentes, se eram maiores de 15 annos, e por seus paes ou irmãos, se eram menores desta idade. Obrigavam á celebração do casamento dentro dos dous annos seguintes, não se prorogando por mutuo accordo este prazo.

Não se exigia idade para o matrimonio; bastava que os esposos fossem aptos para a procreação; a lei unicamente prohibia que a mulher fosse de mais idade que o varão (Cod. wis. liv. III, tit. I, I. 3).

Tambem estava prohibido o matrimonio da viuva, antes de ter passado um anno depois da morte do seu anterior esposo. Se a viuva não observasse esta disposição, ou se entregasse a outro homem nesse anno, perdia metade do que tivesse herdado do marido defuncto. Só o rei podia dispensar esta prohibição (Cod. wis. liv. III, tit. II, I. 1).

Merece especial menção a disposição pela qual Recesvindo, revogando a antiga prohibição, ordena que possam casar mulheres godas com homens romanos e vice-versa e os livres entre si, qualquer que seja a sua condição (Cod. wis. liv. III, tit. I, 1.2). Esta lei estabeleceu perante o direito a união definitiva de ambos os povos pelo vinculo da familia. Só era prohibido o casamento entre livres e servos.

Os impedimentos por parentesco vão até ao sexto gráo da linha collateral (civil), sem duvida por influencia do direito canonico (liv. III, tit. VI, I. 1 e 2). As filhas não podiam casar contra vontade dos paes, sob pena de serem entregues com os seus maridos á disposição de quem os paes tivessem escolhido para esposo ¹.

¹ Chapado Garcia, *Historia general del derecho espanol*, pag. 181 e seg.; Antonio Caetano do Amaral, *Memoria III para*

246. O casamento na Reconquista. — O casamento na Reconquista soffre a influencia das condições sociaes da epocha. Era tamanha a necessidade de repovoar o territorio arrancado aos arabes, que se estabeleceu, com o consentimento da Igreja, orna nova fôrma de contratar casamento — a de *juras*.

O matrimonio de *juras* tinha um character legitimo, civilmente fatiando, e constituía um contracto de esponsaes secreto que se consummava com a onião carnal dos contrahentes. Esta fôrma de casamento contrapnnha-se à fôrma religiosa, que se realizava com solemnidade perante o ministro da religião catholica, na Igreja parochial dom dos contrahentes, a quem o parcho benzia, bem como a casa e habitações. À mulher casada religiosamente recebia os nomes de mulher velada ou *de benção*, a mulher casada pela outra fôrma chamava-se *de juras*.

O matrimonio solemne devia satisfazer a certos requisitos, uns de character religioso e outros de character civil, sendo destes o consentimento, os esponsaes e as arrhas, e daquelles a benção sacer dotal, conformando-se em geral os *Filtros* com o disposto no Codigo wisigothico, devendo ser desherdada por lei toda a mulher que não obtivesse para casar o consentimento dos seus parentes mais proximos. Continua nos *Fueros* a prohibição da viuva contrahir novo casamento, emquanto não decorrer um anno depois da morte do seu esposo, sendo punida, se assim não procedesse 1.

a historia da legislação e costumes de Portugal, Memorias de litteratura portugêsa, vol 6, pag. 279.

¹ Chapado Garcia, *Historia general dei derecho espanol*, pag- 355 e seg.

240. Theoria canonica do casamento. — A Igreja, como nota Esmein, ensinou desde os primeiros tempos, regras proibitivas e imperativas relativamente ao matrimonio, mui differentes das que se continham nas leis civis. A influencia que a Igreja exercia sobre as consciencias, foi a base do poder que depois se arrogou sobre esta materia. Antes de Constantino já a Igreja legislava sobre o casamento, e, embora a sua legislação não tivesse valor official, obrigava comtudo os christãos com a sua força e prestigio espiritual.

