

FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
INSTITUTO DE ESTUDOS HISTÓRICOS DR. ANTÓNIO DE VASCONCELOS

Revista Portuguesa de História

TOMO XV



COIMBRA/1975

O DIREITO DE REGRESSO EM MATÉRIA DE REPRESÁLIAS (ESTUDO DE HISTÓRIA DO DIREITO. SÉCS. XV-XVI) (1)

Indemnizado o concessionário das represálias, ficava por definição (2) afectado na sua esfera de direitos um terceiro inocente. O mesmo acto que encerrava um processo abria, simultaneamente, outro, pois aos olhos dos juristas tão digno de protecção se afigurava o interesse do concessionário das represálias, como o do lesado em virtude destas. Impunha-se-lhes, portanto, restabelecer o equilíbrio pela determinação do *remedium iuris* necessário. Ele consubstancializou-se no direito

(1,2) As páginas seguintes, escritas pelo autor no cumprimento de obrigações resultantes da sua qualidade de Professor-Investigador, versam sobre um dos temas que não lhe foi possível abordar quando da elaboração da dissertação de doutoramento *As Represálias. Estudo de história do direito português (Séc. XV-XVI)*, Lisboa, 1972, vol. I e vol. II, T. I. São assim dela complemento e para sua perfeita valoração devem ser conjugadas não só com quanto aí se escreveu como também com o estudo de todos os demais aspectos então deixados para futuros labores (cf. págs. XXIV e segts.) e que se pensa poder brevemente trazer a público. Por necessário à respectiva inteligibilidade se reputa mesmo ter o leitor no seu espírito o conceito de represália e as linhas mestras do instituto, ou seja, que:

1) as represálias traduziam-se na responsabilização de um inocente em vez do culpado (*alius pro alio gravatur*) V. o nosso trabalho *As Represálias...*, I, pág. 75 e segs.

2) a mencionada transferência de sujeitos exigia, além da existência de um acto ilícito danoso (cf. *As Represálias...*, II, T. I, pág. 592 e segs.), os seguintes elementos: a) pertença do lésante e do lesado a estados diferentes (*Idem*, I, pág. 1 e segts. e II, T. I, págs. 737 e segts.); b) impossibilidade de o lesado haver uma sentença justa e executável — quando coubesse ao respectivo soberano o conhecimento do caso e o infractor se não encontrasse nos limites territoriais da sua jurisdição ou aí não tivesse bens (Cf. *As Represálias...*, II, T. I, pág. 872-876) — ou de ela não ser proferida, nomeadamente em virtude de sentimentos *chauvinistas*, pelo soberano do infractor, que

de regresso do terceiro inocente contra o causador das represálias, cujo exercício traçava o arco necessário para completar o círculo em que graficamente se podia representar o ritmo de desenvolvimento de todo o instituto, chegando ao próprio ponto de partida — o causador do dano inicial. Na impossibilidade do prejudicado se dirigir recta e directamente contra ele, dava-se-lhe a viabilidade de o fazer contra

assim violava o dever de ministrar justiça aos estrangeiros (*denegado iusdae*). V. tb. *As Represálias...*, I, pág. 529 e segts e II, T. I, págs. 717 e segts. e 784 e segts. ; c) execução, em virtude deste último ilícito, promovida a favor do lesado e sob a autoridade do seu príncipe — tomado *radone delicti*, órgão da comunidade internacional e, portanto, superior do recusante da tutela jurídica (Cf. *As represálias...*, II, T. I, págs. 804-819) — de qualquer membro da comunidade por esta chefiada e responsabilizável pelo acto do seu representante ou chefe. Cf. *As represálias...*, I, pág. 457-461, II, T. I, pág. 809-819 e 1030 e segts.

Cumpra ainda ter presente, como pano de fundo, a circunstância de aos teóricos se terem levantado escrúpulos relativamente à juridicidade do *alius pro alio gravatur*, revelados na concepção das represálias como remédio odioso — (Cf. *As Represálias...*, I, págs. 315, 378-380) —, subsidiário dos meios normais de justiça, considerados inservíveis por condicionalismos patológicos, e admissível apenas dada a inexistência de um supremo e imparcial juiz internacional para o qual se pudesse recorrer — isto em primeiro lugar (Cf. *As Represálias...*, I, T. I, págs. 360, 369-370, 378-380, 795-796); em segundo, manifestados na consideração de que sem esse meio extremo o lesado ficaria desprovido de qualquer tutela, necessário se tornando, para o direito não perecer, facultar-lhe um meio extraordinário de ressarcimento (v. *As Represálias...*, I, cap. V, *per tot*, pág. 307 e segts. e ainda pág. 589); finalmente, na consideração que procuraremos sublinhar neste pequeno estudo — (v. tb., o que escrevemos in *As Represálias...*, I, págs. XXIV, XXV e 359) — de não ser possível deixar afectado o inocente à custa do qual se indemniza o estrangeiro lesado, impondo-se restabelecer o equilíbrio entre ele e o verdadeiro autor do dano, sob pena de se criar uma situação jurídica, ética e socialmente tão condenável como a que resultaria de se deixar sem tutela o primitivo prejudicado.

Isto consignado, é devida ainda uma palavra por se ter preferido divulgar a investigação relativa ao direito de regresso do executado por represálias em vez da respeitante a outros aspectos do instituto e que no plano geral traçado no *Prefácio* da nossa referida dissertação (Cf. pág. XXII-XXV) se lhe antepunham. É que, como então escrevemos, o direito de regresso constitui um capítulo fundamental da análise de todo o instituto, possibilitando tirar a contra-prova das teses já defendidas. Nenhuma outra omissão se sentia assim nas páginas já publicadas com uma intensidade comparável à das indagações concernentes ao direito de regresso. De um prisma de pura dogmática jurídica de todos os temas por tratar este era o mais influente na conceptualização do instituto.

Eis, sinteticamente expostas, as razões de havermos antecipado a publicação destas páginas, em detrimento das concernentes a temas afins.

um terceiro, que, por sua vez, percorria o caminho para atingir aquele a quem se devia a acção base das represálias ⁽³⁾.

Através deste mecanismo conseguia-se uma economia importante, traduzida na supressão das conexões do caso com diversas ordens jurídicas, conexões encaradas pelos homens de direito como factores de denegação da justiça ⁽⁴⁾. O terceiro inocente pertencia ao mesmo organismo político que o lesante do estrangeiro a quem fora denegada a indemnização. Postulava, assim, os seus direitos perante o príncipe comum, no seio de uma única ordem jurídica, contrariamente ao concessionário das represálias que, por definição, tivera de se dirigir a um soberano estranho ⁽⁵⁾, com incómodos de distância ⁽⁶⁾ e desconfianças quanto à imparcialidade dum juiz para o qual o réu surgia como membro do mesmo corpo ⁽⁷⁾. As represálias pressupunham a concretização de um partidarismo, pela denegação pura e simples de justiça ou pela emissão de sentença injusta. Mas, porque se esperava antecipadamente a impossibilidade de o juiz se libertar da condição das partes, sempre que o autor não conseguia fazer valer os seus pontos de vista, a sentença de repúdio funcionava como prova da existência dos pressupostos necessários à concessão das represálias ⁽⁸⁾.

A todas estas suspeições fugia o direito de regresso do *exactus* contra o causador das represálias — terminologia que se emprega à margem das querelas doutrinárias seguidamente referidas.

A comodidade representada pela redução do litígio a uma única ordem jurídica e as determinantes éticas que postulavam o ressarcimento do inocente haviam, por força, de determinar uma generalizada adopção do direito de regresso. Assim foi. Os doutores sustentaram-no sem hesitações, a ponto de se poder afirmar, não obstante dúvidas quanto ao regime respectivo, que pertencia à opinião comum a faculdade de o represaliado repetir do verdadeiro devedor aquilo que houvesse pago. Ensinou-o o nosso Manuel Soares da Ribeira apoiado em Francisco Vivius e em Jasão — quem causasse represálias devia indemnizar rigorosamente todo o dano delas proveniente, de

(3) Cf. RUY DE ALBUQUERQUE — *As represálias...., passim*.

(4) *Idem*, I, pág. 529 e segts.; 539-544; 546 e 556.

(5) *Idem*, II, T. I. pág. 871 e segts.; 890 e segts.; 907-909.

(6) *Idem*, I, pág. 539-544; II, T. I., pág. 923-931.

(7) *Idem*, I, v. g. pág. 546-565.

(8) *Idem*, II, T. I., pág. 896-897; II, T. I. 903 e segts.

acordo com o pensamento comum e indubitável, declarado por esses autores ⁽⁹⁾.

Os ensinamentos do jurista português, foram reproduzidos sem qualquer indicação de fonte, por Mynsingherus, cujo texto, salvo duas ligeiras e dispiciendas inversões vocabulares na ordem do discurso, coincide inteiramente com o de Ribeira ⁽¹⁰⁾ - mesmo no tocante à matéria das exceções abertas ao princípio geral ⁽ⁿ⁾ — e encontraram eco em Fontanella, que indicou, aliás inexactamente, as autoridades recolhidas por Soares da Ribeira, pois além de Vivius e de Maynerius mencionava, também, a grande voz de Menochius não referida pelo jurista português ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ *Represalijs, ut doctores fantur, qui causam dedit, seu communitas aliqua sit, seu quispiam priuatus fuerit, damnum ex illis passo omne omnino resarciat comme atque indubitatum latè ait Francis. Viuius lib. 2 opin. 35. post. las. in l. 2. ult. coi. ult. uer. extat glos, ff de uerb. oblig. (...) EMANUEL SOARES DA RIBEIRA — Thesaurus Receptarum Sententiarum Quas Vulgus Interpretum Communes Opiniones Vocat v.º Represalijs, 1. R., n.ºs 51 e 52, in Receptarum Sententiarum, Sive, Vt Nunc Loqvuntur Communium Opinionum Iurisconsultorum Utriusque Iuris Opus, Absolutum, & perfectum, ita vt perpauca desiderari videantur, quin omnis indubium vocata quaestio hinc resolui possit. Clariss. et Excelentiss. Iurisconsultis Auctoribus, Francisco Turzano, ab Incisa; Baptista à Vilalobos, Toletano, Francisco Viuius, ab Aquila, Mattheo Iurisconsulto, Iulio Claro, Alexandrino, Ioanne Fichardo, Francofurtense, Ióame Bellono, Tolosate, Ioanne Fichardo, Iodoco Damhouderio, Burgensi, Emanuele Soarezio, à Ribeira, [«Apud Nicolaum Beuilaquam», Veneza, 1571, [II], pág. 118].*

⁽¹⁰⁾ «*Qd. is., qui cãm represalijs dedit, seu editas aliqua sit, vel privatus quispiã, damnum ex illis passo omne omnino resarcire tenetur. Idque vulgo receptum, atque indubitatum ait Viuius lib. 2 opin. 35. post las. in l. 2 § vit. col. ult. versic. extat glo. ff. de verb. oblig.*», escreve MYNSINGERUS — *Singularium Observationum...*, Cent. Sexta, Obs. prima, n.º 10, [ed. cit., pág. 401], coincidindo com SOARES DA RIBEIRA, como resulta dum simples confronto com o texto deste, reproduzido na nota anterior.

⁽ⁿ⁾ É a seguinte a continuação do texto de MYNSINGERUS: «*Quod tñ non procedet, cum iniuste, & contra aequum, & bonum cõcessae illae arguentur l. si per imprudentiam, ff. de euict & d. § ult.*». *Ibid.*, que corresponde às palavras de RIBEIRA, proferidas também no imediato seguimento do texto deste autor já referido, e que para melhor demonstração reproduziremos: («... *quod tamen non procedet cum iniustè & contra aequum ac bonum concessae illae arguentur ut est frequenter per l. si per imprudentiam, ff. de euict. in d. § ult.*». MANUEL SOARES DA RIBEIRA — *Thesaurus Receptarum Sententiarum...*, v.º Represalijs, 1. R., n.º 52, [ed. cit., de 1571, pág. 118].

⁽¹²⁾ «*Quarta quaestio est, quomodo sit subueniendum damnum passo propter represalias contra suam duitatem, vel quempiam alium decretas? Respondet Eman. Soar. a Ribey. in thesaur. recept. sentent. verbo, represaliae, huic dari actionem versus eum, in cuius odium concessae sunt ad recuperationem omniu damnorum, quam dicit esse communem opinione. & allegat ad id Viui, lib. 2, opin. 35. post. las. in l. 2 § ult.*

As referências de Fontanella ao nosso compatriota não pecavam, contudo, unicamente por essa razão. Também se lhe pode censurar tê-las redigido por forma que parece insinuar dever-se a Soares da Ribeira a responsabilidade da qualificação de *opinião comum* atribuída ao direito de regresso — «*quam dicit [Soares da Ribeira] esse communem opinione & allegat ad id Viui. (...)*», — quando tal era orientação generalizada, embora para ela tenha contribuído o peso de Ribeira (13) (14).

A respeito da generalidade da qualificação parece-nos suficientemente elucidativa uma colecção de *opiniões comuns* aparecida a poucos anos de distância da obra de Soares da Ribeira. Também aí se coloca o direito de regresso do executado por causa de represálias sob a égide duma doutrina pacífica. A autoridade utilizada para sustentar a proposição de que se tratava de *communis opinio* era de Jasão de Mayno (15). O nome do jurista italiano, bem como a notícia da sua doutrina não aparecia, porém, apontado directamente. Referia-o o autor da colectânea utilizando textos onde os encontrara mencionados e que, segundo dizia, se deviam à pena de Mateus Chaerianus (16), um dos doutores a quem declarava ter pedido os materiais do seu trabalho.

Tal circunstância é, por si, significativa — pois também Soares da Ribeira se encontra entre os autores utilizados (17), julgando-se o compilador dispensado de referir as suas páginas, o que demonstra

verse, extat glos. de verb. oblig. Menoch. consil. 244, nu. 58 & 71, lib. 3». PETRUS FONTANELLA — De Pactis Nuptialibus, Sive Capitulis Matrimonialibus Tractatus, cl. 3, gl. 2, n.º 40 [ed. de 1645, I, Veneza, «apud Bertanus», I, pág. 26].

(13) V., também, G. PESCHWITZ — *De Represaliis*, cap. VII, n.º 16, [Yena, «*sumptibus Zacariae Hertelii*», 1661, pág. 191], que entende tratar-se de opinião comum, citando, em abono de tal asserção, o *Thesaurus* de SOARES DA RIBEIRA, e outra bibliografia.

(14) Sobre a importância da obra de RIBEIRA, v. infra nota 18.

(15) «*Captus & exactus pro represalijs. concessis ex facto vel delicto alterius, potèst repetere illud quod soluit, & damna & interesse suportata ab eo, cuius occasione represaliae emanarunt. Est communis opi. secundum las. (...)*». *Syntagmatis Communium Opinionum Ad Instar Cod. Iustiniani in Titulis Redactorum*, Lib. IV, tit. XXXIX, n.º 46, [Lugduni, Apud Ioannam Iacobi Ivntae F., 1584, pág. 650].

(16) Cf. a Tabula de *nomina* inserta no *Tomus Primus de Syntagmatis Communium Opinionum* [ed. cit., foi. s. n.º] sob o título—*Iurisconsultorum Nomina & quorum scriptis hae communes opiniones receptaeque I. V. sententiae collectae sunt*

(17) *Ibid.*

considerar-se em terreno firme e ser-lhe, por isso, inútil alinhar autoridades ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Não julgamos de sofrer dúvidas a afirmação que as referências a JASÃO de MAYNO provêm dum texto de Cherianus e não de RIBEIRA. Não só o nome daquele está expressamente indicado no fim do texto recolhido — «M. Cherian.» — como é diferente a forma de citar o texto de Jasão utilizada na colectânea — «(...) *Ias. in l. 2. § si Vers, extra gl. de verb. obl. per seg. text. d. § si (...)*» — da adoptada por SOARES DA RIBEIRA — «*Ias. in l. 2 §. ult. col. ult. ver. extat glos. ff. de uerb. oblig.*». Seja, porém, como for, teve o *Thesaurus* de SOARES DA RIBEIRA grande repercussão, como se vê de haver servido entre tantas obras similares, para a composição da referida colectânea; de ser incluído na íntegra na colectânea de opiniões comuns publicada em Veneza, «*apud Nicolaum Beuilacquam*», no ano de 1571, sob o nome de *Receptarum Sententiarum Sive, Vt Nunc Loqvntur, Communium Opinionum Ivrisconsultorum Vtriusque Iuris Opvs*, já referida nas notas anteriores; de, em 1584, ser também incluído numa colecção análoga — cf. BARBOSA MACHADO — *Bibliotheca Lusitana*, v.º respectivo, [ed. Atlântida Editora, Coimbra, 1966, III, pág. 379]; do número relativamente elevado de edições alcançado (v., além de BARBOSA MACHADO, no lugar indicado e das edições já referidas neste trabalho, FONTANA — *Bibliotheca Legalis, Pars Secunda*, v. *Soares*, pág. 295 ; NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA — *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI*, Lisboa, 1964, pág. 388); das suas obras serem utilizadas nos reportónos de matérias e autores (v., nomeadamente, NICOLAU ANTÓNIO, *Bibliotheca Hispanica Nova*, v.º respectivo, [T. I, pág. 273, col. I]); LIPENIUS — *Bibliotheca Realis Jurídica*, [«Cura & Sumptibus Johannis Fridericci», «*Franc, ad. Moenum*», 1679], págs. 82, b.; 316, b.; 358, b.; 443, b.; 416, b.; 488, a. e nos *Supplementa ac Emendationes*, de SCHOTT, pág. 353, respectivamente, v.ª *Communes opiniones, Maternabona, Observationes iuris, Receptae sententiae, Sententiae iuris receptae, Observationes iuris* — sobre as edições e índole desta obra v. CALASSO — *Introduzione al diritto come*, Giuffrè, Milão, 1951, pág. 344 e *Ius Romanum Medii Aevi*, por R. Feenstra e G. Rossi, Giuffrè, Milão, 1961, Pars I, I, a-d, págs. 70-71; FONTANA — no local acima referido; dos elogios recebidos de vários doutores — cf. BARBOSA MACHADO, no local já citado nesta nota; de ser o único autor de um *Thesaurus Receptarum Sententiarum* citado, a propósito do direito do regresso, por GODOFREDUS DE PESCHWITZ, autor de uma monografia especializada, surgida cerca de um século depois do aparecimento da obra de SOARES DA RIBEIRA, e de com recurso à sua única autoridade ter este A. sustentado uma das proposições fundamentais sobre a matéria — Cf. PESCHWITZ — *De Represaliis*, cap. VII, n.º 16, [ed. cit., pág. 191], que cita, aliás, SOARES DA RIBEIRA em outros lugares, v. g., mais adiante no mesmo n.º [pág. 192]; da eventual apropriação do seu texto por MYNSINGERUS; e da forma porque se lhe refere FONTANELLA, para quem a sua lição parece ser na matéria antonomástica, — repercursão esta que permite duvidar da apreciação da sua actividade de Comentador feita pelo Doutor NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA — *Humanismo e Direito...*, pág. 307, e sinteticamente vazada nas seguintes palavras: «*Ressurge o comentador, que se vai inserir no processo secular da disciplina jurídica, será mais um continuador, quase anónimo e humilde. É consulente, escreve anotações às obras dos mestres e compõe um Tesouro de opiniões comuns*».

De facto, a ideia de que se tratava duma opinião comum podia ser subscrita com vários textos. Numa das glosas ao comentário de Ludovicus Romanus sobre a lei *Stipulationum*, § *Item si in facto* informa-se que todos os doutores concordavam com o direito de regresso ⁽¹⁹⁾; Bartholomeus Socinus, por seu turno, ao explicar o mesmo parágrafo, duas vezes referiu a anuência comum dos doutores ⁽²⁰⁾; e aquele Mathaeus Iurisconsultus, autor duma recolha de opiniões comuns publicada em Veneza, em 1571, juntamente com o *Thesaurus* de Soares da Ribeira, também assim qualificava o direito de regresso ⁽²¹⁾ — se é que se não tratava do mesmo Matheus Cherianus, já referido ⁽²²⁾.

Identicamente, Surdus fez-se eco do carácter incontroverso do direito de repetir, que pertencia a quem tivesse sido executado em virtude de represálias, reiterando a afirmação de se tratar, segundo Socinus, duma *opinião comum*, e lembrando que Jasão de Mayno dizia assistir-se diariamente, na prática, à repetição do pago exigida pelo *solvens* àquele que tinha dado lugar à obrigação. A estes depoimentos, por nós recortados devido ao seu carácter um tanto propedêutico, reforçava-os Surdus com os de Bártolo, Romano e Alexandre que sustentavam o direito de regresso, e bem assim o de Vivius e os de outros nomes menores, aduzidos já para determinar o conteúdo da obrigação de indemnizar que impendia sobre o causador da concessão de represálias ⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ Referindo-se ao direito de regresso por represálias justamente concedidas diz-se aí: «& in hoc cõiter docto, concordant» in LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Noui, Rub. De verborum obligatiobibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. de 1522, Milão, «*impressa per Jo. Angel. Scinzenzeler*» fol. XX, v.].

⁽²⁰⁾ Cf. BARTHOLOMEU SOCINUS — *Super Secunda ff. Noui, Rub. De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. de Veneza, com comentários de Jac. Menóquio, 1599, fol. 64, r.].

⁽²¹⁾ É o seguinte o título da sua obra: *Communium Opinionum, in lure Loci Communes*, [in *Receptarum Sententiarum*..., págs. 314 e segs.].

⁽²²⁾ O texto atribuído a CHERIANUS in *Syntagmatis Communium Opinionum*..., Lib. IV, tit. XXXIX, n.º 46 coincide, linha por linha, com o de MATEUS, autor das *Communes Opiniones*..., conforme se pode ver no v.º *Represaliae*, da obra deste A., a págs. 335 da ed. identificada sob o título *Receptarum Sententiarum*.

⁽²³⁾ «*Et dicit Bar. in 1. 2 § item si in facto, in fi. ff. de verb. obi. quod captus pro repressaliis repetit quicquid solvit, ab eo, cuius causa concessae fuerunt. Sequitur Roma. & Alex, nu..., qui plures alios refert. Soei nu. 8. ubi communem dicit. Ias. nu. 23 quid notandum, quia quotidie euenit in pratica : & quod repetit non modo soluit,*

Para além dos qualificativos de opinião comum apostos expressamente ao direito de regresso, testemunha tal entendimento dado ao instituto, pela doutrina a sua admissão por parte de autores pertencentes aos mais diferentes quadrantes da ciência do direito: homens cuja formação os ligava ao período dos glosadores, como Jacobus de Arena ⁽²⁴⁾,

sed etiam interesse damni passi. Gallian. nu. 10 ubi quod repetit etiam lucru cessans si erat solitus negotiari. Quod etiam voluit Laur. de Rudol. prout cum refut. Vivius 1. 2 opin. 35. & ealias citat Mars, in 1. nihil interest. nume. 4 ff. ad leg. Corn. de sicar. (...). IOAN. PETRUS SURDUS — *Consiliae Sive Responsa Lib. Primus*, Cons. XII, [ed. cit., pág. 75].

