

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, haviaão de havellos sem accrescentamento, e agora não quiz a lei que fossem mais oneradas as pessoas, a quem se afforassem, do que haviaão 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 tinhaão feito nos bens, que illicitamente tenhaão possuido, fiquem prazos hereditarios com os mesmos fóros, e laudemios, que tinhaão nos títulos, e escrituras antecedentes. Por isto

isto que ficam os mesmos fóros, e laudemios declarados nos titulos antecedentes, he evidente que aqui se trata de reemprazamentos; 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 alteração, ou alterações, que se haviaõ feito, e as achou contrarias á Ordenação, pois de outro modo não importaria huma pena sem ter havido desobediencia da lei: logo he sem duvida que a lei neste §. confirma a disposição da Ordenação, e que contempla ser ella, que nos casos de devolução, ou tivesse havido a quem pertencesse o direito de renovação, ou não, nunca houvesse consolidação. E eis-aqui vemos nós, como tambem neste §. se confirma a regra da Ordenação, 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 enfyteu-se seja perpetua, como se a lei aqui quizera revogar a Ord., que tão 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 attenção a terem huma successão perpetua , ou de fim incerto , e não esperado ; pois a lei aqui faz huma disposição a respeito da successão , e qualidade da enfyteuse , e manda que os prazos , de que se falla neste §. , fiquem com esta successão , 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 tenham 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 mostram 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 consolidação sem differença dos seculares, fez parecer obscura a dita lei de 4. de Julho de 1768., não obstante toda a sua clareza. A declaração de que as Igrejas, e Corpos

pos de mão 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 deviãõ ficar hereditarios : e até se julgou que as Igrejas , e Corpos de mão morta nos casos de devolução 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 deviãõ 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-*

lidação ; mas que *devem continuar* com a mesma natureza de familiares , de livre nomeação , hereditarios , ou em vidas , que tiverem , *com os mesmos fóros , e laudemios* , com que estiverem constituidos. Tudo isto he huma consequencia da impossibilidade de se consolidar : porque não consolidando os prazos nos casos de devolução , e não 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 devolução , nem o senhorio o he , porque a não consolida : e ficando jacente não 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 alteração , 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 consolidação se athenoreárao delles ; porque aquelles casos de devolução , em que estes bens ficaraõ sem enfyteuta , os Mosteiros tinhaõ ficado com elles , por não ter havido , quem tivesse o direito de renovação , 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 renovação ; 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 mão morta , não tirou o direito de renovação. Porém como estes prazos se não consolidaõ , este direito de renovação não produz os mesmos effeitos que nos prazos seculares , porque a enfyteute que não consolida , nem se extingue , não 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^o. *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 *possão* (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 póde 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 laudem-

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 sòmente aquelles , que necessarios sãõ 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 escriptura , segundo a dita regra dos prazos Ecclesiasticos , fica evidente que a mente da lei aqui he conceder sòmente isto , e naõ o conceder que o dominio util , e directo se unaõ hum com o outro ; porque de outra maneira o

Le-

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 contém 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 allegar 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 deduzi-

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 mão 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 supposição que lhe pareceo, que a Ord. fazia neste lugar, de que as Igrejas, e Corpos de mão 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 achão, que são
def-

desta maneira : *ou sejaõ familiares , de livre nomeação , 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 nomeação : 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 chamão 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 differenças ; 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 senhor 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 differentes qualidades de enfyteuse Ecclesiastica, e não 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 differente, 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 não fallaõ sómente de huma especie de enfyteuse. Tambem agora se não achará condração entre esta These, e a ultima: porque do que tenho dito se mostra o effeito do direito de renovação nos prazos Ecclesiasticos, e que he o que se renova, quando compete a alguem este direito. E não 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, não pode haver renovação dos prazos Ecclesiasticos; porque os prazos perpetuos não se renovaõ*, he hum verdadeiro sofisma daquelles, em que as palavras se restringem; porque segundo a Ordenação,

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.

SE 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 ?

RES-

Resposta.

Se assentou 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 transverſaes , 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 execução da lei de 9. de Setembro de 1769. , que ficou em seu vigor pelo Decreto Royssimo de 17. de Julho de 1778.