Nestas condições, comprehende-se perfeitamente que a Igreja, não podendo impôr uma legislação matrimonial coordenada e completa, fosse pouco exigente, limitando-se a estabelecer alguns princípios e a prohibir o divorcio por mutuo consenso. Depois de Constantino, a Igreja conseguiu fazer penetrar o seu direito em grande parte na legislação official, mas não pôde obter que os imperadores abdicassem da funcção legislativa em assumptos de casamento.

Nos reinos barbaricos, a Igreja não conseguiu logo centralizar a legislação e a jurisdicção sobre materia matrimonial. Só no seculo xi, attingindo grande desinvolvimento a auctoridade espiritual e encontrando-se muito enfraquecida a auctoridade real, é que a Igreja pôde conquistar um poder, quasi absoluto, sobre o matrimonio. Affirma-se então a impossibilidade da separação do contracto do sacramento. Os canonistas consideram frequentemente o casamento como um contracto; reduzem-no mesmo ao typo dos contractos *consensuais* do direito romano; mas nunca separam o contracto

do sacramento, sendo o contracto simplesmente um aspecto do sacramento. A sacramentalidade torna-se deste modo um caracter essencial do casamento.

Ao mesmo tempo a Igreja usava e abusava do seu poder sobre o casamento, desinvolvendo e modificando o systema romano dos impedimentos. Os impedimentos por parentesco foram tão extraordinariamente ampliados pelo direito ecclesiastico, que chegaram a ser prohibidos os casamentos até ao septimo gráo canonico. As desordens que nasceram d'este systema de impedimentos, exagerado até ao absurdo, perturbaram seriamente os Estados. Tornou-se inevitavel uma reacção, e o concilio de Latrão de 1215, attendendo aos clamores geraes, conveio em que os impedimentos fossem reduzidos ao quarto gráo canonico.

Com o concilio de Trento entra o casamento numa nova phase, visto elle alterar o direito canonico anterior sobre este assumpto. A Igreja, porém, já se encontrava nesta epocha bastante decadente, em virtude da dissolução do regimen catholico-feudal, para conseguir manter o seu poder sobre o matrimonio, em face do poder real, constituído dum modo absoluto em quasi todas as nações da Europa, e da emancipação do pensamento iniciada pela Reforma. Apparece então uma nova corrente que procura fazer entrar o casamento na esphera do poder civil.

Tendo-se manifestado primeiro dum modo philosophico nos escriptos de alguns theoreticos do seculo xvi, que pretendiam reivindicar para o Estado o direito de estabelecer impedimentos sem approvação da auctoridade ecclesiastica, esta tendencia accenton-se dum modo pratico no seculo xvii e adquiriu notavel

desenvolvimento no século XVIII. Travou-se uma lucta encarniçada entre o ultramontanismo, que, confundindo o contracto com o sacramento, attribuia á Igreja o poder exclusivo de regular o matrimonio, e o regalismo que pretendia reivindicar para o Estado as attribuições que este deve ter em materia de casamento. Este movimento foi coroado de bom resultado, pois d'elle derivou, no fim do século XVIII, a emancipação completa do casamento consignada na constituição de 91, que formulou nestes termos o novo direito: O Estado considera o casamento unicamente um contracto civil ¹.

247. O casamento no direito portuguez. Fórmulas do casamento. — Nos princípios da nossa monarchia encontram-se duas fórmulas de casamento: os celebrados á face da Igreja (de *benedictione* e os de publica fama (maridos *conhuçados*).

Alexandre Herculano deduz dos foraes a existencia de uma outra forma de casamento o *casamento de juras*, semelhante ao da Reconquista deste nome, em que o mutuo consenso era firmado por juramento na presença de um ministro do culto (*in manu clerici*), não sendo, porém, conferido o sacramento, porque os foraes consideram aquelle matrimonio como diverso e inferior ao da benção.

Santa Rosa de Viterbo admite tambem o casamento á *morganheira* ou *inorganica*, que era, na opinião deste escriptor, uma especie de casamento segundo o direito natural derivando apenas da von-

¹ Viollet, *Histoire du droit français*, pag. 398; Esmein, *Le mariage en droit canonique*, pag. 78 e seg.; Alexandre Herculano, *Historia de Portugal*, tom. II, pag. 104 e seg.

tade livre e seria dos conjuges, sendo o marido quasi sempre nobre. A lei não protegia essas uniões, não garantia a communhão de bens para os conjuges, nem o direito de herança para os filhos.