⁽²⁴⁾ V. JACOBUS DE ARENA — *Super Digesto Novo*, Rub. *De Verborum Obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si infacto*, n.º 2, [«Impensis honesti viri Hugonis a porta: typis vero fidelissimorum Calcographorum Stephani rufini & Joannis ausulti, Lugduni», 1542, fol. 193, r], devendo notar-se a circunstância de não ser este o único lugar em que Jacobo de Arena tratou do tema defendendo a doutrina do direito de regresso. Ele próprio remeteu para quanto escreveu a respeito da lei *Si vero*, § *Autem*, Rub. *De iis qui deiecerint vel effuderint*; da lei *Nam et Servius*, Rub. *De negociis gestis*; da lei *Licet*, Rub. *Nautae, caupones, stabularii*. Cf. loc. supra cit. Simplesmente, faltam os seus comentários a essas leis, conforme se vê no seu comentário *Super Digesto Veteri*, [ed. em conjunto com o Digesto Novo], no fim da rubrica *De postulando* [D.3.1.], onde os editores consignaram a seguinte notícia: «*Jacobus de Arena cum hactenus legisse a Theutonicis fuit: quare quod reliquum est usq3 ad duodecimum librum desideratur*», [Ibid, fol. 73], pertencendo a lei *Si vero* ao Liv. 9 do Digesto; a lei *Nam et Servius* ao Liv. 3; a lei *Licet* — a última remissão de Jacobus — ao Liv. 4. Não obstante a referida circunstância, encontram-se na doutrina várias notícias da posição assumida pelo nosso doutor, nomeadamente a respeito de uma disputa pública na qual teria defendido o direito de regresso do *exactus* contra o causador de represálias. V., sem prejuízo de quanto escrevemos *infra*, nomeadamente, BARTOLO — *Tractatus Represaliarum, decima principalis quaestio*, n.º 1, [«Ludguni, ac candentis Salamandrae insigne...», 1546, foi. 122, r.]; IOANNES DE LIGNANO — *Tractatus de Bello, De Represaliis et De Duello*, cap. CLXXXIII, [in *Tractatus Illustrium in Vtraque Tum Pontificii, Tum Caesarei Iuris Facultate Iurisconsultorum...*, XVI, fol. 385, v.º — com o título *Tract. de Bello*] ; BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De negociis gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º 1, [Veneza «apud Haeredes Georgii Varisci», 1616, fol. 212, r.]; EIUSDEM — *In IHI et V Codicis Libris Commentaria*, Rub. *Ne uxor pro marito vel mar. pro ux.*, Auth. *Sed omnino*, n.º 41, [Veneza, «Apud Iuntas», 1615, fol. 24, r.]; IOANNES PETRUS FERRARIS PAPIENSIS — *Praxis Aurea*, T. II, gl. IX, n.º 16, [«apud haeredes Eustathij Vigno», 1594, pág. 39] ; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum Commentarii, [Secunda Pars]*, Rub. *De Verborum Obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [Lugduni, Excudebant Matthaeus Bernardus, & Stephanus Seruanus, fol. 23, r]; MENOCHIUS — *Consilia Sive Responsa*, Lib. III, cons. CCXLIII, n.ºs 67 e segtes. [«Francofurti, sum. Haeredum Andrae Wecheli & Ioan. Gymnici», 1605, III, fol. 122, r.]; PEDRO DE SANTARÉM — *Tractatus Per Vtilis et*

e Guido de Suza ⁽²⁵⁾, grandes nomes da escola dos comentadores, canonistas, intemacionalistas, autores de escola culta, práticos e teóricos ⁽²⁶⁾,

Quotidianus, De Assecurationibus et Spontionibus Mercatorum, Pars Quarta, n.º 34, [in *De Mercatura Decisiones, et Tractatus Varii, et De Rebus ad Eam Pertinentibus, «Lugduni, expensis Petry Landry»*, 1593, pág. 882 — sendo de ver a respeito das edições desta obra — Moses Bensabat Amzalak — *O tratado de seguros de Pedro de Santarém*, Lisboa, 1958, pág. 13].

Sobre as características da obra e o qualificativo apostro no texto a Jacobus de Arena, cf., v. g., SAVIGNY — *Histoire du droit romain au Moyen-Age*, trad. franc., de Charles Guenoux, Charles Hingray, Paris, 1839, IV, pág. 267 ; CALASSO — *Medio evo del diritto*, Giuffrè, Milão, 1954, I, pág. 545; FRANCESCO LUIGI BERRA — v.º *Jacopo de Arena*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, pág. 117, Utet, [Turim, 1962] — que indica outra bibliografia e que citaremos *Nov.⁸⁸ Dig. liai* De observar que parece desconhecida dos biógrafos a expulsão que se refere na transcrição feita nesta nota.

⁽²⁵⁾ *Apud* ALBERICUS DA RÓSATE — *Commentariorum de Statutis Libri IV*, Lib. I, quaest. LIII, n.º 20 [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10, v.]; SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 4, [ed. cit., pág. 882]. Sobre Guido de Susa v., além de CALASSO — *Medio evo...*, I, pág. 536, G. PANZIROLUS — *De Claris Legum Interpretibus*, Lib. I, cap. XLII, [«*Lipsiae, apud Jo. Frid. Gleditschii B. Filium*», 1721, pág. 128-129] — que apesar de antiquado ainda é útil; ALFRED FRANKLIN — *Dic donaire des noms, surnoms et pseudonymes latins de V histoire du Moyen-Age*, Librairie Firmin — Didot et C^{te}, Paris, 1875, v.º *Suzarius*, pág. 554 — ainda que muito escasso ; A. VAN HOVE — *Prolegómeno, «editio altera (...). Mechliniae-Romae, H. Dessain»*, 1945, pág. 518-519; FRANCISCO LUIGI BERRA — v.º *Guido da Suzara*, in *Nov.⁸⁸ Dig. Ital.*, VIII, pág. 78 — onde se encontra mencionada outra bibliografia.

⁽²⁶⁾ Cf., v. g., BARTOLO — *Tract. Represaliarum, decima principalis quaestio*, n.ºs 1 e segs., [ed. cit., fols. 122r. e v.]; EIUDEM — *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Rub. *De negociis gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º 2 [Veneza, «apud Iuntas», 1590, fol. 119, r.] — onde reitera a opinião expendida no *Tract. Represaliarum*, conforme assinala, e onde menciona várias vozes concordantes; IOAN. DE LIGNANO — *De Bello, De Represaliis...*, cap. CLXXXIII, [in *Tract. Illustrium...*, XVI, fol. 385, v.º]; LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis Iustiniani*, ad XI Lib., Tit. *Ut nullus ex vicaneis* [aliàs vicariis], 1. *Grave*, n.º 2, [«*Lugduni, ex Officina Iuntarum*», 1597, pág. 546]; BALDO — *In III et V Cod. Librum...*, Lib. IV; Rub. *Ne uxor pro marito*, Auth. *Sed Omnino*, n.º 45, [ed. cit., fol. 24, r.]; EIUDEM — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De negociis gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 212, r.]; EIUDEM — *Super Digesto Novo*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulatio*, § *Item si in facto*, [«*Lugduni, excudebat Claudis Servanius*», 1562, fol. 140, r.]; ALBERICUS DE RÓSATE — *De Statutis...*, Tract. II, quaest. LIII, n.º 20, [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10, v.]; EIUDEM — *In Primam Digesti Veteris Partem Commentarii*, Rub. *De negotiis gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º 1, [«*Lugduni, Impressum per Thomam Bertheau*», 1545, fol. 242, v.º] e Rub. *De his qui deiecerunt vel effuderunt*, 1. *Si veroplures*, § *Cum autem*, n.º 3, [Idem, fol. 393, r.]; EIUDEM — *In Primam Codicis Partem Commentarii*, Rub. *Ne uxor pro marito*, Auth. *Sed omnino*, n.º 3, [Veneza,

registaram, sem hesitações, o direito de executado se dirigir ao causador da execução para receber quanto houvesse pago. Neste pano de fundo se inserem os escritores que entre nós se dedicaram ao tema e em

«Renovabitur Aquilae...», 1586, fol. 189, v.]; LUDOVICUS ROMANUS — *Lectura Super Secunda Parte ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [«Impressa Mediola. per Jo. Angel Scinzenzeler», 1552, fol. XX, v.]; FLORIANUS DE SANCTO PETRO — *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Rub. *De familiae erciscunde*, 1. *Hares eius*, § *In illa quoque*, n.º 17 e 18, [«Bononiae, Apud Societatem Typographiae Bononiensis», 1586, pág. 281]; IOANNES BERTACHINUS — *Repertorium Iuris, Pars Quarta*, v.º *Represaliae*, n.º 10 [«Excudebat Ioannes Crispinus, Lugduni», 1583, IV, fol. 41, r.]; PANORMITANUS — *Consilia seu Allegationes, Pars Sec.*, Cons. XVI, n.º 2 [in *Opera Omnia*, «Venetiis apud Iuntas», 1617, VIII, fol. 80, r.]; ALEXANDRE TARTAGNA IMOLENSIS — *Super Secundam Partem Digesti Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10, [«Venetiis, Apud Iuntas», 1620, fol. 172, v.]; EIUSDEM — *Consilia Sive Reponsa*, Lib. I, Cons. XLIX, n.º 6, — e, remissivamente para este *Concilium*, Lib. III, Cons. XXXVII, [«Fjancofurti ad Moenum, sumptibus Lazari Zetzneri», 1610, respectivamente, I, pág. 116 e III, pág. 57]; Ph. FRANCUS — *In Sextum Decretalium Librum*, Rub. *De officio ordinarii*, cap. *Si canonici*, § *Si autem*, n.º 2 [«Basileae, per Sebastianum Henricpetri», 1581, pág. 211]; PAULO DE CASTRO — *In Secunda Digesti Novo Partem Patavine Plaelectiones*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 4, [Lugduni, «Excudebat Balthazar Arnoullet», 1553, fol. 7, r.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima et Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [«Impressa in Oppido Tridini», fol. LXXXII, r.]; HYPOLITUS MARSILIUS — *Commentaria Super Titulis ff. Ad Cor. De Sicca, et Ad. L. Pope. De Parrici. et Ad L. Cornei, de Falsis*, Rub. *Ad Legem Corneliam de sicariis*, 1. *Nihil interest*, n.º 4, [«Vicentinus de Portinariis de Tridino (...)» 1529, fol. 42, v.]; BARTHOLOMAEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 64, r.]; MATTHAEUS DE AFFLICTIS — *In Vtriusque Siciliae, Neapolisq. Sanctiones, & Constitutiones Nouissima Praelectio*, Lib. I, Rub. VIII, n.º 42, [«Venetiis, Apud Marcum Guariscum», 1606, fol. 51, r.]; IOANNES IACOBUS DE CANIS — *Tractatus Represalium seu de Iniuris et Damno Dato, [Pars Prima]*, n.º 18, [in *De Mercatura...*, ed. cit., pág. 841]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 22 e segs., [«Lugduni, Excudebant Matthaeus Bernardus, & Stephanus Seruanus», fol. 23, r.]; FRANCISCUS DUARENUS — *In Lib. IV Codicis et Tertiam Partem Digestorum Commentarii*, in tit. XXIII *Cod.*, Rub. *Ne filius pro patre*, [Opera Omnia, «Francofurti, apud Claudium Marnium, & haeredes Ioannes Aubrii, 1607, pág. 923]; BENEVUTUS STRACCHA — *Tractatus Duo De Assecurationibus et Proxenetis Atque Proxenetis*, gl. XX, n.º 2, [«Amstelodami, apud Joannem Schipper, J. F.», 1668, pág. 59]; IACOBUS MENOCHIVS — *Consilia...*, Lib. III, Cons. CCXLIII, n.ºs 58 e segt.^{es} [ed. cit., III, fol. 122, r. e segt.^{es}]; IOANNES BAPTISTA DA COSTA — *De Remediis Subsidiariis*, Rem. XVII, n.º 84, [«Venetiis, apud Franciscum Baba», 1630, I, pág. 84]; HIERONIMUS ROCCA — *Disputationes Iuris Selectae*, cap. CLXXX, n.º 27, [«Coloniae Allobrogum, Apud Frates de

cujos escritos se não encontram também quaisquer hesitações em postular o direito de regresso — além de Soares da Ribeira ⁽²⁷⁾, Fr. António de S. Domingos ⁽²⁸⁾, Fernando Peres ⁽²⁹⁾, Molina ⁽³⁰⁾ e, sobretudo, Pedro de Santarém ⁽³¹⁾, a quem se devem algumas desenvolvidas páginas quanto ao assunto. São continuadores duma corrente que contribuiam para engrossar, transmitindo a herança recebida.

Nesta matéria, o mais significativo autor português é, sem dúvida, Santarém. Ele estudou o direito de regresso do executado por represálias resultantes de facto de terceiro a propósito da exoneração de responsabilidade do segurador por virtude de caso fortuito. A hipótese concretamente formulada era de saber se o segurado estava obrigado, ou não, quando os piratas tivessem roubado mercadorias de inimigos, levando, conjuntamente, outras que, embora não pertencessem àqueles, com as deles fossem confundidas ⁽³²⁾. Tratar-se-ia

Tournes], 1697, II, pág. 360]; — nomes estes a que, como vimos, se podem juntar o de Matthaëus, Mynsingherus, Surdus, Fontanella... e todas as autoridades mencionadas por PESCHWITZ — *De Represaliis*, cap. VII, n.º 15, e segtes., [ed. cit., pág. 187 e segtes.], numa demonstração eloquente da desnecessidade de estabelecer, a tal respeito, *étapes* doutrinárias de índole cronológica ou mesmo a separação de géneros literários — normalmente apresentadas como cautelas indispensáveis na utilização das fontes. (Cf. FRANCISCO CALASSO — *Introduzione al studio al diritto comme*, Giuffrè, Milão, 1951, pág. 353; GONZALO MARTINEZ DíEZ — *Recensão a Hilda GRASSOTTI — Las instituciones feudo-vassalláticas en León y Castilla*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLII, 1972, pág. 817). A continuidade e unanimidade da doutrina durante todo o período coberto pelo nosso estudo não só invalida os pressupostos daquelas fundamentais premissas metodológicas, como exige mesmo a utilização conjunta dos diversos géneros da literatura jurídica e impõe a aproximação de obras separadas pelo tempo, sob pena de falsear a reconstituição do instituto. Isto mesmo já anteriormente fizemos notar no nosso estudo *As represálias....passim*.

(27) Cf. o seu tantas vezes citado *Thesaurus Receptarum Sententiarum...*, v.º *Represalijs*, 1. R., n.ºs 51 e 52, [ed. cit., pág. 118].

(28) FR. ANTÓNIO S. DOMINGOS — *De Bello*, q. 40, art. 1, B.N.L., F.G., Ms. 5552, fol. 73.

(29) FERNANDO PERES — *Q. 41 et 42 [II^{ae}, II^{ae}] de Seditione*, disp. 4, *De Rep.*, B.N.L., F.G., Ms. 3858, fol. 92.

(30) MOLINA — *De lustitia et lure Lib. Six.*, T. II, Dec. CXXI, n.º 5, [in *Opera Omnia*, «Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquest (...)», 1733, I, pág. 256].

(31) PEDRO SANTARÉM — *De Assecurationibus...., Quarta pars*, n.ºs 34 e segts., [ed. cit., pág. 882].

(32) V. PETRUS DE SANTARÉM — *De Assecurationibus...., Quarta pars*, n.º 33, [ed. cit., pág. 882].

de caso fortuito? Deveria o segurador ser exonerado da responsabilidade por o dono das mercadorias ter sido o causador do prejuízo, como parecia de entender à face da lei *Cum proponas, C, De nautico foenore* ⁽³³⁾?

Para responder às interrogações apresentadas socorreu-se Santarém dos ensinamentos formulados pela doutrina a respeito das represálias ⁽³⁴⁾. Também aqui alguém sofria um prejuízo devido à acção de terceiro, acção em virtude da qual um outro praticava o dano, competindo determinar, em última análise, quem o haveria de suportar.

Socorreu-se Pedro Santarém do próprio *Auriga Iuris* para percorrer as intrincadas veredas do problema. Sob a autoridade de Bártolo, cujos ensinamentos eram aduzidos por analogia, afirmou não estar o segurador obrigado pelos riscos de ladrões cujas acções tivessem ocorrido em virtude das inimizades da nação ou do príncipe do segurado. Poderia mesmo o segurador reclamar da nação principal ocasionadora da subtracção das mercadorias ⁽³⁵⁾, — pois «*videtur enim fieri propter factum suae gentis, duitatis vel alterius speciali personae*» ⁽³⁶⁾, conforme, dizia, afirmando implicitamente o princípio do organicismo e antropomorfismo social ⁽³⁷⁾. Pois não era o mesmo que sucedia nas represálias?

A doutrina exposta retirava-a, efectivamente, Santarém desse instituto, servindo-se como ponte de passagem entre as suas conclusões e o que encontrara resolvido por Bártolo em matéria de represálias de um inequívoco portanto: «*si aliquis est captus in aliqua duitate pro represaliis concessis propter factum sui communis, vel specialis personae : & soluit, quod potest repetere à communi vel speciali illa persona (...) cum*

⁽³³⁾ *ibid.*

⁽³⁴⁾ Idêntica aproximação de matérias in Straccha — *Tractatus De Assecurationibus...*, *De Assecurationibus...*, gl. XX, n.º 2, [ed. cit., pág. 59], — que cita aliás Santarém.

⁽³⁵⁾ «*(...) Ule qui damnum patitur propter occasionem & factum alterius, potest repetere: ergo sequitur, quòd pericula latronum contingentia propter inimicitias gentis assecurati, vel principis sui, non debet esse damno assecuratori, immb potius assecurator qui poteri postea repetere ab illo suae gentis, cuius principali occasione suae merces fuerunt subtractae & captae (...)*». PEDRO DE SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Quarta pars*, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

⁽³⁶⁾ *Ibid.*

⁽³⁷⁾ « antropomorfismo político-social constituiu o fundamento das represálias. Cf. RUY DE ALBUQUERQUE — *As represálias...*, I, pág. 392 e seguintes.

ergo f..J»⁽³⁸⁾, dizia Santarém mencionando a doutrina do grande Perusino.

A referência não pode ser acusada de menos exacta. Era essa, efectivamente, a opinião de Bártolo ⁽³⁹⁾, exposta, aliás, em termos reveladores do decalque feito por Santarém. De resto, este aproveitava mesmo a resposta dada por Bártolo à possível objecção de contraditor, que sustentasse a não admissibilidade do direito de regresso, com o fundamento de ter a injúria sido cometida directamente contra o executado e devendo, por isso, a relação jurídica nascida de tal facto estabelecer-se apenas entre este e o lesante. Se alguém defendesse tal doutrina, escrevia vitoriosamente Santarém, haveria a responder, como o fizera Bártolo, que o dano fora causado por virtude de facto de outro ⁽⁴⁰⁾. Bártolo tinha, de facto, escrito: «*Et si opponatur, quod est sibi facta iniuria. Rñ quod ista iniuria est facta pp factum alterius*» ⁽⁴¹⁾. Era o nosso doutor probo na citação.

Além de Bártolo, serviu-se Pedro de Santarém do nome de Albericus de Róstate para fazer a demonstração pretendida ⁽⁴²⁾. O texto deste jurista referido por Santarém não está, aliás, suficientemente indicado. Afigura-se, todavia, que Santarém teve diante de si não só o comentário de Albericus à primeira parte do Digesto Velho como também o *De Statutis* ou o comentário ao Código. Quanto à primeira obra parece concretamente indicada com a menção das leis *Si vero, § Cum autem, ff De iis qui dejecerint vel effuderint* e *Nam & Servius, ff De Neg. gestis*, pois, embora fossem textos comumente aduzidos pela doutrina para fundamentar o direito de regresso ⁽⁴³⁾, aparecem referidas com a pro-

⁽³⁸⁾ *idem*, n.º 33

⁽³⁹⁾ «*Sctfo facit qd. si aliqs est captus in duitate ista p represalijs cõcessis pp factu sui cois vel spãlis personae, & soluit, qd. possit repetere a cõi, velspãlipsona (...)*». BARTOLO — *In Primam Digesti Veteris Partem...* Rub. *De negocijs gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 2, [ed. cit., fol. 119, r.].

⁽⁴⁰⁾ «*(...) & si opponatur, quod est sibi facta iniuria, respondet Bartolus, quod ista iniuria est facta propter factum alterius. Cum ergo (...)*». SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Quarta pars*, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

⁽⁴¹⁾ BARTOLO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negociis gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 2, [ed. cit., fol. 119, r.].

⁽⁴²⁾ Cf. PEDRO DE SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

⁽⁴³⁾ Cf., para a primeira das leis, v.g., BARTOLO — *Tract. Represaliarum, decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., fol. 119, r.]; LIGNANO — *De Bello, De*

posição *in* ⁽⁴⁴⁾, dando ideia de constituírem os locais onde Albericus teria tratado da matéria — e em ambos eles se encontram, realmente, referências ao instituto ⁽⁴⁵⁾. Mais, portanto, do que reproduzir argumentos legais aduzidos por Albericus, Santarém procuraria mencionar

Represaliis..., cap. CLXXXIII, [in *Tract. Illustrum...*, XVI, fol. 385, v.]; IOANN. PETRUS FERRARIS PAPIENSIS — *Pratica Aurea...* [sv. Papiensis] Tract. II, n.º 21, [ed. cit., pág. 40]; LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis...*, ad XI Lib., Tit. *Ut nullus ex...*, 1. *Grave*, n.º 4 [ed. cit., pág. 547]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Noui*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. XXI, v.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol., LXXXII,]; ALEXANDRE IMOLENSIS — *Super Secundum Partem Digesti Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10, [ed. cit., fol. 172, v.]. Para a segunda lei, v., nomeadamente, BÁRTOLO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Neg. gest.*, 1. *Nam. et Servius*, n.º 2, [ed. cit., fol. 119, r.]; EIUDEM — *Tract. Represaliarum...*, *Decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., fol. 119, r.]; LIGNANO — *De Bello, De Represaliis...*, cap. CLXXXIII, [in *Tract. Illustrum...*, XVI, fol. 385, v.]; LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis...*, ad XI lib., Tit. *Ut nullus ex...*, 1. *Graue*, n.º 2 e 4 [ed. cit., pág. 546 e 547]; BALDO — *In Illi et V Codicis Librum Commentaria*, Rub. *Ne uxor pro marito vel mar. pro ux.*, *Auth. Sed omnino*, n.º 45, [ed. cit., fol. 24, v.]; EIUDEM — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negocijs gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 212, r.]; IOAN. PETRUS FERRARIS PAPIENSIS — *Pratica Aurea...* [¿v. Papiensis], Tract. II, n.º 21, [ed. cit., pág. 40]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. XX, r.]; PAULO DE CASTRO — *In Secundam Digesti Novi Partem...*, Rub. *De verb. oblig.*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 4, [ed. cit., fol. 7, r.]; PANORMITANUS — *Consilia...*, *Pars Secunda*, cons. XXI, n.º 2, [ed. cit., fol. 80, r.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, v.]; PH. FRANCUS — *In Sextum Decretalium Librum*, Rub. *De officii ordinarii*, cap. *Si canonici*, § *Si autem*, n.º 2, [ed. cit., pág. 212]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum Com. [Secunda Pars]*, Rub. *De Verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.]; BARTHOLOMEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Noui*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 64, r.]; IAC. MENOCHUS — *Consilia...*, Lib. III, cons. CCLIII, n.º 58, [ed. cit., fol. 122 r.].

⁽⁴⁴⁾ É a seguinte a passagem de Santarém directamente em causa: «*Idem tenet Albericus in illo qui passus est damnum propter represalias vel delictum alterius, in 1. si vero. §. cum autem ff. de his qui deii. vel efuu. & in d. I. nāq; & si seruus (...)*» in *De Assecurationibus...*, *Pars quarta*, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

⁽⁴⁵⁾ Cf. ALBERICUS DE RÓSATE — *In Primam ff. Veter. Partem...*, Rub. *De Negotijs gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 1, e Rub. *De His, qui deiecerunt*, 1. *Si vero*, § *Cum autem*, n.º 3, [ed. cit., respectivamente a fls. 230, r., e 373, v.].

quotas daquele, remetendo para lugares onde se faria a demonstração da doutrina. Tratar-se-ia duma remissão formal e não de uma indicação de fundo.

A ser assim, adiantava Santarém, embora de forma meramente receptiva, uma argumentação de riqueza superior às leis *Si vero* e *Nam et Servius* — pois se no comentário do jurista italiano ao último destes textos não se oferecem senão as provas retiradas directamente dessa própria lei, abonando Albericus as afirmações produzidas com remissões para o seu *De Statutis* e para o comentário à lei *Si vero*, § *Cum autem* ⁽⁴⁶⁾, já aqui se indicam disposições legais utilizadas pela *interpretatio* para sustentar o direito de regresso ⁽⁴⁷⁾, tendo mesmo alcançado foros de cidade a lei *Si laborante*, ff. *De Lege Rhodia De Iactu.*, como se vê do emprego que dela faz o próprio Albericus ⁽⁴⁸⁾, e da sua citação por outros autores ⁽⁴⁹⁾.

Terminou Albericus o comentário ao § *Eum autem*, remetendo para o seu trabalho sobre os estatutos, lugar em que, segundo ele próprio dizia, tratara o assunto mais de espaço ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ «(...) qui sustinit damnum propter represalias, vel delictum alterius, quod delictum alterius, quod recuperare possit ab eo, ut dixi. j. de his qui deie. I. si vero. § hic autem, & in meis quaestionibus statutorum prima parte de represalijs (...)». ALBERICUS DE RÓSATE — *In Primam ff. Veter. Part. ...*, Rub. *De Neg. Gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 242, v.].

