



llb

N 12-405

nov 8<sup>o</sup>

2 sep H-A  
7  
5

Sala	e
Gab.	
Est.	4
Tab.	10
N.º	



TO



00

H-A  
7  
5

Sala	e
Gab.	4
Est.	11
Tab.	
N.º	



*livro a 1000*

DEFESA  
DAS  
THESES

DE  
DIREITO ENFYTEUTICO,  
QUE SE DEFENDERÃO NO ANNO DE 1789

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESCRITA

POR

BERNARDO TEIXEIRA

COUTINHO ALVARES DE CARVALHO.

*Doutor em Leis.*



LISBOA

NA OFFICINA DE ANTONIO GOMES.

M. D. CC. LXXXIX. FACULDADE DE DIREITO

Com licença da Real Meza da Comissão  
Geral sobre o Exame, e Censura dos  
Livros.

BIBLIOTECA

N.º 7694

*(Fda Silva)*

A  
7  
5



~~Com que se remette este papel~~

# GARANTIA

Com que se remette este papel

**A**os 2 dias do mês de Novembro de 1870, no  
meu tem intalado, na Rua de S. Carlos, nº 10,  
obrigar-se a expor os resultados das  
Tabelas de ducado Enchymentado, que no  
anno proximo passado se apresentaram na  
Universidade de Coimbra, e como se  
quizes se elevarem, tres cartas immo-  
ladas, e a parte das Tabelas de ducado  
Enchymentado, de V. m. não se encontra  
leis d'ambas, que recomendam a  
no anexo se fação feitas de ducado de  
no porte, porque o ducado de ducado  
seu Autor, que sou eu o Doctor da  
elle nellas fallar, não me contentou  
ambas obrigação, e a parte das  
Estados, e a parte da Universidade  
os leaes de ducado, e a parte das  
Concluzões de ducado, e a parte das  
prestes, e a parte das cartas de ducado  
tes, e a parte das cartas de ducado  
dovem preterir a parte das cartas de ducado  
e a parte das cartas de ducado

D. João





## C A R T A

*Com que se remetteo este papel.*

**A**S razões, com que duas vezes me tem instado, meu Amigo, não me obrigarião a expôr os fundamentos das Theses de direito Enfyteutico, que no anno proxime passado se defenderão na Universidade de Coimbra, e contra as quaes se escreverão tres cartas intituladas *Analyse das Theses de direito Enfyteutico*, se V.m. não recorresse ás leis d'amizade, que recommendão que ao amigo se fação finessas ainda de outro porte. Porque o dizer, e espalhar seu Autor, que sou eu o Doutor de quem elle nellas falla, não me constitue em semelhante obrigação, visto que pelos Estatutos, e prática da Universidade os Lentes de Prima, e Presidentes das Conclusões magnas, antes que os Repetentes dem á censura as suas Theses, as examinão, e observão, se lhes devem presidir, e se poderão na falta delles sustentallas. Tambem as Con-



gregações das Faculdades respectivas as censurão, não com huma censura simples; mas investigação, se são dignas de seus discipulos, e se são coherentes com as instrucções, que lhes derao, as quaes elles vão repetir no acto que fazem, e que nos Estatutos por isso mesmo se chama acto de Repetição.

O empenho, que no fim da segunda carta o A. descobre, de ver sustentadas as Theses não he sincero; porque estando elle em Coimbra todo o anno lectivo, como diz no principio da primeira carta, (\*) podia sem ter grande demora ouvir os Repetentes expôr os fundamentos das suas Theses, e elle mesmo podia argumentar aos da sua Faculdade, e então veria, como elles, e seus Presidentes as sustentavão. Disto V. m. mais se ha de persuadir, lembrando-se do que todos, os que na dita Cidade então estavamos, fomos testemunhas, que elle demorando-se até chegarem as Theses a correr, depois que as leo, he que se ausentou para Melres, e sómente nesta Villa achou o lugar accommodado para escrever as  
pri-

---

(\*) Pag. 9.



primeiras duas cartas. Accrescendo mais, que tendo elle, ou o amigo, a quem remetteo as cartas, tirado a licença para as imprimir a 17 do mez de Agosto, e imprimindo-as no mesmo anno de 1789., ainda agora se não achão nas logeas dos Negociantes, e tão sómente as tem espalhado pelas mãos de seus amigos, dos quaes mesmo as não confiarão, antes de passar Fevereiro proxime passado, mez em que eu fui obrigado a sahir de Coimbra, e a fazer esta minha jornada: pois até muito depois d'elle as guardarão, ou as mostrarão só a pessoa de segredo incomparavel.

Para satisfazer porém não ao desejo do A., que não he de quem quer entrar em huma disputa literaria; mas á vontade de V.m., e á utilidade pública, que resulta do exame de qualquer questão, expuz humas proposições, huma doutrina, que eu não posso dizer minha; pois primeiro as pozerão em público os Repetentes, e os Lentes de Prima, Presidentes seus. E ainda que o A. das cartas affirma que eu fizera as Theses, e as fizera defender (\*):  
es-

---

(\*) Cart. 1. p. 7. Cart. 1. p. 9.



estou bem certo segundo o odio que nas cartas se descobre, que se elle advertira no verdadeiro sentido de suas palavras, as não escrevia. Porque o dizer que eu fiz defender aquellas Theses, he inculcar que eu tinha huma ascendencia, e autoridade tal sobre os Presidentes, e Faculdades Juridicas, que os fazia estar promptos para defender, e reconhecer humas proposições simples sem demonstração junta, como he estylo escreverem-se as Theses: em huma palayra he dizer que bastava eu dizer, para que na Universidade se não duvidasse do que eu dizia em materias de Direito.

Insiste o mesmo A. em que eu fiz as Theses para o satirizar, e castigar. Porém elle reconhece que não basta ter lido aquelle seu compendio das regras de hum só contracto, para lembrarem as proposições, que nelle ha contrarias ás mesmas Theses; pois ao seu mesmo amigo, de quem não podia esperar que o não tivesse lido, aponta miudamente todos os lugares, que delle a ellas achou contrarios: elle não acha em todas ellas huma só palavra que offenda sua pessoa: agora veja V. m. que satyra, e castigo será aquelle, em



em que se não vê a pessoa castigada ,  
nen a cousa fatirifada , e a quem com-  
pete o nome de sátira verdadeiramente ,  
se ás Theses , se ás mesmas cartas ?  
Quer elle persuadir ao seu amigo , que  
a definição da Enfyteuse foi posta em  
letra grifa , e mais outras palavras do  
§. 1. das Theses de Jeronimo Jozé Ro-  
drigues só para se conhecer , que erão  
suas : mas repare V. m. , como elle ao  
seu nesmo amigo engana. Neste §. se  
achão aquellas palavras : *aliquando dici  
jolet* , que manifestamente mostrão que  
a letra grifa está posta em respeito del-  
las , e o A. , conhecendo isto , e dis-  
farçando o erro da edição , escreve-as  
tambem em letra grifa. Este disfarce ,  
ou engano do A. a todos se manifesta ,  
lendo-se a pag. 18. das mesmas cartas :  
porque elle aqui confessa que aquella  
definição não he sua ; mas que assim ti-  
nhão definido muitos Juristas , o que  
as ditas palavras tambem dão claramen-  
te a entender , e elle não poderá ne-  
gar que estes mesmos Juristas , a que  
elle se refere , digão tambem que o  
contracto da Enfyteuse he contracto de  
bõa fè , e nominado.

Quer V. m. mais , que lhe decla-  
re o juizo , que faço de todo o compen-  
dio



dio do A. , se nelle se guardão as regras do methodo , que se propôz , se exaurio a sua materia , se se escolhe-  
rão bem as opiniões , ou se se trasla-  
dou sem exame , o que se achou escri-  
to , se se fez a devida distincção daci-  
llo , que dos censos , e dos feudos os  
DD. tem misturado nos prazos , se se  
notou bem , o que só tem vigor pelos  
costumes , ou não : mas isto meu Ami-  
go , não o faço , assim porque estou  
de jornada , como porque eu devo in-  
terpretar a sua rogativa , pela que sei  
lhe fizerão. (\*) E cumprindo con esta  
dille os fundamentos das Theses ,  
e respondi aos fundamentos das pro-  
posições a ellas contrarias , que nas  
cartas se escreverão , e tambem aquel-  
les que se omittirão , e amim melem-  
brarão , que se tem escrito , cu vul-  
garmente se dizem juntamente com os  
que nas cartas se pozerão. E porque  
nellas primeiro se trata das Theses de-  
fendidas na Faculdade de Canones por  
estas principio. Leia V. m. , e conti-  
nue-me o favor de seus preceitos.

Lisboa 2. de Julho de 1790.

THE-

---

(\*) V. o fim da carta 2.





DEFESA  
DAS THESES  
DO DIREITO ENFITEUTICO  
DO ANNO DE M. DCCLXXXIX.

---

THESES  
*Defendidas na Faculdade de Canones,*  
Por  
*Feronimo Jozé Rodrigues.*  
*A 16. de Junho.*

I.

**D**OMINIUM utile rei alicui  
in perpetuum, vel ad tem-  
pus non modicum traditum  
ea lege, ut ipse eam colat,  
canonemque in recognitiouem domi-  
nii præstet, Emphyteusim esse, &  
ex



*ex natura sua individuum, bonæ fidei, nominatumque contractum* aliquando dici solet: nos autem ea verba, *ut ipse eam colat* a definitione rejicienda, & ex natura sua, licet morte Emphyteutæ, seu familiæ exercendæ judicio per aestimationem tantum dividi possit, individuum non esse ostendemus: illud vero: *bonæ fidei, nominatumque contractum*, Romanismum esse demonstrabimus.

## II.

Emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum, & ad tempus an dividi possit, olim quæri poterat: hodie vero ex lege die 4. Quintilis C1210CCLXVIII. lata non recte sub hac divisione comprehenditur: omnis enim Ecclesiastica Emphyteusis hac lege perpetua est. Unde illa tacitæ nominationis regula = collaterales usque ad 4. gradum eo ordine, ac Descendentes, & Ascendentes tacite nominatos intelligi debere = in Emphyteusi Ecclesiastica locum non habet, quemadmodum á Supplicationis Senatu interpretatum fuit.

## III.

Jure Romano olim, & nostro quoque



que jure, an in prædiis cultis, ædibusque Emphyteusis constitui possit, quaeri adhuc poterat: hodie vero falsum est in iis etiam constitui posse: lege CLOCCCLXXVI. lata, licet ex Emphyteusi adjecta pacta servari debeant, locatio tantum constituitur. Unde illa regula, canonem fructus, quibus res locari solebat, exæquare non debere, rejicienda, & aliâ regula pensio mensuranda est.

## IV.

Emphyteusim contractum esse consensualem, legatoque constitui posse, Interpretum omnium sententia est, sed demonstrari minime poterit Emphyteuseos legatum á morte testatoris non cedere, Dominumque directum pro pensione tacitam hypothecam non habere, & successorem Emphyteuseos nullatenus obstringi, ut pensiones ab antecessoribus non solutas Domino præstet: æqualiter haud etiam demonstrabitur Domini directi electionem esse, cum alternative pensio sine aliqua declaratione constituitur, veluti *Huma galinha, ou hum tostão por ella*: quippe Emphyteutæ erit.



## V.

In alienatione Emphyteuseos voluntaria Domini directi consensus opus esse constans res est, sed verum non est, si in personam certam Dominus consentiat, ipsi tantum Emphyteutam jus suum tradere posse: quemadmodum verum non est, inconsulto Domino, Emphyteuseos nominationis donationem fieri, dotemque constitui posse, & ex venditione vi pacti de retro vendendo facta laudemium non deberi.

## VI.

Si in Emphyteusi seculari renovationis pactum adjectum non est, vel ex contrahentium verbis non deducitur, ibi tantum tacite inesse, ubi regionis consuetudo id suaserit, notum est; sed in Emphyteusi Ecclesiastica ex lege lata die 12. Maii CIOCCCLXIX. hæc regula jure merito non admittitur; intra enim annum, & diem a Domino directo semper est renovanda. Unde necessarium non est, ut intra annum petatur Emphyteuseos renovatio; quippe si est Ecclesiastica, sub confiscationis pæna Do-



Dominus tenetur; si vero secularis, & renovatio debetur, jus, quod ex pacto, five expresso, five tacito oritur, nostris legibus nulla anni præscriptione amittitur.

## T H E S E S

*Defendidas na Faculdade de Leis,*

Por

*Manoel Correa da Fonseca.*

*A 23 de Junho.*

### I.

**J**ure Romano olim, nuperque nostrò etiam Jure, an in prædiis cultis, ædificiisque Emphyteusis constitui possit, dubitari poterat: hodie verò ex L. Josephi I. lata IV. Quintilis anno 1776. in his prædiis, ædificiis que, licet ex Emphyteusi pacta conventioni adjecta servari debeant, ea tamen constitui nequit.

### II.

Rei culturam ad Emphyteuseos contractus essentiam pertinere vulgo ex legi-

gi-



gibus nostris novissimè colligunt : sed de hac re nihil in eis statutum est, ut olim, & hodie ad hujus contractus essentiam rei cultura minime pertinet.

## III.

Inter alios modos, quibus Emphyteusis constitui potest, legatum etiam numerandum esse confitemur, sed cum hoc modo constituitur, a morte testatoris legatum non cedere falsum esse judicamus.

## IV.

Solent aliquando alternativam pensionem Domini directi petere in hunc modum, *hum alqueire de trigo, ou tres tostões* : hoc, ubi contigerit, Emphyteutæ, non Domini directi, electio erit.

## V.

Emphyteusi constituta, ad Emphyteutam omnis rei utilitas pertinet : igitur metalli-fodinas jure non inhibitas, vel lapidicinas lapidum haud renascentium ipse aperire poterit, licet Dominus directus ipsas antea non instituisset.

## VI.



## VI.

In Emphyteuseos voluntaria alienatione hujus Regni leges Domini directi consensum necessarium esse declarant: sed hinc quæri potest, si in personam certam ipse consentiat, an huic tantum Emphyteuta jus suum tradere possit? At veró cum Domini tantum sit eas personas, quæ illi aliquod detrimentum afferre possunt, excludere, eligere minime poterit, cui alienatio fieri debeat.



THESES

*Defendidas na Faculdade de Leis,*

*Por*

*Manoel José Vaz Leitão*

*A 2. de Julho.*

I.

**S**I rei Emphyteuticæ venditioni tale fuerit pactum adjectum, ut prætio oblato intra certum tempus res iterum vendatur, quia hic ( si oblatum fuerit ) duæ sunt venditiones, bis laudemium deberi judicamus. VIII.

II.

Cum vero ita partes conveniunt, ut intra certum tempus, prætio oblato, nulla sit venditio, unum tantum laudemium deberi dicimus. IX.



## T H E S E S

*Defendidas na Faculdade de Cânones.*

## §. I.

**J**untarão-se nos §§. deste Artigo Thefes diferentes entre si; mas eu as devo separar, e tratallas do mesmo modo. Neste se affirma que alguns dizem: a Enfyteuse he *Dominium utile rei alicui in perpetuum, vel ad tempus non modicum traditum ea lege, ut ipse eam colat, canonemque in recognitionem domini praestet*, he *ex natura sua individua*, e o contracto enfyteutico contracto nominado, e de boa fé. E promette-se mostrar 1<sup>o</sup>. que da definição da enfyteuse, que elles dão, se devem excluir aquellas palavras: *ut ipse eam colat*, 2<sup>o</sup>. que a enfyteuse não he *ex natura sua individua*, 3<sup>o</sup>. que commetterão hum Romanismo, os que chamarão ao contracto enfyteutico contracto nominado, e de boa fé.

Que alguns deste modo definem a enfyteuse, o mesmo A. o confessa, e tambem dá a entender, (a) que

B

são

---

(a) L. 18.



são muitos os que entre nós dizem , que a enfyteuse he *ex natura sua individua* : e como se não pôde negar , que tem sido muitos os que tem dito , que o contracto enfyteutico he de boa fé , e nominado , sem fazer differença do direito Romano ao nosso , será desnecessario provar o affirmado no §. , devo passar ao que se prometteo mostrar.

## T H E S. I.

I. **A** Quellas palavras , *ut ipse eam colat* , devem ser excluidas da definição , não só negando-se que o enfyteuta he obrigado a cultivar , e melhorar a enfyteuse , mas tambem querendo-se afirmar isto mesmo. Attendendo ao que o A. com muitos escreve nos Elementos , (b) fica isto mostrado ; porque neste lugar elle não inclue na substancia do contracto enfyteutico a obrigação de cultivar , e melhorar : eis-aqui suas palavras , *illius ( patet ) substantiam exigere , ut dominium utile promi-*



*mittatur pro annuo canone in recognitionem domini præstando* : e como da substancia da enfyteuse não he, o que não he da substancia do contracto enfyteutico , pelo mesmo axioma do A. se deve dizer , que da substancia da enfyteuse não he a obrigação de cultivar , e melhorar : e consequentemente não se devem incluir na definição della aquellas palavras : *ut ipse eam colat* , que significação aquella obrigação ; porque segundo as regras da Filosofia Racional não se deve fazer a definição , senão pelas notas essenciaes da cousa definida.

2. Nem se poderá dizer , que se define á maneira dos Jurisconsultos , que o mais das vezes definem pelas relações essenciaes do definido ; porque estas definições são verdadeiras descrições , e o A. até agora não quiz dar á sua semelhante nome. Tambem não póde valer a necessidade allegada de usar daquellas palavras , e incluir na definição o fim que elle suppõe na enfyteuse , para deduzir da mesma definição as obrigações , a que tambem suppôz



o enfyteuta obrigado : por quanto o fim das cousas conhece-se pelas relações essenciaes dellas : e por conseguinte deve manifestar-se por huma deducção feita depois de declarada a essencia da cousa na definição. O mesmo A. tinha a quem imittasse : e de outra maneira se não achou na enfyteuse huma nota essencial , que tivesse relação com o fim que elle suppôz , devia só dizer que tinha feito huma descripção.

3. Tambem pela regra , que exclue da definição as palavras duvidosas , devem estas : *ut ipse eam colat* , ser excluidas : porque as palavras *cultivar* , e *melhorar* , que correspondem a palavra *colere* , tem huma significação incerta , e indefinida , e pôdem-se tomar , ou por hum melhoramento continuo , de sorte que o enfyteuta seja obrigado a cultivar , e melhorar sempre cada vez mais , ou por hum melhoramento indefenido , em que o enfyteuta pôde satisfazer com hum melhoramento insignificante ; ou em fim se pôdem tomar por hum melhoramento , e cultura com termo certo : por exemplo o melhoramento , e a cultura do costume do districto ,  
ou



ou o que for determinado a arbitrio de bom Varão : e como pódem ter todas estas accepções , he evidente que precisão de nova declaração , o que he contra as regras de definir.

4. Nas cartas o A. , fallando da enfyteuse dos predios cultos , parece entendellas a respeito do melhoramento continuo; pois diz: *porque da natureza destes he melhorarem-se , e fazerem-se cada vez mais cultos.* Porém quem havia de dizer que o A. admittia nos predios , e propriedades o melhoramento continuo ! E que fazia objecto de hum contracto a obrigação de melhorar continuamente , e de cultivar sempre cada vez mais , quando este melhoramento continuo vem a ser huma cousa infinita , que não pode ser objecto de huma obrigação ! Tomando-as no sentido que he mais natural ao modo , com que estão escritas : a saber , significando huma cultura , e melhoramento indeterminado , e indefinido , tambem não podem ser objecto de obrigação: porque vem a ser huma obrigação semelhante á do genero , e o enfyteuta poderia satisfazer com huma cultura , e melhoramento insignificante ,



e igual a nada ; pois já cultiva , e melhora aquelle , que faz mudar o estado , e fórma da cousa o valor de hum feitel , ou ainda menos. Tomando-as significando hum melhoramento determinado , tambem he evidente que he necessaria nova declaração , para se saber , se se falla do melhoramento do costume , ou se do que ha de ser determinado a arbitrio de bom Varão. E não he necessario considerar mais , para se mostrar que a definição do A. precisa de segunda , para se determinar , e esclarecer o sentido das palavras , que ella contem : *ut ipse eam colat.*

5. Em quanto ao que o mesmo A. diz , que os melhores Juristas assim tem definido a enfyteuse , não he preciso responder : porque não se deve definir segundo o exemplo , e autoridade dos outros : mas tão somente pelas regras da boa Logica , depois de hum exame rigoroso sobre a natureza da cousa , que se ha de definir. Esses mesmos Escritores , ainda ue parecem fazer huma definição , com tudo da sua mente não foi , senão fazer huma descripção.



O A. autoriza-se com a definição de Cujacio a L. 1. D. de *Aquirit. vel ammitt. poss.*; mas devia lembrar-se, que elle he inconstante no modo de definir a enfyteuse. A duvida, em que elle estava a este respeito, vê-se Tom. 6. C. 1020. Ed. de Nap. Aqui fallando ao Liv. 3. Decret. tit. 13., *Emphyteusis* (diz elle) *est contractus, quo dominus fundi deserti, & squalidi, & non admodum fructuosi, usum, & usumfructum alteri concedit, quem sua industria percipere poterat, inserendo, plantando, arando polliendo ea lege, ut pro eo pendat vectigal certum, e logo diz, vel sic, emphyteusis est contractus, quo fructus fundi, quem quis excolit, conceduntur a domino ea lege, ut, si eum nondum excoluit, excolat, praestito quotannis certo canone.* Estas definições tem entre si a differença a respeito da cultura, que he manifesta. A mesma referida pelo A. á primeira face parece que impõe esta obrigação ao enfyteuta; mas reflectindo-se nella, mais parece que Cujacio de similhante obrigação se não lembrou: eis-aqui suas palavras, *Jus emphyteuticum, est jus quoddam condi-*  
*etio-*



*Etionis , quo fit , ut non dominus a domino praedium habeat , & colat sub vestigali certo.* Cujacio põe debaixo da palavra *a domino* o direito do enfyteuta , e a obrigação do senhorio , e pelo contrario debaixo da particula *sub* a obrigação essencial do enfyteuta , e o direito do senhorio : mas debaixo da palavra *a domino* estão as palavras , *ut praedium habeat , & colat* : logo não diz que he da obrigação do enfyteuta , o que ellas significam ; mas sim o direito que lhe pertence : e consequentemente quer dizer que ao enfyteuta pertence o ser senhor do predio , e de o cultivar , e que isto he o senhorio obrigado a conceder-lhe. E como debaixo da particula *sub* tão somente se achão as palavras *vestigali certo* , vem Cujacio a dizer , que o enfyteuta somente está obrigado ao canon , ou pensão. Em fim eu penso , que todas as palavras de Cujacio se podem muito bem assim traduzir = O direito enfyteutico he hum certo direito de condição , pelo qual se faz que aquelle , que não he senhor , tenha do que he senhor a faculdade de ter , e cultivar o predio com obri-



obrigação de certa pensão. Porém se o A não quizer isto, seja como elle quizer, que como já disse as definições não se devem fazer por autoridade; mas sim, como mandão as regras da boa Dialectica: e assim fica demonstrado que independentemente da questão, se o enfyteuta he obrigado a cultivar, ou não, se devem excluir da definição aquellas palavras, e o Repetente não teria obrigação de responder a ella; mas eu não duvido tratalla.

6. O A. porque nos Elementos es-D.Nat. tabeleceo entre os axiomas, que ahi refere, que o enfyteuta era obrigado a cultivar, e melhorar a enfyteuse, para mostrar a evidencia do seu axioma recorre 1<sup>o</sup>. á authoridade dos Escritores de direito Natural: 2<sup>o</sup>. a origem da enfyteuse entre os Romanos 3<sup>o</sup>. a L. 2., e 3. C. de *Jur. Emphyt.*, 4<sup>o</sup>. á Lei de 4. de Julho de 1776.: 5<sup>o</sup>. aos sentimentos communs, que manda procurar entre os senhores: e a isto accrescenta varias perguntas, admirações, e exclamações. Eu devo confessar que se a questão se houvesse de decidir por votos, e estes se houvessem de numerar, sem se  
po-



ponderarem , se não podia duvidar do axioma do A. : porem como desta materia tem tractado tanta gente , he de desconfiar , que isto não tenha a evidencia de axioma. Por tanto eu a considerarei primeiramente por direito Natural , e depois observarei , se as leis Romanas e as nossas seguiram o mesmo , e tambem responderei aos fundamentos do A.

7. Cultivar , e melhorar as propriedades todos concordão , que não he outra cousa mais que dar-lhes huma nova forma que as faça uteis : em huma palavra que he hum meio de tirar dellas a maior utilidade , e ninguem duvida desta significação. Igualmente todos convem que por direito Natural mesmo he da essencia do contracto enfiteutico o ser do enfiteuta , e pertencer-lhe o dominio util da cousa afforada , e que só por via de huma nova convenção lhe pode ser restricto , ou dividido , e que nunca lhe pode ser tirado de todo ; porque seria isto mudar de contracto : mas como o dominio util consiste principalmente no direito , e faculdade de perceber toda a utilidade da cousa afforada , vem a ser huma consequencia legitima destes principios , que o direito de receber toda a utilidade da enfyteu-  
se



se he todo do enfyteuta, e que sómente lhe pode ser restricto, ou dividido por huma convenção adjecta; mas que nunca lhe pode ser de todo tirado, sem se mudar a natureza do contracto. Tambem todos confessão, que como qualquer he senhor do fim, o he tambem dos meios para elle necessarios, e que são iguaes entre si o direito do fim, e o dos meios: por tanto assim como concordão, que o cultivar, e melhorar as propriedades he o meio de procurar a sua maior utilidade, tambem devem confessar que o direito, e faculdade de cultivar, e melhorar as cousas affectadas he por virtude do contracto enfyteutico todo do enfyteuta. E porque, obrigando-se o enfyteuta ao senhorio a cultivar, e melhorar a enfyteuse, perde este direito, e cede da liberdade que compete ao senhor, tambem devem dizer que da natureza do contracto enfyteutico não he, que o enfyteuta fique obrigado a cultivar, e melhorar sem novo ajuste.

8. De mais, a obrigação de cultivar, e melhorar, como consiste *in faciendo*, he huma obrigação *facti*: mas como he da natureza destas obrigações por direito Natural mesmo, que o estipulan-



te possa ceder do seu direito, excluir o promittente, e fazer, ou mandar fazer a mesma cousa a outrem, e só he obrigado a pagar o interesse, que o promittente tinha em fazer o que ajustou, o senhorio poderá ir por si mesmo cultivar, e melhorar a cousa afforada, ou mandar fazer isto a outrem, e excluir o enfyteuta, se quizer, e sómente será obrigado a pagar-lhe o interesse, que elle tinha em fer elle mesmo o cultivador, e melhorador. Porém isto nem o A. o poderá conceder, visto o que escreve nos Elementos §. 57. aonde diz que o senhorio não pode impedir o enfyteuta do uio do seu direito, e no §. 34. diz que he obrigado a entregar-lhe a cousa afforada: por consequencia deve tambem confessar, que da natureza do contracto enfyteutico não he, que o enfyteuta fique obrigado a cultivar, e melhorar; mas que he necessario para isto outra convenção. Não menos he notorio, que por isso que o cultivar, e melhorar consiste *in faciendo* esta obrigação he huma obrigação de obras: mas estas obrigações são objecto do contracto da locação, e da locação diferente da das cousas, isto he, de hum contracto muito differente, e de outra

na-



natureza diversa do contracto enfyutico : conseguintemente não se pode dizer , que feito este contracto se julga contrahida a obrigação de cultivar ; porque só em cada contracto se pode julgar contrahido aquillo que he de sua materia , e não o que he da materia de outro contracto differente , e só se poderá dizer , que se contrahio esta obrigação , quando houver alguma declaração a este respeito.

9. Ultimamente, todos conhecem que os modos de adquirir não forão inventados, senão para procurar, e haver o interesse, e as obrigações não podem ter outro fim, senão o interesse, e utilidade daquelle, para quem ellas se contrahem; ou daquelle, em cuja utilidade o estipulante tambem he interessado. Mas agora pergunto eu, que interesse terá o senhorio, em que o enfyteuta cultive, em quanto dura o contracto, que não he restricto? O mesmo A. ha de dizer que nenhum; porque nos Elementos escreve, que toda a utilidade da cousa afforada pertence ao enfyteuta, (c) no que unanimamente todos convem: pois senão tem interesse, he evidente que não pode subsistir similhan-

te



te obrigação , em quanto dura o contracto ; porque nenhuma pode subsistir sem o seu fim. E como da natureza do contracto enfyteutico he o ser perpetuo , tambem devemos dizer que da natureza deste contracto he , que o enfyteuta perpetuamente não fique obrigado a cultivar , e melhorar , se não houver huma declaração , e ajuste a este respeito. Lembrão alguns que a cultura aumenta os laudemios : porém ainda que os senhorios possão receber esta utilidade , comtudo como a não recebem , se não em consequência da venda , e a esta não he obrigado o enfyteuta , não pode nascer daqui a obrigação de cultivar , e melhorar ; pois de outra maneira haveria obrigação para o consequente , sem a haver para o antecedente.

10. Não obsta o que dizem , que os senhorios , quando concedem o dominio util por tão pequena quantia , qual he a de pensão enfyteutica , não podem ter outro designio , senão que a cousa se cultive , e melhore : por quanto alem delles não serem tão parcós a este respeito , como se suppõe , não se pode tal considerar ; mas antes  
de-



devemos dizer, que se a naõ poseraõ maior foi, porque o enfyteuta a naõ quiz de outra maneira aceitar, ou que hum, ou outro quiz ser mais liberal. Porque dizer-se que o senhorio fez a pensão pequena em attenção aos gastos da cultura, e melhoramento da cousa, he o mesmo que dizer que elle considerou, e representou na sua mente a cousa culta, e melhorada, e que calculou a pensão, que lhe correspondia neste estado culto, ou ao seu rendimento, e que desta pensão diminuiu o correspondente ao necessario para a despeza, que o melhoramento pedia: por exemplo vio elle, que á cousa melhorada correspondia, e podia bem soffrer neste estado, ou em razão de seu rendimento, ou em razão della mesmo a pensão de cem mil reis; mas que para ella chegar a este estado, era preciso gastarem-se quatro mil cruzados, descontou oitenta, que correspondem aos quatro mil cruzados, e pôz a pensão de vinte. Porém como estes vinte, porisso que são o resto daquelles cem, são postos ao mesmo que elles foram, esta pequena pensão vem a ser posta em correspondencia, ou da cousa mesmo,

ou



ou do seu rendimento : e por conseguinte quando se diz que o senhorio fez a pensão pequena em attenção aos gastos da cultura , e melhoramento , vem a dizer-se , que se não fez hum contracto enfyteutico ; porque neste a pensão não he em attenção a cousa mesmo , nem ao seu rendimento ; mas tão sómente em reconhecimento do dominio directo , que fica ao senhorio. Donde fica sem duvida , que no contracto enfyteutico nunca o senhorio faz a pensão pequena por este respeito ; mas tão sómente porque a não pode achar maior , ou a não quer procurar , e não se pode concluir outra cousa deste argumento : pois huma vez que se provar, que a pensão se fez pequena para descontar os gastos da cultura , e melhoramento, já o contracto muda de natureza , e não he enfyteuse ; mas sim locação , ou censo.

II. Nem se diga tambem que o senhorio não quer a cousa cultivada , em quanto o enfyteuta a possuiue ; mas que quer que ella , quando voltar para a sua mão , venha culta , e melhorada , que esta foi a sua mente , e que a isto se deve julgar obrigado o enfyteuta. Por quanto além de por este ar-  
gu-



gumento se confessar que o enfyteuta ; em quanto possue a cousa afforada , não he obrigado a cultivar contra o axioma do A., tambem se não pode dizer que o senhorio teve este designio : porque se segundo a natureza do contracto o intento do senhorio não he , como no argumento se diz , que o enfyteuta , ou seus successores cultivem a cousa afforada , em quanto a possuem , tambem o não he , que a cultivem em tempo algum ; pois elle no contracto claramente mostra que o seu intento he , que o enfyteuta , e seus successores a possuão perpetuamente , e até estipula que nunca poderão largar a enfyteuse contra sua vontade , e a isto fica o enfyteuta obrigado Em huma palavra como da natureza deste contracto he o ser perpetuo , da natureza delle tambem he que o enfyteuta possua perpetuamente: e se elle em quanto tem direito de possuir , não he obrigado a cultivar , como no argumento se confessa , não he obrigado a cultivar perpetuamente , que he o mesmo que dizer , que nunca he obrigado a cultivar , e melhorar. He sim da natureza do mesmo contracto que o enfyteuta não peca a enfyteuse , se não pela pena do commissso ; mas he evidente que desta pe-



na não pode deduzir esta obrigação : porque ella não faz mais que tirar ao enfyteuta os seus direiros activos , e elle para satisfazer a ella , lhe basta não impedir o senhorio no seu direito , e não he obrigado a prestar mais. Sei mais que este contracto de perpetuo se pode fazer temporario por tres vidas por exemplo , por quatro , ou por mais , segundo se ajustar , e declarar-se que acabadas ellas volte para o senhorio a cousa afforada : porém isto não se faz , senão por via de huma declaração , ou pacto , e d'elle não se deduz esta obrigação de cultivar ; porque se não pode extender a mais do que elle declara , por ser huma excepção , ou limitação do direito do enfyteuta ; e de mais seria dizer que para esta obrigação era necessario haver huma declaração , assim como para haver esta limitação he preciso havella.

12. Tambem não pode obstar , o que se costuma dizer que he precito que o enfyteuta cultive o prazo ; porque as propriedades , se se não cultivão , se deteriorão : argumento de que parece usa o A. por ellever aquelles verios referidos por Heinecio. (1)

Assi-

---

(1) Obser. T. P. ad Pand. p. 3. §. 332.



*Affiduo si non tellus renovetur aratro,  
Nil nisi cum spinis gramen habebit ager.*

Sepola persuadio-se deste argumento:  
(1) mas já Aurelio Corboio respondeo  
(2), que sómente podia ter lugar, e ve-  
riñicar-se isto na enfyteuse das cousas cul-  
tas; porque o enfyteuta he obrigado a  
conservar a cousa afforada no estado, em  
que a recebe: e eu digo que de simi-  
lhante argumento se não pode concluir  
mais, que ser obrigado o enfyteuta a  
não deteriorar: mas esta não he a questão  
que tratamos, porque se trata do me-  
lhoramento, e nunca se duvidou que se  
for precisa alguma cultura para conser-  
var a cousa no mesmo estado, em  
que o enfyteuta a recebeo, seja elle a  
esta obrigado; porque a não deve deixar  
deteriorar. Em quanto ao argumento que  
o A. tira da authoridade dos Escriitores  
de direito Natural, citando Carlos Mar-  
tini, que põe a obrigação da cultura a  
pár com a da pensão, ( 3 ) eu confesso  
C ii que

---

(1) Conf. 25. n. 11. (2) De Cauf. ex  
quib. emphyt. jur. suo privatur. f. 5. (3) Pos.  
J. N. §. 512.



que me não podia lembrar A. de direito Natural, que eu mais respeite: seu livro foi o primeiro, que li nesta materia, e tive o trabalho de o decorar: porém eu faltaria ás instrucções deste mesmo Escriitor, se na Juritprudencia Natural fizesse caso de argumentos de authoridade humana.

13. Se os Romanos deraõ, ou não ao contracto enfyteutico huma forma, que por ella ficassem os enfyteutas obri-dos a cultivar, e melhorar os predios enfyteuticados, cuja utilidade, e lucro os senhorios directos lhes davaõ toda, como tambem todo o melhoramento, que lhes fizessem, rezervando só para si a substancia da cousa, he huma questão verdadeiramente de facto, e porisso nós para a examinar-mos devemos ouvir os mesmos Romanos, e na falta de seus testemunhos devemos ver, se elles receberiaõ este contracto de alguma das Nações anteriores, ou vizinhas para saber-mos a fórma, em que estas d'elle usaraõ. Este segundo exame porém pouco nos pode aproveitar: pois são muito escassos os indicios, que se achaõ deste contrato os outros Povos. Nem serve a determinação de Jozé entre os Egypcios Gen. Cap. 47.

ver.



verso 24. , a que para provar o contrario se recorre : porque Jozé fazendo pagar aos Egypcios a pensão neste cap. mencionada, em certo modo nenhum contracto fez ; pois elle era concebido em nome de Faraó , de quem eraõ então escravos os Egypcios , como se lê no vers. 20 , e 21 do mesmo capitulo , e entre o senhor , e o escravo não pode haver contracto. E ainda que se queira dizer , contra o que se lê no dito cap. , que os Egypcios então não eraõ escravos , ainda assim mesmo não era esta convenção hum contracto enfyuteutico : porque Faraó , ficando com o quinto , que se determinou, ficava interessado no rendimento dos predios , e não tinha huma pensão certa , o que tudo he alheio deste contracto. Jozepho nas antiguidades Judaicas Liv. 1. cap. 4. refere esta mesma determinação de Jozé a respeito dos Egypcios : porém pelo que respeita aos Judeos, não dá noticia que usassem deste contracto , nem a lei do anno do Jubileo soffria huma alienação perpetua como a do contracto enfyuteutico. Aristoteles no Economico Liv. 1. conta , que os Bizantinos na falta de dinheiro davaõ *in perpetuum* os predios incultos por certa mérce , e os cultos *ad tempus* : porém



rém estas convenções verdadeiramente  
 erão locações como já tem advertido  
 muitos, e as palavras porque Aristoteles  
 se explica, bem mostram, que elles não  
 alienavão parte alguma do dominio.  
 D'outros Povos não ha noticia: por tan-  
 to só nos resta ouvir os mesmos Roma-  
 nos.

D.R. 14. He commum procurar a origem  
 deste contrato na divisão, que o Povo  
 Romano fazia das terras, que se toma-  
 vão aos inimigos: allega-se para isto o  
 testemunho de Appiano no Liv. 1. de  
*Bello Civili*, como lugar mais expref-  
 so, aonde elle para dizer a causa da  
 fedição contra Graco, refere a divi-  
 são, que os Romanos na Italia fizeram  
 das terras captivadas. Eu por elle prin-  
 cipiarei, e por não ter o original, trans-  
 creverei, o que me lembra da traduc-  
 ção do P. Candido impressa em Ve-  
 neza, em 13. de Novembro de 1525  
*Romani* ( diz elle ) *Italiam bello vin-*  
*dicantes telluris portiones inter se di-*  
*viserant, in iisque, vel condiderant*  
*urbes, vel ubi conditæ prius fuerant,*  
*ibi Colonos sorte deduxerant, et has*  
*quidem praesidiorum caussa munierant.*  
*Agros vero, quos quisque adeptus es-*  
*set, earum habitatoribus colendos de-*  
 de-



*derant, vel praetio illis attribuerant, vel mercedis causa contulerant. Si qua autem tellus, ingruentibus bellis, inculta remansisset, quo multitudine impleretur, neutiquam per negligentiam sordescere passi, in hunc modum proclamari iusserant: Volentibus interim agros colere, annua vectigalia publico esse pendenda, seminum partem decimam, arborum vero quintam, eorum, quos praecipissent, fructuum, adhibitus etiam pecoribus vectigalis exigendi modus, maiorum, minorumque, et armentorum, quae vicissim eis venundabant...*

15. Os Romanos ( diz o Historiador ) conquistando por partes a Italia, e dividindo em porções esta conquista, venderão parte dos predios cultos, e derão parte aos antigos habitantes, parte a colonias para ahi conduzidas por sorte, e arrendarão outra parte: e a respeito das terras incultas, mandarão publicar, que quem quizesse cultivar, havia de pagar a quinta parte dos fructos das arvores, e dos outros a decima, e dos gados, e animaes huma certa quota, a qual elle não declara. Por esta publicação feita a respeito das terras incultas vemos nós,



nós , que cada hum podia apossar-se de quanta terra quizesse cultivar , e que aquelle , que tomava conta della , fazia huma tacita convenção com a Republica de lhe pagar aquella pensão , ou vectigal : porém como esta pensão era posta aos fructos , e estes segundo os differentes annos podião ser mais , ou menos , por esta convenção a Republica , não só ficava interessada no rendimento destas terras , mas podia em huns annos receber maior pensão que em outros , o que tudo he alheio do contracto enfytheutico. Porque neste contracto a pensão deve ser certa , e não deve ser posta ao rendimento , nem em attenção a elle , nem o senhorio ha de ficar interessado no lucro ; pois da natureza delle he , como he notorio , que a pensão seja certa , e sómente em reconhecimento do dominio directo , e que toda a utilidade , e augmento da cousa afforada pertença para o enfyteuta. De mais , da natureza da enfyteuse he que o enfyteuta fique com o dominio util , e segundo o que refere Appiano , nem os mesmos Italianos se persuadirão , que a Republica lhes dava dominio algum naquellas terras ; pois diz , que elles esperavão ficar del-



dellas senhores pela diuturnidade do tempo: estas são as suas palavras, *Nam divites ( idest Italiae ) telluris indivisae portionem sibi magnam vindicantes a nemine ob diuturnitatem temporis auferri posse confisi.* No tempo de Tiberio Graco ainda os Italianos não poderão provar, que tinham dominio nestas terras, e o Senado reconheceo a primeira proposição da falla, que este grande homem fez perante elle, para defender a lei Agraria. Principia elle, *Num justum foret, quae communia sunt, communiter dividere?* Esta pergunta suppõe que as terras, de cuja repartição mais se tratava, eraõ commuas, isto he, que eraõ da Republica, e estas segundo a causa, que a esta lei procurou Appiano (a saber a liberdade, que se tinha dado na Italia de cada hum tomar a terra inculta que quizesse) eraõ as terras incultas, de que os Italianos se tinhaõ feito possuidores, e que tinhaõ cultivado: Os ricos da Italia não se atreveraõ a negar a proposição incluída na dita pergunta, e não tiveraõ contra Graco outros meios, se não os da intriga, os quaes elle não pode vencer. Por tanto deve-  
mos



mos assentar que elles eraõ verdadeiramente colonos, e naõ enfyteutas ainda neste tempo, e que naõ he nesta convençaõ, que se fazia com o publico a respeito das terras incultas da Italia, que nós devemos procurar a origem, e natureza do contracto enfyteutico; mas sim em outras convenções.

16. Como na conquista da Italia, assim nas conquistas posteriores as terras captivas aos inimigos se fazião pelo direito da guerra da Republica, e ellas segundo as differentes formas, ou da voluntaria entrega, ou da conquista se dividião de differentes modos: humas vezes se davão algumas aos Povos conquistados, outres vezes se repartião por leis Agrarias tambem, impondo em hum caso, e outro certo vectigal, ou pensão para o publico, e tambem se davão algumas aos Municipios, para os encargos, e ornato dos edificios, e lugares publicos, como com Pedro Burmano refere Heinecio (1). Aquellas terras porém, que os Romanos não davaõ de alguns dos referidos modos, ficavaõ ple-

---

(1) Ant. Rom. ad Inst. Lib. 3. tit. 23. §. 9. n. b.



plenamente do publico, assim cultas, como incultas, e destas as que se podiaõ vender, vendiaõ-se, e as outras se tinhaõ forma para se arrendarem, conservava-se-lhes, e se a naõ tinhaõ, dava-se-lhes. E para melhor se conservarem huns, e outros predios, se ornavaõ de colonos adscriticios, servos, e livres; pois de huns, e outros havia, como se vê no tit. *C. de Agric. et censitis*. Acurcio á rubrica deste tit. refere as differentes especies delles. Nisto naõ fazia o publico mais que os particulares: porque a convençaõ colonaria era approvada pelas leis: hum homem livre mesmo se podia obrigar a cultura dos predios, e depois do ajuste ficava, ainda que livre, adscriticio (1), até aquelle, que por trinta annos cultivava hum predio alheio sem reclamar, ficava delle adscriticio, (2), e segundo o que se collige, do que diz Appiano no dito liv. 1. *de Bello Civili* a respeito dos que se querião subtrahir á guerra, este pacto colonario he muito antigo entre os Romanos. Estas propriedades, e campos, com que a Republica ficava,

---

(1) L. 20. 21. Cod. de Agric., et censit.  
 (2) L. 18. Cod. eod.



va, chamavão-se vectigaes, assim como os que se davão aos vencidos, ou se repartião por leis Agrarias, ainda que não tão propriamente, como adverte Heinecio (1): mas depois pelo uso da lingua Grega se chamarão todas estas terras enfyteuticas, e com bem propriedade: porque segundo a verdadeira significação desta palavra, toda a terra, que se semêa, e em que se planta, seja pelo titulo que for, se pode chamar enfyteutica. No tempo de Macer parece ser isto o mais usado: pois elle na l. 15. §. 1. D. *Qui satis dare coguntur*, diz: *qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet.*

17. Aquella liberdade, que a Republica estabeleceo na Italia de cada hum cultivar a porção da terra inculta que quizesse, como no tempo de Graco se conheceo que não era util, e deu occasião ás guerras da Italia, que depois da morte deste grande homem pertubarão a Republica, parece não foi continuada nas conquistas posteriores: pois assim as terras cultas, como tambem as incultas, forão incum-  
bi-

---

(1) D. n. b.



bidas aos Decuriões , e elles erão obrigados a procurar , quem quizesse as incultas , e a fazer os ajustes a este respeito de baixo da pena de pagarem do seu pelas terras desertas , e incultas , que não arrendassem. (1) Porém como estes erão só administradores , não podião alienar dominio algum , nem por conseguinte fazer os ajustes enfyteuticos. Donde a enfyteuse não póde ter origem na divisão , que os Romanos fazião das terras conquistadas : porque tendo principiado nas terras incultas , a não teve na divisão das da Italia , como fica mostrado , e a obrigação , que nas divisões posteriores se punha os Decuriões , não nos deixa lugar a conjecturar , que nellas se tratasse de alienações enfyteuticas.

18. O não haver quem quizesse as terras incultas de outra maneira , foi sem duvida a causa , ou da introducção do contracto enfyteutico , ou da sua frequencia : por tanto nós devemos observar , quaes eraõ os ajustes , que o publico fazia das suas terras antes del-  
le , para acharmos a causa , porque se  
não

---

(1) L. 1. 6. Cod. de Omn. ar. gdisert.



naõ queriaõ aceitar estas terras. A Republica fazia os seus arrendamentos, ou locações perpetuamente, ou por tempo certo, segundo diz Paulo, (1) e para isto se punhaõ editos para se ajuntarem, os que quizessem arrendar, e o predio se dava, a quem mais desse, (2) e só por equidade se concedeo, que preferissem tanto pelo tanto os antigos colonos, (3) e aquelle, a quem se mandava entregar o lanço, dava a caução de indemnidade (4). E ainda que a Republica fazia locações, ou arrendamentos temporaes, como fica dito, comtudo, como pelos arrendamentos perpetuos segurava mais o seu rendimento, estes foraõ os mais usados, principalmente nas terras mais apartadas de Roma: e por isso devemos procurar nestes a causa, porque se desejou a enfyteuse, visto que ella teve principio nos contractos do publico.

19. Como o tempo mais, ou menos diuturno naõ muda a natureza dos contractos, o colono que fazia huma  
lo-

---

(1) L. 1. D. Si ager. Vect. pet. (2) L. 3. C. de Locat. præd. Civil. (3) L. 4. C. cod. (4) L. 1. Cod. eod.



locação perpetua não obtinha dominio algum no predio, (1) o perigo delle, affim como o augmento pertencia ao publico, e elle era só obrigado a não o deixar deteriorar por dolo, culpa lata, ou leve, (2) visto que no ajuste a Republica tambem tinha interesse. Se a cousa porém sem causa sua se damnificasse; ou se houvesse alguma esterilidade, ou por outro qualquer motivo, que não fosse hum vicio natural, produzisse menos, elle podia pedir que se lhe diminuísse a pensão, e lhe fizessem compensação. (3) Tambem não era obrigado nem ás obras necessarias, antes as podia pedir para poder tirar o lucro do uso da cousa (4). Mas como por outra parte todo o augmento da cousa por virtude do contracto da locação, ou procedesse das obras, ou fosse natural, pertencia para o publico, a pensão tambem se podia mudar por causa delle, como igualmente, se a Republica alie-

na-

---

(1) L. 39. D. Locati. (2) L. 23. D. de R. J. L. 13. §. 1. L. 19. §. 1. L. 25. §. 3. 4. D. Locati. (3) L. 15. §. 4. eod. L. 8. Cod. de eod. L. 4. C. de Censib. & Censit. (4) Arg. L. 15. por toda L. 19. §. 1. 2. 5. D. Locati,



nasse esta propriedade, o que se fizesse della senhor, não era obrigado a sustentat o ajuste, e podia excluir o perpetuario, e só este podia haver da Republica o seu interesse. (1) Este interesse que a Republica tinha em poder augmentar a pensão, como tinha annexo o onus de concorrer com as despesas necessarias para as obras, querendo ella incitar os perpetuarios a fazel-las, e prevenindo deste modo a sua despezza, deu-lhes o privilegio de se lhes não augmentar a pensão por todo o augmento, que a cousa tivesse, e que delles fossem as bemfeitorias, e o augmento. (2) E porque parece não ter sido isto ainda suficiente para os incitar a fazer bemfeitorias, por temerem ficar sem os predios, quando a Republica os alienasse, concedeo-se-lhes outro privilegio, de que as propriedades nunca se lhes podessem tirar, e que quando a Republica as alheasse, esta alienação se reputasse só feita a respeito

---

(1) Arg. d. L. 25. §. 1. D. locati. (2) L. 3. C. de Alluv. & palud. & pisc. L. 2. C. de præd. & omn. reb. navic. L. 2. C. de Fund. rei privat.



to da pensão L. ult. Cod. *Le Locat. præd. Civ.*

20. Estes dous privilegios de nunca se augmentar a pensão ao perpetuario, e de não se lhe poder tirar o predio, faziaõ as locações perpetuas muito interessantes; mas como ainda assim os perpetuarios não eraõ senhores do predio conservavaõ os Decuriões o direito da inspecção, e elles podião em nome do publico dirigir as obras necessarias, ou uteis, que nelle se houvessem de fazer, e até no caso de o perpetuario as ter feito, e ter bemfeitorizado o predio, o Decurião, não se agradando dellas, podia ordenar outras: se o perpetuario quizesse fazer da vinha huma seara, não podia (1): emfim como não era senhor, estava sujeito aos Decuriões a respeito da mesma propriedade, e nem podia mudar a face ao predio, se o Decurião se oppo- fesse, ainda que julgasse que isto lhe era mais interessante. O desejo pois desta liberdade foi, o que levou os Romanos perante os Imperadores a pedir-lhes o dominio nas terras do publico, e nenhuma outra cousa depois de privile-

D gia-

---

(1) Arg. L. 2, C. de Censib., & Censit.



giadas as locações perpetuas do modo, que vimos, os podia incitar a isto; porque o vectigal, ou pensão, que por jugadas, geiras, ou outro modo estava determinado, e imposto aos terrenos, não se costumava diminuir; e elles já podião sem o dominio mesmo deixar a propriedade a seus herdeiros, doalla, ou vendella, se lhes parecesse.