Como não bavia um registro regular dos matrimonios, para os provar, recorria-se á publicidade do factio que se passou em face da Igreja. Succedia, porém, muitas vezes que o matrimonio havia sido clandestino on que os conjuges tinham mudado de residencia e faltavam as testemunhas, recorrendo-se então à fama publica. D. Diniz determinou que fosse prova sufficiente a cohabitação por espaço de sete annos entre indivíduos tidos por marido e mulher e que se apresentaram sempre como taes nos actos publicos e civis.

Com D. Affonso TV começa uma serie de prohições contra os casamentos clandestinos, isto é, effectuados sem as formulas instituídas pela Igreja, quando contrahidos com mulher que estivesse sob a tutela do pae, mãe ou outra pessoa que não consentisse em tal matrimonio, até que D. Manuel ordenou que todos casassem publicamente á face da Igreja segundo os canones com a leitura dos *bainos* (proclamas ou pregões), devendo os que assim não cumprissem perder todos os seus bens, metade para a camara real e metade para os captivos. Estas prohições tinham por fim unicamente manter integra a auctoridade paterna, pois, se o casamento clandestino se fizesse com o consentimento dos paes cessava, segundo a lei, toda a criminalidade.

As Ordenações Manuelinas trasigem com os casamentos clandestinos, considerando meeiros os conjuges que casarem à porta da Igreja ou fóra delia

com licença do prelado e os que viverem em casa teuda e manteuda, ou em casa dos seus paes ou em outra, em publica voz e fama de marido e mulher, ainda que não hajam casado á porta da Igreja. (Ord. Manuelinas, liv. II, tit. XLVII). Esta disposição passou para as Ordenações Philippinas (liv. Iv, tit. XLVI), embora com algumas alterações, segundo nos por inadvertencia, visto ella estar em contra-dicção com os canones do concilio de Trento, recebidos no reino, que exigem que o casamento seja feito em face da Igreja, segundo outros por as Ordenações Pbilippinas permittirem o casamento civil. Parece mais provavel que se tracte duma simples presumpção de ter havido matrimonio.

Os casamentos clandestinos continuaram, apesar de contrarios ao concilio de Trento. Foi, para evitar a sua multiplicação, que D. João IV publicou o Alvará de 13 de novembro de 1651, punindo os casamentos clandestinos com o confisco dos bens e o desterro para uma Conquista, incorrendo nestas peoas tanto os contrabentes como as testemunhas.

Ficou assim constituída a legislação matrimonial do antigo regimen. Esta legislação continuou a vigorar durante o regimen liberal, até que o codigo civil lhe veio dar um golpe profundo, admit-tindo o casamento civil, embora por uma fôrma um pouco disfarçada, pelo que diz respeito aos catholicos ¹.

¹ Alexandre Herculano, *Estudos sobre o casamento civil*, pag. 22 e seg.; Sr. Dr. Araujo e Gama, *Estudo sobre o casamento civil*, pag. 129 e seg.; Augusto Carneiro, *O casamento civil e seus adversarios*, pag. 47 e seg.

248. Impedimentos matrimoniaes. — Á Igreja, valendo-se da sua influencia, póde fazer prevalecer no direito portuguez o systema canonico dos impedimentos matrimoniaes, cuja força legal se encontra reconhecida por D. Affonso III.

Deste modo, fica a legislação canonica constituindo a base do nosso systema de impedimentos matrimoniaes. Predomina no casamento a consideração do sacramento sobre o contracto, e o poder ecclesiastico consegue dominar soberanamente em tudo o que respeita o matrimonio. Não admira, pois, que a legislação patria, no seu desinvolvimento historico, seja quasi omissa a respeito de impedimentos matrimoniaes, que deixa ao direito canonico e mais tarde tambem ás constituições dos bispados.