⁽⁴⁷⁾ «(...) & pro hoc. s. de neg. ges. 1. nã & servus, ad lege rho. de iac., I. II. in prin. & vide qd. ibi dixi in fi. como. I. in comodato. §. sicut. & de cond. sine causa I. I/(...)» — ALBERICUS DE RÓSATE — *In Primam ff. Veteris Part....*, Rub. *De his deiecerunt vel effuderunt*, 1. *Si vero plures*, § *Cum autem*, n.º 3, [ed. cit., fol. 393, v.].

⁽⁴⁸⁾ Além de a utilizar no comentário ao § *Cum autem*, 1. *Si vero*, aduziu-a, também no *De Statutis...*, Lib. I, Quaest. LIII, n.º 20 e 21 [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10, v.] e no comentário à autêntica *Sed Omnino* — cf. relativamente a este texto *In Primam Codicis Partem...*, Rub. *Ne uxor pro marito*, n.º 3, [ed. cit., fol. 190, v.] — versões aliás quase inteiramente coincidentes.

⁽⁴⁹⁾ Cf. v.g. LUCAS DE PENA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis ...*, ad Lib. XI, Rub. *Ut nullus...*, 1. *Graue*, n.º 4, [ed. cit., pág. 547]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Noui*, n.º 8, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. XX, v.].

⁽⁵⁰⁾ «& de istis represalijs & an licite possint cõcedi plene dixi C. de ac. et obi. & omnino, & J. de lib. eau. I. igit. & plenius in questionibus statutorum prima parte de represalijs liij. q. & pluribus sequentibus». ALBERICUS DE RÓSATE — *In Primam ff. Veteris Part. Commentarij*, Rub. *De his qui deiecerunt vel effuderunt*, 1. *Si vero plures*, § *Cum autem*, n.º 3, [ed. cit., fol. 393, v.].

Não há elementos na obra de Santarém para se determinar, sem margem a grandes dúvidas, se ele seguiu o conselho implícito nas palavras do seu consultado e recorreu, realmente, às obras em que este mais de espaço tratou do tema. Depois da citação dos textos do Digesto — leis *Si vero* e *Nam et Servius* — feitas sob a égide de Albericus — socorreu-se da autoridade Guido de Suza, que teria sustentado, numa disputa pública, a existência do direito de regresso, em termos correlativos aos de Rósate⁽⁵¹⁾. Fê-lo, porém, com uma redacção susceptível de deixar algumas dúvidas quanto a saber se notícia da tese defendida por Suzarius terá sido recolhida directamente na obra deste, ou constituirá apenas a reprodução de uma notícia encontrada em Albericus, visto este na questão LIII do Liv. I do Comentário aos Estatutos⁽⁵²⁾, como no seu comentário ao Código de Justiniano, referir a participação do Guido de Suza na mencionada controvérsia⁽⁵³⁾.

A ser assim, como parece, Santarém teria tido à mão, além do Comentário de Albericus ao Digesto Velho, também o *De Statutis* — pois deve ter sido esta a fonte utilizada, dada a referência à «*prima parte statu, quaest. 53*», feita pelo nosso jurista⁽⁵⁴⁾.

Trata-se, todavia, de ponto secundário, dada até a coincidência da doutrina defendida por Albericus nos diferentes locais citados. O que

(51) «*Ide tenuit Guilielmus de Suza, publicè disputas, prout ipse refert prima parte statu, quaest. 53, nu. in pē. col. per l. quae vtiliter ff. de neg. gest. quia ille dedit causam, qua re fuit cōpulsus, & ideo tenetur l. qui occidit. § in hac ff. ad l. Aquil. (...)*». PETRUS SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

(52) «*dñs Gui. de suza, existente qõne de facto, eà publice disputavit & tenuit primã opin. per iura pdicta, & quia iste cōpulsus fuit soluere auctoritate iudicis & statuti, ex ideo excusatus est. ff. de his, qui no. infa. l. furti. §. qui iusu, & de mino. l. ait ptor. §. permittitur, licet enim represaliae sint de iure prohibitaе, tñ de facto sèrũatur*. ALBERICUS DA RÓSATE — *De Statutis...*, Lib. I, Quaest. LUI, n.ºs 20-21 [in *Tract. Illustrium*, II, fol. 10, v.].

(53) Cf. ALBERICUS DA RÓSATE — *In Primam ff. Veteris Part...*, Rub. *De his qui deiecerunt vel effuderunt*, 1. *Si vero plures*, § *Cum autem*, n.º 3, [ed. cit., fol. 242, v.], texto que salvo ligeiras diferenças coincide com o mencionado na nota anterior.

(54) Cf. SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 35, [ed. cit., pág. 882]. A suspeita de se tratar duma citação feita por meio de Albericus de Rósate, e mais concretamente com recurso ao seu *De Statutis...* avoluma-se, se não é inteiramente comprovada, dado as palavras escritas no n.º 39 da mesma parte, [cf. págs. 883 da ed. cit.] em que refere outra citação de Guido de Suza: «*Nec obstat in l. per imprudentiam allegata per modem, quia potest responderi, vt respondebat Guil. de Suza, relatus ab Alberico de Rosa. 53. quaestio, in prima part. col. i (...)*», (sublinhado é nosso).

sobretudo interessa, para determinar como se concebeu e estruturou o direito de regresso de alguém executado em virtude de represálias, são os textos aduzidos sob a autoridade de Guido de Suza — a lei *Qui occidit*, § *In hac, ff. Ad legem aquiliam*, cujo registo por Rósate ⁽⁵⁵⁾, mais insinua ter sido este, efectivamente, a transmitir a Santarém a notícia da doutrina de Guido de Suza. A lei *Qui occidit* podia ser, porém, citada com alheamento de qualquer nome, dado tratar-se de texto comumente aduzido a este respeito pelos doutores ⁽⁵⁶⁾.

Não se restringiu Santarém às autoridades citadas. Também Tiago de Aretino lhe veio ao bico de pena — nome aliás de hábito mencionado pela doutrina a propósito do direito de regresso ⁽⁵⁷⁾ —, referindo o respectivo comentário à lei *Stipulationum*, § *Item si in facto, ff. De verborum obligationibus*, preceito este aduzido para fundamentar o regresso do executado ⁽⁵⁸⁾, assim como Baldo, de quem referia o comentário à lei

(55) Cf. ALBERICUS — *In Primam Codicis Partem...*, Rub. *Ne uxor pro marito*, Auth. *Sed omnino*, n.º 3, [ed. cit., pág. 189, v.]; EIUDEM — *De Statutis...*, Lib. I, n.º 20, [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10, v.].

(56) Cf. v. g. LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Noui*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit. fol. XX]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima et Secunda ff. Noui*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, v.]; JASÃO DE MAYNO — *In Digesti Novum...*, [Sec. Pars], Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.]; BARTHOLOMAEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Noui*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 64, r.]; IAC. MENOCHIVS — *Consilia...*, Lib. III, Cons. CCLIII, n.º 66 [ed. cit., fol. 122, r.].

(57) V., nomeadamente, além de Bártolo, Lignano, Baldo, Ioan. Petrus Ferraris Papiensis, nos locais indicados *supra*, LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis...*, ad Lib. XI, Rub. *Ut nullus...*, 1. *Graue*, n.º 4, [ed. cit., pág. 547]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Noui*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit. fol. XX, v.]; ALEXANDRE IMOLENSIS — *Super Secundam Partem Digesti Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10 [ed. cit., pág. 172, pág. 172, v.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum Comm...*, [Pars Secunda], Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit. fol. 23, r.]; BARTHOLOMAEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8 [ed. cit., fol. 64, r.].

(58) Cf., nomeadamente, BARTOLO — *Tract. Represalium, decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., fol. 122, r.]; BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negociis gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 212, r.]; IOAN. PETRUS

Nam et Servius e, pouco sistematicamente, o nome daquele por quem começara: Bártolo ⁽⁵⁹⁾.

À sombra do último, mencionou Santarém a lei *Si merces*, § *Culpa*, ff. *De Locati* e a lei *In his*, ff. *Solutio Matrimonio*, cujas previsões lhe permitiam assentar, como regra geral, o direito de regresso: «*in quibus iuris* — dizia Santarém — *videtur hoc probari, quod si damnum est mihi datum in odium tui (...) cõpetit mihi contra te regressus*» ⁽⁶⁰⁾.

Os dois textos eram comuns na doutrina ⁽⁶¹⁾ — mas a nenhum citara Bártolo, pelo menos na décima questão do seu trabalho sobre as represálias, como afirmava Santarém. A referência a esse doutor constituía uma infelicidade. Deixado, porém, de lado a crítica de determinação de fontes, fica-nos, da lição de Santarém, o princípio geral que, sob a aparência de se fundamentar nas duas aludidas leis, tinha afinal presidido à sua escolha. Ele constituirá já, aliás, o critério seleccionador dos textos anteriormente recolhidos pelo nosso jurisprudente, bem como de muitas outros que, embora mais ou menos vulgarmente aduzidos pelos doutores para sustentarem o direito de regresso, não receberam menção por parte de Santarém. É o caso das leis *Quae utiliter*, ff. *De neg. gestis* ^(62 * *); *Licet*, ff. *Nautae*

FERRARIS PAPIENSIS — *Pratica Aurea*..., Tract II, gl. IX, n.º 21, [ed. cit., pág. 40] — citação que faz, aliás, remetendo para Tiago Aretino; FLORIANO DE SANCTO PETRO — *In Primam Digesti Veteris Partem*..., Rub. *Familiae erciscundae*, 1. *Haeres eius*, § *In illa quoque*, n.º 17, [ed. cit., pág. 281].

(59) Cf. SANTARÉM — *De Assecurationibus*..., *Pars Quarta*, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

(60) SANTARÉM — *De Assecurationibus*..., *Pars Quarta*, n.º 35, [ed. cit., pág. 882].

(61) Cf., nomeadamente, LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis*..., ad Lib. XI, Rub. *Ut nullus*..., 1. *Grave*, n.º 4, [ed. cit., pág. 547]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8 [ed., cit., fol. XX, v.]; ALEXANDRE IMOLENSIS — *Super Secundam Partem Digesti Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10, [ed. cit., fol. 172, v.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima et Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.]; BARTHOLOM. SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 64, r.].

Para a doutrina posterior ao próprio Santarém cf., v. g., BEN. STRACCHAE — *De Assecurationibus*..., Gl. XX, n.º 2, [ed. cit., pág. 59].

(62) Cf. ALBERICUS DE RÓSATE — *De Statutis*..., Lib. I, *Quaest. LIII*, n.º 20, [in *Tract. Illustrium*..., II, fol. 10, v.]; EIUDEM — *In Primam Codicem Partis*..., Rub. *Ne uxor pro marito*..., *Auth. Sed omnino*, n.º 3, [ed. cit., fol. 189, v.].

caupones ⁽⁶³⁾; *Solvendo, ff. De neg. gestis* ⁽⁶⁴⁾; *Si plus, ff. De evictionibus* ⁽⁶⁵⁾; *Si is cum quo, ff. De communi divid.* ⁽⁶⁶⁾; *Si canonici, § Cum autem, De off. ordinarii* ⁽⁶⁷⁾, e até o c. *Etsi pignorationes, in VI, De iniuriis et damno dato* ⁽⁶⁸⁾.

O confronto destes textos, quer entre si, quer quando feito com os anteriormente citados, é suficiente para nos demonstrar, a falta de autonomia do instituto das represálias sob um ponto de vista conceptual-legislativo ⁽⁶⁹⁾. Ele foi construído com preceitos cujas previsões tinham sido estabelecidas para outras matérias. À doutrina se deve a transposição de tais comandos para o nosso domínio, o que, no caso concreto do direito de direito de regresso, se fez concebendo-o como um

⁽⁶³⁾ BÁRTOLO — *Tract. Represaliarum, Decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., foi. 122, r.]; LIGNANO — *De Bello, De Represaliis...*, cap. CLIII, [in *Tract. Illustrium...*, XVI, fol. 385, v.]; LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis...*, ad Lib. IX, Rub. *Ut nullus...*, 1. *Grave*, n.º 4, [ed. cit., pág. 547]; IOAN. PETRUS FERRARIS PAPIENSIS — *Practica Auera ...*, tit. II, gl. IX, n.º 21 [ed. cit., pág. 40]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8 [ed. cit., fol. XX, v.]; ALEXANDRE IMOLENSIS — *Super Secundam Partem Digesti Novi, Rub. De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10, [ed. cit., pág. 172, v.]; IAC. MENOCHIUS — *Consilia...*, Lib. III, cons. CCLIIII, n.º 59, [ed. cit., III fol. 122, r.].

⁽⁶⁴⁾ PAULO DE CASTRO — *In Secunda Digesti Novi...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 4, [ed. cit. fol. 7, r.].

⁽⁶⁵⁾ LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis...*, ad Lib. XI, Rub. *Ut nullus...*, 1. *Grave*, n.º 4, [ed. cit., pág. 547].

⁽⁶⁶⁾ Cf. LUCAS DE PENNA — *In Tres Posteriores Lib. Codicis...*, ad Lib. XI, Rub. *Ut nullus...*, 1. *Grave*, n.º 4, [ed. cit., pág. 547].

⁽⁶⁷⁾ LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit. fol. XX, v.], para quem este texto era o principal em tal matéria—«&pro eis nōpotes allegari text. melior (...)» — bem como PH. FRANCUS — *In Sextum Decretalium Librum*, Rub. *De off. ord.*, c. *Si canonici*, § *Si autem*, n.º 2, [ed. cit., pág. 210]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima et Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum Comm. [Secunda Pars]*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.]; BARTHOLOMAEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8 [ed. cit., fol. 64, r.] — que se faz, aliás, éco da opinião de Romanus; IAC. MENOCHIUS — *Consilia...*, Lib. III, cons. CCXLIII, n.º 62, [ed. cit., III, fol. 122, r.].

⁽⁶⁸⁾ Cf. IAC. MENOCHIUS — *Consilia...*, Lib. III, cons. CCXLIII n.º 66, [ed. cit., III, fol. 122, r.].

⁽⁶⁹⁾ Cf. o nosso trabalho *As represálias..., possim*.

exemplo particular de princípios de justiça e de equidade postulantes da imputação do dano ao seu causador real. Os doutores viram no direito do executado uma hipótese em tudo semelhante a tantas outras regulamentadas nos preceitos legislativos e nas quais se impunha ao beneficiário de pagamento feito por terceiro a obrigação de o indemnizar de quanto tivesse gasto ⁽⁷⁰⁾.

Se quizessemos sintetizar a forma dos teóricos encararem o direito de regresso talvez não encontrássemos textos mais elucidativos do que algumas linhas a seu respeito escritas por Paulo de Castro e Menochius. Dizia o primeiro referindo-se às represálias: «*Si aliquis ppter debitū alterius fuerit exactus per represalias, q. ab illo recuperet, q. est verū si ppter verum debitū illius: nã illū liberat: vt l. solvendo, de neg. gest. (...)*» ⁽⁷¹⁾.

Por seu turno, Menochius, debruçado sobre caso concreto posto por um consulente, e depois de alinhar oito grandes argumentos, atinentes à demonstração da existência do direito de regresso, podia escrever — «*Nono accedit ratio vrgens ducta ab aequitate. Est sane aequum, vt damnum sentiat, qui in causa fuit, ut damnum daretur: & contra est iniquum, vt quis sentiat damnum causa alterius, l. qui occidit, § in hac, ff ad l. Aquil. & c. vit. de iniuriis et damno dato. Ergo aequum est & nostro in casu dom. Ducis, ab ipso dom. Duce dammi recompensationem consequatur*» ⁽⁷²⁾.

O direito de regresso do executado contra o responsável correspondia às preocupações da doutrina quanto à justiça das represálias.

⁽⁷⁰⁾ Cf. BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Rub. *De Negocijs gestis*, l. *Nam & Servius*, n.º 1, [ed. cit., foi. 212, r.]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. XX, v.]; PAULO DE CASTRO — *In Secundum Digesti Novi Partem...*, Rub. *De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 4, [ed. cit., fol. 7, r.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima et Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [*Secunda Pars*], Rub. *De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.]; IAC. MENOCHIVS — *Consilia...*, Lib. III, cons. CCXLIII, n.º 67, [ed. cit., III, fol. 122, r.]; SURDUS — *Consilia...*, Lib. I, cons. XII, [ed. cit., n.º 75].

⁽⁷¹⁾ PAULO DE CASTRO — *In Secundam Digesti Novi...*, Rub. *De verborum obligationibus...*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 7, r.].

⁽⁷²⁾ IAC. MENOCHIVS — *Consilia...*, Lib. III, Cons. CCXLIII, n.º 66 [ed. cit., III, fol. 122, r.].

Sem a sua admissão ficava inútil todo o esforço de justificação das represálias empreendido pelos teóricos ⁽⁷³⁾.

O executado, em princípio, era alheio ao conflito de interesses. Sofria uma execução apenas enquanto parte do corpo político, mas por causa doutro membro. Foi o querido significar por Bártolo ⁽⁷⁴⁾, e repetido por Santarém ⁽⁷⁵⁾, quando afastou a hipotética tese de que tendo alguém sofrido um dano se devia dirigir contra o autor material da conduta imediatamente causadora do resultado, ao dizer «(...) *quod ista iniuria est facta ppter factum alterius*». Foi também, o que lhe permitiu ilidir um texto por si descoberto — a gl. *Quod accepit, ff De re iudicata, Si quis dolo* — e que faria carreira na doutrina como obstáculo aparente ao direito de regresso ⁽⁷⁶⁾, pois «*Nam iste non exigitur propter delictum illius priuati, sed propter delictū totius duitatis denegantis facere iustitiam, vt in praecedentibus dictum; est: & ideo sic dico (...)*» ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷³⁾ Cf. quanto escrevemos em *As represálias...* I, pág. XXIV-XXV e 307 e segts.

⁽⁷⁴⁾ BÁRTOLO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negocijs gestis*, l. *Nam et Servius*, n.º 2, [ed. cit., fol. 119, r.].

⁽⁷⁵⁾ SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

⁽⁷⁶⁾ Cf. LIGNANO — *De Bello, De Represaliis...* cap. CLXXXIII, [in *Tract. Illustrium...*, XVI, fol. 385, v.] — que, aliás manifestamente por lapso, atribui a l. *Si quis dolo* ao tit. de *Reg. Iuris*; LUCAS DE PENA — *In Tres Posteriores Lib. Codicis...*, ad. *Lib. XI*, Rub. *Ut nullus...*, l. *Grave* n.º 4, [ed. cit., pág. 547], cuja citação da glosa é aliás mais precisa do que a feita por Bártolo — «(...) *In contrarium est apertè quod no. ff. de re iudi. si quis dolo. § I. in ft. glo. magnae*» — precisão que dada a circunstância de remeter para Bártolo — «(...) *Super hoc dominus Bar. in Tractatu represaliarum. q. 10. quem nouiter vidi (...)*» — e da relativa imprecisão da glosa, não deixa de ter o seu valor; ALEXANDRE TARTAGNA IMOLENSIS — *Super Secundam Partem Digesti Noui*, Rub. *De verborum obligationibus...*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.ºs 10 e 11, [ed. cit. fol. 172, v.]. É o seguinte o texto da Glosa Magna: «*Quod accepit. Vt. & j. de reg. iuris l. bona fides. Sed contra s. de peti. haere. l. etiam. §. penul. sed ibi non petit quod accepit, cum accepit à doloso aestimatione, ab alio petit rem. Item contra j. de Tab. exhi. l. iij. §. cõdemnatio. sed ibi ex causa superueniente agit, quia extitit conditio, hic ex veteri. An autem hic extraneus exactus debitorem conueniat? arg. quòd sic. s. de euictio. l. si plus. § j. sed dic contra: quia propter suū dolum soluit: ut d. l. suprà. de peti. haer. l. etiam. § pen.*»

⁽⁷⁷⁾ BÁRTOLO — *Tract. Represaliarum, decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., fol. 122, t.)] — texto este para onde se remeteu ao escrever o seu comentário ao Digesto Velho: «*Et si opponatur, quod est sibi facta iniuria. Rn. quod ista iniuria est facta ppter factum alterius. Hoc ergo pona tract, illo de repres. in vit q. prin. in prin.*». BÁRTOLO — *In Primam Digesti Veteris Partem...* Rub. *De negociis gestis*,

Era o próprio princípio do organicismo político, fundamento último das represálias, que possibilitara aos teóricos admitir a punição de inocentes, o fundamento utilizado agora para salvaguardar os interesses destes ⁽⁷⁸⁾.

Não foi só no campo da especulação que se admitiu o direito de regresso. Uma carta régia de 1494 atesta-nos a sua consagração prática. Tanto quanto dela se reconstitui, várias caravelas de Viana tinham causado dano a uma barca de Saint-Malo, motivo que levou os vereadores, procurador, homens bons e procuradores dos mesteres a responderem pela quantia de nove mil reais, tendo ficado por fiador um certo Henrique Nycol, picheleiro e morador também em Viana. Algum tempo depois arribou ao porto da cidade a caravela de Luís de Faria, «*huma das que o dicto dapno cometeram*», permitindo a sua apreensão pelos solventes do prejuízo, que lhe retiraram as velas. Segundo parece, não desobrigaram, porém, Henrique Nycol, dirigindo-se este ao monarca para se haver livre da sua responsabilidade, pois queria ficar «*relevado da fiança*» prestada... «*E visto per nos seu justo petit oção* [sic] *vos mandamos* — escrevia o monarca aos vereadores, homens bons, procuradores do concelho e dos mesteres, — *que as dietas vellas nom sejam entregues ao dito Luis Faria até que nom de fiança abastante polias cem dobras a que foi apodada a per da que os dictos bretoões receberom... E o dicto Henrique nom seja costringido pella dicta fiança até esto seer determinado como for achado per direito*» ⁽⁷⁹⁾. Responsável pelo total do dano perante os terceiros inocentes que tinham, embora com a garantia de uma fiança, pago para se livrarem da onerosa execução praticada sob a forma de represálias, o prejuízo causado por ele e outros, ficava, Luís de Faria, naturalmente, com o direito de regresso contra os co-autores do dano, na parte a cada um correspondente — dada a pressuposta demora e até eventual impossibilidade dos solventes haverem às mãos os demais culpados.

O direito de regresso do *exactus* por virtude de represálias pode ilustrar-se com outro episódio da história portuguesa: o célebre caso

1. *Nam et Servius*, n.º 2, [ed. cit., foi. 119, 1] — sendo de observar que parte do texto corresponde à transcrição deste passo anteriormente feita no texto.

⁽⁷⁸⁾ Cf. a este respeito e para a interpretação do passo de Bártolo agora em causa o nosso referido trabalho *As represálias...* I, pág. 395 e segts.

⁽⁷⁹⁾ *Carta régia sobre o dano feito pelas caravelas de Viana a uma barca de Saint Malo, de 20 de Jan. de 1494*, in *Documentos do Arquivo Histórico da Câmara Municipal de Lisboa, Livros de Reis*, Lisboa, 1959, III, pág. 340, [doc. 68 do Cod. 25].

diplomático onde se viram envolvidos os Gouveias por causa do roubo de 379 marcos de ouro ⁽⁸⁰⁾ pertencentes à coroa e praticado por corsários bretões. Embargados em Portugal, como represália, vários navios franceses, protestaram os armadores respectivos «*perdas e danos*» contra os financiadores da expedição — o capitão do navio assaltante andava fugido —, conforme se vê do relatório enviado a D. João III por esse seu semi-desconhecido agente que foi Roque de Gouveia ⁽⁸¹⁾. Era, sem tirar nem pôr, a responsabilização do agente do acto ilícito por parte do executado em virtude dele.

Se qualquer dúvida existisse quanto à consagração, na prática, do direito de regresso postulado pelos doutores poder-se-iam não só somar aos casos referidos outros episódios com existência histórica recolhidos pela doutrina ⁽⁸²⁾, como recordar a circunstância de tanto do disposto nos estatutos das cidades italianas como em vários *iura propria* franceses se deduzir um generalizado uso do direito de regresso ⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ Sobre o valor em causa cf., além da *Carta de Roque de Gouveia para D. João III, de 4 de Março de 1513*, por nós publicada in *As Represálias...*, II, T. I, pág. 1274-1275, [doc. 28], MÁRIO BRANDÃO — *A Inquisição e os professores do Colégio das Artes*, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 1948, I, pág. 45-46.