1. 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 grão somente contado pelo direito Canonico. Ora como a enfiteuse 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 grão, 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 grão

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 enfy-teuse 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

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, (3) 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 presuma igualmente , para que succedaõ , e se julguem nomeados os mesmos transverfaes , 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 transverfaes , em quanto os houver , segundo nas Thefes se inculca : devemos ver se a outra admiração he fimilhante a esta.

3. Diz elle que chamou regra de tacita vocação a dita regra , que regula a successão dos prazos de nomeação entres os transverfaes, 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 tão 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 consequentemente 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 contesse 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 transverfaes 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 excluio expressamente os não nomeados, não os chamando nem mesmo tacitamente. Nem os transverfaes 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 podem 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 fer 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 penção he em attenção aos rendimentos da cousa contractada , he evidente que este contracto não he enfyτευτικο , mas sim de locação ; porque na enfyteuse a penção he taõ sómente em reconhecimento do dominio , e não em attenção 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 penção , era preciso ao A. tornar a ler Corneu , ou tornar a procurar Vinnio , Heinécio , 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 questão 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 sistemas , que tem havido a este respeito , seguia-se ver , se pela nossa jurisprudencia podia ter havido a mesma questão antes da dita lei.

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

enfyteuse tambem nas coufas cultas ,
 trasladou , como dissemos , as palavras da
 Ord. nos referidos lugares : mas se os
 Repetentes dissessem , seguindo o sys-
 tema de Alciato , que em todos elles
 lugares os afforamentos das cascas , vi-
 nhas , olivaeas , e pomares naõ laõ
 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 Theses , 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. Thes. 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 penlaõ 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^o. na adulterina intelligencia, que se tinha dado a Ord. liv. 4. t. 23. §. 6. : 2^o. 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^o. 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 humavez 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
fe-

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 especial do contracto enfyteutico , senão o fim inculcado naquellas palavras : *para edificarem , para abrir , e melhorar* , então não só o que diz a lei a respeito das couzas , que entrão neste contracto , fica superfluo ; mas tambem se deve 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 cousas, 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 assistirão ao contracto, se póde fazer a prova da qualidade dellas; pelo contrario o fim do contracto nunca se póde provar, por isso que se não declara.

5. Deduz-se isto mesmo da causa, porque o Legislador achou dolosos aquelles, que em juizo tinham pertendido a redução 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 d'elle, e que esta cessação 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.* Concorde tambem a mesma lei, quando no preambulo diz que são 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 enfiteutico as terras contrarias a estas, as quaes são 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 são, os que a lei faz serem o objecto do contracto enfiteutico, o que o mesmo A. não poderá negar, quando tornar a ler estas palavras; pois elle tambem diz, que o contracto enfiteutico 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 requesito essencial da lei ; mas não se podia dizer , que ficava sendo contracto-

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

tracto enfyτευτικο 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 enfyteuse , o declarou na primeira declaração , e não foi da sua mente deixar disso 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 enfyteuse , 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 incluio na declaração da na-

N ii

tu-

(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 diminuíssem 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 humma 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

fo-

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, forão 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 novas

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

vas regras ; as mesmas , que estão estabelecidas para as locações temporaes , são sufficientes ; porque não temos contracto de outra natureza. Papiniano nas suas Respostas a respeito das locações perpetuas não 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 , não lhes deraõ regras differentes. Eis-aqui o que a lei mostra querer , que se faça tambem , e que ella estranha não se ter feito ; e eis-aqui porque ella declara , que as locações preteritas se regulem por ella , não 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 duração 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 perpetuas; 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: *contiverão, 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 habitado

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 razão 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 pretendendo evitalla , ficariaõ frustradas suas pertençaes. 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 costumaõ
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 razão, 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 entaõ não mandaria, que a respeito deste contracto se observaßem as regras das locações temporaes, as quaes deixão a pensão ao ajuste dos contrahentes.

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 tinhaão feito era enfyteutico, e não de locação perpetua, no que vinhaão a confessar, que se elle fosse de locação, a pensão era justa, e que a não achariaão excessiva; e os juizes tanto eraão dos mesmos sentimentos, que os litigantes procuravaão o rodeio de provar, que o seu contracto era enfyteutico, para obterem sentença, o que não fariaão, se os juizes fossem de diferente opiniaão; pois não haviaão 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 declaraão as cousas, que entraão 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. Thel. 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 não julgue della só por alguma de suas palavras , nem desta maneira ficaraõ os dous contractos da locação perpetua , se da enfyteuse reduzidos á sua origem. Quanto mais que as mesmas palavras , a que o A. dá similhante interpretação não a admittem , como tenho já mostrado.

