

M I S C E L A N E A

I

A CONCESSÃO DA TERRA PORTUGALENSE A D. HENRIQUE

(A propósito de uma crítica.)

Em um ensaio publicado neste ANUARIO (Tomo II, 1925) sustentei que a concessão da terra portuguesa a D. Henrique de Borgonha fôra feita, não a título de mero benefício ou préstamo, mas com carácter alodial e hereditário.

Desta opinião divergiu recentemente um distinto historiador belga, Carlos Verlinden, o qual, ao referir-se-lhe, considera aquela concessão como *hereditaria*, sim, mas de indole *feudal*¹.

Segundo o modo de vêr de Verlinden, estaríamos em presença dum caso excepcional, pois reconhece que no Estado leonês os benefícios (*préstamos*) eram, por via de regra, vitalícios. Aquí, porem, teriam prevalecido claramente os princípios feudais, e isso depreende-se, em sua opinião, já de factos que atestam o domínio eminente de Afonso VI, já da expressão "tenere de", usada no documento fundamental (Dipl. et. Ch. número 914): *tenente de illo [imperatore] terra de Portugal pro sua hereditas*.

Quanto à primeira objecção—o domínio eminente do rei leonês—, creio têr já pôsto suficientemente em relêvo que à doação da terra portugalen-

1 *Quelques aspects de l'histoire de la tenure au Portugal*, extrait des "Recueils de la Société Jean Bodin", tome III, Bruxelles, 1938.

A ideia de que a concessão da T. P. têve o carácter de feudo foi muitas vezes emitida por escritores espanhóis e teve também por defensores, em Portugal, Boscage e de Goyri, *Origem do Condado de Portugal*, "Memórias da Academia Real das Ciências", 2.^a classe. N. Série. t. VI, p. II.

Segundo estes escritores, "se o Condado de Portugal nã foi dado a D. Henrique expressamente como feudo, tudo nos leva a crer que tomou êsse carácter e que o foi de facto, ainda que não pudesse sê-lo de direito".

se ficou ligado um vínculo de vassalagem, o que, a meu vêr, não repugna à alodialidade². É essa relação de vassalagem que explica os deveres de hoste e de cúria, sem que haja necessidade, para tal, de falar em feudo ou concessão feudal³.

Mostrei também como as doações régias, não obstante serem feitas a título alodial, podem comportar restrições; e citei precisamente, como exemplo, as confirmações de D. Afonso VI, de que Verlinden pretende tirar argumento. É certo que a doação limitada e condicionada tendia a aproximar-se do feudo; mas o facto de desempenhar uma função análoga a êste não impede que a sua estrutura jurídica fôsse outra, como ainda há pouco acentuava Leicht⁴.

Resta a objecção extraída da expressão *tenente de illo*, que e de molde a causar maior embaraço.

Reconheço, com efeito, o que há de anómalo, á primeira vista pelo menos, no emprêgo conjunto das expressões *tenere de e pro sua hereditas*—esta última equivalente à mais vulgar *jure hereditario*⁵—. Não creio, porém, que isto nos obrigue a vêr, nas palavras em questão, a prova dum regime excepcional.

Para Verlinden, *pro sua hereditas* implica hereditariedade e *tenente de illo* importa precariedade: da combinação dêstes dois predicados resultaria o carácter feudal da concessão.

Eu julgo, pelo contrário, possível atribuir a cada um dos elementos da frase um sentido que, sendo exacto, não colida com o do outro, dentro do quadro normal das instituições jurídicas leonesas.

Das duas expressões—*tenente de e sua hereditas*—, a segunda é que, no meu entender, se deve considerar fundamental e decisiva, não tanto porque nela se manifeste a índole hereditária da concessão, mas, sobretudo, porque exprime o seu carácter alodial.

Nos documentos de Leão e Portugal, se não estou em êrro, a expressão *jure hereditario*, e análogas, são invariavelmente empregadas para acentuar que se trata dum verdadeiro direito de propriedade, e não duma posse beneficiária, duma situação que necessariamente implique a existência doutra pessoa, em cujo nome ou de cuja mão a coisa é possuída⁶.

2 Vide o cit. estudo publicado neste ANUÁRIO, tomo II, pág. 175.

3 Sobre doações a vassallos feitas a título alodial cf. Dumas, *Encore la question "fidèles ou vassaux"*, R H D F, 1920, pág. 362; Lot, in *Les destinées de l'Empire en Occident*, "Histoire générale sous la dir. de Gustave Glotz, Sect. "Histoire du Moyen Âge", t. I, pág. 663); Ganshof, *Note sur les origines de l'union du bénéfice avec la vassalité* in "Études d'histoire dédiées à la mémoire de Henri Pirenne", 1937, pág. 175.

4 *L'introduzione del feudo nell'Italia franca e normanna*, RSDI, XII, 1939, pag. 427.