(1) Nenhuma outra cousa, como já disse, podia motivar a supplica dos Romanos, a qual sendo deferida, ou era pelos Imperadores concedido aos requerentes o dominio pleno, ou o menos pleno, de cujos dous modos de conceder o dominio nas terras do publico, se achão indicios manifestos na L. 3. *Cod. de Fund. rei privat*, e na L. 3. 7., e 10. *Cod. de Fund. patrimon. & Salticens.*, e póde ver-se Gothofredo a esta lei 10. n. 16.

21. Quando isto principiou, deixo eu ás conjecturas de Schilter; (2) mas fosse em qualquer tempo que fosse, os Imperadores Romanos que não impunhão a obrigação da cultura, quando davão o dominio pleno, lembrar-se

---

(1) D. L. ult. *Cod. de Locat. præd.*

(2) *Exercitat.* 16. *Th.* 77.



se-íão de a pôr , quando davão o menos pleno ? Ou temeríão elles , que o Enfyteuta largasse a propriedade antes do que o censuario ? Não , os Imperadores sabíão que fazião huma mercê menor ao Enfyteuta , e que elle ficava obrigado pelo contracto a satisfazer sempre ao publico. Sahiria da sua patria hum Provinciano para ir pedir isto ao Imperador , ou Magistrado , a quem elle desse esta autoridade (1), porque não podesse obter dos seus Decuriões huma terra deserta , e inculta pelo contracto da locação ? Não , os Decuriões se viraõ muitas vezes obrigados a pagar do seu pelos predios incultos , por não haver quem os quizesse , e para os aliviar se chegou a obrigar aos que tinham terras fertilizadas a receber as incultas : (2) nem nós podemos suppôr que este homem , podendo obter todos os commodos , que do predio lhe podião provir por huma locação que lhe offerecião , e em que elle fazia obras , e bemfeitorias se queria , fosse sujeitar-se a ser obrigado a ellas pelos Decuriões ; pois elle se havia de lembrar ,

D ii

que

---

(1) V. L. 2. Cod. de Fund. rei privatae.

(2) L. 5. 6. Cod. de Omn. agr. desert.



que vinha a ficar mais sujeito do que pela locação já estava; porque por esta se quizesse fazer bemfeitorias, podia escolher o tempo mais commodo, e em que melhor occasião tivesse, e só podia ser embaraçado no modo, que elle escolhesse de as fazer; e então elle podia ser obrigado pelos Decuriões a fazellas, quando elles julgassem que era necessario, tivesse, ou não occasião para isso. Pela locação ficava na sua escolha bemfeitorizar o terreno, quanto lhe parecesse, e agora ficava isto dependente do Decurião, e até se o successor deste não achasse que era sufficiente, quanto o antecessor tinha mandado fazer, este homem era obrigado a fazer nova despeza: e assim ainda que extraordinariamente obtivesse a mercê de se lhe diminuir a jugada, ou o imposto ao campo, elle ficaria obrigado a maior despeza, ficando com a obrigação da cultura, e melhoramento; e quando pensava livrar-se dos Decuriões, mais ainda se lhes sujeitava. Pelo que nós não podemos suppôr, que este homem cuidasse em obter de similhante modo o dominio util, sem o suppormos demente, e incapaz de fazer o contracto que pretendia: e tambem ainda sendo o contracto



Éto enfiteutico anterior ao tempo , em que as locações perpetuas assim ficarão privilegiadas , elle se teria antiquado , e teria cahido em desuso , se elle fora instituido com similhante obrigação ; porque as locações perpetuas , ou de longo tempo de annos eraõ mais uteis.

22. Conhecerão isto bem os Imperadores Romanos. Constantino determinou , que se alguem comprasse as propriedades cultas , e fructíferas ao enfiteuta , ficando elle com as incultas , ou estereis , fosse o comprador tambem obrigado a pagar pelo vendedor , se elle fosse pobre , e não pudesse procurar o lucro das terras com que ficava ; mas nem lhas tirou , nem o obrigou a cultivallas. (1) Valentiniano , e Valente declararão que a titulo de estarem as propriedades incultas , e desertas , não podessem os enfiteutas desobrigar-te da pensão : mas tambem declaraõ que por este titulo se lhes não podessem tirar. (2) Os mesmos Imperadores declaraõ que o que obtivesse os fundos da Caza ficaria obrigado ao onus , e a fór-

---

(1) L. 2. Cod. de omn. agr. desert.

(2) L. 3. C. de fund. patrimo.



fórma que elles tinhão, quando os recebesse, e fallando a respeito das bemfeitorias, explicaõ-se desta maneira: *Si quid adjecerit sumptus cura, vel solertia*, (1) a qual fórma de fallar, como se vê da particula *si*, mostra evidentemente, que elles deixavaõ as bemfeitorias ao arbitrio, e curiozidade do enfyteuta. Estes mesmos Imperadores com Graciano, fallando da cultura, e melhoramento por occasiaõ da determinaçaõ que faziaõ a respeito das pensões, explicaõ-se deste modo, *Cultus hodiernus, qui per industriam hominis animosi accessit*: (2) donde nós vemos que elles tinhaõ o melhoramento, e cultura, como acçaõ da industria de hum homem animozo, mas não obrigado. Honorio, e Theodozio determinaraõ que nenhum possuidor fosse obrigado assim pelas dividas alheas, como pelas destruições: saõ suas palavras, *pro alienis debitis, vel destitutionibus*: (3) pois he evidente que se o enfyteuta fosse obrigado a cultivar, e melhorar, quando tomasse conta da proprie-

---

(1) L. 2: C. de Fund rei privat.

(2) L. 2. Cod. de præd. & omn. reb. nav.

(3) L. 12. Cod. de omn. agr. desert.



priedade destruida, elle a deveria melhorar, como se a recebesse inculta, e agreste. Ultimamente, as cauções que se pedem na l. 3. Cod. de Omn. agro desert., e 7. Cod. de Fund. patrimon. são sómente de *damno evitando*, e iguaes á caução, que se acha pedida para as locações perpetuas na l. 1. Cod. de *Locatione praediorum civilium*. Do que tudo claramente se vê, que se não obrigava o enfyteuta a cultura, e melhoramento, nem a obras, ou bemfeitorias algumas, como nas locações. Não ha duvida que as palavras *Jus emphyteuticum*, porque se explicaõ os Imperadores nas referidas leis, como tambem as palavras *emphyteutarius*, *emphyteusis* pela introdução, e uso da lingua Grega entre os Romanos, se podem entender assim dos colonos, como dos enfyteutas, e censuarios, como eu já adverti: (1) mas como ellas tambem se podem entender a respeito dos enfyteutas, nós tambem a respeito delles as devemos entender, por isso mesmo, que as leis não fazem distincão, e porque se não achão outras disposições no Codigo a este respeito, senão estas assim geraes. Por quanto, ou havemos de dizer, que

o

---

(1) N. 16.



o publico não usava do contracto enfiteutico, ou as havemos de entender a respeito dos enfiteutas: e como he certo que o publico usava deste contracto tambem o he que as ditas disposições a elle dizem respeito.

23. Nem se queira deduzir a obrigação de melhorar, e fazer bemfeitorias daquelle indulto, de que faz menção Eustachio (1), pelo qual o publico concedia a immuniidade da pensão por dous annos, aos que recebiaõ as terras incultas, e desertas; porque foi isto concedido geralmente aos que as recebessem, sem fazer differença de titulo, ou contracto porque as recebiaõ; e o mesmo Eustachio não faz differença entre os Enfiteutas, censuarios, e colonos: por tanto assim como todos reconhecem que os censuarios, e os colonos nunca estiveraõ obrigados só por virtude do contracto ás bemfeitorias, e que era necessario haver além do contracto huma declaração, e ajuste a respeito dellas, tambem devem reconhecer, e dizer o mesmo a respeito dos enfiteutas. Quanto mais, que da lei

---

(1) Lib. 1. de Tempor. Cap. de Bienio.



lei 1. *Cod. de Omn. agro deserto* se vê, que esta immuniidade foi directamente concedida em beneficio dos Decuriões, e só indirectamente em beneficio dos que recebiaõ estas terras; pois desta lei se manifesta que este indulto foi concedido para incitar, e mover os particulares a quererem as terras incultas, e ficarem os Decuriões desonerados de pagarem por ellas, ao que eraõ obrigados, naõ havendo quem as quizesse. Naõ menos mostra a mesma lei que o indulto no principio foi concedido por tres annos, aos que recebiaõ as ditas terras pelos ajustes feitos com os Decuriões; e como estes naõ eraõ senaõ de locaçãõ, evidentemente se conhece que a causa, porque se concedia, naõ era para que ficassem obrigados ao melhoramento, e bemfeitorias por virtude do contracto; porque nas locações sempre foi regra constante, ser preciso hum novo pacto para haver esta obrigaçãõ. Tambem das leis 2. 8., e 11. do mesmo titulo se vê, que os que recebiaõ estas terras, huma vez que pagassem a pensaõ, a nada mais eraõ obrigados, e que quando mesmo se ausentassem, e naõ pagassem a pensaõ, era preciso serem citados por editos



tos para perderem o direito das ditas terras, ainda que as tivessem incultas, a qual citação que se fazia, não era se não para ou pagar, ou ceder das terras, e não era para as melhorar: pois da l. 7. vers. *illos etiam* he manifesto, que podiaõ conservar as terras incultas huma vez que pagassem, do que tambem já fizemos menção.

24. Não se lembre tambem, que na dita l. 7. pr. se diz, que se dava o direito enfyteutico áquelle, que fizesse idoneo o predio inculto, estabelecendo-se quasi outra vez aquella liberdade, que foi funesta na Italia, ainda que por outro genero de convenção. Por quanto deste principio da lei mais se conclue que se dava o direito censuario antes que o enfyteutico, e com tudo ninguem diz, nem póde dizer, que o censuario ficasse por virtude do contracto obrigado ao melhoramento. Mas embora fosse o direito enfyteutico, o que se dava a quem fizesse os predios idoneos, e ferteis, ainda daqui se não póde deduzir, que no contracto enfyteutico havia sem novo ajuste a obrigação de cultivar, e melhorar, porque este homem, que cultivava a terra inculta, só contrahia a obrigação en-



enfyteutica depois que a terra estivesse idonea, e o contracto sómente então principiava: pois como a lei lhe não dava o direito enfyteutico, senão depois da cousa estar idonea, só então podia principiar o contracto; e de outra maneira deveríamos dizer, que hum contracto se verifica, e aperfeiçoa antes do accitante ter direito algum, o que implica com as regras dos contractos; porque quando estes se verificão, então começaõ os direitos, e obrigações que delles nascem: e assim já semelhante obrigação daqui não podia nascer. Que os Romanos assim o entenderão, se vê da mesma lei 7. dito *vl. illos etiam*, no qual os Imperadores determinaõ que, os que receberem as terras incultas, passados dous annos haõ de pagar a pensão, ainda que as não tenhaõ todas, ou de todo idoneas, determinaçaõ, que manifesta o que tenho dito; pois veio obviar que acontecesse estar algum disfructando parte da propriedade que tivesse culta, sem pagar a pensão ao publico por se lhe não poder pedir, não havendo esta declaraçaõ da lei, antes de ella estar toda idonea, tempo em que principiava o exercicio do direito

en-



enfyteutico , e se verificava este contracto. As mesmas palavras da lei mostraõ isto : ellas saõ , *Post bienium decretum canonem solvendum esse meminerrint* , e não se pôde duvidar que a força da palavra *meminerrint* mostra , que o intento da lei foi fazer , que se não podesse allegar , que não havia obrigação de pagar a pensaõ antes do predio estar idoneo de todo : e he evidente , que o fundamento desta allegação obviada era o não se ter verificado o contracto antes do predio estar todo idoneo. Em quanto á obrigação de cultivar , deste mesmo verso da lei se vê , que os não obrigavaõ a mais que a pensaõ , e que lhe deixavaõ em seu poder , o que estava ainda inculto , sem os obrigar a cultivallo , como temos observado.

25. A authoridade de Appiano , (1) que nas cartas se allega (2), naquellas palavras : *illis , qui colere vellent , vectigali imposto , addicebant* , menos pôde obstar ; pois do traslado que deixo n. 14. se vê , que ellas não saõ de Appiano. Mas fosse[m] embora , daqui não se podia deduzir hum argumento certo

---

(1) L. 1. de bell. civ. (2) Cart. 1. p. 13.



to para mostrar a obrigação de cultivar, e melhorar incluída no contracto enfiteutico ; porque as locações, e arrendamentos tambem se fazem áquelles, que querem cultivar : do tit. do D. *Locati* se vê, que o arrendatario, ou conductor dos predios tambem se chamava *colonus*, e com tudo o arrendatario não he obrigado a fazer bemfeitorias, nem a melhorar, sem que expressamente se obrigue. (1) De mais, se aquelles, a quem se adjudicavaõ as terras, eraõ os que queriaõ cultivar, a cultura era o fim destes ; e como ninguem se póde obrigar a si mesmo, porque elles queriaõ cultivar, e melhorar, não se póde dizer que ficavaõ obrigados á cultura, e melhoramento. Pelo que era melhor fazer fallar Appiano com Ulpiano na L. 3. §. 4. D. de *Reb. eor*, o qual aqui falla do direito enfiteutico, como direito activo do pupilo : e como este direito segundo a significação da palavra *ἐμφυτευτικόν*, de que usa Ulpiano ; he o direito activo de cultivar, vem Ulpiano a dizer, que o enfiteuta tem o direito, e não a obrigação de cultivar ; pois de

ou-

---

(1) N. 12,



outra maneira elle não referiria este direito entre os seus direitos activos.

26. Por isto que Ulpiano nesta lei nos ensina, vemos nós que os Imperadores Romanos não podião deixar de fazer as ditas disposições a respeito dos enfyteutas, nem lhes podia lembrar obrigarlos a cultivar, e melhorar; por quanto sendo, como o Jurisconsulto diz, o direito enfyteutico hum direito de cultivar, semear, e plantar no predio alheio, assim como o direito ἐμφυτευτικόν, he o direito de entrar no predio alheio, erão os predios enfyteuticos, os que servião aos enfyteutas, e lhes estavam sujeitos; e pelo contrario se os Imperadores quizessem, que os enfyteutas ficassem obrigados a semear, plantar, e cultivar os predios publicos, virião os enfyteutas a ser os que servião aos predios, e não os predios a elles: em huma palavra o enfyteuta viria a estar na mesma razão, que o colono adscripticio, o qual segundo o que dissemos já (1), era aquelle, que por hum pacto tacito, ou expresso se sujeitava á cultura de hum predio alheio. Se de tal se lembrassem, só a plebe abjecta fe-

rião

---

(1) N. 16.



rião os enfyteutas dos predios publicos , e em lugar de attrahirem os ricos a tomar conta de seus predios , elles os afastarião. Nem impede isto , o que o publico fazia a beneficio dos predios publicos (1) : pois já vimos , que elle os ornavia de adscripticios , assim servos como livres , os quaes eraõ os que contrahião a obrigação de cultivar e melhorar os predios pelo ajuste , e convenção colonaria que fazião , ou tatica , ou exprellamente , e deste modo ornavados dava o publico tambem os seus predios , assim em locação , como em enfyteuse , e censo ; (2) segundo os Imperadores querião dar , ou mandar dar , e quem os recebia ficava senhor , e com o direito de obrigar estes adscripticios á cultura das terras , o que não aconteceria aos enfyteutas , se elles tambem fossem obrigados ; porque serião correos da mesma obrigação.

27. Não se entenda porém que eu quero dizer que a Republica se descuidava da Agricultura ; porque eu me lem-

---

(1) V. n. 16. (2) arg. L. 1. 2. 3. C. de Manc. & colon. L. 12. C. de Fund. Patrimon.



lembro das intrucções que Numa lhe deixou a este respeito, as quaes foraõ sempre veneradas nella, á excepção de hum tempo, ou outro, ao que ou as guerras, ou outras causas naõ menos funestas davaõ occasiaõ, e eu sei que a Republica conheceo sempre este poder do Summo Imperio: porém isto naõ o fazia a Republica, nem depois della os Imperadores, por meio do contracto enfyteutico, em que elles tomavaõ as vezes de huma pessoa particular, para fazerem o ajuste, mas antes o faziaõ por leis, a que propriamente convem o nome de Agrariãs, pelas quaes obrigavaõ a todos os proprietarios das terras, e que nellas tinhaõ o dominio pleno, ou o menos pleno, á agricultura, e melhoramento dellas. De Elio Pertinaz nos reffere Herodiano, que era taõ zelozo a este respeito, que tirava as terras aos senhores dellas, que as naõ cultivavaõ, (1) e oxalá que este Principe fora sempre imitado, como tanto foi entre nós pelo Senhor Rei D. Fernando, (2) e depois delle por tantos.

(1) Liv. 2.

(2) V. Cod, Afons, liv. 4. t, 80. Man







questionavel, que haviaõ de negar que o enfyteuta ficasse obrigado por via do contracto a cultivar, e melhorar, sem que expressamente a isto se obrigasse; porque da natureza deste contracto he que o arrendatario, ou conductor não fique obrigado a obras necessarias, nem uteis, sem que expressamente se obligue, (1) e só he obrigado a não deteriorar por dolo, culpa lata, ou leve: os que diziaõ que era compra, e venda, tambem haviaõ de dizer o mesmo; porque o comprador huma vez que a cousa lhe foi entregue, e della ficou senhor, a póde cultivar, ou deixar de cultivar como quizer, por isso que he senhor. De mais, nunca Jurisconsulto algum Romano nem por sonho se lembrou, que na compra, e venda podesse consistir o preço em obras (2), nem tambem que na locação, e conducção a merce podesse nellas consistir: pois quando ellas se estipulassem, como merce, já o

---

(1) N. 19. (2) §. 2. Inst. de Empt. & vend.



contracto mudava de natureza (1) : logo he certo que os Jurisconsultos Romanos , em quanto durou a duvida entre elles , se o contracto enfyteutico era locação , ou compra , nunca se lembraraõ que da natureza deste contracto fosse , que o enfyteuta ficasse obrigado a cultivar , e melhorar , sem que por huma convenção expressa se obrigasse. Por quanto se disto se lembrassem , haviaõ de provar , os que seguissem que era compra , e venda , que o preço della podia consistir em obras ; pois o que dava o enfyteuta pela cousa era a pensão , e as obras ; porém os da opinião contraria diriaõ que elles eraõ ignorantes , e que não sabiaõ no que consistia a differença da compra , e venda , á convenção *dó*, *ut facias* : e os que seguissem que era locação , e conducção , tambem haviaõ de provar que na mérce podiaõ entrar as obras ; mas entáo os outros lhes retorquiriaõ , que elles tambem não sabiaõ a differença da dita convenção , de cuja ignorancia elles os arguiaõ. E eis-aqui como nem por huns , nem por

E ii ou-

---

(1) V. Heinec. Recit. in elem. Jur. civ. l. 3, tit. 25, §. 222.



outros, se podia seguir em Roma, que o enfyteuta estava obrigado a cultivar, ou melhorar só por virtude do contracto.

29. O Imperador Zeno (1) para tirar a duvida, que havia entre os Jurisconsultos a respeito da especie do contracto, declarou que fosse hum contracto reputado sobre si, e de differente especie da venda, e locação: porém as obrigações, que dantes se contrahiaõ pela natureza da convenção, que se fazia, ficaraõ sempre as mesmas, e Zeno só declarou que fosse hum contracto de differente especie, e nome, e que lhe podessem ajuntar as convenções, e pactos que se ajustassem; mas não declarou que se julgasse incluída neste contracto a obrigação de cultivar, e melhorar, sem haver declaração a este respeito. O Imperador Justiniano, (2) quando escreve este contracto, não o decreve de outra maneira; mas diz, que he hum contracto a respeito dos predios, *que perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quandiu pensio, si-ve redditus pro his domino præstetur, neque ipsi conduçtor, neque hæredi ejus,*  
cui-

---

(1) D. §. 3. Inst. de locat. &c. L. 1.  
C. de Jur. emph. (2) D. §. 3.



*cuive conductor, hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat,* da qual descripção se vê, que o enfyteuta não he obrigado a prestar mais ao senhorio do que a sua pensão, e dominicaes, e não se diz que seja obrigado a prestar obras algumas, as quaes elle ficava obrigado a prestar, se se obrigasse por este contracto a cultivar, e melhorar; pois sem ellas, isto se não póde fazer. Tambem diz que neste contracto se dá ao enfyteuta o direito de gozar da coula perpetuamente: mas do direito de gozar he, que aquelle, que delle goza, não seja obrigado a melhorar, mas só seja obrigado a não deteriorar: (1) por conseguinte tambem o enfyteuta ha de gozar do mesmo direito, e ha de ser livre da obrigação de melhorar pela natureza deste contracto. Os argumentos, com que mostrei que por direito Natural não era o enfyteuta obrigado a cultivar, e melhorar, todos se podem applicar para esta questão por direito Romano; porque nelle se não acha huma disposição em contrario, e del-

---

(1) L. 13. §. 4. D. de Usufr. & quimad.



delle he tambem que por huma convenção , ou contracto de huma especie se não julguem contrahidos os direitos , ou obrigações de outra especie de contracto. Tambem por elle a obrigação de obras era de huma locação differente da das cousas , e differente do contracto enfyteutico : e por consequencia por se ter contrahido este contracto não se devia julgar, que o enfyteuta se tinha obrigado a melhorar ; porque esta obrigação era obrigação da locação de obras , e para se julgar contrahida não era bastante fazer-se o dito contracto enfyteutico , por ser de natureza differentissima ; assim como tambem ella se não julgava incluída na locação das cousas , como já está dito.

30. E não póde obstar a isto o que o A. diz , que Justiniano chama a enfyteuse melhoramento nas citadas duas leis 2., e 3. *C. de Jur. Emphyt* : porque para se ver que o Imperador aqui trata o melhoramento , e bemfeitorias , como cousas differentes da enfyteuse , e que faz differença do direito enfyteutico ao direito de melhoramento , e bemfeitorias , não he preciso mais do que ler o seu contexto : Valasco (1), e antes del-

---

(1) *Jur. emphyt.* p. 1. q. 1. n. 19.



delle outros já advertiraõ isto mesmo. Na 2a. manda Justiniano que no caso do commisso não possa o enfyteuta reter a cousa afforada a titulo das bemfeitorias, e do melhoramento, *nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis*, são suas palavras, das quaes se vê que elle tanta differença faz de huma a outra cousa, que diz que por causa de huma se não retenha a outra. Na 3a. continúa fazendo a mesma differença: pois estabelecendo a liberdade de vender a enfyteuse, e os requisitos para isto necessarios, diz que o enfyteuta poderá vender, ou o direito enfyteutico, ou as bemfeitorias, qual quizer, e a particula *vel*, de que se serve o Imperador, claramente mostra isto: porque segundo a sua força, e uso põe-se entre cousas differentes, e diversas entre si, como o mesmo Valasco bem adverte.

31. A authentica *Qui rem C. de Sac. Eccles.*, a que não recorre o A., mas de que se lembrou Heinecio, (1) e antes delle muitos, para provar que o enfyteuta he obrigado a melhorar, sómente prova que Heinecio a não leo. Estas

---

(1) Recit. L. 3. t. 25. §. 935.



tas as suas palavras , *Qui rem hujusmodi conduclam , vel qui emphyteusim acceptam fecerit deteriore , aut emphyteuticum canonem per biennium non solverit , hac lege repelli potest , ut tamen solvat totius temporis pensionem , & id , in quo rem lesit , resarciat , non repetiturus , si quid impenderit , nomine meliorationis :* falla do commisso da enfyteuse ecclesiastica , e diz que não pagando o enfyteuta a pensão por dous annos , ou fazendo a cousa aforada deterior , a perca , e que pague as pênções que dever , e resarça tudo aquillo que tiver deteriorado , e não diz que cultive , e melhore tudo aquillo que não tiver cultivado , e melhorado ; antes sómente diz que se por acaso tiver melhorado , perca , o que nisto gastasse , sem o obrigar a melhorar , ou cultivar , ainda que elle tenha inculta a cousa que lhe foi entregue. Aquellas palavras *si quid impenderit* manifestamente mostraõ , que o melhoramento , e bemfeitorias ficaõ ao arbitrio do enfyteuta ; porque a particula condicional *si* mostra que ellas só pertencem ao senhorio , se acaso o enfyteuta as tiver feito. E reparando-se nas Novellas de que esta Authentica foi tirada , se acha o mesmo  
que



que tenho dito: porque se nellas se trata do contracto enfyteutico, do que ainda fallaremos, na 74. C. 3. §. 2. não obriga o Imperador o enfyteuta a melhorar, na 120. C. 1. inf. tanto o não manda tambem, que determina que aquelle, que afforar as casas ruinozas, se quizer logo no principio do contracto obrigar-se a refazellas, ou a fazellas de novo, e se quizer fazer este pacto, e ajuste no contracto, pague sómente ametade da pensão, que elle taixou a estes afforamentos: do que se vê que para o foreiro pelo contracto ficar obrigado ao melhoramento das casas, he preciso que se obrigue expressamente; pois para o fazer se lhe dá aquelle premio da deminuição da pensão. Quanto mais, que ainda que nestes afforamentos o foreiro ficasse obrigado, seria isto por hum pacto presumido em virtude da lei, mandado em beneficio dos bens da Igreja, e seria huma excepção introduzida para se não deixar fazer aos administradores dos bens Ecclesiasticos a alienação delles de outro modo: pois se vê que nestas Novellas a mente da lei he regular as alienações, que estes administradores pódem fazer destes bens: porém nem nelles o Imperador quiz que o foreiro ficasse com a obrigação de melhorar, sem



fem elle querer especialmente obrigar-se, como temos visto. Resta ver se as nossas leis tem feito alguma mudança, que as Romanas nunca fizeraõ mais do que está dito; mas primeiro responderemos ao argumento de autoridade, que se allegou.

32. Em quanto a autoridade dos Juristas, por quem o A. quer dizer que examinou a natureza da enfyteuse, por isso que diz que por elles a definio, bastaria responder que elles não foraõ Legisladores, nem Jurisconsultos em Roma; mas de tempos muito posteriores, e que por elles não he, que nos devemos guiar, mas tão sómente pelos textos, e testemunhos dos Romanos, observando os direitos, com que na enfyteuse (segundo as leis) ficava o senhorio, e o enfyteuta: porém para que melhor se veja a origem, que teve a opinião do melhoramento entre os interpretes, eu a refiro. Antes d' Accursio se derivava a palavra *emphyteusis* de *en*, e *fiscos*, *quasi in fidem data esset res in emphyteusim data*: e daqui deduziaõ, entendendo a dita authentica *qui rem* contra a mesma mente de Irnerio, que no contracto enfyteutico se entregava a cousa á fé do enfyteuta,

pa-



para a melhorar. Accurcio homem de raro engenho, e escritor digno de outro seculo, que tambem ignorava a lingua Grega, quiz emendar a derivação da palavra, e disse, que se derivava da palavra *emponema* (1): e como esta significa o melhoramento, concluiu que o contracto enfyteutico era aquelle, em que se contratava o melhoramento. (2) Alciato que mostrou, aonde estava a luz, com que Cujacio adquirio no caminho da jurisprudencia Romana huma gloria, que nem Heinecio com methodo axiomatico lhe pôde tirar, emendou o erro da derivação da palavra *emphytheusis*, (3) e disse que se derivava do verbo *ἐμποιεῖν*, que significa semear, e plantar, e no sentido figurado cultivar, e melhorar, como advertio Cocceus, (4) e para emendar tambem a consequencia, que Accurcio tinha tirado daquelle engano da derivação, disse, que o direito enfyteuto era hum direito, assim como o direito *ἐμβατευτικόν*, do qual falla Ulpianus.

---

(1) Glos. ad. Nov. 7. C. 3. §. 2.

(2) Glos. §. 3. Inst. de locat. et. cond.

(3) Lib. 1. Parerg. C. 36. 37.

(4) Exerc. 41.



piano na referida l. 3. §. 4. D. de  
*Reb. eorum.*

33. Disto que Alciato explicou, e que até elle era ignorado, ficava o erro tirado, porque sendo o direito enfyteutico o direito de semear, e plantar, ou cultivar, e melhorar, e sendo hum direito activo do enfyteuta que elle tem no predio do senhorio, como da dita lei se vê, segue-se que o enfyteuta he senhor, e não obrigado a cultivar: pois de outra maneira o direito enfyteutico seria hum direito, ou obrigação passiva do enfyteuta, e não activo, como diz a lei. Porém como Alciato disse isto nos seus Dictos breves, e depois de o dizer, disse tambem que a enfyteuse principiára nos predios incultos, pareceo tanto a Corneu, que Alciato fazia essencial do contracto enfyteutico a obrigação de cultivar, que se resolveo a mostrar que esta obrigação não era essencial a este contracto, (1) quando pelo que tinha dito Alciato não era isto necessario; porque por elle dizer  
que

---

(1) V. tom. 2. conf. 24. n. 2.



que só nos predios incultos se fazia o contracto enfyteutico, não se seguia que dissesse, que o enfyteuta ficava obrigado a cultivar, e melhorar; antes se devia entender, que dizia que nelle ficava o enfyteuta com direito de cultivar, e melhorar; pois elle tinha apontado, que o direito enfyteutico he hum direito activo do enfyteuta. Se o Autor assim entendera as Theses, quando dizem, que hoje entre nós só se póde constituir a enfyteuse nos predios incultos, observaria logo o que ellas queriaõ dizer. Esta opinião de Corneu, como servia para provar que a enfyteuse podia consistir nas cousas cultas, foi seguida, e os que a abraçaraõ disseraõ que a enfyteuse ainda que principiara nas terras incultas, se admittira depois nas cousas cultas: mas conservando sempre alguns a opinião da Glosa, diziaõ que estas se davaõ para o enfyteuta ser obrigado a melhorallas ainda mais do que ellas estavaõ, quando as recebia (1). Porém todos estes se esqueceraõ de que o direito enfyteutico, sendo hum direito activo, nas mes-

mas

---

(1) V. Hein. Obs. ad Pand. p. 3. §. 532.



mas cousas cultas ficava o enfyteuta com esse direito de as melhorar do estado, em que as recebia, e não com a obrigação de o fazer; porque ficando obrigado, o direito enfyteutico, como já disse, ficava sendo direito passivo contra a dita lei, e esqueceraõ-se que esta obrigação de melhorar, não tinha outro fundamento, senão na Glofa, e que esta o tinha deduzido de hum erro de derivação, o que era sufficiente para se dever conhecer, que era outro erro o dizer, que o enfyteuta tinha esta obrigação: porque sempre foi a consequencia igual ao principio, donde he tirada. Accurcio teve desculpa no seu engano: mas principalmente depois de Alciato nenhuma teremos, se seguirmos, que por direito Romano o enfyteuta fica pelo contracto obrigado a cultivar, e melhorar no caso, em que se não declarou isto no contracto; porque sabemos que Justiniano na descripção, que faz deste contracto, diz, que em quanto o enfyteuta pagar a pensão, o senhorio não poderá contender com elle, e só manda que não deteriore a cousa, (1) que

---

(1) D. §. 3. Intt. de locat. et. cond. l. auth. qui rem.



que vem a ser o mesmo que Ulpiano diz na dita lei, quando diz que o direito enfyteutico he hum direito activo do enfyteuta, e não hum direito passivo, e eu tenho mostrado que segundo os principios da jurisprudencia Romana, e disposições dos Imperadores a respeito dos predios publicos, se mostra isto mesmo. Vejamos agora se as nossas leis mudaraõ a natureza deste direito, e o quizeraõ fazer hum direito passivo a respeito do enfyteuta.

D. P. 34. Pela nossa jurisprudencia tambem ao enfyteuta pertence toda a utilidade da cousa afforada, e ao mesmo pertence todo o augmento, modo, e accidentes della; porque o senhorio sómente fica senhor da substancia da enfyteuse: e por consequencia tambem elle he o senhor de cultivar, e melhorar, que são os meios necessarios para promover a utilidade, e os accidentes da cousa. Além disto o enfyteuta cultivando, e melhorando, não augmenta a substancia da cousa afforada de que o senhorio he senhor, porque a substancia das cousas não admite mudança, e alteração; mas tão sómente



os accidentes , modo , e utilidade della , isto he , tão sómente augmenta aquillo que pela natureza do contracto he seu , não havendo declaração que lho restrinja: porém como ninguem pôde ser obrigado a adquirir para si , e augmentar o seu patrimonio , nem ainda mesmo pelos seus credores , (1) tambem o enfyteuta , segundo a natureza deste contracto , não pôde ser obrigado a cultivar , e melhorar a enfyteuse ; mas he preciso que haja para isto huma declaração , pela qual os seus direitos se restrinjam.

35. Os nossos costumes concordão com isto mesmo. Entre nós nunca se concedeo ao senhorio acção para fazer cultivar a couza afforada , nem tambem pela falta da cultura teve lugar o commisso sem no contracto haver declaração: e tanto se entendeo sempre que pela natureza do contracto o enfyteuta não estava obrigado a cultivar , e melhorar , que em 3 de Julho de 1588 se decidio por huma resolução a respeito dos prazos da Coróa , que o direito de re-

---

(1) L. 6. pr. §. 1. D. Quæ in fraud. cred.  
L. 134. D. de R. J.



renovação tinha lugar, ainda que o enfyteuta morresse sem ter feito bemfeitorias algumas, o que se não decidiria, se então se julgasse, que a obrigação de melhorar era essencial ao contracto; porque não podia deixar a seus herdeiros direito algum na enfyteuse aquelle, que tivesse faltado ao fim essencial do contracto; pois nenhum contracto subsiste sem o seu fim. A Ordenação liv. 4. tit. 97. §. 22. concorda com isto mesmo. Ella fallando das bemfeitorias, e despezas que hão de vir á collação, diz desta maneira: *Esto não se entenderá em algumas bemfeitorias, e despezas pequenas, nem em algumas outras, que o nomeante de necessidade, e conforme a direito, sem outra convenção das partes, nem condicção posta no contracto enfyteutico he abrigado a fazer.* Destas palavras nós vemos que a Ordenação declara que o enfyteuta, não havendo declaração no contracto, não he obrigado a todas as bemfeitorias que manda vir á collação. Não requer para a collação as despezas pequenas, e as que por direito sao postas aos enfyteutas: resta pois saber quaes são as despezas, a que por direito o enfyteuta he obriga-

F do,



do , e quaes são as despezas pequenas. As despezas , a que por direito he obrigado , são a refacção dos caminhos publicos , todos os onus reaes , e os tributos que se impõe aos enfyteutas como senhores , e possuidores da enfyteuse. Todos estes onus explica bem Pinheiro part. 2. de *Emphyt. Disp. 4. S. 11. §. un.* : e eu só accrescentarei as necessarias para a reparação das destruições , que elle fizer , e de que for causa , *Auth. qui rem Cod. de SS. Eccl.* , se isto se pode ajuntar a esta classe de despezas. Quaes sejam as despezas pequenas explica Valasco , (1) segundo o que diz Paulo a respeito das que o marido faz com as cousas dotaes (2); mas eu julgo que não he menos proprio para aqui , o que diz Ulpiano segundo os sentimentos de Celso a respeito do usufructuario (3); porque os direitos do enfyteuta são do mesmo genero , e não tem differença dos deste , se não em serem mais , e perpetuos

e

---

(1) Jur. Emphyt. p. 1. q. 25. n. 14.

(2) L. 12. D. de Impens. in res dot. fact.

(3) L. 7. §. 2. D. de Usufr., et quemadmod.



e o mesmo Imperador Justiniano explicando este contracto usa da palavra *fruendum*: e assim como o usufructuario, que tem o direito de gozar das cousas sem pagar ao proprietario, não tem obrigação de despendere com os reparos da cousa para a conservar, quando elle não dá causa á damnificação, senão até huma modica despesa, muito mais o enfyteuta, que ainda que goza da cousa emprazada, com tudo paga certa pensão ao senhorio, em consequencia do que ainda deve ser obrigado a menos.

36. Mas eu não disputo isto a Valasco, sejam embora as despesas pequenas, de que falla a Ord., as mesmas que Paulo diz na dita lei, que o marido não pode pedir: como elle ensina que estas despesas pequenas se não contemplão ao marido, porque de outra maneira ieria elle *negotiorum gestor*, isto he, fallaria por huma convenção presumida pelas leis, mais se confirma, e mostra a mente da ordenação, a saber que o enfyteuta não está por virtude do contracto enfyteutico, ou direito, que se derive de alguma convenção, obrigado a despesas algumas, assim como Paulo diz a respeito do marido.



rido. Porém nem isto he necessario , o espirito da ordenação bem se descobre , e manifestamente se conhece , que ella contempla o enfyteuta obrigado só aos encargos que as leis lhe empõe , e que ás bemfeitorias o não considera obrigado por virtude do contracto enfyteutico sem nelle haver huma declaração a este respeito , e que das bemfeitorias pequenas não manda fazer attenção em juizo , *quia de minimis non curat Prætor.*

37. Veremos agora se foi da mente do Senhor D. Jozé I. fazer do direito enfyteutico hum direito passivo , e se quiz firmar a opinião dos Glosadores , que se achava destituida de fundamento , por esta lei de 4. de Julho 1776. , a que o A. recore , para dizer que o enfyteuta estava obrigado a cultivar , e melhorar. Eu ponho aqui as mesmas palavras , que elle trasladou , accrescentando sómente algumas mais , que julgo necessarias , para bem se conhecer a mente da mesma lei , e são as seguintes.

„ Eu fui informado de que hum  
 „ grande numero de enfyteutas , que  
 „ tendo afforado casas , quintas , ou  
 „ terras , humas vezes pelo valor dos  
 „ interesses respectivos das vendas ,

„ ou-



„ outras pelos preços , *ou quasi equi-*  
 „ *valentes* , ou iguaes ás rendas das so-  
 „ breditas propriedades , quando se vi-  
 „ rão obrigados ao pagamento das pen-  
 „ sões enyteuticas , tendo agitado o fo-  
 „ ro para se eximirem , recorrendo ao  
 „ meio de propôrem embargos de le-  
 „ são enormissima pedindo nellas a  
 „ reducção das mesmas pensões ao ar-  
 „ bitrio de bom Varão , chegando a  
 „ alcançar sentenças de reducção funda-  
 „ das nas doutrinas de differentes D.D.  
 „ Praxistas , que para as excogitar im-  
 „ proprião textos excogitados no di-  
 „ reito Civil . . . . . confundindo-se pa-  
 „ ra assim pertender , e julgar a na-  
 „ tureza do contracto enyteutico , que  
 „ essencialmente consiste em afforar ,  
 „ ou terrenos para edeficar casas , ou  
 „ terras incultas para abrir com outra  
 „ differente natureza do contracto de  
 „ locação de longo tempo de annos ,  
 „ ou de vidas , que consiste em afforar  
 „ casas , quintas , e terras fructíferas  
 „ pela mesma renda em que costumão  
 „ andar arrendadas , sem necessidade  
 „ de nellas se fazer bemfeitoria algu-  
 „ ma para produzirem as sobreditas  
 „ rendas , em que são afforadas , e in-  
 „ firindo-se assim a todos os senhorios  
 „ di-



„ directos dos prazos , e até os bens  
 „ de Morgado confirmados com autho-  
 „ ridade minha , o intoleravel preju-  
 „ zo de verem reduzidos os seus foros  
 „ a pequenas porções da quinta , ou  
 „ sexta parte.....  
 declaração.

„ Para cessar de huma vez a dita  
 „ confusaõ declaro , e estabeleço , (1),  
 „ que todos aquelles contractos , nos  
 „ quaes se emprazaraõ , e emprazarem  
 „ terrenos para edificarem casas ,  
 „ ou terras , e matos incultos para  
 „ abrir , e melhorar com os fins de  
 „ lavoura , foraõ , e saõ verdadei-  
 „ ros contractos enfyteuticos , os quaes  
 „ se devem julgar pelas regras dos pra-  
 „ zos : (2) Que todos os outros con-  
 „ tractos , nos quaes se afforaraõ , e af-  
 „ forarem casas ja feitas , quintas ha-  
 „ bitaveis pela mesma renda , em que  
 „ costumavaõ andar , contiverão , e con-  
 „ têm pela sua natureza contractos de  
 „ locaçãõ de longo tempo de annos ,  
 „ e de vidas , ou colonias perpetuas ,  
 „ para serem julgados pelas outras dif-  
 „ ferentes regras ; porque se costumãõ  
 „ ducidir as convenções entre os Ren-  
 „ deiros , ou Colonos , e os seus res-  
 „ pectivos senhorios sem outra diffe-  
 „ ren-



» rença que não seja a de serem obri-  
 » gados os colonos desta nova especie.  
 depois.

» Estabeleço , e mando , que o fo-  
 » brecio se observe , restituindo-se os  
 » contractos á sua origem. ....

Daquella palavra *declaro*, e destas *restituindo-se os contractos á sua origem* evidentemente se vê, que esta Lei não quer estabelecer huma coufa nova; mas taõ sómente declarar aquillo que estava estabelecido, e que se devia ter praticado; e daquella reprehençaõ , que se dá aos Ministros que deraõ aquellas sentençaõs, por terem confundido a natureza do contracto enfyteutico com o da locaçãõ perpetua contra o espirito das leis do Reino, tambem se observa que a confusaõ, que o senhor D. Jozé tirou por esta lei, na sua mente não provinha de serem duvidosas as leis do Reino a este respeito; mas sómente da falsa intelligencia, que os D.D. Praxistas lhe tinhaõ dado, interpretando-as pelo systema, que elles para si tinhaõ feito pela fallã intelligencia, que davaõ as leis, e textos do direito Civil dos Romanos: pois reprehende aquelles Ministros, porque tinhaõ segui-  
do



do , contra o que deviaõ , os D.D. Praxistas a respeito da natureza destes contractos. Por tanto como da natureza das leis declarativas não he revogar as leis anteriores , e nesta lei não se declara , nem especifica alguma em particular que fique revogada , além do exposto temos , que as Ordenações que dizem respeito á natureza destes dous contractos ficaõ em seu vigor ; e em segundo lugar , porque tambem se reprehendem aquelles Julgadores por seguirem as doutrinas dos D.D. Praxistas a respeito da natureza destes contractos , no systema delles não he que devemos procurar a natureza do contracto enfyteutico ; mas devemos entender esta lei seguindo hum systema differente.

38. Como pois a respeito da natureza , que o contracto enfyteutico sempre teve e tem , esta lei segue hum systema que não seguiraõ os Praxistas , e estes addidos á Glosa tem seguido que o enfyteuta he obrigado a cultivar , como deixo notado n. 32. e 33. , já se deixa ver que da sua mente não ñe estabelecer esta obrigação. Tambem como esta lei he declaratoria , para se provar que o enfyteuta he obrigado a cul-



cultivar, e melhorar pela natureza do contracto, ainda que não haia declaração a este respeito, he preciso procurar algum lugar na Ordenação, que o diga, ainda que seja obscuramente, ou alguma lei Romana como subsidiaria, e depois deve-se illustrar esta prova com esta declaração; porque não pode haver lei declarativa, sem haver outra anterior, que se declare. Porém isto he, o que se não pôde fazer; porque, se tem recorrido sómente ás palavras simples desta lei, entendendo-as no sistema dos melhoradores, e eu já mostrei abundantemente, que por direito Romano sempre o enfyteuta foi o senhor da cultura, e melhoramento, e que o direito enfyteutico, ou o direito de cultivar, e melhorar sempre foi hum direito activo do enfyteuta, e não hum direito passivo, qual ficava, se elle ficasse obrigado a cultivar, e melhorar; e mostrei que segundo os principios da nossa Jurisprudencia se mostra o mesmo: e por conseguinte devemos dizer que da mente desta lei não he declarar, que o enfyteuta fique obrigado a cultivar, e melhorar; porque assim fazemos-lhe dizer o contrario do que diz a dita Ordenação, o contrario do que mos-



mostraõ as palavras, e mente dos textos de direito Civil; fazemos-lhe dizer que o direito enfyteutico de hum direito passivo contra a sua natureza: em huma palavra fazemo-lhes dizer o mesmo, que os Glosadores tem dito, a quem seguiraõ os Praxistas, de cujos sentimentos a mesma lei se apartou a respeito da natureza deste contracto, e direitos que d'elle nascem.

39. Quando a lei diz que sãõ contractos enfyteuticos aquelles, em que se daõ terrenos para se edificarem casas, terras, e matos incultos para abrir, as palavras *para edificarem casas, e para abrir*, podem-se tomar, ou neste sentido, para que os enfyteutas possaõ, e tenhaõ o direito de edificar casas, de abrir as terras; ou neste, para que sejaõ obrigados, e tenhaõ obrigação de edificar casas, e abrir as terras. Se nós olhamos para aquella palavra *edificarem*, nós achamos este verbo *edificar* daquelle maneira, e segundo a natureza deste modo do verbo o sentido, que lhe convem, e he mais natural, he o primeiro. Mas deixando a interpretação Grammatica, tomando-se aquellas palavras no primeiro sentido, a lei fica sendo,



do, como he, huma lei declarativa, e fica a dita Ord. liv. 4. tit. 97. §. 22. mais declarada; pois ainda que deste §. he evidente que o enfyteuta não he obrigado a fazer bemfeitorias, sem se obrigar a ellas por huma convenção adjecta ao contracto, e se conhece tambem que o enfyteuta he senhor de cultivar, e melhorar, e de fazer as casas, e que isto he hum direito seu, e não huma obrigação, com tudo agora por esta lei fica isto mais claro, tomando as ditas palavras *para abrir, para melhorar, e para edificarem casas, &c.* no sentido activo; porque naquelle §. era isto conhecido por dedução, e por ser esta a sua mente, e agora nesta lei do Senhor Dom Jozé acha-se isto mesmo no seu contexto: tomando as neste sentido fica o direito enfyteutico hum direito activo da parte do enfyteuta, e fica a cousa afforada servindo ao enfyteuta, como da natureza deste direito sempre foi, segundo tenho mostrado, e vem a ser esta lei declarativa da natureza, que o direito enfyteutico teve na sua origem, á qual ella diz que o quer restituir, nas palavras *restituindo-se os contractos á sua origem.* Pelo contrario tomando-as



no segundo sentido, em que o A. as tomou, a dita Ord. fica revogada, porque já não he necessaria huma condição posta no contracto para o enfyteuta fazer as bemfeitorias, e não he entãõ esta lei huma lei declarativa; mas huma lei nova, e fica a natureza deste contracto da mesma forma, que os Glosadores a tinhaõ proposto pelo erro da derivação segundo dissemos, e do modo que os Praxistas a tinhaõ explicado por se não terem apartado da Glosa, ficando assim o direito enfyteutico, isto he o direito de cultivar, e melhorar hum direito passivo da parte do enfyteuta, e este servindo ao predio, contra o que disse Ulpiano, e consequentemente contra o que foi na sua origem. Porém nós temos visto que esta lei he declarativa, e que nella reprehende o Legislador os Ministros por terem confundido, e não conhecerem a natureza deste contracto e deste direito, deixando-se enganar pelas doutrinas dos Praxistas; temos visto que elle restituiu o contracto, e direito enfyteutico á sua origem, e não lhe quiz dar huma natureza nova, mas quiz-lhe conservar, a que sempre teve pelas nossas leis, e Ordenação:

lo-



logo este segundo sentido não he o da mente do Legislador, mas he o primeiro; pois deste modo fica a lei toda coherente entre si, fica a ordenação em seu vigor, fica a natureza deste direito, e contracto, segundo Ulpiano diz, que ella foi entre os Romanos, e fica desfeito, e de huma vez abatido o systema dos Glosadores, e o enfyteuta similhante a respeito de melhoramento ao usufructuario, ao qual he tambem prohibido o deteriorar; mas não he obrigado a melhorar, antes isto he direito, e cousa que fica a seu arbitrio: (1) similhança que vem da descripção, que da enfyteuse faz Justiniano (2), se deduz, e tem sido taõ reconhecida, que pelos seus direitos se tem demonstrado os do enfyteuta. (3)

40. De mais, ficando o enfyteuta obrigado a fazer as casas, ou abrir as terras, e fazer as bemfeitorias, como A. quer, ou nós havemos de conceder que elle as faz, e abre as terras para si, ou que faz isto para o senhorio,

---

(1) L. 13. §. 4. de Usufruct.