12. Igualmente se não pode dizer que por esta lei se estabeleceo, que a pensão , ou canon da enfyteuse não seja igual ao preço do aluguel , ou arrendamento , porque as cousas enfyteuticadas 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 transornado 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 coula 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 deter-

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 differente natureza das da enfyteuse, assim como tambem, os contractos são de differente 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.

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

O

ti-

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^o. que o legado da enfyteuse cede
logo depois da morte do testador ;
2^o. que os senhorios tem pela nossa
Jurisprudencia tacita hydotheca na en-
fyteuse para a segurança das suas pen-
sões ; 3^o. que os successores da enfy-
teuse estão obrigados ás pensões que
ficarão devendo seus antecessores ; 4^o.
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.

THESE 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 mol-
rar 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 cessão 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 condição, a saber se o legatario aceitar a pensão, ainda que o testador a não expresse : porque esta condição provem da natureza da cousa ; pois a enfyteuse não pode consistir sem pensão em reconhecimento do dominio directo. A These não falla do caso , em que o testador declarou , e pôz por modo de condição esta tacita condição , nem tambem nos Elementos , e cartas do A. (1) : por tanto a questão he, se esta condição , 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 condição.

2. Papiniano tratando das condições , que provem da natureza da cou-
sa , 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 questãõ : *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 conseqüentemente , que cede logo depois da morte do testador. Isto seria sufficiente para esta questãõ : mas não omitterei huma illustre especie , que Paulo nos deixou decidida nesta materia , a qual declara bem a nossa questãõ. 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 condição posta ao legatario: estas são 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 não he condicional, por isso que esta condição he da natureza da cousa; e provem da liberdade que a mulher tem de querer, ou não aceitar aquella quantia: do mesmo modo pois devemos dizer a respeito do legado da enfyteuse; porque aquella condição, *se o legatario quizer aceitar a obrigação da pensão*, provem da natureza da cousa; pois não 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
impozesse 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 fideicommisso, este legado
involve a condição tacita, *se o legata-
rio quizer obligar-se a pagar o lega-
do, ou fideicommisso*, 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 deveríamos 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 prestação da pensão, e mais direitos dominicaes: Logo só ao depois de verificada 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 affirmma 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 quella

la condição tacita, que nelle se incluye (a saber se o legatario se quizer obligar 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
 „ do 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 declaração 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 instituo 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 samente a disposiçaõ
 do testador ; porque de outra maneira to-
 dos os legados seriaõ condicionaes. Co-
 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
 á

(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 Repetente ajuntallas ; pois elle por isso que offerece as Theses , e promette defendellas , 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 juntarem as provas desta primeira These.

(1) O A. tomando as Theses , como feitas 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 respeito a disputas Forenses , e não ás litterarias ; pois nestas assim o que o nega , como o que affirma , deve dar a razão , e demonstrar o que diz ; porque o homem não se presume sabio , assim como se presume , e deve presumir bom no Foro civil , razão porque se estabeleceo 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-

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 hum 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 rusticos, 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 sua 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 supposição 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 razão dellas ; mas a persuadir os seus Vassallos desta mesma razão , o que nunca lembrou , nem podia lembrar aos nossos antigos Escritores. Quando os negocios do Governo pedem , que não só se encubra ás Nações vizinhas a razão , do que o Principe manda no seu Reino ; mas tambem instaõ que na lei se ponha huma razão , 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 razão dada na lei com o seu verdadeiro fim. Huma razão similhante a esta tambem alguma vezes as differentes circumstancias , que acontecem dentro da mesma Republica , pedem que nas leis se dê , e neste caso tambem 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 cessão, 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 foubesse já antecedentemente, que se não verificava a sua supposição: mas similhan-

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

lhantes 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, somente por via de excepção se admittes 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 admittes esta prova, e não diz que sempre se admittes, 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 admittes 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. & demonst

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) suppõe 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 pódem 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 pôdem 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) suppõe-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 desta

(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 omittirei a sua origem , e progressos.