Como apreciar a influencia que a legislação canonica teve entre nós em materia de impedimentos ? A materia de impedimentos é sem duvida uma daquellas que, póde dizer-se sem receio de errar, o direito canonico mais profundamente viciou. Haja vista ao que dizem Tissot e Letourneau sobre este assumpto. É que, « para regular prudentemente as cousas da terra, não é bom ter os olhos constantemente levantados para o céu ».

A influencia que o direito canonico exerceu entre nós sobre este assumpto confirma plenamente esta verdade historica. Bastará dizer que este direito introduziu tal confusão sobre os impedimentos de parentesco, que poucos casamentos, principalmente de principes, como testemunha Coelho da Rocha, podiam escapar ao risco de illegitimos. Demonstra claramente isto o que se deu com duas filhas de Sancho I, que tiveram de separar-se de seus maridos

por se considerarem nullos, em virtude do parentesco, os respectivos casamentos, e com D. Sancho II, D. Affonso III, D. Pedro I e D. Fernando I, cujos matrimonios foram arguidos de nullidade por cansa do mesmo impedimento.

Os nossos reis não deixaram, comtudo de estabelecer alguns impedimentos de caracter impediente, que passamos a examinar.

A) D. Diniz ordenou que fosse desherdada a filha que casasse, « sem mandado do seu padre ou de sua madre », antes dos vinte e cinco annos, podendo, porém estes relevar-lhe o seu erro, quando não tivessem outro descendente (Ord. Aff., liv. Iv, tit. 98, § 1).

As Ordenações Manuelinas (liv. Iv tit. 72, § 2) restringiram a amplitude das Affonsinas, determinando que, quando a filha casasse sem consentimento, melhor e mais honradamente do que seus paes a poderiam casar, estes só, por disposição expressa, a podessem privar de metade da legitima, restricção que depois foi admittida pelas Ordenações Filippinas (liv. Iv, tit. 88, § 1).

A lei de 19 de junho de 1775 ampliou as disposições da Ordenação Filippina, impondo a pena de desherdação e da privação de alimentos aos filhos menores sem distincção de sexo, que casassem contra vontade dos paes e, na falta delles, dos tutores e curadores.

A lei de 29 de novembro de 1775 dispoz que este consentimento fosse snpprivel, para os nobres pelo Desembargo do Paço, e, para os não nobres, em Lisboa, pelos Corregedores do Civel da Corte ou da cidade, e, nas províncias, pelos Corregedores ou Provedores das comarcas. Esta disposição foi depois revogada pelo art. 340.º da N. R. J.

B) Todas as Ordenações Affonsinas(liv. v, tit. 11), Manuelinas (liv. v, tit. 18) e Filippinas (liv. v, tit. 24) prohibiram o casamento do creado com a filha, consanguínea ou affim do amo dentro do quarto gráo sem consentimento deste, punindo com morte os criados que transgredissem esta prohibição. Liz Teixeira justifica este rigor dizendo: « Nem a gradação deste crime para ser punido com a pena de morte, que aliás não pôde em tal caso executar-se sem confirmação regia da sentença, é excessiva, attento o systema penal da nossa Ordenação do liv. 5.º; porquanto este delicio contem abuso de boa fé, ou aleivosia e perfídia, circumstancia aggravante num caso que perturba o bem das famílias e a sorte dum sexo fragil ».

C) Às Ordenações Manuelinas (liv. II, tit. 47) e Filippinas (liv. II, tit. 37) dispozeram que a mulher com bens, jurisdicção ou quaesquer direitos da corôa, renda ou tença que passassem de 50\$000 réis não podesse casar sem licença do rei, sob pena de perder esses bens, direitos ou rendas.

A lei de 23 de novembro de 1616 ampliou esta disposição a todas as pessoas nobres que administrassem bens da corôa ou tivessem fôro pelo menos de moço fidalgo, embora fossem maiores e *sui juris*. Estes bens da corôa foram extinctos, e portanto revogadas todas as leis relativas a elles e á successão d'elles, pelo decreto de 13 de agosto de 1832.