(2) d. §. 3. Inst de Locat.

(3) v. até os mesmos Elem. do A. §. 55.



ou que o faz parte para si, parte para o senhorio: se faz as casas, e abrimento das terras para si, como foi sempre da natureza do contracto enfiteutico, (1) entaõ he evidente que o enfiteuta naõ fica obrigado; porque ninguem se póde obrigar para si mesmo, nem da mente da lei foi mudar esta regra: se faz as casas, e abrimento das terras para o senhorio, entaõ elle naõ deve pagar as bemfeitorias ao enfiteuta pelo seu valor, mas taõ sómente lhe deve pagar as despezas; e por consequencia nós temos necessidade de procurar para isto huma nova regra; por quanto segundo as regras do contracto enfiteutico anteriores a esta lei o senhorio, quando a enfiteuse volta, deve pagar as bemfeitorias, e melhoramento pelo que ellas valem, e naõ aquella quantia que nellas se despendeo, segundo se deduz da dita lei 2., e 3. Cod. de *Jur. emphyt*, que sempre teve uo entre nós; e se o enfiteuta quizer vender as bemfeitorias, o senhorio naõ tem aqui o direito da opçaõ; porque já he senhor dellas; e assim temos neces-

si-

---

(1) L. 1. 3. C. de Jur. emph. d. Ord. Liv. 4. §. 97. §. 22.



sidade de outra nova regra a respeito das vendas das bemfeitorias, que fizer o enfyteuta: se o enfyteuta faz as bemfeitorias parte para si, parte para o senhorio, tambem he evidente que são necessarias novas regras a respeito do modo, com que o senhorio as ha de pagar ao enfyteuta, quando a enfyteuse voltar; porque a respeito da parte, que dellas he sua, ha de pagar só a despezas, e não ha de pagar o vallor, e quando o enfyteuta quizer vender, ha de ter o direito de opção só da parte que não he sua; porque a parte que já o he, não póde o enfyteuta vender, e poderá só pedir as despezas della. Porém a lei naquellas palavras *para se regularem pelas regras dos prazos* diz que o contracto enfyteutico se regule pelas mesmas regras que sempre teve, e não estabelece, nem manda procurar outras: logo o sentido que o A. dá ás ditas palavras não he o da mente da lei; mas pelo contrario he que o enfyteuta fique sendo senhor, e com o direito de fazer as casas, e abrir as terras.

41. Ultimamente, se nós consideramos que as bemfeitorias que se fazem nas terras incultas, e que as casas, que se edificação nos terrenos, são para



o fenhorio, então o que fica sendo materia do contracto he a terra culta, e as casas feitas, e disto tudo junto só he que o fenhorio dá a utilidade, e rendimento ao enfyteuta: e conseguintemente vem esta lei a dizer que os terrenos, e terras incultas não são materia do contracto enfyteutico; mas tão sómente as terras cultas, e os terrenos com as casas feitas, o que he contrario não só á mente, mas tambem ao contexto da lei; porque he sem questão, que ella contempla os terrenos, e terras incultas como materia deste contracto. E ainda que se diga que o fenhorio não pede em troco das cousas que dá, senão as obras, e não as casas, e cultura que com ellas o enfyteuta ha de fazer (isto he o que vem a dizer, os que dizem com Justiniano, que as bemfeitorias são do enfyteuta, e com os Glosadores que elle fica obrigado ás bemfeitorias) não deixaria este contracto da ficar sendo mixto de locação de obras contra a mente da lei, que quiz reduzilla á simplicidade que sempre teve; pois como temos dito, ainda que Zeno lhe deu o nome de enfyteuse, não o tirou da simplicidade, que tinha, assim na opiniaõ dos que queriaõ, que  
 fos-



fosse venda, como daquelles que que-  
rião que fosse locação. Tambem se ain-  
da dissermos que as bemfeitorias são do  
enfyteuta, e do senhorio, como este na  
enfyteuse não he senhor senão da sub-  
stancia, e aquelle do modo, e acci-  
dentes, devemos dizer o mesmo nas  
bemfeitorias, isto he, devemos dizer  
que nellas a substancia he do senho-  
rio, e o modo, e accidentes do enfy-  
teuta; mas como as bemfeitorias, que  
se fazem nas cousas, não são senão mo-  
dos, e accidentes, viremos nós a ad-  
mittir no modo, e nos accidentes tam-  
bem substancia: porém como isto he  
hum paradoxo Filosofico, devemos  
dizer, que se não póde considerar,  
que fosse da mente da lei dizer, que  
o enfyteuta ficasse obrigado a fazer  
as casas, e abrir as terras; e devemos  
assentar que o seu verdadeiro senti-  
do he que o enfyteuta fique com esse  
direito, e com esta liberdade, como  
senhor do dominio util das terras,  
que se lhe dão. Restão as perguntas,  
que se mandarão fazer aos senhori-  
os.

42. Recomenda o A. ao seu a-  
migo, que se pergunte aos senhorios,  
se quando fizerão o contracto foi, ou



não da sua intenção , que os enfyteutas ficassem obrigados ás bemfeitorias : mas como os negocios entre duas , ou mais pessoas não devem ser julgados , sem serem ouvidas as partes respectivas , eu devo ouvir tambem os enfyteutas , fizessem o que fizessem o A. , e seu amigo. Diraõ ( não duvido ) os senhorios que ainda que no contracto se não declaraõ , mais lhes agrada que a cousa afforada volte cultivada ; pois a ambição assim lho dicta. Porém responderaõ os enfyteutas : que nos deraõ elles , quando nos entregaraõ suas terras ? não disseraõ que nos davaõ a planta , a sementeira , o melhoramento dellas , e o direito , e faculdade de fazer isto ? As palavras *enfyteuse* , *direita enfiteutica* , porque se explicarão , não significão outra cousa. Não reservarão elles sómente a substancia da cousa ? Não o poderão negar. Logo devem confessar que o direito de semear , plantar , e melhorar he nosso , e não a obrigação : porque não pôdem estar em huma mesma pessoa o direito , e obrigação a respeito da mesma cousa. Nem da sua mesma reserva se deduz mais ; porque o melhoramento não pertence para a substancia da cousa , mas sómente para o modo e accidentes della. E



como he innegavel , o que os enfyteutas pódem allegar , se os senhorios se não declararão no contracto , como na sua mão esteve isto , a si o devem imputar , e não devem pertender impôr semelhante obrigação aos enfyteutas : porque o acto , que fizerão , he todo contrario á sua pertençaõ.

T H E S. II.

I. **A** Enfyteuse não he de sua natureza individua , ainda que por morte do enfyteuta seus herdeiros a não possaõ dividir no juizo *familiæ erciscundæ* , senaõ por estimaçaõ. O A. parece ter-lhe custado a entender esta proposiçaõ , que se acha nas Theses : porém em fim depois de varios tratos veio a conhecer o que ella taõ claramente diz , que eu julgo não precisar de explicaçaõ. Mas porque tinha dito que a enfyteuse era *ex natura sua* individua , e que nunca pela sua natureza admittia a divisaõ por glebas , ou porções , disse que se a questaõ fosse de direito Romano , se podia dizer muito na materia , por haver argumentos por huma , e outra parte (1). Elle ap-

G ii

pli-

---

(1) Cart. p. 21.



plicou para aqui o que vulgarmente se diz do direito Romano , que para tudo ha nelle argumentos por huma , e outra parte : eu não duvido do que vulgarmente se diz , fallando geralmente ; porque a pressa com que as Collecções do direito Romano se concluíraõ , e o modo com que foraõ feitas , deraõ lugar a isto : mas não obstante , ninguém poderá negar , que ainda se póde a verdade liquidar. Se o A. dissesse o seu parecer a respeito desta questãõ , eu por dever responder , ou confessaria a verdade , se elle com ella tivesse acertado , ou a mostraria por não ser cousa de grande trabalho : porém como elle me não quiz dar este incommodo , passemos a tratar a questãõ pela nossa jurisprudencia.

2. Para provar que a enfyteuse he individua *ex natura sua* , e que só admite a divisaõ por estimaçãõ , diz primeiro o Autor : *Quando digo, que he individua natura sua, quero dizer, que ella he individua supposta a natureza que as leis lhe derãõ, e que ha impossibilidade moral para se dividirem os prazos: (1) e depois para mostrar*

---

(1) D. C. 1. pag. 19.



trar a lei, que determinou o que adverte, cita a Ordenação Liv. 4. t. 96. §. 23. Porém se a lei deu, como o A. diz, á enfyteuse a natureza de ser individua, e estabeleceo huma impossibilidade moral de se poder dividir por *glebas*, ou porções, he evidente que nem o senhorio, e o foreiro de vontade commum a poderão dividir; poderão sim ceder cada hum delles do seu direito, e fazer com que a enfyteuse se consolide, e acabe; mas não poderão fazer huma divisão della por *glebas*, ficando cada huma destas porções sempre enfyteuticadas: porque a natureza das cousas não a póde mudar, senão o Autor della; e os ajustes, e pactos feitos contra a natureza do contracto, não tem valor algum mesmo na enfyteuse, o que todos escrevem. (1) Mas sem procurar outro §. na Ordenação, no fim do mesmo, que o A. cita, (2) nós achámos o contrario nas palavras *mandamos, que o foro seja devoluto ao senhorio, se elle o quizer*, das quaes se vê que se o senhorio quizer consentir na divisão da enfyteuse por

---

(1) V. o Comp. do A. §. 35. 6.

(2) D. Ord. L. 4. t. 96. §. 23.



por *glebas*, que os herdeiros do enfy-  
teuta queiraõ por sua morte fazer, el-  
la se póde fazer por esta lei. Ora se  
o senhorio póde consentir na divisaõ  
do prazo depois de feita, cedendo do  
commisso, como diz a lei, tambem po-  
derá consentir nella antes de se fazer:  
e conseguintemente já a enfyteuse não he  
*ex natura sua* individua; porque se o  
fosse seria nullo este ajuste feito pelos fi-  
lhos ou herdeiros do enfyteuta ccm o se-  
nhorio, ou elle fosse anterior, ou poste-  
rior á divisaõ, por ser contrario á natu-  
reza da enfyteuse, e do contracto enfy-  
teutico. Por tanto as ditas palavras desta  
Ordenação: *e porque os taes bens, se-  
gundo a natureza dos foros, não se  
hão de partir*, não fazem o sentido  
que o A. lhes dá, a saber que a en-  
fyteuse he de sua natureza individua;  
pois para isto se dizer, he necessario  
entendellas separadamente, sem as ajun-  
tar com o fim do mesmo §. Porém co-  
mo nós não podemos tirar consequen-  
cia alguma de huma lei, sem attender  
a toda ella, (1) nem interpretalla só-  
mente por algumas de suas palavras,  
devemos juntar as ditas palavras com

---

(1) L. incivile cñ 24. D. II.



o fim do paragrafo , e juntas fazem este sentido : da natureza dos prazos he que por morte do enfyteuta não possão seus filhos , ou herdeiros , nem amigavelmente , nem no juizo *familia erciscundæ* dividillos por *glebas* , ou porções sem licença do senhorio ; mas sómente os poderaõ dividir consentindo elle : o que he totalmente contrario ao que o A. diz ; mas he manifestamente a sentença deste §.

3. Isto mesmo se deduz da Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1. : porque da razão principal que nesta Ordenação se dá , de se prohibir a divisaõ dos prazos de nomeação aos herdeiros , que nelles lucedem pela nomeação tacitamente feita no testamento , naquellas palavras *por se não confundir a pensão delle* , evidentemente se conhece que esta prohibição foi feita em beneficio dos senhorios , para não terem o prejuizo de se confundir a pensão pelas repetidas divisões , e subdivisões della , e de chegar a porções taõ minimas , que fação le: mais util ao senhorio o perder a sua renda que procuralla : e como da natureza dos direitos estabelecidos em beneficio dos particulares he , que cada hum possa ceder de seu di-

rei-



reito , (1) he evidente que o senhorio póde ceder deste beneficio que a lei lhe faz , e consentir que a divisão do prazo se faça , ou se conserve , a que se fez sem sua licença como se acha no contexto , e mente da dita Ordenação L. 4. t. 96. §. 23. , de que temos fallado.

4. Não he contraria a isto a lei de 6. de Março de 1669 , antes nella se estabelece o mesmo. Por quanto esta lei veio pôr em uso a Ordenação , contra a qual se tinha introduzido o dividirem-se os prazos entre os filhos , ou herdeiros dos enfyteutas nos juizos *familiae exercundae* , e amigavelmente sem licença dos senhorios , de cujo costume , ou abuso se queixarão os mesmos senhorios nas Cortes de Lisboa de 1641 , de 1653 , e de 1668 , e em consequencia dessas repetidas queixas se mandou observar a sua disposição : e elle como ella he , a que temos observado , não fez esta lei individua a natureza dos prazos ; mas tão sómente mandou que sem licença dos

---

(1) L. 41. D. de Min. L. 69. D. de R. J.



senhorios se não dividissem entre os herdeiros, senão por estimação, e não prohibio que se dividissem por *glebas*, concordando elles nisso. A lei que entre nós fez os prazos indivisiveis, foi a de 9. de Julho de 1773, a qual deu huma nova fórma ao contracto enfiteutico, e se fizeram assim como as quintas, e na Estremadura os mesmos casaes dispersos, tambem os prazos indivisiveis: e em quanto ella esteve em seu vigor, nem com consentimento dos senhorios se podiaõ dividir; podiaõ sim o enfiteuta, e o senhorio unir o dominio util com o directo, e depois dividir as propriedades que tinhaõ sido emprazadas; mas em quanto não desfizessem o contracto, e extinguissem a enfiteuse, não podiaõ dividir o prazo: porque a lei lhe tinha feito a natureza individua, e só ella, e não os particulares lha podiaõ mudar. Porém como esta lei foi revogada á excepção dos §§. 11, e 12, que não pertencem a esta materia, pelo Decreto de 17. de Julho de 1778. e sómente ficou a Ordenação em seu vigor, pódem hoje os senhorios dar licença aos herdeiros que dividão o prazo por *glebas*, e serem validos os  
ajuf-



ajustes com o senhorio a este respeito: e conseguintemente ainda que os herdeiros não possaõ entre si, ou amigavelmente, ou no juizo *familiæ eriscundæ* dividir o prazo, tenaõ por estimaçaõ, não he a enfyteuse *natura sua* individua: porque se póde dividir querendo-o assim o senhorio.

5. Eu tenho satisfeito a These: mas quero passar a outra questaõ, e deixando nella a liberdade, que cada hum tem de seguir o que melhor lhe parecer, vou ver, se poderá o enfyteuta em sua vida vender, ou alienar huma porçaõ, ou porções da enfyteuse, satisfazendo só as clausulas da Ordenaçãõ Livro 4. t. 38., quero dizer, se fora do juizo *familiæ eriscundæ*, ou divisaõ que se faz entre os herdeiros, poderá o enfyteuta vender huma porçaõ, ou porções, sendo só obrigado a dar parte ao senhorio que vende, e a offerecer-lhe se a quer tanto pelo tanto, ficando com a liberdade de vender, se elle a não quizer comprar. Se eu usasse da regra de interpretar que o A. ensina (1), segundo a qual (saõ suas formaes palavras) *a lei, que sup-*  
*põe*

---

(1) Cart. n. 51.



*põe huma cousa , deve entender-se nos termos , em que se verifique o que ella suppõe* , deveria eu concluir que não só o enfyteuta em sua vida podia dividir a enfyteuse , e alienar qualquer porção ; mas tambem que os mesmos herdeiros podiaõ no juizo *familiae eriscunde* dividilla , e que lhes não era necessario o consentimento do fenhorio , e teria a meu favor os Jurisconsultos Portuguezes , e que antes da dita lei do Senhor Dom Pedro II. fizeirão introduzir aquelle costume que a dita lei veio tirar. Por quanto se as leis se não devem observar , quando se não virifica a supposição que ella faz , esta Ordenação do Liv. 4. t. 96. §. 23. he huma destas : porque nella se suppõe , que he da natureza dos prazos , que se não dividão entre os herdeiros , como mostraõ aquellas palavras *segundo a natureza dos prazos* : e como esta indivisibilidade lhe não provém , fenaõ da lei , como o A. diz nas ditas palavras *quando digo &c.* , (1) he preciso procurar outro lugar da Ordenação , ou huma lei extravagante , que mande que os prazos sejaõ individuos  
por

---

(1) N. 2.



por natureza , para se verificar a dita supposição : porém como nenhuma lei extravagante ha que isto mande ; mas antes a que o mandava se achava revogada , segundo vimos já , (1) e na Ordenação L. 4. t. 36. §. 1. tambem se faz a mesma supposição a respeito da divisaõ entre os herdeiros tacitamente nomeados , devemos concluir pela regra de interpretar do A. , que a Ord. nesta parte se não deve observar , que os herdeiros poderaõ fazer a divisaõ do prazo sem licença do senhorio , e que em todo o caso os prazos são por sua natureza divisiveis. Porém eu cedo disto ; porque os argumentos *ad hominem* não tem por fim achar a verdade , a qual eu só estimo , e digo , que ainda que a supposição que faz a lei se não verifique , sempre ella se deve observar naquillo que manda : porque quando a lei manda huma cousa por huma supposição que mostra fazer , esta supposição he a razão que ella mostra do que manda , e como o legislador não he obrigado a dar a razão do que manda , e muito menos a verificalla , tambem não he obrigado a verificar a suppo-  
 si-

---

(1) n. antecedente.



fição , que mostra fazer , para mandar. Quando eu fallar da These , a respeito da qual o A. usou desta regra , direi o necessario a este respeito: agora fico sem duvida , não obstante a dita regra , que os herdeiros do enfyteuta não podem sem licença do senhorio dividir a enfyteuse , senão por estimação: vamos ao que tratamos.

6. He principio constante que no todo se comprehende a parte , o qual he , como devia ser , admittido na jurisprudencia Romana (1) , e incapaz de ser excluido da nossa. Em virtude deste principio o enfyteuta tem para qualquer porção da enfyteuse a mesma liberdade , e poder , que tiver para toda , excepto no que lhe for restricta pela lei , ajuste , ou disposição do testador: destas excepções introduzidas por convenção , ou vontade do testador não devemos tratar ; porque não pertencem para esta questão , devemos sómente examinar , se a lei tem posto alguma excepção a este respeito. A liberdade de vender o todo acha-se expressa na Ordenação liv. 4. t. 38. , e aqui se diz que o enfyteuta póde vender a

cou-

---

(1) L. 21, 110. D. de R. J.



cousa afforada , huma vez que satisfaza as clausulas declaradas na lei , e em todo este titulo , que he o proprio da materia , não se declara que elle não possa vender huma parte , se a quizer vender ; mas estabelece a regra geral , que lhe dá a liberdade de vender , sem se fazer excepção , nem declaração alguma , da qual conste a referida limitação : e conseguintemente por este titulo segundo aquelle principio que referi , o enfyteuta poderá vender , e alienar , assim como toda a enfyteute , huma porção , ou porções della , depois de satisfazer as clausulas aqui postas. He sómente no d. tit. 96. §. 23. deste livro 4. , com o qual concorda o tit. 36. §. 1. do mesmo livro , que nós achamos huma restrição a respeito daquella liberdade de vender , da qual concluirão (1) , Valasco , Molina , e outros , que a enfyteuse he entre nós individua por sua natureza , e só allegão em contrario o referido costume , que se introduzio contra a dita Ordenação , (2) o qual se acha cassado , e annullado pela dita lei do

---

(1) J. emph. q. 38. n. 11.

(2) V. Pinh. p. 2. de emph. D. 4. Sect. 5. n. 64.



do Senhor D. Pedro II. Porém nós devemos observar estes §§. da Ordenação, que eu já referi, para vermos qual he a tua mente, e disposição, e principiaremos pelo §. 23. eu traslado as palavras que para isto são precisas, e são as seguintes: „ E os afforamentos „ perpetuos, que algumas pessoas to- „ mão para si, e seus herdeiros, e „ successores, sempre se hão de par- „ tir por estimação entre os filhos, ou „ herdeiros do defunto, por cuja mor- „ te ficarão os bens afforados. E por- „ que os taes bens segundo a nature- „ za dos fóros não se hão de partir, „ e hão de andar em huma só pessoa, „ mandamos que se encabecem em hum „ dos herdeiros, em quem se todos „ ou a maior parte delles concorda- „ rem, do dia que se o foreiro finir „ até seis mezes . . . .

7. Todas estas palavras trasladadas se devem dividir em duas partes principaes, a primeira até as palavras *bens afforados* inclusive, e a segunda comprehende as palavras, que se seguem até o fim. Na primeira parte se diz, que os herdeiros, e successores do enfyteuta não poderão dividir o prazo senão por estimação: e eis-aqui temos  
 nós



nós huma regra, que limita a disposição geral do t. 38. que já referi. A segunda parte, que principia, *E porque* deve dividir-se tambem em duas partes principaes, a primeira até a palavra *pessoa* inclusive, a segunda deide a palavra *mandamos* até o fim. Esta tambem se póde dividir em duas partes; mas isto não he necessario para a questão. A primeira parte, como se vê da particula *segundo*, contém a razão da disposição da lei, e a segunda, como tambem mostra a palavra *mandamos*, contém a mesma disposição da lei, a qual he, que os prazos, ou bens foreiros se encabecem em hum dos herdeiros sómente: por tanto he huma providencia feita em consequencia de se ter mandado que os herdeiros não dividão o prazo, de que são senhores por morte do enfyteuta: e assim tudo, o que se achã incluído na disposição da lei, não he senão a respeito da divisaõ entre os herdeiros; e se não estivessem nesta primeira parte aquellas palavras: *e porque segundo a natureza dos fóros não se bão de partir, e bão de andar em huma só pessoa*, não podia haver duvida, ou questão, se o enfyteuta podia alienar qualquer porção



saõ do prazo. Por quanto este §., extrahindo delle as ditas palavras, he sem duvida que naõ prohibe, se naõ a divisãõ entre os herdeiros, como mostra o seu contexto, e a rubrica do titulo em que estã, a qual he *Das partilhas, que se haõ de fazer entre os herdeiros*: porque a lei que dispõe a respeito de hum caso particular, naõ destrõee a regra geral, antes mais a confirma; pois huma disposiçaõ singular naõ se pode ampliar a outros casos, (1) e nós já vimos que por virtude da Ord. liv. 4. tit. 38., e da natureza do contracto, o enfyteuta como senhor pode alienar qualquer porçaõ, e que esta he a regra geral. Logo estas palavras da primeira parte saõ as que fazem toda a duvida, e tambem saõ as que tem feito dizer, que pelas nossas leis os prazos saõ por natureza indivisiveis.

8. Na Ordenaçãõ liv. 4. tit. 36. §. 1. observa-se o mesmo que neste §. 23. Por quanto deixando as differentes partes, em que todo o §. se pode di-

H

vi-

---

(1) L. 14. D. deleg. 141. D. de R. J.



vidir, o verso *e por quanto* divide-se em duas partes, a primeira até as palavras *pensão delle*, e a segunda continúa até o fim. A primeira contem a razão da disposiçãõ que faz a lei na segunda parte, pela qual manda que os herdeiros tacitamente nomeados não dividão tambem o prazo. As palavras que se achão na primeira parte são as seguintes: *por quanto o foro não ha de ser partido entre muitos por senão confundir a pensão delle*, as quaes palavras tambem são as que tem concorrido para a questãõ da indivisibilidade da enfyteuse; pois a disposiçãõ que se acha na segunda parte tambem he particular a respeito dos herdeiros, como he a do dito §. 23., e os que tem seguido que os prazos entre nós são indivisiveis, tambem, como já disse, a ellas se referem para provar a sua affirmaçãõ. E na verdade as palavras da primeira parte de hum, e outro §. contem huma mesma sentença; pois dando-se neste §. I. a razão da prohibiçãõ, que se faz aos herdeiros, a lei diz desta maneira: *por quanto o foro não ha de ser partido entre muitos*, as quaes palavras são iguaes as que se achão no di-



dito §. 23. , a saber , e por quanto segundo a natureza dos foros não se haõ de partir , e haõ de andar em huma só pessoa , e se juntarmos as outras palavras do §. 1. que são deste theor por se não confundir a pensão delle , as quaes contém a razão da razão , que nas antecedentes se dá de se prohibir a divisaõ aos herdeiros , e tambem contém a razão da mesma prohibiçaõ , que se acha no §. 23. he certo dever-se concluir que as palavras , que se achão na primeira parte de hum , e outro §. se podem ajuntar ; pois contém huma , e a mesma sentença.

9. Tem-se deduzido , como digo ; das palavras , que se achão na primeira parte destes dous §§. , que os prazos são entre nós indivisiveis : porém como nós temos observado , e mostrão as particulas , *porquanto* , *segundo* , e *por* , o que aqui a lei diz não he , senão a razão , que ella dá , da prohibiçaõ que faz aos herdeiros , á qual ajunta a mesma lei a razão da razão que deu. Por tanto tão semente se terá deduzido bem que pelas nossas leis são os prazos indivisiveis , se da razão da lei se poder deduzir



huma regra de direito : porque nas  
 nossas leis nem de passagem se falla  
 desta materia em outra parte , e os  
 nossos costumes tem sido tanto pelo  
 contrario , que naõ obstante a Orde-  
 nação se introduzio o costume de se  
 dividirem mesmo entre os herdeiros  
 contra vontade dos senhorios , o qual  
 no tempo de Pinheiro se extendeo por  
 todo o Reino. ( 1 ) Pelo que toda es-  
 ta questãõ depende de se saber , se  
 da razãõ da lei se pode tirar huma  
 regra de direito : mas como as regras  
 de direito naõ saõ outra cousa mais ,  
 que humas summas , ou breves expo-  
 sições do direito , que pelas leis está  
 estabelecido , como bem advertio o  
 Jurisconsulto Paulo , ( 2 ) vem a ques-  
 taõ a ser , se na razãõ da lei se con-  
 têm tambem a sua disposiçãõ , isto  
 he , se a razãõ da lei he tambem hum  
 mandado da mesma lei. Porém eu jul-  
 go que me naõ será necessario mostrar  
 que na razãõ da lei se naõ cotém,  
 o que ella manda. Porquanto além da  
 zaõ

---

( 1 ) Part. 2. de emphyt. disp. 4. f.  
 5. n. 64. ( 2 ) L. 1. D. de reg. J.



razaõ da lei naõ ser a mesma lei, nem  
 nella se incluir, como bem nos dá a  
 entender Papiniano ( 1 ) fallando dos  
 legados, que entre os seus eraõ hu-  
 mas disposições feitas á maneira das  
 leis, se nós dissermos que a razaõ da  
 lei he tambem lei, e contém huma  
 disposiçaõ do Legislador, teremos em  
 cada lei hum processo infinito de leis:  
 porque sendo a razaõ da lei tambem  
 lei, como ella he a vontade do Legis-  
 lador, e naõ ha vontade sem razaõ,  
 que a determine, para a mesma razaõ  
 he preciso procurar outra razaõ, que  
 determine a vontade, que nella he in-  
 cluida, e sendo esta tambem lei, he  
 necessario procurar outra, e para es-  
 ta outra, e assim continuaremos sem  
 poder achar termo: porque segundo a  
 hypothese sempre a razaõ achada ha  
 de ser tambem lei. Para evitar pois  
 hum paradoxo semelhante, devemos di-  
 zer que na razaõ da lei senaõ com-  
 prehende a lei, nem a sua disposiçaõ,  
 e que della senaõ pode tirar regra  
 alguma de direito. Nem a vontade  
 do

---

( 1 ) L. 72. §. 6. D. de conduct de-  
 monstr.



do Legislador he mandar , ou dispôr alguma cousa , quando elle dá mesmo a verdadeira razão da sua lei , e lhe não lança o véo , que pedem muitas vezes as differentes circumstancias do tempo , e mostra a arte de legislar ; mas tambómente quer expôr a causa , ou motivo da sua determinação , para melhor se conhecer o fim que intenta. Por tanto da razão da lei não se póde tirar , segundo a vontade do Legislador , senão hum principio de interpretação , que só póde servir para declarar , ampliar , ou restringir as palavras , que comprehendem a sua disposição , segundo mandaõ as regras da boa Hermeneutica. Mas como da natureza da lei , que faz huma disposição particular , e limita as regras geraes de direito , he que ella se não estenda além do caso , ou casos expressos nella ( 1 ) , e tambem que sirva de mais confirmar a disposição geral , á que he contraria , ainda que a razão desta disposição particular pareça , ou seja ampla , o mesmo devemos dizer destes dous §§. da Ordenação ,  
que

---

( 1 ) L. 14. D. de leg. l. 141. D. de R. J.



que prohibem a divisaõ dos prazos aos herdeiros ; e devemos concluir que por isso mesmo que se faz esta prohibiçaõ particular , a regra geral he , que se possaõ dividir , e naõ devemos tirar da razaõ da prohibiçaõ huma regra de direito , aonde ella naõ está estãbelecida pelo Legislador.

10. Naõ só pelo que tenho dito se mostra que sómente os herdeiros naõ podem dividir os prazos por morte do enfyteuta , mas tambem pela historia da lei do Senhor Dom Pedro II. , a qual se acha referida por elle mesmo. No tempo desta lei he certo , como della , e tambem do testemunho de Pinheiro consta , ( 1 ) que a divisaõ dos prazos se praticava até mesmo nas divisões , que se faziaõ entre os herdeiros , e como o Senhor Dom Pedro II. naõ fez mençaõ , de que os senhores directos se queixassem naquellas tres referidas Cortes , fenaõ da divisaõ entre os herdeiros , he certo que os naõ quiz attender , fenaõ a respeito desta. Porque ou os senhorios se queixaraõ de todas as di-  
vi-

---

( 1 ) D. D. 4. n. 64.



visões, ou sómente destas: se se queixaraõ de todas, he certo que lhes naõ achou razaõ a respeito das outras divisões, que se faziaõ pelas alienações das porções dos prazos; pois até omittio na narraçaõ, que fez da sua queixa, esta parte: se elles se naõ queixaraõ, tambem se conhece o mesmo; porque o despacho naõ he senaõ relativo, ao que na petiçaõ se supplica. Pelo que he evidente, segundo o que nesta lei se lê, que no tempo das ditas Cortes estes dous §§. da Ordenaçãõ naõ se entendiaõ senaõ do caso especial da divisãõ feita entre os herdeiros sem licença do senhorio, e naõ se entendiaõ das outras divisões; e que da mesma sorte os entendeo o Senhor Dom Pedro II. na dita sua lei: e consequentemente nós tambem assim os devemos entender, e naõ devemos dizer que os enfyteutas naõ pôdem alienar qualquer porçaõ da enfyteuse, de que saõ senhores.

II. E na verdade os senhorios naõ tinhaõ huma razaõ sufficiente, que allegassem contra as alienações, que os enfyteutas fazem de qualquer porçaõ da enfyteuse. Por quanto o enfyteuta alienando huma porçaõ do prazo, o senho-  
rio



rio não he o que faz este contracto , (1) sómente dá licença que se faça , e não tem mais , que o direito da opção nos contractos , em que ella lhe compete , e o de propugnar que o não prejudiquem nos seus direitos ( 2 ) , e não pôde mais oppôr-se a liberdade do enfyteuta ; quem faz o contracto he o mesmo enfyteuta , e aquelle a quem elle aliena : e como o contracto he feito entre estes , elles se fazem socios da obrigação de toda a pensão , ficando ambos obrigados *in solidum* : pois ainda que elles dividem em parte a enfyteuse , como a pensão não he posta sómente ao todo , mas he estabelecida em toda a enfyteuse , e em cada huma das suas partes , cada hum delles a deve toda , não obstante o dividirem-na entre si ; porque a pensão se deve toda por cada huma das partes da enfyteuse , e ainda mesmo que não reste senão huma minima parte della , ainda assim se deve toda . (3) Tambem como a pensão não he constituida em razão da cousa enfyteuticada , ou do seu rendimento , como succede nos censos , e na locação , tambem ainda que

ca-

---

(1) Arg. L. 160. D. de R. J. (2) Ord. L. 4. t. 38. pr. (3) L. 1. C. de Jur. emphyt.



cada hum destes contrahentes fique só com huma porção da enfyteuse, e conseguintemente com huma porção do seu rendimento correspondente a ella, fica com tudo obrigado a toda a pensão *in solidum*: porque só deveria ficar obrigado *pro parte*, se ella fosse estabelecida na ração proporcionada da cousa, ou do seu rendimento. Como pois estes contrahentes ficam obrigados á pensão *in solidum*, nenhum delles pôde pedir a divisaõ della, antes o senhorio a pôde pedir toda a cada hum delles: porque o beneficio da divisaõ não compete aos devedores *in solidum*, ou *corréos debendi*, como muitos já tem mostrado contra a errada intelligencia, que deu Irnerio (1) a Nov. 99. cap. 1., o qual a devia entender sómente a respeito dos corréos, que fossem fiadores reciprocamente (2), como mostra o mesmo capitulo 1. da dita Novella e a sua rubrica, e tambem o intento do Imperador, o qual foi derogar a lei 11. D. de *Duob. reis*, em que Papiniano disse

---

( 1 ) Auth. Hoc. ita. C. de duob. reis.  
 ( 2 ) Vid. Hein. Not. ad §. 1. Inst. de duob. reis.



se que os corréos debendi , ainda que fossem fiadores reciprocos , não tinham o beneficio da divisaõ. Donde os senhorios como disse , nenhuma razão tinham que allegar nas ditas Cortes contra as divisões , que os enfyteutas faziaõ alienando qualquer porçaõ do prazo ; porque nenhum prejuizo se lhes segue dellas , mas antes lhes provêm mais commodo : pois além de se lhes facilitar assim mais o receberem laudemios repartidos , tem em lugar de huma pessoa só obrigada á pensão duas ou mais , a cada huma das quaes a podem pedir toda , e na sua mão está escolher , o que mais capaz fôr de lhe pagar , sem serem obrigados a dividilla. Os enfyteutas tambem não tem prejuizo : pois como são sócios , e se obrigaõ á pensão *in solidum* por ajuste commum , o que pagar ao senhorio póde obrigar o outro enfyteuta , a que lhe pague a parte que lhe compete , (1) segundo o lugar que na sociedade faz , isto he , segundo a parte , de que he senhor.

Pe-

---

(1) L. arg. 62. D. ad leg. falcid. l. 2. Cod. de duob. reis. L. 43. D. Pro socio.



13. Pelo contrario elles tinhaõ razão sufficiente de se queixar das divisões feitas entre os herdeiros. Porque os herdeiros quando succedem por morte do enfyteuta, o senhorio entra na convenção enfyteutica, que elles fazem acceitando o prazo; pois elle he o que no contracto os chamou, e lhes prometteo a enfyteuse, chamando ou o enfyteuta nomeado nos prazos de nomeação, ou os herdeiros nos prazos hereditarios, e elle mesmo foi, o que fez a estipulação da pensão, e os herdeiros a elle se obrigão a pagalla, e lha promettem quando aceitão o prazo: porém como para huma obrigação ser *in solidum* não he bastante que a mesma quantia seja pedida a muitos, ou que muitos a promettão; mas he preciso que elles todos se queirão assim obrigar, quando promettem, e que da mesma estipulação conste claramente que se pede a obrigação *in solidum*, e de outra sorte, quando se pede a muitos, ou muitos promettem a mesma quantia, sómente cada hum fica obrigado em parte, seu *in partem virilem*, (1) e como até na duvida nunca se

---

( 1 ) L. II. §. 1., e 2. D. de duob. reis.



se presume que os promittentes se quizerão obrigar *in solidum*, (1) os herdeiros não ficão obrigados deste modo, nem são correos debendi; mas tão sómente ficão obrigados *pro parte*, isto he, cada hum fica obrigado a parte, que fór proporcionada áquillo, que do prazo lhe competir. A razão he, porque o senhorio, quando fez o contracto enfyteutico com o enfyteuta defunto, ou seus antecessores, não declarou, nem acrescentou, que queria que os herdeiros ficassem obrigados *in solidum*, nem tambem os herdeiros, quando aceitarão o prazo, declararão que tinham animo de se obrigar *in solidum*, o que he necessario para a obrigação não ser *pro parte*: segundo temos dito, e nós inculca o Jurisconsulto Paulo. (2) De mais, pelo costume tem sido recebido entre nós, e tambem fóra desta Nação, não se julgarem obrigados *in solidum* os que promettem a mesma quantia, senão tendo sido

---

V. Hein. Elem. jur. Civ. sec. ord. Pand. p. 7. §. 20. Voet. com. ad Pand. lib. 45. t. 2. n. 2. (1) V. Wissembach. ad Pand. ad tit. de duob. reis n. 25. (2) D. L. 41. §. 1. 2.



do isto mesmo especialmente declarado no ajuste , para não succeder que algum delles contra sua vontade pague pelo outro , quando elle não fôr capaz de pagar (1) ; o que he sufficiente para devermos dizer que os herdeiros, ainda que se obriguem e prometaõ a pensão, quando aceitaõ o prazo, não ficaõ obrigados *in solidum*; mas em parte taõ sómente. Portanto se a Ordenação não prohibisse aos herdeiros a divisaõ dos prazos por *glebas*, ou em porções, a pensão se deveria dividir, por não serem a ella obrigados *in solidum*, o que a mesma Ordenação contempla naquellas palavras *por se não confundir a pensão delles*; e os senhorios viraõ a soffrer o prejuizo da pensão chegar pelas successivas divisões, e subdivisões a ser repartida em porções taõ minimas, que o trabalho, e despezas da arrecadação de cada huma dellas seria maior ainda que o lucro, e interesse de as receber. E assim justa razão tiveraõ os senhorios de se queixarem nas ditas Cortes contra o costume, que se havia introduzido de

---

( 1 ) V. Groene-Wegen. ad authent. Hoc ita C. de duob. reis. Resp. Jurisc. Holl. part. 1. Consil. 243.



de se dividirem os prazos entre os herdeiros: porque não só tinhaõ a Ordenação a seu favor, que em seu beneficio tinha prohibido aos herdeiros a divisaõ dos prazos por *glebas*; mas seguia-se-lhes o prejuizo já referido, o qual se não segue, como já vimos, das divisões, que se fazem, quando o enfyteuta aliena qualquer parte: pois ainda que se fação estas divisões, como ellas se fazem por hum contracto, a que o senhorio não dá lei alguma, e taõ sómente requer não ser prejudicado, não pôdem estes que o fizeraõ, fazello soffrer o prejuizo da divisaõ da pensão; porque se obrigaraõ entre si á pensão toda, e o que prometteraõ ao senhorio foi, que o não prejudicariaõ em cousa alguma, que he o que pelas leis elle pôde requerer nestes contractos, e se suppõe, que tem requerido.

12. Nem se poderá dizer que a Ordenação livro 4. t. 36. §. 1. naquellas palavras *por se não confundir a pensão admittio* entre os corréos *debendi* o beneficio da divisaõ, e que approvou a dita authentica *Hoc ita C. de Duob. reis*; porque seria isto dizer, que a Ordenação admittio hum erro, querendo admittir hum principio verdadeiro,



o que se não deve dizer, e he affirmar que a lei dispõe na razão, que dá da sua disposição, o que já mostramos se não pode tambem dizer, por ser alheo da mente do Legislador. O que destas palavras se deve deduzir he, que a Ordenação não julgou os herdeiros obrigados *in solidum* á pensão, que he o que eu mostrei no §. antecedente: mas não se póde deduzir que não julgasse obrigado *in solidum* aquelle, que se quiz associar, e deste modo obrigar pelo mesmo contracto, que com o enfyteuta fez, em que tacitamente prometteo de não prejudicar o senhorio; como tambem já disse.

13. O que tenho dito se deduz tambem dos nossos costumes. Porque entre nós se usaõ as arrematações não só de toda a enfyteuse; mas tambem das suas differentes partes, e cada hum dos arrematantes fica senhor da parte, que arremata: usaõ-se tambem as vendas, e toda as mais alienações de partes da enfyteuse, e os senhorios pediraõ sempre a pensão *in solidum* a hum, e este depois de pagar pede aos outros a parte, que lhe compete. Os encabeçamentos dos prazos, que se usaraõ sempre, e usaõ hoje, fazem tambem prova  
bas-



bastante, que se tem usado, como usaõ hoje as alienações de parte, ou partes da enfyteuie, que os enfyteutas ficaõ obrigados *in solidum*, e *corréos debendi*, e que os senhorios naõ saõ obrigados a dividir a pensaõ. E ainda que se use fazer-se o encabeçamento, no que tem a maior parte do prazo; isto com tudo se pratica, porque os senhorios podem escolher, o que he possuidor de mais bens. E antes isto mesmo comprova, o que tenho dito; porque da natureza da obrigaçaõ correal he o poder o credor escolher o que mais conta lhe fizer. Será sufficiente a respeito desta questãõ, o que fica dito, vejamos a seguinte.

### T H E S. III.

**N**Esta These se diz, que he Romanismo o que alguns dizem entre nós, que o contracto enfyteutico he hum contracto de boa fé, e nominado. Que alguns dos nossos Escritores naõ convem, em que esteja extincta a differença dos contractos *stricti juris*, e



de boa fé, se vê de Valasco, (1) e Pinheiro, (2) e o mesmo Valasco não deixou de tratar a questão, se era a enfyteuse contracto nominado, ou innominado, ainda que diz ser esta huma questão pouco importante, (3) o que não obstante, o A. das cartas mostra ter-lhe dado grande cuidado esta These: (4) mas se ella lhe não dizia respeito, era bastante, que dissesse o sentido, em que tinha dito no compendio, que o contracto enfyteutico era de boa fé, e nominado, se assim julgasse necessario, e prevenia ao mesmo tempo a lembrança de investigar a causa de seus cuidados. Examinando pois o seu compendio, o A. estabelece no §. 35. o seguinte principio: a enfyteuse he hum contracto consensual; e delle deduz no numero 5. esta consequencia: a enfyteuse he contracto de boa fé: e desta consequencia deduz a outra: que os pactos, e convenções, que se ajuntarem á enfyteuse, se devem observar. Eis-aqui as suas palavras: *Cum hic contra-*

---

(1) Jur. emph. p. 1. q. 5. n. 12. 13.

(2) Part. 2. de emph d. 1. f. 1. in fin.

(3) q. 6. (4) Cart. 1. p. 23.



*tractus consensualis sit, patet esse bonæ fidei; ac ideo pacta, quæ ipsi adjiciuntur, sanctissime observanda, nisi naturæ contractus adversentur.* Nestas palavras observa-se, que o A. para concluir que a enfyteuse he hum contracto de boa fé, não se contentou com dizer sómente que era contracto; mas ajuntou tambem a qualidade de consensual: porém o que não admite a distincão de contractos de boa fé, e *stricti juris*, não procura qualidade alguma nos contractos, para conhecer, e dizer que qualquer contracto he de boa fé; mas huma vez que estabeleça que he contracto, conclue logo que he de boa fé. Mais se observa nas mesmas palavras, que elle para concluir que se devem observar, e guardar religiosamente as convenções adjectas ao contracto enfyteutico, primeiro mostrou que era contracto de boa fé: mas quem não admite a dita distincão, não deve fazer primeiro aquella demonstração, depois de ter mostrado que a enfyteuse he contracto, deve concluir logo que todas as convenções, que se lhe ajuntarem, se devem observar, não sendo contrarias á sua natureza; porque a differença de contractos *stricti*



*juris*, e de boa fé era, o que obrigava aos Romanos, e obriga aos que interpretaõ o seu Direito, a mostrarem primeiro, que o contracto he de boa fé, para poderem dizer que as convenções, que se lhe ajuntaõ, se devem obriervar, e por esta causa he que os Romanos fallavaõ segundo a ordem, e deducção que o A. falla no dito §. Agora se o A., naõ fallou, nem escreveu no dito §. segundo os sentimentos dos Romanos, e naõ cometeo hum Romanismo, fallando como elles, fazendo huma deducção como elles, e caminhando tambem pelos mesmos principios para fazer evidentes, e convenientes as proposições, que põe neste §., elle o julgue, que a mim nada disso me importa.

2. Tambem diz, que chamou ao contracto enfyteutico contracto nominado, para dar a entender que era hum contracto, que tinha nome adquirido pelo seu uso, e frequencia, ( 1 ) e que o mesmo Martini, sendo escritor de direito Natural, recommenda a differença, que o uso, e frequencia introduzio entre os contractos, de huns terem nome,

---

(1) Cart. 1. p. 25.



me, e outros não. Porém deixando Carlos Martini, que fez, e lembrou a dita differença, como, e quando devia fazella, o A. no §. 33 diz os diferentes nomes, que o contracto enfy-teutico tem obtido pelo uso, e depois de os dizer (o que era bastante para se saber, que este contrato tem nome) não se contentou com isto; mas pelo contrario depois mesmo de ter dito no fim deste §., que este contracto tambem tinha o nome *emphyteusis*, passando a definillo no principio do §. 34. diz desta maneira: *emphyteusis est contractus consensualis, nominatus, bilateralis de dominio utili rei alicui in perpetuum, vel non modicum tempus concedendo ea lege, ut eam ipse colat, canonemque annuum in recognitionem domini solvat.* O Jurisconsulto Romano, ou aquelle que explica o direito dos Romanos, definido deste modo, não obstante ter já dado o nome ao contracto na palavra *emphyteusis*, não faz huma repetição digna de ser notada, pondo na definição a palavra *nominatus*: porque esta palavra entre elles era precisa para explicar a differença que elles fazião de contractos nominados, e innominados: porém o que definir

el-



este contracto pela Jurisprudencia Portugueza , que não admite semelhante differença , não se poderá desculpar definindo assim ; porque depois de dar o nome ao contracto ná palavra *emphyteusis* , he superfluo o dizer , que tem nome , que he o que significa sómente a palavra *nominatus* , para quem não admite a dita differença. E porque todos quando definem , se lembrão de não pôr palavras superfluas , o leitor , lendo o dito §. , lembra-lhe se o A. definiria o contracto por direito Romano , e vendo no mesmo §. que elle justifica a sua definição com o §. 3. *Inst de Locat , et cond.* , e com a l. 1. *C. de Jur. Emphyt.* , conclue que a definição he propria do direito Romano : e lendo nas cartas p. 18. , que a definição foi feita á imitação dos melhores Juristas , que explicarão o direito dos Romanos , então fica sem duvida alguma , que aquella palavra *nominatus* , por estar posta na definição depois de estar posta a palavra *emphyteusis* , contém hum Romanismo. Se o A. porém depois de ler as Thezes não quer que o contenha , seja como elle quizer : sómente lembro , que as restricções puramente mentaes se não devem admittir.



*Theses defendidas na Faculdade de  
Canones.*

## §. II.

**C**omprehende este §. tres proposições, ou Theses: a saber 1. que em outro tempo se podia questionar, se a enfyteuse Ecclesiastica era, ou não perpetua; 2. que depois da lei de 4. de Julho de 1768 he sem duvida, que toda a enfyteuse Ecclesiastica he perpetua; 3. que aquella regra que alguns estabelecem a respeito das nomeações tacitas dos prazos, a qual diz que na falta de descendentes, e ascendentes succedem os transverſaes até o 4.º gráo pela mesma ordem que os descendentes, e ascendentes, taõ sómente he verdadeira nos prazos seculares; porém que o não he nos Ecclesiasticos de nomeação, segundo foi interpretado pelo Supremo Senado da Supplicação. E esta ultima proposição se deduz nas Theses, do que na segunda se tem dito.



## T H E S I.

1. **D**Epois de o A. fazer hum grande estrepito por causa desta primeira These, descobrio-se-lhe o traslado de algumas palavras da Ord. liv. 1. tit. 62. §. 46., e liv. 2. t. 1. §. 6., com que quer provar que não podia haver antes daquella lei do Senhor Dom Jozé I. duvida alguma de que os prazos Ecclesiasticos podessem ser temporaes, e de que a enfyteuse Ecclesiastica se podesse dividir em perpetua, e temporaria. Do preambulo da mesma lei se manifesta bem, que não sómente podia haver duvida, mas que antes della mesmo a melhor opinião era a daquelles, que seguissem que erão perpetuos todos os prazos Ecclesiasticos entre nós. Mas não obstante constar deste preambulo, que houve duvida a este respeito, e até a causa da mesma duvida, já que o A. assim o quer, e pede, direi porque podia haver duvida e questão, e os fundamentos de huma, e outra parte. Porém primeiro devo advertir que a enfyteuse depois de constituida não se extingue, senão ou pela extinção total da  
cou-



cousa afforada, ou pela consolidação: o primeiro modo porque se extingue he manifesto; pois extinguindo-se a cousa totalmente, nem pode haver dominio pleno, nem menos pleno: o segundo modo se verifica, huma vez que o enfyteuta por qualquer dos modos de adquerir adquira o dominio directo, ou o senhorio o dominio util; porque então se extingue a divisão do dominio directo, e util, que he requisito necessario para existir a enfyteuse.