6. Baldo á lei 2. Cod. de *Jur. Emphit* ,

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 nacionaes. 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 senhórios contra os enfiteutas o executivo, o que prova que já no tempo destes esta hypotheca em virtude do costume era legal; pois já os senhórios 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 enfiteutas 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 senhores, 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 senhores. 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 senhores 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

sua 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 possão 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 entender-mos 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
 adevinhando, 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 similhante 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 senhórios. 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 succesor na enfyteuse, que não for seu herdeiro. De mais, os requefitos, que são necessários 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, delle tem noticia, passemos á These seguinte.

T H E S. IV.

Disse-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 dejunctivas , *aut* , *vel* , *ve* , as quais todas são proprias para exprimir hũa obrigação , ou estipulação alternativa , por terem particulas dejunctivas , 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 Fur. 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 accrescentar. 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 penção 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 senhoria sómente a tem , quando no contracto se declarar que a tenha elle ; pois que a respeito da obrigação da pensão , e direitos dominicaes o senhoria 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 senhorio pode pedir ao enfyteuta a „ especie , ou a sua estimação estipulada : Se este lha der boa e capaz „ de receber , he o senhorio obrigado „ a aceitalla , e no caso de querer preferir 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 tratao 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, também 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 questão 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 razão 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 já 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 accrescenta he certa quantia de dinheiro, o que faz persuadir, que „ o fim desta clausula, que se lhe ajunta, 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.

TEndo-se dito neste §. que he necessario o consentimento do senhoria, 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 senhoria consentir em huma pessoa certa, e determinada, não he o enfyteuta obrigado a alienar o praso 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 senho-

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 razãõ disse de outros de differente merecimento , naõ esperava que seguisse a doutrina de huns Escriitores , de quem com estranha ingratitude 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 acharão na Glosa, e nos D.D., nomeando o mesmo Pinheiro, a quem tanto deve, quanto não será necessario que eu o diga; e depois de tratar aquelle laborioso homem, o Caldas digo, cujas obras mostram 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 numeração das injurias feitas á Nação Portugueza com o desprezo, que se fez de seus Escritores, e muito mais tendo sido feitas por hum seu proprio filho, que se arrojou a querer extorquir-lhe, e arrancar-lhe este ornamento, que até os mesmos estranhos lhe defendem com a estimação, e uso que delles fazem. Não quero dizer porém que se devaõ seguir cegamente (pois seria isto, fazer-lhes a dolosa injuria de lhes roubar seus thesouros, e á custa de seus trabalhos ornar-se com suas riquezas) quero dizer sómente, que se devem tratar com o respeito, e acatamento que lhes he devido, ao que eu não falto, se nesta materia delles me affasto, mas antes faço o que elles mesmos, como

la-

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 Theses, 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, então deve ser vendida
 „ á pessoa, que livremente pague o fo-
 „ ro segundo a fôrma do contracto...

Depois.

„ E não 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
 „ não declarando, se a quer, então po-
 „ derá vender, e escambar, sem mais
 „ esperar pela resposta, ou pagamento
 „ do preço. ...

Mais.

„ E não 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 Ordenação; porque não dizem respeito á questão: 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^o. que lhe declare o preço, ou cou-
sa, que lhe dão por elle; 3^o. se o se-
nhorio quizer a cousa foreira, dando
o tanto, ou a cousa que lhe dão, que
lha entregue; 4^o. 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^o. 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, segun-

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 delle 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 delle 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 dando 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 do-
lolo; 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 jul-
ga doloso (1): antes pelo contrario o
senhorio he, quem prejudica ao enfy-
teuta , pertendendo que elle lhe diga a
pessoa do comprador , ou pertendendo
fazello vender a enfyteuse a essa pes-
soa , que elle mesmo lhe disse, tirando-
lhe a liberdade, que a lei lhe dá de ven-
der a quem quizer , quando elle não
quer comprar para si , ou lhe não pa-
ga o preço dentro dos trinta dias. Em
huma palavra, como o senhorio não optou
nem estipulou que a venda se fizesse a pes-
soa 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 suf-
ficiente, 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-

v r e

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

vras de Pinheiro , como veremos : por-
 rém como o A. ommittio a penultima
 razão , 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 razão , 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 razão 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 acção 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-
 sãõ , 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 pôde 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 pôde 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 tão 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 habéis para receber a enfyteuse, e obrigou o senhorio a aceitar este comprador , e que a nossa Ordenação 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 enfyteuta 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 enfyteuta 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 enfyteuse, e que o enfyteuta a pôde vender a huma pessoa, que o mesmo senhorio não queira, huma vez que esta pessoa seja apta para receber a enfyteuse; 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 , basta 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 humma pessoa se não segue, que autorize outra, daqui tambem se não segue coufa 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 forma que temos exposto.