D) As Ord. Filippinas determinaram que os magistrados temporarios não podessem casar durante a sua magistratura, sem licença régia, com as mulheres naturaes ou domiciliadas dentro do territorio da sua jurisdicção, e, se procedessem dontro modo, ficavam suspensos *ipso facto* e nullos os actos que praticassem depois do casamento. O mesmo depois

acontecía a respeito dos ministros que serviam em quaesquer logares das conquistas, em virtude do decreto de 26 de março de 1734. Mello Freire, Correia Telles e Liz Teixeira discutiam se no sen tempo ainda estaria em vigor esta disposição. Mello Freire considerava-a em desuso, excepto no caso de haver violencia ou concussão. Liz Teixeira julgava a em vigor. Correia Telles restringia a ao caso de matrimonio com mulher orphã ou viuva 1.

¹ Mello Freire, *Inst. Juris civilis lusitani*, cit, III. lib. II, tit. V, § VI, pag. 115; Liz Teixeira, *Curso de direito civil*, tom. I, pag. 263; Corrêa Telles, *Digesto portuguez*, tom. II, art. 341^o; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, tom. II cit., tit. XI, § 110 pag. 47; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e legislação de Portugal*, pag. 92; Tissot, *Introd. phil. á l'étude du droit*, pag. 101; Letouraeau, *Levolution du mariage et de la famille*, pag. 256.

ÍNDICE

PRENOÇÕES

1. A função organica do direito e as instituições jurídicas.)
— 2. Evolução das instituições jurídicas. — 3. Leis da evolução jurídica. — 4. Conceito da historia das instituições jurídicas. — 5. Extensão da historia das instituições jurídicas. Theoria de Flach. — 6. A historia das instituições jurídicas e a sociologia jurídica. — 7. Conceito da historia das instituições do direito romano, do direito peninsular e do direito português. — 8. Relações da historia das instituições jurídicas com a historia geral do direito. — 9. Importancia da historia das instituições jurídicas. — 10. Methodos da historia das instituições jurídicas. A) Methodos de investigação: a) Methodo historico propriamente dicto. — 11. b) Methodo historico-comparativo. — 12. c) Methodo colonial.— 13. d) Methodo ethnographico.—14. B) Methodos de exposição : a) Methodo chronologico.—15. b) Methodo monographico. —16. Systematização classica da historia das instituições jurídicas. —17. Systematização que adoptamos pag. 5 a 32

PARTE PRIMEIRA

A personalidade

CAPITULO I Pessoas sem

capacidade juridica

§ 1.º — Escravos

18. Classificação das pessoas sob o aspecto da historia da capacidade jurídica. Doutrina de Nani. —19. Conceito da escravidão. — 20. Origem historica da escravidão. — 21. A escravidão no direito primitivo. — 22. A escravidão na Hespanha primitiva. — 23. A escravidão romana. Desenvolvimento historico da instituição. — 24. Condição jurídica do escravo. A) Condição jurídica do escravo relativa-

mente ao senhor: a) Quanto á pessoa. — 25. b) Quanto aos bens. — 26. B) Condição jurídica do escravo relativamente á sociedade.—27. Influenciado christianismo sobre a condição jurídica do escravo. — 28. Fontes da escravidão. — 29. Fórmãs da sua extincçSo. — 30. A manumissão. — 31. A escravidão entre os germanos. — 32. A escravidão goda. Diversas categorias de escravos. — 33. CondiçSo jurídica dos escravos. — 34. Fontes da eseravidSo. — 35. CessaçSo da escravidão. — 36. Natureza da servidão na Reconquista. Doutrinas de Herculano e Muitos y Romero. — 37. A escravidão neste periodo. — 38. Desenvolvimento historico da eseravidSo em Portugal. — 39. A eseravidSo nas colonias. — 40. A abolição da escravidão e o regimen do trabalho colonial. — 41. Condição jurídica do escravo entre nós. —42. — Fontes da eseravidSo e fórmãs da sua extincçSo pag. 35 a 97

§ 2.º — Servos da gleba 43. Conceito da servidão da gleba. — 44. Origem da servidão da gleba. — 45. Comparação entre a condição do escravo e a condição do servo da gleba. — 46. A servidão da gleba entre os wisigodos. — 47. A servidão da gleba na Reconquista : Existencia da instituição. —48. Condição jurídica desta classe social. — 49. Fontes da servidSo da gleba. —50. Fórmãs da sua extincção.—51. A pretendida influencia do christianismo na emancipação dos servos da gleba.