5 Cf. *Chron. Adolph. Imperatoris*: "quam [filiam] rex... dedit maritatum Enrico comiti, et dotavit eam magnifice, dans Portugalensem terram jure haereditario".

6. Evito empregar a palavra "tenência", porque, embora êste vocábulo tenha

A expressão *jure hereditario* contrapõe-se a *jure usufructuario*. Por vezes aparecem mesmo em explícito contraste, como neste passo, bem conhecido, dum documento do século XI relativo aos infanções de Lagneyo: *non habebant eas (hereditates) jure hereditario, sed tenebant eas per manum maiorini regis usufructuario*⁷.

Outras vezes contrapõe-se *pro hereditate* a *pro prestimonio*⁸.

E, que a ideia essencial contida nas palavras *jure hereditario* era a de alodialidade, em regra (mas não necessariamente) aliada à de hereditarieidade, acaba de demonstrá-lo o facto de haver concessões vitalícias *jure hereditario*.

Ainda há pouco tempo Prieto Bances, no seu belo estudo sobre a exploração rural de S. Vicente de Oviedo na Idade Média, ofereceu alguns exemplos bem característicos⁹, aos quais outros poderíamos acrescentar, da região portuguesa¹⁰.

Estas considerações reforçam, quere-me parecer, a argumentação que em tempos desenvolvi no sentido de mostrar que a concessão não fôra feita a título de prestimónio ou feudo.

E' com êste sentido, suficientemente comprovado, da expressão *jure hereditario*, que temos de harmonizar a primeira parte da frase acima recordada: *tenente de illo terra de Portugal*, e não (como faz Verlinden) partir do princípio de que se trata duma *tenure*, dando a *pro sua hereditas* um alcance mais restrito do que o normal.

Ora, o emprêgo da expressão *tenere de*, nêste caso, não me parece difícil de explicar¹¹.

Em primeiro lugar, não pode abstrair-se das condições em que foi feita a concessão e da situação que ficou ocupando o conde D. Henrique. Na terra portuguesa é êle quem fica governando em nome do sogro e, como tal, se

sido usado por vezes no sentido do fr. *tenure*, a acepção mais vulgar é a de governo dum distrito, o que facilmente levaria a confusões.

7 E. S. XXXVIII, pág. 324. Outro exemplo: "villas et hereditates que mihi datis in prestamo... et teneat eas de vestra manu usufructuario, vos vero jure hereditario", doc. de 1099 ap. Villa-Amil, *Foros de Galicia*, pág. 131.

8 "Non pro mea hereditate sed pro vestrum prestimonium". Villa-Amil, *Foros de Galicia*, pag. 33, doc. do ano 1178; "in prestimonio et non pro hereditate", carta régia do ano 1222 ap. Maço 12 de Forais Antigos na Torre do Tombo. Cf. os exemplos seguintes: "non iure hereditario sed sub obedientie subdictionis imperio, *Diplom. et Ch.* n.º 916, doc. do ano 1099; "non iure hereditario sed sub obedientie subdicionisque [imperio]", doc. do ano 1103, do mesmo cartório do anterior (Pendorada) na Torre do Tombo.

9 *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XVI, pág. 114 e segs.

10 Eis un exemplo, extraído do *Livro Preto* da Sé de Coimbra, fl. 137: "ut habeas et possideas omnibus diebus vite tue hereditario jure et post obitum tuum... terciam partem ex omnibus Saacte Marie Colimbriensis sedis per testamentum relinquas, duas vero partes ad subrinos tuos equaliter relinquas" (ano 1101).

11 Refiro-me à expressão *tenere de*, e não apenas ao uso do verbo *tenere*, pois o emprêgo puro e simples dêste verbo é indubitavelmente compatível com a propriedade alodial. Veja-se o exemplo que citei nêste ANUARIO, t. II, pág. 176.

intitula *portugalensis provintie comes*¹² ou *portucalensis comes*¹³, assim como, para marcar a data, se diz: *comite Henrico tenente terram portugalense*¹⁴.

O facto de a tenência lhe pertencer como coisa sua (*jure hereditario*) não impede que seja uma tenência, no sentido que a expressão tem correntemente na linguagem peninsular, e por isso não é muito de estranhar que, ao falar na terra portugalense, se diga que o conde "a tem do imperador"¹⁵.

Embora concessões desta natureza não fossem, evidentemente, uma coisa corrente—o que explica que a terminologia se mostre hesitante e ambígua—, podemos, em todo o caso, invocar o paralelo com o que se dava quando o soberano doava perpétuamente um *commissum* a certa igreja, do que temos vários exemplos. Já Puyol observou a tal respeito que, em casos tais, "correspondiam ao bispo as mesmas funções que a qualquer conde"¹⁶.