2. Tratando pois da nossa questão, e deixando a historia das leis da amortização, que principiarão a promulgar-se neste Reino, segundo diz a mesma lei, no tempo do Senhor Dom Affonso II., a qual he hoje bem notoria, e até della ha funestas reliquias nas mesmas Decretaes, (1) na Ord. liv. 2. t. 18. pr. se estabeleceo que as Igrejas, e Ordens não podessem adquirir bens de raiz, nem a posse delles sem Real licença, á qual regra sómente se pozerão as excepções que da mesma Ordenação constão: porém como entre estas excepções se não acha a consolidação, e ella, como fica dito, vem a ser hum modo,

ou-

---

(1) C. Grande de Supplend. neglig. Plalat



ou titulo de adquirir bens de raiz, he sem duvida que por esta regra os prazos Ecclesiasticos nunca podião consolidar-se; porque seus senhorios não podião adquirir dominio util: e como se não consolidavão, erão perpetuos; pois o dominio util existia sempre separado do dominio directo. Em consequencia disto, chegando o caso, em que a enfyteuse se devesse consolidar por via das regras do direito enfyteutico, devia-se a enfyteuse reputar, e observar a respeito della o que diremos, ficando sempre as Igrejas só com o dominio directo. Nestes termos se devia entender a Ord. liv. 2. t. 1. §. 6., devendo-se só dizer que a consolidação, de que aqui se faz menção, era sómente aquella que fosse feita com licença Regia, a qual por isso que era feita por huma mercê, ou privilegio, não tirava a regra de serem perpetuos os prazos Ecclesiasticos; por ser o privilegio huma excepção, e muito mais sendo excepção extraordinaria. As Cappellas, Albergarias, Confrarias, e Hospitaes; como estão na mesma razão que as Igrejas, e Mosteiros, por serem igualmente Corpos de mão morta, também não podião consolidar o dominio util



util com o directo : e assim os prazos das heranças , de que falla a Ordenação liv. 1. t. 62. §. 46. vers. *E as*, contém outra excepção da dita regra geral , a que se deduz do mandando da lei , que ahí se lê , como veremos.

3. Porém o zelo a favor dos bens das Igrejas , ou antes a opinião do tempo , não obstante tantas leis que a respeito da aquisição das Igrejas , e Mosteiros se havião promulgado , e não obstante a dita Ordenação , e os Alvarás de 1611. , e 1613. , que pelo beneficio que concedião , confirmavão a mesma Ordenação , (1) fez excogitar razões , para que os prazos Ecclesiasticos se podessem consolidar. O Senhor Dom Jozé nesta lei diz que os Jezuitas forão os que inventarão estas razões ; e que assim consta de papeis originaes , que se achão na Torre do Tombo , as quaes eu não refiro por me não ser livre vellos : porém como Pinheiro foi hum delles , talvez a razão , que elle dá , será huma dellas ; e porque a pôz em publico , he sem duvida ser a que julgou mais forte. Não allegarão elles as palavras da

---

(1) Colec. 1, e 2. ao d. tit. 18. n. 1.



lei que trasladou o A. : porque elles bem sabião, que assim como não sabe a lei, quem sabe sómente suas palavras sem saber a sua força, (1) tambem nada vale o argumento daquelle que só oppõe as palavras della : mas diziaõ, as Igrejas, e Mosteiros não precisaõ de licença Regia para adquirir o dominio util, quando saõ senhores directos, *quia*, laõ palavras de Pinheiro (2), *per hoc Ecclesia non acquirit simpliciter illam rem, sed solum perficit suum dominium, reducendo illud ad suum pristinum, & naturalem statum* : vem a dizer nisto, que as Igrejas, e Mosteiros, sendo senhores, quando adquirem dominio util, não adquirem *simpliciter*; mas adquirem *secundum quid*. E nestes termos tinhaõ elles, como Pinheiro dá a entender, que a Ordenação liv. 2. tit. 18. se devia entender *simpliciter*; e que assim se não oppunha aos §§. da Ord., que o A. fielmente trasladou; porque estes se deviaõ entender *secundum quid*, ou da aquisição *secundum quid*. Não ha du-  
vi-

---

(1) L. 17. D. de Ll. (2) P. 2. de Emph. disp. 4. sect. 10. n. 202.



vida que entendida a Ordenação desta maneira, antes da lei do Senhor Dom Jozé a enfyteuse Ecclesiastica se podia dividir em perpetua, e temporaria, e que nestes termos não podia haver questaõ a este respeito, e era erro dizer o contrario, como o A. diz. (1) Esta razão, como era fundada naquella distincão *simpliciter*, & *secundum quid* daquelle systema muito venerado naquelles tempos, foi tida por indubitavel entre os Escriptores, os quaes não duvidaraõ de que os prazos Ecclesiasticos podessem ser, ou perpetuos, ou temporaes, e assim foraõ reputados pelo uso, e costume.

4. Chegou porém o tempo do Senhor Dom Jozé I., e os Sectarios da solida Filosofia, abatido o systema já mencionado, poderaõ com mais liberdade expôr os seus sentimentos, e differaõ que a Ord. do Liv. 2. tit. 18. se devia entender no sentido natural, e que mostrava a historia das leis da amortisação, e que segundo a mesma Ordenação não podia obstar a isto o uso, e costume introduzido em contrario pela opiniaõ dos D.D. (2) Mas  
co-

---

(1) Cart. pag. 17. (2) L. 4. t. 79.



corao ainda havia alguns do outro systema, de que fiz menção, clamaraõ estes, que os Corpos de mão morta deviaõ consolidar; porque adquirindo o dominio util nos seus prazos, adquiriam *secundum quid*: e dizendo que a dita Ord. se devia entender da aquisição *simpliciter*, concluiaõ, que os prazos Ecclesiasticos podiaõ ser temporaes por poderem consolidar *secundum quid*. Eis-aqui a nossa materia reduzida a questaõ, pertendendo os de hum systema, que os prazos Ecclesiasticos fossem todos perpetuos, e os de outro que não: e isto he o mesmo que diz a These naquellas palavras: *emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum, et ad tempus, an dividi possit, olim quæri poterat*. O Senhor Dom Jozé I., vendo que a questaõ era entre pessoas de dous differentes partidos, prevenindo o que poderia acontecer, e conformando-se com o parecer dos sabios Ministros do seu Conselho, a fez terminar, mandando publicar a tua Lei; mas isto pertence á These, que se segue.



## T H E S. II.

I. **N**Esta se affirma que depois da lei de 4. de Julho de 1768. todos os prazos Ecclesiasticos são perpetuos. No preambulo desta lei não só se faz o argumento, pelo qual se mostra que segundo a Ord. os prazos Ecclesiasticos não podem consolidar-se, repetindo-se para isto aquellas suas palavras: *ou por qualquer outro titulo*, na generalidade das quaes se comprehende tambem a prohibiçaõ da consolidaçaõ, por ella ser verdadeiramente hum dos modos de adquirir bens de raiz; mas tambem, como já disse, se referem os autores daquella opiniaõ, pela qual se introduzio o costume de se consolidarem os prazos Ecclesiasticos: no §. , que principia *Declaro*, manda que não tenhaõ effeito, e se hajam por nullas, e abusivas todas as consolidações preteritas, e futuras *nos prazos*, são palavras da mesma lei, *pertencentes ás Igrejas, Ordens, e Mosteiros, e quaesquer outros Corpos de mão morta*: por tanto não só por esta lei fica estabelecida a regra, que a enfyteuse Ecclesiastica nunca pode con-

so-



solidar-se ; mas tambem fica estabelecido que toda a Enfyteuse Ecclesiastica he perpetua ; porque a enfyteuse que nunca se pode consolidar, existe sempre, e o que existe sempre he perpetuo. E como esta lei naõ só prohibio para o futuro a consolidaçaõ dos ditos prazos ; mas tambem declarou que esta prohibiçaõ se devia entender já estabelecida na Ordenaçaõ , a qual a mesma lei explica , e declara no preambulo, deduzindo para isto a historia das leis da amortisaçaõ , e referindo aquelles que excogitaraõ as razões , que fizeram obscurecer a mente , e verdadeiro espirito da dita Ord. liv. 2. t. 18. , tambem devemos dizer que esta lei naõ faz huma determinaçaõ nova ; mas que taõ sómente foi huma lei declarativa da mesma Ord. A lei de 12. de Maio de 1769. , como do seu contexto manifestamente consta , naõ teve outro fim , do que tirar as duvidas que ainda depois da d. lei de 4. de Julho de 1768. se excitaraõ a respeito da declaraçaõ , que se fez na mesma lei á dita Ord. : e assim tambem esta lei he declarativa da mesma Ordenaçaõ. Donde á face destas leis devemos dizer, como na These se diz, que

to-



toda a enfyteuse Ecclesiastica hoje he perpetua ; porque cada huma destas leis não fez mais que declarar a Ordenação , na qual , sem que se possa duvidar , principalmente depois da explicação que se faz na dita de 4. de Julho de 1768 , se prohibe a consolidação ás Igrejas , e Corpos de mão morta : pois as leis declarativas nunca revogão as leis anteriores ; porque huma vez que huma lei revoga outra , já não he lei declarativa ; mas he huma lei nova. No Assento de 16. de Fevereiro 1786. se contemplou estar ainda em seu vigor esta mesma prohibição , pois se faz delle expressa menção de pessoas , e corporações que não pódem consolidar : por tanto devemos ficar sem duvida que os prazos Ecclesiasticos não pódem consolidar , e que são perpetuos por isso mesmo. O A. não obstante isto que se acha expresso na Ord. , e nas ditas leis , ainda em suas cartas propugna pela dita opinião , que o Senhor Dom Jozé I. quiz extinguir , a qual teimava , que as Igrejas , e Corpos de mão morta podião consolidar , e adquirir dominio util , e diz que não só antes da lei de 4. de Junho de 1768 ; mas tambem ao depois



la as Igrejas , e Mosteiros pódem consolidar , e adquirir o dominio util das suas enfyteuses. Porém antes que eu responda aos seus argumentos , devo dizer os effeitos , que antes da dita lei devia ter produzido nos prazos Ecclesiasticos a prohibição da Ord. , depois os mostrarei declarados nestas leis , que a illustráo , para melhor se conhecer , que ellas a não alteráo.

2. A Ordenação prohibia sim ás Igrejas , e Corpos de mão morta a consolidação ; mas não lhes determinava a fórma , em que deviaõ fazer os emprazamentos : e como a liberdade fica sempre , aonde a lei a não restringe , podiaõ elles fazer prazos hereditarios , familiares , ou em vidas : porém em nenhum caso estes prazos se podiaõ consolidar ; porque a lei não fazia excepção de qualidade alguma de prazos , e aonde a lei não faz excepção , ninguém a deve fazer. Tambem a mesma Ord. não declarou , que os enfyteutas ficassem livres do commisso , e por isso elles nelle deviaõ incorrer do mesmo modo , que incorreriaõ , se as Igrejas podessem consolidar ; porque esta prohibição da consolidação era hum direito particular , de que a favor de ter-

ceis



ceiro , se não podia tirar consequencia alguma : (1) mas nem neste caso os prazos se podiaõ consolidar ; porque a lei o não exceptuava da dita regra. Os mais modos porque se pôde verificar a consolidaçaõ , mais manifestamente se comprehendiaõ na disposiçaõ da dita Ord. : e assim he evidente que chegando o caso , em que os prazos , se fossem seculares , se haviaõ de consolidar , a enfyteuse nunca devia voltar para as Igrejas , e Corpos de maõ morta ; mas devia ficar *nullius* , e como bens jacentes , ficando as Igrejas , e Corpos de maõ morta sómente com o dominio directo , de que eraõ senhoras. Isto que tenho dito deduz-se bem da inhabilidade , que pela Ord. as Igrejas , e Corpos de maõ morta tinhaõ para adquirirem o dominio nas suas enfyteuses. Resta sómente saber quem eraõ , os que antes da lei de 12. de Maio de 1769. teriaõ direito para se fazerem senhores desta enfyteuse jacente , e vaga , e como se haviaõ de haver as Igrejas , e Corpos de maõ morta , para terem quem lhes pagasse os fóros , e direitos dominicaes.

---

(1) Arg. §. 6. Inst. de Jur. Nat. G. & Civ.



3. A prohibiçaõ que se tinha feito da consolidaçaõ , assim como não podia ser favoravel a terceiro , tambem lhe não podia tirar direito algum , e nestes termos por ella não ficou alterado o direito de renovaçaõ : por isso quando nos casos de devoluçaõ alguém tivesse por via das regras dos prazos o direito de renovaçaõ , este que o tivesse tinha o direito de adquirir a enfyteuse jacente. Porém como ninguem pôde ser enfyteuta , sem que se obri- gue aos fóros , e direitos dominicaes , e não pôde ter o direito enfyteutico em cousa alguma sem contrahir esta obriga- çãõ , o mesmo que pelo direito de renovaçaõ tinha direito de ser senhor daquella enfyteuse , devia , para se fazer senhor della , obrigar-se a pagar ás ditas Corporações os seus fóros , e di- reitos dominicaes , que pelo dominio directo lhes pertenciaõ ; e esta obrigaçaõ era hum requisito necessario , e sem o qual elle não podia fazer-se senhor da enfyteuse jacente , *e nullius* , e por is- so mesmo que era requisito essencial era tambem o titulo , porque elle a podia adquirir. E porque nos prazos Eccle- siasticos he essencial para a validade das obrigações enfyteuticas , que ellas

se



se façãõ por escritura , devia tambem este fazer escritura desta obrigaçãõ. Eis-aqui o emprazamento , que as Igrejas podiaõ fazer nos calos de renovaçãõ ; porque naõ podiaõ renovar a enfyteuse ( pois para isto era necessario que ella se consolidasse , e extinguisse , o que naõ podia ser em virtude da lei ) mas taõ sómente podiaõ renovarlhe o enfyteuta , quero dizer , podiaõ sómente pedir , que o que tinha direito a ser senhor da enfyteuse renovasse a obrigaçãõ enfyteutica , que para elle estava extintã , assim como o direito enfyteutico. Quando porẽm naõ houvesse quem tivesse o direito de renovaçãõ , ainda que por virtude da regra geral todos os bens vagos , e sem senhor certo pertencem para a Corõa , (1) com tudo como a mente da lei , quando prohibio a consolidaçãõ , e adiquisicãõ de bens de raiz ás Igrejas , e Corpos de maõ morta , naõ foi aumentar o rendimento da Corõa , antes foi o fazer que os bens de raiz fossem possuidos por pessoas seculares ( fim que tiveraõ , e tem as leis da amortizaçãõ ) esta enfyteuse , ainda que vaga , naõ pertencia para a Corõa ; mas como

---

(1) Ord. L. 2. t. 26. §. 17.



mo ninguem era senhor della , e as Igrejas , e Corpos de maõ morta não eraõ obrigados a perder os seus fóros , e direitos dominicaes , por terem o dominio directo , que a lei lhes conservou , tinhaõ estes o direito de procurar , e escolher huma pessoa , que se lhes quizesse obrigar a pagar os direitos dominicaes , e fazer a escritura necessaria , segundo já dissemos , para esta obrigação ser valida e ninguem tinha direito a fazer-se senhor da enfiteuse , senaõ quem as Igrejas escolhessem : porque ellas haviaõ de fazer a estipulaçaõ dos fóros , e direitos dominicaes , e o que faz a estipulaçaõ tem direito de escolher a quem a ha de fazer , se não he obrigado por algum ajuste a fazella á certa pessoa , bem como no caso que se faz pacto de fazer algum contracto , ou se não ha alguma lei , ou disposiçaõ de direito , que obrigue a fazella tambem a este , ou aquelle , como tambem nos casos , em que ha o direito de renovaçaõ , de que já fallamos.

4. Porém assim neste caso , como nos casos de renovaçaõ , nunca as Igrejas podiaõ alterar os fóros , e laudemios , nem a qualidade mesmo , que a enfiteu-



teuse tivesse ; mas deviaõ sómente estipular os fóros , e laudemios , que estavaõ estabelecidos sem alteraçãõ alguma , e devia a enfyteuse continuar com a mesma fórma , que tivesse antecedentemente ; porque segundo as regras dos prazos o senhorio naõ póde pedir maior pensaõ , e mais direitos dominicaes que os estipulados no contracto , nem mudar a fórma nelle estabelecida , em quanto a enfyteuse se naõ extingue , e acaba. E supposto nos prazos seculares , ajustando-se entre si o senhorio , e o enfyteuta , pódem ambos , durante ainda o contracto , e a enfyteuse , acrescentar os fóros , e direitos dominicaes , ou alterar-lhe a fórma , com tudo as Igrejas , e Corpos de maõ morta nos sobreditos casos naõ podiaõ alterar os foros , mudar a fórma á enfyteuse , ainda que aquelle , que se lhe obrigava aos fóros , e direitos dominicaes , consentisse : por quanto a lei que prohibio a consolidaçaõ , e fez a enfyteuse Ecclesiastica perpetua , isto he a lei da amortisaçaõ , foi feita em beneficio , do publico , e os direitos que saõ estabelecidos em beneficio do publico , naõ se pódem alterar pelos ajustes dos particulares , e saõ nullos todos



estes ajustes (1) De mais, quando os senhorios, e os enfyteutas fazem estes ajustes, consolidaõ a enfyteuse; porque desistem por elles do contracto anterior, para fazerem estas alterações, e as Igrejas, e Corpos de mão morta nunca podem consolidar. Deste modo he que principalmente depois da Ordenaçãõ se devia contemplar a enfyteuse Ecclesiastica antes da lei do senhor D. Jozé; porque da falta da consolidaçãõ se deduz tudo, o que disse, e assim se acha contemplada nas ditas duas leis declarativas da Ordenaçãõ, o que vou a mostrar.

5. Na lei de 4. de Julho de 1768. depois de se explicar, como disse, que as Igrejas, e Corpos de mão morta não podião consolidar, no §., que principia *Declaro*, todas as consolidações dos prazos Ecclesiasticos, assim futuras como preteritas, se declaraõ nullas, e de nenhum effeito, porque pela disposiçãõ da Ord. estes prazos não se podião consolidar, e eraõ contra o espirito das leis do Reino, como na lei se diz, semelhantes consolidações. No §. [do primeiro *Item* a lei por piedade con-

ce-

---

(1) L. 27. D. de R. J.



cede ás Igrejas , e Corpos de maõ morta a mercê de enfyteuticarem os bens , que desde 1611. a titulo de consolidação tinhaõ em seu poder , e neste beneficio que a lei lhe faz , mais ainda confirma , e declara a regra de se naõ poderem consolidar estes prazos. Porquanto as Igrejas , e Mosteiros por isso que se apossaraõ daquelles bens , segundo a dicta Ord. do liv. 2. t. 18. pr. os perderaõ para a Corõa , e a ella pertencia o dominio delles util , e directo ; porque segundo a pena estabelecida na lei , estes bens lhe cediaõ assim como as Igrejas , e Corpos de maõ morta os possuiaõ ; e elles os possuiaõ sem reconhecerem nelles o dominio util separado do directo : e como des que estes bens principiaraõ a ser da Corõa se tinha unido o dominio util com o directo , e se tinha extinto a enfyteuse , para nestes bens a haver agora , era necessario tornar a fazella , e a enfyteuticallos. Donde a lei dizendo que por piedade concede este beneficio ás Igrejas e Corpos de maõ morta , reconhece que estes bens pertenciaõ para a Corõa ; pois de outra maneira lhes naõ fazia beneficio , e reconhecendo isto reconhece a prohibiçaõ , e a pena , que ás ditas

cor-



corporações se tinha imposto, se a título de consolidação se apossassem delles, e usando a mesma lei da palavra *enfyteuticar*, e dando ás Igrejas o poder de enfyteuticar estes bens, declara os effeitos da pena na forma, que da Ordenação se deduz, e eu tenho exposto. E no que manda, que enfyteutiquem estes bens pelos mesmos fóros, e laudemios, ainda mais declara a mesma Ord.; porque em virtude della as pessoas seculares, a quem se afforassem estes bens, se as Igrejas, e Corpos de mão morta não estivessem na posse delles, haviaõ de havellos sem accrescentamento, e agora não quiz a lei que fossem mais oneradas as pessoas, a quem se afforassem, do que haviaõ de ser, se a Ord. se tivesse observado: e eis-aqui hum dos fins da disposição da Ord. conservado, e declarado neste §. No segundo *item* tambem se vê confirmada a mesma Ord. Manda neste lugar, que aquelles emprazamentos, que as Igrejas, e Corpos de mão morta tinhaõ feito nos bens, que illigitimamente tenhaõ possuido, fiquem prazos hereditarios com os mesmos fóros, e laudemios, que tinhaõ nos títulos, e escrituras antecedentes. Por isto



isto que ficão os mesmos fóros, e laudemios declarados nos titulos antecedentes, he evidente que aqui se trata de recomprazamentos; pois de outra maneira não podia haver titulos antecedentes com foros, e laudemios declarados; e porque impõe a pena de ficarem os prazos de successão perpetua ou hereditarios, tambem he manifesto que a lei reprovou a alteraçãõ, ou alterações, que se haviaõ feito, e as achou contrarias á Ordenaçãõ, pois de outro modo não imporia huma pena sem ter havido desobediencia da lei: logo he sem duvida que a lei neste §. confirma a disposiçãõ da Ordenaçãõ, e que contempla ser ella, que nos casos de devoluçãõ, ou tivesse havido a quem pertencesse o direito de renovaçãõ, ou não, nunca houvesse consolidaçãõ. E eis-aqui vemos nós, como tambem neste §. se confirma a regra da Ordenaçãõ, pela qual os prazos Ecclesiasticos não podem consolidar-se, e são perpetuos, aonde o A. diz que só se estabelece, e manda que somente certa enfyteuse seja perpetua, como se a lei aqui quizera revogar a Ord., que taõ amplamente explicou no seu preambulo, e que confirmou no dito §. que principia *de-*  
*claro,*



*claro*, e no primeiro *item*.

6. Mas para não haver outra semelhante equivocação devo advertir, que neste §. a palavra *perpetuos* significa prazos hereditarios, os quaes tambem se chamaõ perpetuos em attençaõ a terem huma successãõ perpetua, ou de fim incerto, e não esperado; pois a lei aqui faz huma disposiçaõ a respeito da successãõ, e qualidade da enfyteuse, e manda que os prazos, de que se falla neste §., fiquem com esta successãõ, ainda que tenhaõ outra forma. Porém a impossibilidade que os prazos Ecclesiasticos tem de se consolidar, faz a enfyteuse perpetua em sentido mui differente, e muito mais amplo: mui differente; porque faz a enfyteuse perpetua em si mesma, e independentemente da sua qualidade; pois ou tenha a qualidade de vitalicia, ou de familiar, ou de hereditaria sempre he perpetua, como temos dito: muito mais amplo; porque a enfyteuse hereditaria, ainda que se diz perpetua, com tudo nos prazos seculares, ou de pessoas, que podem consolidar, extingue-se, e consolida-se, quando o enfyteuta morre sem ter herdeiros, e a enfyteuse Ecclesiastica here-

di-



ditaria nem neste caso se póde extinguir, e consolidar; porque as Igrejas, e Corpos de maõ morta nunca pódem adquirir o dominio util, como tambem já fica dito: em fim não se diz perpetua, porque os enfyteutas tenhaõ em toda a enfyteuse Ecclesiastica o direito de succeder perpetuamente, como tem nos prazos hereditarios, disse perpetua, porque não acaba, ainda que ninguem tenha direito particular de succeder nella, segundo temos exposto. Os §§. que a este segundo *item* se seguem nesta lei, mais claramente mostraõ que as Igrejas, e Corpos de maõ morta não pódem consolidar, e que ella não fez mais que fazer pôr em seu vigor a Ordenação, e as regras que della se deduziaõ a respeito dos prazos Ecclesiasticos, que pela opiniaõ dos D. D. se achavaõ obscurecidas, por isso os ommitto, e passo á lei de 12. de Maio de 1769.

7. O uso, e costume que havia a respeito dos prazos Ecclesiasticos, de serem reputados em quanto á consolidaçãõ sem differença dos seculares, fez parecer obscura a dita lei de 4. de Julho de 1768., não obstante toda a sua clareza. A declaraçãõ de que as Igrejas, e Corpos



pos de maõ morta não podiaõ consolidar hum com outro dominio , pareceo tirar a pena do commisso : o §. do segundo *item* fez parecer , que chegando o caso de consolidaçaõ , todos os prazos Ecclesiasticos devião ficar hereditarios : e até se julgou que as Igrejas , e Corpos de maõ morta nos casos de devoluçaõ não podiaõ estipular os mesmos fóros , e laudemios , que constavão dos titulos antecedentes , e que não podião fazer as novas escrituras dos prazos mencionados na lei , nem dar em caso algum hum novo enfyteuta ao praso ; porque segundo as regras ordinarias , e as que se lião nos DD. , para tudo isto se fazer , era necessario que o senhorio consolidasse o dominio util com o directo. Para tirar pois todas estas , e outras duvidas , e esclarecer as consequencias da falta da consolidaçaõ , e as novas regras , que por esta causa se devião consolidar nos prazos Ecclesiasticos , se fez a lei de 12. de Maio de 1769. , como della mesmo se mostra. No §. que principia *os prazos* , declara ella que os prazos dos Mosteiros , chegando o caso de consolidaçaõ , não consolidem *por se achar prohibida a consoli-*



lidaçãõ ; mas que *devem continuar* com a mesma natureza de familiares , de livre nomeaçãõ , hereditarios , ou em vidas , que tiverem , *com os mesmos fóros* , e *laudemios* , com que estiverem constituídos. Tudo isto he huma consequencia da impossibilidade de se consolidar : porque naõ consolidando os prazos nos casos de devoluçãõ , e naõ adquirindo o senhorio a enfyteuse , fica ella *nullius* , e jacente ; pois nem ha enfyteuta que seja senhor , por isso mesmo que chegou o caso da devoluçãõ , nem o senhorio o he , porque a naõ consolida : e ficando jacente naõ perde a qualidade , e fórma que tem , nem se lhe podem accrescentar os fóros , e laudemios ; porque segundo as mesmas regras dos prazos para em tudo isto se fazer alteraçãõ , e mudança , he necessario que a enfyteuse se consolide , e extingua , como já dissemos : em huma palavra tudo isto já antes da Lei de 4. de Julho se devia praticar , como mostrei. No §. do primeiro *item* declara que os Mosteiros poderaõ enfyteuticar aquelles bens , que pertenciaõ para á Corõa , e de que a lei lhe faz mercê , ás pessoas que quizessem , sem serem obrigados a procurar os parentes do ultimo possuidor : e nisto



to lhe concede ella o mesmo , que elles podião fazer , quando por virtude da consolidaçaõ se athenoreáraõ delles ; porque aquelles casos de devoluçaõ , em que estes bens ficaraõ sem enfyteuta , os Mosteiros tinhaõ ficado com elles , por naõ ter havido , quem tivesse o direito de renovaçaõ , e nós já vimos que neste caso segundo o espirito da Ord. podião elles escolher para a enfyteuse jacente o novo enfyteuta que quizessem. Pelo que o fim da lei nesta mercê se deve julgar ser o declarar esta mesma antiga regra , que se deve praticar depois desta lei , como se devia ter ja praticado dantes. Declara mais que os prazos de vidas se renovem ás pessoas , que tiverem o direito de renovaçaõ ; mas acrescenta que nestes mesmos nunca se consolide *hum com outro dominio* : e eis-aqui o mesmo que da Ord. se deduz , como já disse ; pois a Ord. , tirando a faculdade de consolidar aos Mosteiros , e Corpos de maõ morta , naõ tirou o direito de renovaçaõ. Porém como estes prazos se naõ consolidaõ , este direito de renovaçaõ naõ produz os mesmos effeitos que nos prazos seculares , porque a enfyteute que naõ consolida , nem se extingue , naõ se pôde renovar ,  
tão



tão sómente pruduz effeito respectivamente ao enfyteuta: e assim o que aqui se renova he a pessoa, que ha de pagar os foros e laudemios ao senhorio, e ha de ser senhor da enfyteuse, que está *nullius*: o que tudo já nós vimos que se deduz da Ord. O 2<sup>o</sup>. *item* contem o que já disse a respeito do segundo *item* da lei de 4. de Julho

8. No §. que principia *finalmente*; diz a mesma lei que para evitar outras questões, que se podiaõ excitar, declara que nos casos de consolidação *possaõ* ( são palavras suas ) *os ditos Corpos de mão morta consolidar sómente para o effeito de tornarem a emprazar dentro do anno, e dia as pessoas seculares*. Daqui tem-se deduzido ( não me lembro do A., pois elle não argumenta com estas palavras contra a These ) que a enfyteuse nos casos de devolução se extingue; porque a lei diz que os Corpos de mão morta possão consolidar para o effeito de poderem emprazar: porém semelhante deducção he contraria ás regras de interpretar, que mandão que nenhuma lei se entenda sómente por algumas de suas palavras (1) e que ás

L

pa-

---

(1) L. 24. D. de LL.



palavras de lei se dê aquella significação, que mais for coherente com o seu fim. (1) A palavra *emprazar* significa, ou fazer a enfyteuse, ou fazer a escritura de que conste que qualquer he senhor da Enfyteuse já feita, e he o que está obrigado a pensão, e direitos dominicaes della, porque esta escritura tambem se chama prazo, e ella nos prazos seculares se faz depois que a enfyteuse já está feita pelo ajuste. Se nesta lei a palavra *emprazar* se toma no primeiro sentido, então a si mesma se contradiz; porque segundo temos visto, ella no §. *os prazos*, diz que nos casos de consolidação devem os prazos Ecclesiasticos *continuar sem alteração alguma na sua primordial natureza*, e sem se consolidarem, e no segundo item diz que os prazos de vidas se renovem; mas que nunca se unão *hum com outro dominio*, o que não pôde verificar-se, tomando a palavra neste sentido; porque para a enfyteuse se fazer em quaesquer bens he necessario, que se tenha extinto, a que nelles havia: porém como nós não podemos supôr que o Legislador se contradisse,

---

(1) L. 19. D. de LL.



e que se esqueceo do que tinha dito nesta mesma lei, devemos dizer que o sentido, em que elle tomou esta palavra, he o segundo, e que o que elle aqui diz he que dos effeitos da consolidaçãõ só concede aos Corpos de mão morta o de poderem nos casos de devoluçãõ fazer a escritura do prazo áquelles, que escolherem para a enfyteuse, ou que segundo o direito de renovação devem ser senhores della, quando por morte do ultimo possuidor, ou por outro qualquer meio ficou jacente *e nullius*, para esta escritura servir de titulo para lhes pedirem os foros, e direitos dominicaes, e para os mesmos enfyteutas poderem ser senhores, e adquirir a enfyteuse jacente. Neste sentido a lei não se contradiz, antes desfaz a duvida que havia, se nos casos de devoluçãõ podiaõ, ou não os Corpos de mão morta fazer esta escritura, do que muitos duvidarão na publicação da lei de 4. de Julho de 1768., como já disse: neste sentido fica esta lei sendo declarativa da Ord.; pois já vimos que segundo a mente della os Corpos de mão morta podiaõ fazer estas escrituras, ou emprazamentos nos casos de devoluçãõ, e que podiaõ estipular os mesmos foros, e laude-



mios , que estavaõ declarados nos titulos antecedentes , sem que a enfyteuse se acabasse , e extinguisse : logo este he o genuino , e verdadeiro sentido , em que estas palavras se devem tomar , pois esta lei por ser declarativa da lei de 4. de julho de 1768. , que he declarativa da Ord. liv. 2. t. 18. , he tambem declarativa da mesma Ord. , e como tal naõ he o seu fim revogalla ; mas sim fazella observar , e praticar.

8. Que este he o verdadeiro sentido das ditas palavras deste §. , mostra naõ só o que tenho ponderado , mas tambem o seu mesmo contexto ; porque aquella particula *sõmente* naõ tem outro designio , senaõ o de mostrar que dos effeitos de consolidaçaõ se concedem taõ sõmente aquelles , que necessarios saõ aos Corpos de mão morta para segurar os seus foros e laudemios : e como de todos elles só lhes he necessario o poder estipular os foros e direitos dominicaes , e fazer disto mesmo escritura , segundo a dita regra dos prazos Ecclesiasticos , fica evidente que a mente da lei aqui he conceder sõmente isto , e naõ o conceder que o dominio util , e directo se unaõ hum com o outro ; porque de outra maneira o



Legislador se contradiria a si mesmo como já mostrei, e faria huma lei nova neste §., contra o que mostraõ tambem não só a sua mente, mas o mesmo contexto nas palavras *bei por bem declarar*, as quaes igualmente inculcaõ que a lei não quiz, senão esclarecer esta consequencia, que eu já mostrei se deduzia da prohibiçaõ da consolidaçaõ.

(1) E assim fica mostrado que a enfy-teuse Ecclesiastica ainda hoje não pôde consolidar-se, segundo he contemplado no dito Assento de 13. de Fevereiro de 1786.: e consequentemente que he perpetua; como se diz na These.

10. Contra isto que na These se diz, oppõe o A. as palavras da Ord. Liv. 1. t. 62. §. 46., que fallão dos afforamentos dos bens das Capelas, e Confrarias, as quaes dizem desta maneira: *E as heranças, que forem de terras de pão, ou outras quaesquer, que não forem das assima declaradas, se afforarão em tres pessoas, . . .* e diz que destas palavras se vê que os prazos Ecclesiasticos podião ser temporarios antes da lei de 4. de Junho de 1768.: porém como já disse, eu não duvido que estes prazos

---

(1) N. 3.



zos, de que a Ord. aqui falla, podem consolidar-se em virtude deste mandado, pelo qual a lei obrigou os Administradores das Capellas a fazellos em tres vidas; pois por isso mesmo que assim o mandou, parece querer que elles acabadas ellas consolidem: mas como nos mais prazos Ecclesiasticos se não acha este mandado, contém este §. sómente huma excepção da regra geral estabelecida no Liv. 2. t. 18., segundo a qual os prazos Ecclesiasticos não podem consolidar-se. Nem este §. admite outra interpretação; porque os lugares de huma compilação devem-se conciliar entre si, e não se devem entender oppostos huns aos outros: e quando não fosse manifesto do contexto deste §., que elle contem a excepção, que tenho dito, sempre se devia entender ficar em seu vigor a dita regra do t. 18., por ella ser a do espirito das leis do Reino, principalmente desde o Senhor Dom Affonso II. por diante, e devia-se dizer que o serem os prazos de tres vidas nada faz para que possam consolidar-se; pois nós já vimos que os prazos Ecclesiasticos, ainda que sejam de vidas, se não consolidão, nem se extinguem, e que tão sómente se extingue,



e acaba o direito do enfyteuta, ficando a enfyteuse *nullius*, e jacente, em quanto se lhe não dá novo enfyteuta. E nestes termos se deve contemplar este §. depois da Lei de 4. de Julho: pois esta lei revogou todas as Ord., e leis, que podessem fazer alguma excepção a Ord. do liv. 2. t. 18., e determinou que em caso nenhum a consolidação podesse *ter effeito*, do que se vê que nem a excepção, que deste §. se deduzio, hoje tem lugar.

II. Argumenta mais com as palavras da Ord. liv. 2. t. 1. §. 6. que são do theor seguinte: „ Porém se no „ dito caso a Igreja em seu libello al- „ legar tal qualidade, que conclua a „ cousa demandada não sómente ser „ sua quanto ao direito senhorio; „ mas tambem o util estar como elle „ consolidado, por o leigo possuir a „ tal causa por força, ou por as vidas „ dos prazos serem finda. „ Destas palavras conclue o A., que os Corpos de mão morta podião consolidar os seus prazos: porém nós já vimos que os que antes da lei de 4. de Julho defendião, que se podião consolidar os prazos Ecclesiasticos, não acharão sufficiente este argumento por ser dedu-  
zi-



zido das meras palavras da lei, e talvez tambem por terem semelhantes argumentos hum nome entre os Juristas, que todos temem. E com effeito combinando este §. com a Ord. liv. 2. t. 18., manifestamente se vê que a consolidaçãõ, de que aqui se falla, he a que as Igrejas, e Corpos de maõ morta fazem, tendo licença Regia para isso; pois segundo a dita Ord. não podiaõ adquirir bens de raiz, nem dominio util nos seus prazos, sem terem licença Regia para adquirir. O mesmo A. até por aquella regra das supposições, de que usa, podia observar, que a supposiçãõ que lhe pareceo, que a Ord. fazia neste lugar, de que as Igrejas, e Corpos de maõ morta podiaõ consolidar o dominio util com o directo, se não verificava segundo a dita Ord. liv. 2. t. 18., senão quando se tivesse conseguido o privilegio, ou licença Regia para isto.

12. Para mostrar que ao depois da lei de 4. de Julho os prazos Ecclesiasticos ainda se podem consolidar, e que a enfyteuse Ecclesiastica não he perpetua, trasladou o §. que principia *os prazos*, e faz argumentto com aquellas palavras que nelle se achaõ, que são def-



desta maneira : *ou sejaõ familiares , de livre nomeaçãõ , perpetuos , ou em vidas ; e do segundo item as palavras seguintes : com tanto que sendo em vidas se renovem findas ellas.* Das primeiras conclue que os prazos Ecclesiasticos segundo esta lei não são todos perpetuos ; mas que podem ser huns familiares , outros em vidas , huns perpetuos , outros de nomeaçãõ : porém segundo o que fica dito se mostra , que esta differença não faz que a enfyteuse Ecclesiastica se possa consolidar , e que deixe de ser perpetua ; porque estas differenças dizem respeito ao direito de succeder nos prazos , o qual se acaba , quando a enfyteuse Ecclesiastica fica *nullius* , e jacente ; e isto mesmo já nós observamos que antes da lei de 4. de Julho de 1768. podia acontecer , sendo sempre perpetua a enfyteuse , e tambem já dissemos que o sentido , em que a enfyteuse Ecclesiastica se diz perpetua , he muito mais amplo do que o sentido , em que os prazos Ecclesiasticos aqui se dizem perpetuos : (1) porque se chamaõ perpetuos neste lugar aos prazos hereditarios , os quaes sendo seculares se

---

(1) N. 6.



se extinguem, quando o enfyteuta fica sem herdeiros; mas nestes mesmos, chegando o caso de devolução, a enfyteuse Ecclesiastica não se extingue. O mesmo A. podia ver nas mesmas palavras que trasladou, que a enfyteuse Ecclesiastica se não extingua, não obstante as ditas diferenças; porque entre ellas se achavaõ estas: *chegando o caso de consolidação, que não pode ter effeito por se achar prohibida*; pois a enfyteuse que não consolida, existe e não acaba, e nas palavras: *devem continuar sem alteração alguma na sua primordial natureza, que tem*, podia observar o mesmo, porque o que continúa, não finda. Em quanto ao argumento que elle faz com as palavras do dito *item*, que dizem que os prazos de vidas se renovem findas ellas, também já fica respondido; pois já mostramos que antes desta lei, e depois della se não renova a enfyteuse; mas taõ sómente se renova a obrigação de pagar os foros, e laudemios, e a pessoa que seja senhor da enfyteuse por morte da ultima vida, e esta he a recepção, em que se toma a palavra *renovar* nesta lei a respeito dos prazos Ecclesiasticos. O mesmo A. também podia ob-



observar isto nas palavras do mesmo *item*, que se seguiaõ immediatamente ás que elle trasladou: *com tanto* (diz a lei) *que sendo em vidas, se renovem findas ellas ás pessoas, a quem competirem, sem nunca se poderem effeictivamente consolidar hum com outro dominio*: pois destas palavras he evidente que a enfyteuse Ecclesiastica nos mesmos casos de renovação se não renova; porque não se consolidando, como a lei diz, hum com outro dominio, não se extingue, nem acaba, e não se pode tornar a fazer, ou renovar, sómente se pode renovar a pessoa, que seja senõor della, como temos dito.

13. Agora já parece se poderá entender, (1) que o A. das Theses senão fundamentou no §. do segundo *item* da lei de 4. de Julho de 1768, para dizer que a enfyteuse Ecclesiastica era perpetua, e tambem lembrará que elle nunca interpretou lei alguma sómente por algumas de suas palavras; mas que interpreta as leis, attendendo a todas as suas palavras, e regulando-se pelo fim, para que o Legislador as fez. Das mesmas Theses se podia observar, que ain-

---

(1) V. as cart. p. 30. 31.



ainda que elle diz que a enfyteuse Ecclesiastica he perpetua, com tudo admitte diferentes qualidades de enfyteuse Ecclesiastica, e naõ admitte só a hereditaria, de que falla este *item* naquellas palavras *prazos perpteuos*, cujo nome lhe dá, porque a enfyteuse hereditaria tambem se chama perpetua, mas em sentido diferente, como fica dito: por quanto nas Theses se lem aquellas palavras: *omnis enim enfyteusis Ecclesiastica perpetua est*, e a palavra *omnis* bem mostra, que as Theses naõ fallaõ sómente de huma especie de enfyteuse. Tambem agora se naõ achará condraçãõ entre esta These, e a ultima: porque do que tenho dito se mostra o effeito do direito de renovaçãõ nos prazos Ecclesiasticos, e que he o que se renova, quando compete a alguem este direito. E naõ menos se pode já conhecer, que aquelle argumento, que o A. forma contra as Theses, dizendo deste modo, *se todos os prazos Ecclesiasticos são perpetuos, naõ pode haver renovaçãõ dos prazos Ecclesiasticos; porque os prazos perpetuos naõ se renovaõ*, he hum verdadeiro sofisma daquelles, em que as palavras se restringem; porque segundo a Ordenaçãõ,

e



e esta lei as palavras *renovar*, e *prazos perpetuos* não tem nos prazos Ecclesiasticos sómente a significação, que tem nos prazos seculares, e no argumento tomam-se estas palavras sómente na significação, que ellas nestes prazos tem. E assim será isto sufficiente para mostrar que se não comprehende exactamente a enfyteuse Ecclesiastica na divisão, que vulgarmente se faz da enfyteuse em perpetua, e temporaria, segundo se diz nas Theses; porque nesta divisão vulgar a palavra temporaria, não diz sómente respeito á successão da enfyteuse, e direitos do enfyteuta; mas tambem he relativa á duração da enfyteuse, e a enfyteuse Ecclesiastica não tem huma duração temporaria, mas he perpetua: porque nunca se pode consolidar effectivamente o dominio util com o directo, o que tão claramente se diz, e repete nas ditas duas leis, que he necessario negar o seu mesmo contexto, para se dizer o contrario.



## T H E S. III., E IV.

**S**E o enfyteuta , que tinha a faculdade de nomear , não fez a nomeação , nem testamento , e morreo sem ter descendentes , nem ascendentes , a quem pertencerá o prazo , he a materia das duas ultimas proposições , ou Theses que se incluem neste §. , desde a particula *unde* até o fim : mas eu as trato juntamente , por serem entre si conexas. E como ellas se explicão bem no Assento de 16. de Fevereiro de 1786. feito em virtude de hum Aviso de 26. de Janeiro do mesmo anno , eu traslado o Quesito 3. , e a resposta a elle , que he o que diz respeito a esta materia.

*Quesito* III.

Se a lei nos prazos por falta de nomeação faz transmissivel a posse delles ás pessoas chamadas pelas leis do Reino , e quaes devem rigorosamente ser essas chamadas pelas leis á successão dos prazos , designando-as de hum modo firme , e inalteravel ?



*Resposta.*

Se affentou por votos uniformes , que nos prazos de vidas , faltando a nomeação na primeira , ou segunda vida , faz a lei transmissivel a posse delles ás pessoas chamadas pelas leis do Reino , as quaes se entenderão ser em primeiro lugar os descendentes na conformidade da Ord. liv. 4. tit. 36. §. 1. Em segundo lugar os ascendentes pela mesma ordem segundo a mente , e contexto do §. 4. que prefere a estes os filhos naturaes , e na falta dos referidos ascendentes ao filho espurio , sendo legitimado pelo Principe em tal forma , que possa succeder ab intestado. Em terceiro lugar os transverfaes , em quanto os houver , a respeito dos prazos , que forem de corporações , ou de pessoas , que não poderem consolidar hum , e outro dominio. E a respeito das que forem aptas para a consolidação se entendem chamados os parentes até o quarto gráo contados pelo direito Canonico , tudo em perfeita execucao da lei de 9. de Setembro de 1769. , que ficou em seu vigor pelo Decreto Novissimo de 17. de Julho de 1778.



I. Esta resposta he clarissima, nella se faz menção das pessoas que na falta de nomeação, ou testamento são chamadas pela Ord. para os prazos, e que são pelo foreiro tacitamente nomeadas; e depois passando a fallar a respeito dos transverlaes, dos quaes trata a lei de 9. de Setembro de 1769., faz a differença dos prazos, que são de corporações, ou de pessoas, que não podem consolidar o dominio util com o directo, aos prazos de pessoas, que forem aptas para esta consolidação, e diz que he da mente da lei, que no primeiro caso succedaõ os transverlaes *em quanto os houver*, e no segundo até o quarto gráo somente contado pelo direito Canonico. Ora como a enfyteuse Ecclesiastica, ou os prazos Ecclesiasticos sejaõ prazos de pessoas, que não podem consolidar (pois aos senhorios delles he prohibida a consolidação, como tenho dito): assim como o A. diz que o Assento determina que os transverlaes succedaõ até o quarto gráo, tambem deve fazer differença, como na These se fez, de prazos Seculares a prazos Ecclesiasticos; porque o Assento a faz; e deve dizer, como na mesma These se inculca, que elles succedem até o quarto gráo



grá nos prazos seculares , e nos Ecclesiasticos não até o quarto gráo somente ; mas em quanto os houver ; porque o Assento o diz. E isto baste para responder á nota que o A. põe nas cartas , (1) a qual eu não rasado por querer ommittir personalidades.

2. Faz aqui o A. duas admirações : (2) a primeira he a respeito da particula *unde* , que se acha no §. das Theses, a segunda por se ter chamado á regra da successão dos collateraes aos prazos de nomeação regra de tacita nomeação. Em quanto a primeira , elle por não poder , como mostra , receber a particula , diz que, ou o que na These se diz a respeito dos prazos Ecclesiasticos he falso , ou se não deduz do principio inculcado nella. Que o affirmado na These he verdadeiro , o referido Assento o mostra , resta só ver se foi aqui bem escrita a particula *unde* , ou não. O dito Assento , attendendo a differença que ha entre a enfyteuse que se pode consolidar , e a que não pode , deduzio della que era da mente da lei de 9. de Setembro de 1769

M que

---

(1) Pag. 36. (2) P. 33. 34 35. 36.



que na falta de ascendentes, e descendentes, não nomeando o enfyteuta expressamente, succedessem nos prazos de senhorios, que não são aptos para a consolidação, os transverfaes em quanto os houver, e como esta differença faz que a enfyteuse se não extinga, exista sempre, e seja perpetua, como já mostrei, (1) o A. das Theses mostra ter usado da particula *unde* em attenção a esta deducção, que o Assento fez. Porém se contra o mesmo Assento se dirige, o que nas cartas se escreve, (2) juntando-se á qualidade de ser perpetua a enfyteuse Ecclesiastica a razão, porque a dita lei presume a vontade do enfyteuta nas nomeações tacitas em geral, a qual se suppõe sabida, como no Assento, e na These se suppoz, quando se falla das nomeações tacitas em particular, e na mesma lei se acha bem explicada, fica evidente que a deducção foi rectamente feita; porque sendo justo, como he, que se dê vigor a huma vontade presumida, para succederem os transverfaes até o quarto gráo nos prazos seculares, que por virtude do contra-

---

(1) Thes. 1. (2) Pag. 33.



tracto o senhorio póde fazer seus , e consolidallos, não nomeando o enfyteuta, não o he menos , que se lhe dê o mesmo vigor , e se presume igualmente , para que succedaõ , e se julguem nomeados os mesmos transversaes , em quanto os houver , aos prazos Ecclesiasticos que os senhorios nunca podem fazer seus , por se não poderem consolidar , e serem perpetuos. Isto será sufficiente para se conhecer , que de ser perpetua , e não poder consolidar-se a enfyteuse Ecclesiastica he , que provem , o julgarem-se nomeados a ella os transversaes , em quanto os houver , segundo nas Thefes se inculca : devemos ver se a outra admiração he semelhante a esta.

3. Diz elle que chamou regra de tacita vocação a dita regra , que regula a successão dos prazos de nomeação entres os transversaes, e que dos seus Elementos §. 81. , e 82. se vê que este he o seu nome. Na verdade se lembrou bem em citar os ditos dous §§. ; porque os Escritores , que trataõ desta materia , chamaõ tacitamente nomeados ao prazo aos herdeiros do enfyteuta , que morreo sem nomear : mas o A. das Thefes , usando do mesmo nome de que elles usaraõ , e exprimindo-se , como el-



les, não he digno de nota, se não he para aquelles que não tem uso de os ler. He certo que Antonio Gomes, Manoel da Costa, Gonçalo Valasco, e outros, que refere Caldas, (1) disserão que os herdeiros ab intestado senão julgavaõ tacitamente nomeados ao prazo; porém era facil de advertir, que o não disserão por negar que se devem chamar tacitamente nomeados, mas taõ sómente, porque seguiaõ que por direito Romano, do qual elles trataraõ quando assim se exprimiraõ, não succediaõ os herdeiros ab intestado ao prazo de nomeação: por quanto se seguissem o contrario do que seguiraõ, haviaõ de chamallos tacitamente nomeados, como os denominaraõ Pinelo, Sanches, Alexandre, e outros que refere o mesmo Caldas; pois a questaõ entre elles não era questaõ de nome, era questaõ de Direito. Estes, como digo, differiaõ entre si fallando do direito Romano; mas se fallassem do direito Portuguez, haviaõ de concordar entre si na mesma questaõ de Direito, como concordaraõ os que o trataraõ, os quaes davaõ a questaõ por decidida, e se referiaõ á Ord.

liv.