— 52. Verdadeiras causas de transformação da servidSo da gleba no colonato livre. — 53. Progressos introduzidos na servidão da gleba. — 54. Complemento da evoluçSo no direito português. — 55. Ultimos vestígios da servidSo da gleba pag. 98 a 122

CAPITULO II Pessoas com capacidade jurídica limitada

SECÇÃO I

Pessoas com capacidade jurídica limitada em virtude de causas economicas

§ 1.º — Colonos adscripticios 56. Classificação das pessoas com capacidade jurídica limitada.

— 57. Colonato adscripticio. Conceito da instituição.

— 58. Origem do colonato adscripticio. Theorias que lhe dão uma origem romana. — 59. Theorias que lhe dão uma origem germanica.—60. Theorias que lhe dão uma origem christã. — 61. A moderna doutrina de Fustel de Coulanges. — 62. Condição jurídica dos colonos e adscripticios. — 63. Obrigações dos colonos adscripticios para com os proprietarios. — 64. Fontes do colonato adscripticio. — 65. Cessação desta condição das pessoas. — 66. Os *Lites* dos povos germanicos. — 67. Existencia do colonato adscripticio entre os visigodos. — 68. Destino da instituição neste período do direito peninsular. Doutrinas de Herculano, Gama Barros e Perez Pujol. — 69. Função desempenhada pelo colonato adscripticio na evolução das classes servas. Theoria de Doniol..... pag. 123 a 157

§ 2.º — Colonos voluntarios

70. O colonato voluntario no direito romano. A *locatio conductio*. — 71. O colonato voluntario entre os wisigodos. O precario. — 72. O colonato voluntario na Reconquista. Vexames e oppressões. — 73. O colonato voluntario no direito português..... pag 158 a 171

SECÇÃO II

Pessoas com capacidade jurídica limitada em virtude de causas familiares

§ I.º — Mulheres 74. Condição da

mulher no direito primitivo. — 75. A mulher no periodo preromano do direito peninsular. — 76. A mulher no direito romano. A tutela perpetua. — 77. A *manus*.

— 78. A mulher e o christianismo. — 79. A mulher entre os germanos. O *mundium*. — 80. A mulher no direito wisigothico. — 81. A mulher na Reconquista. — 82. A mulher no direito português. Direito antigo. — 83. Direito moderno. — 84. O direito e o feminismo..... pag. 172 a 193

§2º - Os filhos

85. Os filhos no direito primitivo. — 86. Os filhos no período preromano do direito peninsular. — 87. Os filhos no direito romano. — 88. Os filhos no direito germanico. — 89. Os filhos no direito wisigodo. — 90. Os filhos no direito da Reconquista. — 91. Os filhos no direito português. Direito antigo. — 92. Direito moderno pag. 194 a 207

SECÇÃO III

Pessoas com capacidade jurídica limitada
em virtude de causas religiosas

§ I.º — Judeus
93. Os judeus no direito romano. — 94. Predomínio dos judeus na Península. — 95. Condição jurídica dos judeus entre os Visigodos. Incapacidades com que foram feridos. — 96. Perseguições de que foram objecto. — 97. Os judeus na Reconquista. — 98. Os judeus no direito português. Regimen de tolerancia. — 99. Regimen de perseguição..... pag. 208 a 225

§ 2.º — MOUROS

100. Os mouros na Reconquista. — 101. Os mouros no direito português. Regimen de tolerancia. — 102. Regimen de perseguição. — 103. Condidos de direitos entre mouros e judeus e entre quaesquer destes e christãos. pag. 226 a 233