⁽⁸¹⁾ *Carta de Roque de Gouveia para D. João III...*, no local indicado na nota anterior. De observar que no referido trabalho tomámos esta carta como de 1523, considerando-a, dentro de um critério cronológico, o número 28 dos documentos publicados. Um reexame posterior leva-nos, porém, à conclusão de se tratar de um documento de 1513. Não só do contexto se vê referir ao episódio mencionado na carta de *André da Silveira para o rei, de 5 de Março de 1513* pub. por nós também em *As Represálias...*, II, T. I, pág. 1265-1266, [doc. 23], como decorre da notícia dada por Roque de Gouveia da então recente morte do papa ser de 1513. É que o único papa que na época morreu num mês susceptível de permitir a referência que Roque de Gouveia faz ao acontecimento numa carta datada de 4 de Março foi Júlio II — morto em Abril de 1513. De assinalar, de resto, a circunstância de o Prof. Mário Brandão ter também considerado — e com toda a razão — o episódio referido no documento em causa como de 1513. Cf. o seu estudo referido na nota anterior.

⁽⁸²⁾ Cf., v. g. JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], Rub. *De Verborum obligationibus*, I. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.]; PETRUS SURDUS — *Consilia...*, Lib. I, Cons. XII, [ed. cit., I, pág. 75]. Cf., ainda, ALEXANDRE TARTAGNA IMOLENSIS — *Consilia...*, Lib. I, Cons. XLIX, n.º 6, [ed. cit., I, pág. 117]; IAC. MENOCHIVS — *Consilia...*, Lib. III, Cons. CCXLIII, *passim*, [ed. cit., III, v.g. fol. 122, r.].

Na literatura moderna pode ver-se *Histoire des relations internationales. (Le Moyen Age*, por François-L. Ganshof), Hachette, Paris, 1955, I, pág. 290.

⁽⁸³⁾ V., nomeadamente, RENÉ DE MAS-LATRIE — *Du droit de marque ou droit de représailles au Moyen Age*, Baur Librairie, Paris, 1875, «nouvelle édition», pág. 40;

A doutrina excluía o direito de regresso quando as represálias tivessem sido injustamente praticadas, v.g., por não ter havido culpa daqueles cuja acção era apresentada como fundamento da passagem da carta de marca e esta constituísse, portanto, um meio desprovido de fundamento ou um expediente para o concedente alcançar interesses próprios ⁽⁸⁴⁾. Tal conclusão era-lhe imposta pelos propósitos que levaram a admitir o regresso do executado: evitar que um inocente fosse punido em vez do responsável. Sem a existência de um acto ilícito, frustrava-se a finalidade visada, prolongando-se apenas a cadeia de inocentes injustamente afectados. A vítima das represálias transferiria o dano, mas transferia-o para alguém inocente como ela, cujos interesses tão dignos de protecção se apresentavam como os seus. Ao fim e ao cabo, sempre seria um inocente a abarcar com as consequências de acto ilícito de terceiro.

A única forma de evitar este resultado, e de restabelecer o equilíbrio postulado pela justiça, era limitar o direito de regresso aos casos de exercício perfeito das represálias, permitindo-o unicamente contra o causador do dano. Foi a solução doutrinária, cujo acolhimento indiscutido não surpreende, sabido o peso das preocupações sentidas pelos teóricos relativamente à licitude do instituto ⁽⁸⁵⁾ e constituindo ela, exactamente, a maneira de fazer com que, por fim, o inocente conseguisse colocar no seu lugar o causador do dano. Trata-se afinal de um corolário de princípios éticos presentes nas premissas básicas do próprio instituto. Isso explica-nos o facto de não se travarem grandes querelas doutrinárias a tal

De MAULDE LA CLAVIÈRE — *La diplomatie au temps de Machiavel*, Ernst Leroux, Paris, 1892, I, pág. 239; PERTILE — *Storia del diritto italiano*, Unione Tipografica — Editrice, Turim, 1896, I, pág. 292; ANDRÉ HAUMANT — *Les représailles*, Marcel Giard, Editeur, Paris, s.d. [1934], pág. 113; GIOVANNI ITALO CASSANDRO — *Le rappresaglie e il /alimento a Venezia nei secoli XIII-XVI*, S. Lattes & C. Editori, Turim, 1938, pág. 37. Para a prática de outros estados pode consultar-se HANS W. SPIEGEL — *Origin and development of denial of justice*, in *The American Journal of International Law*, vol. 32, 1938, pág. 68 e para a prática posterior, nomeadamente, THÉODORE ORTOLAN — *Règles internationales et diplomatie de la mer*, Librairie Henri Plon, Paris, 1864, 4.^a ed., I, pág. 349.

⁽⁸⁴⁾ Cf., a respeito da utilização das cartas de marca como mero instrumento da política dos estados, o que escrevemos em *As Represálias...*, I, pág. 504 e segts.

⁽⁸⁵⁾ Cf. RUY DE ALBUQUERQUE — *As represálias...*, I, pág. 307 e segts.

respeito, não sendo mesmo ousado falar duma *communis opinio* ⁽⁸⁶⁾,

⁽⁸⁶⁾ Cf. ALBERICUS — *De Statutis...*, Lib. I, *Quaest.* LUI, n.^{os} 20 e segts. [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10, v.]; BALDO — *Super Digesto Novo*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. 140 r.]; EIUDEM — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negociis gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.^o 1, [ed. cit., fol. 212, r.]; ALEXANDRE TARTAGNA IMOLENSIS — *Super Secundam Partem Digesti Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.^o 10 [ed. cit., fol. 172, v.]; EIUDEM—*Consilia...*, Lib. I, Cons. XLIX, n.^o 6, [ed. cit., I, pág. 116]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.^o 8, [ed. cit., fol. XX, V.]; FLORIANNUS DE SANCTO PETRO — *In Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De Familiae erciscundae*, 1. *Heredes eius*, § *In illa quoque*, n.^o 18, [ed. cit., pág. 281] — texto a que um autor anónimo acrescentou a seguinte glosa: «*Ab illo repetere. Adde ad hanc vulgarem conclusione Alex, in cons. (...)*»; IOANNES BERTACHINUS — *Repertorium iuris, Pars Quarta*, v.^o *Represaliae*, n.^o 10, [ed. cit., IV, fol. 41, r.]; PAULO DE CASTRO — *In Secundam Digesti Novi...*, Rub. *De Verborum obligationibus...*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.^o 4, [ed. cit., fol. 7, r.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima et Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.^o 23, [ed. cit., fol. 23, r.]; HYPOLITUS MARSILIUS — *Commentaria Super Titulis ff...*, Rub. *Ad legem Cornelianam de sicariis*, 1. *Nihil interest*, n.^o 4, [ed. cit., fol. 42, v.]; BARTHOLOMAEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.^o 8, [ed. cit., fol. 64, r.]; MATHEUS IU. — *Communium Opinionum in Iure...*, v.^o *Represaliae*, [ed. cit., pág. 385]; ANÓN. — *Syntagmatis Communium Opinionum ad Instar Cod. Iustiniani...*, Lib. IV, tit. XXXIX, n.^o 47, [ed. cit., pág. 650]; IOAC. MYNSINGERUS — *Singularium Observationum...*, Cent. Sexta, Obs. prima, n.^o 10, [ed. cit., fol. 401, r.]; FONTANELLA — *De Pactis Nuptialibus...*, cl. 3, gl. 2, n.^o 40 [ed. cit., f., pág. 16]. A mesma doutrina foi entre nós sustentada por PEDRO DE SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.^{os} 35 e segts. [ed. cit., pág. 882-883] e por Manuel Soares da Ribeira—*Thesaurus Receptarum Sententiarum...*, 1. R., n.^o 52, v.^o *Represalijs*, [ed. cit., pág. 119] e é implicitamente admitida pela maioria dos teóricos que tratam do direito de regresso. Cf., por ex., BARTOLO — *Tract. Represaliarum, decima principalis quaestio*, n.^{os} 1 e segts., [ed. cit., fol. 122, r.]; EIUDEM — *In Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De Negotis gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.^o 2 — faça-se o confronto com o que escreve, nomeadamente, no n.^o 1, [ed. cit., fol. 119, r.]; IOAN. DE LIGNANO — *De Bello, de Represalis...*, cap. CLXXXIII [in *Tract. Illustrium...*, XVI, fol. 385 v.]; ALBERICUS DE RÓSATE — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negotiis gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.^o 1, e Rub. *De iis qui deiecerunt, vel effuderunt*, 1. *Si vero plures*, § *Cum autem*, n.^o 3, [ed. cit., respectivamente a fols. 242, v. e 393, r.] — A. aliás já citado nesta nota, com referência a texto mais expressivo; PANORMITANUS — *Consilia...*, *Secunda Pars*, cons. XXI, n.^o 2 [ed. cit., fol. 80, r.], cuja doutrina relativamente às represálias é clara quando determinadas as fontes indicadas — BARTOLO — *In Secundam Digesti Novi Partem*, Rub. *De solutionibus*

— em contraste com aspectos próximos desta matéria, e a seu tempo estudados ⁽⁸⁷⁾.

Ainda aqui procurou a doutrina confirmar as suas asserções com o recurso aos preceitos romanos. O texto fundamental nesta matéria foi constituído pela lei *Si per imprudentiam, ff. de evict.* Atesta-o Soares da Ribeira. O direito de regresso, afirmava ele com base nessa lei, estava excluído quando as represálias fossem indevidas: «*quod tamen non procedet cum iniuste & contra aequum ac bonum concessae illae arguentur, ut est frequenter per l. si per imprudentiam, ff de evict. in d. § ult.*» ⁽⁸⁸⁾.

Se uma dúvida de crítica metódica assaltasse o espírito do leitor do texto, por causa do *frequenter*, facilmente poderia obter uma contra prova da propriedade do termo. Fornecer-lhe-ia, por exemplo, Mateus. Também ele excluiu o direito de regresso quando as represálias tivessem sido indevidamente praticadas — fazendo-o com o simples recurso à lei *Si per imprudentiam*, imputada à generalidade da doutrina: «*Fallit, nisi tales represaliae fuissent iniuste & indebite concessae, respū alicui, sine tamen culpa ipsius, quia talis nihil tenetur resarcire. Ias. & alij Doc. ibi per tex. in l. si per imprudentiam, ff de evict.*» ⁽⁸⁹⁾.

et lib., l. Si creditor, [ed. cit., fol. 91, r.]; EIUDEM— *Tract. De Tirania*, n.º 19, [in *Consilia...*, fol. 115, v.] — e feita a sua integração no contexto, não obstante admitir o direito de regresso também no caso de as represálias serem meramente «*indictas in odium tui*», ao lado da hipótese de praticadas «*propter factum tuum*», (Obs. É dirigida eventualmente à admissão do direito de regresso por represálias executadas apenas por ódio e injustificadamente, aceite neste *consilium* por Tudeschis, a censura que lhe faz JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], Rub. *De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.], onde refere o *Consilium CXXVIII* de Panormitanus, inexistente nas edições de *Consilia* do Abade); SURDUS—*Consilia...*, Lib. I, Cons. XII, [ed. cit., pág. 75].

⁽⁸⁷⁾ Representa uma excepção a opinião de IOANNES IAC. DE CANIS — *Tract. Represaliarum...*, [Pars Prima], n.º 18, [ed. cit., pág. 841], ao sustentar a existência do direito de regresso quer as represálias fossem justas quer injustas, sendo de observar que, traindo Bártolo, se arrima à autoridade deste para defender a tese. Sobre o contexto e as premissas da posição de Canis v. o que escrevemos in *As represálias...*, I, pág. 359.

⁽⁸⁸⁾ MANUEL SOARES DA RIBEIRA—*Thesaurus Receptorum Sententiarum...*, l. R., n.º 52, v.º *Represalijs*, [ed. cit., pág. 118].

⁽⁸⁹⁾ MATHAEUS IV. — *Communium Opinionum in lure...*, v.º *Represaliae*, [ed. cit., pág. 335].

A remissão para a generalidade dos autores representava uma síntese do quadro geral da doutrina. Quanto à referência a Jasão de Mayno envolvia uma certa infidelidade aos ensinamentos deste, pois, além da lei *Si per imprudentiam*, Jasão utilizava, para sustentar que o direito de regresso cabia apenas nos casos de represálias justas, a lei *Exceptione ff. de fideius.*, a lei *Si bonis C. De iure deliberandi* e alguns preceitos dos habitualmente aduzidos — como a lei *Qui occidit*, § *In hac. ff. ad Legem aquiliam* — com vista á defesa da própria existência do regresso ⁽⁹⁰⁾.

Embora o seu caminho não fosse inédito, pois outros jurisconsultos serviram-se também das próprias leis nas quais fundavam o direito de regresso para o excluir quando se tratasse de represálias injustas, visto os preceitos utilizados com aquele fim pressuporem algum interesse do causador das represálias no pagamento feito por terceiro e na hipótese destas serem injustas tal condicionalismo não se verificava — por definição —, e de não ser igualmente inédita a utilização da lei *Exceptione* ⁽⁹¹⁾ bem como da lei *Si bonis de iure deliberandi*, deve ter possibilitado a simplificação da doutrina de Jasão, operada por Matheus, a circunstância de, efectivamente, a lei *Si per imprudentium* constituir

⁽⁹⁰⁾ C. JOÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.].

⁽⁹¹⁾ É, por exemplo, o caso de Albericus de Róstate que se socorre de várias leis utilizadas na doutrina para fundamentar o direito de regresso interpretando-as de forma a implicitamente traçar os limites ao conteúdo deste direito, construção reforçada com a citação da lei *Exceptione*. Cf. o seu *De Statutis...*, Lib. I, Quaest. LIII, n.ºs 20 e segts. [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10 r.] e, também, o Comentário *In Primam Codicis Partem...*, Rub. *Ne uxor pro marito*, Auth. *Sed omnino*, n.º 3 [ed. cit., fol. 189, v.]; de BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negocijs gestis*, 1. *Nam & Servius*, [ed. cit., fol. 212, r.] e *Super Digesto Novo*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. fol. 140, r.]; de LUDOVICUS ROMANUS — *Super Prima Parte ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. XX, r.], que, conjuntamente com várias leis vulgarmente aduzidas para justificar o direito de regresso, menciona a lei *Exceptione*; de PAULO DE CASTRO — *In Secundam Digesti Novi Partem...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 4, [ed. cit., fol. 7, r.], que além da lei *Nam et Servius, ff. De neg. gestis* cita ainda a 1. *Exceptione ff. De fideiis*, V. também ALEXANDRE TARTAGNA IMOLENSIS — *Super Secundam Partem Digesti Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10, [ed. cit., fol. 172, v.], que embora não invoque a lei *Exceptione*, delimita o direito de regresso com as leis habitualmente aduzidas para o fundamentar.

o núcleo central da doutrina. Máximo factor comum, acabou assim por constituir o fundamento, por antonomásia, dos limites impostos ao direito de regresso. Por isso, quando Mateus quiz citar conjuntamente a generalidade da doutrina e o nome concreto de Jasão considerou a parte dos ensinamentos deste coincidente com o caminho habitualmente trilhado por aquela ⁽⁹²⁾.

Também Pedro Santarém aduziu a lei *Si per imprudentiam* ⁽⁹³⁾. Mas enquanto ela serviu normalmente aos autores como pedra basilar de construção, para Santarém foi apenas um texto utilizado numa larga análise, onde argumentos em vários sentidos se entrecrocaram sem qualquer deles se revestir duma apriorística autoridade própria. A forma que deu ao pensamento não está, porém, suficientemente castigada, apresentando defeitos de sistematização que contribuem para certa obscuridade das suas páginas. A compreensão da doutrina de

⁽⁹²⁾ V., além de Soares da Ribeira e de Mateus nos lugares citados antes LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. XX, fol. XX, v.], que, embora utilize vários textos para fundamentar a diferença de regime entre as represálias justas e injustas, coloca inicialmente a distinção sob a égide da lei *Si per imprudentiam*; FLORIANUS DE SANCTO PEDRO — *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Rub. *Familiae erciscundæ*, 1. *Haeres eius*, § *In illa quoque*, n.º 18 [ed. cit., pág. 281], que indubitavelmente utiliza como principal texto al. *Si per imprudentium*; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, v.], relativamente ao qual se pode repetir o observado para Romanus; ALEXANDRE TARTAGNA IMOLENSIS — *Super Secunda Partem Digesti Novi*, Rub. *De Verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10, [ed. cit. fol. 172, v.], pois não obstante a citação doutros preceitos dá papel relevante à lei *Si per imprudentiam*; PAULO DE CASTRO — *In Secunda Digesti Novi Partem...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 4, [ed. cit., pág. 7, v.], a respeito de quem se pode fazer idêntica observação; BARTHOLOMAEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligatinibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 64 r.], que, referindo-se a uma das hipóteses de represálias injustas por si considerada, depois de citar vários textos dos comumente aduzidos para fundamentar o direito de regresso, exclui o direito de regresso com as seguintes palavras: «*Et probatur optime in 1. Si per imprudentiam, s. de evict. (...)*»; IOACH. MYNSINGERUS — *Singularium Observationum...*, Cent. Sexta, Obs. prima, n.º 10, [ed. cit., fol. 401, r.]; Anón. — *Syntagmatis Communium Opinionum ad Instar Cod...*, Lib. IV, tit. XXXIX, n.º 47, [ed. cit., pág. 650]; FONTANELLA — *De Pactis Nuptialibus...*, Cl. 3, gl. 2, n.º 40, [ed. cit., pág. 26].

⁽⁹³⁾ PEDRO DE SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

Santarém impõe o recurso às autoridades por ele próprio citadas de maneira a integrá-la materialmente, sob pena de parecerem admitidas algumas contradições.

Não marca Santarém uma fronteira cabalmente nítida entre a demonstração da existência dum direito de regresso e a das limitações a estabelecer a esse mesmo direito. Pode até dizer-se, sem grandes severidades de julgamento, que parte da existência destas para aquele, através dum processo que poderíamos, parafraseando Descartes, traduzir na afirmação posta nos imaginários lábios da premissa a demonstrar: estou limitada, logo existo. Por isso, quando percorremos o caminho de Santarém, naquele primeiro lance de afirmação do direito de regresso, tivemos já de referir textos cuja principal sede é o dos limites a esse direito. Repeti-los-emos agora para uma melhor compreensão da doutrina a resumir.

Depois de asseverado, sob a garantia de Guido de Suza, a existência dum direito de regresso, Santarém prossegue no debate, sem qualquer transição, pedindo a mão de Tiago de Arena para sustentar competir apenas tal faculdade ao executado nas represálias justamente feitas—por causa de dano, dolo ou culpa de outro —, e não procedendo nas represálias injustamente praticadas ⁽⁹⁴⁾. Era também a doutrina de Baldo, dizia Santarém, remetendo para o comentário do grande doutor à lei *Nam & Servius* ⁽⁹⁵⁾, onde, efectivamente, este estabelecia a distinção ⁽⁹⁶⁾. Às duas vozes doutriniais, somava o nosso jurista, com um comentário muito sucinto, o peso da lei: «*facit l. si per imprudētiam. ff. de euict. in principio. licet Bal. in d. l. cū merces. § culpa, simpliciter sumat illam legē, tamē glosa dicit illum tenere Jacob, de Arē. in l. exceptione ff. de fideiussor*» ^(97 * *).

O texto de Baldo não mencionava, aliás, o instituto das represá- ^{94 1}

(94) «(...) *tenet Iacobus de Aret, in l. 2. §. ite si in facto, de verb. obi. quod doctores dicit procedere in represaliis iustē factis propter damnu, dolum, vel culpam alterius secus, si iniutē (...)*». SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 34, [ed. cit., fol. 882].

(95) SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 34, [ed. cit., fol. 882].

(96) Cf. BALDO — *In Primam Partem ff. Veteris...*, Rub. *De Negocijs gestis*, l. *Nam & Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 212, r.].

(97) SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

lias ^(98 **). O mesmo acontecia com a *Glosa* ("), sendo inexacto que nela se fizesse qualquer referência a Aretinus. O nome aí registado é o de Azão. Os dois textos citados assentavam, porém, o direito de regresso, relativamente às hipóteses neles referidas, na existência de culpa por parte daquele contra o qual o executado se deveria dirigir.

Representa, assim, uma súbita mudança de rumo a citação logo a seguir feita por Santarém do nome de Bártolo, pois este não distinguira conforme o dano pressuposto pelo direito de regresso tivesse sido ou não causado com culpa. O próprio Santarém o reconheceu; são as seguintes as suas palavras : «*Bart. autem, vt dixi in l. nam & si seruus. simpliciter cōsiderat damnum datum, & latiiis in § suis represaliis, quæst. decima principali, per textum in l. cum merces. §. culpa. ff. locat. & l. pen. ff. sol. matrim. in quibus iuris videtur hoc probari, quòd si damnum est mihi datum in odium tui, siue culpa tua, siue non, cōpetit mihi contra te regressus*» ⁽¹⁰⁰⁾. Repudiou Santarém tal maneira de ver. Regressando ao ponto de partida, sustentou ser necessário a existência de culpa para haver lugar a regresso. Era, de novo, um inverter de estrada, operado com a citação de Romanus e Franciscus Aretinus ⁽¹⁰¹⁾. Dado, porém, tê-los referido de contínuo e sem qualquer adversativa, pareceria que estes dois juristas, ambos críticos de Bártolo, concordavam com aquele que, afinal, era seu criticado. Entendimento tanto mais fácil de nele se incorrer quanto é certo ter Santarém reconduzido — dentro de linha tradicional ⁽¹⁰²⁾—as represálias injustas à hipótese de

⁽⁹⁸⁾ BALDO — *In Secundam Digesti Veteris Partem*, Rub. *Locati & conducti*, 1. *Si merces, § Culpa* [ed. de 1615, Veneza, «apud Juntas»].

⁽⁹⁹⁾ Gl. *Si Culpa tua, ff. De fideiussoribus*, 1. *Exceptione*; V., também, a Gl. *Inimicitas ff. Locati & conducti* 1. *Merces, § Culpa*, que se reporta ao texto legal anteriormente citado por Santarém.

⁽¹⁰⁰⁾ SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 34-35, [ed. cit., pág. 882].

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰²⁾ Cfr. ALBERICUS — *De Statutis...*, Lib. I, Quaest. LUI, n.º 20, [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10, v.]; BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negociis gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 212, r.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Primam & Secundam ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum, § Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum Comm.*, [Secunda Pars], Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum, § Item si in facto*, n.º 23 e 24, [ed. cit., fol. 23, r. e v.]; MATHAEUS — *Communium Opinonum in Iure...*, v.º *Represaliae*, [ed. cit., fol. 335]; MENOCHIVS — *Consilia...*, Lib. III, Cons. CCXLIII, n.º 68, [ed. cit., fol. 122, r.]; ANON. — *Syntagmatis*

serem praticadas sem culpa, dolo ou dano do pretendo causador ⁽¹⁰³⁾, com esquecimento do facto de Ludovicus Romanus ventilar, ao lado deste caso, o das represálias injustas por defeito de forma na sua concessão ⁽¹⁰⁴⁾.

Salvaguardado, todavia, o eventual mau entendimento das doutrinas referidas por Santarém, assistamos ao pronunciar das suas próprias palavras, repetindo a frase final dirigida à doutrina de Bártolo, para evitar quebra do discurso: «*in quibus iuribus [citados por Bártolo] videtur hoc probari, quod si damnum est mihi datum in odium tui, siue culpa, siue non, cõpetit mihi contra te regressus. Ludouicus Romanus in d. § item si in facto, cum quo transit dominus Franciscus de Aret, considerat an iustè fuerint factae repressaliae, siue damnum datum passo. & tunc datur regressus, aliàs non. quae opinio satis habet aequitatis f...J*»⁽¹⁰⁵⁾.

Apresentava-se cabal a adesão de Santarém. Não era dada, contudo, apenas por motivos fundados em considerações de equidade.

Também para ela contribuiu a regra «*non debet aliquis alterius odio praeagravari*», que, formulada conceptualmente, se encontra aduzida como

Communium Opininionum..., Lib. lili, tit. XXXIX, n.º 47, [ed. cit., pág. 650]. À ideia da existência de culpa nas represálias justamente concedidas anda, também, aliado o fundamento do direito de regresso em Fernando Peres — *Com. Q. 41 et 42 [II^{ae} II^{ae}], disp. 4, De Rep.*, B.N.L., F.G., Ms. cit., pág. 92. De acordo com este autor, se o devedor não restituir o injustamento por si tomado ou não der a devida satisfação o represaliante compensa o dano com os bens tomados ao *concivis* do devedor, que deverá então ser obrigado, no foro judicial, a dar satisfação ao *exactus*, (obrigação que existe igualmente no foro da consciência).

(103) «*hoc tenet Iacobus de Aret. (...) quoddoctores dicũtprocedere in represaliis iustè factis propter damnu. dolum, vel culpam alterius: secus, si iniustè (...)*», são palavras com que inicia o exame deste ponto. Cf. o seu *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 34 [ed. cit., pág. 882], e que estarão presentes no desenvolvimento subsequente. Cf., nomeadamente, o n.º 36, desta mesma parte, [*Ibid*].