---

(1) De Nomin. q. 7. n. 15.



liv. 4. t. 36. , como devião , concordando todos que os ascendentes ; e descendentes nos termos da Ordenação se julgavão ab intestado tacitamente nomeados ao prazo : (1) e se elles vivessem no tempo da dita lei , e Assento , também havião de dizer que os transverfaes erão ab intestado tacitamente nomeados : e conseguintemente havião de chamar a esta regra também relativamente a elles regra da tacita nomeação.

4. Nem póde obstar , o que o A. diz , que a nomeação tacita se ha de deduzir de hum facto do enfyteuta , e que elle morrendo ab intestado nenhum facto fez. Porque neste caso a nomeação se deduz da vontade tacita do enfyteuta , e a vontade tacita não só se deduz dos factos ; mas também muitas vezes do não facto. O herdeiro ab intestado he tanto herdeiro pela vontade do testador , que os Romanos , dando hum tão amplo poder aos pais de familias sobre seus filhos , como he notorio , não lhes deraõ o poder de adoptar alguém para neto sem consentimento do filho ,  
pa-

---

(1) V. Pinheiro p. 2. de Emph. Disp. 6. n. 8. 9. 10.



para que não a contecesse o caso de elle lhe succeder ab intestado contra a sua vontade; (1) e mais com tudo nas heranças ab intestado, por isso que não havia testamento, não havia mais que hum não facto, do qual se colhia a vontade ultima do intestado. Se o A. dissesse, que os transversaes eraõ chamados pela lei, fallaria propriamente; mas ainda daqui se não concluia que esta regra se deve chamar regra de tacita vocação; pois que a lei os chama expressamente; porque os suppõe tacitamente nomeados pelo enfyteuta. E em quanto ao que diz, que são tacitamente chamados pelo senhorio, não o consente o contracto enfyteutico de vidas; no qual o senhorio, por isso que disse, que dava o prazo á pessoa, que o enfyteuta nomeasse, disse que não nomeando, voltasse para elle o mesmo prazo, e excluiu expressamente os não nomeados, não os chamando nem mesmo tacitamente. Nem os transversaes succederiaõ, ou se julgariaõ nomeados neste caso, se a lei não interpretasse a vontade do enfyteuta defunto, mandando que se hou-

---

(1) §. 7. Inst. de Adoption.



houvessem , como se por elle fossem nomeados ; porque d'outra maneira a enfyteuse voltaria para o senhorio segundo a vontade expressa , ou deduzida do contracto : segue-se o §. 3.

## T H E S E S

*Defendidas na Faculdade de Canones.*

### §. III.

**N** Este §. se diz , que em outro tempo se podia questionar por direito Romano , e pelo nosso , se a enfyteuse podia consistir nos predios cultos , ou não ; mas que hoje conforme a Lei de 4. de Julho de 1776. , só se póde constituir a locação nos predios cultos , ainda que ao contracto se pódem ajuntar convenções da natureza do contracto enfyteutico : e daqui se deduz neste mesmo §. , que aquella regra que diz , que na enfyteuse a pensão não deve ser igual aos fructos , porque a cousa costumava andar arrendada , se deve rejeitar do contracto enfyteutico , e que outra deve ser a regra para se conhecer a justa pensão da enfyteuse.



1. Pareceo tão novo ao A das cartas o dizer-se, que em outro tempo podia ser questão tanto em direito Romano, como Portuguez, se a enfyteuse se podia constituir nos prédios cultos, que trasladou algumas palavras da Novela 7. Cap. 3. §. 2. , e da Novela 120. Cap. 1. com a Authent. *si quas ruinas C. de Sacrosf. Eccl*, para mostrar que por direito Romano senão podia ter questionado a este respeito: e para provar o mesmo por direito Portuguez trasladou outras da Ord. Liv. 1. t. 62. §. 46. Liv. 4. t. 37. pr. t. 38. pr, e tit. 40. , as quaes eu não traslado por não ser necessario. Em quanto porém as palavras da dita Nov., e Auth., quem dellas deduzir não ser verdadeira enfyteuse o contracto das casas, de que ahi se falla, segue o systema de hum homem de não menos conta que Andre Alciato, o qual seguia que o contracto sobre cousas cultas não era enfyteutico (1); e querendo-se provar isto mesmo, não he preciso recorrer a Alciato. Por quanto na mesma Nov. 120. C. 1. , que o A. cita, se manda que a pensão do contracto sobre as casas ruinosas, de que ahi se faz menção, seja a terceira parte do que el-

---

(1) Liv. 1. Patergon. C. 37.



ellas costumavaõ render antes da ruina : e como a pensãõ he em attençaõ aos rendimentos da cousa contractada , he evidente que este contracto naõ he enfyteutico , mas sim de locaçãõ ; porque na enfyteuse a pensãõ he taõ sõmente em reconhecimento do dominio , e naõ em attençaõ nem a cousa mesma , nem ao seu rendimento. E porque na Nov. 7. , e Auth. *.Si quas ruinas* se falla do contracto sobre as casas igualmente regulado pela mesma pensãõ , era preciso ao A. tornar a ler Corneu , ou tornar a procurar Vinnio , Heinecio , ou Valasco , ou outro dos que se apartaraõ de Alciato para continuar a combater os Repetentes : mas nisto mesmo lhes dava a resposta ; porque se mostrava que tinha havido nisto questãõ por direito Romano. E como a These só diz , que em outro tempo se podia questionar sobre isto , e a causa porque se podia questionar ficava mostrada , por se terem patenteado os dous systemas , que tem havido a este respeito , seguia-se ver , se pela nossa jurisprudencia podia ter havido a mesma questãõ antes da dita lei.

2. O A. para provar que entre nós em todo o tempo se pôde constituir a

en-



enfyteufe tambem nas coufas cultas ,  
 trasladou , como dissemos , as palavras da  
 Ord. nos referidos lugares : mas se os  
 Repetentes disseffem , seguinto o syst-  
 tema de Alciato , que em todos effes  
 lugares os afforamentos das casafs , vi-  
 nhas , olivaes , e pomares naõ saõ  
 contractos enfyteuticos , mas de locação  
 perpetua ; e que naõ pódem fazer du-  
 vida a isto as palavras *foro* , e *afforar* ,  
 de que nesses lugares usa a Ord. ; por-  
 que a palavra *foro* significa , ou o pra-  
 zo , ou a pensão certa , e o verbo af-  
 forar , por isso que da mesma palavra  
*foro* se deriva , significa emprazar , ou  
 fazer hum arrendamento por longo tem-  
 po de annos com pensão certa , em cuja  
 significação se tomaõ na lei de 4. de  
 Julho de 1776. , ficava evidentemente  
 mostrado que pela nossa J. P. podia ter  
 havido a mesma questão ; porque as  
 ditas palavras *foro* , e *afforar* se pó-  
 dem entender , ou das locações perpe-  
 tuas , ou dos prazos , como tambem até  
 a mesma palavra *emprazar* , e na dita lei  
 se toma nestas duas acepções : por tan-  
 to devia-se passar para outra questão.



## T H E S. II. , E III.

I. **P** Ara se demonstrarem estas duas Thefes , não he preciso mais que mostrar a verdadeira intelligencia da lei de 4. de Julho de 1776. , pois nella se decidem : e porque a mente da lei se deduz do seu fim , nós devemos procurallo. Tornem-se a ler as palavras , que deixo trasladadas §. 1. Thef. 1. n. 37. : destas palavras se vê , que a causa , porque esta lei se fez , foi , porque o Soberano se tinha informado „ „ que muitos enfyteutas ( são suas pa- „ „ lavras ) tendo afforado casas , quin- „ „ tas , ou terras , humas vezes pelo „ „ valor dos interesses respectivos aos „ „ preços das vendas , ou *quasi equi- „ „ valentes* , ou *iguaes* ás rendas das „ „ sobreditas propriedades , recorrendo „ „ depois do contracto feito ao meio „ „ de embargos de lesaõ , pedindo nel- „ „ las reducçaõ da pensaõ segundo as „ „ regras do contracto enfyteutico , e „ „ que obtendo sentenças a seu favor , „ „ davaõ aos senhores directos o into- „ „ leravel prejuizo de verem reduzidos „ „ os seus foros a pequenas porções da „ „ quinta , ou sexta parte a beneficio „ „ dos



„ dos enfyteutas dololos. „ Donde o fim desta lei foi cortar pela raiz este dolo, com que se prejudicavaõ os senhorios daquellas quintas, casas, ou terras em aquellas pensões, que se pretendiaõ reduzir. A raiz deste damno, que se lhes fazia, achou a lei que estava 1<sup>o</sup>. na adulterina intelligencia, que se tinha dado a Ord. liv. 4. t. 23. §. 6. : 2<sup>o</sup>. no pouco que se tinha attendido a Ord. liv. 1. t. 62. §. 45., que tinha estabelecido, que os bens das Cappellas, Albergarias, Hospitaes, e Confrarias se afforassem pelo maior lanço. 3<sup>o</sup>. na confusão que se tinha feito, e se fazia no Fóro da natureza dos dous contractos da locação, e enfyteuse: o que bem se mostra não só do verso *confundindo se*: mas tambem das palavras para *cessar de huma vez a dita confusão*.

2 As duas primeiras raizes do mal achou a lei que era sufficiente notallas: porque era isto o necessario, para se entender que a Ordenação se devia observar. A respeito da terceira conheceo, que pelas differentes opiniões, que havia a este respeito, era precilo fazer huma declaração a respeito da natureza destes meismos contractos, a qual se acha  
 fei-



feita desde as palavra *para cessar* por diante. Agora resta saber, qual he a mente do Senhor Dom Jozé I. nestas palavras, que se contém na sua declaração.

3. Nas palavras que se achão em toda a declaração, trata-se de duz couzas; a saber da enfyteuse, e da locação perpetua: e como da vontade do Legislador he declarar a differença que ha entre estes dous contractos, para que mais se não confundão as suas diferentes naturezas, nós devemos dividir esta declaração em duas partes ( e ella mesmo assim está dividida ) e o que acharmos declarado em huma, não ha de convir a outra; pois d'outra maneira o Legislador cahiria no vicio da confusão, que pertendia evitar.. O que a declaração diz a respeito da enfyteuse finda na palavra *dos prazos*; eis-aqui o fim da primeira parte: a segunda continúa até as palavras *respectivos contractos*. No fim da primeira parte achamos as palavras: *os quaes se devem julgar pelas regras dos prazos*; porém como nestas palavras o Legislador se remete ás regras já estabelecidas, e nada á cerca dellas declara, todo o declarado nesta primeira parte



está nas palavras a estas antecedentes, as quaes são as seguintes: *que todos aquelles contractos, nos quaes se em- prazaraõ, ou emprazarem terras pa- ra edificarem casas, ou terras, e ma- tos incultos para abrir, e melhorar com os fins de lavoura, e de plantios, de vinhas, e arvoredos, foraõ, e são verdadeiros contractos enfyteuticos.*

4. Se entendemos que a lei nesta primeira parte não declara como espe- cial do contracto enfyteutico, senão o fim inculcado naquellas palavras: *para edificarem, para abrir, e melhorar,* então não só o que diz a lei a respei- to das cousas, que entrão neste contra- cto, fica superfluo; mas tambem se de- ve dizer que ella nada declarou, que diga respeito á confusão que no fôro se fazia destes dous contractos, a qual pertende tirar, Por quanto ficando os predios cultos, e incultos igualmente objecto do contracto enfyteutico, quer este fim, de que a lei falla, seja o que tenho mostrado (1), quer seja o que o A. disse, quando no Fôro houver disputa não se poderá conhecer, nem decidir, que

---

(1) §. 1. thes. 1. n. 37., e seg.



que especie de contracto he daquelle sobre que se litiga, pois o que tinha feito o contracto de locação, pertendendo fazer diminuir a pensão, não disputa sobre o fim do contracto enfyteutico, seja elle qual for, assim lhe faz conta: e como o fim dos contractos se não declara nelles, nem isto he necessario, o Juiz não será auxiliado por esta lei para decidir esta questão; porque nem as partes disputão sobre o fim do contracto, nem ellas pôdem provar por testemunhas, ou escritura aquillo, que se não declarou: e assim elle fica na mesma duvida, em que antes estava, e a lei não terá declarado huma nota característica do contracto enfyteutico, que sirva para distinguir, se hum contracto sobre que se dispute, he locação, ou enfyteuse. Por tanto devemos dizer que a lei estabeleceo a nota de differença do contracto enfyteutico nas couças, de que a declaração falla, a saber nos terrenos, ou arêas, e terras incultas; pois deste modo he, que fica estabelecida a facilidade de se conhecer no Fôro este contracto; porque huma vez que se allegue qualquer contracto, se hão de allegar as terras, que nelle se derão, e pelas vedorias, ou

teste-



testemunhas, que assistiraõ ao contracto, se pôde fazer a prova da qualidade dellas; pelo contrario o fim do contracto nunca se pôde provar, por isso que se não declara.

25. Deduz-se isto mesmo da causa, porque o Legislador achou dolosos aquelles, que em juizo tinhaõ pertendido a reduccão destas pensões; observou elle que o arrendante de huma quinta, ou terra culta, quando estipulava huma pensão certa, verdadeiramente não cedia do rendimento das suas propriedades; mas que antes pelo contrario tanto mais elle o queria segurar, quanto mais procurava quem se lhe obrigasse a huma quantia certa, e independente das contingencias do futuro: e como da natureza da enfyteuse he, que o senhorio ceda do rendimento, e utilidade da cousa afforada, julgou doloso aquelle, que tendo feito contracto sobre huma terra culta, pertendia fazello julgar pelo contracto enfyteutico; porque por si mesmo, sem ser precisa declaração alguma, podia conhecer, que a mente daquelle, com quem fez o ajuste, tinha sido segurar o seu rendimento, e não o ceder delle, e que esta cessão do rendimento só se podia, e devia entender

teita



feita nos terrenos, ou áreas para fazer casas, e nas terras, e matos incultos. Pois quem demitte destas propriedades, e não quer fazer as bemfeitorias necessárias, cede, por isso mesmo que as não quer fazer, do rendimento, com que por ellas podia, ou logo, ou esperando melhor fortuna, aumentar o seu patrimonio: o que tudo se inculca naquellas palavras da lei que principiaõ: *E inferindo-se assim &c.* Concorda tambem a mesma lei, quando no precambulo diz que saõ objecto da locação as terras, que não tem necessidade de se nellas fazer bemfeitorias para produzirem os rendimentos; pois claramente se vê, que ella contempla como objecto de contracto enfyteutico as terras contrarias a estas, as quaes saõ as incultas. Ultimamente das palavras: *restituindo-se os contractos á sua origem não só quanto ao futuro, mas tambem em quanto ao preterito*, he evidente que os terrenos, e terras incultas saõ, os que a lei faz serem o objecto do contracto enfyteutico, o que o mesmo A. não poderá negar, quando tornar a ler estas palavras; pois elle tambem diz, que o contracto enfyteutico principiara nas terras incultas, (1)

N

co-

---

(1) Cart. pag. 13., Comp. §. 19.



como tem dito, não só os que tem, que as terras incultas são unicamente objecto da locação; mas também os que conhecerao, que este contracto passou a usar-se nas terras cultas, de cuja alteração o Legislador mostra lembrar-se, por isso que diz, que reduz estes contractos á sua origem.

6. Mas não obstante oppõe-se ás Theses, e escreve: *aqui (isto he na lei) não se diz, que he locação o contracto, em que se afforam as casas, quintas habitaveis, e predios fructiferos; mas que somente he locação, quando o contracto, por que se afforam similhantes cousas pelo mesmo que andavao arrendadas (1).* Porém além de se não provar, que aquellas palavras da lei: *em quanto costumavao andar arrendadas*, se devem entender taxativamente, deste argumento só se poderia concluir, tomando-se as ditas palavras taxativamente, que não era contracto de locação aquelle, que fosse feito por menos daquillo, que as casas, ou quintas costumassem andar arrendadas, por lhe faltar este requisito essencial da lei; mas não se podia dizer, que ficava sendo contrac-

---

(1) Cart. pag. 40. para 41.



tracto enfyuteutico este arrendamento ; porque hum contracto , que he nullo por falta de algum requisito necessario , não fica sendo valido en outra especie de contracto (1). De mais , esse argumentto , ainda que se poderá tirar desta segunda declaração , era hum argumento a contrario *sensu* , os quaes argumentos claudicaõ em Direito , quando ha alguma repugnancia , e ella aqui he manifesta ; porque tudo, o que a lei quiz declarar a respeito da enfyuteuse , o declarou na primeira declaração , e não foi da sua mente deixar disto alguma cousa para a segunda , como se vê daquellas palavras : *para serem regulados pelas regras dos prazos* , as quaes mostraõ , que o Legislador nellas fixou o declarado a este respeito. Finalmente , se nós formos procurar na segunda declaração alguma cousa a respeito da enfyuteuse , iremos contra a vontade do Legislador ; pois acrescentamos á declaração mais do que elle quiz nella pôr , e viremos a suppôr que cahio no vicio da confusão que elle queria emendar ; porque suppomos que incluiu na declaração da na-

N ii

---

(1) Arg.l.46.D.locati.l.38.D.de contr.emp.



tureza de huma cousa a declaração da natureza de outra differente: o que he contrario, ao que nós vemos da mesma lei.

7. Para se conhecer que da mente da lei não he estabelecer nas locações perpetuas, de que ella trata, huma quantia certa para a merce, ou pensão, e que não quer mandar que ella seja sómente a mesma, porque as quintas, ou casas afforadas costumavaõ andar arrendadas, ou alugadas aos colonos, ou rendeiros, e que neste sentido se não devem entender aquellas palavras della: *pela mesma renda, em que costumavaõ andar*, não he necessario mais que observar as palavras, que na mesma declaração se seguem a estas, a saber *contiveraõ, e contém pela sua natureza verdadeiros contractos de locação*: porque nestas palavras a lei diz que os contractos feitos da maneira, que ella expõe, e declara, foraõ sempre contractos de locação, e da natureza deste contracto nunca foi, que a pensão tivesse alguma cota determinada, ou devesse ser segundo a renda, porque tivesse andado alugada a mesma quinta, ou propriedade, sobre que se fizesse o contracto (1):

por

(1) V. I. 22. §. 3. l. 23. d. locati.



por tanto não he da mente da lei estabelecer, que nas locações perpetuas a pensão tenha hum termo certo, nem que ella seja sómente a mesma, que pela propriedade costumavaõ dar seus rendeiros, ou colonos. Nem isto concorda com o fim da lei. Por quanto nós vimos que elle era, que mais se não diminuissem os fóros, e pensões, porque se tinhaõ afforado as casas, quintas, e terras cultas, com o pretexto de ser o contracto feito a respeito dellas contracto lesivo; mas não queria a lei sustentar, os que verdadeiramente contivessem lesão; pois para a evitar os manda regular pelas regras do contracto da locação, e convenções feitas entre os rendeiros: porém se a lei mandasse que fosse da essencia da locação perpetua, que a sua renda, ou pensão fosse sómente a mesma, porque a quinta costumava andar arrendada, viria neste caso a admittir, e patrocinar huma pensão lesiva, ou para o senhorio, quando a pensão do rendeiro tivesse sido pequena, ou contra o perpetuario, quando ella fosse grande: o que não só se não pôde suppôr fosse da mente da lei, mas he tambem contrario ao seu contexto; pois ella, como já disse, declara que quando houver duvida, se faça juizo



sobre este contracto pelas regras das locações, as quaes não determinão huma cota certa. Como pois a lei diz, e declara que os contractos, que ella expõe, e explica, foraõ sempre contractos de locação por sua natureza, nós devemos procurar a intelligencia destas palavras na natureza da locação perpetua, e as havemos de entender d'aquella renda, ou pensão, que á natureza destas locações he conveniente.

8. A natureza da locação perpetua, como ja dissemos, (1) he a mesma, que a da locação temporaria; porque o tempo não muda a natureza dos contractos, e em huma, e outra se não transfere dominio algum, (2) e nos casos, em que a pensão se deve diminuir, e deve haver a respeito della compensação na locação temporaria, tambem a deve haver na pensão, ou merce da locação perpetua: (3) e assim tambem a renda que convém á locação temporaria, he a mesma que convém á locação perpetua, por isso que ambas estas locações tem a mesma natureza; e se houver duvida, se em qualquer locação perpetua a renda he justa, não são necessarias no-  
vas

---

(1) §. 1. Thef. 1. n. 20. (2) L. 39. D. Locat. (3) Arg. l. 15. §. 4. D. Locati.



vas regras ; as mesmas , que estaõ estabelecidas para as locações temporaes , saõ sufficientes ; porque naõ temos contracto de outra natureza. Papiniano nas suas Respostas a respeito das locações perpetuas naõ se regulava por outras regras , segundo dellas se vê , e Ulpiano refere , o qual , como devia , nos deixou as mesmas instrucções , (1) e os Imperadores Romanos, que costumavaõ usar tanto nos predios publicos das locações perpetuas , naõ lhes deraõ regras differentes. Eis-aqui o que a lei mostra querer , que se faça tambem , e que ella estranha naõ se ter feito ; e eis-aqui porque ella declara , que as locações preteritas se regulem por ella , naõ obstante as sentenças que se haviaõ dado , e porque manda que as locações perpetuas se regulem pelas regras das locações temporaes , com a differença sómente de se nellas poderem estipular os dominicaes , a qual differença he em attenção á duraçãõ deste contracto , e á qualidade , a que elle chegou , de se poder alienar , e transmittir este direito , privilegio , de que já fallamos. (2)

9. Por quanto , se outra fosse a mente

---

(1) V. d. l. 15. §. 4. Locat.

(2) §. 1. Thes. 1. n. 19.



te da lei, nós teríamos que ella punha huma cota certa para a renda das locações perpeturas; a saber aquella, que pelo exame dos arrendamentos preteritos se achasse ser do costume da propriedade: e como nunca houve esta regra; mas sempre a pensão dependeo dos ajustes das partes, e nunca houve huma quantia determinada pelas leis, não fallaria a lei acertadamente naquellas palavras: *contiveraõ, e contém contractos da locação*, nas quaes diz que as locações foraõ sempre, como ella regula, e entendida na fórma que tenho exposto, já não ha incoherencia alguma. Tambem a lei se contradiria a si mesma; porque ella manda regular as pensões das locações perpetuas pelas regras das convenções temporaes, só com o acrescentamento de se poderem estipular os dominicaes, e he sem duvida, que a pensão, ou merce não tem huma cota legitima; mas a quantia dellas he a determinada pelo ajuste das partes. A mesma contradicção haveria, quando a lei diz, que reduz este contracto á sua origem; pois he notorio, que nunca se estabeleceo, que as locações perpetuas se fizessem com aquella mesma renda, que a cousa contractada costumava render



der pelas locações temporacs ; mas sempre isto dependeo do ajuste dos contrahentes como temos dito, e nas locações do Publico sempre foi costume arrendar-se a cousa a quem mais desse. Por este modo tambem ficaria revogada a Ord. do liv. 1. tit. 62. §. 45., que manda que os bens das Capellas, Confrarias, Albergarias, e Hospitaes se afforem pelo maior lanço ; porque no caso de se querer fazer destes bens huma locação perpetua, já se não podia fazer pelo maior lanço, mas por aquella quantia, que costumasse render : porém do preambulo desta lei ve-se manifestamente, que não he da sua mente revogar esta Ord. ; pois ella reprehende os Ministros, que a não attenderão, e depois revoga, e annulla todas estas sentenças por serem tambem contra a mesma Ord. Eu deixo de lembrar a impossibilidade, em que ficaria (se fosse esta a mente da lei) de fazer huma locação perpetua aquelle, que tivesse feito humas casas de novo, ou cultivado hum terreno ; pois lhe seria necessario fazer tantos arrendamentos temporaes primeiro, que fizessem huma quantia do costume : e a que teria tambem aquelle, cujos Pais, e Avós, ou outros antecessores tivessem habita-  
do



do as casas , ou cultivado as terras que elle quizesse afforar. Tambem ommitto o prejuizo que teria aquelle , cujos antecessores tivessem sido descuidados em seus arrendamentos ; porque este homem não poderia fazer huma locação perpetua por maior quantia , ainda que tivesse quem lha desse , por ser isto contra a lei. Ommitto igualmente a impossibilidade que haveria de conhecer as locações preteritas ; seria necessaria huma revelação , para se saber qual era o preço , ou quantia , porque andava a couza arrendada antes de huma locação feita á trezentos , ou mais annos ; pois raros são , ou nenhuns os livros de ração antigos que apparecem , nem já mais se sonhou huma tal necessidade delles : estas he sem duvida , que ficariaõ na mesma confusão , em que estavaõ antes da lei , e ella pertendendo evitalla , ficariaõ frustradas suas pertençaões. Tudo isto deixo como digo , porque he evidente da mesma lei , que ella só quiz declarar , que ás locações perpetuas convinhaõ as mesmas regras a respeito da pensão , que se haviaõ estabelecido a respeito da pensão , ou merce nas locações temporaes , e que as duvidas a respeito della se tirassem por estas regras ,



gras, como se tiraraõ, e os que de-  
raõ aquellas sentenças por ellas revo-  
gadas, assim o deviaõ ter feito.

10. Por tanto aquellas palavras da  
lei: *pela mesma renda em que costumãõ  
andar*, não se devem entender em hy-  
potheze; mas em theze, isto he, não  
se deve entender, que a lei diz que a  
renda em qualquer locação perpetua,  
que se faça de huma quinta por exemplo,  
seja sómente a mesma, porque esta costu-  
mava andar arrendada, ou alugada; mas  
deve-se entender, que manda que a pen-  
saõ de qualquer locação perpetua seja  
a mesma, e se faça do mesmo modo,  
que se costuma fazer a pensaõ das loca-  
ções temporaes, ou convenções, que se  
fazem com os rendeiros, e colonos em  
geral: e assim fica evidente a razaõ, por-  
que a lei diz que as locações perpetuas  
se regulem pelas regras das convenções,  
que se fazem entre os senhorios, e os  
rendeiros, ou colonos; pois estas conven-  
ções são as locações temporaes. Explica-  
se porém a lei deste modo, porque faz, e  
dirige a sua declaração para regulamen-  
to das questões Forenses, que tem ha-  
vido, ha, e póde haver sobre as pen-  
sões das locações perpetuas; e vem a  
dizer que ellas se não possaõ diminuir,  
se



se não quando pelas regras das locações temporaes se deverem diminuir; e que em quanto forem iguaes ás rendas, ou pensões, que são justas, e se costumão ter por taes entre os colonos, e rendeiros, se não poderaõ diminuir: em fim explica-se desta maneira, para se conhecer, que são verdadeiras locações perpetuas aquellas, que tem a mesma renda, em que a mesma propriedade andava arrendada temporariamente, e não quer dizer, que são sómente estas as locações perpetuas, ou que não possaõ os contraheutes ajustar-se de outro modo; porque entãõ não mandaria, que a respeito deste contracto se observaessem as regras das locações temporaes, as quaes deixão a pensão ao ajuste dos contraheutes.

II. Como pois a lei manda nesta segunda declaração, que a pensão das locações perpetuas seja regulada pelas regras das locações temporaes em geral, só com a differença de se poderem estipular mais os dominicaes, os quaes já antes da lei se estipulavão, tambem a lei nesta parte da sua declaração nada declarou, nem accrescentou, que possa servir para tirar a confusão, que se tinha feito dos dous contractos da locação perpetua, e da enfyteuse, como



mo nós já observamos, que ella fez na primeira declaração, que diz respeito a enfyteuse. Nem a materia pedia outra cousa: por quanto antes desta lei tanto se não duvidava, que a pensão das locações perpetuas podia ser maior que a do contracto enfyteutico, que aquelles que obtiverão fazer aquellas reduções das pensões, de que a lei se queixa, allegarão em seus embargos, como a mesma lei refere, que o contracto, que tinhaõ feito era enfyteutico, e não de locação perpetua, no que vinhaõ a confessar, que se elle fosse de locação, a pensão era justa, e que a não achariaõ excessiva; e os juizes tanto eraõ dos mesmos sentimentos, que os litigantes procuravaõ o rodeio de provar, que o seu contracto era enfyteutico, para obterem sentença, o que não fariaõ, se os juizes fossem de diferente opiniaõ; pois não haviaõ de querer hum trabalho escusado. Pelo que devemos dizer que o declarado pela lei nesta segunda declaração está nas palavras antecedentes, em que se remette ás regras, das convenções entre os rendeiros, e colonos temporaes: e como estas são as que declaraõ as cousas, que entraõ neste contracto, a saber



as casas já feitas, quintas habitaveis, e terras cultivadas, estas cousas são na mente da lei, as que fazem o objecto da locação perpetua, e os contractos feitos a respeito dellas são os contractos de locação perpetua, e os que se devem regular pelas regras das locações temporaes, assim como sempre se regularão, a excepção dos privilegios que se lhe concederão, de que nós já fizemos menção. (1) Deste modo ficam as locações perpetuas reduzidas á sua origem, como a lei diz que as reduz, e assim se ficam conhecendo facilmente no Foro; porque pelas vedorias, e testemunhas, que assistirão ao contracto, se póde conhecer a qualidade da cousa sobre que elle se fez, assim como já disse a respeito da enfyteuse: e aquelle que o não poder mostrar, impute a si o não ter mandado fazer as vedorias, ou não declarar no contracto a qualidade das cousas que deu; porque a lei não favorece os negligentes. E não se pode dizer, que a lei quer sómente, que sejam contractos de locação perpetua aquelles, que forem feitos sobre cousas cultas pela mesma renda, em que estas costumavaõ andar allugadas,

---

(1) D. §. 1. Thef. 1. n. 19. 20.



das, como o A. diz no seu argumento ; porque isto he interpretar a lei por algumas de suas palavras sómente contra as regras de interpretar, as quaes mandaõ que se examine a lei toda, e se naõ julgue della só por alguma de suas palavras, nem desta maneira ficaraõ os dous contractos da locaçãõ perpetua, je da enfyteuse reduzidos á sua origem. Quanto mais que as mesmas palavras, a que o A. dá similhante interpretaçãõ naõ a admittem, como tenho já mostrado.

12. Igualmente se naõ pode dizer que por esta lei se estabeleceo, que a pensãõ, ou canon da enfyteuse naõ seja igual ao preço do aluguel, ou arrendamento, porque as cousas enfyteuticãdas tenhaõ andado arrendadas, e menos se pode exprimir esta regra, que o A. cuidou que se estabelecia nesta lei, por aquellas palavras : *modo fructus, quibus res locari solebat, non exæquet* : (1) porque esta regra labora no fallo supposto, de que as cousas cultas podem ser objecto da enfyteuse ao depois desta lei, o que he contrario ao expresso nella mesmo, segundo

te-

---

(1) Comp. §. 44. 2.



temos mostrado; e tambem no outro falso supposto, de que por esta lei se determinou, que as locações perpetuas se fizessem sómente pelo preço, porque as terras, e propriedades costumavaõ andar arrendadas, do que nunca se lembrou o Legislador, como temos dito, e mostraõ aquellas palavras: *restituindo-se os contractos á sua origem*, e as outras muitas que não torno á repetir. Tambem se a lei estabelecesse esta regra que o A. exprime nas ditas palavras, o contracto enfyteutico, e o da locação não só ficariaõ mais confusos contra a mente da lei; mas ficaria o enfyteutico transformado em locação: porque medindo-se a pensão da enfyteuse pelos alugueres, e arrendamentos da cousa enfyteuticada, ella se estabeleceria em attenção, ou em relação a seus fructos, e rendimento, e este modo de estabelecer a pensão he estranho ao contracto enfyteutico; pois na enfyteuse nunca a pensão se pode pôr em attenção, ou relação ao rendimento da cousa enfyteuticada, mas deve sómente ser em reconhecimento do dominio directo, como temos dito.

13. Donde a pensão na enfyteuse ainda hoje não tem termo certo, ou cota de-  
 ter-



terminada pela lei, da qual não deva passar, mas depende do ajuste dos contrahentes, e sómente pelas regras geraes da enfyteuse se deve examinar, se he lesiva, ou não; pois esta lei do Senhor Dom Jozé I. expressamente manda que o contracto enfyteutico se regule por estas regras: e o mesmo se deve dizer a respeito da pensão nas locações perpetuas, a saber que ella depende do ajuste; e se houver duvida, se he, ou não lesiva, esta se deve tirar pelas regras da locação, segundo manda a mesma lei, que são regras de diferente natureza das da enfyteuse, assim como tambem, os contractos são de diferente natureza, do que depois do Imperador Zeno se não pode duvidar; podemos ver outro §.

## T H E S E S

*Defendidas na Faculdade de Canones.*

### § 4.

**D**Epois de se dizer neste §. que a enfyteuse he hum contracto consensual, e que tambem se pode cons-



tituir por hum legado, deixando-se a  
alguem o dominio util de huma cousa,  
que possa ser objecto da enfyteuse, no  
que não pode haver duvida, affirma-se  
1<sup>o</sup>. que o legado da enfyteute cede  
logo depois da morte do testador;  
2<sup>o</sup>. que os senhorios tem pela nossa  
Jurisprudencia tacita hydotheca na en-  
fyteuse para a segurança das suas pen-  
sões; 3<sup>o</sup>. que os successores da enfy-  
teute estão obrigados ás pensões que  
ficarão devendo seus antecessores; 4<sup>o</sup>.  
que a escolha he do enfyteuta, quan-  
do no prazo estiver constituida a pen-  
são alternativamente sem haver decla-  
ração alguma a respeito della: por ex-  
emplo, se a pensão estiver constitui-  
da desta maneira: *pagará huma gali-  
nha, ou seis vinteis por ella*, o en-  
fyteuta poderá escolher, e pagar qual  
destas cousas quizer.

## T H E S. I.

1. **P**Ara se provar, que se não  
poderá mostrar, que o le-  
gado da enfyteuse não cede logo de-  
pois da morte do testador, segundo se  
diz nesta These, será sufficiente mos-  
trar que este legado não he condicio-  
nal;



nal ; mas que he hum legado deixado puramente: porque huma vez que o legado não for condicional , segundo a regra geral da cessaõ dos legados , elle deve ceder logo depois da morte do testador. Quando alguém lega a enfyteuse de huma cousa, em que ella pode consistir, este legado contém em si huma tacita condiçaõ, a saber se o legatario aceitar a pensaõ, ainda que o testador a não expresse: porque esta condiçaõ provem da natureza da cousa ; pois a enfyteuse não pode consistir sem pensaõ em reconhecimento do dominio directo. A These não falla do caso , em que o testador declarou , e pôz por modo de condiçaõ esta tacita condiçaõ , nem tambem nos Elementos , e cartas do A. (1): por tanto a questaõ he, se esta condiçaõ , que he inherente ao legado da enfyteuse segundo a sua natureza , fará o legado condicional , quando o testador a não declarou , nem estabeleceo por modo de condiçaõ.

2. Papiniano tratando das condições , que provem da natureza da couza , e não da determinação do testador, ou

O ii

do

---

(1) V. o Comp. §. 41. obs. a e as Cart. pag. 43. 44. 45.



do testamento , deu huma decisaõ que as comprehende a todas , e assim ella deve servir de resposta a nossa questaõ : *Conditiones*, diz elle , *extrinsecus non ex testamento venientes , id est , quæ tacite inesse videntur , non faciunt legata conditionalia.* (1) Eis-aqui segundo esta regra as condições , que são da natureza da cousa , e não provem da determinação do testador , não fazem os legados condicionaes : e como a condiçaõ , de que tratamos , he da natureza do legado da enfyteuse , como temos observado , fica evidente , que este legado não he condicional : e conseguintemente , que cede logo depois da morte do testador. Isto seria sufficiente para esta questaõ : mas não ommittirei huma illustre especie , que Paulo nos deixou decidida nesta materia , a qual declara bem a nossa questaõ. Se o marido ( diz elle ) legar a hum estranho huma cousa do dote , e a sua mulher algum dinheiro por ella , e em quanto ella delibera se lhe faz conta , ou não o dinheiro , morrer o legatario ; se depois eleger , e quizer o dinheiro , o legado passa para os herdeiros

---

(1) L. 99. D. de Condit. & demonstrat.



ros do mesmo legatario; porque mais he isto huma demora, que huma condiçãõ posta ao legatario: estas saõ as suas palavras, *si rem dotalem maritus legaverit extero, & uxori aliquam pro dotali re pecuniam: deinde, deliberante uxore de electione dotis, decesserit legatarius, atque legatum elegerit mulier, ad heredem transire legatum dictum est, idque, & Julianus respondit: magis enim mora, quam conditio legato injecta videtur.* (1)

Este legado da cousa dotal he contingente, e dependente da escolha desta mulher, de ella querer aceitar a quantia de dinheiro, que o marido lhe deixou, e com tudo naõ he condicional, por isso que esta condiçãõ he da natureza da cousa; e provem da liberdade que a mulher tem de querer, ou naõ aceitar aquella quantia: do mesmo modo pois devemos dizer a respeito do legado da enfyteuse; porque aquella condiçãõ, *se o legatario quizer aceitar a obrigaçãõ da pensãõ*, provem da natureza da cousa; pois naõ pode subsistir a enfyteuse sem ella. Mas ainda

---

(1) L. 6. §. 1. D. Quando dies legat. cedat.



da que não fosse da natureza da enfy-  
teuse a necessidade de se pagar certa  
penção em reconhecimento do dominio  
directo, assim mesmo o legado da en-  
fyteuse não seria condicional, por isso  
sómente que o testador neste legado  
impusesse a obrigação ao legatario de  
pagar certa penção, se elle não possesse  
este onus por modo de condição, assim  
como não são condicionaes os legados  
que são deixados com certo modo, os  
quaes cedem logo depois da morte do  
testador, ( 1 ) não obstante terem a taci-  
ta condição, *se o legatario se quizer  
obrigar*, e ser o legatario obrigado a  
dar caução de satisfazer ao modo, se  
houver quem tenha interesse, em que  
elle o satisfaça. ( 2 ) Tambem quando  
ao legatario se manda pagar outro le-  
gado, ou fideicommissão, este legado  
involve a condição tacita, *se o legata-  
rio quizer obligar-se a pagar o lega-  
do, ou fideicommissão*, que lhe he im-  
posto, e com tudo nenhum J. C., ou  
Jurista disse já mais, que similhante  
legado era condicional, e que não ce-  
dia

---

( 1 ) L. ult. Cod. de His. quæ sub. mod.

( 2 ) L. 40. 71. 80. D. de Condit. & de-  
monstrat.



dia logo depois da morte do testador: pois o mesmo deveriamos dizer do legado da enfyteuse na hypothese sobredita.

3. Para mostrar que o legado da enfyteuse não cede logo ao depois da morte do testador, diz o A. que faz duas demonstrações, as quaes eu vou trasladar, e não deixarei de lhe responder. » Os legados condicionaes ( diz a » primeira ) samente se adquirem verificada a condição: Ora o legado » pelo qual se constitue a enfyteuse, he » hum legado condicional, visto que só » se deixa o predio ao legatario no » caso de se querer obrigar á presta- » ção da pensão, e mais direitos do- » minicaes: Logo só ao depois de ve- » rificada esta condição he que se ha » de adquirir a dita enfyteuse. » (1) Se a segunda proposição deste discurso fosse certa, não tinha eu duvida na conclusão d'elle: porém no que ella affirma he que consiste a questão. Porque quando se diz, que o legado da enfyteuse cede logo depois da morte do testador, a questão vem a ser, se a que-  
la

---

(1) Cart. p. 44.



la condição tacita, que nelle se incluye ( a saber se o legatario se quizer obrigar á pensão, e mais direitos dominicaes ) faz, ou não esse legado condicional, e eu ja mostrei que esta condição tacita, que se incluye no legado da enfiteuse, o não faz condicional (1): e assim não pode haver duvida, não obstante o raciocinio, que trasladei, que este legado cede logo depois da morte do testador. A segunda demonstração diz desta maneira: » Adquirida a enfiteuse, que se constitue legato, fica » o legatario obrigado a pagar huma » pensão: ninguem pode ser obrigado invicto, logo o legatario não ha » de receber invicto aquelle legado: se » elle o adquirisse *statim a morte testatoris*, sem ser necessaria a declaração da sua vontade, vinha a ser obrigado invicto a receber a enfiteuse constituida legato, e em consequencia á prestação dos direitos dominicaes, isto não pode ser, como fica demonstrado: logo não se ha de adquirir semelhante legado a morte » tes-

---

(1) N. ant.



» testatoris; mas ha de ser necessaria  
 » a declaracão do legatario ( 1 ). Este  
 argumento labora no falso supposto ,  
 de que o legatario he obrigado a re-  
 ceber o legado , quando elle cede , e  
 que não pode rejeitallo com as obriga-  
 ções , e encargos , que o testador lhe  
 impoz : porém he notorio que o lega-  
 tario não he como o servo , a quem o  
 senhor instituiu herdeiro , o qual por  
 ser herdeiro necessario não pode rejei-  
 tar a herança ; mas segundo he regra  
 vulgarissima , ainda que a cousa lega-  
 da pertença para o legatario logo des-  
 de que o legado cede , com tudo de-  
 pois mesmo que o legado , cede elle po-  
 de , ou aceitalla , ou regeitalla , segun-  
 do bem quizer , e esta liberdade do lega-  
 tario não he o que faz os legados condi-  
 cionaes , mas taõ somente a disposiçãõ  
 do testador ; porque de outra maneira to-  
 dos os legados seriaõ condicionaes. Cõ-  
 mo pois o legatario , depois que o lega-  
 do cede , o pode ainda rejeitar , por isso  
 que o legado da enfyteuse cede *statim  
 a morte testatoris* , não se segue , que  
 o legatario seja obrigado a receber in-  
 vito a enfyteuse constituida *legato* , e

---

(1) Cart. p. 44.



á prestação dos direitos dominicaes, como o A. discorre na sua demonstração: mas o que se deve daqui deduzir he, que o legatario pode aceitar a enfyteuse constituida legato logo desde a morte do testador, se ella lhe fizer conta: e por conseguinte não acontece aqui que elle venha a ser obrigado contra a sua vontade á penção, e direitos dominicaes; porque só se obriga a isto, se elle quizer aceitar a enfyteuse, assim como acontece ao legatario, a quem foi deixado hum legado com certo modo, ou com obrigação de dar outro legado, ou fideicomisso, o qual legado cede logo depois da morte do testador, e com tudo o legatario não he obrigado contra sua vontade aos encargos, que lhe são impostos, por isso que lhe he livre aceitallo, ou rejeitallo. E assim por esta demonstração do A. não se pode concluir que o legado da enfyteuse seja legado condicional: vejamos as Theses que se seguem.

THESES. II., e III.

I. **A**inda que não repugna juntar ás Theses as razões, em que ellas se fundão, com tudo não he



he este o estylo mais seguido , nem o melhor , nem he da obrigação do Re-  
petente ajuntallas ; pois elle por isso  
que offerece as Theses , e promette de-  
fendellas , obriga-se a expollas , a quem  
o quer ouvir , e não se auzenta , e com  
isto está respondido a tudo , o que as  
cartas dizem a respeito de se não jun-  
tarem as provas desta primeira These.

(1) O A. tomando as Theses , como fei-  
tas contra si , sem ellas o dizerem , diz  
que eu me devia lembrar da lei 2. D. *de  
Probat* , a qual diz que a prova deve ser  
feita por aquelle que affirma , e não  
pelo que nega : porém esta lei diz res-  
peito a disputas Forenses , e não ás li-  
terarias ; pois nestas assim o que o nega ,  
como o que affirma , deve dar a razão ,  
e demonstrar o que diz ; porque o ho-  
mem não se presume sabio , assim  
como se presume , e deve presumir  
bom no Foro civil , razão porque se es-  
tabeleceo aquella lei.

2. Affirma-se nesta segunda These ,  
que os senhorios tem tacita hypotheca  
na enfyteuse para segurança das suas  
rendas. A hypotheca tacita pode ser ,  
ou legal , ou convencional : esta se conf-  
ti-

---

(1) Cart. 2. pag. 45. 46.



titue por hum pacto tacito , do qual Papiniano nos refere hum exemplo no livro 11. das suas Respostas, ( 1 ) e os D.D. a este lugar dizem os modos porque este pacto tacito se faz, não será necessario que eu repita isto : a hypotheca tacita legal he aquella, que he constituida pela lei, sem ser necessaria convenção particular tacita, ou expressa, somente nella ha a vontade presumida pela lei. A hypotheca tacita, que os senhores tem segundo a nossa Jurisprudencia he legal ; mas não se prova pelas leis Romanas ; porque, como o A. se lembrou, estas leis não são sufficientes para provar entre nós huma hypotheca legal, e nem eu sei, nem pessoa alguma poderá saber a causa, porque elle quiz ter o trabalho de repetir tão louvavelmente, o que respondeo Caldas, e o que Pinheiro repetindo-o respondeo ( 2 ) e responderão outros á l. f. *Cod. sine censu*, e á l. *Imperatores* 7. *D. de Public*, & *veſtig!* pois as Theses as não lembraraõ, nem os Repetentes a ellas recorreraõ. Entre as nossas leis escritas temos a este respeito a lei de

( 1 ) L. 3. §. 2. D. Qui potiores in pignore.

( 2 ) P. 2. de Enfyteuse. D. 4. f. 2. n. 14.



20. de Junho de 1774. no §. 38. cujas palavras são as seguintes: „ Exceptuo  
 „ em quinto lugar os senhores dos pre-  
 „ dios rústicos, ou urbanos, e os se-  
 „ nhores directos, quando concorrerem  
 „ para haverem dos seus rendeiros, e  
 „ inquilinos, ou enfiteutas as pensões,  
 „ alugueres, e foros para preferirem  
 „ neste caso pela sua tacita, e legal  
 „ hypotheca aos outros credores,  
 „ posto que a tenhaõ geral, ou especial  
 „ mais antiga.

3. Para fazer ficar sem vigor esta lei do Senhor Dom Jozé I. lançou o A. mão desta regra de interpretação, de que eu já fiz menção (1), a saber *a lei, que suppõe huma cousa, deve entender-se nos termos, em que se verifique, o que ella suppõe*, e para a fazer respeitavel lembrou-se de dizer, que ella era a mesma que aquella, que com justa razão os nossos antigos Escritores adoptaraõ, que diz assim: *as leis sempre se devem entender nos termos habéis*: porém elles quando disseraõ isto nem por sonho se lembraraõ da regra do A., porque elles usaraõ daquella regra, para que as leis sempre tivessem effei-

---

(1) §. 1. These segunda n. 5.



effeito , e vigor , e não para lho tira-  
 rem : pois não he da autoridade de  
 hum J. C. fazer sem effeito huma  
 lei. Queriaõ dizer naquella regra que  
 na interpretação das leis se deve exa-  
 minar , se ellas são leis particulares ,  
 ou são geraes , se fazem huma excepção ,  
 se huma regra , se tem por objecto hu-  
 ma providencia perpetua , ou tempo-  
 raria , se he a lei estabelecida Nomo-  
 canon , ou não : em huma palavra que-  
 riaõ dizer que se devia attender á qua-  
 lidade da lei , á sua materia , e fim , e  
 de nenhuma maneira queriaõ ensinar  
 que se devia verificar a supposição ,  
 que o legislador nella mostra fazer :  
 pois elles sabiaõ que a supposição , que o  
 legislador mostra fazer , vem a ser a  
 razão , que o legislador dá da tua lei ,  
 e que assim como o legislador não he  
 obrigado a demonstrar , e verificar a  
 razão que dá da sua lei , tambem não  
 he obrigado a verificar a supposição ,  
 que faz , para que a lei se deva obser-  
 var , como já dissemos. Se a regra de  
 interpretação , de que usa o A. , fosse pra-  
 ticavel , o Ministro , que não quizesse  
 observar huma lei , diria : o Principe ,  
 quando faz as suas leis , sempre supõe  
 que o que manda he util ao seu Rei-  
 no ;



no ; mas esta supposiçãõ não se verifica nesta lei , logo ella não se deve observar : o homem particular diria o mesmo : e assim o Principe se veria obrigado , para se observarem as suas leis , não só a dar a razaõ dellas ; mas a persuadir os seus Vassallos desta mesma razaõ , o que nunca lembrou , nem podia lembrar aos nossos antigos Escritores. Quando os negocios de Governo pedem , que não só se encubra ás Nações vizinhas a razaõ , do que o Principe manda no seu Reino ; mas também instaõ que na lei se ponha huma razaõ , que os faça pensar que o fim della he differente daquelle , que intenta o legislador , se a regra do A. fosse praticavel , o fim verdadeiro do legislador não se conseguiria : porque se deveria fazer outra cousa differente , do que elle verdadeiramente quer , e manda , ou se deixaria sem effeito a sua vontade ; pois neste caso não convem a razaõ dada na lei com o seu verdadeiro fim. Huma razaõ similhante a esta também alguma vezes as differentes circumstancias , que acontecem dentro da mesma Republica , pedem que nas leis se dê , e neste caso também pela regra do A. não se deveriaõ obser-



observar estas leis: porque a razão dada nellas se não verificava. Em fim por esta regra não haveria huma lei, que se não podesse transtornar, e fazer ficar sem effeito: e consequentemente ella he alheia das regras de interpretar as leis; porque nós sempre as devemos interpretar de maneira, que não fiquem sem effeito, saiba-se, ou não se saiba a sua razão (1), verifique-se, ou se não verifique a supposição que ellas mostraõ fazer, cesse, ou não cesse a razão, que ellas dão: pois sómente as leis cessaõ, quando he notorio, que cessa absolutamente a sua verdadeira razão, aquella mesma, que o legislador não quiz publicar; mas em quanto isto se não sabe, a lei sempre se deve observar. Quanto mais, que a supposição, que o Legislador mostra fazer, se verifica naquillo mesmo que elle manda, e não he necessario que se verifique antecedentemente á lei; pois era necessario provar-se primeiro, para se não observar a lei, que o Legislador não mandaria, o que ella diz, se soubesse já antecedentemente, que se não verificava a sua supposição: mas simi-

lhan-

---

(1) Arg. a l. 17. D. II.