8. A comparaçãõ, 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 humma 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 d'elle , 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 d'elle pa-
 „ ra se alienar geralmente. „ Eu não
 duvido , que o senhorio tem o direi-
 to de optar , e que he preciso , que ce-
 da d'elle ; 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 d'elle 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 cessão he nenhuma , se a venda se não fizer a essa mesma pessoa ; porque neste caso a cessão foi condicional , e não se póde verificar , sem que se verifique a condição : 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 Ordenação 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 senhorio ; porque elle usou da faculdade , que lhe dá a lei , e quem usa do seu direito a ninguem prejudica como já dissemos (1). Tambem se acontecer que o comprador seja do desagrado do senhorio, huma vez que elle seja capaz para receber a enfyteuse , 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 seu agrado ; porque não póde contemplar com o direito da opção a pessoa alguma , nem a lei lhe dá 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 Escritores.

T H E S. II.

I **D** E pois de se dizer nesta These , que o enfyteuta não pode doar , nem dotar o prazo de nomeação , o A. por ter escrito o contrario (2) tornou em suas cartas a chamar

nello

(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- teuta passa a posse do prazo para seus filhos , ou herdeiros , quando os filhos , netos , ou herdeiros sãõ 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 sãõ 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.

ferentes á da necessidade da licença para tomar posse, e da necessidade da licença para doar, ou dotar. Caldas de Extinctione cap. 10. 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 questão 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; por-
re como este foi hum Professor de
Theologia, não parece, que he na sua
opiniaõ, que nós devemos descansar;
pois assim como de hum Jurisconsulto
se não pode esperar muito em Theo-
logia, tambem de hum Theologo se não
deve esperar muito em Jurisprudenci.

2. A Ord. trata desta materia no li-
vro quarto t. 38., e no principio diz des-
to maneira. „ O foreiro, que traz her-
„ dade, caza, vinha, ou outra qual-
„ quer possessaõ afforada para sempre,
„ ou para certas pessoas, não poderá
„ vender, escambar, dar, nem alhear
„ a cousa afforada sem consentimento
„ do senhorio. „ E fallando a respei-
to do laudemio. „ E no caso, que
„ a quizer doar, ou dotar, não 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^e

S

no.

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 senho-

(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 Pact.

(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

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 do-
te, 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 enfyuteuta no prazo de nomeação tem licença para nomear sem nova licença do senhorio , não se póde daqui concluir que a tenha para transferir a enfyuteuse , ou o traspassse 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-se 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
 „ escriptura 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-
 „ fiteuta 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.^a ou 3.^a 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 cousa 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 delle 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 car-
gos

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 tam-
 „ bem se requer isto em o dote, e do-
 „ ção 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 senhoria, do que dizer o contrario que escreve na conclusão , que tirou da sua instancia. Pinheiro que foi destes sentimentos no dito lugar referido pelo mesmo A. , quando definiu a enfiteuse de nomeação , dizendo *Emphiteusis nominationis est, quæ conceditur alicui cum potestate nominandi aliam , aut alias personas, quæ in ea succedant* (1) , como os que escreverão antes d'elle tinhaõ bem definido , 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 emphyteuta 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 denomear , 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 João 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 coisa 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 coisa 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 traspasso se fizer: e como a Ordenação aqui não declara o modo, porque este traspasso 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 The-se 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 hum 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 hum 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 condigão. Porém como todos os que seguem , que se não deve este segundo laudemio , dizem com o mesmo Pinheiro , que se deve o primeiro laudemio , também 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 , também 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 promette 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 promette 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 promette 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 estabelecerão 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 convêm, 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 haviam duas convenções distinctas entre si, que até pelos nomes as distinguirão; pois a huma lhe chamavão contracto, e a outro 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 fizeram 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 erão convenções distinctas dos contractos, dirião que os pactos adjectos aos contractos *stricti juris* tinhão 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 humma convenção, e dar hum effeito a humma 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 humma só convenção, ou contracto: por quanto eu já mostrei, que o pacto de tornar a vender he humma 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 teríamos , 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 senhora 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-