(104) y. LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. XXII, r.]. A este respeito v. também, BARTHOL. SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 64, r.], que também considera — possivelmente na esteira de Romanus por si citado — que as represálias, para fundamentarem o direito de regresso deviam ter sido «*rite & iuste concessae*».

(105) SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 35, [ed. cit., pág. 882].

valor próprio ⁽¹⁰⁶⁾. Teve Santarém o cuidado de a reportar à opressão feita pelos roubadores, conforme esclareceu em glosa formulada para evitar uma inadvertida interpretação de tal máxima, interpretação susceptível de levar a ver nela obstáculo à conclusão pretendida. Efectivamente, a referência dessa regra ao dano sofrido pelo executado impediria pura e simplesmente o direito de regresso.

No seguimento da sua demonstração, socorreu-se o nosso jurista de Romanus e Aretinus. Ambos tinham aduzido, a propósito do § *Culpa*, a Glosa. Fazia-o tratando-os por *modernos*, rótulo que equivalia a reservar para Bártolo, cuja doutrina era impugnada pelos dois autores, o epíteto pouco invejável de *velho*. Representava já uma visão histórica do direito, mas não havia originalidade no qualificativo apostado a Romanus e Aretinus. Tratava-se duma designação importada do último ⁽¹⁰⁷⁾ destes dois juristas, e por ele utilizada para designar, sem o esforço imposto pelas individualizações, uma série de autores cuja opinião divergia da de Bártolo. O seu emprego por Santarém, aplicado aos dois doutores por ele mencionados, constituía, assim, uma mera transposição de terminologia.

A esses *modernos* ia buscar Santarém a Gl. *inimicitas. ff. Locati & conducti, l. Merces*. § *Culpa* para reforçar a distinção entre as represálias justas e injustas. Era a seguinte a versão da glosa por si apresentada e que imputava aos «*praefati moderni*»: «*dicunt, quod ista gloss, non vult, qd. oditt sine aliqua culpa, sit causa regressus contra eū, cuius odium late quid sit, immo requirit, quod vel culpa fuerit causa inimicitiae, vel quod ille qui erat inimicus sine culpa, fuerit negligens, & minus cautus quam debuit (...)*» ⁽¹⁰⁸⁾. Tratava-se, quase palavra por palavra, do escrito por Aretinus, que reforçara a sua interpretação da glosa, depois de assegurar a veracidade das afirmações nela contidas — «*& ista*

(106) «(...) *pro quo facit regula, Nō debet aliquis alterius odio praegravari quae regula licet videatur cōtra, tamē facit pro ista opinione, considerādo grauamen factu per derobantes (...)*». SANTARÉM — *De Asse curationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 35, [*Ibid.*].

(107) cf. FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus...*, 1. *Stipulationum*, § *Item in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.]: «*Moder. h' hon tenet simpliciter ista dicta Bar. (...)*». Também BARTHOLOMEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus...*, 1. *Stipulationum*, § *Item in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 75, r.], utiliza a mesma nomenclatura para designar, por contraposição, a Iacobus Aretinus e Bártolo, os juristas segundo os quais haveria a distinguir conforme as represálias fossem justas ou injustas.

(108) SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 35, [ed. cit., pág. 882].

est veritas» —, com a penúltima lei do título *De Solutio matrimoni*, do Digesto: «(...) & pbatur si recte inspicias in d. l. pe. in prin. so. ma. vbi fuit decisum qd. regressus est cõcessus contra eũ qui fuit cã damni qui fuit in culpa & sic dat intelligi qd' secus si esse sine culpa» ⁽¹⁰⁹⁾. Calou tal argumento no ânimo de Santarém que o repetiu, com a citação directa do nome de Aretinus. Como este dissera, também o nosso jurista declarou provar-se suficientemente o ensinado na Glosa Magna com um exame atento da referida lei *In his*, onde se estabelecia a concessão do regresso contra o causador culposo do dano — o que, interpretada *a contrario*, o excluía quando não tivesse havido culpa ^(no). Da parte de Pedro de Santarém era mais uma reprodução do que uma referência.

Mal grado o relevo dado à lei *In his ff De soluto matrimonio*, como preceito corroborativo da Glosa, ele nada lhe acrescentava. A Glosa partia exactamente desse texto para estabelecer a sua lição: «*Inimicitias hoc intelligitur de illis inimiciis, quas conductor sua culpa patiebatur, vt infra soluto matrimonio. I. penúltima. primo responso. & supra eodem l. videamus § qui vinum, uel etiam sine culpa: cum enim habet inimicitias, cautius debet custodire : est enim aequitt, ut qd eius culpa damnum patiat locatur, eidem locatori sarciat, vt hic: & sup. communi diui. I. si is cum quo, & ad leg. Rhod. de iac. I. l. & 2 § aequissimum & supra pro socio. l. cum duobus. § quidam*» ^(m). O «*ista est veritas & probatur si recte inspicias in d. l. pen. in prin. sol. mat.*» de Aretinus ⁽¹¹²⁾, como o «*quod dicit Aretinus probari in d. l. pen. bene proficienti (...)*» de Santarém ⁽¹¹³⁾, depois de referida a Glosa Magna, constituíam lastro supérfluo.

Em favor da sua tese aduziu ainda Aretinus — também aqui seguido por Santarém ⁽¹¹⁴⁾ — o caso do legatário tornado inimigo do testador. Se tal inimizade tivesse ocorrido sem culpa do legatário

⁽¹⁰⁹⁾ FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.].

^(110 *) «(...) *pro quo dicit Aretinus probari in d. l. pen. bene proficienti. vbi fuit decisum, quòd regressus est cõcessus cõtra eum qui fuit causa damni, quia fuit in culpa, ex quo datur intelligi, secus, si non fuit in culpa (...)*». SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 35, [ed. cit., pág. 817].

^(m) Gl. *Inimicitias, ff. Locati & conducti*, l. *Si merces*, § *Culpae*.

⁽¹¹²⁾ FRANCISCUS ARETINUS — *Super prima & Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.].

⁽¹¹³⁾ SANTARÉM—*De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 35, [ed. cit., pág. 882].

⁽¹¹⁴⁾ *idem*, n.º 35 e 36, [Ibid.].

este não seria excluído do legado, de acordo com a lei *Cum tabulis*. § *Quoniam*, ff. *De iis quae ut indignis*: «*ergo multo minus inducitur inimicitia ut quis incurrat, dānu, quia non est par ratio, & c. I. fi. C. de cond.*»⁽¹¹⁵⁾, escreveu Santarém repetindo quase textualmente Aretinus^(115 116). De novo os textos aduzidos para construir o direito de represália eram fruto da adaptação doutrinária, nada tendo em princípio que ver com ele. Não deixa, por isso, de ter um certo gosto a declaração de Francisco de Aretino de oferecer ao leitor, com a cota da lei *Cum tabulis*, um caso adequado: «*Pro ista cõclusionẽ do tibi sing.*»⁽¹¹⁷⁾, frase que Santarém referiu dizendo «*pro quo dicit Aretinus, do tibi casam in terminis (...)*»⁽¹¹⁸⁾.

Conveniente ou não, tal caso era mencionado sob a égide de Bártolo⁽¹¹⁹⁾, que no comentário respectivo nada dizia, porém, quanto às represálias⁽¹²⁰⁾. Sob a égide de Bártolo foi também apresentada a parte imediatamente seguinte da tese, podendo apor-se uma nota igual ao texto do *Monarcha Iuris* referido por Aretinus e acolhido por Santarém — o § *Cum quidum* da lei *Non distinguemus*. Como no caso anterior nem uma palavra nele se encontra de referência às represálias. Apenas se postula a existência de culpa para o preceito ter aplicação⁽¹²¹⁾.

Havia alguma ironia em ir buscar a Bártolo, textos para combater a sua própria doutrina. Não se devia, contudo, tal circunstância a contradições literais do grande comentador, mas apenas ao processo exegético dos seus críticos, que forragearam na obra do primeiro dos

[115] Ibid

(116) Cf. FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.].

(117) FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.].

(118) SANTARÉM—*De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 36, [ed. cit., pág. 882].

(119) «(...) qui ibi no. Bar. ad hoc in l. cum tabulis § qm sump. ff. de his qui ut indig. ubi probat (...) escreveu Aretinus depois de referir que ia mencionar um caso adequado. Cf. *Super Prima & Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus...*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.]. O mesmo em SANTARÉM—*De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 36, [ed. cit., pág. 882].

(120) Cf. BARTOLO — *In Secundam Infor. Partem Praelectiones*, *Rub. De his quibus ut indignis*, l. *Cum secundis tabulis*, § *Quoniam*, [«Lugduni, ad Candentis Salamandrae insigniae», 1546, fol. 113].

(121) Cf. BARTOLO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, *Rub. De recept. arbitris...*, l. *Non distinguemus*, § *Cum quidam*, [ed. cit., fol. 148, v.].

juristas medievais linhas esparsas, escritas sem atenção ao instituto das represálias e agora para ele transpostas pelos censores. Talvez não haja sequer uma incoerência de fundo entre os diferentes lugares de Bártolo, incoerência, fruto da adopção de lógicas diversas para casos análogos, pois se hoje nos é difícil, senão impossível, reconstituir o processo mental dos antigos jurisconsultos, de forma a saber se efectivamente existia ou não analogia entre as diferentes hipóteses consideradas, o facto de Bártolo ter exposto *ex professo* doutrina formalmente dedicada às represálias não deixa de levar a admitir a existência duma certa arbitrariedade em procurar, com textos onde esse instituto se não encontra mencionado, construir uma tese de sobreposição, à custa de transferência de matérias.

Seja, todavia, como for, tanto Aretinus como Santarém viram no § *Cum quidam* um argumento suficiente. O primeiro desenvolveu mesmo a lição que dele entendeu poder extrair-se: «(...) *sipp inimicitiam non causatum ex culpa mea arbiter non vult ferre sentetiã. ego nõ incurro in penã quasi ex facto meo sit inductum qd. arbiter nõ pnuciet secus si ex culpa mea inimicitia peruenisset vt ibi per eũ*» ⁽¹²²⁾. O segundo foi consideravelmente mais breve. Limitou-se a declarar aplicável ao caso o observado por Bártolo a respeito do § *Cum quidam*. Fê-lo, porém, duma forma incisiva, substituindo o *patet* que serviu de abertura a Aretinus para expor a doutrina de Bártolo, por um *Item*, que reportado ao *in terminis* utilizado a respeito do comentário a lei *Cum tabulis* tinha um valor dogmático ⁽¹²³⁾.

Não ficou por aqui a demonstração pretendida. Mais uma vez no seguimento de Aretinus ⁽¹²⁴⁾, citou igualmente Santarém, embora reportando-se *expressemente* a Romanus, a lei *Qui occidit*. § *In hac, ff ad legem aquiliam* bem como a lei *Si putator* do mesmo título ⁽¹²⁵⁾

(122) FRANCISCANUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.].

(123) SANTARÉM—*De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 36, [ed. cit., pág. 882].

(124) «*Confirmatur ista cõclusio sem. do. me. qr. l. illa in cuius odiũ inducte sunt represalie det occasione, dãni qr. ista occasio est sine culpa sua nõ debet puniri pp hoc nec teneri ad interesse alicuius: vt l. qui occidit. §. in hac & l. si putator, ff. ad leg. aequi.*» — FRANCISCUS ARETINUS — *Super Secunda ff Novi*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, v.].

(125) «(...) *confirmat* [Item quod not. Bart.] *Roma, praedicta per d. leg. qui occidit. § in hac. & l. si putator, ff. ad. l. Aquil.*» — SANTARÉM — *De Assecurationibus.. Pars Quarta*, n.º 36, [ed. cit., pág. 882].

— «*quae fuerunt iura Guiliel. de Suza, ut supra retuli, licèt ipse non facit mentione*» ⁽¹²⁶⁾.

Viajantes há tanto tempo juntos, Aretinus e Santarém chegados a este ponto separaram os seus caminhos. O primeiro passou a considerar a possibilidade de em certas hipóteses se não distinguir conforme a existência ou inexistência de culpa, «*qr. ratio legis pariter militat in utroque casu*» ⁽¹²⁷⁾, conforme dizia ao participar no debate sobre as consequências das represálias «*non rite et rete concessas*» ⁽¹²⁸⁾. O segundo entrou a averiguar qual o nexó de causalidade que deveria servir para determinar o evento danoso e a sua ligação ao prejuízo sofrido pelo postulante do direito de regresso ⁽¹²⁹⁾.

Não era fácil o problema a enfrentar por Santarém. Reconhecido que o direito de regresso exigia uma culpa, por um lado; admitindo que as represálias só podiam ser concebidas quando se tivesse verificado um acto ilícito imputável subjectivamente a um agente, por outro ⁽¹³⁰⁾; e ainda assente a necessidade de prévia denegação de justiça para elas poderem ser outorgadas ⁽¹³¹⁾, denegação imputável necessariamente a uma pessoa diferente daquela a favor do qual fora recusado o *remedium* ⁽¹³²⁾, logo se abria a dúvida sobre o evento produtor do prejuízo e a quem se devia atribuir a responsabilidade. Deixando, por agora de parte, a questão enunciada em último lugar — que Santarém não debateu expressamente — ou seja, saber se o responsável pelo prejuízo devia ser considerado o seu autor material ou antes aquele cuja acção impedira o ressarcimento à custa do referido sujeito de direito, vejamos o primeiro dos problemas formulados.

Trata-se de averiguar qual o evento tomado para servir de primeiro extremo ao nexó de causalidade cujo segundo se consubstancializava no prejuízo: a culpa ou o facto danoso em si próprio. A interrogação nascia de se admitir que o nexó de causalidade se verificava entre a causa imediata (e não a mediata) e o dano propriamente considerado. Ora, a culpa nunca poderia ser tomada como causa

(126) *ibid.*

(127) FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff Novi*, 1. *Stipulatio-num*, § *Item in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.].

(128) *ibid.*

(129) Cf. SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 37, [ed. cit., pág. 887].

(130) Cf. o nosso trabalho *As represálias...*, II, T. I, pág. 592 e segts.

(131-132) *idem*, II, T. I, págs. 737 e segts.

imediate do dano. Ao evento danoso caberia essa qualificação. Como pois assentar na culpa o direito de regresso, que pressupunha ter a acção do terceiro sido causa directa do prejuízo sofrido pelo titular de tal faculdade? Começa Santarém por advertir um imaginado interlocutor de que relativamente à tese exposta se tornava necessário ter presente a circunstância de nem sempre se imputar ao culposos todas as consequências do acto cometido, «*ea quae sequuntur ex sua culpa, vel propter suam culpam*», conforme entendia provar-se com o c. *Adveniens ad nos*, x, *De sponsalibus*, as leis *Verum* e *Qui injuriae*, ambas do título *De furtis*, do Digesto, bem como com a lei *Sed hi qui*, § *Sive autem*, *De publicanis et vectigalibus*, também do Digesto — textos todos alegados na Glosa ao canon *Quia diversitatem*, x, *De concessione praebendae*, relativamente ao qual anotava o jurista português: «*ubi bonus text.*» ⁽¹³³⁾. Importava, anotava seguidamente Santarém, imputar ao culposos o resultante da sua culpa, ou o que tivesse como causa imediata essa culpa, conforme o ensinado pelo Abade, ao comentar o capítulo *Quia diversitatem*, onde, aliás, se provava à evidência dever considerar-se a causa imediata e não a culpa precedente - tese que reforçava com nova citação de Panormitanus : «*quae causa, ut dicit Abbas, regulatiter debet inspicere potius quam immediata. allegat c. occidentis. 25. quaest. 5. & text. cum gl. in c. de caetero. de homicidio*» ⁽¹³⁴⁾.

Dos textos alegados por Nicolau Tudeschis, retirava Santarém a regra de se dever olhar à culpa. Portanto, pareceria de não imputar a responsabilidade a quem sem culpa tivesse praticado um dano⁽¹³⁵⁾.

Até este ponto Santarém pouco avançou relativamente às conclusões apuradas quando em companhia de Aretinus. Uns passos mais, porém, e vêmo-lo entrar em águas próprias.

Sob a aparência de corroborar única e simplesmente o já por si sustentado, abordou um novo aspecto. Fê-lo com um formal *praeterea* que dir-se-ia anunciar um simples desenvolvimento, um argumento

⁽¹³³⁾ «(...) oportet enim quòd hoc vel culposos imputetur id quod ex culpa sequitur, vel quod culpa eius sit immediata causa illius quod sequitur, vt declarat Abb. Panor. in d.c. quia diuersitatem, in fi. coi. quod probatur evidenter in d.c. vbi inspicitur causa immediata & no culpa procedens (...)».; SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Quarta Pars, n.º 37, [ed. cit., pág. 817].

⁽¹³⁴⁾ *Ibid.*

⁽¹³⁵⁾ «(...) ex quibus sequitur, quod sit considerata ipsa culpa; si ergo non est culposus ille, cuius occasione dānu datur, nō videtur ei imputanda». SANTARÉM — *Ibid.*

adjuvante de afirmações produzidas, quando é certo encerrar-se nas palavras introduzidas pelo advérbio nova problemática. Basta atentar nas linhas escritas logo a seguir.

Para além das razões aduzidas, no caso daquele contra quem se dirigia o direito de regresso ser culpado, dizia Santarém, não se podia afirmar que era causa imediata do dano a sua culpa, pois constituíam-na a espoliação e o roubo sofridos pelo danificado — foi a propósito da pirataria que Santarém estudou as represálias, assim se explicando a individualização desse tipo de dano. A culpa do agente tinha de se tomar como simples causa mediata e, portanto, de acordo com o referido cap. *Quia diversitatem*, não devia ser julgada causa idónea para determinar a responsabilidade ⁽¹³⁶⁾. Parecia o repúdio de tudo quanto antes aceitara.

Colocado ante esta conclusão começou Santarém por demonstrar o absurdo por ela postulado. A ser assim nunca haveria direito de regresso. Embora o agente estivesse em culpa por qualquer caso precedente, anotava Pedro de Santarém, jamais se concederia o direito de regresso, contra aquele que teria dado ocasião às represálias, quer elas fossem justas ou injustas, visto a causa imediata do dano feito ao petionário do regresso não ser a culpa (a acção culposa, melhor dito) de quem tinha dado origem à represália, mas esta própria, em si mesmo considerada ⁽¹³⁷⁾. Era um argumento de bom senso, mas era também um argumento *ad terrorem*, condenado em boa lógica.

Não ficou, todavia, Santarém apenas nessa ordem de considerações. Ele enfrentou os textos passíveis de ser aduzidos no sentido de tornar irrelevantes a distinção entre represálias justamente concedidas, por virtude de dolo ou culpa, e represálias outorgadas sem a existência desse *subtractum* volitivo.

Quanto ao cap. *Quia diversitatem*, afastou-o com a afirmação de se poder responder que nele se olha à causa mediata, «*quia culpa & sus-*

(136) «*Praeterea in casu, in quo ille sit culposus nō possumus dicere, quod eius culpa sit causa immediata illius dāni, sed ipsa spoliatio & derobatio est causa immediata, licet culpa sit mediata, & sic non deberet ei imputari per notata in d. c. quia diversitatem (...)*». *Ibid.*

(137) «*(...) sed si in ista sit quocūque casu praecedēti tamen posset dici, quod siue iusta sive iniusta represaliae fiāt, nunquam datur regressus contra illum, cuius occasione fit: quia non eius culpa, sed ipsa represalia seu detentio est causa immediata damni illati, qui regressum vult habere*» (...). *Idem.*

pensio non habet eundem effectum». Aliás, continuava Santarém, a opinião de Baldo exposta ao comentar a lei *Nam & Servius* parecia a mais comum. Apesar da ligação estabelecida por Santarém entre a *Baldi opinio* e a exegese proposta para o capítulo *Quia diversitatem*, a verdade é que não existiam conexões entre os dois textos. Baldo limitava-se a exigir a culpa ou dolo para as represálias poderem ser consideradas justamente praticadas e haver, portanto, lugar ao direito de regresso, sem se apoiar no referido texto das *Decretais* ⁽¹³⁸⁾. Dado contudo, o processo de resolver as divergências de interpretação com recurso à *communis opinio* não causa estranheza o *modus* dialético de Santarém.

Para demonstrar a bondade da opinião de Baldo — e, portanto, da tese postulante da distinção entre represálias praticadas em virtude de acto culposo ou cometidas sem a existência de tal pressuposto — citou Santarém o próprio Baldo, referindo-lhe as palavras proferidas a respeito do § *Item si in facto*, onde o Comentador nada acrescenta, sob o ponto de vista que nos interessa, ao escrito a propósito da lei *Nam et Servius* ⁽¹³⁹⁾, bem como Ioannes (?) e Aretinus, nos seus comentários ao referido § e ainda Paulo de Castro e Alexandre, de quem referia os comentários à lei *In his*, do título *De soluto matrimonio*, do Digesto. De Imola que lhe merecia anotação particular — «*dat plures concordantias per Doct. circa praedicta*» — mencionou também Santarém o comentário ao § *Item si in facto* ⁽¹⁴⁰⁾.

Plebescitada a opinião, se assim nos podemos exprimir, Santarém defendeu-a apontando-lhe a bondade : «*quae opinio, vt dixi, videtur magis aequa, vt inspiciatur causa inimicitiae, ratione cuius dānū fuit illatū, quia textus expresse vult in d. l. pen.*» ⁽¹⁴¹⁾

Tal conclusão não lhe parecia prejudicada pelo disposto no § *Culpa*, da lei *Si merces, ff De Locati conducti*, pois embora nele se falasse inde-

⁽¹³⁸⁾ Cf. BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De negociis gestis*, l. *Nam & Servius*, n.ºs 1 e 2, [ed. cit., fol. 212, r.J.

⁽¹³⁹⁾ BALDO — *Super Digesto Novo...*, Rub. *De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. 140, r.].

⁽¹⁴⁰⁾ «*Opinio Bal. in d. l. nā & Seruus, videtur esse magis communis, quā ipse tenet. & in d. § item si facto, & Io. & Aretin. vt dixi, & Paulo. & Imo. & in l. pen. soluto matri. Alex. in d. § Item si in facto. & in dict l. pen. sol. matr. dat plures concordandas per doctores circa praedicta (...)*» — SANTARÉM — *De Assecuradonibus. Pars Quarta*, n.º 37, [ed. cit., pág. 883].

⁽¹⁴¹⁾ SANTARÉM — *De Assecuradonibus...*, *Pars Quarta* n.º 37, [ed. cit., pág. 818].

terminadamente nas inimizades contraídas pelo agente, todavia a glosa sustentava o mesmo que se dispunha na lei *In his* ⁽¹⁴²⁾. O texto legislado e o comentário, que Santarém dizia, com verdade, ser comumente citado pelos doutores ⁽¹⁴³⁾, estavam em idêntico pé... Com o afastamento do obstáculo constituído pelo § *Culpa*, 1. *Si merces*, não ficava ainda aberto o caminho para uma terra na qual a promessa fosse a impugnabilidade das conclusões sustentadas. Contra elas podia opor-se a regra «*aquele que dá ocasião a um dano parece ter causado esse dano*».

A ser assim, pouco ou nada interessava a existência de culpa, caindo-se num regime dominado por cordenadas de risco. Santarém afastou, todavia, tal possibilidade recusando à *ocasião* a categoria de *causa*, como disse depois de declarar que tinha reflectido no assunto: «*pondero verbum, occasionem, quod denotat non veram causam, c. solitate de maior. & obedi. Bald. in cons. 237, n.º 5, in I vol. Jason, in rubrica C, qui admit, nume. 9. ubi dicit, quòd occasio denotat causam remotam*» ⁽¹⁴⁴⁾. Além destes argumentos, trouxe Santarém à baila o *c. periculoso*, *De statu regularium in VI*, onde — afirmava — transparecia que o termo *causa* significava causa verdadeira e razoável ⁽¹⁴⁵⁾. Na qualificação aposta à *causa* via Santarém a própria essência desta realidade: «*& hoc differt causa ab occasione, vt not. in d. c. solitae, & alibi in locis, quae non expedit allegare (...)*» ⁽¹⁴⁶⁾. Servia-lhe de ilustração a referência da Glosa à velha fábula do lobo tentando turvar a água: «*facit illud quod dicit glosa de lupo, qui quaerit de turbare aquam, in authent. de defens. civit. (...)*» ⁽¹⁴⁷⁾. Não deixava de ter interesse a distinção procurada por Santarém, dado frequentemente na doutrina se referir como responsável pelas represálias aquele que lhes deu ocasião ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴²⁾ «(...) licet in d. I. si merces. §. culpa, indeterminatae loquatur, s. propter inimicitias eius, tamē gl. ibi per d. I. pen. idem tenet, de qua doctores communiter faciunt mentionem (...)» • *Ibid.*

⁽¹⁴³⁾ Cf. v. g. BARTHOLOMAEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi, Rub. De verborum obligationibus* 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto* n.º 8, [ed. cit., fol. 64, r.].