§ 3.º — Hereticos 104. Condição dos hereticos no direito romano. — 105. Os hereticos no direito wisigothico. — 106. Os hereticos na Reconquista. — 107. Os hereticos no direito português. — 108. A Inquisição. — 109. A liberdade religiosa... pag. 233 a 246

SECÇÃO IV

Pessoas com capacidade jurídica limitada.
em virtude de causas moraes

Libertinos 110. Conceito dos libertinos no direito romano. — 111. Sua condição jurídica neste direito. — 112. Os libertinos no direito germanico. — 113. Condição jurídica dos libertinos entre os visigodos. — 114. Categorias de libertinos admittidas no direito wisigothico, — 115. Os libertinos na Reconquista. — 116. Os libertinos no direito português, pag. 247 a 260

SECÇÃO V

Pessoas com capacidade jurídica limitada
em virtude de causas jurídicas

Clientes 117. A antiga clientela romana. — 118. A nova clientela romana. — 119. A clientela no direito germanico. — 120. A

clientela no direito wisigotico. Bucellarios. —121. A clientela na Reconquista. Malados. —122. A maladia no direito português pag. 261 a 275

SECÇÃO VI

Pessoas com capacidade juridica limitada em virtude de causas politicas

Estrangeiros

123. Os estrangeiros no direito primitivo e nas sociedades antigas. —124. Os estrangeiros na Hespanha preromana. —125. Os estrangeiros em Roma. Desenvolvimento da distincção entre *cives* e *peregrini*. — 126. Direitos dos cidadãos romanos. —127. Condição jurídica dos *peregrini* propriamente dictos. — 128. Os *latini* e os seus direitos. —129. Concessão do direito de cidade a todos os subditos do Imperio. — 130. Os *barbari*. —131. Os estrangeiros entre os germanos.— 132. Os estrangeiros entre os wisigodos. —133. Os estrangeiros na Reconquista. —134. Os estrangeiros no direito português. Tratamento benevolo dos estrangeiros. — 135. Privilegios concedidos aos estrangeiros.—136. Applicação directa do direito estrangeiro. —137. Applicação indirecta pag. 276 a 307

CAPITULO III Pessoas com

capacidade jurídica privilegiada

§ I.º — Nobres

138. A nobreza na Hespanha primitiva. —139. O patriciado e a *nobilitas*.—140. A nobreza do Baixo-Imperio. —141. A nobreza entre os germanos.— 142. A nobreza entre os godos. — 143. A nobreza na Reconquista. — 144. A nobreza em Portugal. Transformação historica da classe. —145. Privilegios da nobreza. — 146. Adquisição da nobreza pag. 311 a 325

§ 2.º — Clerigos

147. Os clerigos no direito romano. —148. Os clerigos no direito wisigothico. —149. Os clerigos na Reconquista. —150. Os clerigos no direito português. Preponderancia do clero.—151. Privilegios e immunidades do clero.— 152. O clero nas sociedades modernas..... pag. 326 a 346

PARTE SEGUNDA

Propriedade

CAPITULO I

Princípios geraes

153. Importancia actual da historia da propriedade. —154. Noção da propriedade. — 155. Divisão da propriedade. — 156. Fundamento historico da propriedade. —157. Lei sociologica da evolução da propriedade de Carie. pag. 349 a 358

CAPITULO II Fórmias

primitivas da propriedade

158. Systemas sobre a primeira fórmula da propriedade. —159. A primeira fórmula da propriedade foi collectiva. — 160. Primeira fórmula da propriedade collectiva. — 161. Organização da propriedade na communitade de aldêa. —162. Communitades de aldêa com repartição periodica das terras. — 163. O *Mir* russo. —164. Communitades familiares. — 165. Propriedade individual. — 166. Valor historico dos estadios da evolução da propriedade pag. 359 a 376