Ihantes provas não se admittem contra as leis. Nos legados mesmo, quando a causa he falsa, não obstante ser hum acto de hum particular o de legar, fomentemente por via de excepção se admittente o provar-se, que se o testador soubera, que a causa era falsa, não legaria, e ainda nos mesmos legados diz Papi-niano (1) que o mais das vezes se admittente esta prova, e não diz que sempre se admittente, e que diria elle se fosse perguntado a respeito da supposição da lei, que tambem he a causa, que o Legislador mostra, e dá de a ter feito, e de mandar, o que nella manda? He sem duvida, que havia de dizer, que nunca se podia admittir similhante prova, e que a lei se devia observar, verificasse-se, ou não a sua supposição; porque contra a lei nunca se admittente excepção alguma, nem prova della, sómente o dizer que he falsa a supposição, que faz o Legislador, he hum attentado contra o respeito, e reverencia summa que se lhe deve: o Legislador mesmo he só quem pode examinar, se se enganou ou não nas suas supposições, e causas que teve para legislar, e o vassallo

P não

---

(1) L. 72. §. 6. D. de Cond. & demonit



não se pode intrometter nisto.

4. Pertende o A. mostrar a necessidade da sua regra por dous lugares da Ord. : o 1.º he liv. 2. tit. 1. §. 16. As palavras, que elle trasladou (1), são as seguintes : *outro sim se algumas pessoas Ecclesiasticas, Igrejas, ou Mosteiros adquirirem, ou houverem alguns bens nos reguengos.* » Esta lei (diz elle » aqui) supõe os Clerigos, e Igrejas » com bês nos reguengos sem declaração » alguma, e se se não utar daquella regra » na sua interpretação, ha de concluir-se » della, que os Clerigos, e Igrejas geral- » mente podem ter bens no reguengo » : porém eu digo, que usando daquella regra de interpretação, que manda que se não interprete a lei sómente por algumas das suas palavras; mas que se devem examinar todas (2); e juntando a outra regra que manda ver todos os lugares parallellos, e contrarios, para entender qualquer lugar de huma collecção de leis, evidentemente se conhece, que huma semelhante conclusão se não deve tirar dessas palavras da Ord., e que a lei não faz esta supposição; mas tão sómente o A. he o que a faz : pois por ella

---

(1) Cart. p. 52. (2) D. L. incivile.



las somos obrigados a ir ler a Ord. livro 2. tit. 18. , e juntando este lugar com o dito §. 16. , claramente se vê que a Ord. nestas palavras sómente falla do caso em que as pessoas Ecclesiasticas , Igrejas , ou Mosteiros tem licença Regia para adquirir. Tambem para provar a necessidade da sua regra trasladou do livro 1. tit. 9. §. 4. as palavras seguintes: *não tomarão conbecimentos dos feitos , que se tratarem entre partes sobre os prazos , que os donatarios dos reguengos fazem* , e diz que sem ella se deve concluir desta Ord. , que os donatarios pódem geralmente fazer prazos nos reguengos : porém as regras , de que fiz menção , não nos deixão concluir desta maneira ; porque lendo-se , segundo ellas mandão , a Ord. liv. 2. t. 35. §. 25. e liv. 4. t. 41. , claramente se vê que o Legislador aqui não concebeo na sua mente , que os donatarios podessem fazer sem sua licença os ditos prazos ; mas que sómente se lembrou dos prazos que fazem , tendo-lhe sido concedida. Para outros quaesquer lugares da Ord. semelhantes a estes referidos pelo A. são sufficientes as regras de que fiz uso , e para os mais tem a



arte de interpretar as regras necessarias, que nos mostram a vontade do Legislador, sem lhe levantarmos o testemunho, de que elle faz supposições falsas, ou contra o que tem mandado: por tanto não se prova a necessidade da regra suppositicio interpretativa, de que o A. usa: e consequentemente della se não pôde fazer uso contra a dita lei de 20 de Junho; mas não obstante observaremos o que disse.

5. Nesta lei (argumenta elle) supõe-se, que os senhorios tem tacita hypotheca, e não se constitue, como se vê do thêor della, e do seu fim, o qual não he estabelecer novas hypothecas, mas regular as estabelecidas. (1) O argumento, que se tirou do thêor do §., para se dizer, que a lei não constitue de novo huma tacita hypotheca, parece ser o uso, que nelle se faz da palavra *sua*; pois diz pela sua *tacita, e legal hypotheca*: porém se esta he a razão, porque o A. lhe pareceo, que a lei aqui não constitue huma nova hypotheca, ella não he sufficiente porque o Legislador podia usar des-

ta

---

(1) Cart. p. 54.



ta palavra , referinpo-se ao tempo actual , em que fazia a lei ; pois logo que o Legislador desse esta hypotheca , ella ficava sendo dos senhorios , e sendo-o , podia a lei usar com propriedade da palavra *sua*. E como das significações , que poder ter qualquer palavra de huma lei , nós devemos sempre usar daquella , que faça , que ella tenha effeito , e fique em seu vigor , he certo que quando não houvera outro meio , deste se devia usar , para que a lei ficasse tendo effeito. O argumento que se tirou do fim , tambem não conclue ; porque supposto a lei tenha por fim regular as preferencias entre os credores , he necessario provar evidentemente que ella não quiz dar aos senhorios esta hypotheca , que incluye neste regulamento , o que se não póde provar. Porém independentemente de tudo isto o costume , que já havia de terem hypotheca os senhorios nos seus prazos para segurança das suas pensões , tira todo o subterfugio que se queira procurar contra esta lei , e ainda que elle he por todos conhecido , não ommittirei a sua origem , e progressos.

6. Baldo á lei 2. Cod. de *Jur. Em-  
phit* ,



*phit*; Socino o Moço, (1) Jason, (2) Alexandre de Nevo, (3) e outros muitos differão, que os senhorios directos tinham hypotheca na enfyteuse para segurança das suas rendas: era destituida de fundamento esta opinião; porque nada menos provavaõ os textos, donde a deduzião, que similhante affirmacão: porém a authoridade, e respeito, de que gozavão seus authores, fez que della nem se duvidasse, e em virtude disto passou a ser geral do Foro, e a ser tão recebida pelo costume, quanto se vê, do que referem Gabriel Modeo, (4) Guido, (5) e outros seus nascionaes. Valasco não obstante dizer que esta opinião se não provava por texto algum, (6) como devia dizer, com tudo confessa o costume, e diz que elle he optimo para os senhorios, e o manda consultar (7), Mendes a Castro (8), e Mo-

---

(1) Lib. 1. Conf. 70. n. 14. (2) Ind. 1, 2. (3) Lib. 1. Conf. 70. n. 9. (4) In l. 41. D. de Act. empt. (5) Desc. 42. (6) Q. 4. n. 7. (7) Q. 32. n. 20. inf. (8) In Pr. lib. 3. c. 21.



Moraes (1), não só referem ser do costume geral do Reino esta hypotheca ; mas que era pratica tambem geral passar-se aos senhorios contra os enfyteutas o executivo , o que prova que já no tempo destes esta hypotheca em virtude do costume era legal ; pois já os senhorios não precisavão de provar que tinham hypotheca. Pinelo, Caldas, Molina, outros, que transcreve Pinheiro, (2) differão, como Valasco disse, que esta hypotheca se não deduzia dos textos, com que a costumavão provar : porém, ou fosse, porque os enfyteutas achassem pouco interesse em fazer emendar este costume, que se tinha introduzido, ou fosse, porque já não poderão, o certo he, que elle continuou, segundo se observa dos mesmos cartorios do Judicial, e não consta que já mais fosse interrompido, nem Pinheiro, Molina, Caldas, e Pinelo o dizem. Nesta fórma se achava estabelecida esta hypotheca pelo uso, e costume já tão antigo neste Reino, como do tempo, em que viverão Valasco, Mendes, e Moraes, se ob.

---

(1) De Execut. lib. 1. c. 4. §. 2. 22, 26.

(2) D. 4. f. 2. n. 12, 13.



observa, quando se publicou a lei de 20  
 de Junho de 1774.: pelo que, querendo-se que as ditas palavras desta lei: *pela sua tacita, e legal hypotheca*, se devão sómente referir ao tempo passado, póde o A. ficar sem duvida da verdade do Legislador; porque já pelo costume esta hypotheca era tanto dos senhorios, que só se lhe podia tirar por huma lei que o revogasse; pois este costume não era contra a lei, porque nenhuma havia que prohibisse esta hypotheca. Porém suppunhamos contra a verdade da historia, que até pelos mesmos cartorios dos Taballiães se prova; que este costume não tinha os cem annos, que se requerem na lei de 18 de Agosto de 1769., ainda assim mesmo não perdem a sua hypotheca os senhorios. Por quanto ninguem póde duvidar, que no dito anno, em que se publicou esta lei, se achava em uso esta hypotheca, e que era pratica geral do Reino conceder-se aos senhorios contra os enfyteutass o executivo; pois ha disto tantas testemunhas, quantos dos que a ouvirão publicar ainda vivem: e como do Legislador se não póde suppôr, que não esteja sempre attentando para o que se pratica em seu Reino, he evidente que usando ella na  
 sua



fua lei daquellas palavras : *pela sua tacita , e legal hypotheca* , approvou esta pratica , e costume que se observa , e por cõseguinte que o fez legitimo: porque a dita regra , que faz necessarios os cem annos , para o costume ter força de lei , não tem lugar a respeito daquelle que he approvado por alguma lei , e este para se dizer , que não he approvado por esta lei , he necessario dizer que o Legislador não observa , o que se pratica no seu Reino , o que se não pôde dizer.

7. Lembrou-se o A. , para salvar o que , segundo a Pinheiro , disse em seus Elementos , de restringir a generalidade desta lei á hypotheca , que tem as Igrejas , e Corpos de mão morta nos seus prazos : porém por esta mesma restricção que pertende , se faz hum testemunha do costume que referi. Eu traslado as mesmas palavras da lei de 4. de Julho de 1768. , que o A. trasladou. „ Permitto mais ( diz ella ) ás re-  
 „ feridas Igrejas , e Corpos , que pe-  
 „ los fóros decursos , que lhes deverem ,  
 „ possão fazer penhora , e execução nos  
 „ rendimentos dos bens afforados para  
 „ seu pagamento ; e não chegando , nas  
 „ mesmas propriedades. „ Ainda que a  
 lei



lei nestas palavras diz, que possuem as Igre-  
 jas, e Corpos de mão morta fazer pen-  
 nhora, com tudo não diz, se ha de ser  
 antes da sentença, se depois: se nós a  
 entendermos da penhora feita depois da  
 sentença, não se deduz daqui, se não  
 que se lhe concede a hypotheca, que  
 tem os credores depois da sentença  
 passar pela Chancellaria Ord. l. 3. t.  
 84. §. 14.: se a entendermos da  
 penhora feita pelo executivo, então  
 deduz-se desta lei a hypotheca, de que  
 fallamos. Se não houvesse o uso, e cos-  
 tume de os senhórios terem hypotheca  
 nos seus prazos para segurança das suas  
 rendas, e de se lhes passar o executivo pa-  
 ra fazerem penhora, se isto fosse desco-  
 nhecido no tempo desta lei, sómente  
 adivinhando, e não interpretando, se po-  
 deria dizer, que a lei fallava desta penho-  
 ra, de que se tem entendido, e nem ella  
 podia lembrar a pessoa alguma; porque  
 ninguém se lembra, do que nunca teve  
 noticia. O executivo, de que usa a Co-  
 róa, não podia fazer interpretar esta lei  
 do modo, que se tem interpretado; por-  
 que sendo regra notoria, que os privi-  
 legios da Coróa nunca se julgão conce-  
 didos a pessoa alguma, sem se fazer  
 delles especial menção, tambem a nin-  
 guem



guem podia lembrar que esta lei concedia semelhante privilegio ás Igrejas, e Corpos de mão morta, se isto fosse privativo da Corôa, e não houvera o uso, e costume de se conceder a todos os senhorios. O uso pois, e a pratica geral, que no Reino havia em 1768, foi o que fez que ninguem duvidasse, de que esta lei concedia ás Igrejas, e Corpos de mão morta o beneficio do executivo, do que são testemunhas tantos, quantos a ouviraõ publicar, e a tem interpretado: o A. interpreta do mesmo modo, e conclue della, como todos concluem, que as Igrejas, e Corpos de mão morta tem hypotheca nos seus prazos: consequentemente confessa, e faz-se testemunha do mesmo costume, que quer negar. Além da prova, que da intelligencia, que se tem dado a esta lei, se tira a favor deste uso, e costume, da mesma lei se observa isto; porque entre os beneficios, que ella concede ás Igrejas, e Corpos de mão morta, numera o que lhe concede de fazerem penhora, e como elles todos são a respeito de cousas, de que pelo uso, e costume ellas se reputavaõ senhoras, o mesmo juizo se deve fazer deste: e por consequente desta lei se mostra, que o Legis-



gislador sabia que havia o uso, e costume de os senhorios terem hypotheca para segurança das suas rendas, e de se lhe passar o executivo.

8. O silencio da Ord. liv. 4. t. 39. allegado (1) pelo A. não pôde fazer recear os senhorios: porque o direito da sua hypotheca teve origem no costume, e não na Ord., ou outra lei escrita, e hoje se acha tacitamente louvado na dita lei de 4 de Julho de 1768, e expressamente na lei de 20 de Junho de 1774. Tambem aos mesmos senhorios não he necessario responder ao argumento, que o A. faz contra a sua hypotheca, dizendo que ella lhes he desnecessaria; porque *jure commisso* podem elles receber o prazo, não se lhe pagando a pensão por dous, ou tres annos. (2) Por quanto a todos he notorio, que a pena do commisso se não verifica nos prazos seculares, se não deixando o enfyteuta de pagar por tres annos: e como antes dos tres annos o enfyteuta pôde vender, e ficar pobre, ou pôde morrer, o senhorio perderá em hum, e outro caso a pensão de hũ anno, ou de dous, ou de mais, não tendo  
hy-

---

(1) Cart. p. 55. (2) Cart. p. 56.



hypotheca; porque sem ella, não tem acção contra o successor na enfyteuse, que não for seu herdeiro. De mais, os requesitos, que são necessarios provar, e as desculpas que podem haver a respeito da pena do commisso, fazem este letigio muito demorado; e se os senhorios não tivessem a hypotheca legal, que não precisa de prova, mais util lhes seria perder as pensões dos tres annos, que intentar semelhante acção da pena do commisso

9. Seguia-se tratar de questão, se os successores na enfyteuse estão obrigados a pagar as pensões, que ficarão devendo seus antecessores: porém já não he necessario; porque esta questão dependia de se mostrar, que os senhorios tem hypotheca na enfyteuse pelas suas pensões: pois estabelecida a hypotheca fica estabelecido o direito de haver por ella as pensões, para cuja segurança ella serve. E como o tenho já mostrado, e ninguem em boa fé póde negar o costume, que tenho referido; porque todos os que frequentão o Foro, e conhecem terras enfyteuticadas, d'elle tem noticia, passemos á These seguinte.



## T H E S. IV.

**D**isse-se nesta These que o enfyteuta podia escolher, quando no prazo estivesse a pensão posta alternativamente sem haver declaração alguma, e para se conhecer, quando a pensão nos prazos está posta alternativamente, se escreveo o exemplo que nella se vê: a saber *huma galinha, ou huma tostão por ella*, e não são necessarios mais exemplos; porque na particula *ou* está o sinal da alternativa, pois corresponde ás particulas de junctivas, *aut, vel, ve*, as quais todas são proprias para exprimir huma obrigação, ou estipulação alternativa, por serem particulas de junctivas, assim como a nossa particula *ou*. Affirmou-se isto na These em virtude da regra das obrigações alternativas explicada por Ulpiano na lei 10. §. 6. D. *de Jur. dot.*, a qual diz que quando se promette huma cousa, ou outra, e se não declara quem ha de ser, o que ha de escolher, compete a escolha ao devedor, o que tambem se ha de observar entre o enfyteuta, e o senhorio; pois



pois esta regra na mesma forma, em que he concebida, segundo da dita lei se vê, he geral para todos os contractos (1). Nas cartas (2) se confessa esta mesma regra, e lembraõ-se mais alguns textos, em que ella se firma, e eu por esta regra ser notoria, ommitto não só os lugares ali referidos; mas tambem os mais, que podia acrescentar. Tambem deixo de mostrar que esta regra a respeito da escolha nas obrigações alternativas se observa pela nossa Juritprudencia; porque nem nisto pôde haver duvida. Tudo isto nem o Autor o pôde negar: por tanto tambem se não pôde negar, que he verdade o que affirma a These.

2. O A. nos Elementos tinha dito (3) que quando nos prazos estivesse imposta a pensão alternativamente, a eleição era do senhorio, e para declarar o modo de conhecer a pensão alternativa pôz este exemplo; *huma galinha, ou seis vintens por ella*: eu tras-

la-

---

(1) V. Gothotr. ad leg. 10. n. 6. Hercio com. select. vol. 3. Diff. 17. pag. 233. e seg., e tambem a l. 26. D. de Rebus Dub.

(2) P. 63. (3) §. 45. obs. fi.



lado a sua observação, para que della se veja isto mesmo, que eu digo: *si cum*, diz ella, *alternativa pensio fuerit imposita, velut in hunc modum, huma galinha, ou seis vintens por ella, electionem esse domini, ne quod in illius favorem proditum est, ipsi noceat.* Esta observação contém tres partes: a saber huma regra, hum exemplo para declarar a regra, e a razão da mesma: a regra acha-se nas palavras: *Cum alternativa pensio fuerit imposita electionem esse domini*, o exemplo que a declara, acha-se nas palavras: *velut in hunc modum huma galinha, ou seis vintens por ella*, e a razão della nas palavras *ne quod até o fim.* Para se observar a extensão da regra, que o A. põe, devem-se ler no §. 45.as palavras: *si nihil conventum*, a cujo verso he posta a mesma observação, e dellas se vê que o sentido do A. he dizer, que quando nos prazos se achar estabelecida huma pensão alternativamente sem haver declaração alguma, a eleição he do senhorio; e das palavras, que elle põe no exemplo, do modo com que as põe, e daquella particula *velut*, que elle ajunta, ve-se manifestamente que o exemplo foi posto para ensinar, que cousa era



era pensão alternativa : do que se mostra que o sentido do A. foi affirmar, que quando a pensão dos prazos fosse alternativa, e não houvesse declaração alguma a respeito da escolha, que ella era do senhorio, como já disse. Porém como a pensão quando está posta nos prazos alternativamente, a obrigação, que o enfyteuta tem, he huma obrigação tambem alternativa, e o A. confessa, que nas obrigações alternativas a escolha he do devedor, não havendo no contracto declaração a respeito della, como explicaõ as leis, e regras de direito, que elle mesmo citou, devia confessar que a escolha era do enfyteuta ; quando no prazo está posta a pensão alternativamente sem declaração : pois o enfyteuta neste caso he o devedor, e lhe deve competir o mesmo direito, que compete aos devedores nas obrigações alternativas, porque as leis não exceptuaõ desta regra o enfyteuta, nem o contracto enfyteutico ; e o senhorio estipulou a pensão, e na duvida sempre se deve julgar contra o estipulante d. l. 26. D. de Reb. dub.

3. Diz o A., que a regra de direito que dá escolha ao devedor, não havendo declaração em contrario, tem



sómente lugar , quando ha alternativa propriamente , eu eu tamhem digo o mesmo ; pois quando não ha alternativa propriamente , nem o devedor , nem o credor escolhe ; porque sómente se tem estipulado , e promettido huma só cousa , e não se tem promettido huma cousa , ou outra : porém o caso de que fallamos , e a questão de que se trata nas Theses , he muito differente de hum similhante caso ; porque a hypothese sobre que se versa a decisão da These , e da observação do A. he sobre huma pensão e obrigação alternativa , e em que se prometteo , e pedio alternativamente a especie , ou o preço della , como bem mostraõ as suas palavras , e o exemplo nella proposto. Se o A. chama alternativa impropria , quando o credor pode escolher , então confessando elle que a l. 10. §. 6. D. de *Jur dot.* deve ter uso entre nós , tambem deve dizer que o senhorio sómente a tem , quando no contracto se declarar que a tenha elle ; pois que a respeito da obrigação da pensão , e direitos dominicaes o senhorio he o credor , e a lei diz que quando se promette huua cousa , ou outra , sómente o credor tem a escolha , se no contracto se declarar que elle a tenha , e

quan-



quando se não declarar, quem ha de escolher, que deve escolher o devedor, o qual no nosso caso he o enfyteuta.

4. O exemplo que se acha nas Theses e na observação ainda que he de cousa, e preço differente, com tudo não deixa de ser semelhante a especie, de que trata a dita lei; porque em huma, e outra parte se estipulou a especie, ou a estimação: por tanto não tem aqui lugar algum o que o A. escreve quando diz: » Não » quero porém dizer nisto que o se- » nhorio pode pedir ao enfyteuta a » especie, ou a sua estimação estipula- » da: Se este lha der boa e capaz » de receber, he o senhorio obrigado » a aceitalla, e no caso de querer pref- » tar a estimação he que necessita do consentimento d'elle (1). Porque não só isto se pode verificar sómente, quando se estipulou unicamente a especie, ou quando, tendo-se estipulado a especie, ou estimação, o senhorio reservou o escolher; mas tambem não pertence para a questão da escolha, de que trataõ as theses, e a observação; mas sim para o modo de fazer a solução. Tem dito alguns que o credor, não havendo declaração, pode escolher, quando aquillo,

---

(1) Carr. p. 61.



sobre que se verba a alternativa, he evidentemente util sómente a elle (1): se o A. quizer seguir esta opinião, então não diga que o senhorio he obrigado a receber a especie, quando a pensão he alternativa, offerecendo-lha o enfyteuta boa, e capaz de receber. Porém nem esta opinião tem aqui lugar; porque tão util he ao senhorio a liberdade de escolher a especie, ou a estimação, como ao enfyteuta: e como até os desta opinião dizem, que no caso de duvida pertence a escolha ao devedor, (2) e o enfyteuta neste caso o he, tambem a respeito d'elle se deve dizer o mesmo.

5. Acrescenta mais o A., pue a razão, que o moveo a dizer, que a escolha era do senhorio, quando a pensão estava posta alternativamente, fora a inculcada naquellas palavras da observação: *ne quod in illius (domini directi) favorem proditum est, ipsi noceat*. Porém deve-se advertir, que nesta razão se comprehende aquelle vicio, a que os Logicos chamaõ *petitio principii*; porque se decide a questãõ por aquillo mesmo, que está em duvida; pois

---

(1) V. Hercio d. Diss. 1. 3. §. 3.

(2) d. §. 3.



pois se no contracto está promettida huma cousa , ou outra , e se não acha declarado , a quem pertence a escolha , o que aqui se procura saber , e a respeito do que ha duvida , he a favor de quem foi posta esta clausula alternativa , e para tirar esta mesma duvida he que foi feita aquella regra , e se determinou que a escolha pertencesse ao devedor , quando se não declarasse , que o credor podesse escolher , a qual se fez , porque ninguem se julga obrigado ao mais ; mas antes pelo contrario todos se julgaõ obrigados ao menos , em quanto se não mostra claramente o contrario : e como o enfyteuta , ficando com a liberdade de escolher , fica obrigado a menos , tem a seu favor a presumpção , em que se fundou esta regra : e por conseguinte ella deve ter lugar a seu respeito. Em quanto ao que o A. accrescenta mais , que considera que a pensão fora posta deste modo em beneficio do senhorio , para que o enfyteuta não pertendesse demorar a pensão , ou duvidasse sobre o seu legitimo equivalente , e que a razãõ de o assim conjecturar , a deduzira de o senhorio ser , o que dá a lei ao contracto , digo que esta sua consideração he



he contraria áquella regra das obrigações alternativas, que elle mesmo diz que deve ter uso entre nós, a qual foi feita para tirar estas mesmas considerações, que os credores podiaõ allegar a seu respeito: porque a presumpção está sempre a favor do devedor; pois ninguém se julga obrigado ao mais, como ja disse. O ter sido o fenhorio o que deu a lei ao contracto em lugar de lhe vencer a escolha, quando ella não he declarada no contracto, isso mesmo lha faz perder: porque aquelle que dá lei ao contracto, deve imputar a si o não se declarar; pois na sua mão estava o fazello; e o fenhorio bem sabia não só a regra de Direito, que decidia a duvida; mas tambem que ninguém se julga devedor, senão do quanto se declara, e manifesta, o que faz o fundamento da mesma regra, como tenho dito.

6. Tambem não prova que o fenhorio deve escolher, o que o A. diz mais » Observa-se, que sempre isso que » se acrescenta he certa quantia de di- » nheiro, o que faz persuadir, que » o fim desta clausula, que se lhe ajun- » ta, he fixar o valor da cousa, e » não declarar o fenhorio que se con- » ten-



» tenta com a especie, ou o equiva-  
 » lente estipulado. » (1) Por quanto  
 da lei 19. §. 3. D. *locati* ve-se bem,  
 que quando a quantia se junta no con-  
 tracto para lhe fixar o valor, se diz  
 por exemplo pagará hum moio de tri-  
 go *de cinco tostões o alqueire*, ou *a sin-  
 co tostões o alqueire*, ou que valha cinco  
 tostões o alqueire, ou pagará huma ga-  
 linha *de valor de seis vintens*; ou *de  
 preço de seis vintens*, ou de outro qual-  
 quer modo, com tanto que o preço,  
 não seja tambem estipulado, e promet-  
 tido: porque huma vez que houver obri-  
 gação de dar a cousa, ou o preço, ja  
 elle não he para fixar o valor da espe-  
 cie; mas para se pagar, ou a especie  
 prometida, e então tem lugar a regra  
 da dita lei 10. §. 6. D. de Jur. dot.  
 Em fim isto que o A. observa, he con-  
 tra a hypothese da sua questão; porque  
 não pode haver eleição, nem questão  
 a respeito della, sem haver, ou sup-  
 por-se a alternativa, e elle a nega ago-  
 ra, dizendo que a quantia do dinheiro  
 se não accrescenta para se poder pedir  
 a especie, ou estimação. Se isto não he  
 fugir da disputa, elle o julgue, que eu  
 devo passar ao §. seguinte.

THE-



## T H E S E S

*Defendidas na Faculdade de Canones.*

## §. V.

**T**Endo-se dito neste §. que he necessario o consentimento do senhorio, para se fazer a alienação voluntaria da enfyteuse segundo a regra geral da Ord. liv. 4. t. 38. pr., estabelece-se em primeiro lugar, que se o senhorio consentir em huma pessoa certa, e determinada, não he o enfyteuta obrigado a alienar o praço sómente a essa pessoa, em segundo, que o mesmo enfyteuta não pode doar, ou dotar a enfyteuse de nomeação sem licença d'elle, e em terceiro, que da venda feita em razão da convenção *de retro vendendo* se deve laudemio.

## T H E S. I.

**A** Respeito desta primeira These, que afirma que o enfyteuta não he obrigado a alienar a enfyteuse sómente áquella pessoa, em quem o se-  
nho-



nhorio consentio , diz ( 1 ) o A. que em seguir o partido contrario abraçara a doutrina dos nossos Escriitores que trataraõ da enfyteuse : se eu naõ lera em suas cartas as seguintes palavras » Esta » doutrina , meu Amigo , he a que se » lê nos nossos Escriitores , que tra- » taraõ da materia , como Pinheiro de » Emph. disp. 4. n. 177. , e Cald. » de Extint. C. 15. n. 23. , e he a » que se deve ensinar , e seguir » se naõ lera , torno a dizer , estas palavras , naõ acreditara que eraõ do A. ; pois quando eu li no prefacio dos seus Elementos aquellas palavras , que principiaõ : *Equidem vera juris emphyteutici principia ipsi deserunt* , nas quaes elle applica aos nossos Escriitores , o que Heinecio com justa razaõ disse de outros de differente merecimento , naõ esperava que seguisse a doutrina de huns Escriitores , de quem com estranha ingraticidaõ naõ duvidou dizer que addidos á glosa desemparavaõ os verdadeiros principios da enfyteuse ; e muito menos o esperava depois d'elle continuar a dizer nas mesmas cartas , ( 2 ) que os nossos Escriitores foraõ fa-  
ceis.

---

(1) Cart. p. 65. (2) Cart. 2. pag. 57.



ceis em admittir com regras de direito, o que acharaõ na Glosa, e nos D.D., nomeando o mesmo Pinheiro, a quem tanto deve, quanto naõ será necessario que eu o diga; e depois de tratar aquelle laborioso homem, o Caldas digo, cujas obras mostraõ os incomparaveis estudos do seu A., por aquelle incivil modo, que se lê em suas cartas pag. 48. para 49., em que mostra... mas que digo! O Leitor o leia, que eu nem devo fazer a numeraçaõ das injurias feitas á Naçaõ Portugueza com o desprezo, que se fez de seus Escri- tores, e muito mais tendo sido feitas por hum seu proprio filho, que se arrojou a querer extorquir-lhe, e arran- car-lhe este ornamento, que até os mesmos estranhos lhe defendem com a estimaçaõ, e uso que delles fazem. Naõ quero dizer porém que se devaõ seguir cegamente ( pois seria isto, fa- zer-lhes a dolosa injuria de lhes rou- bar seus thesouros, e á custa de seus tra- balhos ornar-se com suas riquezas ) quero dizer sómente, que se devem tratar com o respeito, e acatamento que lhes he devido, ao que eu naõ falto, se nesta materia delles me affasto, mas antes faço o que elles mesmos, como



fabios com repetidos exemplos nos aconselhaõ.

2. Naõ ha duvida que Pinheiro com o Caldas disse que o enfyteuta, consentindo o senhorio em pessoa certa, naõ podia vender a outrem (1) o prazo, e como o A. protestou pela sua autoridade na contestação, que fez ás Thezes, eu devo tambem só tratar esta questão a respeito da venda, visto que elle me naõ pede resposta, senaõ ao que contrariou, favor, que eu lhe agradeço, por naõ escrever mais duas regras. A Ord. liv. 4. t. 38. trata desta materia, e aqui depois de estabelecer a regra geral, que o foreiro, querendo alienar o prazo, deve procurar o consentimento do senhor directo, passa a declarar, o que elle deve fazer, quando for pedir este consentimento nas palavras seguintes.

„ E querendo-a vender, ou escam-  
 „ bar, deve primeiro notificar ao senho-  
 „ rio, e requerello, se a quer tanto  
 „ pelo tanto, declarando-lhe o preço;  
 „ ou cousa, que lhe daõ por ella: e  
 „ querendo-a o senhorio tanto pelo tan-  
 „ to, havella-ha, e naõ outrem. E naõ

„ a

---

(1) D. Disp. 4. n. 177.



» a querendo, entãõ deve fer vendida  
 » á pessoa, que livremente pague o fo-  
 » ro segundo a fórmula do contracto...

*Depois.*

» E naõ querendo o senhorio decla-  
 » rar logo, se a quer tanto por tanto,  
 » será esperado trinta dias do dia, que  
 » for requerido. Os quaes passados, e  
 » naõ declarando, se a quer, entãõ po-  
 » derá vender, e escambar, sem mais  
 » esperar pela resposta, ou pagamento  
 » do preço. ...

*Mais.*

» E naõ lhe pagando o preço den-  
 » tro dos trinta dias, posto que dentro  
 » delles se declare que a quer, o fo-  
 » reiro a poderá vender, a quem qui-  
 » zer.

Eu ommito as outras palavras deste principio da Ordenaçãõ; porque naõ dizem respeito á questaõ: destas, que trasladei, claramente se vê, o que a lei declara ao foreiro, e diz que quando quiser vender o prazo, 1.º dê primeiro noticia ao senhor directo, e lhe pergunte, se o quer tanto pelo tanto;



2<sup>o</sup>. que lhe declare o preço, ou cou-  
sa, que lhe dão por elle; 3<sup>o</sup>. se o se-  
nhorio quizer a cousa foreira, dando  
o tanto, ou a cousa que lhe dão, que  
lha entregue; 4<sup>o</sup>. se elle não quizer  
declarar-se, ou dar o preço dentro de  
trinta dias contados desde o dia da no-  
ticia, que o foreiro espere estes mes-  
mos dias; porém 5<sup>o</sup>. se elle declarar  
que não quer o prazo, que o venda  
a pessoa, que livremente pague o fo-  
ro, segundo a fórma do emprazamen-  
to: e da mesma sorte se o senhorio,  
depois de ter declarado que o quer,  
não der o preço dentro de trinta dias,  
que o foreiro possa vender, passado  
este tempo, a quem quizer.

3 Do que fica exposto se conhece,  
que são quatro as obrigações do enfy-  
teuta a respeito do consentimento, que  
deve pedir do senhorio, as quaes dei-  
xei numeradas em primeiro lugar: po-  
rém como entre ellas se não acha a de  
ser obrigado a declarar a pessoa, a  
quem quer vender, ou que seja obri-  
gado a vender, a quem o senhorio qui-  
zer, elle não será obrigado a huma,  
nem a outra cousa; porque a liberda-  
de fica sempre em tudo aquillo que a  
lei não exceptua, ou restringe. Mas pa-  
ra



ra nos tirar toda a duvida a este respeito a mesma lei declara , que se o senhorio declara que não compra , ou deixar passar os trinta dias sem se declarar , ou ainda declarando-se , se não pagar o preço , o enfiteuta poderá vender a quem quizer , (1) sendo só obrigado a vender á pessoa que livremente pague o foro ; (2) e que tambem o póde fazer ainda que o senhorio depois de trinta dias torne a declarar , e a instar que quer comprar. (3) Do que tudo mais se mostra , que o senhorio no direito de optar sómente se póde contemplar a si , e não póde usar d'elle em favor de terceiro ; e tambem que este consentimento que a lei manda procurar aos enfiteutas , não he o consentimento , que se requer nos feudos , mas he taõ sómente huma denuncia , ou noticia , que manda dar ao senhorio , para ver , se quer optar ou não ; como já a respeito do direito Romano , do qual a Ordenação nesta parte se não apartou , advertio Heinecio. (4)

4.

---

(1) N. 6. (2) N. 5. (3) N. 6. (4) Recit. in Elem. jur. Civ. §. 935. 936.



4. Como pois o enfyteuta não he obrigado a mais que a dar noticia ao senhorio de que quer vender, e o perguntar-lhe se quer comprar, he facil de resolver a questão, de que tratamos, se elle será obrigado a vender áquella mesma pessoa, em quem o senhorio consentio. Porque para elle ser obrigado a isto, era preciso que o senhorio tivesse direito para o obrigar; pois não ha obrigação de huma parte sem haver direito da outra: porém como temos visto que o senhorio não póde usar do direito de optar em favor de terceiro, e que não tem mais direito que o de comprar para si mesmo, he certo que o enfyteuta não será obrigado a vender a quem o senhorio quer, nem sómente á pessoa em que elle consentio; mas que pelo contrario, não comprando para si o senhorio, poderá o enfyteuta vender a quem quizer, huma vez que seja á pessoa, que tenha as qualidades, que a lei manda. Supponhamos que o enfyteuta indo-lhe dar a noticia de que vendia, disse a pessoa que pertendia comprar, ou que o senhorio já sabia quem tinha fallado na compra, e que por amizade, ou attenção deste comprador cedeo do direito da opção: daqui ( se o enfyteuta nem prometteo, nem se obrigou a vender a esta pessoa, se-

gun-



gundo nesta questão se suppõe) o que se póde deduzir he que o senhorio cedeo condicionalmente, a qual condição será expressa, se o senhorio declarar que cede da opção, se a venda for feita áquelle seu amigo, ou póde ser tacita, se o senhorio só disser, que se faça a venda á dita pessoa, sem declarar mais: porém não se póde deduzir, que o enfyteuta esteja obrigado a satisfazer a esta condição, que ou tacita, ou expressamente lhe impõe o senhorio. Por quanto quem cede de comprar com a condição, de que a venda se faça a certa pessoa, quer obrigar o vendedor a vender a esta mesma pessoa a respeito de quem cede: mas como o senhorio não póde obrigar o enfyteuta a mais, do que a vender a elle mesmo, e nem póde usar do direito de optar em favor de terceiro, he evidente que o enfyteuta não he obrigado a satisfazer a esta condição que o senhorio lhe impõe, ou ella seja tacita, ou expressamente posta; e que não he obrigado a vender a essa pessoa, a quem o senhorio pertendia, impondo-lhe a dita condição. Deixo de disputar se o senhorio, cedendo condicionalmente, cede puramente, por isso mesmo que não póde ceder condicionalmente, nem póde obrigar o enfyteuta.



teuta a mais, do que vender a elle mesmo, e quero conceder que o senhorio por isso que cedeo do direito de optar para certa pessoa, ou que cedeo conditionalmente, não cedeo d'elle geralmente, em huma palavra concederei, que não cedeo da opção: porém ainda assim mesmo se não póde dizer que o enfyteuta he obrigado a vender a essa pessoa, para quem o senhorio cedeo, e que incluiu na condigão, ou que não póde vender, a quem quizer, passado o termo da lei. Porque em quanto não passão os trintas dias, depois que o enfyteuta deu ao senhorio noticia, de que vendia, o senhorio não o póde obrigar a vender a pessoa alguma, só o póde obrigar para si, e passados os trinta dias perde o senhorio o direito de optar, e como o não tem, não he necessario, que d'elle ceda, para o enfyteuta poder vender, a quem quizer; e tanto não he obrigado a vender á pessoa, a quem quer o senhorio, que nem a elle mesmo he obrigado a vender, como se manifesta, do que tenho dito.

5. Nem se pertenda dizer que o enfyteuta, quando diz ao senhorio que vende a certa pessoa, lhe não dá noticia, de que quer vender geralmente a

R

qual-



qualquer pessoa , e que por isso lhe não dá huma noticia , que seja legitima para vender a quem quizer ; mas que sómente lha dá legitima a essa pessoa , que declarou. Porque segundo já temos visto o enfyteuta não he obrigado a dizer ao senhorio a pessoa a quem vende , só he obrigado a dizer-lhe , que vende : e como o enfyteuta dizendo a pessoa a quem vende diz que vende , tem dado ao senhorio a noticia que he obrigado a dar-lhe , e que a lei determina , para poder vender , a quem quizer , se o senhorio não quizer comprar para si , ou ainda que queira , se não pagar dentro dos trinta dias depois da noticia. De mais , o dizer o enfyteuta ao senhorio , que quer vender a Pedro , por exemplo , e vender depois a João , ou a Francisco , vem a ser o mesmo , que não lhe dizer a pessoa , a quem vende , ou não lhe ter dito pessoa alguma , e como elle não he obrigado a declarar-lhe a pessoa a quem vende , nem he necessario que lhe diga pessoa alguma , das que lhe querem comprar , he manifesto , que a noticia dada deste modo he noticia legitima , para o enfyteuta vender , a quem quizer , se o senhorio não comprar para si. Nem o senhorio se póde di-



dizer prejudicado , nem o enfyteuta doloso; porque o enfyteuta não fez mais, que encobrir-lhe a pessoa do comprador, o que podia fazer, e quem usa do seu direito, a ninguem prejudica nem em direito se julga doloso (1): antes pelo contrario o senhorio he, quem prejudica ao enfyteuta , pertendendo que elle lhe diga a pessoa do comprador , ou pertendendo fazello vender a enfyteuse a essa pessoa , que elle mesmo lhe disse, tirando-lhe a liberdade , que a lei lhe dá de vender a quem quizer , quando elle não quer comprar para si , ou lhe não paga o preço dentro dos trinta dias. Em huma palavra, como o senhorio não optou nem estipulou que a venda se fizesse a pessoa declarada (que são os termos desta questão) a si o deve imputar; porque a lei lhe não dá mais meios, e ninguem pode usar se não dos que a lei lhe dá. E nem he sufficiente, que o enfyteuta diga ao senhorio, que vende o prazo a certa pessoa, para o não poder vender a outra , e perder a dita liberdade , que a lei lhe dá ; porque he necessario, que elle prometta e se obrigue a isto , e o dizer somente , que vende , e não he prometter , e obrigar-se a vender. Nós termos da questão isto mes-

R ii mo

---

(1) L. 151. e 155. §. 1.º D. de R. J.



mo se suppõe ; pois ella procede só no caso de não haver convenção valida a este respeito , como já dissemos.

6. Contra esta liberdade do enfyteuta argumenta o A. desta maneira. » A. » lei requer , que o senhorio authorize » a alienação do prazo : ora quando se » lhe pede a licença de o alienar para » huma pessoa certa , a alienação feita » para essa pessoa he, a que he authorisa- » da pelo senhorio , e se se fizer pa- » ra outra , aliena-se o prazo sem sua au- » thoridade. Como pois he , necessaria » authoridade do senhorio , para a alie- » nação dos prazos , quando se pede au- » thoridade para pessoa certa , não se ha » de poder alienar a outra. » (1) Este argumento he inculcado nas palavras de Pinheiro , que dizem assim, *quia hujusmodi licentia est stricti juris, & minime extendenda, quemadmodum dispensatio* (1) segundo as quaes se vê que este argumento he tirado das regras dos contractos *stricti juris* , e dos principios do direito Feudal , principios , e regras , que nenhuma applicação tem para a enfyteuse neste caso. Tambem os mais argumentos , de que usa o A. se achão comprehendidos nas outras pala-

---

(1) Carr. p. 65. (2) D. D. II p. 4. n. 177.



vras de Pinheiro , como veremos : por-  
 rém como o A. ommittio a penultima  
 razaõ , que o mesmo Pinheiro dá da sua  
 opiniaõ , e della depende toda a força  
 das primeiras razões do mesmo A. , eu  
 devo responder primeiramente a esta , e  
 depois responderei a cada huma das ou-  
 tras. As palavras , com que Pinheiro ex-  
 prime a sua penultima razaõ , são as se-  
 guintes : *tum denique quia si Sempro-  
 nius non laudatus a Domino emphyteu-  
 sim emat , non potest Dominus agere  
 adversus eum , ut pensionem solvat.* Es-  
 ta razaõ he tirada de huma sentença de  
 Bartholo a lei ult. *Cod. de Fur. emphy.* ,  
 o qual disse que se estabelecera , que a  
 enfyteuse não pudesse ser vendida sem  
 consentimento do senhorio , porque se  
 elle não approvasse , nem consentisse no  
 comprador , não o poderia obrigar , nem  
 teria acçaõ para pedir-lhe as suas pen-  
 ções. Fundado nesta sentença diz Pinhei-  
 ro nas sobreditas palavras , que consen-  
 tindo o senhorio em huma pessoa certa ,  
 o enfyteuta não poderá vender a outrem ,  
 porque não tendo elle consentido neste  
 comprador , não lhe poderá pedir a pen-  
 saõ , e direitos dominicaes : porém af-  
 sim como a sentença de Bartholo segun-  
 do a mesma dita lei ultima não serve

pa-



para della se tirar o principio que tirou Pinheiro , que o senhorio não póde pedir as pensões enfyteuticas, se não tiver consentido singularmente na pessoa, a quem o enfyteuta vender, tambem não serve para provar que elle não poderá vender a quem quizer, quando o senhorio não quizer comprar para si, nem para mostrar, que se o senhorio consentir só em huma pessoa o enfyteuta não póde vender a outra. Eu não quero duvidar agora da sentença de Bartholo, porque a minha resposta não pede que eu exponha a origem da necessidade do consentimento do senhorio, para o enfyteuta poder vender o seu prazo, nem ella he taõ occulta, que seja necessario expolla ; mas Pinheiro devia advertir que Justiniano naquella lei determinou que huma vez que os senhorios não quizessem optar, podesse o enfyteuta, passado o espaço de dous mezes, vender aonde, e a quem quizesse, e sómente fosse obrigado a vender a pessoas habeis para receber a enfyteuse, e obrigou o senhorio a aceitar este comprador, e que a nossa Ordenaçãõ no dito t. 38. do liv. 4, deu ao enfyteuta a liberdade de vender, a quem quizesse, quando o senhorio não quizer comprar,

ou



ou não pagar o preço dentro de trinta dias, e dispoz o mesmo que a dita lei. Do que se vê, que ainda que o senhorio não tenha consentido na mesma pessoa, a quem o enfiteuta vendeo, lhe pôde pedir a sua pensão; pois ainda sendo necessario, que elle approvasse singularmente a pessoa do comprador, pela mesma lei, que dá ao enfiteuta a licença de vender, e obriga o senhorio a aceitar o comprador, fica esta approvação, e consentimento suprido, e não he necessario outro consentimento, e approvação; pois he sufficiente este presumido por ella, assim como acontece nos quasi contractos, nos quais não ha outro consentimento, senão aquelle, que he presumido pela lei, e comtudo delles nascem as suas acções, como se houvera o verdadeiro consentimento dos contrahentes.

7. Por tanto respondendo particularmente ao argumento de Pinheiro, digo que tanto não he necessario, que o senhorio pessoalmente consinta no comprador da enfiteuse, e que o enfiteuta a pôde vender a huma pessoa, que o mesmo senhorio não queira, huma vez que esta pessoa seja apta para receber a enfiteuse; porque, segundo já dissemos, a

Ord.



Ord. manda que o enfyteuta venda , a quem quizer , e que nem ao mesmo senhorio seja obrigado a vender , se elle dentro de hum mez não comprar , e pagar o preço , da qual determinação se segue que o senhorio , queira , ou não , será obrigado a aceitar este comprador , e se para o senhorio lhe poder pedir as pensões he necessario o seu consentimento , balsa este , que a lei presume , como acontece nos quasi contractos : e por conseguinte não se prova por este argumento , que se o senhorio consentir em huma pessoa certa , não pôde o enfyteuta vender a outrem. E respondendo ao argumento do A. , que vêm a ser o primeiro , de que usa Pinheiro , se elle , quando diz que a lei requer que o senhorio authorize a venda do prazo , entende por isto aquelle autorizamento , que se requer nos feudos , digo que semelhante consentimento não tem lugar nos prazos ; pois como disse , o senhorio não tem mais direito , que o de comprar para si , e se não compra , por isso mesmo autoriza a venda , e todo , e qualquer comprador , a quem o enfyteuta vender , com o consentimento presumido pela lei , a qual faz todo o autorisamento necessario pela dita liberdade , que dá ao enfy-



fyteuta. Por tanto ainda que he certo, que por ter o senhorio autorizado huma pessoa se não segue, que autorize outra, daqui tambem se não segue couza alguma contra a liberdade do enfyteuta, como Pinheiro, ou o A. quer; porque passados os trinta dias o enfyteuta não precisa, de que o senhorio autorize a venda, e o comprador; pois a lei supre, e autoriza tudo isto na fórma que temos exposto.

8. A comparação, que Pinheiro faz da licença, que o senhorio dá para se fazer a venda, á dispensa não he propria: porque não he, como nos feudos, esta licença, que a lei manda pedir ao senhorio, para se vender o prazo; pois não lhe manda perguntar, se não, se quer comprar para si, e huma vez que não compre, dá licença geral por isso mesmo, para se vender a enfyteuse a todas, e quaesquer pessoas, que forem habeis para serem enfyteutas, e se a não quizer dar deste modo, nada obsta isto ao enfyteuta; porque a lei diz que não comprando o senhorio para si, venda elle a quem quizer: e consequentemente não se póde dizer que a licença, que dá o senhorio de vender, se não póde estender de pessoa a pessoa,



loa , como acontece nas dispensações ; porque a lei a faz geral , ainda que o senhorio não queira , como temos dito.

9. Argumenta mais o A. , e diz » O  
 » senhorio tem o direito de optar , se  
 » quizer usar delle , do qual direito he  
 » necessario que ceda , para se poder  
 » alienar o prazo a outrem. Quando se  
 » lhe pede licença para alienar a huma  
 » pessoa certa , e elle a concede , se-  
 » gue-se , que cedeo do seu direito ,  
 » para que se fizesse alienação a esta  
 » pessoa , que se lhe apresenta ; mas  
 » não se segue , que dezistisse delle pa-  
 » ra se alienar geralmente. » Eu não  
 duvido , que o senhorio tem o direi-  
 to de optar , e que he preciso , que ce-  
 da delle ; mas tambem isto não he tão  
 geralmente , como no argumento se in-  
 culca : porque o senhorio tão sómente  
 tem o direito de optar dentro do espa-  
 ço de trinta dias depois da noticia , que  
 o enfyteuta lhe deu , de que vendia , e  
 como passado este tempo não o tem , tam-  
 bem ao depois delle não he preciso ,  
 como já disse que ceda deste direito de o-  
 ptar , para o enfyteuta poder vender. Tam-  
 bem não duvidamos , que por ter o senho-  
 rio cedido do direito de optar para huma  
 pessoa , se não segue , que ceda para ou-  
 tra ,



tra , e concedemos ainda mais , que o senhorio cedeo sómente para aquella pessoa , para quem declarou , e que não cedeo para mais alguém : porém daqui não se póde seguir a consequencia que o A. tira , a saber que o enfyteuta não póde vender a mais alguém ; porque dizendo a lei que não optando o senhorio para si , possa o enfyteuta vender a quem quizer passados os trinta dias , he evidente que não he obrigado a vender a pessoa , para quem o enfyteuta cedeo ; mas que póde vender a quem lhe parecer , se o senhorio não optou para si . Se o A. quer , ainda concederei , que por isso que o senhorio cedeo para certa pessoa do direito da opção , que a cessaõ he nenhuma , se a venda se não fizer a essa mesma pessoa ; porque neste caso a cessaõ foi condicional , e não se póde verificar , sem que se verifique a condiçaõ : porém isto tambem não obsta á liberdade do enfyteuta ; porque depois de passados trinta dias da noticia o senhorio perde o direito de optar , e por isso não importa , que del- le não tenha cedido . A mesma Ordenaçaõ explica isto bem ; pois claramente diz que não declarando o senhorio , que compra , passados os trinta dias , venda



o enfyteuta a quem quizer, o que he o mesmo que dizer, que não querendo ceder o senhorio do direito de optar, o enfyteuta, passado o dito tempo, venda, a quem quizer.