A situação reproduz-se mais tarde, embora em proporções mais modestas, nas doações dos castelos, quando feitas de juro e herdade, coisa que não estava muito de acôrdo com os princípios do direito público português, mas que não deixou de ter lugar uma vez ou outra.

Acresce que não faltam exemplos, em época posterior, de se empregar a expressão "ter do rei" a propósito de quaisquer mercês (benefícios *sensu lato*), e não apenas das de carácter precário ou vitalício¹⁷. É o caso da bem conhecida lei de D. Fernando sobre jurisdições dos fidalgos, transcrita nas Ordenações Afonsinas¹⁸. É compreende-se que assim fôsse, porque, embora nem sempre ressalte bem clara a distinção entre terras patrimoniais e terras havidas da coroa, não podia deixar de atribuir-se a estas uma situação especial¹⁹.

12 E. S. XXXVI, apend. 41; Arch. Cat. de Burgos, vol. 34 fl. 40 e vol. 71, n.º 144, cit. por Serrano, *El obispado de Burgos y Castilla primitiva*.

13 Doc. 721 de Sahagún. Cf. doc. 778: "Henriccus comes in Alcamora et in Astorice simul in Portugal", ano 1111.

14 *Liber Fidei*, Arquivo Distrital de Braga, n.º 638. Cf. n.º 668 e outros. Vide também *Monarquia Lusitana*, P. III, 1. 8 cap. 25, p. 68.

15 Assim se explica também o *suo nomine* no mesmo documento, *Dipl. et Ch.* n.º 914.—A ideia de um condado possuído a título alodial nada tem de absurdo, como reconhece Dumas, RHDF, 1920, pág. 362. Condados hereditários, ao menos de facto, conheceu-os a França quando os ofícios públicos ainda não eram feudos: Fustel de Coulanges, *Transformations de la royauté*, pág. 665 segs; Flach, *Origines de l'ancienne France*, vol. IV, passim; P. Fournier, *De quelques questions concernant l'ancien droit public*, in "Journal des Savants" N. S. XVII, 1919, pág. 9.

16 Vide sobre estes casos Puyol, *Orígenes del reino de León*, pág. 181. Cf. sobre a analogia entre condados e senhorios Sánchez Albornoz, *La potestad real y los señoríos*, RABM XXXI, pág. 268.

17 Cf., a respeito do Inglaterra, *La Tenure*, "Recueils de la Société Jean Bodin", Bruxelles, 1938, pág. 171.

18 Livro II, tit. 63.

19 Cf. Waitz, *Abhandlungen zur deut. Rechtsgesch.*, pág. 564, e Dumas, RHDF, 1926, pág. 248.

Por tudo isto, não me parece que se deva atribuir ao *tenere de* do diploma em questão outro alcance que não seja o de vincar a dependência de D. Henrique para com o rei de Leão, dependência que ninguém contestava.

O mesmo sentido se deve ligar ao passo da *Compostellana* onde se diz que D. Teresa se recusava a prestar ao monarca *servitium de regno quod ab illo tenere debebat*²⁰.

Coimbra, 1939.

PAULO MERÊA.

II

LA PALABRA "WADIATIO" EN UN DIPLOMA CATALAN DE 1099

La *wadiatio* en nuestra historia jurídica ha sido estudiada, como es sabido, por Mayer en su monografía *El antiguo Derecho español de obligaciones*. Mayer aplicó este concepto al Derecho español medieval a través de las distintas relaciones jurídicas en que, a su juicio, se presenta. Pero la palabra germánica que ese concepto expresa no la encuentra en fuentes españolas y sólo apunta que "aparece en los territorios góticos del Norte"¹, señalando que en algunas fuentes del Mediodía de Francia los términos *guadiatores*, *guadio*, *gadium* se presentan como equivalentes de ejecutor testamentario². En su *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid, 1934, pág. 676), Riaza y García Gallo se refieren "al caso del *wadium* en las fuentes germánicas", afirmando que es palabra "que no se encuentra en las españolas".

En un documento catalán de fines del siglo XI, procedente del Archivo Capitular de Urgel, hemos encontrado las palabras *guadiacionis* y *guadio*. Por ello, hemos considerado interesante su publicación y comentario. Ciertamente que el diploma de que se trata, por varias incorrecciones y anomalías que se advierten en su redacción y que hacen difícilmente comprensible alguna de sus frases, parece ser una copia escrita por un copista torpe o poco cuidadoso; pero, por el carácter de la letra, copia, en todo caso, posterior en muy pocos años a la redacción original.

No es de este lugar el estudio de la *wadiatio* como una de las clases

20 E. S. XX, pág. 445. Confronte-se este passo com o de pág. 517. "Portugalensis infans Enrici comitis filius... regis dominationi subjici noluit."

1 MAYER, *Derecho español de obligaciones* (Barcelona, 1926), pág. 156.

2 IBIDEM, págs. 225 y 226, notas 175 y 176.