⁽¹⁴⁴⁾ SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 38, [ed. cit., pág. 885].

⁽¹⁴⁵⁾ «(...) ubi causa denotat veram e rationabilem (...)» — SANTARÉM — *Ibid.*

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibid.*

⁽¹⁴⁷⁾ *Idem*, n.º 39.

⁽¹⁴⁸⁾ «*Ad primum quaeritur an exacto succurratur in civitatem propria contra, illum priuatum, cuius occasione concessae sunt represaliae?*» é a interrogação que presidirá a todo o estudo do direito de regresso em Bártolo — *Tract. Represaliarum...*

O princípio geral duma diferenciação entre causa e *occasio*, tão trabalhosamente estabelecido, esbatia-o, porém, com admitir poder-se algumas vezes considerar causa a *bona occasio*, como se veria na lei *Nam & Paedius ff. de legibus*. Por consequência, escrevia Santarém : «*Siue (...) inimicitia sit vera, quo casu dicitur propriè causa, quando ipse erat causa inimiticiae, quia culposus : siue sit sine culpa, quo casu dicitur dare occasionem: utroque modo videtur dicta regula militare, per quam se videntur fundare tenentes illā partem, quod omnes allegant dicta leg. qui occidit. § in hac. ad 1. Aquil. & ibi Florent, vbi ponitur dicta regula (...)*»⁽¹⁴⁹⁾.

Com estas afirmações entendia Santarém não colidir o disposto na penúltima lei do título *De Solutio matrimonio*, a despeito de eventualmente julgar-se isso possível. A lei *In his* poderia, de facto, ser entendida como consagrando mais a causa objectivamente considerada do que propriamente a culpa, enquanto admitia o direito de regresso mesmo para além do termo desta — fenómeno por ventura explicável admitindo a causa como fundamento da faculdade de exigir o pago por

decima principalis quaestio, n.º 1, [ed. cit., foi. 121, r.]; «*Vtrum autem qui ex huiusmodi represaliis damna sunt passi, possent recursum habere contra eos qui dederunt represaliis occasionem (...)*» — LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Cod...*, ad Lib. IX, tit. LVI, l. Grave, n.º 4, [ed. cit., pág. 547]; «*(...) quod captus pro represalijs id, quod soluit, non repetat ab eo, cuius occasione soluit (...)*» — BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Rub. De Negocijs gestis, l. Nam & Servius n.º 1, [ed. cit., fol. 212, r.]; «*Bar. in Tractatu represaliarum (...) videt indistincte velle (...) qd. semper det regressus contra eum cuius occasione sunt indite siue iuste fuerint siue iniuste (...)*» — FR. ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi*, Rub. De verborum obligationibus, l. Stipulationum, § Item si in facto, [ed. cit., fol. LXXXII, r.]; «*In glos, in uer. occasionem, in fi. not. hanc glos. & facit etiam quòd ille, cuius occasione inductae sunt represaliae contra duitatem, teneatur resarcire damnum illis, qui ex his laeduntur secundum Pet. de Anchaz. (...)*» — PH. FRANCUS — *In Sextum Decretalium Librum...*, Rub. De officio ordinarii, c. Si canonici, § Si autem, n.º 2, [ed. cit., pág. 210]; «*(...) Imo, videntur quod limitatio Bald. sit vera, nisi possit aliqua culpam imputari huic Perusino cuius occasione concessae sunt represaliae (...)*» — ALEXANDRE IMOLENSIS — *Super Secundum Partem Digesti Novi*, Rub. De verborum obligationibus, l. Stipulationum, § Item si in culpa, n.º 10, [ed. cit., fol. 172 v.]; «*Captus & exactus pro represaliis (...) potest repetere illud quod soluit, & damna & interesse, supòrtala ab eo, cuius occasione represaliae emanarunt (...)*» — MATHEUS — *Communium Opinionum in lure...*, v.º Represaliae, [ed. cit., pág. 335] e ainda ANÓN. — *Syntagmatis Communium Opinionum...*, Lib. lili, Tit. XXXIX, n.º 47 [ed. cit., pág. 650].

⁽¹⁴⁹⁾ SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 39, [ed. cit., pág. 883].

motivo de represálias, dado que, mantendo-se os efeitos dela derivados, se deveria pressupor a sua existência. Para fugir a tal resultado, socorreu-se Pedro Santarém da regra de ninguém dever «*ser punido sem culpa, salvo se sobestiver como causa*», por ele trazida do título *De regulis inris*, in *VI*⁽¹⁵⁰⁾. Mantinha-se, assim, o princípio geral da exigência dum elemento subjectivo como fundamento do direito de regresso. A síntese extraída do por si esciito — «*Causa est enim rationabilis, quod ex quo pro parte damnum patior, vt resarcias, per not. in l. Nam & Servius (...)*»⁽¹⁵¹⁾, — deixava lugar a algumas dúvidas, dado certo sincretismo de formulação. Atenta, porém, a citação da lei *Nam & Servius*, habitualmente aduzida na doutrina para fundamentar a exigência de culpa como base do direito de regresso⁽¹⁵²⁾ e também a circunstância de imediatamente a seguir Santarém a defender tal princípio, não será ousado ver nas palavras acima transcritas a defesa da tese subjectiva.

A própria forma da continuação do texto propende para isso: «*Nec obstat in l. si per imprudentium, allegata per modum, quia potest responderi, vt respondebat Guil. de Suza, relatus ab A Ibérico de Rosa. 53. quaestio, in prima part. col. fin. quod verum est, quod iniuria facta vni, non debet nocere alteri, nisi hoc contingat facto illius, vt quia contra se iudicem prouocasset (...)*»⁽¹⁵³⁾. A interpretação da lei *Si per impru-*

⁽¹⁵⁰⁾ «(...) *nec obstat dicere, quòd inspiciatur culpa per dict. l. penulti. quia in casu, quod culpa cesset in eo cuius occasione damnum datum est, non tamen cessat causa, quod de turregressus, & succedit regula: sine culpa, nisi subsist causa de reg. jur.*». *Ibid.*

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵²⁾ Cf., v. g., BARTOLO — *Tract. Represaliarum, Decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., fol. 122, r.]; EIUDEM — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negocijs gestis*, l. *Nam & Servius*, n.º 2 — como parece resultar da conjugação com o n.º 1 — [ed. cit., fol. 119 r.]; IOANNES DE LIGNANO — *De Bello, De Represaliis...*, cap. CLXXXIII, [in *Tract. Illustrium...*, XVI, fol. 385, v.] — embora não explicitamente; ALBERICUS DE ROSATE — *De Statutis...*, Liv. I, Quaest. LUI, n.º 21, [in *Tract. Illustrium...*, II fol. 10, v.]; BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem...* Rub., *De verborum obligationibus*, l. *Nam & Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 212, r.]; PAULO DE CASTRO — *In Secunda Digesti Novi Partem...*, Rub. *De verborum obligationibus*, l. *Nam & Servius*, n.º 4, [ed. cit., fol. 7, r.]; BARTHOLOMAEUS SOCINUS — *Super Secunda ff. Novi Rub., De verborum obligationibus*, l. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 64, r.], a contrario e que cita essa disposição em conjunto com a lei *Cum tabulis*, ff. *De his [aliás, iis] quibus [aliás, quae] ut indignis*, utilizada por Santarém, como vimos, para defender o princípio de responsabilidade subjectiva.

⁽¹⁵³⁾ SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 40, [ed. cit., pág. 882].

dentiam apresentada por Santarém, quando integrada no contexto, não estava em discrepância com a feita pelo comum da doutrina ⁽¹⁵⁴⁾. O exemplo da ofensa feita ao juiz, que Santarém declarava seguido por Richardus, — «(...) & *opinionem istam secutus fuit Richar. per l. si serua. § cum autem. de his qui deiecit. vel effu.* (...)» ⁽¹⁵⁵⁾ — tinha sido importado directamente de Albericus, embora a redacção de Santarém fosse de molde a insinuar uma consulta directa daquele autor. Depois de mencionar a lei *Si vero*, escreveu Pedro de Santarém: «*quam l. dicit Alb. bene facere pro ista opinione*», terminando por uma frase de dúbio sentido, pois fica-se sem saber exactamente se o equívoco *Allegat* se refere a Richardus se a Albericus: «*Allegat etiã plura iura, de quibus ibi per eum*» ⁽¹⁵⁶⁾. Um confronto com o texto do último demonstra, todavia, de maneira inteiramente clara, ter-se Santarém limitado a retransmitir as pesquisas deste, sob uma forma resumida, trocando a especificação dos vários direitos citados por uma referência genérica e uma menção específica à lei *Si vero*.

Efectivamente, Albericus escreveu, ao interrogar-se sobre se a lei *Si per imprudentium* — e com ela a lei *Lectos* — não impedia o regresso contra o causador das represálias, ser possível responder: «(...) *qd. uerum est, qd. iniuria facta per iniuria facta per iudicem vni non debet nocere alteri, nisi hoc contingeret facto illius, ut quia 5 se iudicē prouocasset, vel aliter tunc n. secus, & ita intelligit Ia. de are. ff. de fideius. so. I. exceptione, licet gl. ibi orium teneat*» ⁽¹⁵⁷⁾. Para ilidir a Glosa citava ainda Albericus, em defesa de Aretinus, a lei *Fideiussores. ff. de fideiussosis*. Juntamente com outras disposições, nomeadamente a lei *Nam et Servius*, são as seguintes palavras suas «*como. I. ad eos, & de publi. I. si quis prohibuerit, dñs et Rich. opi. do. Gui. sequabatur. & allegabat l. bne faciētem. ff. de his q. deie. uel effu. I. si uero plures, §. cii. aut. ad le. Rhodi, de iac. in princ.*

(154) v. # nomeadamente, BALDO — *Super Digesto Novo*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. 140, r.]; ALBERICUS DE RÓSATE — *De Statutis*, ...» Lib. I, Quaest. LUI, n.º 20, [in *Tract. Illustrium*..., II, fol. 10, v.]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. XXI, v.]; MATHEUS le. — *Communes Opiniones in lure*..., v.º *Represaliae*, [ed. cit., pág. 335].

(155) PEDRO DE SANTARÉM — *De Assecurationibus*..., *Pars Quarta*, n.º 40, [ed. cit., pág. 883].

(156) *Ibid.*

(157) ALBERICUS DE RÓSATE — *De Statutis*..., Lib. I, Quaest. LUI, n.º 21, [in *Tract. Illustrium*..., II, fol. 10, v.].

& ibi de hoc dixi, como. I. in comodato. §. sicut, & de cond. sine cã. 1.2 & de ver. obli. I. 2. & idem si in facto, vbi de hoc dixi circa finem» ⁽¹⁵⁸⁾. Não nos merece a pena seguir Albericus pelos caminhos apontados, visto todo o nosso intento residir, por agora, na averiguação das fontes utilizadas por Santarém — de forma a consentir-nos surpreender o carácter translaticio dos seus ensinamentos

Dado o processo exegetico da doutrina, com a frequente transposição de textos dumas matérias para as outras, havia como nos trabalhos mitológicos sempre mais um degrau a escalar. Ele deparou-se igualmente a Pedro de Santarém depois da análise da lei *Si per imprudentiam*. Constitui-o o § *Cum autem*, da lei *Si merces* ⁽¹⁵⁹⁾.

Também esta disposição exigiu de Santarém o esforço de a compatibilizar com as demais aduzidas em sentido diverso por outros doutores. A análise que dela fez revela, todavia, já cansaço, aquele cansaço patente não só na apressada forma dada às conclusões finais respeitantes às represálias, como na maneira quase brusca de mudar de tema. Em nada ficou, porém, prejudicada a clareza da exposição. Pelo contrário, favoreceu-a a brevidade, tornando-a muito superior à difícil e confusa tecitura de tantas das suas linhas.

Ao § *Cum autem* pode responder-se, afirmou directamente e resolutamente Santarém, no caso aí versado não cessar a culpa do locador, pois locou o prédio aos que fizeram o prejuízo lançando ou derubando alguma coisa, como se prova pela regra relativa à *má escolha* — o que naturalmente não prejudica, continuou Santarém, a possibi-

(158) De observar que Jacobo de Arena não trata no referido passo da matéria das represálias. Sujeito à epígrafe «*Iniuria mihi facta, an & quo casu alteri nocet*» ventila-se nele o problema da falta de ministração de justiça ao ofendido, em virtude da conduta do juiz, como problema geral. Cf. JACOBUS DE ARENA — *Super Digesto Novo*, Rub. *De fideiussoribus et mandatoribus*, 1. *Exceptione, per tot*, [ed. cit., fol. 209, r.]. Sobre a *denegado iustitiae* como elemento das represálias v. o nosso estudo — *As represálias...*, II, T. I, págs. 737 e segts.

(159) *Ibid.* De notar que no seu Comentário ao Código expôs Albericus a mesma doutrina, pelas mesmas palavras, apenas com a omissão da referência ao juiz — «*ut contra se iudice preuocasset*» — e das remissões finais contidas no texto transcrito. Cf. ALBERICUS DE RÓSATE — *In Primam Codicis Partem...*, Rub. *Ne uxor pro marito*, Auth. *Sed omnino*, n.º 3, [ed. cit., fol. 189, v.]. Elas não faltam, porém, no Comentário ao Digesto Velho, e ao contrário do que sucede relativamente ao título *De verborum obligationibus*, pertencente ao Digesto Novo. V. a este respeito ALBERICUS DE RÓSATE — *In Primam ff Veteris Partem...*, Rub. *De his qui deiecerunt vel effuderunt*, 1. *Si vero plures*, § *Cum autem*, n.º 3, [ed. cit. fol. 189, v.].

lidade de demandar os escolhidos ⁽¹⁶⁰⁾. Era a doutrina da *culpa in eligendo* a defendida por Santarém.

Creio, disse o nosso jurista em seguimento do já exposto, «*qd. opin. Bal. & Cy. & modernorū per iura eorum sit substantialior, in quibus fit metiō de culpa maxima, in dict. § in hoc in fine, vbi cessante culpa, excusatur quis de dāno dato ejus occasione propter ignem*» ⁽¹⁶¹⁾.

A favor desses juristas trouxe Santarém um texto, com algum envaidecimento por si mesmo ajectivado de bom ⁽¹⁶²⁾, o § *Si quis servum*, da lei *Item quaeritur, ff. De Locati*. Face à sua letra, entendeu Pedro de Santarém, caber apenas responsabilidade por acto de terceiro quando o pretenso responsável estivesse em culpa: «*aliās nō aliter, vt dicebat Cynus relatus à Bald. in d. l. pen. ff sol. matri.*» ⁽¹⁶³⁾. Referia-se Santarém ao comentário do *Doctor Omniscius* às palavras da *Nam in is Licinnia* da lei *In his. ff. soluto matrimonio*. No escolio de Baldo a esses termos encontra-se remissão feita para Cynus, bem como exposta a doutrina geral mencionada por Santarém ⁽¹⁶⁴⁾, nada se descobrindo na restante parte da longa glosa de Baldo a esta lei que possa ser tomado como referido às represálias — conforme se poderia concluir do texto do jurista português. A opinião de Cynus não tinha sido, porém, recebida de pleno por Baldo. Este expô-la depois da distinguir entre o dano causado por uma inimizade geral e o prejuízo nascido de uma inimizade particular. No primeiro caso não se poderia atribuir o dano a uma culpa que possibilitasse o direito de regresso do prejudicado contra o culpado da existência de inimizade. Tratar-se-ia, segundo parece inferir-se das palavras proferidas por Baldo, de caso de força maior, dado citar os seus comentários ao Digesto, título *Locati conducti*, leis *Item quaeritur*,

(160) «(...) potest responderi, quod ibi non cessat culpa locatoris, quod talibus locauit, qui damnum dederut, deiiciēdo aliquid vel effudendo, argument, de eo. quod dicitur de mala eiectione, l. fi. § seruorum. ff. de nau. caup. stab. l. cii mādato. § /. ff de mino, licēt cōtra tales eiectos possit agere per d. § cūm aute. & l. qui proprio. §. procurator. ff. de procu.». *Idem*, n.º 41, [Ibid].

(161) Cf. SANTARÉM — *De Asse curationibus...*, Pars Quarta, n.º 40, [ed. cit., pág. 883].

(162) «(...) pro qua opinione allego bonu text. in l. ite quaeritur. §. si quis seruum. ff. de locat.». *Ibid.*

(163) SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 41, [ed. cit., fol. 883]

(164) Cf. BALDO — *In Infortiatum Commentarii*, Rub. *Solutio Matrimonio*, 1. *In his*, v.º *Nam in Licinnia*, [«Lugduni, excudebat Claudius Servamus», 1562, fol. 19,

§ *Exercitu* e *Si merces*, § *Culpae* e *Haec distinctio*, do mesmo livro e título (?) (165).

No segundo caso, alguns autores considerariam indistintamente a existência do dano causado por culpa, mesmo leve e o do dano provocado «*propter odiū*», entendendo sempre de responsabilizar aquele por cuja culpa ou por ódio do qual tinha sido cometida a acção danosa. Serviria para esse entendimento, a lei *Si merces* § *Culpae* (* 166). Tratava-se duma exégesis registada já por Santarém, como vimos, e repudiada por ele na esteira de Romanus e Aretinus (167), bem como pela *Glosa Magna*, que mandava distinguir conforme houvesse ou não culpa (168 169).

Também contra esse entendimento se insurgiu Baldo, não citado por Santarém, quando se debruçou sobre a lei *Si merces* — apesar de aproveitar a tese do grande doutor medieval.

Para refutar a opinião de quem não distinguia o dano causado por culpa e o dano causado sem culpa apoiou-se Baldo na opinião de Cynus, que teria considerado as suas hipóteses quando interpretou o referido § da lei *Si merces*, entendendo aplicável tal disposição se existisse culpa por parte do agente, entendimento que reforçou com a lei *In his*, ff. *Solutio matrimonii* (169).

Nesta disposição segundo o entender de Baldo, teria Cynus fundado a sua construção. Fragmento de Javolenus nele se imputava a Servius a asserção de que o marido deveria responder pelos bens do dote quando perdidos por culpa ou dolo mau; asserção confirmada com o parecer de Publius Micius, emitido a propósito dos bens de Licinnia, mulher de Gaius Sempronius Gracchus. Como esta tivesse perdido o dote na revolta provocada pelas medidas políticas do marido, entendeu Micius ser-lhe devida a restituição pois fora a culpa de Gracchus a causa do tumulto.

(165) Embora a citação de Baldo seja defeituosa julgamos que a última lei citada pertence ao mesmo livro e título de Digesto que as anteriores. Ver, a tal respeito, SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Pars Quarta*, n.º 42, [ed. cit., pág. 883]. A ser assim, como pensamos, tratar-se-ia da 1. *Et haec distinctio* [D. 29. 2. 35. (38)], mais se reforçando a interpretação dada no texto ao pensamento de Baldo.

(166) *ibid.*

(167) Cf. *supra*, pág.

(168) Gl. *Inimicitias*, ff. *Locati & conducti*, 1. *Si merces*, § *Culpae*.

(169) BALDUS — *In Infortiatum...*, Rub. *Solutio matrimonii*, 1. *In his*, v.º *Nam is in Licinnia*, [ed. cit., fol. 19, r. e v.].

Cynus interpretou *a contrario* a lei *In his*, como se pode ver em Baldo, que escreveu sobre o texto do doutor pistoriense: «*Cy. ī hoc distinguit aut istud odiū est otractu culpa eiu' & tūc casus cōtingēs annumeratur culpe. & ita loquitur hic in isto graecho cuius culpa processerat: quia commiserat seditione, aut istud odiū pcessit sine aliqua sua culpa : tūc absurdū est & contra naturale equitate qd. iste casus annumeret culpe : qr. non peisset casum (...)*».

Não mereceram a Baldo estas palavras inteira concordância, pois sustentava ser necessário averiguar se o ódio precedera o *casus* — ou se o *casus* precedera o ódio, doutrina que ilustrava com o exemplo do testemunho prestado existente já uma inimizade ou apresentado sem ela, que todavia fazia nascer. Em relação a estas hipóteses apenas considerava verdadeira a doutrina de Cynus «*vbi odiūpeesset casum (...)*»⁽¹⁷⁰⁾.

Apesar de citar Baldo não se ateve Santarém a esta última parte da doutrina do *Doctor Omniscius*. Ficou-se nas distinções estabelecidas por Cynus. Enunciadas, porém, as palavras onde a sintetizava a doutrina deste último autor juntou-lhe uma glosa de adesão que redigiu de forma a aparentar tratar-se de argumento próprio: «*Esset enim contra naturalem culpā & aequitatem, vt casus ennumeretur culpae, quando culpa non praecedat casum (...)*» O comentário podia ser devolvido a Baldo. Para tanto quase bastaria trocar o hipotético «*esset*» pelo afirmativo «*est cōtra naturalē*» do doutor italiano...

Terminou Santarém com a recomendação feita ao leitor para discernir conforme a inimizade, origem do dano, fosse geral ou especial, distinção que dizia reportar-se a Baldo. No primeiro termo da alternativa não se podia atribuir o prejuízo a uma culpa; no segundo impunha-se adoptar os ensinamentos de Cynus⁽¹⁷²⁾.

Acabava Pedro de Santarém por onde começara Baldo. As linhas deste na recolha que delas fazia o nosso jurista sofriam, porém, uma inversão. A isso se deve possivelmente a obscuridade do texto de

⁽¹⁷⁰⁾ *ibid.*

⁽¹⁷¹⁾ SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Quarta Pars*, n.º 41, [ed. cit., pág. 883].

⁽¹⁷²⁾ «*(...) tene menti illam distinctione Bal. in eo quod facit differentiā: aut inimicitia, cujus occasione damnum datu fuit, erat inimicitia generalis, aut inimicitia specialis: vt in primo casu non ennumeretur culpae, per l. Item quaeritur, § exercitu & l. si merces, § vis major, & l. & haec distinctio ff locati, in secundo autem casu secundum distinctione Cyn. inspiciatur, an inimicitia fuit cdtrecta cum causa, vel sine (...)*». SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Quarta Pars*, n.º 41, [ed. cit., pág. 883].

Santarém, que exige para ser inteligível, um corntinuo cotejo das fontes aduzidas. A censura de Alciato a Bártolo, condenado por se não entenderem vinte das suas linhas sem consulta das várias sentenças referidas ⁽¹⁷³⁾, cabia também quanto à prosa de Santarém. Não era muito menor a «*barbárie*» do jurista português...

Assente o direito de regresso num elemento subjectivo cumpria perguntar quando se poderia dizer imputável ao agente o prejuízo sofrido pelo concessionário das represálias. Não se preocupou Pedro Santarém com tal problema, não obstante dois dos autores havidos à mão — Aretinus e Romanus — terem ensaiado uma solução.

Destas interpretações do nexo de causalidade — como aliás das páginas de Santarém e das breves linhas de Soares da Ribeira assim como do sustentado pela maioria dos autores que trataram do direito de regresso—infere-se claramente, quando não existe afirmação expressa, no seu pensamento considerar-se responsável pelas represálias o sujeito de direito autor da conduta relativamente à qual fora, sem êxito, solicitada justiça — contra ele devendo, portanto, dirigir-se o titular do direito de regresso ⁽¹⁷⁴⁾.

(173) Cf. ALCIATO — *As lectorem*, In *Codicis Iustitianeii Commentaria*, [*Opera Omnia*, «Basileae, ex Officina Guariniana», 1582, *s.p.s.f.*]. Repare-se que a censura de Alciato assenta numa circunstância de facto — taxada pelo jurista italiano de obscuridade mas que se traduz na estreita ligação do texto dos juristas medievais às fontes por eles citadas — que impõe como verdadeira premissa metodológica para a interpretação de qualquer texto a identificação e ponderação das fontes legais nele aduzidas. A simples ponderação das palavras ou comentários dos autores, quando divorciada da exegese das autoridades, é, por si, insuficiente para a inteligibilidade das obras dos glosadores e post-glosadores, podendo esconder-se, sob uma aparente coincidência de opiniões, reais divergências — ou viceversa. Por isso procurámos neste trabalho, como aliás fizemos já no nosso estudo *As represálias...*, identificar tanto quanto possível e por ventura com prejuízo da facilidade e leveza da exposição, as fontes aduzidas pelos diversos autores considerados.