CAPITULO III

Propriedade collectiva

167. A propriedade collectiva no período preromano. — 168. Caracter ethnico da propriedade collectiva preromana. —169. A doutrina tradicional sobre a fórmula primitiva da propriedade romana. —170. Existencia da communitade de aldêa entre os romanos. —171. Fórmula da communitade de aldêa admittida entre os romanos. —172. A phase da communitade familiar. — 173. A propriedade collectiva entre os germanos. A *Marck* germanica. —174. A apropriação das terras da Península pelos wisigodos. —175. A propriedade commum entre os wisigodos. — 176. A propriedade commum na Reconquista. — 177. Vestígios do communismo agrario no direito português. —178. Bal-

dios. — 179. Communitades agrícolas da india portu
guêsa..... pag. 377 a 405

CAPITULO IV

Propriedade individual

180. A propriedade individual na Hespanha primitiva. —
181. Caracter da propriedade individual entre os romanos.
— 182. Coisas *mancipi* e nec *mancipi*. — 183. Domínio quirir-
tario e domínio bonitario. —184. As *possessiones*. — 185. Os
Latifundio. — 186. As villas romanas. —187. As *sortes*
gothicae e as *tertio romanorum*. — 188. Transformação
das villas romanas. A pequena propriedade.— 189. A pro-
priedade allodial, beneficiar e censual. — 190. As presurias.
—191. Os reguengos.—192. As jugarias. — 193. Os coutos
e as honras. —194. Os morgados. — 195. As capellas.
—196. Lei das sesmarias. — 197. Lei da avoenga.
—198. Novo caracter juridico assumido pela propriedade
individual nos codigos modernos..... pag. 407 a 443

CAPITULO V

Fosse

199. Diferenciação da posse da propriedade. — 200. Conceito
romano da posse. — 201. Fundamento da sua protecção
segundo o direito romano. — 202. Os *interdictos posses-
sorios*. — 203. A *gewere germanica*. — 204. A posse entre
os visigodos. — 205. A posse na Reconquista. — 206. The-
oria canonica da posse. — 207. A posse no direito portu-
guêspag. 445 a 463

CAPITULO VI

Prescripção

208. *Usucapio*. — 209. — *Prescriptio longi temporis* e *prescri-
ptio longissimi temporis*. — 210. A prescripção entre os ger-
manos. — 211. A prescripção no direito wisigothico.
—212. A
prescripção na Reconquista. — 213. Theoria
canonica da prescripção. — 214. A prescripção no direito
portuguêspag. 465 a 479

PARTE TERCEIRA

Família

CAPITULO I

Fórmulas primitivas da família

215. Importancia actual do problema da constituição da família primitiva. — 216. O patriarcho como a fórmula primitiva da família e da sociedade. — 217. Promiscuidade ou he-tairismo. — 218. Matriarcho. — 219. O matrimonio ambi-liano. — 220. Passagem do matriarcho para o patriar-chado.— 221. Critica da serie —promiscuidade, matriar-chado e patriarcho. — 222. O clan. — 223. A exogamia. — 224. O totemismo e o parentesco materno, pag. 483 a 516

CAPITULO II

Organismo da familia

225. As *gentilitatt* da Península. — 226. A família na Hespanha primitiva. — 227. A gens romana. Conceito deste aggregado. — 228. Organização da gens — 229. Família romana. Seus caracteres geraes. — 230. Agnação. — 231. Cognação. — 232. A *sippe* germanica. Comparação deste aggregado com a gens. — 233. Funções da *sippe*. — 234. A família germanica. Sua estrutura. — 235. O parentesco germa-nico. — 236. Familia wisigothica e da Reconquista. — 237. Familia portugêsa. — 238. Desintegração da familia moderna. Theoria de Herbert Spencerpag. 517 a 541

CAPITULO III

Casamento

239. O casamento na Hespanha primitiva. — 240. *Justas nu-pciat*. Casamento *cum manu*. — 241. Casamento *sine manu*. — 242. Condições das *justas nupcias*. — 243. O casamento entre os germanos. — 244. O casamento no direito wisigo-thico. — 245. O casamento na Reconquista. — 246. Theoria canonica do casamento. — 247. O casamento no direito portugêsa. Fórmulas do casamento.— 248. Impedimentos matrimoniaes..... pag. 543 a 563