10. Accrescenta mais o A., ampliando as razões de Pinheiro: *pode ser* que o senhorio estime mais essa pessoa, para quem cedeo; *pode ser*, que essa pessoa fosse mais util ao mesmo senhorio; *pode ser*, que a pessoa a quem o enfyteuta vender, lhe seja prejudicial, e que o senhorio não cedesse da opção, se soubesse, que a alienação se fazia a essa pessoa (1). Porém tudo isso pode ser; mas não pode ser verdadeira a consequencia, que daqui tira o A., que se o senhorio não optar para si dentro dos trinta dias desde a noticia da venda, não pode o enfyteuta vender a quem quizer, e que he necessario autorizar a alienação, ou a pessoa do comprador; porque o senhorio depois da noticia não tem mais direito, que o de comprar para si, e huma vez que não compre, e pague o preço dentro de trinta dias, a lei autoriza a venda, e comprador a quem o enfyteuta vender, e não he necessaria a autoridade do senhorio como fica observado. Nem se

di-

---

(1) P. 66.



diga que o enfyteuta prejudica ao senho-  
 rio ; porque elle ufou da faculdade , que  
 lhe dá a lei , e quem usa do feu direito a  
 ninguem prejudica como já diffemos (1).  
 Tambem se acontecer que o comprador  
 seja do defagrado do senhorio, huma vez  
 que elle seja capaz para receber a enfyteu-  
 se , impute a si o não comprar ; pois  
 bem sabia , que o enfyteuta pela lei tinha  
 a liberdade de vender , a quem quizesse,  
 e devia entender , que fazia injuria ao  
 mesmo enfyteuta em pertender , que elle  
 vendesse a essa pessoa, que era do feu agra-  
 do ; porque não póde contemplar com o  
 direito da opção a pessoa alguma , nem a  
 lei lhe da outro meio de prevenção , que  
 o de comprar para si não havendo ajuste,  
 como já disse. Isto será sufficiente para  
 mostrar , que a These he verdadeira , e  
 que se defendeo com justa razão , não  
 obstante a authoridade , e respeito , que  
 se deve aos nossos Escriitores.

T H E S. II.

I **D** E pois de se dizer nesta The-  
 se , que o enfyteuta não  
 pode doar , nem dotar o prazo de no-  
 meação , o A. por ter escrito o contra-  
 rio (2) tornou em suas cartas a chamar

nelo

(1) D. l. 151. e 155. §. D. de R. J.

(2) Comp. §. 47. n. a.



pela authoridade dos nossos-Escritores , e cita Valasco , Caldas , Pinheiro , e Molina , e diz que só Gama segue a opiniaõ , que se propoz nas Theses. (1) Valasco na questãõ 18. n. 27. tratou a questãõ , se por morte do enfy-tenta passa a posse do prazo para seus filhos , ou herdeiros , quando os filhos , netos , ou herdeiros saõ chamados no mesmo prazo , questãõ que já entre nós está decidida em toda a qualidade de prazos (2) , no numero 28. citado pelo A. trata a questãõ , se a pessoa , que foi nomeada a) prazo , ou aquelle , para quem por força de algum contracto o prazo se traspassou , precisa da licença do senhorio para tomar posse , e diz que se não pratica neste Reino pedir esta licença ; porem a respeito da questãõ se se pode doar , ou dotar sem licença do senhorio o prazo de nomeação , não diz huma palavra , nem por elle dizer , que se não praticava pedir licença para se tomar posse dos prazos , se pode dizer , que elle seguiu-se , que não era preciso licença para se doar , ou dotar , porque saõ questões muito dif-

(1) Cart. pag. 67. para 68. (2) Veja-se o assento de 16 de Fevereiro de 1786. , e a lei de 9. de Novembro de 1754. (2)



ferentes á da necessidade da licença para tomar posse, e da necessidade da licença para doar, ou dotar. Caldas de Extinctione cap. 10. n. 54., e no cap. 21. n. 9. citados tambem pelo A. affirma que os enfyteutas não precisaõ de pedir licença aos senhorios para poderem passar a posse da enfyteuse para o nomeado, e diz que fora o Gama, quem tirara esta pratica, e sómente no dito cap. 21. n. 9. falla a respeito da nossa questãõ propriamente, aonde ensina que se o enfyteuta, doando, ou dotando o prazo, disser que nomea, e dota, não he necessaria a licença de senhorio; porrem que he necessaria se o enfyteuta doar, ou dotar sem nomear juntamente, o que affirma tambem de Extinctione cap. 10. n. 18. Pinheiro porque o mesmo Caldas tinha dito, que para qualquer se julgar nomeado á enfyteuse, era sufficiente, que ella lhe fosse dada por aquelle que tinha a faculdade de nomear (1), argumenta contra Caldas; e segue que o prazo de nomeação se pode bem doar, ou dotar sem licendo senhorio. (2) Donde de todos os nossos Escritores, que o A. cita, somente

(1) Denomitat. q.1.n.8. (2) Disput.4. f. 7. n. 130. e seg.



mente Pinheiro foi da sua opiniaõ; pore como este foi hum Professor de Theologia, naõ parece, que he na sua opiniaõ, que nós devemos descancar; pois assim como de hum Jurisconsulto se naõ pode esperar muito em Theologia, tambem de hum Theologo se naõ deve esperar muito em Jurisprudenci.

2. A Ord. trata desta materia no livro quarto t. 38., e no principio diz deste maneira. » O foreiro, que traz her-  
 » dade, caza, vinha, ou outra qual-  
 » quer possessaõ afforada para sempre,  
 » ou para certas pessoas, naõ poderá  
 » vender, escambar, dar, nem alhear  
 » a cousa afforada sem consentimento  
 » do senhorio. » E fallando a respeito  
 » do laudemio. » E no caso, que  
 » a quizer doar, ou dotar, naõ lhe  
 » pagará a quarentena; mas toda via  
 » lho fará saber. » No §. 1. declara  
 nulla toda a venda, escambo, doação,  
 ou outro qualquer meio da alhear fei-  
 to sem consentimento do senhorio. No  
 §. 2. fallando dos prazos de vidas pa-  
 ra estabelecer a regra, que o foreiro  
 vendedor se deve contar como vida no  
 prazo, em quanto for vivo, diz deste  
 modo: » e quando a cousa foreira for  
 » vendida, escambada, ou por outra  
 ma-



„ maneira alheada , por authoridade do  
 „ senhorio. „ Do que nós vemos , que  
 a Ord. estabelece não só huma regra  
 geral a respeito de todas as aliena-  
 ções dos prazos ; mas tambem que fal-  
 la especialmente das doações , e dotes ,  
 e em todas requer consentimento do  
 senhorio. Esta regra geral , que a Ord.  
 faz sem excepção , era sufficiente para  
 se não deverem exceptuar os prazos de  
 nomeação ; porque se não deve fazer  
 excepção , aonde a lei a não faz : po-  
 rem das mesmas palavras da Ord. se  
 conhece manifestamente , que nos pra-  
 zos de nomeação se quer o consen-  
 timento do senhorio para a validade  
 da doação , e dote. Porque no dito  
 principio da Ord. nas mesmas palavras ,  
 que ficam trasladadas , se acha a ex-  
 pressão : *ou para certas pessoas* , na  
 qual se mostra que a lei comprehende  
 debaixo daquella regra geral os prazos  
 de vidas ; e como estes entre nós tanto  
 são sempre de nomeação , que no Af-  
 sento de 13. de Fevereiro de 1768. se  
 chamaõ aos prazos de nomeação pra-  
 zos de vidas , pelas ditas palavras da  
 lei fica evidente que he necessario o  
 consentimento do senhorio para ser va-  
 lida a doação , e dote nos prazos d<sup>e</sup>

S

no<sup>e</sup>



nomeação. Mais claramente ainda se vê o mesmo no §. 2. e 3. do mesmo titulo ; porque no §. 2. contempla a lei a necessidade de consentimento do senhorio expressamente para as doações , e outro qualquer titulo de alienar , e no §. 3. , fallando dos prazos de vidas , e nomeação , diz , que aquelle que comprou o prazo , o poderá vender , e traspassar para outrem com licença do senhorio : e como a palavra *traspassar* comprehende tambem o dote , e a doação , fica manifesto , que segundo a Ord. não he exceptuada a doação , e o dote da regra geral , que manda pedir consentimento ao senhorio para as alienações dos prazos. Da natureza dos prazos de nomeação tambem se deduz , que elles não podem ser exceptuados daquelle regra da lei ; mas para que isto melhor se conheça eu a contemplo , quanto necessario he para esta questão.

3. Prazo de nomeação se diz aquelle , em que o senhorio dá o dominio util não só ao enfyteuta ; mas tambem depois da sua morte áquelle , que o mesmo enfyteuta nomear para nelle lhe succeder. Esta faculdade de nomear , ou escolher o successor para a enfyteuse chama-se nomeação , como tambem ao acto,

por-



porque esta escolha se faz. Quem dá a enfyteuse ao escolhido para fuceffor he o senhorio , e o enfyteuta não faz mais que designar , e declarar a pessoa , em quem se ha de verificar aquella docação , que elle fez. Como pois o enfyteuta não faz mais que designar , e fazer certa a pessoa , a quem o senhorio deu o prazo , da natureza da faculdade de nomear he , que feita a nomeação , ou escolha pelo enfyteuta , ella se não possa repetir : porém como nas disposições testamentarias a ultima he a que vale , á maneira das ultimas vontades se admittio , que huma vez que na faculdade de nomear o senhorio fizesse menção da morte , o enfyteuta podesse nomear quantas vezes quizesse , e que só a ultima nomeação fosse a effectiva : (1) e daqui nasceo o dividir-se a nomeação dos prazos em nomeação *inter vivos* , e nomeação com menção da morte. Nesta , como a ultima nomeação he só a que tem effeito , o nomeado não tem esperanza , nem direito algum a succeder na enfyteuse , se não se o enfyteuta morrer sem fazer outra nomeação ; porque o enfyteuta póde fazer

S ii

quan-

---

(1) Ord. liv: 4. t. 37. Pr. 1.º (1)



quantas quizer , e só a ultima he a que vale , como disse : na nomeação *inter vivos* o nomeado tem certo o direito de succeder ; porque o enfyteuta , em quanto elle vivo for , não póde fazer outta nomeação , nem revogar esta (1) : mas como este direito , que tem o nomeado , não he senão o de succeder na enfyteuse por morte do enfyteuta , se morrer antes do mesmo enfyteuta , póde este nomear outro , para se verificar a dita doação do senhorio. (2)

4. Disto que fica dito se mostra , que a nomeação em relação ao enfyteuta não he modo de transferir , e alienar a enfyteuse ; porque este não faz , se não escolher a pessoa , a quem o senhorio a dá , e do senhorio he que o nomeado a recebe , e até d'elle recebe a mesma esperança , que tem de succeder no prazo de nomeação *inter vivos*. Por quanto todo o seu effeito , e força nasce da promessa , que o senhorio tem feito no contracto , de lhe dar a enfyteuse por morte do enfyteuta , e não nasce da promessa do enfyteuta nomeante ; pois que este nada lhe promette ; mas sim o se-  
nho-

---

(1) D, Ord. §. 7. (2) D, Ord. §. 5. (1)



rio. O effeito, que nos prazos de nomeação, tem a escolha, ou nomeação, que o enfyteuta faz, mostra igualmente isto: porque o enfyteuta, depois de nomear o prazo de nomeação *inter vivos*, não póde revogar esta nomeação; ainda que o nomeado não saiba, que ella se fez, nem ainda tenha aceitado a mesma nomeação (1): porém, se o enfyteuta, quando nomea, promette-se, e esta esperança do nomeado nasce da sua promessa, o mesmo a poderia revogar, em quanto a nomeação não fosse aceita pelo nomeado; pois a promessa se póde revogar, em quanto não he aceita por aquelle, a quem se fez. O senhorio he verdade, que não póde tambem revogar esta promessa ainda antes de ser aceita pelo nomeado; porém isto he; porque a promessa, que elle fez ao nomeado, foi aceita pelo enfyteuta no contracto, o qual podia fazer esta estipulação, e aceitar a promessa, pois cada hum póde pedir, e aceitar para os seus successores e para os mais, tendo nisto interesse, e o enfyteuta o tem em ter o poder de nomear, quem ha de succeder na enfy-

---

(1) Ord. liv. 4. t. 37. §. 2. inf.



fytuese. (1) Ultimamente, que a nomeação não he modo de transferir a enfyteuse em relação ao enfyteuta, se deduz tambem da Ord. (2), por isso que ella manda, que o nomeado não seja obrigado a conferir a enfyteuse; pois os filhos devem conferir, e trazer á collação tudo, que o pai lhes ha dado. (3)

5. Confessaõ isto mesmo, os que dizem que o nomeado não recebe a enfyteuse do nomeante; mas sim do senhorio: porque se a nomeação fosse modo, e titulo de alienar, e de transferir em relação ao enfyteuta, o nomeado receberia d'elle a enfyteuse, e não do senhorio; pois em todas as alienações, o que aceita a cousa, recebe-a daquelle, que a aliena. Confessaõ os mesmos isto tambem, quando dizem que o enfyteuta nomeante não pôde onerar o nomeado, nem directa, nem indirectamente sobre a enfyteuse, e que o nomeado pôde abster-se da herança do nomeante, e repudialla; (4) porque se o

no-

(1) Arg. l. 17. §. 4. l. 33. D. de Pañt.

(2) Liv. 4. t. 97. §. 22. (3) Isto se deduz do que a Ord. manda por todo o d. t. 97.

(4) V. o comp. do A. §. 72. 4. e §. 79. 1. 3.



nomeante alienasse a enfyteuse, e a nomeação fosse para elle modo de alienar, poderia impôr os encargos, que quizesse ao nomeado; pois quem transfere pôde dizer o modo, e clausulas, com que transfere. Por tanto devem dizer, que a nomeação não he modo de alienar, e transferir em relação ao enfyteuta, nem *inter vivos*, nem para depois da morte; e que elle ainda depois de nomear fica senhor da enfyteuse: pois o nomeado não tem outro direito por virtude da nomeação, mesmo quando ella se não pôde revogar, senão o de succeder ao nomeante na enfyteuse depois da sua morte, e até se o nomeado morrer antes do nomeante, este pôde fazer nova nomeação, como temos visto.

6. Donde voltando outra vez para a nossa questão, já será evidente, que a doação, e dote do prazo de nomeação se não podem fazer sem licença do senhorio. Por quanto aindaque no contracto enfyteutico o senhorio deu ao enfyteuta a faculdade de nomear, com tudo daqui não se pôde deduzir, que lhe desse a faculdade de doar, e dotar sem sua licença: porque a doação, e dote são modos de alienar, e transferir



rir em relação ao enfyteuta: e elle, doando, ou dotando, aliena o prazo ao doado, ou doado, e o senhorio pela faculdade, e licença, que deu ao enfyteuta de nomear o prazo, não lhe deu licença para o alienar, e transferir; pois como temos visto, a nomeação não he modo de alienar em relação ao enfyteuta, nem *inter vivos*, nem para depois da morte; e sem licença do senhorio não se póde fazer alienação voluntaria alguma, como ninguem póde negar. A mim não me deve importar o que escreveo Pinheiro: porém como o A. diz que a sua doutrina he a que se deve seguir, devo dizer que elle mesmo resolve com todo o apparatus, que concedida a licença pelo senhorio para fazer huma especie de alienação, se não póde fazer sem outra licença huma alienação de outra especie (1): por tanto ainda que se lhe representou, que a nomeação era modo de alienar em relação ao enfyteuta, devia tambem dizer que não obstante a licença, que o senhorio dá de nomear ao enfyteuta, era necessaria outra licença do senhorio para

---

(1) Disp. 4. sect. 8. n. 178. 180.



para elle doar, ou dotar o prazo; pois o doar, e dotar são cousas diferentes de nomear, ainda na fallá hypothese, que a nomeação fosse modo de alienar a enfyteuse em relação ao enfyteuta. O A. também me parece que devia dizer o mesmo, ainda que lhe pareceo que a nomeação era modo de transferir, e alienar em relação ao enfyteuta; pois elle diz que, dando o senhorio licença para huma cousa, se não segue que a dê para a outra, como vimos na These antecedente, e elle não poderá negar, que nomear, doar, e dotar são cousas diferentes entre si. Porém digaõ Pinheiro, e o A. o que quizerem, elles não poderaõ provar, que a nomeação he modo de transferir a enfyteuse respectivamente ao enfyteuta; pois para isto era-lhes necessario mostrar, que o enfyteuta nomeante he o que passa a enfyteuse para o nomeado, e que este delle a recebe, o que nunca se poderá mostrar: mas não obstante vejamos seus argumentos.

7. „ A lei (diz o A.) que faz necessaria a authoridade do senhorio nas  
 „ alienações dos prazos, não tem lugar  
 „ naquellas alienações, para que se deu  
 „ li-



„ licença ao enfyteuta no acto do affo-  
 „ ramento . . . supposto isto , como con-  
 „ cedido o prazo de nomeação o enfy-  
 „ teuta fica authorizado pelo senhorio  
 „ para poder transferir por via de no-  
 „ meação , não ha de ser necessaria no-  
 „ va authoridade delle para esta trans-  
 „ lação , havendo nelle sómente a ne-  
 „ cessidade de qualquer consentimento  
 „ para a venda , escambo , ou outra al-  
 „ guma alienação , que não seja , a que  
 „ se faz pela nomeação já authorizada  
 „ no afforamento. Por esta razão he ,  
 „ que fallando em todo o tit. 36. da  
 „ Ord. liv. 4. das nomeações dos pra-  
 „ zos , em nenhuma parte delle se diz ,  
 „ que para ella seja necessario o con-  
 „ sentimento do senhorio. ” (1) Não ha  
 duvida que o enfyteuta não necessita  
 do consentimento do senhorio para fa-  
 zer aquellas alienações , para as quaes  
 elle particularmente deu licença no con-  
 tracto do afforamento ; porque , estando  
 dada a licença não precisa outra vez  
 della : porém isto não tem applicação  
 alguma para esta questão. O senhorio  
 nos prazos de nomeação dá ao enfyteu-  
 ta

---

(1) P. 68.



ta a liberdade de nomear, ou escolher aquella pessoa, a quem o mesmo senhorio prometteo dar a enfyteuse depois da morte do enfyteuta : e como o enfyteuta não he, o que dá, e transfere a enfyteuse ao nomeado, nem este delle a recebe, mas sómente do senhorio; he evidente que dando este ao enfyteuta a liberdade de nomear, não lhe dá a faculdade de doar, ou transferir a enfyteuse : e assim elle, se a quizer alhear, ou transferir pelo titulo de dote, doação, ou outro qualquer, precisa de licença. O mais que o A. diz que concedido o prazo de nomeação, o enfyteuta fica autorizado pelo senhorio para poder transferir por via de nomeação, labora no supposto, de que a nomeação seja modo de transferir respectivamente ao enfyteuta, e que elle por via da nomeação transfere a enfyteuse: porém nós já vimos, que he falso isto; porque o enfyteuta só pela nomeação não transfere a enfyteuse ao nomeado, nem este delle a recebe. Tambem não ha duvida, que a citada Ord., fallando das nomeações dos prazos, não diz que o enfyteuta para nomear precisa de licença do senhorio; porém daqui nada se  
fe-



segue contra o que tenho dito ; pois ainda que o enfyteuta no prazo de nomeação tem licença para nomear sem nova licença do senhorio , não se póde daqui concluir que a tenha para transferir a enfyteuse , ou o traspasse seja feito por dote , doação , ou venda , ou por outro qualquer modo , e titulo de transferir , e alienar , como já mostrei. Em quanto ao silencio que a Ordenação guarda no dito t. 36. ( e no 37. ) em que falla das nomeações dos prazos , assim devia ser : porque não pertence isto para estes titulos , mas para o t. 38. do dito livro , do qual se vê que a licença do senhorio he necessaria para doar , ou dotar o prazo de nomeação , como já vimos.

8. Insta o A. desta maneira (1) :  
 „ Quando o prazo de nomeação se doa ,  
 „ ou dota , sempre se transfere por via  
 „ de nomeação. Isto se póde fazer  
 „ por hum de dous modos 1. *dizen-*  
 „ *do que se nomea o doado , ou dotado*  
 „ *em o prazo.* 2. *dizendo-te sómente,*  
 „ *que*

---

(1) P. 69.



„ que se doa , ou dota o prazo sem  
 „ se fazer menção da nomeação. No  
 „ 1. caso transfere o prazo por huma  
 „ nomeação expressa: no 2. por huma  
 „ nomeação tacita: bem visto, que a  
 „ doação, e dote em os prazos de no-  
 „ meação tem força de nomeação, não  
 „ havendo razão para ser necessaria a  
 „ escrupuloza formalidade da palavra  
 „ *nomeo*, que só requererá, quem qui-  
 „ zer introduzir o rigor das formulas  
 „ dos Romanos. Se pois quando se doa,  
 „ ou dota o prazo de nomeação, elle  
 „ se transfere sempre por via de no-  
 „ meação, e se nas translações se não  
 „ requer consentimento do senhorio,  
 „ fica evidente, que elle não ha de ser  
 „ necessario em a doação, e dote do  
 „ prazo de nomeação. „ Deste modo ar-  
 „ gumentou Pinheiro contra Caldas (1),  
 „ o qual tinha dito, que para qualquer  
 „ se julgar nomeado ao prazo, era suffi-  
 „ ciente que lhe fosse doado, ou dota-  
 „ do por aquelle, que tinha poder de o  
 „ nomear, e tambem, seguia que o en-  
 „ fyteuta não necessitava de licença do  
 „ senhorio para doar, ou dotar o prazo  
 „ de

---

(1) D. disp. 4. n. 130.



de nomeação, se dissesse, quando doasse, ou dotasse, *nomeo, e doto, ou dou, e nomeo.* (1)

9. Como Caldas responderia a Pigneiro não se póde saber; pois he morto ha muitos annos, nem tambem isso nos deve importar. Mas principiando pelas suas doutrinas na Ord. liv. 4. t. 38. §. 3. pr. se determina, que alienando o enfyteuta hum prazo dos de vidas (nos quaes se comprehendem os de nomeação) qualquer que fosse o modo, ficasse sempre contando-se, como vida no prazo, ainda que ficava sem direito algum nelle, e que aquelle, a quem o prazo se alienasse, fosse a segunda vida, ou terceira depois do alienante, se vivo fosse no tempo da sua morte, e se morresse primeiro, ou alienasse a enfyteuse, fosse este a quem a alienasse, ou em quem a nomeasse tacita, ou expressamente, a 2.<sup>a</sup> ou 3.<sup>a</sup> vida depois da morte do primeiro alienante. Esta regra foi estabelecida em beneficio assim dos

---

(1) De Nominat. q. 1. n. 8. De Extinct. 10. n. 35. De Potest. elig. 2. n. 33., e 4. n. 35.



senhorios, como dos mesmos enfyteutas: em beneficio dos senhorios; porque se aquelle, a quem o enfyteuta alienasse o prazo, ficasse sendo a mesma vida que o alienante, quando este fosse mais novo, se estenderia a duração desta vida, e o prazo mais tarde chegaria á devolução: em beneficio dos enfyteutas; porque se a vida que no prazo faz o alienante, se findasse, quando elle aliena o prazo, o enfyteuta que fosse terceira vida, não o poderia alienar; pois assim que o alienasse, elle se devolvia ao senhorio. Como pois por esta determinação da lei aquelle, a quem a enfyteuse se aliena, se vivo for no tempo da morte do enfyteuta alienante, ha de ser segunda vida, se elle for a primeira, ou terceira se elle for a segunda, não fallou impropriamente Caldas, quando disse, que o doado se julgava nomeado; porque como se fosse nomeado pelo enfyteuta, elle tambem ha de ser a segunda, ou terceira vida no prazo, se o doante, ou dotante for a primeira ou a segunda: porém daqui não se póde deduzir, como Pinheiro deduzio, que o prazo de nomeação se transfere por via de nomeação, quando se dota, ou  
doa;



doa ; porque como temos dito a nomeação respectivamente ao enfyteuta não he modo de transferir. A convenção do dote , e da doação são os títulos porque o enfyteuta transfere , e pôde transferir este prazo , quando o doa , ou dota , e estas convenções são , e sempre foram de per si títulos sufficientes de transferir , e alienar , e não necessitam para o serem da nomeação ; nem a faculdade de nomear he a causa porque o enfyteuta transfere o prazo , quando o doa , ou dota ; mas sim a faculdade de alienar , que os enfyteutas tem , a qual he commua a toda a qualidade de prazos , como se vê da Ord. liv. 4. tit. 38. , e sómente o enfyteuta a não tem , quando ella lhe he restricta no contracto. Nem se diga que o nomeante não pôde nomear segunda vez , quando além de nomear aliena mais algum direito : porque isto he confessar o mesmo , que tenho dito , que o direito , que o doado , ou dotado tem de ser senhor da enfyteuse , e de a poder alienar , e transferir para os seus herdeiros , e até de nomear o prazo , lhe provem da convenção do dote , ou doação , e não da nomeação.

10. Do mesmo §. 3. se observa que



aquelle, que houve do enfyteuta o prazo por venda, escambo, transacção, ou outro qualquer titulo, se pode dizer nomeado ao prazo, e que podemos dizer, assim como Caldas disse do dotado, e doado, que para qualquer se julgar nomeado ao prazo basta que lhe seja vendido, trocado, ou por outro qualquer titulo traspassado: porque segundo a determinação desta Ordenação todo aquelle, a quem o prazo de nomeação for alienado, seja o titulo qual for, ha de ser somente vida no prazo depois da morte do alienante, assim como o que he nomeado ao prazo: e portanto do mesmo modo que a venda, transacção, escambo &c. nos prazos de nomeação se não dizem modos de transferir por via de nomeação, tambem a doação, e dote se não devem dizer; pois huma, e outra convenção são, e sempre foraõ modos de transferir, como a venda, transacção, escambo, e os mais modos de alienar, nem a este respeito tiveraõ já mais differença entre si todas estas convenções, o que Pinheiro devia advertir. Finalmente, expondo ao modo, que a Pinheiro não havia de desagradar, para elle dizer, que o dote, e adoação são modos de



transferir per via de nomeação, havia elle de poder mostrar que eraõ verdadeiras estas duas proposições : 1. Nos prazos de nomeação, o dote, e doação são nomeação 2. Nos prazos de nomeação a nomeação he dote, e he doação : porém esta segunda he paradoxo evidente : pois o mesmo se deve dizer da primeira tomada no sentido que Pinheiro a tomou, e de que fallamos, porque he evidente que o dote, e doação he muito differente cousa da nomeação.

II. Conveuo pois com o Caldas em quanto diz que o dotado, ou doado, se pode dizer nomeado no sentido, que fica exposto : porém não devo fazer o mesmo, em quanto ao que diz, que o enfyteuta pode doar, ou dotar o prazo sem licença do senhorio, quando no ajuste diz, *doto, e nomeo*, ou *nomeo, e dou*. Porquanto não alienando elle a couza afforada, quando nomea o prazo, e não sendo a nomeação modo de transferir, e alienar o prazo respectivamente ao enfyteuta; mas sendo o dote, ou doação os titulos, porque o enfyteuta aliena a enfyteuse, naquelle ajuste, ou convenção he superflua, e desnecessaria a palavra *nomeo*, e não pode



de produzir ali algum effeito para o fim , que se faz o ajuste da doação , ou dote : porque o fim para que se faz esta convenção , he paraque o prazo passe do dotante para o dotado , ou do doador para o doado , e a palavra *nomeo* não pode produzir este effeito ; pois como fica tambem mostrado o enfyteuta nomeando o prazo não o transfere , nem o nomeado d'elle recebe a enfyteuse. E porque esta palavra não produz, nem pode produzir effeito algum para o fim de se transferir o prazo pelo dote, ou doação, he evidente que tambem não tem , nem pode ter o effeito de se transferir o prazo por via destas convenções sem licença do senhorio : pois só poderia produzir este effeito se o enfyteuta nomeando o prazo ( para o que tem licença do senhorio ) o transferisse ; porque só assim he que se podia dizer , que o senhorio , dando licença para nomear , dava licença para transferir , e alienar o prazo.

12. Pelo que fica dito a respeito do que disse Caldas , parece não seria necessario já responder particularmente ao argumento do A. , que fica trasladado , mas nem isto lhe deixarei de fazer. Tornem-se a ler suas palavras.



(1) A respeito do que diz que o prazo de nomeação se transfere por via de nomeação, já fica mostrado que Pinheiro se enganou em dizer isto mesmo, que o A. diz: porque o prazo, quando se doa, ou dota, transfere-se por via da convenção da doação, ou dote; e não por via da nomeação. Quando diz que o prazo se transfere por via de nomeação *por hum de dous modos*: 1. *dizendo-se que se nomea o deado, ou datado em prazo*: 2. *dizendo-se sómente que se doa, ou dota o prazo sem fazer menção da nomeação*, também não tem razão em dizer, que por qualquer destes dous modos o prazo se transfere por via de nomeação: porque em ambos elles o enfyteuta transfere o prazo, e aquelle para quem se transfere o recebe pelas convenções da doação, ou dote, e não pela nomeação; pois como fica dito, o que recebe o prazo por via de nomeação, recebe do senhorio, e não do enfyteuta, nem este pode impôr ao nomeado encargo algum; e he notorio que o enfyteuta, quando doa, ou dota o prazo de nomeação, pode impor os cargos



gos , que quizer , ao doado , ou dotado , e pode doar , ou dotar com as condições , que lhe parecer , do que Pinheiro se devia lembrar , quando argumentou contra Caldas , como o A. agora argumenta : em huma palavra dizer que a nomeação he hum modo de transferir respectivamente ao enfyteuta he hum paradoxo juridico , e dizer que nos prazos de nomeação a doação , e dote são modos de transferir por via de nomeação he outro paradoxo deduzido do antecedente. No que o mesmo A. diz , que quando se dõa , ou dota o prazo , he superfluo usar da palavra *nomeo* , que o dizer que a palavra *nomeo* he necessaria , he introduzir na nossa Jurisprudencia o rigor das formas dos Romanos , se o disse-se para dizer , que ella era superflua para o prazo se transferir ao doado , ou dotado , por ser sufficiente para isto , que o enfyteuta diga *dou* , ou *doto* , tinha muita razão ; porque o doado , ou dotado fomenta pela convenção do dote , ou da doação tem titulo sufficiente para ser senhor do mesmo modo , que aquelle a quem o prazo se transfere por qualquer dos outros titulos de alienar ,

pa-



para dizer tudo, o direito, que por via da nomeação o nomeado em de vir a ser senhor do prazo, se sobreviver ao nomeante inclue-se na convenção do dote, e da doação, e nos mais modos de transferir, assim como no mais se inclue o menos, e nestes termos he bem superfluo, e formulario o uso da palavra *nomeo*, quando o enfyteuta doa, ou dota, porque o direito, que pela nomeação vem ao nomeado he superfluo, a quem ja em vida do enfyteuta he senhor da enfyteuse, e a pode alienar, e tambem nomear a quem quizer, como da dita Ord. consta: porem dizer que a palavra *nomeo* he superflua, e formularia, porque o dote, e doação são modos de transferir por via de nomeação, he peor que nada dizer; porque a doação, e dote não são modos de transferir por via de nomeação no sentido, que Pinheiro disse, e diz o A., como já mostrei. Do que nos §§. antecedentes tenho dito se mostra bem, que aquellas palavras, com que o A. conclue seu argumento: *Se pois, quando se doa, ou dota o prazo de nomeação, elle se transfere sempre por via de nomeação, e se nas translações por via de nomeação se*



*se não requer o consentimento do senhorio, fica evidente que elle não ha de ser necessario em a doação e dote do prazo de nomeação, se devem mudar desta maneira: como pois quando se doa, ou dota o prazo de nomeação, elle nunca se transfere por via de nomeação, e se não ha translações em relação ao enfyteuta por via de nomeação, e em todas as translações, que faz o enfyteuta, he necessario o consentimento do senhorio segundo a Ord. liv. 4. tit. 38., fica evidente que elle ha de ser necessario na doação, e dote do prazo de nomeação.*

13 Continua o A. affirmando ainda, que o enfyteuta pode doar, e diz:  
 „ Se isto não fosse assim, que mais direitos teria o enfyteuta no prazo de nomeação, do que tem em os outros prazos? A faculdade de nomear, que lhe concede ha de dar-lhe algum direito particular: se o prazo não he de nomeação; para que o enfyteuta doe, ou dote, nada mais precisa, que da authoridade do senhorio Ord. l. 4.t. 38. pr.: supponha-mos que também se requer isto em o dote, e doação do prazo de nomeação, não tem  
 „ nef.



„ nestes prazos o enfyteuta authorida-  
 „ de nenhuma mais , e fica sendo fan-  
 „ tastica , e ideal a faculdade , que lhe  
 „ concedeo de nomear , o que se não  
 „ pode dizer „ Este argumento parece  
 fer huma amplificação , do que Pinhei-  
 ro disse a respeito da determinação da  
 Ord. liv. 4. t. 37. §. 1. naquellas pa-  
 lavras , que principiaõ *alioquin* : mas  
 elle labora no supposto, de que pela facul-  
 dade de nomear se concede ao enfyteuta a  
 faculdade de alienar , e que a nomeação  
 he modo de transferir respectivamente  
 ao enfyteuta , o que tenho mostrado ,  
 que he falso ; porque pela faculdade  
 de nomear não dá o senhorio outro di-  
 reito especial ao enfyteuta , senão a  
 faculdade de eleger successor , e nisto  
 he que consiste a differença deste pra-  
 zos aos mais : e como nestes o en-  
 fyteuta tem mais que nos outros a fa-  
 culdade de nomear , e escolher suc-  
 cessor , ficaõ conhecidos , quaes são os  
 direitos , que mais tem nos prazos de  
 nomeação *do que tem em os outros pra-  
 zos* , e respondido a pergunta , que o  
 A. faz no principio da sua instancia ,  
 E porque este direito de eleger succes-  
 sor , do qual o enfyteuta pode usar mes-  
 mo



mo em vida , sem ser preciso fazer o seu testamento ( o qual lhe he preciso fazer para escolher os seus herdeiros , quando os pode escolher á sua vontade ) não he tão pouco , fica evidente , que era melhor que o A. dissesse que não he fantástica , e ideal a faculdade, que lhe concedeo de nomear no contracto enfiteutico o senhorio, do que dizer o contrario que escreve na conclusãõ, que tirou da sua instancia. Pinheiro que foi destes sentimentos no dito lugar referido pelo mesmo A. , quando definiu a enfiteuse de nomeação , dizendo *Empiteusis nominationis est, quæ conceditur alicui cum potestate nominandi aliam, aut alias personas, quæ in ea succedant* (1), como os que escreverãõ antes d'elle tinhaõ bem deffinido , devia advertir que tinhaõ errado a definição , se os prazos de nomeação tivessem differença dos outros prazos em ter maior direito a respeito da alienação , e em poder dotar, e doar ; porque tinha ommittido esta differença essencial , que se

lhe

---

(1) Par. 2. de Emp. D. §. 3. n. 89.



Ihe representou : pois das regras da definição he que se não ommita a differença ultima , e particular da cousa definida. Tambem o A. escrevendo que a enfyteuse de nomeação he aquella , *qua emphyteutæ permittitur successorem eligere* (1) , parece que tambem se devia lembrar , que a sua definição ficava sem aquella differença essencial : e assim como elle , quando definio , achou que da Ord. liv. 4. t. 36. e 37. pr. , em que se expõe os direitos particulares dos prazos de nomeação , se não deduzia que o enfyteuta tivesse a faculdade de doar , ou dotar sem licença do senhorio , tambem agora devia reconhecer o mesmo. Em quanto a Ord. l. 4. t. 38. pr. , que o A. cita , eu já mostrei que neste titulo se prohibe doar , e dotar tambem os prazos de nomeação , e principalmente no §. ultimo , e penultimo he isto bem claro.

14. Diz tambem que por argumento negativo deduzira da Ord. liv. 4. t. 37. §. 2. , que o enfyteuta póde doar ,  
ou

---

(1) Elem. §. 16.



ou dotar sem licença do senhorio , (1) porque a Ord. neste lugar diz , que o enfyteuta , a quem foi dada a faculdade de nomear , sem se fazer menção da morte , não póde revogar a nomeação , que tiver feito , e não declara que elle deva pedir licença ao senhorio , para fazer a nomeação. Porém a mim me parece , que daqui se não póde deduzir argumento negativo algum para a questão , de que fallamos : porque não he no citado tit. 37. , mas sim no titulo 38. do dito livro 4. , que a Ordenação trata dos requisitos necessarios , para o enfyteuta poder doar , dotar , ou por qualquer outro modo alienar o prazo , e dos dous ultimos §§. deste titulo he evidente que he necessario o consentimento do senhorio para se doar . ou dotar o prazo de nomeação. Mas ainda que se podéra daqui tirar hum argumento negativo , o ser negativo seria sufficiente para ser futil (2) , e para por elle se não poder dizer , que não era necessario o dito consentimento. Tambem

---

(1) Na Cart. p. 70.

(2) V. a dissertação de Joaõ Baptista Thiers a respeito da insufficiencia do argumento negativo.



a Pinheiro se representou que se incluía a faculdade de doar, ou dotar sem licença do senhorio na determinação da dita Ordenação livro 4. tit. 37. §. 1., na qual se declara que se o enfyteuta, que tem a faculdade de nomear até á morte, transpassar em sua vida em outra pessoa a cousa afforada por titulo de dote, ou outro qualquer, ainda que reserve para si o usufructo, não possa revogar a nomeação: porém isto nem me parece digno de resposta; porque do mesmo §. 1. se conhece, que o effeito de a cousa afforada passar aquelle, para quem o enfyteuta a transpassou, não depende da validade da nomeação; mas sim da validade da doação, dote, venda, ou outro qualquer titulo, pelo qual o traspasse se fizer: e como a Ordenação aqui não declara o modo, porque este traspasse se ha, e deve fazer, deve-se observar a respeito d'elle, o que ella estabelece no liv. 4. t. 38.; pois neste lugar declarou o modo, porque os enfyteutas podem fazer as alienações, e transpasses da enfyteuse, e se de outro modo se fizer, será feito contra o que a lei diz. Emfim do mesmo §. se observa, que a razão, porque esta nomeação fica irrevogavel, he porque

pe-



pelo traspasse o nomeado fica senhor do prazo: e como isto não provém da faculdade que o enfyteuta tem de nomear, nem da nomeação, he certo que o enfyteuta para o fazer precisa de licença do senhorio, como temos dito. E isto será sufficiente para huma questão, que não tem sido formada mais, que pela autoridade destituida de principios.

### T H E S. III.

**E** Sta These affirma que se o prazo se vender em observancia do pacto de *retro vendendo*, se deve laudemio ao senhorio desta venda; e por isso mesmo se suppõe que da primeira venda se lhe deve tambem laudemio; porque devendo-se-lhe elle de huma, tambem se lhe deve da outra. Muitos tem seguido, que desta venda feita por virtude deste ajuste se não deve laudemio ao senhorio: não será necessario, que eu os numere, alguns delles se podem ver em Pinheiro (1), e nos que elle refere: porém diz Joaõ Voet, *eorum*

---

(1) P. 2. de Emphit. D. 4. sect. 5. §. 4. n. 55. 56.



*rum opinioni vix est, ut acquiescas.* (1)  
 As vendas que entre nós se chamaõ vendas a retro, fazem-se por muito diferentes modos: humas vezes se ajusta, que tornando o vendedor o mesmo preço, ou dentro de certo tempo, ou quando lhe parecer, fique a venda nulla, e de nenhum effeito: outras vezes se ajusta que o comprador tornará a vender a mesma cousa, ou ao vendedor, ou a hum terceiro, dando-se-lhe o mesmo preço dentro de certo tempo, ou quando o vendedor, ou o terceiro quizer; e tambem se fazem pelos diferentes modos, de que se lembrou Pinheiro (2). Porém eu sómente devo tratar da venda, que se faz da enfyteuse com ajuste de se tornar a vender, ou ao mesmo vendedor, ou a hum terceiro, dando-se o mesmo preço; porque na These sómente se falla deste ajuste, como se vê das palavras, que ella contém, *ex venditione (verum non est) vi patti de retro vendendo facta laudemium non deberi.* Ninguem duvida, que de todas as vendas se deve laudemio ao senhorio, naõ comprando elle em virtude

---

(1) Com. ad Pand. l. 6. t. 3. n. 31.

(2) D. n. 55. 56.



de do direito de optar , ou a venda seja necessaria , ou voluntaria segundo se declara na Ord. liv. 3. t. 93. §. 3. e liv. 4. t. 38. pr : por tanto a questão , de que tratamos , vem a ser , se quando no contracto da venda se ajunta o ajuste de se tornar a vender , tem o senhorio laudemio desta venda , que se faz em virtude deste ajuste , ou se ella he exceptuada daquella regra.

2. O A. parecendo-lhe primeiro , que havia segunda venda , disse que se não devia laudemio ao senhorio ; porque elle nesta segunda venda não tem o direito de optar : a isto acrescentou , que esta segunda venda era parte do primeiro contracto , e que assim o senhorio não devia levar laudemio , por não levar dous laudemios de hum contracto : porém depois tornou-lhe a parecer que não havia nova venda ; mas que havia huma resolução da primeira : pelo que não se póde bem saber , qual he a verdadeira razão , porque elle não quer , que se pague segundo laudemio ; pois não se sabe , se elle segue , que ha segunda venda , nem se não. Pinelo , Fragozo , e outros referidos pelo dito Pinheiro disserão que havia huma segunda venda ; mas que se não devia laudemio ,



mio, porque não era voluntaria: porém já o mesmo Pinheiro respondeo a isto, e disse que ainda que o comprador era obrigado a tornar a vender; com tudo, que esta necessidade fora no seu principio voluntaria por nascer do ajuste, que foi feito voluntariamente: e eu digo, que da venda necessaria tambem se deve laudemio segundo fica dito. Pinheiro depois disto accrescentou, que a razão, porque se não devia o laudemio era, porque não havia novo contracto, nem nova venda, quando o comprador satisfazia ao pacto; mas que tão sómente havia huma resolução da primeira: porém a esta razão tambem já respondeo João Voet (1), e disse que se nós consideramos o contracto de maneira, que a enfyteuse se haja como se pelo vendedor não tivera sido vendida, quando o comprador satisfaz ao ajuste, então devemos dizer que nem da primeira venda se deve laudemio, e com razão: porque em similhante hypothese a perfeição da venda dependeria de se não satisfazer ao ajuste, que se ajuntou ao contracto, pois seria como venda condicional, a qual não he venda, se se não veri-

---

(1) D. n. 31.



verifica a condicão. Porém como todos os que seguem , que se não deve este segundo laudemio , dizem com o mesmo Pinheiro , que se deve o primeiro laudemio , tambem devem dizer que o primeiro contracto senão resolve , e que não he a maneira de condicional. Isto que disse João Voet , parece ter sido o necessario para se conhecer , que a venda , que se faz em virtude do pacto de se vender segunda vez , não he resolução da primeira , e os termos , em que se propõe a mesma questão , tambem deviaõ fazer lembrar que a segunda venda contém , como a primeira , hum verdadeiro contracto : porque ainda que se supponha , que o pacto , em que se ajusta a segunda venda , he o mesmimo contracto da segunda venda , mesmo assim se verifica haverem dous contractos. Mas não obstante confessar-se isto , quando se propõe a mesma questão , já que as circumstancias occorrentes me obrigaõ , tentarei explicar huma cousa , que os Romanos julgaraõ tao evidente , que assentaraõ , que em dizer *venditio cum pacto de retro vendendo* se tinhaõ explicado de maneira , que a ninguem entre elles havia de lembrar , que havia aqui hum só contracto , e huma unica con-



venção, ou que a primeira venda se desfazia, e ficava sendo nenhuma, verificando-se a segunda.

3 Quando se faz a venda *de retro vendendo*, os contrahentes ajustão duas cousas differentes entre si: a saber o vendedor obriga-se a entregar a cousa pelo preço, que o comprador lhe offerece, e este promete fazer a mesma obrigação ao mesmo vendedor, que elle lhe tem feito: a primeira obrigação he pura; porque o vendedor não faz depender a sua obrigação de circumstancia, ou cousa alguma: a segunda he huma obrigação condicional; pois o comprador não promete fazer a dita obrigação, senão se o vendedor entregar o preço, e desta circumstancia faz depender a sua obrigação. Esta obrigação, porque o seu objecto, ou cousa, sobre que se versa, he huma convenção, ou obrigação que se promete fazer, chamarão-lhe os Romanos pacto: áquella pelo contrario lhe chamarão contracto por ser o seu objecto o entregar a cousa por certo preço. A differença que entre as convenções estabeleceraõ os Romanos, chamando a humas pactos, e a outras contractos, extinguiu-se em quanto aos differentes effeitos, que produzião; pois todas hoje pro-



produzem o mesmo ; mas não se extinguiu a differença que as convenções tem entre si na razão de seus objectos , e quantas são as cousas , sobre que as partes convém , quantas são hoje mesmo as convenções , e os ajustes , como mostra a mesma definição da convenção. Por tanto devemos dizer , que nesta venda a retro , de que tratamos , ha duas convenções : pois nós temos visto , que os contrahentes se ajustão não só sobre diferentes cousas ; mas tambem que se obrigão de diferentes modos : e igualmente devemos dizer que cada huma destas convenções subsiste de per si , e não depende huma da outra para produzirem effeito , e terem a sua respectiva validade. Julgando-se no seu vigor a differença , que os Romanos fazião dos pactos aos contractos , não ha duvida , que parece , que o pacto de tornar a vender he huma parte do contracto da venda a que se ajuntou , e ainda mais faz parecer isto aquelle principio , que agradou a seus Juris-cunsultos , e que Ulpiano refere nestas lavras : *quod emptioni accedit , partem esse venditionis prudentibus visum est.*

(1) Porém os mesmos Romanos tanto co-

U ii

nhe-

---

(1) L. 31. §. f. D. de Aedilitio edicto.



nhecião que aqui havião duas convenções distinctas entre si, que até pelos nomes as distinguirão; pois a hũa lhe chamavão contracto, e a outra pacto, como já disse; e sómente por mitigar o rigor do direito Civil, que não reconhecia os pactos, he que reputavão este pacto parte do contracto, como fizerão a todos os pactos dos adjectos aos contractos de boa fé, para poderem produzir acção, e não era, porque julgassem que não havia duas convenções; pois além de as differencarem por seus nomes, elles não lhes negarão a força, que cada duma dellas por direito Natural tinha: porque respectivamente a este direito reconhecião, que cada convenção presistia de per si. (1) Que elles pensarão desta maneira, observa-se nos pactos adjectos aos contractos *stricti juris*: porque se elles julgassem que os pactos adjectos não eraõ convenções distinctas dos contractos, dirião que os pactos adjectos aos contracto *stricti juris* tinhaõ o mesmo effeito que os contractos: porque julgando elles que

a

---

(1) Heinec. Recit. in Elem. jur. sec. Ord. Inst. §. 774.



a convenção adjecta fazia hum mesmo contracto com aquelle, a que se ajuntasse, não haviaõ de dividir o contracto *stricti juris*, quando se lhe ajuntasse huma convenção, e dar hum effeito a huma parte, e outro a outra. Como pois os Romanos, não obstante aquella causa que tiveraõ, se não deixaraõ enganar, muito mais o devemos nós fazer, e devemos reconhecer, que na venda, que se faz com o pacto de *retro vendendo*, ha duas convenções distinctas entre si, e com validade igual; porque já não recohecemos differença entre pacto, e contracto, em quanto á sua força.

4. Não será necessario que eu mostre, que a convenção de tornar a vender não he a mesma venda, que faz o comprador ao vendedor; porque isto mesmo se diz, quando se diz pacto de tornar a vender, nem tambem que a venda, que faz o comprador, se faz tacitamente, quando elle acceita outra vez o preço; pois tambem isto he manifesto, e não he agora necessario para se mostrar que na venda com o pacto de *retro vendendo* não ha huma só convenção, ou contracto: por quanto eu já mostrei, que o pacto de tornar a vender he huma convenção separada na venda, que faz o ven-



vendedor ; e ainda que elle fora a mesma venda , que faz o comprador , não deixaria de ficar sendo sempre convenção distincta : por tanto ainda em semelhante hypothese nós teriamos , que na venda que se faz em virtude do pacto de *retro vendendo* , ha dous contractos de venda distinctos entre si. A'lem do que tinha dito , a mudança de pessoas mostra , que verdadeiramente ha duas vendas ; porque o comprador passa a ser vendedor : e igualmente a necessidade de se verificar , e consummar a primeira venda , para chegar o tempo de poder principiar a segunda , indica o mesmo ; pois de outro modo o vendedor não pôde ser comprador. Tambem se consideramos , que o comprador se obrigou a vender a hum terceiro , ainda mais se manifesta isto : porque neste caso he evidente que ha huma segunda venda : e como o comprador taõ senhor fica da cousa , quando se obriga a vender a hum terceiro , como quando se obriga a vender ao mesmo vendedor , assim como naquelle caso ha duas vendas , tambem neste.