(174) BÁRTOLO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De negociisgestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 2, [ed. cit., fol. 119, r.]; BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De negocijs gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 212, r.]; EIUDEM — *Super Digesto Novo...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. 140, r.]; ALBERTICUS DE RÓSATE — *In Primam Veteris...*, Rub. *De his qui deiecerunt vel effuderunt*, 1. *Si vero plures*, § *Cum autem*, n. 3 [ed. cit., fol. 393, v.]; EIUDEM — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negotiis gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 240, r.]; EIUDEM — *De Statutis...*, Lib. I, Quaest. LUI, [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10 v.]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda ff. Novi...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in*

Esta construção, que Bártolo atribuíra já a Iacobus de Arena, foi contrariada pelo *Monarcha Iuris*, com base na *Glosa*. Na opinião de Bártolo, a sentença de Aretinus esquecia que o direito de regresso não se fundava na acção danosa dum privado mas sim na delituosa recusa de fazer justiça imputável a toda a cidade ⁽¹⁷⁵⁾. A observação de Bártolo era retirada duma premissa communemente aceite pela doutrina ao justificar as represálias. Bem vistas as coisas não se punia na realidade um inocente pelo culpado, mas um membro de um corpo político por outro pertencente a esse mesmo todo ⁽¹⁷⁶⁾. Punia-se o organismo a que se devia imputar o prejuízo sofrido pelo danificado, pois

facto, n.º 8, [ed. cit., fol. XX, v.]; FLORIANUS DE SANCTO PETRO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *Familiae eriscundae*, 1. *Haeres eius*, § *In illa quoque*, n.ºs 17 e 18, [ed. cit., pág. 281]; ALEXANDRE DE IMOLA — *Super Secundam Partem Digesti Novi...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10, [ed. cit., fol. 172, v.] — com ressalva do que abaixo se escreve; PH. FRANCOS — *In Sextum Decretalium Librum...*, Rub. *De officio ordinarii*, c. *Si canonici*, § *Si autem*, n.º 2, [ed. cit., pág. 211]; PAULO DE CASTRO — *In Secundam Digesti Novi Parte...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto* [ed. cit., fol. 7, r.]; FR. ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.]; BARTH. SOCINUS — *In Digesti Novi Commentaria...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. 64 r.]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.]; PEDRO DE SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, Pars Quarta, n.º 34 e segts., [ed. cit., págs. 882-883]; IOCH. MYNSINGERUS — *Singularium Observationum...*, Cent. Sexta, Obs. Prima, n.º 10, [ed. cit., pág. 401]; MANUEL SOARES DA RIBEIRA — *Thesaurus Receptorum Sententiarum...*, 1. R., n.º 51, v.º *Represalijs*, [ed. cit., pág. 118]; FERNANDO PERES — *Com. Q.* 41 et 42 [IIª IIª] disp. 4, *De Rep.*, B.N.L., F.G., Ms. cit., pág. 92; MATHEUS — *In Communium Opinonum in lure...*, v.º *Represaliae*, [ed. cit., pág. 335]; IAC. MENCHIUS — *Consilia...*, Lib. III, Cons. CCXLIII, n.º 67, [ed. cit., III, fol. 122, r.]; SURDUS — *Consilia...*, Lib. I, Cons. XII, [ed. cit., pág. 75]; ANON — *Syntagmatis Communium Opinonum...*, Lib. III, Tit. XXXIX, n.º 47, [ed. cit., pág. 650]. A doutrina seguinte assentou o mesmo princípio. Cfr., nomeadamente, João Baptista da Costa — *De Remedijs Subsidiaris*, Rem. XVII, n.ºs 13 e segts., [ed. cit., I, pág. 42]; FONTANELLA — *De Pactis Nuptialibus...*, cl. 3, gl. 2, n 40, [ed. cit., I, pág. 26]; HIER. ROCCA — *Disputationes Iuris Selectae...*, cap. CLIU, n.º 27, [ed. cit., II, pág. 360].

⁽¹⁷⁵⁾ «*Nam iste non exigitur propter delictu illius priuati, sed propter delicti totius duitatis denegantis facere iustitiam, vt in praecedentibus dictum est: & ideo dico (...)*». BARTOLO, *Tract. Represaliarum, Decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., fol. 122, r.].

⁽¹⁷⁶⁾ Cf. o nosso estudo *As represálias...*, I, pág. 338-339, 342 e seg.^{tes}, pág. 394 e seg.^{tes}, max. 450 e seg.^{tes} e II, T. I, pág. 1030 e seg.^{tes}.

na injustiça dos chefes da comunidade residia o verdadeiro e último factor do dano ⁽¹⁷⁷⁾. Se não fora ela, o prejudicado teria havido o seu — não necessitando de recorrer às represálias e não atingiria, portanto, o agora peticionário do regresso. Era o próprio antropomorfismo político, fundamento das represálias, a impor o caminho ⁽¹⁷⁸⁾.

A doutrina de Bártolo revelava o grave conflito insito na construção de todo o instituto. Qual na verdade a causa das repiesálias: a acção que levava à denegação de justiça, ou esta própria?

Tratava-se de um problema paralelo ao defrontado por Pedro Santarém quando, depois de admitir que só nas represálias justamente praticadas, ou seja com culpa, haveria direito de regresso, se interrogou acerca de saber se realmente o nexó psicológico deveria exigir-se — pois tanto no caso de serem justas, como no de serem injustas as marcas concedidas, a verdadeira causa imediata do dano sofrido pelo solicitante do regresso não consistiria na culpa do que deu origem à represália, mas na própria represália ou detenção ^(179 180).

Se a resposta dada por Santarém não foi cabal não parece que o tenha sido a de Bártolo. Exigia um esforço ainda demasiado a opção entre o acto ilícito relativamente ao qual faltara a tutela jurídica e a omissão desta, de forma a elevar à categoria de causa única um dos termos da alternativa, determinando-o com recurso à individualização do sujeito passivo do direito de regresso. O mesmo se diga quanto à eventual consideração do acto não tutelado e da denegação de justiça como con-causas. Bártolo, não obstante a afirmação de que era o delito da cidade o fundamento do direito de regresso, só por si suficiente para reconhecer como causa das represálias a recusa de justiça, e, portanto, para tomar como sujeito passivo do direito de regresso o agente dessa denegação ⁽¹⁸⁰⁾, acabou efectivamente por perder-se numa série de

⁽¹⁷⁷⁾ *idem*, I, pág. 313 e seg.^{tes}; 362 e seg.^{tes}; 405, 445, 456, 458, II, T. I, 592 e seg.^{tes}; 737 e seg.^{tes}; 810-811; 923 e seg.^{tes}; 1030 e seg.^{tea}.

⁽¹⁷⁸⁾ *Idem*, I, págs. 395 e seg.^{tes}.

⁽¹⁷⁹⁾ Cf. o que escrevemos a págs. 206 e seg.^{tes} O passo de Santarém aí referido e agora de novo mencionado encontra-se no n.º 37 da quarta parte do *De Assecurationibus...*, [ed. cit. págs. 817-818].

⁽¹⁸⁰⁾ Cf. a esta respeito o nosso trabalho *As represálias...*, I, págs. 351, 373 e II, T. I, pág. 814, nota 2 — e a bibliografia aí referida, bem como Hypolitus Marsilius — *Commentaria Super Titulis ff. Ad L. Col. De Sicca, et Ad L. Pope. De Parrici...*, 1. *Nihil interest*, n.º 4, [ed. cit., fol. XLVIII].

distinções. Só a preocupação ética da doutrina intemacionalista foi suficiente, séculos volvidos, para impor conclusão coerente ⁽¹⁸¹⁾.

De acordo com Bártolo, haveria a verificar, em primeiro lugar, se as represálias tinham sido concedidas contra o juiz ou oficial que não fez justiça e a poderia ter feito. Na hipótese afirmativa, o grande doutor distinguia ainda duas modalidades, pois poderia dar-se o caso de se executar o próprio oficial ou outra qualquer pessoa ⁽¹⁸²⁾. Se se verificasse a primeira eventualidade ainda Bártolo subdistinguiu, conforme o delito do oficial se traduzisse no cometimento de qualquer injustiça ou na recusa de praticar o justo ⁽¹⁸³⁾. Neste último caso, Bártolo admitia o direito do executado se dirigir «*contra principalem debitorem*» ⁽¹⁸⁴⁾; na hipótese anterior, isto é quando o juiz tivesse feito qualquer injustiça propriamente dita, resolvia diferentemente: «*illi officiali non succurritur contra illum principalem debitorem, vt not. in dicta lege si quis dolo*». §. j. r...;» ⁽¹⁸⁵⁾.

Andavam, em tais soluções, implícitas aquelas ideias sintetizadas na máxima *status, id est, magistratus*, que possibilitavam a identificação entre o delito da comunidade política e o delito dos seus representantes.

Fora já destas cordenadas — e talvez em antagonismo com as soluções referidas — estava a regulamentação preconizada por Bártolo para a hipótese de o executado ser «*um do povo*»; poderia dirigir-se contra o autor da conduta relativamente à qual fora solicitada justiça, usando mesmo as acções que ao credor competia usar contra o principal devedor ⁽¹⁸⁶⁾. Era a tese de Jacobus de Arena, conforme reconhecia o próprio Bártolo ⁽¹⁸⁷⁾. Derivada, porém, da ideia da responsabilidade individual daquele contra o qual se postulava a tutela jurídica, a sua adopção por parte do *Monarcha et Dux* dava à construção deste um

⁽¹⁸¹⁾ Cf. o que escrevemos em seguida, a págs. 226 e seg.^{tes}

⁽¹⁸²⁾ «*Aut represaliae sunt concessae contra ipsum iudicem vel officialem qui non fecit iustitiam (...) & ille exactus, aut est exactus alius de populo, non officialis (...)*». BARTOLO — *Tract. Represaliarum, decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., fol. 122, fol. 122, r.].

⁽¹⁸³⁾ «*Primo casu, aut ille officialis non fecit iustitiam scilicet faciendo aliquid iniustum, aut denegando facere iustum (...)*». *Jbid.*

⁽¹⁸⁴⁾ *Jbid.*

⁽¹⁸⁵⁾ *Jbid.*

⁽¹⁸⁶⁾ *Jbid.*

⁽¹⁸⁷⁾ *Jbid.*

evidente hibridismo. Tal característica mais se evidencia no desenvolvimento subsequente da tese. Perguntou-se Bártolo se o executado por virtude de represálias se poderia dirigir «*contra rectorem qui neglexit facere iustitiam*». A essa interrogação respondeu afirmativamente. Entendia que o executado tinha esse direito — «*sicut contra principalem debitorem sueurritur (...) sic contra officiales, etiam sipsi sunt debitores f..J*»⁽¹⁸⁸⁾. Condicionava, porém, o exercício respectivo à existência de vários requisitos, que introduziu com um cauteloso «*sed hoc fiat cum ordine*»⁽¹⁸⁹⁾.

Entendia Bártolo que o executado, antes de se dirigir contra o deneigante de justiça, deveria fazer citar o devedor inicial. No caso deste ser insolvente ou não se encontrar, chegar-se-ia então ao principal responsável pela falta de justiça. Se não se tornasse ainda possível recobrar o pago, o executado poderia dirigir-se aos outros magistrados que solicitados a prestar justiça tinham negligenciado fazê-la⁽¹⁹⁰⁾. Igual era a resposta dada por Lignano a este último problema, embora talvez o fizesse de forma mais incisiva⁽¹⁹¹⁾.

O reparo de hibridismo não constitui o único que se poderia objectar a Bártolo. A sua tese era também susceptível de crítica dada a exiguidade da previsão respectiva.

Bártolo considera apenas duas hipóteses, que embora colocadas em pé de igualdade, tinham uma apresentação formal distinta: «*Aut represaliae sunt concessae contra ipsum iudicem vel officialem qui non*

(188) *Ibid.*

(189) *Ibid.*

(190) «*Primó, enim conueniendus est ipse principalis debitor & eo existente non soluendo, vel non reperto, peruenitur ad illum qui principaliter iustitiam facere neglexit, vt. I. j. in prin. ff. de magistra, conuenien. & C. de conue. fis. debi. I. quoniam augerio, lib. x. & ipso iudice non existente soluendo, venitur ad alios officiales, qui requisiti cum possent alios cogere ad faciendum, aliis soluere neglexerut argu. I. j. §. nunc tract, ff. de tutelis. & rationibus distringendis.*» *Ibid.*

(191) «*Secundó subsequenter quaernitur, an exacto succurratur contra rectorem, sicut contra debitorem principalem, vt supra dictum? Solu. primó conueniendus est debitor principalis, vt non est soluendo, tunc rector, cum ipse etiã debitor fiat, iniustitiam denegando, qd. hic ordo sit seruandus probatur, ff. de ma. come. I. j. in prin. & C. de conuen. fis. debi. I. quoniã. vltimó peruenitur ad officiales, qui cum possent compellere rectorem ad iustitiam negle. ff. de cu. & rati. dist. I. prima. §. nunc tractemus.*» IOANNES DE LIGNANO — *De Bello, De Represaliis...*, cap. CLXXXIII, [in *Tract. Illustrium...*, XVI, fol. 385, v.º].

fecit iustitiam (...) aut est exactus alius de populo, non officialis (...)» ⁽¹⁹²⁾. Deixando mesmo de lado o problema da diferença entre *concessão* e *execução* e admitindo que em qualquer dos termos se queria visar a mesma realidade — no caso de se tratar de «*alius de populo*», pretender-se-ia obter uma concessão dirigida contra pessoas com essa qualidade — facilmente se podem equacionar outros casos. Imagine-se o exemplo mais frequente nas cartas de marca, ou seja, o da sua outorga contra todos os súbditos do príncipe denegante, sem qualquer especificação. Imagine-se, em vez de se reconduzir o termo *execução* ao termo *concessão*, se se fizer a operação contrária, a possibilidade de se mencionar como sujeito passivo o magistrado e se executar um dos do povo, ou inversamente. Imagine-se, ainda, a eventualidade de execução ser baseada num título sem discriminações e ser feita simultaneamente contra um do povo e um magistrado. *Quid iuris?*

Quaisquer que fossem os defeitos da tese de Bártolo, ela teve adeptos ⁽¹⁹³⁾, embora a reedição feita pelos discípulos não constituísse uma simples reimpressão. A *Praxis Papiensis*, por exemplo, apresenta o mérito de reconduzir todas as hipóteses ao mesmo plano. Formulado o problema de saber que meios tinha ao seu dispor o obrigado a pagar alguma coisa em virtude de represálias, Ioannes Petrus Ferraris, socorreu-se de Bártolo. Em termos que dir-se-iam pretenderem apenas constituir um resumo da tese do autor por ele mencionado, Ioannes Petrus sustentava ter de se distinguir conforme as represálias fossem dadas contra os oficiais ou outro dos do povo e, correspondentemente,

(192) BÁRTOLO — *Tract. Represaliarum, Decima principalis quaestio*, n.º 1, [ed. cit., foi. 122, r.].

(193) Cf., nomeadamente IOANNES DE LIGNANO — *De Bello, De Represaliis...*, cap. CLXXXIII, [in *Tract. Illustrium...*, XVI, fol. 385, v.] que refere a tese defendida por Bártolo com um «*Alij dicunt contra [Iac. de Aren.] (...)»*, que embora possa significar a adesão de vários D.D. à doutrina de Bártolo, representa eventualmente, também, uma forma impessoal de referir o grande Comentador. De notar, todavia, que Lignano não se pronuncia expressamente por Iacobus de Arena nem por Bártolo, limitando-se a enunciar as duas doutrinas, não obstante a sequência que delas apresenta levar a admitir a sua preferência por Bártolo.

Também LUCAS DE PENNA — *Commentaria in Tres Posteriores Lib. Codicis...*, Ad. lib. XI, Rub. *Ut nullus...*, 1. Grave, n.º 4, [ed. cit., pág. 547] refere a tese de Bártolo, que tinha acabado de ver — «*super hoc dominus Bar. in tractatu represaliarum q. 10. quem novit er vidi (...)»* — depois de referir a clássica doutrina de Arena. Não opta, todavia, Lucas de Penna por nenhuma, limitando-se, no tocante a Bártolo, a dar notícia da sua tese.

executadas ⁽¹⁹⁴⁾, subdividindo, depois, conforme fizera o próprio Bártolo — para aceitar a solução por ele ditada para cada caso ⁽¹⁹⁵⁾.

Também Alexandre de Imola referiu a tese de Bártolo em moldes que não encobrem a adesão neles subjacente ⁽¹⁹⁶⁾. Deslocou, todavia, o caso, relativamente ao qual Bártolo negara a possibilidade de regresso, do domínio em que fora por ele colocado. Como vimos, Bártolo recusara ao juiz autor de injustiça a possibilidade de exigir do responsável pela acção cuja tutela se pedia aquilo que fora obrigado a prestar em virtude de represálias concedidas contra ele, por causa do seu delito *in iudicando*. Alexandre de Imola interpretou a hipótese mencionada, referindo-a a uma execução sofrida pelo magistrado e não reportada à individualização deste no título executivo ⁽¹⁹⁷⁾, como Bártolo fizera.

Ficava, portanto, este caso de impossibilidade de regresso colocado no mesmo plano daqueles em que tal direito era admitido, ou seja o de ter havido execução qualquer que fosse a referência formal ao seu sujeito passivo feita no título de outorga de represálias. Tal equiparação não impedia, todavia, que no pensamento de Tartagna se concebesse o direito de regresso contra o autor da conduta danosa em relação à qual se pedira justiça como regra geral e o caso do delito do magis-

⁽¹⁹⁴⁾ «*Quomodo autem succurratur illi, qui virtute represaliarum coactus est soluere? Dicit Bartol. distinguendum, aut represaliae sunt concessae contra officiales, vel iudices, & exactio contra eum secuta, aut sunt concessae generaliter contra quemlibet de duitate, & exactio contra alium de populo secuta (...)*». IO ANNES PETRUS FERRARIS — *Praxis Aurea...*, tit. II, gl. IX, n.º 21, [ed. cit., pág. 40].

⁽¹⁹⁵⁾ «*Primo casu subdistingue, aut iudex peccauit in faciendo iustitium, puta iniquè pronunciando; aut peccauit simpliciter negligendo. Primo casu non succurratur contra principalem debitorem: vt notatur in l. si quis dolo. D. de re. iudic. Secundo autem casu sibi succurritur, arg. in l. missi apparitores, in fine C., de exact, trib. libro x. Vbi verà fuerit exactus alius de populo, tunc ei succurritur contra ipsum debitorem, secundum Iacobum de Aretio. per l. 2 in fine & ibi notata. D. de verb. oblig. & D. neg. gest, l. nam & servus, & D. nautae caupo, stat. li. §. final. & D. de his qui deiece. vel effude. 1. si vero, in. §. cum autem, & si voluerit poterit petere iste prius quam soluat, vt sibi cedantur a creditore actiones, ad exemplum correi & fideiussoris (...)*» *Ibid.*

⁽¹⁹⁶⁾ ALEX. TARTAGNA IMOLENSIS — *Super Secundam Partem Digesti Novi...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum...*, § *Item si in facto*, n.º 11, [ed. cit., fol. 172, v.].

⁽¹⁹⁷⁾ «*(...) hoc fallit quando represaliae fuissent executae contra illum iudicē qui iniustitiam ministrasset in duitate Perusij, hoc casu nō poterit ipsae recuperare aduersus illum, cuius causa concessae sunt represaliae (...) aliud enim esset si faciendo non ministrasset iustitiam, sed negligendo (...)*» *Idem*, n.º 10-11, [*Ibid.*].

trado como exceção ⁽¹⁹⁸⁾. Era meio divórcio relativamente a Bártolo, pois importava em grande parte o abandono do princípio que levava o *Monarcha Iuris* a afastar-se de Tiago de Arena — a imputação ao Estado do delito causador de represálias.

Tartagna foi citado por Menochius que, depois de assentar o regresso do *exactus* contra o causador das represálias ⁽¹⁹⁹⁾, restringiu a regra e aceitou a falta de direito de regresso do juiz réu de injustiça. A exceção enunciava-a Menochius em termos semelhantes aos de Petrus Ferrarienses : a situação visada era a de represálias concedidas contra o juiz e contra ele executadas ⁽²⁰⁰⁾.

Os autores citados — e outros se podiam nomear, conforme até as remissões neles constantes ⁽²⁰¹⁾ — demonstram a existência duma linha doutrinária preocupada em conciliar o princípio visível em tantos dos textos invocados para fundamentar o direito de regresso e completado pela ideia de que o beneficiário da execução fora o verdadeiro causador das represálias, com as implicações derivadas da afirmação de corresponder a outorga do direito de represar a um delito de toda a comunidade política. No campo formal, os esforços da doutrina tiveram êxito. A responsabilidade do juiz ficou como um caso especial, exceção ou limite ⁽²⁰²⁾, ao princípio genérico de que o regresso tinha como sujeito passivo o agente da acção não tutelada juridicamente.

(198) *ibid.*

(199) «(...) *hanc contrauersiam in specie diffinit Bartolus (...) cum post Iacobum de Arena dixit, quod represaliatus, sicq; exactus actionem habet contra eum, cuius causa concessae fuerunt represaliae (...)*». IAC. MENOCHIVS — *Consilia...*, Lib. III, cons. CCXLIII, n.º 67, [ed. cit., III, fol. 122, r.].

(200) «*Secundo ob stare videtur quod scripsit Alex, ind d. I. 2. §. Item si in facto, in fin. de verb. oblig. cum dixit, quod si concessae fuerunt repraesaliae propter iniustiam à Iudice commissam in ipsa duitate, & represaliatus exactusq; fuerit ipsemet ludex, quod si ludex non poterit aliquid repetere ab eo, cuius causa iniustitiam fecit.*» — *Idem*, n.ºs 68-69, [ed. cit., III, fols. 122 r e v.].

(201) Cf., nomeadamente, IAC. MENOCHIVS — *Consilia...*, CCXLII, n.º 67, [Idem, fol. 122, r.] — lugar este onde se encontram citadas numerosas autoridades, bem como Alexandre Tartagna — *Super Secundam Partem Digesti Novi...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 11, [ed. cit., fol. 172, v.].

(202) «(...) *Bart. in d. x. q. sui tract., repressa!, limit. conc. Iac. de Aret, hic, (...)*», escreveu ALEXANDRE TARTAGNA — *Super Secundam Partem Digesti Novi...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 11, [ed. cit., fol. 172, v.]. E, mais adiante, referindo-se à afirmação de que competia ao

A conciliação formal não arrastava, porém, a harmonia material. Neste campo, os dois princípios em causa eram antitéticos. Responsabilizar o agente da acção que motivara o pedido de justiça representava considerá-lo individualmente como sujeito diverso da comunidade e, assim, partir duma visão atomística do corpo político. Admitir a responsabilidade do magistrado denegante importava ver no agente que motivara a solicitação de justiça não um indivíduo *a se* mas a parte de um todo: o delito punido com as represálias era o delito da sociedade política, concebida não como uma pluralidade de indivíduos, mas com um organismo concreto, no qual as partes não têm verdadeira autonomia ⁽²⁰³⁾. Por isso, o magistrado fazia seu o delito inicial ⁽²⁰⁴⁾.

A dualidade de pontos de vistas importava a irredutibilidade de um ao outro. A conciliação tentada havia forçosamente de se tornar impossível quando cada um dos princípios em causa fosse levado às extremas consequências. Atesta-o a forma porque os internacionalistas conceberam o direito de regresso.

Movidos por preocupações éticas, os homens da *segunda escolástica* assentaram sólidamente as represálias no princípio antropomórfico. À consciência da escola repugnava a punição do indivíduo inocente em vez do indivíduo culpado. Vimos ter sido forma generalizada de sair deste impasse a ideia de que se punia sempre o culpado, elevando-se a essa categoria o próprio organismo político. Punido fosse qual fosse dos seus membros punia-se o todo. Sob a aparência da diversidade individual estava a real unidade da sociedade organizada.

Semelhante ideia levou-a a *Escola* ao seu lógico desenvolvimento no domínio do direito de regresso. Se o delito era do organismo político a ele se deveria impor a obrigação de tornar indenne o prejudicado pelas represálias. Tal foi, efectivamente, o caminho trilhado.

Ensinou Molina que o príncipe — bem como os outros supremos governantes do Estado contra cujos cidadãos fossem decretadas represálias — estava obrigado a restituir aos inocentes do seu Estado os

executado regresso contra o causador das represálias, considerado como autor da acção danosa para a qual fora pedida e denegada tutela, afirmou: «(...) *qd. hoc fallit quando represaliae fuissent executatae contra ilium iudice qui iniustitiam ministrasset* (...)». *Ibid.*

(203) e (204) cf. RUY DE ALBUQUERQUE — *As represálias...*, nos locais indicados *supra*, pág. 220, nota 176 e segts.

bens perdidos em virtude das marcas ^(205 206), proposição justificada com a premissa de se castigar nos súbditos inocentes não estes propriamente ditos mas sim o Estado que não puniu quem devia punir (206). Por seu turno, António de S. Domingos ensinou doutrina semelhante. Afirmada a obrigação do príncipe responsável indemnizar os inocentes dos danos sofridos na guerra, pois fora sua a culpa desses prejuízos, transitou para o caso restrito das represálias com figurar a hipótese de piratas franceses roubarem bens de portugueses sem que o monarca gaulês, requisitado pelo nosso soberano, fizesse restituir os bens apre-sados. Então, dizia Fr. António de S. Domingos, era lícito ao monarca português conceder represálias sobre os bens de qualquer francês. Ao rei de França competiria satisfazer os inocentes ou obrigar os piratas a fazê-lo ⁽²⁰⁷⁾. A última parte do texto em nada altera a imputação da responsabilidade ao príncipe. Constitui apenas a possibilidade deste se desobrigar adoptando uma conduta idónea à satisfação do interesse do crédor.

A tese defendida por Molina e Fr. António tinha a amplitude de princípio genérico, conforme se vê quer do seu porte formal quer das

(205) «*Quo loco adverte, Principem aut supremos illius Reipublicae moderato-res, qui in culpa fuerunt, ut represaliae illae concederentur, teneri restituere innocentibus suae Reipublicae bona, quibus ita spoliati sunt.*» — Molina — *De Iustitia et Iure...*, Tract. II, Disp. CXXI n.º 5, [ed. cit., I, pág. 256].

(206) Merece a pena transcrever todo o raciocínio de Molina, pois só assim o passo referido no texto fica devidamente documentado : «*Confirmari vero hoc potest ex communi Doctorum sententiam (...) asserentium licitas esse represalias (...) quando aliquis, aut aliqui de aliena Republica damnum intulerunt, & neque ipsi volunt satisfacere, neque princeps supremive moderatores Reipublicae admoniti cogunt illos satisfacere: eo nanque ipso Republica, in suo principe aut moderatoribus, culpam contrahit, fasque proinde est Principi cui subditus est is, qui injuriam est passus, concedere illi, aut aliis suis subditis, ut faciant represalias, (...) in bonis subditorum alterius Reipublicae, usque ad debitam Compensationem, esto illi, quorum bona occupantur, in culpa non fuerint. Ratio est, quoniam in eiusmodi subditis punitur ea Republica, quae, quod tenebatur, vindicare neglexit (...).*» MOLINA — *De Iustitia et Iure...*, Tract. II, Disp. CXXI, n.º 5, [Ibid.].

(207) «*Quod autem Rex victus teneatur restituere innocentibus probatur quia ille fuit in culpa tantorum malorum. Ex quo sequitur quod si piratae galli praedantur bona nostrorum, debet rex noster admonere Regem gallorum ut faciat illos restituere direpta, quod si ille negligat bene potest rex noster suis facultatem dare ut ex bonis quorumcunque gallorum accipiant (...). bene autem Rex galliae tenetur satisfacere illis innocentibus, scilicet, cogere piratas ad hoc (...).*» FR. ANTÓNIO DE S. DOMINGOS — *De Bello* q. 40, art. 1, B.N.L., F.G., Ms cit., fol. 73.

ligações ao direito da guerra, por si só elucidativas. Não se tratava já duma solução subsidiária, mas dum totalitarismo ideológico — se assim nos podemos exprimir. Por isso, nenhum destes autores se preocupa em conciliar a sua solução com a corrente doutrinária postulante do princípio da responsabilidade do autor do evento motivador do pedido de justiça, circunstância tanto mais significativa, no caso de Molina, quanto é certo terem os seus ensinamentos sido proferidos sob a égide de Bártolo, expressamente mencionado ⁽²⁰⁸⁾.

Era demasiado substancial a incompatibilidade de princípios para que fosse possível tentar sequer uma harmonia formal, traduzida no estabelecimento de regra e excepção. Esta acabara por devorar aquela.

Ficou, assim, a doutrina dividida em duas grandes correntes: o direito de regresso devia ser concedido contra quem cometera o dano relativamente ao qual não fora possível conseguir justiça, para um lado; o responsável era o denegante de justiça, agora identificado não já com o magistrado mas com o príncipe, contra ele se admitindo o regresso, para o outro. O princípio *magistratus, id est status* transformara-se no *principes, id est status*. Entre as duas correntes, ponte lançada duma para outra, ficava a doutrina eclética de Bártolo e seus seguidores.

Se não houve paz no domínio anterior, o mesmo não aconteceu quanto à determinação do conteúdo do direito de regresso. Nele compreendia a doutrina todos os danos sofridos pelo executado em virtude das represálias: «*Captus & exactus pro represaliis, concessis ex facto uel delicto alterius, potest repetere illud quod soluit, & damna & interesse, supportata ab eo, cuius occasionare represaliae emanarunt (...)*» ⁽²⁰⁹⁾ escreveu Matheus, que se louvava em Jasão de Mayno segundo o qual esta doutrina constituiria *Communis opinio* ⁽²¹⁰⁾. Jasão, por seu turno, escrevera, apoiado a Baldo, que «*nō solum iste exactus*

(208) cf. MOLINA — *De lustitia et lure...*, Tract. II, disp. CXXI, n.º 5, [ed. cit., I, pág. 256].

(209) MATHEUS IUC. — *Communium Oppinionum in Iure...*, v.º *Represaliae*, [ed. cit., pág. 335]. Cf., também, ANÓN. — *Syntagmatis Communium Opinionum...*, Lib. IV, Tit. XXXIV, n.º 47, [ed. cit., pág. 650].

(210) «*Est com. op. sec. Ias. in l. 2. § fi. col. fi. uer. ext. de uerbo. ob. per reg. tex. d. §. fi (...)*» V., igualmente, — *Syntagmatis Communium Opinionum...*, Lib. IV, Tit. XXXIX, n.º 47, [ed. cit., pág. 650].

repetat quod soluit, sed etiã interesse damni perpessi (...)» ⁽²¹¹⁾, afirmação reforçada com vários textos do *Corpus*, autoridade de escritores e a *Glosa*, onde se estabeleceria que o forçado a pagar «*non solum peti potest quod solutum est, & non solum danã sed etiã lucra (...)»* ⁽²¹²⁾.

Se alguns dos textos citados pelo jurista de Pesaro — nomeadamente o da *Glosa* — não diziam respeito ao caso concreto das represálias, estabelecendo antes um princípio genérico que era aplicado pela doutrina ao nosso instituto, já assim não acontecia com as páginas de Baldo. Este subscreveu expressamente o direito de todo o represaliado repetir do delinquente não só o por si pago mas também «*interesse dñi (...)»* ⁽²¹³⁾.

O encadeado das remissões feitas pelos juristas não pode ser interpretado como expressão formal de corrente doutrinária mais ou menos restrita e como que isolada face ao grande mar dos autores. Esquecendo mesmo as inúmeras fontes mencionadas por João de Mayno, facilmente se poderiam aduzir autoridades onde os nomes referidos ocupam apenas um lugar secundário. Sirva de exemplo Surdus. A sua lição coincide com os ensinamentos já recolhidos e não obstante citar João o nome deste poderia facilmente ser omitido sem as afirmações produzidas ficarem prejudicadas ⁽²¹⁴⁾. O mesmo se pode dizer do *novo Bártolo*, Menochius, que cita para sustentar a inclusão do «*interesse damni passi*» no conteúdo do direito de regresso, o nome de Santarém ⁽²¹⁵⁾. A referência feita ao nosso jurista padecia de defei-

(211) JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], Rub. De verborum Obligationibus, 1. Stipulationum, § Item si in facto, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.].

(212) *Ibid.*

(213) BALDO — *In UH et V Codicis Librum...*, Lib. IV, Rub. Ne vxor pro marito..., Auth. Sed omnino, n.º 45, [ed. cit., fol. 24, v.].

(214) «*Et dicit Barí. (...) quod captus pro represaessaliis, repetit quicquid soluit, ab eo, cuius causa concessae fuerunt. Sequitur ibi Roma. & Alex. (...), qui plures alios refert. Soci. nu. 8. vbi communem dicit. Ias. num. 23. qui dicit notandam, quia quotidie euenit in pratica: & quod repetit non modo quod soluit, sed etiam interesse damni passi. Galii. nu. 10 vbi quod repetit lucru cessans, si erat solitus negociari. Quod etiam voluit Laur. de Rudol. prout referet Vivius lib. 2. opin. 35. & alios citat Marsil. in 1. nihil interest. nume. 4 ff. ad leg. Cornei, de sicar. & in proposito dictum est supra, quod qui tenet vias inconsumetas, & notorie non tutas, tenetur ad interesse» — IOAN. PETRUS SURDUS — *Consilia...*, Lib. Primus, Cons. XII, [ed. cit., pág. 75].*

(215) «*Decimo e vltimo, hanc controuersiam in specie diffinit Bartolus (...) cum post Iacobum de Arena dixit, quod represaliatus sicq; exactus actionem habet contra eum, cuius causa concessae fuerunt repressaliae. Idem Bartolus in 1. nam & Seruius*

tuosa remissão pois no lugar indicado por Menochius não trata Santarém da matéria das represálias ⁽²¹⁶⁾. Quanto ao fundo, a cita não deixa igualmente de merecer observações.

Em nenhuma das páginas dedicadas por Santarém às represálias se encontra expressamente dito que se devia incluir no direito de regresso o interesse do dano sofrido. Santarém limita-se a afirmar, com Bartolo, «*quòd si alicuius est captus in aliqua duitate pro represaliis concessis propter factum sui communis, vel specialis personae: & soluit, quo potest repetere, à communi vel speciali illa persona (...)*» ⁽²¹⁷⁾, afirmação corroborada com outras citações de autores. O recurso de Menochius a Santarém nada acrescentava, pois, no aspecto formal, à demonstração já feita pelo primeiro de que podia o *exactus* repetir o por si pago ⁽²¹⁸⁾. Não envolvia, todavia uma inexactidão material, pois constituía entendimento comum incluir-se no prejuízo a indemnizar não só o lucro cessante como também o dano emergente, especificando-se com frequência os juros e até as custas judiciais ⁽²¹⁹⁾. Por isso, dizer que o *exactus* repetia o pago equivalia a sinteticamente afirmar que ele repetia também o interesse do dano sofrido.

Com recurso a outro autoi português se poderia concluir como concluímos a respeito de Santarém. Trata-se de Soares da Ribeira, cujo depoimento tem interesse por constituir uma contraprova da análise feita, dado percorrer num sentido inverso o caminho que Menochius fez percorrer a Pedro de Santarém. Enquanto o direito do represaliado exigir o pago, sustentado por Santarém, servia a Menochius para afirmar competir ao *exactus* também o interesse do dano sofrido, Manuel

(...) eandem sententiam manifeste affirmavit. Et Bart. secuti sunt Butr. (...). Abbas (...). Alex. (...) Cale. (...) Ruin. (...) Iason. (...) Socin. sen. (...). & Galliaula (...). *qui manifeste dixerunt, repetere etiam interesse damni passi*. Idem quoque affirmarunt Ripa (...). Petrus Saterna [J/C] Lusitanus in tract, de assecuratio. parte 4. n. 31. & Alciatus (...)» IAC. MENOCHIUS—*Consilia...*, Lib. III, Cons. CCXLIII, n.º 67, [ed. cit., III, fol. 122, r.].

(216) cf. SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Quarta Pars*, n.º 31, [ed. cit., pág. 817-883].

(217) SANTARÉM — *De Assecurationibus...*, *Quarta Pars*, n.º 34, [ed. cit., pág. 882].

(218) Cf. IAC. MENOCHIUS — *Consilia...*, Lib. III, Cons. CCXLIII, n.º 67, [ed. cit., fol. 122, r.].

(219) A este propósito remetemos para o estudo que temos em preparação sobre o conteúdo e limites do direito de represália.

Soares da Ribeira condensou a doutrina de Jasão de Mayno — que especificamente incluía no direito de regresso o interesse do dano sofrido ⁽²²⁰⁾ — na obrigação imposta ao causador das represálias de ressarcir todo o dano delas proveniente: «*damnum ex illis passo omne omnino resarciet*» ⁽²²¹⁾.

Existia uma relação de fungibilidade entre todas estas formas. Era perfeitamente indiferente dizer «*id quod soluit*», «*quod solutum est*» ⁽²²²⁾, «*quod solutum est et damna et lucra*» ⁽²²³⁾, «*quod soluit et*

(220) JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum*. [Secunda Pars], Rub. *De Verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23].

(221) MANUEL SOARES DA RIBEIRA — *Thesaurus...*, I. R, n.º 51, v.º *Represaliis*, [ed. cit., pág. 118]. A respeito da doutrina de SOARES DA RIBEIRA e da sua assimilação aos ensinamentos de JASÃO tem interesse recordar a notícia de FONTANELA — *De Pactis Nuptialibus...*, cl. 3, gl. 2, n.º 40, [ed. cit., I, pág. 26]: «*Quarta quaestio est, quomodo sit subueniendum damno passo propter represalias contra suam duitatem, vel quempiam alias decreta? Respondet Eman. Soar. a Ribey. in Thesaur. recept. sentent. verbo represaliae, huic dari actionem versus eum, in cuius odium concessas sunt ad recuperationem orrmu damnorum, quam dicit esse communem opinione, & allegat ad id Viui. lib. 2, opin. 35. post las. in l. 2 § ult. versic. extat. glos, de verb. oblig. Menoch. cons. 244, n.º 58, & 71, lib. 3*».

(222) Cf. Bártolo — *Tract. Represaliarum, decima principalis quaestio*, n.º i, *in fin.* [ed. cit., fol. 122, i.], mal grado urna certa imprecisão derivada de responder à pergunta por si próprio posta «*an exacto succurratur (...) contra illum priuatum cuius occasione sunt concessae [represalias]?*», o que fazia afirmando ou negando conforme os casos, sem se preocupar em determinar o objecto do regresso — a não ser incidentalmente. V., todavia, o seu *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negociis gestis*, 1. *Nam & Servius*, n.º 2, [ed. cit., fol. 119, r.], onde o pensamento aparece individualizado mais directamente com referência à fórmula registada no texto e agora a documentar; BALDO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negociis gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º i, [ed. cit., fol. 212, r.] — Cf., também o seu *Super Digesto Novo...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. 140, r.]; ALBERICUS DE ROSATE — *De Statutis...*, Lib. I, LIII, n.º 20, [in *Tract. Illustrium...*, II, fol. 10, v.]; LUDOVICUS ROMANUS — *Super Secunda Parte ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 8, [ed. cit., fol. XXI, v.]; FLORIANUS DE SANCTO PETRO — *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *Familia erciscundae*, 1. *Haeres eius*, § *In illa quoque*, n.º 17 e 18, [ed. cit., pág. 281]; ALEXANDRE TARTAGNA — *Super Partem Secundam Digesti Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 10, [ed. cit., fol. 172, v.]; FRANCISCUS ARETINUS — *Super Prima & Secunda ff. Novi*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, [ed. cit., fol. LXXXII, r.].

(223) Cf. JOÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.].

damna et interesse» ⁽²²⁴⁾, «*quod soluit et etiam interesse damni*» ⁽²²⁵⁾, «*omne quid soluit*», «*habet exactus actionem ad recuperationem omnium damnorum*», «*ille, cuius occasione inducta sunt represaliae (...) teneatur resarcire damnum*» ⁽²²⁶⁾, e até afirmar um simples «*potest recuperare*» ⁽²²⁷⁾ «*potest repeti (...) ab eo cuius causa soluit*» ⁽²²⁸⁾.

Por isso, algumas vezes o mesmo autor adopta indiferentemente redacções, diversas como acontece com Baldo ⁽²²⁹⁾ e Albericus ⁽²³⁰⁾.

A todas estas fórmulas outorgava idêntico conteúdo o direito do credor. Assim se explica o encontrarmos até formas vagas em que unicamente se afirma a existência do direito de regresso, sem uma palavra determinante quanto aos limites deste. Tal é o caso de Lignano, que, desenvolvendo embora o tema em dois capítulos de maneira seme-

(224) MATHEUS — *Communium Opinionum in lure...* v.º *Represaliae*, [ed. cit., pág. 335].

(225) BALDO — *In IIII et V Codicis Librum...*, Lib. IV, Rub. *Ne uxor pro marito...*, Auth. *Sed omnino*, n.º 45, [ed. cit., fol. 24, v.]; JASÃO DE MAYNO — *In Digestum Novum...*, [Secunda Pars], Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 23, [ed. cit., fol. 23, r.].

(226) PH. FRANCUS — *In Sextum Decretalium Librum*, Rub. *De officio ordinarij*, c. *Si canonici*, § *Si autem*, n.º 2, [ed. cit., pág. 211].

(227) C. ALBERICUS DE RÓSATE — *In Primam Digest. Veteris Partem...*, Rub. *De negocijs gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º i, [ed. cit., fol. 242, r.]; Rub. *De his qui deiecerunt vel effuderunt*, 1. *Si vero*, *Cum autem*, [ed. cit., fol. 393, r.]; PAULO DE CASTRO — *In Secundam Digesti Noui...*, Rub. *De verborum obligationibus*, 1. *Stipulationum*, § *Item si in facto*, n.º 4, [ed. cit., fol. 7, r.].

(228) IOANNES BERTACHINUS — *Repertorium Iuris, Pars Quarta*, 1. R, v.º *Represaliae*, n.º 10, [ed. cit., fol. IV, fol. 41, r.] — texto este de muito interesse para o problema que por agora nos ocupa, pois, sendo a obra em causa uma simples recolha de opiniões e vindo a afirmação documentada com o nome de muitos outros autores — a começar em Baldo e Bártolo... — demonstra bem a fungibilidade das diferentes fórmulas.

(229) Faça-se o confronto entre o que escreve *In Primam Digesti Veteris Partem...*, Rub. *De Negocijs gestis*, 1. *Nam et Servius*, n.º i, [ed. cit., fol. 212, r.] e o ensinado *In IIII et V Codicis Librum...*, Lib. IV, Rub. *Ne uxor pro marito*, Auth. *Sed omnino*, n.º 45, [ed. cit., fol. 24, v.].

(230) y. o *De Statutis...*, Lib. I, Quaest. LIII, n.º 20, [in *Tract Illustrium...*, II, fol. 10, v.]; *Primam Digesti. Veteris Partem...*, Rub. *De Negocijs gestis*, 1. *Nam Servius*, n.º 1, [ed. cit., fol. 230, r.]; Rub. *De his qui deiecerunt vel effuderunt*, 1. *Si vero*, § *Cum autem*, [ed. cit., fol. 393, v.]; *In Primam Codicis Partem...*, Rub. *Ne uxor pro marito*, Auth. *Sed omnino*, n.º 3, [ed. cit. fol. 189, v.].

lhante à de Bártolo, nada diz relativamente ao *quid* a repetir ⁽²³¹⁾. Tal é igualmente o caso de Lucas de Penna ⁽²³²⁾; de Albericus, no seu comentário ao *Digesto Velho* ⁽²³³⁾ — exemplo bastante significativo dada a redacção utilizada em outras das suas obras ⁽²³⁴⁾; de Ioannes Petrus Ferraris ⁽²³⁵⁾; de Panormitanus, que se limita a dizer que «(...) *si captus fui propter represalias indictas in odium tui, & coactus sum satisfacere, possum agere contra te, & repetere quod pp factum tuum, & tui odium astricus fui soluere*», afirmação escorada na autoridade de Bártolo ⁽²³⁶⁾; de Bartholomeus Socinus, cujo ensinamento se restringe à afirmação de poder o represaliado repetir o pago ⁽²³⁷⁾; de Duarenus, que julgou suficiente estabelecer a cedência, a favor do represaliado, das acções do concessionário das represálias ⁽²³⁸⁾; de Fernando Peres, que unicamente estabeleceu a obrigação do «próprio devedor» satisfazer aquele que por ele pagou, declarando-a de seguida existente tanto no foro judicial, como no da consciência⁽²³⁹⁾.

O apuramento do conteúdo emprestado pela doutrina ao direito de regresso — e que estava, aliás, de acordo com o praticado de

(231) «*Et primò quaeritur, an exacto competat regress. contra illum qui propter eius debitu, vel delictus exactus est?*», é a interrogação formulada no início do capítulo dedicado a este tema — e a que responderá sem grandes detalhes — no seu *De Bello, De Represaliis...*, cap. CLXXXIII, [in *Tract. Illustrum...*, XVI, fol. 385, v.]. O segundo capítulo abre igualmente por uma pergunta, não sendo mais concreta a resposta: «*Secundò subsequenter quaeritur an exacto succurratur contra rectorem, sicut contra debitorem principalem, supra dictum est?*». *Idem*, cap. CLXXXIII, [Ibid.].

(232) LUCAS DE PENNA — *In Tres Posteriores Lib. Codicis...*, Ad Lib. IX, Tit. LVI, l. Grave, n.º 4, [ed. cit., fol. 547].

(233) Cf. ALBERICUS DE RÓSATE — *Super Prima Digesti Veteris*, Rub. De His qui deiecerunt vel effuderunt, l. Si vero, § Cum autem, [ed. cit., fol. 393, r.].

(234) Cf. *supra*, págs. 231 e 232.

(235) IOANNES PETRUS FERRARIS — *Praxis Aurea...*, Tit. II, gl. IX, n.º 21, [ed. cit., pág. 40, r.].

(236) PANORMITANUS — *Consilia...*, Pars Secunda, Cons. XXI, n.º 2, [ed. cit., fol. 80, v.].

(237) BARTH. SOCINUS — *Super Secunda ff Novi*, Rub. De verborum obligationibus, l. Stipulationum, § Item si in facto, n.º 8, [ed. cit., fol. 64, r.].

(238) «*Is quiprehendit res alineas, actionem cedere cogitur sibi competentem ei, cui res sublatae sunt adversus debitorem*» — DUARENUS — *Ad Lib. IV Cod.*, Rub. Ne filius pro patre, [Op. omnia, ed. cit., pág. 923].

(239) Cf. FERNANDO PERES — *Com. Q. 41 et 42 [//, llae], De Seditione, disp. 4, De Rep.*, B. N. L., F. G., Ms. cit., fol. 92.

facto ⁽²⁴⁰⁾ — permite-nos integrar a obrigação imposta ao príncipe pelos teóricos guerra da guerra de ressarcir os prejuízos dos súbditos sofridos de represálias. Tanto Frei António de S. Domingos ⁽²⁴¹⁾, como Molina ⁽²⁴²⁾ limitaram-se a declarar que o príncipe devia indemnizar os seus vassallos sem pormenorizarem o quanto desse dever.

Dado, porém, que tal obrigação aparecia no pensamento dos dois autoies como contra partida dos prejuízos sofridos pelo *exactus*, fácil é ver como no direito deste, atento o comum da doutrina, deviam estar compreendidos além do principal os lucros cessantes. Nada de diferente se impunha ao príncipe daquilo que impendia sobre os particulares. A doutrina limitou-se a uma mudança de sujeitos conservándole objectivamente o direito de regresso. Como tantas vezes sucede, as teses em opposição não deixam de ter pontos comuns...

(240) Cf. CASSANDRO — *Le Rappresaglie...*, pág. 37.

(241) Depois de afirmar a possibilidade de executar inocentes em vez de culpados, como acontecia com o direito que os portugueses tinham contra os franceses por causa dos roubos praticados pelos piratas gauleses, escreve FR. ANTÓNIO: «*potest rex noster suis facultatem dare ut ex bonis quorumcumque gallorum accipiam usque ad dum sibi satisfaciant. Probatur, quia non aliter potest servare Remp. indemnem: bene autem rex galliae tenetur satisfacere illis innocentibus, scilicet, cogere piratas ad hoc*» — *De Bello*, q.º 40, art. I, B.N.L., F.G., Ms. cit., fol. 73.

(242) MOLINA — *De Iustitia et Iure...*, T. II, disp. CXXI, n.º 5, [ed. cit., I, pág. 2561.