5. O que temos dito para mostrar , que quando o comprador satisfaz ao pacto de *retro vendendo* faz huma verdadeira-

dei-



deira venda , julgo será sufficiente para se conhecer que a primeira venda se não dissolve : porque na segunda o comprador faz huma verdadeira alienação : e como para elle poder alienar , he necessario que não só se verifique a primeira venda ; mas que tambem se tenha consummado , he evidente que a primeira fica sempre effectiva. A'lem disto , não se póde fazer que a venda fique dissolvida , e não feita depois de entregue o preço , ou a cousa (1) , e como o comprador , quando satisfaz ao pacto de *retro vendendo* , já isto se tem feito ( porque o vendedor lhe tem entregado o preço da primeira venda que elle lhe tinha entregado ) he sem duvida que a primeira venda se não dissolve , e não fica , como se nunca a houvera ; e que a segunda venda he hum verdadeiro acto , e venda , como o primeiro. (2) Tambem já não será necessario mostrar que desta segunda venda se deve laudemio ao senhorio : porque tendo-se mostrado que o comprador verdadeiramente vende , e aliena , quando torna a entregar a cousa ao vendedor , e que faz huma

alie-

---

(1) L. 2. D. de Rescind. vend.

(2) V. l. 1. Cod. Quand, licet. ab empt.



alienação onerosa , para se dizer que se não deve laudemio ao senhorio , he necessario mostrar huma lei que faça excepção áquella , que manda pagar laudemio ao senhorio por todas as vendas , que se fizerem da enfyteuse : porém esta lei ainda até agora se não publicou. Quando no contracto se ajustou que o comprador vendesse a hum terceiro , todos confessão que se deve este laudemio : e como o comprador tanto vende , e aliena , quando vende a hum terceiro , como quando vende ao vendedor , como já dissemos , tambem devem confessar que tambem se deve , quando a venda he feita ao mesmo vendedor. Se o pacto de *vendendo* não he adjecto ao contracto , ainda que elle seja feito com consentimento do senhorio , ninguem nega que se lhe deva o laudemio : mas como os effeitos dos pactos adjectos , e não adjectos são hoje iguaes , tambem não devem negar que se lhe deva , quando a venda se faz por virtude do pacto adjecto.

6. Alguns tem dito que se não deve este laudemio , porque o senhorio dá o seu consentimento em hum mesmo acto: porém a isto já respondeo Joaõ Voet,

e



(1) e disse , que ainda que elle dá o consentimento em hum mesmo acto , com tudo não o dá para huma só alienação ; mas para duas , que se haõ de fazer em diversos tempos , e que assim como consente em duas alienações tambem faz duas aquisições , e que a ellas refere o seu consentimento , assim como aquelle que estipula muitas cousas ao mesmo tempo , o qual faz tantas aquisições , quantas saõ as cousas que estipula. (2) E eu digo mais que o senhorio dá licença de vender a dous enfyteutas diferentes : a saber ao vendedor , e ao comprador , o qual ha de ser enfyteuta no tempo , em que ha de fazer a venda , para que o senhorio lhe dá licença : e como cada enfyteuta deve pagar , quando vende , laudemio ao senhorio , tambem o comprador o deve pagar , quando vender ao vendedor ; porque entaõ ha de ser enfyteuta , e a lei não exceptua qualidade alguma de enfyteutas , e não o póde exceptuar o ser elle obrigado a vender , como já dissemos , e confessa o mesmo Pinheiro.

6 O

---

(1) D. n. 31. (2) §. 18. inst. de Inutil. stipulat.



7. O A. para provar que desta venda se não deve laudemio , recorreo primeiramente a huma regra , que formou desta maneira:» o laudemio paga-se ao senhorio pelo consentimento, que elle dá » á alienação, que podia impedir usando » do direito da opção. » Para demonstrar esta sua regra recorre a varios lugares da Ord. , em que se manda pagar laudemio , nos quaes se vê que o senhorio podia usar do direito de optar , e depois faz fazer huma excepção á sua regra a Ord. do l. 1. t. 62. §. 48. , que reconhece revogada: porém parece lhe esqueceo , que segundo as leis de 4. de Julho de 1768 , e de 12 de Maio 1769 se paga laudemio ás Igrejas , e todos os Corpos de mão morta , e mais estes Corpos não tem o direito de optar , e sómente tem o direito de optar os individuos das Corporações Ecclesiasticas do Clero secular; mas as mesmas Corporações, que são as que dão o consentimento, não o podem fazer. Tambem o senhorio , quando quer optar , e não paga o preço dentro dos trinta dias , perde a opção , e porque a perde não póde ceder della , e mais com tudo deve-se lhe laudemio. Pelo que será isto sufficiente , para que a regra do A. não fiscal-



casse por elle demonstrada, nem em virtude della se possa dizer, que na venda feita em consequencia do pacto de *retro vendendo*, se não deve pagar laudemio. He verdade que o senhorio não tem nesta venda o direito de optar; mas he porque cedeo delle por approvar o pacto de se tornar a vender, que se ajuntou ao contracto da venda, que elle approvou, e por isso não perde o seu laudemio. Observasse isto bem, quando a venda he feita por hum pacto de *vendendo* feito posteriormente ao contracto, e com consentimento do senhorio, em cujo caso o senhorio tambem não póde optar por ter cedido da opção, e com tudo todos confessão que se lhe deve laudemio. E assim não se póde dizer, como diz o A., que ao senhorio falta o fundamento para pedir o laudemio da venda feita em observancia deste pacto.

8. Diz mais o A., que a segunda venda he parte do primeiro contracto, de que o senhorio já recebeu laudemio, e que assim se lhe não deve pagar outro para não receber dous do mesmo contracto: porém nós já mostramos, que aqui ha dous contractos, e até he hum impossivel haver duas vendas, e  
naõ



não haver dous contractos ; porque sempre foi , e he cada venda hum contracto. Acrescenta que o senhorio no primeiro contracto approvou a sua resolução , que se verifica na segunda venda : porém a isto , como disse , já respondeo João Voet que se se resolvesse o primeiro contracto , nem o primeiro laudemio se devia , e do que eu já disse se vê , que não só a primeira venda se não resolve , mas que para se verificar a segunda he preciso , que se verifique a primeira. Tambem ao que torna a dizer , respondendo ao que diz a These , em que se considera haver segunda venda , quando o comprador vender satisfazendo ao pacto de *retro vendendo* , que não ha segunda venda , mas huma resolução da primeira , (1) já fica respondido ; pois já mostramos , que ha segunda venda.

---

 THE-

(1) Pag. 75.



## T H E S E S

*Defendidas na Faculdade de Ca-  
nones.*

## § 6.

**H**E notorio ( diz este ) que a en-  
fyteuse secular se deve renovar,  
e não deve ficar com ella o senhorio;  
se ao contracto se ajuntar o pacto de  
renovação expressa, ou tacitamente, ou  
se na Provincia, ou districto, aonde se  
fizer o prazo, houver o costume de se  
fazerem os prazos deste modo: porém  
que a enfyteuse Ecclesiastica nunca deve  
ficar ao senhorio pela lei de 12 de Maio  
de 1769; porque deve ser renovada den-  
tro de anno e dia, Destas duas propo-  
sições deduz-se no mesmo §., que quem  
tiver o direito de renovação não o per-  
de, se a não pedir dentro de hum an-  
no, porque se a enfyteuse he Ecclesi-  
astica, o senhorio he, e não o en-  
fyteuta, o que tem a pena imposta pe-  
la lei ( a saber a da confiscação ) se não  
fizer a renovação della, e se a en-  
fyteuse he secular, a renovação que  
se



se deve não pôde prescrever; pois segundo as nossas leis nenhum direito, que provenha do pacto tacito, expresso, ou presumido, prescreve por hum anno.

T H E S. I. e II.

**Q**Uando o senhorio tem o direito de consolidar (o que se verifica nos prazos seculares) he constante entre todos que elle pôde fazer-se perpetuamente senhor da enfiteuse pela consolidação, quando a não deve renovar, e que esta obrigação de renovar provém de hum pacto expresso, tacito, ou presumido pelo costume do districto, ou Provincia, aonde se faz a enfiteuse, e tambem todos conhecem, quanto o costume de renovar se tem espalhado depois de Bartholo, que se pôde dizer que elle neste Reino he geral: por isso não será necessario que eu trate esta materia. Na dita lei de 11. de Maio de 1769. he expresso, que as Igrejas, e Corpos de mão morta, por não poderem consolidar hum com o outro dominio, são obrigados debaixo da pena de confiscação a fazer novas escrituras de emprazamento dentro de anno, e dia nos casos de



consolidaçãõ, e nós no §. 2. These 2. já dissemos, que nestes emprazamentos se não renovava a enfyteuse; mas que sómente se lhe renova o possuidor, e a obrigaçãõ de pagar os fóros, e laudemios, e tambem dissemos o effeito, que produzia nos prazos Ecclesiasticos o direito de renovaçãõ: e assim não será necessario que eu repita, o que fica dito, podemos passar a outra These.

### T H E S. III.

**A**inda que tem differente fim o direito de renovaçãõ nos prazos Ecclesiasticos, do que tem nos seculares, comtudo elle tem a mesma origem, e provém do pacto expresso, tacito, ou presumido adjecto ao contracto enfyteutico: e como a tem, o que se afirma nesta These, que o enfyteuta não perde o direito de renovaçãõ, se o não pedir dentro do anno, diz respeito a huns, e outros prazos; pois não ha lei, que nesta parte estabeleça differença alguma. Pinheiro *disp.* 7. n. 48. diz que a renovaçãõ se deve pedir dentro de hum anno depois da noticia da devoluçãõ, e neste lugar refere Gabriel Pereira, Fragozo, Caldas, Valasco referidos pelo



lo A. (1), e outros mais. Os fundamentos, de que todos estes se servem para provarem a sua opiniaõ, se reduzem a dous 1. o costume, 2. hum argumento, que deduzem do direito Feudal. Valasco confessa o costume; mas diz que este senão confirma por direito Civil algum, (2) Pinheiro responde, que basta, que elle diga, que he costume (3): mas eu digo que naõ he sufficiente isto; porque o costume neste caso naõ póde entre nós ter vigor de lei.

2. Na Ordenaçãõ l. 4. t. 79. se regulou o tempo, em que se devem pedir todos os direitos pelloaes, e se estabeleceo a regra, que se podessem pedir por espaço de trinta annos, e que passado este termo prescrevellem, e os perdesse, quem os tivesse. A esta regra faz a Ordenaçãõ em lugares diversos varias excessões, e a respeito de diferentes cousas, que eu deixo de numerar porque são facéis de achar: porém como em nenhum delles, nem em lei alguma extravagante se acha o direito de renovação exceptuado daquella regra, he  
sem

---

(1) Cart. p. 77. (2) Q. 39. n. 16. (3) Disp. 7. n. 48.



sem duvida que o tempo de pedir a renovação está regulado por aquella lei ; porque he sem questão , que o direito de pedir a renovação he hum direito pessoal , e não real : e conseguintemente só o regulamento de se pedir dentro de hum anno , que o costume , que se allega , introduzio , se deveria observar , se o costume entre nós pudesse fazer huma excepção á lei ; pois de outra maneira ha de valer o regulamento , que a lei estabeleceo para se pedirem todos os direitos pessoases. Por direito Romano ainda que o costume possa fazer excepção á lei , comtudo entre nós já no tempo de Pinheiro segundo a Ord. l.3. t. 64. pr. se deveria dizer , que o costume não podia fazer excepção á lei ; porque esta Ordenação estabelecendo a regra de julgar , numera em primeiro lugar a lei , em segundo o estylo da Corte , e sómente em terceiro lugar o costume do Reino : do que bem se deduz , que a Ordenação manda , que em quanto houver lei , que regule , se não attenda ao costume. Mas deixando o tempo de Pinheiro , hoje não se póde duvidar , que o costume não possa fazer huma excepção a lei : por quanto a excepção limita a lei , e o que a limi-



ta he contra ella , e contra a lei não póde valler o costume , ainda que seja antiquissimo , segundo se declara na lei de 18. de Agosto de 1789. Pelo que he sem questão , que o costume , que se allega , não poderia fazer , que se não podesse pedir a renovação dos prazos passado o anno ; pois sómente este direito prescreve passados os trinta annos segundo o regulamento , que a dita Ordenação estabelece para todos os direitos pessoases.

3. Para autorizar o costume , que se allega , refere Caldas huma Resolução , que se fez a respeito dos prazos da Corôa em 1588. , na qual se decidio , que se devia pedir a renovação destes prazos dentro do anno. Porém esta mesma Resolução , faz huma sufficiente prova , que similante prescrição foi reprovada pela Ordenação ; porque a exclusão , que della se fez , mostra que na Ordenação de propozito se regeitou , e se não quiz que a dita regra tivesse esta excepção. Quanto mais , que ainda que nos prazos da Corôa houvera esta prescrição , daqui não se podia deduzir que ella se devia observar nos mais prazos tambem : porque a prescrição não se póde extender de hum pa-



para outro caso , e huma excepção da-  
quella regra tambem se não podia exten-  
der , nem os direitos dos bens da Co-  
rôa servem de argumento para os direi-  
tos dos particulares. O argumento , que  
Pinheiro , e os outros deduzem do di-  
reito Feudal , he insignificante : porque  
o direito Feudal nenhum uso tem entre  
nós , e foi já ha muitos annos extinc-  
to neste Reino , como he notorio. E ain-  
da que os feudos tiverão uso entre nós ,  
assim mesmo nada se provaria por este  
argumento : porque a excepção , que  
a regra das prescripções teria nos feu-  
dos , não podia extender-se para os pra-  
zos ; pois a excepção , que he hum  
corte da lei , não se estende de  
caso a caso. (1)

4. O A. pertendendo autorizar a-  
gora o dito costume diz (2), que elle  
he de mais de cem annos ; porque já  
tinha principiado antes de Valasco , Cal-  
das , Pinheiro &c. , que não he con-  
tra a lei ; porque nenhuma entre nós  
tem regulado o tempo , dentro do qual  
se póde pedir a renovação , e que he  
racionavel ; porque ( são suas palavras)

X ii

---

(1) L. 14. D. de il. (2) D. p. 77. para 78.



o enfyteuta não pode possuir a cousa alheia: logo deve cuidar, em que se lhe renove o afforamento dentro de hum espaço de tempo racional. Porém eu já mostrei que o costume, ainda que seja antiquissimo, não pode ter força de lei neste caso; porque nunca o costume pode limitar huma regra estabelecida por huma lei: e assim tanto importa, que principiasse antes dos ditos Escriitores, como posteriormente. Quanto mais, que o A. não prova, nem podia provar que elle tenha continuado; porque he notorio que similhante costume se não pratica, como os ditos Escriitores dizem; mas usa-se pedir a renovação ainda muito depois do anno. E no tempo de Pinheiro, pelo que elle mesmo diz, se mostra que se não praticava; porque he tal a turba de excepções, que elle põe desde o n. 49. até 60., que nos não deixa vêr, qual seria o caso, em que o enfyteuta perderia no seu tempo a enfyteuse, se a não pedisse dentro de hum anno. E ainda que não referira tantas excepções, era sufficiente aquella, que elle põe, de ser necessario que o senhorio declare, que não quer renovar, para a renovação se não poder pedir depois de hum anno: porque



que se ao senhorio era preciso declarar isto, havia de ser preciso que o fizesse saber ao enfyteuta legitimamente, e por modo que fizesse fé em juizo: mas como isto vem a ser o mesmo, que dizer que o senhorio tem obrigação de fazer citar o enfyteuta para que peça a renovação, vem esta excepção a transtornar a mesma regra, e até a pôr a obrigação de pedir a renovação ao mesmo senhorio. Porém seja, como o A. quizer: pois já fica dito, que este costume, ou seja antigo, praticasse-se, ou não, nunca pôde ter vigor algum; porque o costume não pôde limitar a lei. Em quanto ao que diz, que entre nós não ha lei, que regule o tempo de pedir a renovação, he contra a lei: por quanto a dita Ord. l. 4. t. 79., pondo a prescripção aos direitos pelloaes, regulou o tempo, em que todos se deviaõ pedir; porque a lei que estabelece a prescripção, não tem outro fim mais que regular o tempo, em que se devem pedir os direitos, que ella manda prescrever. Segundo as regras do direito Natural qualquer pode pedir, o que lhe parecer, a todo o tempo que quizer, e o direito Civil, pervenindo as defordens, que no



Foro poderiaõ acontecer, permanecendo  
 esta liberdade , para conservar o socego  
 publico regulou o tempo , até quan-  
 do cada hum podia usar deste direito :  
 e achando que era negligente aquelle ,  
 que se não aproveitava deste regula-  
 mento , em pena da sua negligencia lhe  
 fez perder o direito , que tinha , não  
 o pedindo dentro do tempo determi-  
 nado , o que bem mostra que o tem-  
 po de pedir a renovação está regulado  
 pela dita Ord. Alem do que , na mes-  
 ma Ord. não se falla em venda , doa-  
 ção , transacção , mutuo , e outras mui-  
 tas convenções , que se costumão , e  
 podem fazer , e com tudo seria hum  
 paradoxo o dizer , que o tempo de pe-  
 dir aquillo , que por qualquer destas  
 convenções se deve , não está regulado  
 por esta lei : logo parece que devemos  
 dizer o mesmo a respeito do direito ,  
 que nasce do pacto de renovando. No  
 que diz , que o enfyteuta não pôde  
 possuir a cousa alhea , e que por isso  
 deve cuidar logo em pedir a renova-  
 ção do afforamento , segundo as regras  
 da Moral convenio nillo , e digo que  
 elle possuindo , e disfrutando a enfyteuse  
 está em peccado , se não pedir , logo  
 logo que poder , a renovação , e até digo  
 que



que não deve esperar o anno : mas as regras de direito Civil não são tão restrictas , nem a consequencia , que o A. deduz de o enfyteuta não poder possuir a cousa alhea , tem lugar por este direito ; porque ainda que por elle ninguem póde possuir a cousa alheia , tambem pelo mesmo direito não tem pena alguma se a não for entregar , e só a tem nos casos , que agora devo ommittir , pelo modo com que se apoderou della , e tambem ninguem pelo direito Civil perde o direito , que tem a respeito da cousa alhea , só porque a possua. Do que tudo se vê , que a razão , que nas Thezes se dá de não prescrever o direito da renovação dentro de hum anno , he sufficiente demonstractiva da proposição da mesma These ; porque depois do tempo de pedir os direitos pessoaes estar regulado por aquella Ord. , era necessario mostrar outra lei escrita , que estabelecesse esta excepção.

5. Em quanto aos prazos Ecclesiasticos diz o A. ao seu amigo „ V. m. „ ha de pasmar de vêr , que se pertende demonstrar não ser preciso pedir „ a renovação do prazo Ecclesiastico „ dentro do anno : *quia sub confiscatio-*



„ *tionis pena Dominus tenetur.* „  
 Porém se com effeito se verificou, o que elle agoura ao seu amigo, não deve ser isto imputado ás Thefes, nem ao seu A. ; porque na These se fez menção daquella pena de confiscação sómente para se dizer, que pelas nossas leis não está imposta a pena ao enfyteuta de perder o seu direito, se o não pedir dentro do anno, e se fez immediatamente a isto menção dos prazos seculares, para mais isto mesmo se declarar: se o A. lhe pareceo o contrario, impute-o ao receio, que teve de ouvir os Defendentes. Eu já disse que a pena de confiscação, que a lei impõe ás Igrejas, e Corpos de mão morta, se verifica, huma vez que elles se appossarem da enfyteuse nos casos de consolidação, e não quizerem dar hum novo enfyteuta á enfyteuse jacente, e que elles tem poder de escolher este novo enfyteuta sómente no caso, que alguem não tenha segundo as regras do direito da renovação o direito de ser este novo enfyteuta: e como segundo as regras das penas nunca ellas se extendem além das pessoas, a quem são impostas (1), não será necessario que  
 en

(1) §.6. J.de Jur.Nat.G. & C., L.2. C. de LI.



eu diga agora , que , ainda que as Igrejas , e Corpos de mão morta incorraõ na dita pena por não fazerem a renovação , segundo disse , não perde o enfyteuta o direito , que segundo as regras da renovação tiver , de ser senhor da enfyteuse ; pois ainda que em virtude da pena da confiscação a Corõa fica senhora , e com o dominio pleno nos bens , de que as Igrejas , e Corpos de mão morta se apoderaõ a titulo de consolidação , como segundo a dita Ordenação deveria ter ficado sempre , com tudo a lei , como eu já disse , não tirou o direito de renovação a quem o tivesse , nem impoz a estas pessoas pena alguma mais , que a da prescrição imposta na dita Ord. liv. 4. t. 79. Donde he evidente , que quem tiver o direito da renovação , a póde pedir a mesma Corõa , e que nada conclue contra a These o argumento , que o A faz contra ella naquellas palavras. „ Se se „ não renova dentro de hum anno , con- „ fiscasse o prazo : logo o enfyteuta „ deve pedir a renovação dentro del- „ le , e o senhorio deve conceder-lha ; „ porque aliás o prazo confisca-se , „ aquelle perde o dominio util , e ef- „ te-



„ te o directo. „ Porque da lei, que impõe a pena da confiscação ás Igrejas, e Corpos de mão morta, não se pode deduzir que o enfyteuta perca o seu direito; porque a pena não he imposta a elle: daqui o que se póde deduzir, he que as Igrejas, e Corpos de mão morta perdem o dominio directo (o que já fica concedido) e o direito de poder pedir, ao que tem o direito de renovação, que se lhe obrigue a pagar foros, e laudemios; mas nada mais se pode deduzir: e assim fica moltrado, que suppostos os principios inculcados nas Thefes o enfyteuta não perde o direito, que tiver á enfyteuse Ecclesiastica, nem ficará sem ella, se não pedir a renovação dentro do anno. Da natureza, que a enfyteuse Ecclesiastica tem segundo as leis da amortização, se deduzem algumas regras particulares, assim a respeito dos fructos, que ella produz em quanto está jacente, e se lhe não dá no o enfyteuta, como das acções contra os que então se appossarem della por meios illegitimos: porém como isto se ommittio em humas, e outras Thefes, tambem eu agora o devo ommittir.



## THESES

*Do direito Enfyteutico defendidas na  
Faculdade de Leis.*

I. **P** Rincipia o A. a sua terceira carta fazendo huma grande admiracão de ver os mesmos sentimentos nas Theses deffendidas nas Faculdades de Leis, e Canones: mas como os Repetentes de huma, e outra Faculdade são condiscipulos em direito Patrio assim no 5.º, como no 6.º anno, em que defendem as conclusões, parece que o A. não devia por este motivo censurallos; porque dos Estudantes, que são applicados, se espera que no fim das instrucções, que ouvem ao mesmo Mestre, conservem suas doutrinas, e sempre isto foi não de censura, mas digno dos maiores louvores. Os meus sentimentos a respeito das Theses de Manoel José Vás Leitaõ se podem ver §. 5. Th. ult: as duas proposições, que se contem no §. 1. das Theses de Manoel Correa da Fonseca ficão tratadas no §. 3. Th. 1. 2., a segunda These no §. 1. Th. 1. a 3.ª, e 4.ª no §. 4. Th. ult: a 6.ª no §. 5. Thel. 1., restanos sómente expor a quinta. 2.



2. Tem-se dito nesta These, que ainda que o senhorio não tenha antes do afforamento instituido minas licitas de metaes, ou aberto pedreiras, as póde o enfyteuta abrir, e quebrar as pedras, ainda que ellas não renasçaõ. Alguns tem escrito o contrario, do que nesta proposição se affirma (1), e segundo estes escreveo o A. nos seus Elementos (2), e nesta carta diz a unica razão, que elles daõ de sua sentença: mas devemos antes de a referir demonstrar a These. Não se póde negar (e elles mesmo o confessaõ) que toda a utilidade, e tudo, o que póde produzir o predio afforado ou natural, ou artificialmente, pertence para o enfyteuta, e que elle se póde aproveitar disto, ainda que o senhorio nunca o tenha feito, como succede nos predios incultos que se afforaõ: pois tambem dizem, que póde utar dos fructos, da caça, e da pesca, que he senhor do thesouro que nelle apparece, do augmento que por via da alluviaõ lhe accresce, e até

---

(1) V. Jo. Voet. com. ad Pand. lib. 6. t. 3. n. 11. (2) Elem. §. 55. n. a.



das Ilhas que diante delle apparecem, e em fim que póde para procurar a maior utilidade mudar mesmo a face ao predio, não destruindo a substancia delle; e com effeito tudo isto se deduz da lei 1., e 3. Cod. de *Jur. emph.*, e das mais que elles mesmos referem, e a nossa Ordenação concorda igualmente, fallando das bemfeitorias, e do mais, de que eu já fiz varias vezes menção: ora elles não podem negar que nascão do predio, e nelle sejaõ produzidos os metaes, e as mesmas pedras, que não renascem; porque, quando dizem que não renascem, já suppõe, e confessaõ, que nascem, pois sem fazer esta suppozição, não podiaõ usar de palavra *renascer*: logo não pódem negar tambem que estes metaes, e pedras, que não renascem, são do enfyteuta, e que elle por isso mesmo póde fazer minas, e abrir pedreiras para as tirar, assim como póde abrir a terra, para extrahir os thezouros, e fazer o que necessario lhe for para poder bem separar, e tirar o que o predio produz, e lhe accresce. Tambem confessaõ, que o enfyteuta ainda tem maiores direitos na cousa afiorada, que o usufructuario, e tanto que



que para provar os direitos do enfyteuta citaõ leis do titulo do Digesto de *usufructu*, e com razão; porque se o enfyteuta tem maiores direitos no predio que o usufructuario, tambem tem os mesmos: igualmente não podem negar que o usufructuario pode instituir minas de novo, ainda que o proprietario nunca as instituiffe, nem as tirasse; porque não podem negar aquelle principio, de que usou Ulpiano para assim o dizer (1), que exprimio naquellas palavras: *quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus* (2) *est*, nem a regra que tambem formou Paulo desta maneira: *quidquid, in fundo nascitur, vel inde percipi potest, ad fructuarium pertinet* (3), e Joaõ Voet, cujus sentimentos se achaõ nesta carta, expressamente confessa, como devia, que o usufructuario pode instituir minas de novo, tirar metaes, e quebar as pedras, que o proprietario nunca quebrou, nem tirou, ainda que não re-

naf-

---

(1) L. 9. §. 2. l. 13. §. 5. D. de usufr.

(2) D. 1. 9. pr. (3) L. 59. §. eod.



nação: por tanto devem dizer sem niffo terem duvida alguma, que muito mais pode fazer tudo isto o enfyteuta, o qual diz o mesmo Voet, que tem *jus fruendi plenissimum* (1)

3. Pertende Joaõ Voet dar razão de differença, porque, podendo o usufructuario extrahir estas metaes, e pedras que não renascem, não pode ( como elle quer ) o enfyteuta fazer o mesmo, e diz que isto se não pode estender ao enfyteuta, porque este recebendo a enfyteuse *vel saltem eam secundum mores hodiernos deteriorem facere nequit: deteriorem vero rederet, prae- tique minoris per metallorum, & terrae fertilis, similium que educationem*: porém não se pode saber, como elle não advertio, que no que disse não deu a razão de differença: porque o usufructuario tambem não pode deteriorar a propriedade, e Ulpiano na mesma lei 13, que elle cita, lho dizia no §.4. naquellas palavras: *fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non potest, meliorem facere potest*. E ainda que a ex-  
trac-

---

(1) D. n. pr.



tracção dos metaes, e pedras que não renascem, se podêra dizer ( como parece ter Voet considerado) que destruoia a substancia da cousa afforada, era facil de advertir, que se o usufructuario pode extrahir estes metaes, e pedras, muito mais o póde fazer o enfyteuta; porque seus direitos ainda são maiores, como elle mesmo confessa: e era sufficiente lembrar-se, que o usufructo de sua natureza he vitalicio, e pelo contrario a enfyteuse he prepetua, o que bem mostra, que os interesses do proprietario a respeito do que o predio produz são dignos de maior attenção, do que os do senhorio; pois aquelle pode ter ainda esperanças de viver mais, que o usufructuario, e este não espera a enfyteuse, se não de hum facto voluntario do enfyteuta: a saber daquelle, a que está imposta a pena do commisso, o qual he necessario que seja voluntario, como digo, porque não offendo, também se não commette a pena; pois nenhuma pena se pode impor a facto, que não seja voluntario. Nem menos d'isto he, quando a enfyteuse he emporaria; porque nesta o enfyteuta em os mesmos direitos, que na perpetua, pelo tempo que ella dura; nem o



paçto, que a faz temporaria, sómente de per si lhe muda a natureza, como já disse §. 1. Thef. 1. Resta responder ao que diz a carta.

4. » O enfyteuta ( diz ella ) ainda  
 » que tem o dominio util do predio,  
 » com tudo não póde servir-se delle pa-  
 » ra o destruir: ora supponhamos, que  
 » o enfyteuta se serve de huma mi-  
 » na, ou pedreira que não renasce,  
 » destróe por esse modo certamente par-  
 » te do predio afforado: se elle pois não  
 » o póde destruir, he certo, que não pó-  
 » de abrir aquellas minas. » He o mes-  
 mo que disse João Voet, e será suffi-  
 ciente, o que eu já respondi, para se co-  
 nhecer, que com isto o A. não tem  
 mostrado, o que pertende: pois do que  
 fica dito se vê, que ainda que o enfy-  
 teuta não póde destruir, se não segue,  
 que não possa usar das minas, e que-  
 brar a pedra. Por quanto os metaes; e  
 as pedras, ainda que não renasçam, se-  
 gundo a mesma hypothese da questaõ  
 sempre nascem, e como nascem da cou-  
 sa afforada são producto seu, e não el-  
 la mesmo: e como o enfyteuta sómen-  
 te he obrigado a não deteriorar a cou-  
 sa mesmo, e não o que ella produz;  
 por ser seu todo o producto della,

Y

obri



obrigação, que elle tem de não deteriorar a substancia da cousa afforada, não pôde fazer, com que não possa extrahir os metaes, e pedras, que não renascem. Nem obsta que digaõ, que para se fazerem as minas, e extrahir a pedra he necessario abrir o terreno; pois assim como confessaõ que o enfyteuta pôde abrir a terra para extrahir os metaes, e pedras, que elles dizem que renascem, tambem devem confessar que pode fazer o mesmo, para as que não renascem. Nem a duvida, que elles tem tido, he, senaõ se os metaes, e pedras, que não renascem, pertencem ao enfyteuta, a qual duvida fica desvanecida por aquelle principio, de que Paulo, e Ulpiano se serviraõ.

5. „ Concedo ( accrescenta o mesmo  
 „ A. ) usar dellas, quando o senhorio o  
 „ fazia tambem; porque entaõ elle tinha  
 „ feito consistir huma das utilidades do  
 „ predio em as ditas minas, e pedreiras, e  
 „ como transferio o dominio util para o  
 „ enfyteuta, he de crer, que lhe conce-  
 „ deo a faculdade de continuar as ditas  
 „ minas. Não podemos porém confide-  
 „ rar isto, quando o senhorio as conserva  
 „ sem as abrir. „ Mas segundo o que fica  
 „ dito he manifesto, que para o enfyteuta



poder continuar as minas , não he necessario recorrer a conjecturas : porque o senhorio , quando lhe dá a enfyteuse , dá-lhe todos os produções do predio , e tudo quanto nelle se fórma , e lhe accresce , e até os mesmos thesouros , que são accessorios , que nem nascem , nem são formados nelle : e como os metaes , e pedras , ainda que não renasçam , são cousas formadas no predio ( o que na mesma hypothese da questão se diz ) he evidente que o senhorio lhe deu estas pedras , e metaes , por isso mesmo que lhe deu a enfyteuse : e conseguintemente ou o senhorio tenha aberto as minas , ou as conserve sem as abrir , o enfyteuta as póde continuar , ou instituir de novo , se as não houver , e extrahir a pedra , ou os metaes ; porque extraher , o que o senhorio lhe deu pelo contracto. Em quanto ao que diz , que o senhorio , quando abriu as minas , e tirou as pedras que não renascem , fez consistir nellas huma das utilidades do predio , he outra hypothese contra a mesma hypothese da questão : por quanto dizendo-se , que para os metaes , e pedras , que não renascem , serem utilidade , que o predio produza , he necessario que o senhorio nellas faça con-



fistir a utilidade delle , nega-se que ellas nasçaõ no predio ; porque tudo o que nasce de alguma cousa , se tem valor , e estimaçaõ , he a utilidade , que ella produz , e na hypothese da questaõ confessa-se , que ellas nascem do predio , por isso mesmo que se diz , pedras que não renascem.

6. O que na These se affirma , deduzio-se do principio , que se contém nestas suas palavras : *emphyteusi constituta , ad emphyteutam omnis rei utilitas pertinet* : o A. não nega a verdade delle , mas diz : „ Não se podem dizer as di-  
 „ tas minas utilidade do predio , quan-  
 „ do nem ellas renascem , nem o fe-  
 „ nhorio se servia dellas : porque en-  
 „ taõ ellas são , as que constituem o  
 „ predio , e não são sómente a utilida-  
 „ de delle. Por isso o enfyteuta não pó-  
 „ de dispôr dellas , assim como não pó-  
 „ de dispôr da substancia da cousa. „  
 Hum predio , que consiste em pedras , que afforamento ! Hum predio , cuja substancia são metaes , se se pozesse a lanços este foro , quem poderia ficar com este prazo ! Mas he verdade , o A. diz que o enfyteuta não poderá dispôr delle , nem tirar hum graõ só de metal. Os metaes ( deixemos estes pra-  
 zos )



zos ) e as pedras são corpos , que se fórmaõ na terra : e como o que nella se fórma , não he depois de creado a mesma terra ; mas producto seu , e os productos da terra são , se elles tem estimação , e valor , fructos , e utilidade do predio , fica evidente que o principio proposto na These he sufficiente , para demonstrar , o que ella affirma : pois não se póde negar , que toda a utilidade , que provém do predio afforado pertence para o enfyteuta. Ulpiano , e os mais Jurisconsultos Romanos , porque os metaes , e as pedras são cousas , que se extrahem da terra , diziaõ que o usufructuario podia instituir novas minas , e cortar as pedras , ainda que o proprietario , ou o antigo senhor do predio nunca o tivesse feito , sem fazerem distincção de pedras , que renascem , a pedras , que não renascem , a qual elles rejeitaraõ : e como o enfyteuta tem maiores direitos , que o usufructuario , ainda que não temos noticia do que elles disseraõ a seu respeito , podemos sem duvida dizer que elle póde , como sempre se usou , tirar os metaes , e as pedras , que não renascem , ainda que o senhorio nunca o fizesse.



## TABOIA DAS ERRATAS.

Pag. Linhas Erros.	Lea-se Emendas.
P. 10. l. 26. Supplicationontis	Supplicationis
P. 12. l. 2. consensus	consensum
P. 23. l. 19. conceáuntur	conceduntur
P. 26. l. 13. uteis	mais uteis
P. 34. l. 1. não pode	não se pode
P. 36. l. 6. Jurisprodencia	Jurisprudencia
Ibidem l. 27. os outros ,	entre os outros
P. 45. l. 18. alienações	alienações
Ibid. nota (1) ar. gdisert.	agr. disert.
P. 48. l. . pen. Redublica	Républica
P. 49. l. 9. dipreito	direito
P. 80. l. 19. lngar	lugar
P. 98. l. 9. declaraõ	declararaõ
P. 105. l. 18. desfizessem	desfizessem
P. 132. l. 17. convenientes	convincentes
P. 133. l. 22. definido	definindo
P. 139. l. 4. a que ,	a qual
P. 158. l. 23. consolidar	considerar
P. 160. l. 4. aquelles	naquelles
P. 163. l. 21. on	ou
P. 168. l. 12. tuil	util
P. 170. l. 27. recepçaõ	accepçaõ
P. 179. l. 21. entres	entre
P. 187. l. 20. nollas	nelles
P. 190. l. 4. terras	terrenos.
P. 191. l. 19. dispute	disputa
P. 193. l. 17. de contracto	do contracto
P. 195. l. 4. en outra	em outra
Ibid. l. 23. á declaraçaõ	á sua declaraçaõ
P. 207. l. 8. ficarao	ficariaõ
P. 213. l. 3. legatario	Legado
P. 221. l. 2. seguinte	seguintes



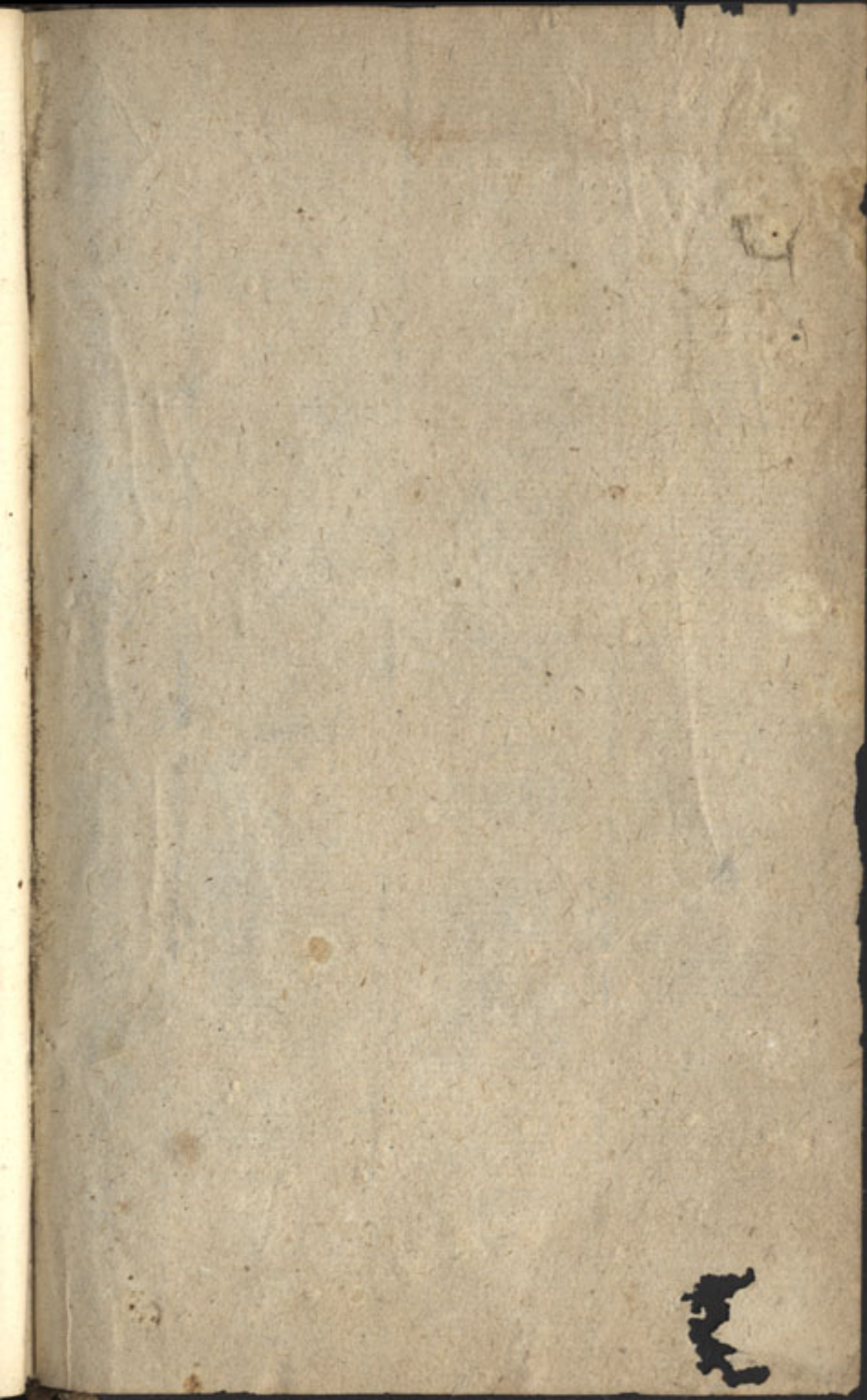
P.230.l. 12. do foro	no Foro
P.233.l. 15. segundo	segundo
P.239. nota (2). p. 65.	63
P.250.l. 1. com regras	como regras
P.254.l. 3. declara	declarar
P.259.l. 28. e não	naõ
P.269. nota (1) D. 1.	d.
P.271.l. 4. 10. 10.	10.
Ibid. l. 18. affirma	affirma
Ibid. l. 26. licen	licença
P.272.l. 1. pore	porem
Ibid. l. 8. Jurisprudenci	Jurisprudencia
P.273.l. 25. de 1768	1786
P.282.l. 18. (1)	(1) P. 68.
P.285. nota (1) D.	disp. 4. n. 130.
P.294.l. 2. em	tem
P.295.l. 17. doar	doar, ou dotar sem licença do senhorio
P.296.l. 19. deste	destes
P.307.l. 26. lavras	palavras
Ibid. nota (1) edicto	edicto
P.316.l. 16. vender	vende
P.317.l. 5. tacimente	tacitamente
P.322.l. 4. 1789	1769.
P.325.l. 28. paracer	pertence
P.336.l. 28. emporaria	temporaria
Ibid. l. 29. em	tem
Ibid. l. 30. perpeua	perpetua



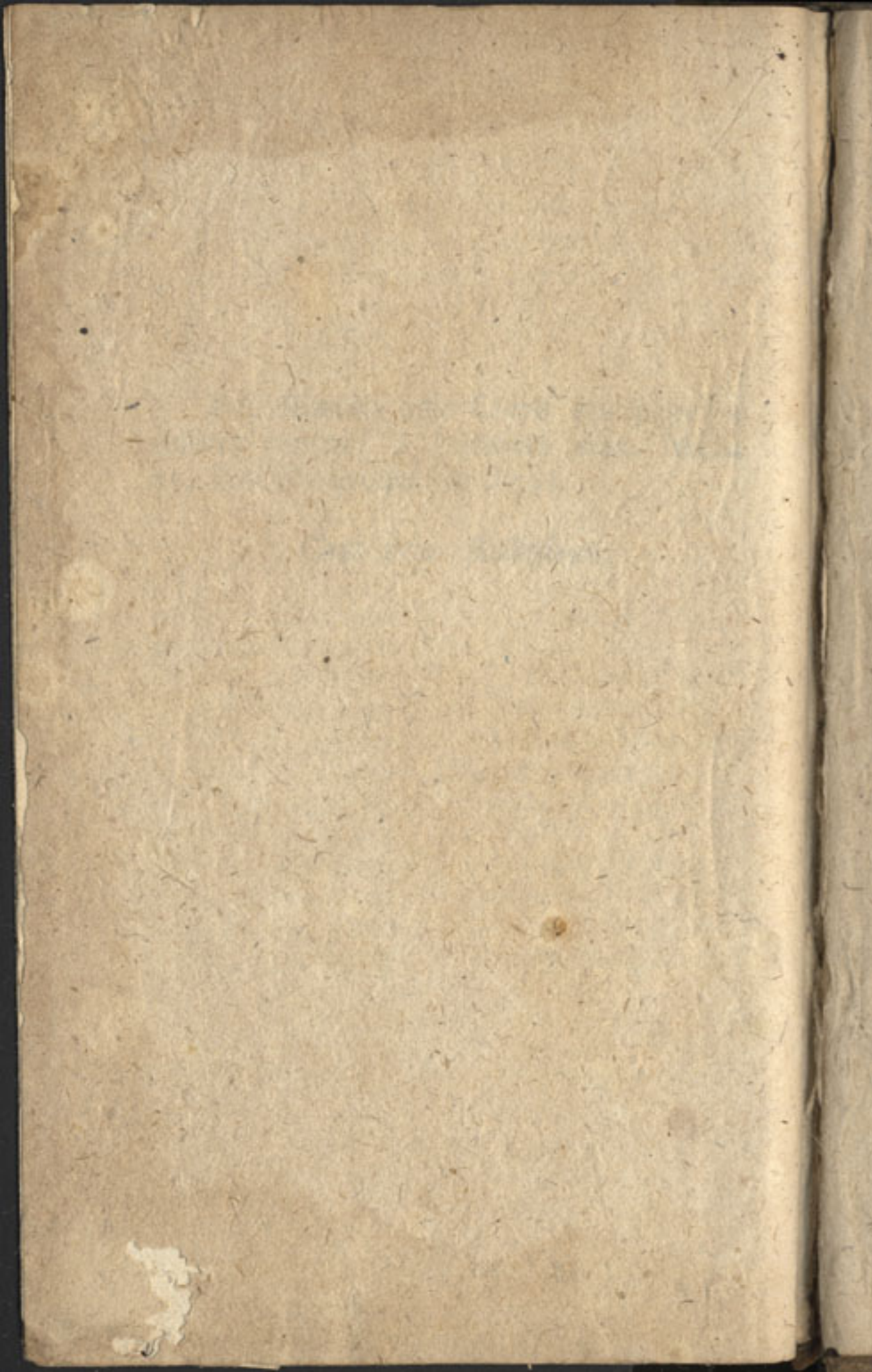
Foi taixado este Livro em papel a  
quatro centos, e quarenta réis. Meza  
25. de Fevereiro de 1791.

*Com tres Rúbricas.*





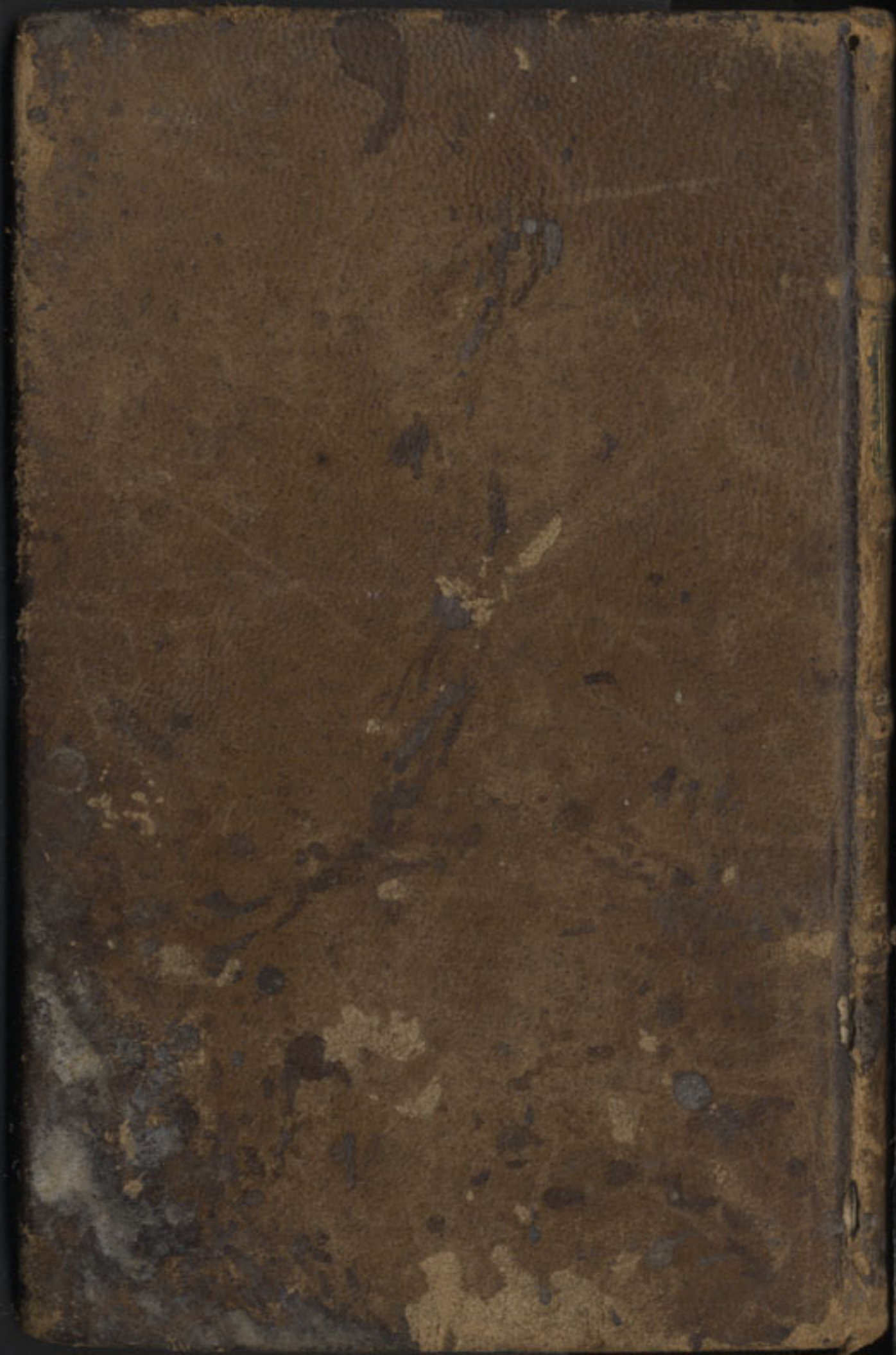






2/







DEFE SA  
DAS  
THESES

Sala

C

Gab.

Est.

4

Tab.

10

N.º